

Un modelo integral de Derecho penal

Libro homenaje a la profesora
Mirentxu Corcoy Bidasolo

Directores:

Víctor Gómez Martín
Carolina Bolea Bardon
José-Ignacio Gallego Soler
Juan Carlos Hortal Ibarra
Ujala Joshi Jubert

Coordinadores:

Vicente Valiente Ivañez
Guillermo Ramírez Martín



Derecho Penal
y Procesal Penal

UN MODELO INTEGRAL DE DERECHO PENAL.
LIBRO HOMENAJE A LA PROFESORA
MIRENTXU CORCOY BIDASOLO

COLECCIÓN DE DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL

Director

Luis Rodríguez Ramos

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

Consejo Asesor

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

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

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

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

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

Vicente Gimeno Sendra (†), catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Nacional de Educación a Distancia; director de la Sección de Derecho Procesal Penal.

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

Jacobo López-Barja de Quiroga, magistrado de la Sala Quinta del Tribunal Supremo; director de la Sección de Derecho Penal y Procesal Penal Militar.

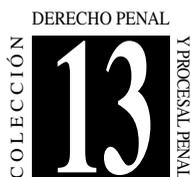
**UN MODELO INTEGRAL DE DERECHO PENAL.
LIBRO HOMENAJE A LA PROFESORA
MIRENTXU CORCOY BIDASOLO**

DIRECTORES

Víctor Gómez Martín
Carolina Bolea Bardon
José-Ignacio Gallego Soler
Juan Carlos Hortal Ibarra
Ujala Joshi Jubert

COORDINADORES

Vicente Valiente Ivañez
Guillermo Ramírez Martín



AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
MADRID, 2022

Primera edición: junio de 2022



Esta obra está sujeta a licencia Creative Commons de Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 Internacional, (CC BY-NC-ND 4.0).

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

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

© Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado para esta edición
© De los artículos, sus autores.

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

NIPO: 090-22-176-8 (edición en papel)
090-22-177-3 (edición en línea, PDF)
090-22-178-9 (edición en línea, ePub)

ISBN: 978-84-340-2848-7

Depósito legal: M-16658-2022

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

ÍNDICE

	<u>Páginas</u>
PRÓLOGO	17
SEMBLANZA DE LA PROFESORA DRA. MIRENTXU CORCOY	19
ABREVIATURAS	25
BLOQUE I. CUESTIONES DE POLÍTICA CRIMINAL	
1. ALLER, Germán. <i>Acerca del Derecho victimal</i>	33
2. CARPIO BRIZ, David Isidro. <i>Estrategias de seguridad nacional y política criminal: un proyecto conceptual de integración</i>	47
3. CAVALIERE, Antonio. <i>Para la superación de la doble vía: una exposición esquemática desde la perspectiva italiana</i>	63
4. CEREZO DOMÍNGUEZ, Ana Isabel. <i>El enfoque de género en criminología</i>	77
5. CIGÜELA SOLA, Javier. <i>Arendt en Jerusalén: una mente tipográfica contra el espectáculo judicial</i>	91
6. CUERDA ARNAU, M. ^a Luisa. <i>La regresión de la doctrina del efecto de desaliento en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional</i>	105
7. DEMETRIO CRESPO, Eduardo. <i>Sedaciones paliativas y responsabilidad penal</i>	117
8. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. <i>La política criminal de la transición española</i>	129

	Páginas
9. FOFFANI, Luigi. <i>El whistleblowing: un nuevo instrumento en la lucha contra la corrupción: la experiencia italiana en el marco del Derecho europeo</i>	145
10. GONZÁLEZ CUSSAC, José L. <i>La expansión de la categoría de seguridad nacional</i>	159
11. GONZÁLEZ GUERRA, Carlos M. <i>El Criminal Compliance en el Derecho argentino. Algunas reflexiones sobre la Ley 27.401, los Lineamientos para la implementación de los Programas de Integridad y el Registro de Integridad y transparencia para empresas y entidades (RITE)</i>	169
12. GUZMÁN DALBORA, José Luis. <i>Demagogia, Derecho penal y corrupción</i>	183
13. LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. <i>Elogio de la responsabilidad penal de la persona jurídica</i>	195
14. MAPELLI CAFFARENA, Borja. <i>Reflexiones en torno a la Ley reguladora de la eutanasia</i>	207
15. MILITELLO, Vincenzo. <i>La Convención de Palermo (UNTOC) y la responsabilidad derivada de delitos de las personas jurídicas. Itinerarios e intersecciones del ordenamiento italiano</i>	221
16. MIR PUIGPELAT, Oriol. <i>Responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas y COVID-19</i>	241
17. MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan. <i>La abolición de la pena de muerte como consecuencia del principio de humanidad de las penas</i>	255
18. OLAIZOLA NOGALES, Inés. <i>La directiva (UE) 2019/1937 whistleblower: su eficacia contra la corrupción</i>	269
19. PASTOR, Daniel R. <i>Política Criminal, Derecho penal, enjuiciamiento y ciencias de la vida: generar y transmitir conocimientos sin fronteras</i>	279
20. PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. <i>La inmigración bajo sospecha en el Derecho penal europeo</i>	293
21. QUERALT, Joan J. <i>La corrupción: un enfoque político-criminal</i>	305
22. RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio. <i>Una década de ¿Política Criminal? en materia de consentimiento sexual de menores (2012-2022)</i>	317
23. REDONDO, Santiago, y MARTÍNEZ CATENA, Ana. <i>Riesgos personales, sociales y situaciones en la victimización delictiva: ¿un triple riesgo victimógeno (TRV)?</i>	327

24.	SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando G. <i>Hacia una teoría de la comunicación en Derecho penal: a modo de introducción</i>	337
25.	SANTANA VEGA, Dulce M. <i>La renuncia a la prescripción del delito: ¿Un instrumento útil de protección del honor? (A propósito del artículo 157.7 del CP italiano)</i>	349
26.	TORRENTE, Diego. <i>Diseñando la seguridad pública: análisis del plan de seguridad de Cataluña 2016-19</i>	363
27.	ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. <i>Una propuesta de política criminal integral para cada fenómeno criminal</i>	379

BLOQUE II. TEORÍA DEL DELITO Y DE LA PENA

1.	ALONSO ÁLAMO, Mercedes. <i>Bienes jurídicos colectivos y delitos de lesión: lo primero, el bien jurídico</i>	393
2.	ARTAZA VARELA, Osvaldo. <i>La atribución de «déficit de conocimiento» en el marco de la responsabilidad penal de las personas jurídicas como problema de imputación «subjetiva»</i>	405
3.	BACIGALUPO SAGGESE, Silvina. <i>El cambio del paradigma de la gobernanza empresarial: su incidencia en los deberes de los administradores y en la responsabilidad penal</i>	419
4.	BAGES SANTACANA, Joaquim. <i>Breve aproximación al error de prohibición culturalmente condicionado</i>	435
5.	BARQUÍN SANZ, Jesús. <i>Acerca de las penas interdictivas en el subsistema punitivo de las personas jurídicas</i>	445
6.	BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio F. <i>La «privación del ejercicio del derecho de sufragio pasivo» como consecuencia de una sentencia penal desvinculada del delito cometido. Los devastadores efectos extrapenales de una sanción que no requiere motivación</i>	459
7.	BESIO HERNÁNDEZ, Martín. <i>Notas sobre la convergencia de una pluralidad de atenuantes en el Código Penal</i>	473
8.	CANCIO MELIÁ, Manuel y PANTALEÓN DÍAZ, Marta. <i>¿Responsabilidad penal por contagios individuales de coronavirus? Algunos problemas de imputación</i>	489
9.	CARDENAL MONTRAVETA, Sergi. <i>La valoración de la situación económica del penado al determinar el importe de la multa</i>	503
10.	DE VICENTE REMESAL, Javier. <i>El tratamiento jurídico-penal de las lesiones causadas por intervenciones quirúrgicas</i>	515

	Páginas
11. DÍAZ ARANA, Andrés Felipe. <i>El fundamento de la irrelevancia penal de la actuación médico-sanitaria</i>	529
12. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. <i>A vueltas con el dolo</i>	541
13. DONINI, Massimo. <i>Evoluciones más recientes de las categorías y políticas de la culpa penal</i>	561
14. DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo. <i>¿Responsabilidad penal de personas jurídicas por absorción de sociedades? A la vez, algunas consideraciones constitucionales al hilo del caso Santander-Popular (SAN n.º 246/2019, de 30 de abril)</i>	573
15. DOVAL PAIS, Antonio. <i>El trastorno mental sobrevenido. Antecedentes, problemas y previsiones del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal</i>	589
16. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. <i>El Derecho penal de la culpabilidad ante el neurodeterminismo</i>	601
17. FUENTES OSORIO, Juan Luis. <i>Determinación de la cuantía de la multa al dictar sentencia según la capacidad económica de la persona jurídica</i>	615
18. GONZÁLEZ LILLO, Diego. <i>Notas sobre la concurrencia de comportamientos y la construcción del nexo de imputación en el injusto imprudente</i>	629
19. GRECO, Luis. <i>¿Imputación objetiva como objeto del dolo? Reflexiones con motivo de la sentencia del BGH sobre el escándalo de los trasplantes de Göttingen (BGHSt 62, 223)</i>	645
20. KINDHÄUSER, Urs. <i>Normas y directivas</i>	657
21. LAPORTA, MARIO, <i>La influencia de la obra de Mirentxu Corcoy Bidasolo «el delito imprudente» en la jurisprudencia argentina</i>	671
22. LUZÓN PEÑA, Diego-M. <i>El derecho penal entre la protección de los ciudadanos y los límites y garantías</i>	685
23. MAÑALICH R., Juan Pablo. <i>Norma, antinormatividad y azar resultativo</i>	701
24. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. <i>El principio de culpabilidad y su fundamento</i>	713
25. MIRÓ LLINARES, Fernando. <i>¿Revoluciones científicas en el Derecho penal?</i>	725

26.	MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. <i>Intentos de extraer dinero de un cajero sin tener la clave: el problema del dolo directo con baja probabilidad y su trascendencia para la dogmática del dolo y la imprudencia</i>	737
27.	MONTIEL, Juan Pablo. «Imprudencia» y estructuras de responsabilidad penal	755
28.	MORILLAS CUEVA, LORENZO. <i>La complicada distinción entre la imprudencia grave y menos grave en los delitos de homicidio y lesiones</i> ...	771
29.	ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo. <i>La función de llamada del tipo positivo en el error sobre los presupuestos de una causa de justificación</i>	787
30.	PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. <i>Metodología para la imputación del injusto penal</i>	799
31.	PASTOR MUÑOZ, Nuria. <i>Sobre el estatus normativo de los programas de cumplimiento y su relación con los deberes jurídico-penales de las personas físicas que operan en la organización empresarial</i>	811
32.	PÉREZ MANZANO, Mercedes. <i>Tres cuestiones sobre el dolo a la luz de la neurociencia cognitiva</i>	825
33.	POZUELO PÉREZ, Laura. <i>Los excesos interpretativos en la atenuante de análoga significación</i>	837
34.	REYES ALVARADO, Yesid. <i>El consentimiento informado en la actividad médica como una manifestación del riesgo permitido</i>	847
35.	ROBLES PLANAS, Ricardo. <i>Merecimiento, necesidad de pena y punibilidad</i>	857
36.	ROGÉ SUCH, Gabriel. <i>El significado de la voluntad en el dolo</i>	869
37.	SALVADORI, Ivan. <i>Los diferentes grados de exposición al peligro de un bien jurídico. Breves consideraciones sobre los delitos de peligro indirecto</i>	883
38.	SÁNCHEZ MÁLAGA, Armando. <i>La expansión del Derecho penal en el ámbito de la imputación subjetiva</i>	893
39.	SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo. <i>El error sobre la capacidad de evitación: entre el dolo y la imprudencia</i>	909
40.	SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. <i>¿Genera derechos la buena suerte? Sobre el papel del resultado en Derecho penal</i>	921

	Páginas
41. SOLA RECHE, Esteban. <i>Omisión e imputación</i>	933
42. VALIENTE IVAÑEZ, Vicente. <i>La doble dimensión del dolo como criterio de imputación</i>	943
43. YACOBUCCI, Guillermo J. <i>Medidas alternativas y criterios de oportunidad en Derecho penal</i>	957
 BLOQUE III. CONSIDERACIONES DE PARTE ESPECIAL	
1. ABEL SOUTO, Miguel. <i>El nuevo tipo agravado de blanqueo en el ejercicio profesional de los obligados por la normativa de prevención, incorporado por la Ley Orgánica 6/2021, y los proveedores de servicios de cambio de moneda virtual y de custodia de monederos electrónicos</i>	975
2. ALCÁCER GUIRAO, Rafael. <i>Investigaciones internas: prolegómenos constitucionales y cuestiones abiertas</i>	989
3. BARBER BURUSCO, Soledad. <i>El delito de abandono del lugar del accidente: cuestionable lesividad y clara desproporción</i>	1001
4. BLANCO CORDERO, Isidoro. <i>De nuevo sobre el delito de enriquecimiento ilícito</i>	1011
5. BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel. <i>Menores de edad penalmente responsables de delitos sexuales</i>	1023
6. BOLEA BARDON, Carolina. <i>¿Cuestiona la agravación del quebrantamiento de condena por razón de género el principio de responsabilidad por el hecho?</i>	1037
7. CASTELLVÍ MONSERRAT, Carlos. <i>¿Prohibir el enaltecimiento del terrorismo vulnera la libertad de expresión?</i>	1047
8. DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis. <i>La protección penal del bosque</i>	1059
9. DE LA MATA BARRANCO, Norberto J. y HERNÁNDEZ DÍAZ, Leyre. <i>El maltrato infantil y la idea de seguridad en los delitos contra las relaciones familiares: ¿una tutela correcta?</i>	1071
10. DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario. <i>2020 o las siete sentencias del pleno de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en materia de seguridad vial</i>	1083
11. DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio. <i>Sociedad del riesgo y fraudes alimentarios</i>	1099

12.	DÍAZ MORGADO, Celia. <i>Derecho penal y diversidad cultural: delito de matrimonio forzado</i>	1111
13.	FERNÁNDEZ BAUTISTA, Silvia. <i>El cultivo compartido de Cannabis. Una cuestión no resuelta</i>	1125
14.	FERNÁNDEZ TERUELO, Javier. <i>Clásicas y nuevas conductas fraudulentas ejecutadas en la red y su subsunción en los tipos de estafa y estafa informática contenidos en el Código penal</i>	1135
15.	GALLEGO SOLER, José Ignacio. <i>Investigaciones internas corporativas: de la práctica a la teoría</i>	1151
16.	GÓMEZ MARTÍN, Víctor. <i>¿Un nuevo golpe de gracia a las investigaciones internas corporativas? Reflexiones en voz alta sobre la sentencia de Tribunal Supremo 328/2021, de 22 de marzo</i>	1167
17.	HORTAL IBARRA, Juan Carlos. <i>¿Por qué los llaman delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros cuando –siempre– quisieron reforzar el control estatal sobre los flujos migratorios irregulares (art. 318 bis CP)?</i>	1179
18.	JERICÓ OJER, Leticia. <i>Eutanasia y Derecho penal: algunos puntos de análisis sobre la regulación de la prestación de la ayuda para morir en la LORE</i>	1195
19.	JOSHI JUBERT, Ujala. <i>Cometer el delito de maltrato del artículo 153 CP en presencia de menores en la jurisprudencia del Tribunal Supremo: de la interpretación racional a su aplicación arbitraria</i>	1213
20.	JUANTANEY DORADO, Carmen. <i>Intimidación y revelación no consentida de imágenes o grabaciones audiovisuales (art. 197.7 CP)</i>	1221
21.	KUHLEN, Lothar. <i>Punibilidad de la oferta de una promoción profesional como contraprestación por actos sexuales</i>	1233
22.	MIR PUIG, Carlos. <i>El delito de enriquecimiento ilícito o injusto</i>	1245
23.	MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. <i>Decibelios, medio ambiente y Derecho penal</i>	1259
24.	NIETO MARTÍN, Adán. <i>Blanqueo de capitales: extraterritorialidad y doble incriminación</i>	1273
25.	OLIVER CALDERÓN, Guillermo. <i>Juicio crítico sobre la delación compensada en el Derecho penal chileno</i>	1289

	Páginas
26. PÉREZ ALONSO, Esteban. <i>Propuesta de derogación de los delitos relativos a la prostitución forzada de los artículos 187.1 y 188.2 CP español</i>	1305
27. POMARES CINTAS, Esther. <i>Problemática de la incriminación específica del reclutamiento para el terrorismo fundado en la trata de seres humanos</i>	1321
28. PUENTE ABA, Luz María. <i>El caso Bankia: cuestiones sobre la interpretación de los artículos 282 bis y 290 del Código penal</i>	1333
29. RAMÍREZ MARTÍN, Guillermo. <i>El delito de blanqueo de capitales imprudente. Una propuesta de reducción del tipo desde la parte general</i>	1345
30. RAMON RIBAS, Eduardo. <i>¿Es constitutiva de delito de trata de seres humanos la trata de personas realizada con fines de explotación laboral?</i>	1357
31. ROSO CAÑADILLAS, Raquel. <i>El profesional del artículo 196 CP: denegación de asistencia sanitaria o abandono de servicios sanitarios</i>	1373
32. RUEDA MARTÍN, M. ^a Ángeles. <i>Observaciones sobre la relevancia penal de la difusión no autorizada de grabaciones o imágenes íntimas obtenidas con el consentimiento de la víctima</i>	1389
33. SIERRA HERNÁIZ, Elisa. <i>La represión penal de la discriminación laboral. Una necesaria revisión del artículo 314 del Código Penal</i>	1399
34. TOMÁS-VALIENTE LANUZA, Carmen. <i>La intervención de los poderes públicos frente a las pseudoterapias: posibilidades y límites</i>	1409
35. TRAPERO BARREALES, María A. <i>¿Son punibles los daños informáticos imprudentes? El estado de la cuestión</i>	1423
36. TURIENZO FERNÁNDEZ, Alejandro. <i>¿Castigar o no castigar? Esa es la cuestión. Los consumidores de pornografía infantil en el punto de mira</i>	1433
37. VERA VEGA, Jaime. <i>Las falsedades documentales: ¿delitos de lesión o de peligro?</i>	1447
38. VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. <i>La trata de seres humanos tras un decenio de su incriminación: ¿es necesaria una ley integral para abordarla?</i>	1465

BLOQUE IV. GARANTÍAS Y PROCESO

1.	CID MOLINÉ, José. <i>La libertad condicional y su orientación preventiva</i>	1479
2.	FARALDO CABANA, Patricia. <i>Orden europea de vigilancia y derecho de información de la víctima</i>	1495
3.	GARCÍA PÉREZ, Octavio. <i>El ámbito subjetivo y objetivo de aplicación de la Directiva (UE) 2016/800</i>	1505
4.	GOÑI SEIN, José Luis. <i>La protección de la persona acusada en el sistema europeo de denuncias</i>	1517
5.	MIRANDA, Julio Gonzalo. <i>La presunción de inocencia y el in dubio pro reo</i>	1533
6.	NIEVA FENOLL, Jordi. <i>El proceso penal actual: entre la fe y la tecnología</i>	1543
7.	RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. <i>Prisión provisional y riesgo de alteración de pruebas</i>	1555
8.	RAMÍREZ ORTIZ, José Luis. <i>Lógica anticipativa en el proceso penal: los instrumentos de valoración del riesgo</i>	1567
9.	RETTIG ESPINOZA, Mauricio y BRAVO IBARRA, Sebastián. <i>La atribución racional del dolo en el proceso penal</i>	1579
10.	SANZ MORÁN, Ángel José. <i>Una reforma inaplazable. El nuevo status procesal del inimputable en el anteproyecto de Leocr. de 2020</i>	1593
11.	SEMINARA, Sergio. <i>Consideraciones sobre un caso de orden delictiva no ejecutada</i>	1607
12.	VARONA GÓMEZ, Daniel. <i>La cara oculta de la justicia penal: la conformidad del acusado</i>	1621
13.	VERA SÁNCHEZ, Juan Sebastián. <i>El estándar de prueba de la duda razonable a través de las propiedades de la lógica difusa: hacia la construcción de una regla heurística</i>	1639

PRÓLOGO

La obra que tiene el lector entre manos pretende rendir sentido tributo a la persona y la obra de Mirentxu Corcoy Bidasolo. El título finalmente elegido, *Un modelo integral de Derecho penal*, refleja el modo en que la profesora Corcoy ha concebido esta disciplina a lo largo de su dilatada y brillante carrera académica. Lejos de contemplarla como una mera yuxtaposición de elementos inconexos, el suyo constituye un modelo integrador de diversas disciplinas estrechamente interconectadas. Así, con apoyo en una comprensión de los principios político-criminales como fundamento y límite de la intervención penal, la profesora Corcoy parte de un profundo dominio de las Teorías del delito y de la pena como presupuesto irrenunciable para un riguroso abordaje de la Parte Especial, que de forma habitual habrá de incorporar, además, el conocimiento extrapenal. En cuanto a la relación entre el Derecho penal sustantivo y el Derecho procesal penal, nuestra querida homenajeadada se opone abiertamente a la tradicional separación entre ambas disciplinas, para defender firmemente la correspondencia de las distintas categorías del delito con las funciones que el proceso penal despliega –siempre con plena salvaguarda de las garantías que le son propias– en cada una de las fases que lo componen.

Estos cuatro ejes temáticos («Cuestiones de Política criminal», «Teoría del delito y de la pena», «Consideraciones de Parte Especial» y «Garantías y Proceso») son los pilares en los que se asienta la estructura de la presente obra. Como es obvio, dicho edificio nunca habría podido ser alzado sin la generosa aportación de los 125 académicos que, con sus magníficas contribuciones, nos han honrado con su participación en el proyecto. A todos ellos hemos de agradecer muy sinceramente no solo su generosa disposición a sumarse a la iniciativa, sino también su sacrificado esfuerzo por adaptar los respectivos capítulos a los estrictos requisitos formales y de limitación de caracteres que impone necesariamente la publicación de una obra de esta naturaleza y envergadura. Igualmente decisiva ha sido la labor de coordinación y revisión de originales desarrollada por un gran equipo de compañeros y compañeras, formado por Guillermo Ramírez, Vicente Valiente, Joaquim Bages, Celia Díaz Morgado, Gabriel Rogé,

Armando Sánchez Málaga, Gonzalo Miranda y Diego González Lillo. Es de justicia reconocer públicamente su compromiso, dedicación, tiempo y esfuerzo en el desempeño de tan arduas funciones, con el factor adicional, y en absoluto menor, de haberse visto afectado –al igual que en el caso de los autores y las autoras– por una pandemia que cambió nuestras vidas para siempre.

La presente empresa tampoco habría conseguido llegar a buen puerto sin la implicación del equipo de la editorial de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado (BOE). Mención especial merece, en este punto, la intervención de Julián Vinuesa y, muy especialmente, de Eva González, la Directora de su Departamento de Programación, Seguimiento y Evaluación de la Gestión, sin cuya flexibilidad y amplitud de miras el volumen que nos ocupa difícilmente habría podido integrar el catálogo de la colección «Derecho penal y Proceso penal» del sello. También destacado en la aparición del presente Libro-Homenaje es el papel del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, al enmarcarse la presente publicación en el proyecto «Responsabilidad penal por el hecho y Estado democrático. Una investigación sobre la legitimidad de la criminalización de ideas y caracteres» (FACTUM-RTI2018-097727-B-100), financiado por aquella institución.

Joan Brossa escribía en uno de sus poemas: «Si eres una manera de hablar, series el diàleg». En gran medida la homenajeada es para todos nosotros expresión de ello, puesto que mediante el diálogo se manifiestan ideas y afectos, y eso es lo que deseamos que el lector encuentre en esta obra: ideas y afectos que giran en torno a nuestra querida Mirentxu.

Barcelona, mayo de 2022.

VÍCTOR GÓMEZ MARTÍN
CAROLINA BOLEA BARDON
JOSÉ-IGNACIO GALLEGO SOLER
JUAN CARLOS HORTAL IBARRA
UJALA JOSHI JUBERT

SEMBLANZA DE LA PROFESORA MIRENTXU CORCOY BIDASOLO

No resulta en absoluto sencillo sintetizar la trayectoria académica y profesional de nuestra querida homenajeada, la profesora Mirentxu Corcoy. La presente semblanza únicamente pretende, por ello, apuntar de forma necesariamente breve algunos de sus momentos más destacados.

De padre catalán y madre vasca, nace a medio camino de ambos territorios, en Zaragoza. Este dato, aparentemente intrascendente, podría resultar, sin embargo, destacadamente revelador de la centralidad y la medida de su carácter. De su madre –que quiso haber estudiado Química aunque el contexto histórico se lo impidió– Mirentxu heredó su interés por las ciencias naturales, licenciándose primero en Biología y desarrollando en 1973 su tesina sudafricana sobre el efecto de los polietilenglicoles sobre la movilidad de los constituyentes polifenólicos del extracto de acacia en la celulosa.

Fruto de su insaciable inquietud intelectual pronto mostró interés también por el Derecho. No en vano, en 1982 obtuvo su segunda licenciatura en la Universidad de Barcelona, en este caso en Derecho, para doctorarse en esta misma Universidad el 30 de junio de 1988 con su exitosa tesis sobre el delito imprudente, que obtuvo la máxima calificación entonces posible de apto *cum laude*. Un año después, al tiempo que publicaba su primera monografía (*El delito imprudente. criterios de imputación del resultado*, PPU), lograba estabilizarse definitivamente en la Universidad de Barcelona ganando el concurso-oposición a una plaza de Profesora Titular de Universidad.

Diez años después, el 23 de noviembre de 1998, consiguió la plaza de Catedrática de Derecho penal en la Universidad Pública de Navarra, convirtiéndose entonces en una de las primeras mujeres españolas en alcanzar dicha categoría académica en el ámbito del Derecho penal. Alejada de su añorada y querida Barcelona (de las numerosísimas ciudades que ha visitado, Mirentxu siempre ha dicho que la Ciudad Condal es su preferida), fueron años de continuos viajes y frenético trabajo en la organización de jornadas y seminarios con

la ayuda de su segunda familia académica, la pamplonesa. Tras cuatro años de intensa actividad profesional durante los que labró grandes amistades, en 2002 volvió a la que siempre fue su casa: primero, nuevamente como Profesora Titular, en un regreso a 1988, que sin duda da buena cuenta de la –en ocasiones– incomprensible política universitaria, pero también de la fortaleza que siempre ha caracterizado a la profesora Corcoy; y un quinquenio después, en 2007, ya como Catedrática de Derecho penal.

La profesora Corcoy inició su actividad docente en la Universidad de Barcelona en 1983, cuando, junto al profesor Jesús-María Silva Sánchez y bajo la atenta dirección de su querido Maestro común, el Prof. Dr. Santiago Mir Puig, asumió la organización de las clases prácticas tras haber obtenido una beca de investigación del Ministerio de Educación y Ciencia en el Departamento de Derecho penal. Durante su fecunda trayectoria ha acumulado siete sexenios estatales de docencia y cinco sexenios de investigación, que le permitieron en su momento convertirse en la segunda mujer Catedrática de España en cumplir el requisito de los cinco sexenios necesarios para formar parte de tribunales de Cátedra. Su carácter extrovertido y alegre, así como su naturalidad comunicativa, han hecho de ella una profesora muy querida entre sus estudiantes de licenciatura, grado y posgrado, en general, y entre las distintas promociones de alumnos del Máster en Derecho penal organizado por la UB y la UPF, en particular.

A lo largo de los años la Dra. Corcoy ha sabido aunar su devoción por el Derecho penal con otra de sus grandes pasiones –junto al arte contemporáneo–: viajar. Esta sabia combinación le ha permitido participar en numerosos cursos, jornadas y posgrados organizados por prestigiosas universidades europeas (fundamentalmente italianas y alemanas) y centros universitarios y organismos en diversos países de habla hispana como, por ejemplo, Argentina, Chile, Colombia, Ecuador, México, Perú o Uruguay. Todos estos lugares han sido y seguirán siendo testigos de excepción de su calidez humana, su proximidad, su honradez y valentía científica y su arrollador carisma en la transferencia de sus conocimientos.

No menos sobresaliente, por supuesto, es la dimensión investigadora de la profesora Corcoy. La ya referida monografía resultante de su exitoso doctorado la encumbró como una de las mayores especialistas en delincuencia imprudente y, por tanto, en ineludible referencia para cuantos la sucedieron en su estudio. Gran parte de los planteamientos allí expuestos han sido posteriormente aplicados a los sectores específicos de actividad con más incidencia en la dogmática de la imprudencia tales como el tráfico viario, la actividad laboral o la medicina. Fruto de su destacada repercusión nacional e internacional, su

decisiva contribución al análisis de esta central categoría de la Teoría del delito fue merecidamente reeditada en la prestigiosa colección «Maestros del Derecho Penal» de la editorial BdF. Lugar igualmente preeminente ocupa la monografía resultante de la publicación del segundo ejercicio presentado para la obtención de la cátedra en la Universidad Pública de Navarra, publicado en 1999 por la editorial Tirant lo Blanch bajo el título *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales. Nuevas formas de delincuencia y reinterpretación de tipos penales clásicos*. Partiendo de la autonomía de los bienes jurídico-penales supraindividuales en tanto condición esencial para el desarrollo de la personalidad, y la nítida distinción entre la lesión del objeto del delito y la lesión del bien jurídico, la Dra. Corcoy elaboró una verdadera teoría general de los delitos de peligro, en la que conjugó las necesidades de tutela en las modernas sociedades actuales con el escrupuloso respeto de los principios limitadores del *ius puniendi*.

La Dra. Corcoy siempre ha compartido equilibradamente su interés por los temas de parte general con un riguroso tratamiento de la parte especial. Firme detractora de la escisión entre ambas áreas de conocimiento, así como de su separación del Derecho procesal penal, ha dedicado no pocos esfuerzos al examen, entre otros muchos, de los delitos de quebrantamiento de condena, los delitos contra la salud de los consumidores y la responsabilidad por el producto, los delitos contra los derechos de los trabajadores o la protección penal del medio ambiente. Común denominador de su estudio es la toma en consideración de las estructuras y categorías propias de la teoría del delito y las ineludibles garantías sustantivo-procesales. La suya es una búsqueda decidida por un Derecho penal más racional, humano y garantista, y menos pasional, vindicativo y populista. Otra de sus señas de identidad es, sin lugar a dudas, una clara apuesta por la interdisciplinariedad, de la que da cumplida cuenta, por ejemplo, su amplia producción científica (sobre temas como la eutanasia, la objeción de conciencia, la interrupción voluntaria del embarazo, el consentimiento en la actividad médico-quirúrgica o las manipulaciones genéticas) como integrante del observatorio de Bioética y Derecho de la Universidad de Barcelona.

Además de una interminable lista de publicaciones y monografías individuales, merece ser puesta en valor su incansable actividad en la dirección de Manuales y Comentarios en Derecho penal publicados con la colaboración de gran parte de los miembros del Departamento de Derecho penal de la Universidad de Barcelona, y también de queridos colegas de otras universidades. Esta labor de coordinación de equipos de trabajo pone de relieve otras dos apreciables cualidades de Mirentxu. Por un lado, su incesante vocación de servicio

público, basada en la firme convicción de que el profesorado académico debe socializar sus conocimientos a través de la elaboración de materiales didácticos de naturaleza teórico-práctica útiles para el desarrollo de estudios de Grado y Posgrado, en el caso que nos ocupa especialmente de Derecho y Criminología. Y, por otro, y de manera muy sobresaliente, su convencida apuesta por el trabajo en equipo, la innovación y el relevo generacional. Este último se refleja de modo fácilmente reconocible en la dirección de una treintena de tesis doctorales, gran parte de las cuales han sido publicadas posteriormente en editoriales de gran prestigio.

Entre los más incuestionables signos de identidad de Mirentxu se encuentra su naturaleza fuertemente ecuménica. Se diría de ella que pertenece a todas las épocas y todos los países, como si de un espíritu libre ajeno a las dimensiones de tiempo y espacio se tratara. Buena muestra de ello la constituyen no sólo una de sus grandes pasiones *extrapenales* –con permiso del arte–, sus múltiples viajes por todo el mundo, sino también, por ejemplo, la gran cantidad de seminarios organizados, tanto nacionales como internacionales. Cabe destacar, por su importancia, el XV Congreso Mundial de Criminología del año 2008, así como los veintidós Congresos de Estudiantes de Derecho Penal de los que fue responsable, en su condición de fundadora y presidenta de la Asociación Interuniversitaria de Estudiantes de Derecho penal.

Su irrenunciable dedicación universitaria y su compromiso institucional con la Universidad de Barcelona también la han llevado a ocupar importantes cargos de gestión. Entre otros, subrayaremos la dirección del Departamento de Derecho penal (períodos 1993-1998 y 2008-2016), la coordinación de la Sección departamental de Derecho penal y Criminología (período 2016-2021), la coordinación de los Estudios criminológicos y de la Seguridad (período 2004 -2009) y la co-coordinación del Máster de Derecho penal de la UB y la UPF. Mirentxu cultivó esta implicación en la gestión académica también durante su paso por la Universidad Pública de Navarra, en la que asumió la subdirección del Departamento de Derecho público y la representación de profesores doctores en la mesa del claustro.

Justo reconocimiento a esta brillante trayectoria han sido los múltiples premios con los que ha sido galardonada. Al respecto deben ser recordados, entre otros, la Gran Cruz Orden de la Justicia del Club de Abogados de Colombia, la distinción a la Huésped de honor de la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e islas del Atlántico Sur de Argentina, la Medalla de honor del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur de Argentina y la mención como Abogada Honorífica del Colegio de Abogados Penalistas de Colombia.

Férrea defensora de la necesidad de poner en práctica los conocimientos teóricos y de generar, a través de dicha simbiosis, un ciclo virtuoso de sentido bidireccional, la Dra. Corcoy ha venido compaginado su extensa labor académica con una intensa actividad profesional. Ocupa un capítulo especial, en este punto, su dedicación como Magistrada Suplente en la Audiencia provincial de Barcelona durante el período comprendido entre los años 1996 y 2007. A través de dicha enriquecedora experiencia, Mirentxu consiguió visibilizar la importancia del inescindible nexo que debe vincular a la Universidad con la Administración de Justicia, así como abrir paso –como en tantas otras cosas– a otros docentes del Departamento que seguidamente accedieron también a la judicatura como complemento idóneo de la Universidad.

Cuanto se ha expuesto es sólo una mínima parte de los ríos de tinta que podrían verterse sobre la apreciada y admirada destinataria de nuestras palabras. Sirvan las mismas, y este lacónico corolario final, para expresar a Mirentxu Corcoy, del modo más sincero imaginable, la fortuna que sentimos por ser testigos de excepción de la pasión contagiosa con la que vive la vida y poder contarnos entre sus privilegiados compañeros de viaje.

ABREVIATURAS

§	Parágrafo
Abr.	Abril
ACP	Anteproyecto de Código Penal
ADPCP	Anuario de Derecho penal y Ciencias penales
AFDUAM	Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid
ALECrim.	Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal
AN	Audiencia Nacional
ANAC	Autoridad Nacional Anticorrupción
Ap.	Apartado
AP	Audiencia Provincial
Arizona L. Rev.	Arizona Law Review
Art.	Artículo
AS	Aranzadi Social
AT	Allgemeiner Teil
ATC	Auto del Tribunal Constitucional
AATC	Autos del Tribunal Constitucional
AATS	Autos del Tribunal Supremo
ATS	Auto del Tribunal Supremo
AAVV	Autores varios
BdE	Banco de España
BGH	Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo alemán)
BOA	Boletín Oficial de Aragón
BOCG	Boletín Oficial de las Cortes Generales
Buff. Crim. L. Rev.	Buffalo Criminal law Review
Bull. Crim.	Bulletin des arrêts de la Cour de Cassation, chambre criminelle
CADH	Convención Americana sobre Derechos Humanos
Cap.	Capítulo
C. Const.	Corte Constitucional

CDFUE	Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea
CDJ	Cuadernos de Derecho Judicial
CE	Constitución Española
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CEJI	Centro Jurídico Integral de Ciencias Penales y Criminología de México
CEPC	Centro de Estudios Políticos y Constitucionales
Cfr.	Confrontar
CIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CNMV	Comisión Nacional del Mercado de Valores
Coord./Coords.	Coordinador/Coordinadores
CP	Código Penal
CPC	Cuadernos de Política Criminal
Crim. Just. Ethics	Criminal Justice Ethics
CSN	Consejo de Seguridad Nacional
DDHH	Derechos Humanos
Dic.	Diciembre
Dir.	Director, Directora, Directiva
Dir. Pen. Cont.-Riv. Trim.	Dritto penal contemporaneo-Rivista trimestrale
Diss.	Dissertation (tesis doctoral alemana)
DLL	Diario La Ley
DMD	Derecho a Morir Dignamente
DOJ	Department of Justice
DP	Derecho penal
DSN	Departamento de Seguridad Nacional
DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos
EBA	Autoridad Bancaria Europea
ECLI	European Case Law Identifier
Ed.	Edición, editor, editores
EDJ	Estudios de Derecho Judicial
En.	Enero
Enc. Dir.	Enciclopedia del Dritto
Enc. Giur. Treccani	Enciclopedia Giuridica Treccani
Eur J Secur Res.	European Journal for Security Research
EPC	Estudios Penales y Criminológicos
ESN	Estrategia de Seguridad Nacional
ESG/ASG	Environmental, Social and Governance/factores Ambientales, Sociales, Gobierno corporativo
ESG/ASG-T	Environmental, Social and Governance/factores Ambientales, Sociales, Gobierno corporativo
esp.	Especialmente
ET	Estatuto de los Trabajadores
<i>Et. al.</i>	<i>Et alii</i> (y otros)
Etc.	Etcétera

Fd.	Fundamento
Feb.	Febrero
FGE	Fiscalía General del Estado
FICP	Fundación Internacional de Ciencias Penales
FJ	Fundamento Jurídico
FFJJ	Fundamentos Jurídicos
Foro it.	Foro Italiano
FORB	Autoridad de Resolución Ejecutiva
FS	Festschrift
GA	Goltdammer's Archiv für Strafrecht
GEPC	Grupo de Estudios de Política Criminal
GRECO	Group of States against Corruption
IEEE	Instituto Español de Estudios Estratégicos
InDret	Revista para el Análisis del Derecho
ISO	International Organization for Standardization
ISR	Inversión, Sostenible y Responsable
JpD	Jueces para la Democracia
Jun.	Junio
Jul.	Julio
Jus	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
J. Nat'l Sec. L. & Policy	Journal of National Security Law & Policy
L	Ley
LECRim	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LH	Libro en Homenaje
LK-StGB	Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch
LL	Revista La Ley
LL	Leyes
LLP	La Ley Penal
LLOO	Leyes Orgánicas
LO	Ley Orgánica
LOEX	Ley Orgánica de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España
LORE	Ley Orgánica de Regulación de la Eutanasia
Louis. L. Rev.	Sant Louis University Public Law Review
LSN	Ley de Seguridad Nacional
May.	Mayo
Mar.	Marzo
M SchrKrim	Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform
NK-StGB	Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch
N.	Nota
NM	Número marginal
NNMM	Números marginales
NNUU	Naciones Unidas
Nov.	Noviembre

Noviss. Dig. It.	Novissimo Digesto Italiano
Núm.	Número
NZWist	Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmensstrafrecht
Ob. cit.	Obra citada
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos
Oct.	Octubre
ODS	Objetivos de Desarrollo Sostenible
OIT	Organización Internacional del Trabajo
OMC	Organización Médica Colegial
P.	Página
Par.	Párrafo
P. ej.	Por ejemplo
Pp.	Páginas
PG	Parte general
Prof.	Profesor
Profá.	Profesora
PUCP	Pontificia Universidad Católica de Perú
RD	Real Decreto
RDL	Real Decreto Legislativo
RDPC	Revista de Derecho Penal y Criminología (UNED)
Rec. Dalloz	Recueil Dalloz
RECPC	Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (en línea: www.criminet.ugr.es/recpc)
REEPS	Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad (Costa Rica)
REIC	Revista Española de Investigación Criminológica
Rev. Bio. y Der.	Revista de Bioética y Derecho
Rev. int. dr. comp.	Revue internationale de droit compare
RGDP	Revista General de Derecho Penal
Riv. It. Dir. Proc. Pen.	Rivista italiana di diritto e procedura penale
Riv. Pen.	Rivista penale
RJCat.	Revista Jurídica de Cataluña
ROJ.	Repositorio Oficial de Jurisprudencia
RP	Revista penal
RS	Responsabilidad Social
RSC	Responsabilidad Social Corporativa
S.	Siguiente
SchStGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch (Código penal suizo)
SECPAL	Sociedad española de cuidados paliativos
Sent.	Sentencia
Ss.	Siguientes
SSAP	Sentencias de la Audiencia Provincial
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial

Sec.	Sección
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
STJCE	Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
SSTEDH	Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
SSTSJ	Sentencias del Tribunal Superior de Justicia
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
SSTC	Sentencias del Tribunal Constitucional
StGB	Strafgesetzbuch (Código penal alemán)
StPO	Código Procesal Penal alemán
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
T.	Tomo
Tb.	También
TENT	Teoría de los elementos negativos del tipo
TIC	Tecnologías de la Información y la Comunicación
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
Trad.	Traducción, traductor/a
TRD	Modelo del triple riesgo delictivo
TRV	Modelo triple riesgo de victimización
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
UAM	Universidad Autónoma de Madrid
UE	Unión Europea
UNAM	Universidad Nacional Autónoma de México
UNE	Una Norma Española
Univ.	Universidad
UNODC	United Nations Office on Drugs and Crime
Vs.	Versus
VVAA	Varios/as autores/as
Vol.	Volumen, volúmenes
ZStW	Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft

BLOQUE I

CUESTIONES DE POLÍTICA CRIMINAL

ACERCA DEL DERECHO VICTIMAL

GERMÁN ALLER*

I. EN HOMENAJE A LA PROF. DRA. MIRENTXU CORCOY BIDASOLO

Es muy grato celebrar honrando a la Prof. Corcoy. Se trata de una jurista sumamente influyente en su país y en Latinoamérica. En tal sentido, subrayo la relevancia que su obra sobre el delito imprudente ha tenido en Uruguay. A ello sumado su coherencia temática a lo largo de su extensa e intensa carrera, siendo siempre bienvenida por estos lares. Cada vez que nos ha visitado aprendimos mejor Derecho penal además de reafirmar valores ético-jurídicos. La puridad al analizar los vericuetos de la Ciencia Penal, la precisión terminológica y su accesibilidad para estudiantes se amalgaman en Mirentxu logrando una atrapante interconexión con alumnos y egresados. Además de la gran penalista que es, también alegra mi alma contar con ella como una amiga leal y sincera.

II. SITUACIÓN DE LA VÍCTIMA

Al comenzar el estudio de las ciencias concernientes al crimen, llama poderosamente la atención el olvido y desinterés en que se ha sumergido a la víctima

* Catedrático de Derecho Penal y Director del Instituto de Derecho Penal y Criminología de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República (Uruguay).

del delito al punto de dejarla en un *cono de sombra*¹, evidenciando lo expresado por Stephen Schafer en cuanto a que la víctima del delito ha sido habitualmente ignorada por el sistema penal². La excepción notoria se da en los casos en que es objeto pericial, probatorio o de estudio clínico, pero no más allá que eso. Es decir, la cosificación a que es sometida, propiciando el proceso de victimización secundaria a que se ve sujeta casi indefectiblemente. Ella no integra la solución jurídico-penal propuesta mediante la pena ni el proceso penal, dado que el Estado se pone en medio, monopolizando la cuestión y despersonalizando el conflicto. Cabe agregar que el proceso civil y el penal, en este sentido, se han ido apartando cada vez más, al punto que lo importante para el Estado no es necesariamente justo para la víctima, ya que ni uno ni otro armonizan su funcionamiento para brindar respuestas adecuadas a esta última.

Para la dirección clásica del Derecho penal y de la Criminología, integrada por autores como Cesare Beccaria, John Howard, Jeremy Bentham, Gian Domenico Romagnosi, Anselm von Feuerbach, Pellegrino Rossi, Francisco Mario Pagano, Enrico Pessina, Giovanni Carmignani, Francesco Carrara, Joseph Louis Elzéar Ortolan, J. Tissot, Karl Ferdinand Hommel y Hugo Hälschner, el objeto de estudio era el delito como ente jurídico. Importaba el acto criminal como hecho de relieve penal y la consecuente justa retribución del daño mediante la aplicación de la pena. Esta prestigiosa orientación penal y criminológica se preocupó –primordialmente– por la conducta criminal y no en similar dimensión por el individuo infractor³. De allí provino la teoría del delito, que dejó de lado al delincuente y más aún a la víctima. A pesar del gran desarrollo doctrinal y la concreción de códigos como el italiano de Zanardelli-Savelli (1889), sus postulados –por razones ajenas a sus propulsores– no llegaron a fructificar respecto de la prevención, del criminal, de la víctima y del control social.

La Escuela positiva de Lombroso, desde la Medicina legal, en su inicio se abocó al estudio del hombre delincuente, la prevención del delito, el control social y escasamente de la víctima. El psiquiatra y médico-legista italiano –iniciador de la antropología criminal– expresó: *La multa permitiría también indemnizar a la víctima. De este modo se atacaría al delito en sus raíces [...] También convendría obligar a los jueces a fijar la liquidación de los daños,*

¹ ALLER, G., *Dogmática de la acción y «praxis» penal*, Montevideo-Buenos Aires (B de F), 2009, pp. 152-155.

² SCHAFFER, S., *Restitution to Victims of Crime*, 1.ª ed., Londres (Stevens & Sons Limited), 1960, p. VII. También, *Compensation and Restitution to Victims of Crime*, 2.ª ed., Montclair (Patterson Smith), 1970, p. XIII.

³ RODRÍGUEZ MANZANERA, L., *Victimología. Estudio de la víctima*, 5.ª ed., México (Porrúa), 1999, p. 3.

*evitando así las molestias y dilaciones de un proceso civil. Los representantes del Ministerio público, por su parte, deberían pedir de oficio la indemnización debida a la víctima, en caso de que, por ignorancia o por temor, dejara de constituirse la parte civil*⁴.

Desde esta orientación, sustentada por los cambios propios del Industrialismo y el apoyo del pragmatismo de las nuevas clases sociales integradas por los burgueses y comerciantes que prosperaban en un mundo convulsionado de fines del siglo XIX, se creyó anticipar las conductas delictivas según la tipología criminal antropológica. Tampoco logró el éxito esperado por sus seguidores, ya que sólo se concretó parcialmente el postergado sueño de un código penal reflejo del positivismo en el modelo de Rocco, puesto que en él se incluyeron conceptos de la Escuela positiva en cuanto a la peligrosidad y las medidas de seguridad. Por su parte, Garofalo se interesó por las víctimas y escribió: *Esta clase de personas a que todo ciudadano honrado puede tener la desgracia de pertenecer, debía merecer que el Estado le dirigiese una mirada de benevolencia, una palabra de consuelo. Las víctimas de los delitos debían, seguramente, tener derecho a mayores simpatías que la clase de los delincuentes...*⁵. También Ferri se refirió a esta problemática: *Toda la atención de la Escuela clásica ha estado concentrada en la entidad jurídica del crimen. La víctima del crimen ha sido olvidada, aunque esta víctima produce una simpatía filantrópica mayor que la que provoca el criminal que ha producido el daño*⁶.

Señaló además, que la filantropía debe cuidarse mucho menos de los delincuentes, que, si son desdichados es por ser criminales, y mirar con más eficacia por los millones de pobres, que son tan desgraciados como aquellos, pero son honestos⁷. La comparación entre delincuentes y víctimas también lo llevó a cuestionar los supuestos buenos tratos dispensados en las cárceles a los reclusos condenados, mientras que personas honestas no recibían similares concesiones⁸. Lo planteado por Ferri es inadecuado en todo sentido, ya que no debe admitirse el trato indigno en ninguna circunstancia y, además –en todo caso– se debe elevar el nivel de las personas injustamente sumergidas social y económicamente, pero no hay razón válida alguna para postular desde ninguna ciencia la conveniencia de dispensar a los reclusos peor trato aún del que reciben. De cualquier forma, Ferri

⁴ LOMBROSO, C., *El delito. Sus causas y remedios*, Madrid (Librería General de Victoriano Suárez), 1902, p. 529.

⁵ GAROFALO, R., *Indemnización a la víctima del delito*, Madrid (La España Moderna), 1893, p. 57.

⁶ FERRI, E. *The Positive School of Criminology. Three Lectures*, Pittsburgh (University of Pittsburgh Press), 1968, p. 101.

⁷ FERRI, E., *La Escuela criminológica positivista*, Madrid (La España Moderna), 1894, pp. 304-305. También, *Sociología criminal*, t. I, Madrid (Góngora), 1907, p. 7.

⁸ FERRI, E., 1894, pp. 160-161.

se interesó también en la reparación a la víctima⁹, así como Garofalo y Lombroso. Éste último insistió en la utilidad de la multa para indemnizar a la víctima y que el juez penal fijase de oficio el monto de su indemnización¹⁰.

A instancia de esta Escuela se efectuaron congresos para tratar la protección e indemnización a la víctima del delito. Los éxitos de Ferri y Garofalo en el ámbito académico y político de fines del siglo XIX y comienzos del XX no alcanzaron para sustentar esta corriente de pensamiento, y las orientaciones mixtas, como la Escuela de Marburgo de von Liszt junto a van Hamel y Prins¹¹, la Antropología sociológica de Lacassagne¹² y Tarde¹³, la Escuela de la Defensa social de Gramática¹⁴ y después la Nueva defensa social de Ancel¹⁵, con el transcurso de los años fueron desplazando al positivismo, pero con el rasgo común de mantener en el olvido a la víctima.

Luego surgieron las orientaciones sociológicas norteamericanas –provenientes de la francesa de Durkheim– lideradas por Sutherland¹⁶, la aparición de la Escuela urbanística de Chicago, después Merton¹⁷ y las subculturas criminales de Cohen¹⁸, Cloward y Ohlin¹⁹. En ellas, a excepción de la urbanística o ecológica de Chicago (*Human Ecology*), la víctima siguió sumergida en un *cono de sombra*. Los estudios de Park, Burgess y McKenzie²⁰, así como los Shaw y McKay²¹ –todos de la Escuela de Chicago– mostraron los procesos de desarrollo geográfico del crimen y, en cierta manera, esos mapas de la criminalidad urbana contemplaban al mismo tiempo la problemática de la víctima, pero no fue mucho más que eso. Las líneas de pensamiento criminológico posteriores,

⁹ FERRI, E., 1907, t. I, pp. 41-42. También, *Sociología criminal*, t. II, pp. 275-278.

¹⁰ LOMBROSO, C., 1902, p. 359.

¹¹ PRINS, A., *Science Pénale et Droit Positif*, Bruselas (Bruylant-Christophe & Cía), 1899.

¹² LACASSAGNE, A., en « Préface » a LAURENT, É., *Les habitués des prisons de Paris. Etude d'Anthropologie & de Psychologie criminelles*, Lyon (Storck), 1890.

¹³ TARDE, G., *La Philosophie pénale*, Lyon (A. Storck), 1890. Versión en español, *Filosofía penal*, t. I, Madrid (La España Moderna), 1911.

¹⁴ GRAMATICA, F., *Principi di Difesa sociale*, Padua (Cedam), 1961.

¹⁵ ANCEL, M., *Social Defense. A Modern Approach to Criminal Problems*, Londres (Routledge & Kegan Paul), 1965. Del mismo autor, *La Défense sociale nouvelle. Un mouvement de Politique criminelle humaniste*, 3.ª ed., París (Éditions Cujas), 1981.

¹⁶ SUTHERLAND, E., *Criminology*, Filadelfia (Lippincott), 1924.

¹⁷ MERTON, R., *Social Theory and Social Structure*, 3.ª ed., Illinois (Free Press), 1959. Versión en español, *Teoría y estructura sociales*, México (Fondo de Cultura Económica), 1964.

¹⁸ COHEN, A., *Delinquent Boys. The Culture of the Gang*, Nueva York (The Free Press), 1955.

¹⁹ CLOWARD, R., y OHLIN, L., *Delinquency and Opportunity. A Theory of Delinquent Gangs*, Illinois (The Free Press), 1960.

²⁰ PARK, R.; BURGESS, E., y MCKENZIE, R., *The City*, 5.ª imp., Chicago (The University of Chicago Press), 1968.

²¹ SHAW, C., y MCKAY, H., *Delinquency Areas*, Chicago (The University of Chicago Press), 1929.

tales como el interaccionismo simbólico de Thomas²², Tannenbaum²³, Blumer²⁴, Becker²⁵, Lemert²⁶, las corrientes radicales y críticas de Taylor, Walton & Young²⁷, Quinney²⁸, Turk²⁹, Vold³⁰, Baratta³¹ y Pavarini³² centraron el objeto de estudio en la estigmatización del delincuente, en los procesos de criminalización y el consecuente cambio de paradigma desde el del crimen hasta el de la criminalización a través de los modelos sociales de disenso, contrapuestos a la anterior visión de una sociedad de consenso³³. Estas posturas criminológicas denunciaron los errores sistémicos, la selectividad como forma de dominación social y las cárceles como medio estigmatizante. Sin embargo, proporcionalmente, poco se dedicaron a las víctimas.

Más cercanas en el tiempo, aparecieron otras ideas como las desplegadas por los realismos criminológicos liberal o de derecha de Wilson³⁴, Kelling y Cole³⁵, así como el de izquierda de Young³⁶, Lea³⁷, Matthews³⁸, Kinsey³⁹,

²² THOMAS, W., *The Unadjusted Girl*, Londres (George Routledge & Sons), 1924.

²³ TANNENBAUM, F., *Crime and the Community*, Boston (Ginn and Company), 1938.

²⁴ BLUMER, H., *The Methodological position of Symbolic Interaccionism*, Nueva Jersey (Prentice-Hall), 1969.

²⁵ BECKER, H., *Outsiders. Studies in the Sociology of Deviance*, Nueva York (The Free Press), 1963. Versión en español, *Los extraños. Sociología de la desviación*, Buenos Aires (Tiempo Contemporáneo), 1971.

²⁶ LEMERT, E., *Social Pathology*, Nueva York (McGraw-Hill), 1951.

²⁷ TAYLOR, I.; WALTON, P., y YOUNG, J., *The New Criminology. For a social Theory of deviance*, Londres (Routledge & Kegan Paul), 1973. Hay versión en español, *La Nueva Criminología. Contribución a una teoría social de la conducta desviada*, Buenos Aires (Amorrortu) 1977.

²⁸ QUINNEY, R., *The Social Reality of Crime*, Boston (Little, Brown and Company), 1970.

²⁹ TURK, A., *Criminality and Legal Order*, Chicago (Rand McNally & Company), 1969.

³⁰ VOLD, G., *Theoretical Criminology*, Nueva York (Oxford University Press), 1958, *passim*.

³¹ BARATTA, A., *Criminología crítica y crítica del Derecho penal*, 4.ª ed., México (Siglo XXI), 1993, *passim*.

³² PAVARINI, M., *Control social y dominación*, *passim*. También, *Los confines de la cárcel*, *passim*. Asimismo, junto a MELOSSI, D., *Cárcel y fábrica. Los orígenes del sistema penitenciario*, 2.ª ed., México (Siglo XXI), 1985, *passim*.

³³ Provenientes de las ideas de Karl Marx, Friedrich Engels y Willem Bonger sobre el conflicto social y su respuesta filosófica.

³⁴ WILSON, J., *Thinking About Crime*, Nueva York (Basic Books, Inc. Publishers), 1975, *passim*.

³⁵ KELLING, G., y COLE, C., *Fixing broken windows. Restoring Order and Reducing Crime in our Communities*, Nueva York (Touchstone), 1997, *passim*.

³⁶ YOUNG, J., *The Exclusive Society. Social Exclusion, Crime and Difference in Late Modernity*, Londres (Sage Publications), 1999, *passim*. Versión en español, *La sociedad «excluyente». Exclusión social, delito y diferencia en la Modernidad tardía*, Madrid (Marcial Pons), 2003.

³⁷ LEA, J., *Delito y modernidad. Nuevas argumentaciones en la Criminología realista de izquierda*, México (Coyacán), 2006, *passim*. También junto a YOUNG, J., *What is to be done about Law & Order? Crisis in the Nineties*, 1.ª ed., Middlesex (Penguin Books), 1984, pp. XII-XIII y XXXVI. Versión en español, *¿Qué hacer con la ley y el orden?*, Buenos Aires (Editores del Puerto), 2001, pp. 27-28 y 49.

³⁸ MATTHEWS, R., y YOUNG, J., *Confronting Crime*, Londres (Sage), 1986, *passim*.

³⁹ KINSEY, R.; LEA, J., y YOUNG, J., *Losing the Fight against the Crime*, Oxford (Basil Blackwell), 1986, *passim*.

también la Criminología situacional de Clarke⁴⁰, de las *actividades rutinarias* de Cornish y Clarke⁴¹, de la *elección racional* también de Clarke y Felson⁴², la teoría de la vergüenza reintegrativa de Braithwaite⁴³. Estas nuevas formas de ver la criminalidad y sus consecuencias fueron paulatinamente absorbiendo el impacto de la llamativa ausencia de la víctima y, a su vez, comenzaron a otorgarle mayor interés, pero distando de lo óptimo. Cabe precisar que es Braithwaite quien mayor acogida ha dado a la atención a la víctima, partiendo de una justicia restaurativa que de nuevo integre la reparación a la víctima y la pena con el propósito de que aquélla, junto a las redes sociales afectadas y el sistema penal, sean restaurados a través de un completo abordaje del fenómeno criminal⁴⁴. La evolución en el estudio y tratamiento del crimen ha seguido incesantemente hasta ahora, pudiendo afirmarse que la Criminología ha llegado a su edad adulta y que, superadas las grandes pugnas internas, existe integración y espacio investigativo para las diversas orientaciones científicas⁴⁵.

¿Por qué no se dispensó interés a la situación de la víctima? Esta interrogante no es novedosa, pero sigue sin tener una respuesta satisfactoria. Rodríguez Manzanera ha indicado que podría deberse al miedo que se le tiene al criminal, como la oveja al lobo. Nadie va al zoológico a ver a un cordero, sino a las fieras. La fama sigue al delincuente, pero no a su víctima (con honrosas excepciones). El criminal es alguien que se atreve a hacer algo que los demás no, pero que desearían. Difícilmente alguien tenga en la memoria los nombres de la víctimas de Jack *el destripador*; todos conocen la fama de Atila, pero nada de sus víctimas, y así sucesivamente en la historia, salvo honrosas excepciones como Jesús, Mahatma Gandhi, Jean d'Arc y otros que fueron víctimas, pero su fama estuvo en las ideas, no en su victimización. El autor mexicano destacó que la víctima significa el fracaso

⁴⁰ CLARKE, R., *Situational crime prevention*, Nueva York (Harold and Heston), 1992, *passim*.

⁴¹ CLARKE, R., y CORNISH, D., *The Reasoning Criminal. Rational Choice Perspectives on Offending*, Nueva York (Springer-Verlag), 1986, pp. 1-15.

⁴² CLARKE, R., y FELSON, M., *Routine Activity and Rational Choice*, New Jersey (Transaction Publishers), 1993, pp. 1-13.

⁴³ BRAITHWAITE, J., *Crime, shame and reintegration*, Nueva York (Cambridge University Press), 1989, *passim*. También, BRAITHWAITE, J., y PETTIT, Philip, *Not just deserts. A Republican Theory of Criminal Justice*, Nueva York (Oxford), 1998, *passim*.

⁴⁴ BRAITHWAITE, J., *Restaurative Justice and Responsive Regulation*, Nueva York (Oxford), 2002, pp. 14-16 y 45-71.

⁴⁵ Esto quedó evidenciado en el Congreso «La Criminología del siglo XXI en América Latina», efectuado en Buenos Aires en setiembre de 1999, donde criminólogos latinoamericanos de distintas orientaciones nos dimos cita para discutir los aspectos epistemológicos y el estado actual de nuestra disciplina en un cordial y fraterno ambiente propiciado por el co-organizador Carlos Alberto Elbert (prestigioso investigador y criminólogo de la Universidad de Buenos Aires). Entre otros, participamos: Luis Rodríguez Manzanera, Elías Neuman, Lola Aniyar, Ma. de la Luz Lima Malvido, Carmen Antony, Raúl Zaffaroni, Miguel Langon, Sergio Adorno, Elías Carranza, Gerardo Gabaldón, Álvaro Pires, Julio Virgolini, etc.

del Estado y –en ocasiones– se las deja *ex profeso* en el olvido, tales como las de injusticia social, abuso de poder, de violación de derechos humanos, de marginación, segregación racial o religiosa, delito transnacional, fraude electoral, criminalidad dorada y otras⁴⁶. Se pensó que la vía civil sería la adecuada para el resarcimiento material por la vía de daños y perjuicios, pero no ha sido así. No hay honor ni dignidad en la calidad de víctima, la sociedad no está preparada para solidarizarse con ellas, a pesar de que seguramente en algún momento de nuestra vida seamos víctimas –por lo menos– de un delito. Existe un imaginario colectivo tendiente a quitar esta imagen de la mente y suponer que la víctima es un tercero, pero no uno mismo. Por otra parte, la ineficacia en la persecución de los delitos, confirmada por la elevada cifra negra de la criminalidad, inhibe de efectuar denuncia de los de escasa relevancia, hecho fomentado también por la victimización secundaria (ya señalada antes) que lleva a no comparecer en dependencias policiales y tribunales. No se quiere ser víctima ni testigo, ambos huyen del engranaje operativo; es frecuente constatar que muchas personas reniegan de su calidad de víctima porque nada se obtiene de ello y la mente trata de escapar a esa situación límite.

III. HACIA EL DERECHO VICTIMAL

El hombre primitivo solucionaba sus conflictos confrontando a su opositor sin terciar un mediador. Ese fue el planteo, pero supeditado al poder y la fuerza del ofendido, pues la venganza sólo podía efectuarla el que igualase y superase la fuerza física de su rival. De no ser así, la venganza tampoco cabría y el victimario sería impune en todo sentido. Fueron tiempos de venganza privada, sin otro control que el poder de la victoria y el sometimiento del más débil. Con el tiempo, los grupos humanos avizorarían que podían defenderse unos a otros haciendo causa común, tanto en la guerra como en los conflictos privados. Serían entonces los guerreros quienes se encargarían de ejecutar la venganza hasta el límite –conforme a la *Lex Talionis*– del daño a la víctima (antecedente de la pena proporcional al reproche). Allí también la fuerza de los guerreros sería determinante de la satisfacción a la víctima. Luego serían los brujos y religiosos los que tomarían para sí la ofensa, dado que el ofendido pasaría a ser la divinidad o deidad en vez de la persona victimizada, pues ella solamente sería el instrumento terrenal de la ofensa. Con el surgimiento

⁴⁶ RODRÍGUEZ MANZANERA, L., 1999, pp. 4-5.

de los primeros códigos y los especialistas (los juristas), la víctima fue más alejada aún, porque sólo podría ser denunciante, quejarse y pedir que se aplicara la ley, pero nada más⁴⁷.

El Imperio Romano y su República, instauraron una clasificación que ha mantenido cierta actualidad, dividiendo las conductas infractoras en crímenes y delitos. A los primeros se les llamaba *crimina* y a los segundos *delicta*. Los *crimina* eran aquellas conductas que atentaban contra el Estado, contra el culto religioso, los objetos del culto, el sacrilegio, el estupro, la alta traición, el incesto, el parricidio, y eran perseguibles de oficio. En cambio, los *delicta* eran las demás infracciones y se perseguían por los particulares que deberían querellar para obtener el castigo del victimario⁴⁸. Con el transcurso de los años, cada vez más conductas fueron pasando a la categoría de *crimina* y quedaron menos en la de *delicta*, al extremo de monopolizarse la acción por parte del Estado⁴⁹.

El Derecho penal inicial, expropiatorio del conflicto privado⁵⁰, se caracterizó por ser vindicativo, pues tomaba para sí la venganza que otrora perteneció al ofendido. El poder del Estado fue creciendo y, a medida que ello ocurría, fue disminuyendo el papel de la víctima⁵¹, al punto de apropiarse de la ofensa dejando de lado a la víctima, ya que a ella no se le permite resarcirse por medio alguno, pues, en definitiva, se le ha quitado el papel de ofendido y hasta el de víctima, y será el Estado el que se satisfará con la pena (por estimar que él es el ofendido) y de alguna extraña forma cobra para sí el papel de víctima. Esto diferencia al Derecho civil del penal, en tanto en el primero –bien o mal– se da una solución al conflicto originario, pues existe una reclamación dineraria o reconocimiento de derecho sobre un bien. Por tanto, alguien se favorecerá total o parcialmente con la sentencia. Respecto al Derecho penal, la conclusión de un juicio no satisfará a la víctima, ya que ella es excluida. Tampoco al imputado que fuere condenado. Nadie tendrá sensación de triunfo⁵². Mientras la víctima sea ajena al conflicto penal, este no arrojará solución a los problemas sociales que llevan al delito, precisamente por

⁴⁷ RODRÍGUEZ MANZANERA, L., 1999, p. 6.

⁴⁸ MOMMSEN, T., *Derecho penal romano*, t. I, Madrid (La España Moderna), 1899, pp. 11-16.

⁴⁹ DRAPKIN SENDEREY, I., «El Derecho de las víctimas», en AAVV, *Revista Mexicana de Ciencias Penales*, Año III, núm. 3, México (Instituto Nacional de Ciencias Penales), 1980, pp. 115-119.

⁵⁰ Antes los conflictos se regulaban mediante clanes, tribus, familias o fuerza individual que se transformaban en la venganza, las ordalías de la sangre, los juicios religiosos y la guerra.

⁵¹ ELIAS, R., *The Politics of Victimization. Victims, Victimology and Human Rights*, Nueva York (Oxford University), 1986, pp. 12-13.

⁵² Con excepción de aquel que sólo pretenda el encarcelamiento o condena como mero castigo vindicativo.

faltarle la otra mitad del conflicto, que es la víctima⁵³. Como bien ha afirmado Hassemer: *El Derecho penal estatal de la modernidad ha neutralizado a la víctima. La ha convertido esencialmente en una fuente de información y la ha cubierto con una prohibición de violencia [...] La compensación que debe proveer el autor va al Estado y no a la víctima*⁵⁴.

Asimismo, Lea destaca la existencia de un marcado proceso de *abstracción de la victimización*, el cual guarda estrecha vinculación con la abstracción de la criminalización, y esto inmiscuye relaciones de poder y actitudes culturales propias de la sociedad⁵⁵. Por esto, la víctima penal sigue siendo un ser vivo sacrificado a los intereses o pasiones de otro que lesiona sus derechos primarios de rango constitucional y relieve penal, en tanto el sacrificio es doble. Por un lado, el que el victimario efectúa al dañarla y –por otro– el que concierne a la omisión contumaz del Estado al dejarla de lado y efectuar una segunda victimización mediante el estigmatizante proceso penal, mediante el cual es cosificada por la mecánica operativa. Quizá siga siendo un ser sacrificado ante la victoria (*vincire*) en el holocausto en aras a los dioses⁵⁶.

IV. DESARROLLO DEL DERECHO VICTIMAL

El Derecho penal cumple la necesaria función de protección de los derechos de aquellas personas sobre las que existe la duda sobre su culpabilidad, en tanto es el resguardo de la libertad. Así, Hassemer destaca que el Estado de Derecho, mediante sus ramas penal y procesal penal, debe garantizar los derechos fundamentales de quienes intervienen en el conflicto penal, tanto a la víctima como a los testigos y al imputado o autor de la conducta criminal. Esa protección al presunto delincuente se ejerce a través de los principios penales fundamentales de culpabilidad, presunción de inocencia, legalidad, proporcionalidad, lesividad, oportunidad y trascendencia, *ne bis in idem* y humanidad. Además, por el

⁵³ ZAFFARONI, E., «Tóxicos y ley penal», en AAVV, *Problemas vinculados al consumo de sustancias adictivas*, t. II, Montevideo (Nemgraf), 1998, p. 262. Al respecto, señala: *El sistema penal no resuelve ningún conflicto, nunca resolvió ningún conflicto. Ni como modelo, nunca fue un modelo de solución de conflictos porque falta una parte del conflicto que es la víctima*. En efecto, sostiene el citado autor que la intervención del Estado como único ofendido, invocando el bien común o la defensa social o cualquier otra vaguedad parecida, elimina la solución del conflicto; éste ya no podrá resolverse, porque falta una de sus partes: la víctima.

⁵⁴ HASSEMER, W., en «Prólogo» a BONET ESTEVA, M., *La víctima del delito*, Madrid (McGraw Hill), 1999, p. XVII.

⁵⁵ LEA, J., 2006, p. 63.

⁵⁶ RODRÍGUEZ MANZANERA, L., 1999, p. 56. Ancestralmente la víctima era sacrificada al regresar de una victoria en el campo de batalla, como forma de agradecimiento y entrega a la divinidad.

derecho a mantenerse en silencio y negarse a testificar, a ser asistido por un abogado privado o gratuito de oficio, a ser sometido a un juicio ajustado a Derecho, a defenderse frente a una acusación, a tener una sentencia en tiempo y forma, a no ser calumniado mediante imputaciones injuriosas, a la obtención de la libertad antes de cumplir el total de la pena⁵⁷. Por lo que viene de decirse, desde mucho tiempo atrás (1915) se le ha llamado *Derecho protector de los criminales*⁵⁸, *Derecho de los criminales*, pero principalmente, y siguiendo a Carrara, es el *Derecho a la libertad*⁵⁹. Aún cuando tutele a los criminales, no por esa razón ha de ser contrario y desprotector de las víctimas. Al respecto, viene al punto citar a Jescheck: *El fin del Derecho penal es el mantenimiento de la paz y la seguridad jurídica a través de los valores fundamentales de la convivencia en comunidad, y sólo en segundo término la indemnización de la víctima*⁶⁰.

El hombre tiene derecho a no ser victimizado, a que se preserven sus bienes jurídicos, a participar en la resolución del conflicto penal y a ser compensado, reparado y respetado. Por esas razones es necesario implementar un Derecho victimal que se impregne en el Derecho positivo, no necesariamente en código propio, sino adoptándose –prioritariamente– pautas victimológicas en las leyes penales y procedimentales, sin necesidad de constituir una nueva rama del Derecho, sino una disciplina a efectos de sistematizar el estudio científico de la víctima y los procesos de victimización. Algo similar sucedió con los derechos humanos, ya que a nadie se le ocurre cuestionar su existencia y no es necesario un decálogo al respecto⁶¹, sino incluirlos en la nomenclatura jurídica entremezclada en las demás ramas del Derecho. Dotar de instancias de reparación patrimonial, de reconstrucción social, de recreación y tratamiento a la víctima implicaría dar coherencia a la pena y contribuir al proceso de pacificación social, porque de otra manera –como en la actualidad– se dan respuestas fragmentarias que no satisfacen a la gente (menos aún a la víctima) y que acrecientan su desconfianza en el sistema penal. Le asiste razón a Eser al expresar que no se precisan *más derechos humanos en el proceso penal, sino una nueva visión de la justicia penal*

⁵⁷ HASSEMER, W., *Crítica al Derecho penal de hoy*, Bogotá (Universidad Externado de Colombia), 1998, p. 20.

⁵⁸ DORADO MONTERO, P., *El Derecho protector de los criminales*, Madrid (Librería General de Victoriano Suárez), 1915. Así lo propuso el célebre Dorado Montero desde su cátedra penal de la Universidad de Salamanca.

⁵⁹ CARRARA, F., *Programa del curso de Derecho criminal*, t. I, Buenos Aires (Depalma), 1944, p. 5.

⁶⁰ JESCHECK, H., *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, Berlín (Duncker & Humblot), 1969, pp. 9 ss. Versión en español, *Tratado de Derecho penal*, t. I, Barcelona (Bosch), 1981, pp. 12 ss.

⁶¹ HÖFFE, O., *Derecho intercultural*, Barcelona (Gedisa), 2008, pp. 165-172. Sin perjuicio de que existan necesarias normas internacionales para unificar criterios y establecer pautas mínimas de respeto, codificar en la materia no es un objetivo indispensable, pues alcanza con abordar los temas sociales desde la ley con visión victimal.

«a la medida del ser humano», porque –concluye el citado autor– *el Estado no debe convertirse en un fin en sí mismo, sino que el poder estatal ha de estar al servicio de la protección del ser humano y de la humanidad. Al mismo tiempo, el ser humano debe ser tomado en serio en su triple condición de individuo, ser social y eslabón de una cadena generacional*⁶². La victimóloga mexicana Lima Malvido ha dado el siguiente concepto: *Dentro de la enciclopedia de las Ciencias penales, es necesario concebir y crear una nueva disciplina en el campo de las llamadas ciencias jurídico-penales, esta es el Derecho victimal, que debe ser una ciencia normativa que se encargue del estudio de los derechos de la víctima, lo que puede consistir en derecho de hacer, no hacer o recibir algo, conferido por la ley o la constitución de un país, además del estudio del procedimiento que debe usarse para hacerlo efectivo*⁶³.

Desde el Derecho victimal puede establecerse que es imposible un delito sin víctima, pero es posible una víctima sin delito. Se han manejado como ejemplos de delitos sin víctima algunas hipótesis de contrabando, el aborto, la venta de drogas prohibidas, conductas contra el ambiente y otros. No es imaginable la reprochabilidad penal sin referencia a una persona física que, a veces, no resulta sencillo individualizar, pero eso no significa que no exista. En los casos mencionados, los perjudicados serán los productores, comerciantes, empresarios y empleados que trabajan y producen dentro del margen de la ley. Mediante la infracción de las normas de control de ingresos y egresos de mercadería se afecta masivamente la economía del mercado, que es –al mismo tiempo– la individual de cada uno de ellos. Respecto del aborto, no cabe duda que la víctima es un ser vivo, concebido y acreedor de respeto por su vida, porque la vida intrauterina es vida y merece el resguardo como tal, sin perjuicio de contemplar la voluntad de la madre, así como otras circunstancias exculpatórias⁶⁴. Sin perjuicio de la postura descriminalizadora del aborto, no puede afirmarse que ese ser carezca de vida y su tutela es misión irrenunciable del Derecho penal. De cualquier forma, en la medida en que la figura del aborto se considere delito, la víctima es la criatura que vive en el vientre materno. Con relación a las drogas prohibidas,

⁶² ESER, A., «Una justicia penal “a la medida del ser humano” en la época de la europeización y la globalización», en AAVV, *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, Madrid (Universidad Nacional de Educación a Distancia), 2001, p. 17.

⁶³ LIMA MALVIDO, M., «Protección a las víctimas», en AAVV, *Criminalia*, Año LXVIII, núm. 2, México (Porrúa), 1992, p. 71.

⁶⁴ CAMAÑO ROSA, A., *El delito*, Montevideo (Editorial Bibliográfica Uruguaya), 1957, p. 72. Este autor uruguayo, ya a mediados del siglo XX sostuvo que, conforme al Código Penal nacional, el feto es el sujeto pasivo del delito de aborto, en tanto el bien jurídico tutelado en el tipo penal es la vida. El aborto es un delito contra la personalidad física y esa vida fetal debe ser protegida desde su concepción hasta la muerte natural.

se plantea la hipótesis opuesta; es decir, que los tipos penales carecen de arraigo, porque si se tutela la salud, existe en el consumidor una autolesión consentida –en los países que se castiga el consumo– y, por tanto, sería un acto lícito. Cuando no se refiere al consumo, el bien jurídico es difuso; por momentos parece que sería la economía y hacienda pública por la evasión al control y gravámenes del Estado; a veces parece que fuese una cuestión meramente moral; otras, que se trataría de la salud general, pero no condice con la permisividad hacia otras sustancias y alimentos que se introducen en el cuerpo humano produciendo daño al organismo (incluso al sistema nervioso central)⁶⁵. Por fin, con relación a las conductas atentatorias del ambiente o medio en que habitamos, el daño a dicho entorno puede significar un menoscabo individual, colectivo o masivo a bienes jurídicos de incuestionable trascendencia penal, tales como la salud individual (aún dentro del colectivo), la vida y la integridad. En cuyo caso, queda en evidencia la trascendencia de la víctima al momento de abordar los temas referidos al ambientalismo.

La búsqueda de la víctima es un elemento trascendente del Derecho victimal, puesto que complementará la noción del delito y coadyuvará a la creación y control de los tipos penales en función de la estricta presencia de una víctima constatable. Asimismo, *permite* revisar la pertinencia de los actuales tipos penales y su necesidad, y significa un singular aporte en el proceso de democratización del Derecho penal, pues se tomaría en cuenta a la víctima – que representa el cincuenta por ciento del hecho criminal– desde la definición misma del delito. De esta manera, efectuando una lectura en clave victimológica, se desplazaría en forma transversal dentro de la teoría del delito, balanceando la Dogmática penal, ya que no es concebible real y socialmente un sistema penal sin la víctima. Cabe destacar que su presencia protagónica como sujeto de derecho primario dota al concepto de delito de sentido fáctico, pues si el delito es una definición tautológica⁶⁶ –como se destaca frecuentemente y es parcialmente compartible– entonces, por lógica consecuencia, la víctima no existiría en la realidad. Sería una ficción, una construcción social, un *artefacto cultural* producto de la definición de delito, según sostuvieron destacados autores como Quinney, que en 1973 negó a la víctima por considerar al delito como una construcción jurídica de sectores sociales poderosos

⁶⁵ ALLER, G., «Política sobre drogas prohibidas», en *Coloquios penales. Cuestiones dogmáticas, político-criminales y criminológicas*, Montevideo (Carlos Álvarez– Editor), 2011, pp. 131-141.

⁶⁶ MAGGIORE, G., *Derecho penal*, t. I, Bogotá (Temis), 1954, p. 252. Expresó: *Esta tautología es tan evidente que no vale la pena insistir en ella. Por esto la ciencia no puede contentarse con la definición formal, pues (y este es su defecto) no declara la cosa definida; en vez de explicar, repite. Decir que el delito es un hecho castigado equivale a decir: el delito es el delito, sin avanzar un paso.*

y, en consecuencia, ella sería un constructo carente de realidad: «*The victim is a social construction*»⁶⁷. Por tanto, para Quinney (1970) la realidad social del crimen es construida por la formulación y aplicación de las definiciones criminalizadoras⁶⁸. Sin embargo, esa argumentación no coincide con la percepción de aquellas personas que son objeto de conductas descritas como delito y padecen el daño tangible del acto transgresor. No puede acompañarse la idea de que esas personas crean ser víctimas sin serlo, cuando —en no pocos casos— ellas ni siquiera conocen el concepto de delito y aún así sufren el resultado en su esfera física, material y emocional. El razonamiento esgrimido al sostenerse que el delito es una construcción tautológica por definición es aceptable y aplicable a determinadas situaciones donde el poder selectivo es empleado en valores negatorios de la armonía social⁶⁹. Si no existiese la víctima, si se tratase de un artificio, jamás debería llamarse delito a conducta alguna, ni sancionarse el comportamiento egoísta de quien invade dañosamente la esfera de organización de vida de otro.

El Derecho victimal acompaña la necesidad de construir al Derecho penal desde conceptos dogmáticos sustentados en la víctima, como el de *evitabilidad* de la conducta y *exigibilidad* de un comportamiento social posible⁷⁰, dado que lo evitable sería la consecuente afectación al ámbito de organización de vida de la víctima y lo exigible sería un comportamiento social no lesivo respecto de ella, centrándose en la noción de solidaridad. Por tanto, el discurso dogmático y el victimal no han de ser necesariamente antagónicos, sino complementarios e integradores del correspondiente ámbito de tutela de derechos del victimario y de su víctima. Por este camino, el Derecho penal seguirá siendo el Derecho a la libertad y el victimal será el Derecho a no ser victimizado. Su implementación se efectuará en consonancia con otras disciplinas jurídicas, impregnándose en: a) el Derecho procesal penal⁷¹, en instancias tales como la mediación, conciliación y reconciliación⁷², en la calidad de parte activa de la víctima, en la

⁶⁷ QUINNEY, R., «Who is the Victim?», en Drapkin, I., y Viano, E., *Victimology*, Massachusetts (Lexington Books), 1974, pp. 103-108.

⁶⁸ QUINNEY, R., 1970, p. 23.

⁶⁹ En estos casos, el Derecho penal se vuelve disfuncional al entramado social por atentar contra las pautas éticas de convivencia, pues la selectividad negativa degrada los valores humanos que debe tutelar esta valiosa herramienta jurídica.

⁷⁰ HENKEL, H., «Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als regulatives Rechtsprinzip», en AAVV, *Festschrift für Edmund Mezger zum 70. Geburtstag*, Munich (Verlag C. H. Beck), 1954, pp. 249 ss. Versión en español, *Exigibilidad e inexigibilidad como principio jurídico regulativo*, Montevideo-Buenos Aires (B de F), 2005, pp. 45 ss.

⁷¹ Entendiendo al proceso como la adjetivación del Derecho penal sustantivo, además debe ser la Constitución aplicada, y si no lo fuere, será otra cosa, pero no Derecho.

⁷² Siempre que fueren efectuadas dentro del proceso.

personalización y parcial reintegro del conflicto a sus integrantes a través del Estado y con las garantías constitucionales; b) en el Derecho penal, con una Dogmática centrada en que la víctima es tal y, por tanto, acreedora de atención. En la Constitución, como pauta mínima de respeto social e individual a bienes jurídicos relevantes, pues es el umbral de la democracia y de la República.

El estudio de la criminalidad –desde la propuesta victimal– permitirá abatir el creciente nivel de descreimiento social en la efectividad penal, porque el marcado desinterés de la víctima en ser perjudicada por una segunda victimización, sumado a la carencia de respuesta concreta y positiva a ella, tiene como consecuencia la falta de denuncia de delitos. En casi todo el mundo aumenta notoriamente la criminalidad tratada, aunque la no tratada es siempre extremadamente superior. La criminalidad real no se aproxima ni remotamente a la conocida, sino a la oculta que integra la cifra negra (*Dark Number* o *Dunkelziffer*). Tomar la criminalidad en serio significa estudiarla también desde la víctima, pues es ella el referente más visible de la situación delictual de una comunidad. Los desbordantes procesos de victimización tienden a la muerte porque violentan la armonía, la solidaridad, la credulidad, a las personas y al Derecho. El grado de desarrollo del Derecho victimal permite tener pautas de la evolución en la democratización real de las sociedades. Podrá negarse la necesidad jurídica de una disciplina así, su denominación e incluso la instrumentación de una Dogmática propia, pero el Derecho victimal no es una nueva elaboración, sino el reconocimiento expreso de la tutela al grupo humano más grande de la sociedad, fundado en los caros principios constitucionales de igualdad, legalidad y libertad de cada uno. No hay rincón social donde no haya víctima, no se le da una respuesta suficiente, positiva y creadora, no se legisla para ella y no se le reconoce su verdadera importancia. Sin embargo, cada victimizado penal y socialmente puede comprender la trascendencia comunitaria de instaurar –definitivamente– una vía de respuesta solidaria a todos ellos. Este Derecho victimal llegará a su edad adulta cuando brinde un ámbito jurídico abarcatorio de los procesos de victimización en todo el espectro de la vida humana y no sólo desde lo penal, que es –previsiblemente– uno de los primeros pasos.

ESTRATEGIAS DE SEGURIDAD NACIONAL Y POLÍTICA CRIMINAL: UN PROYECTO CONCEPTUAL DE INTEGRACIÓN

DAVID ISIDRO CARPIO BRIZ*

I. DEDICATORIA Y PLANTEAMIENTO

Exponer aquí mi relación de más de veinte años con Mirentxu desbordaría los ya acotados límites espaciales de este merecido homenaje, al que quiero contribuir desde el afecto. Por abrirme los ojos al Derecho y a la academia penal, por ser mi directora de tesis, junto a nuestro querido y añorado Maestro, Santiago Mir, y por enseñarme a tener una mirada abierta e integradora para las ciencias penales. En buena medida mi contribución participa de esta visión.

Al hilo de la tan reciente como anticipada aprobación de la nueva *Estrategia de Seguridad Nacional 2021: un proyecto compartido*¹ (en vigor desde el 1 de enero de 2022) y dado el acotado espacio del que dispongo, me propongo tan sólo esbozar algunas de las cuestiones abordadas en el proyecto de investigación que presenté a la plaza de profesor Agregado de la Universidad de Barcelona (el 6 de julio de 2020)²; mientras reservo por tales razones otros muchos aspectos allí tratados, no sin dejar de reconocer su reflejo

* Profesor Agregado (contratado-doctor) de Derecho Penal de la Universidad de Barcelona.

¹ Mediante Real Decreto 1150/2021, de 28 de diciembre, por el que se aprueba la Estrategia de Seguridad Nacional 2021, BOE núm. 314, de 31 de diciembre de 2021, pp. 167795 a 167830. Sin embargo, aquí se cita por la versión editada por la Presidencia del Gobierno y que se puede descargar en www.dsn.gob.es.

² Intitulado: *Estudio Político-Criminal de la Seguridad Nacional y el Sistema penal. Una aproximación a su fundamentación constitucional y a su proyección normativa y operativa.*

en el nuevo y muy mejorado marco estratégico español alumbrado con el nuevo año. Pues bien, en concreto, mi planteamiento se limita aquí a la puesta en escena de la necesidad de integrar y comprender por coherencia epistemológica el nuevo acervo conceptual y metódico de la seguridad nacional (en adelante SN) desde la Política Criminal, tomando como elemento significativo su desarrollo a través de las Estrategias que lo proyectan sobre esferas delincuenciales muy específicas dotadas, aparentemente, de potencialidad para desestabilizar el orden constitucional al que la SN sirve³. La ESN 2021 se articula desde un planeamiento estratégico integrado (Cap. IV) sobre tres claros objetivos o ejes, el primero de los cuales es el de la proactividad en la salvaguarda de la vida de las personas y sus derechos y libertades, así como del orden constitucional (pp. 74-83) a través del cual se expresan algunas de las líneas directrices u operacionales (formas de lucha contra: el terrorismo y la radicalización violenta, diversos procesos de desestabilización o injerencias provenientes desde el exterior...) desarrolladas a través de estrategias de segundo nivel o mayor concreción⁴. Es significativo, sin embargo, que la lucha contra el crimen organizado y la delincuencia grave se sitúen en el segundo de los ejes (*Una España que promueve la prosperidad y el bienestar de los ciudadanos*)⁵ aunque tal vez no haya tal contradicción a tenor de la integración en el planeamiento estratégico. Sin embargo, no corresponde aquí hacer un análisis de la ESN 2021 que mejore en sistemática y academicismo a la anterior⁶, como anticipaban ya los *Informes Anuales de SN* (2019 y 2020)⁷, sino circunscribirnos a nuestro mínimo objetivo de evidenciar la necesidad de abordar la cuestión planteada desde la Política Criminal a la luz del escenario de amenazas para la SN.

³ Me permito remitir a CARPIO BRIZ, D. I., «La protección penal del orden constitucional español», en Castellà Andreu, J. M. (Dir.), *La protección del orden constitucional en Europa*, Madrid (Grupo Parlamentario Popular Europeo), 2021, pp. 229-270, sobre la reconsideración del concepto penal de orden constitucional con referencias a la SN y al contexto de riesgos que nos ocupa en este trabajo.

⁴ Que reciben un impulso significativo desde 2019 con la nueva designación del Director de Departamento de Seguridad Nacional y entre las que cabe destacar entre otras la: Estrategia Nacional de Ciberseguridad 2019; Estrategia Nacional contra el Crimen Organizado y la Delincuencia Grave 2019; Estrategia Nacional contra el Terrorismo 2019... *vid.* www.dsn.gob.es.

⁵ *Vid.* pp. 84-96.

⁶ Por ejemplo, ya celebramos en nuestro proyecto la aparición por primera vez en 2019 del anexo sobre el Análisis de Riesgo para la Seguridad 2019/2020. Aunque se basaba en un análisis de percepción (consideración subjetiva de la seguridad), mostraba por primera vez un esfuerzo por identificar los riesgos percibidos con mayor intensidad según su nivel de impacto y probabilidad mediante la introducción o análisis de 43 factores potenciadores. A la par que exponía la metodología seguida y una ordenación de las quince amenazas y desafíos (contenidos en la ESN 2017) en un marco temporal, con el fin de articular mejor la política de seguridad nacional con el fin de preparar la futura ESN 2022 a partir de un análisis de tendencia contenidas en diversas matrices en función de la variable de escenarios.

⁷ Accesibles a través de www.dsn.gob.es.

II. DE LAS ESTRATEGIAS HÍBRIDAS Y DE LAS AMENAZAS EN LA ZONA GRIS

Es notorio el hecho de las actuales crisis políticas e institucionales de las democracias occidentales en el marco de las cuales se ensoberbecen distintas amenazas: como la de los populismos⁸, la contaminación informativa, la aparición de renovadas formas de pensamiento naif, líquido o relativista propias de la posmodernidad, junto con el renacer, como reacción a lo anterior, de ideologías, prácticas religiosas, culturales y formas de vida radicales (de extrema izquierda y derecha, auge del nacionalismo etnicista y cultural, salafismo, guetización...)⁹ algunas de las cuales pueden llegar a alcanzar estadios más o menos violentos y organizados ya sea primero en forma de violencia urbana, como de crimen organizado o, incluso, de terrorismo. Todos estos factores tienen eminentemente uno u otro carácter según las condiciones sociales autóctonas del sistema correspondiente, pero en todo caso estarían predisuestas para su entropía, más que para un cambio explosivo del mismo, a diferencia de épocas precedentes¹⁰.

Algunos de estos elementos aparecieron en escena con el fin de la guerra fría y la globalización —una vez superada la desenfocada *euforia a lo Fukuyama* del fin del bloque soviético— y ahora repuntan en un nuevo contexto geopolítico de tensión y fragmentación con tres grandes Estados soberanos y sus respectivos aliados, más la posibilidad de la aparición de nuevas potencias aún en fase emergente. Precisamente en el marco de tal conflicto, aparece la oportunidad de desestabilizar al oponente a través de operaciones hostiles que aprovechan las circunstancias de debilidad de los sistemas constitucionales. De este modo, al igual que en la actualidad existe en los Estados democráticos una amplia *Zona de Penumbra* entre el éxito y el fracaso de los procesos de subversión o alzamiento frente al orden constitucional, también existe una amplia *Zona Gris* en el marco de los conflictos políticos internacionales entre bloques; o dicho de otra manera, los estados de paz y de guerra tampoco responden

⁸ En general, para una discusión sobre distintas manifestaciones del populismo, tanto de derechas como de izquierdas, en los Estados Unidos y Europa, *vid.* JUDIS, J. B., *The Populist Explosion: How the Great Recession Transformed American and European Politics*, Nueva York (Columbia Global Reports), 2016.

⁹ En concreto, sobre el auge del nacionalismo en EEUU y Europa como reacción al cosmopolitismo naif, JUDIS, J. B., *The Nationalist Revival: Trade, Immigration, and the Revolt Against Globalization*, Nueva York (Columbia Global Reports), 2018, especialmente, sobre las causas del renacimiento nacionalista, pp. 40-44, que en esencia se relegan a una percepción de declive por la desigualdad económica, social y moral, en la que influyen múltiples factores: productivos, ascenso social, cohesión cultural, inmigración....

¹⁰ RUNCIMAN, D., *Así termina la democracia*, Barcelona (Paidós). 2019, p. 43.

a un modo binario 0/1¹¹, sino que se dan en los extremos de una gran franja para las hostilidades que comienza con la situación de paz y fine con la declaración de guerra.

Resulta obvio que esta *Zona Gris* cuenta con un número cada vez mayor de actores, capacidades y acciones clandestinas o encubiertas respaldadas por terceros estados y desarrolladas a largo plazo¹². Diversas formas de terrorismo, como el bioterrorismo¹³, la delincuencia organizada y el blanqueo de capitales deben considerarse como parte de este dominio¹⁴, pero también el empleo interesado de la corrupción internacional, los ciberataques, acciones de desinformación y troles informáticos, saboteadores de infraestructuras, acciones de desestabilización o subversión del sistema a través de asociaciones de activistas o mediante la captación de la voluntad de políticos institucionalizados, campañas de propaganda cultural, espionaje tradicional, espionaje industrial, compra de acciones en sectores estratégicos por intermedio de empresas instrumentalizadas, etc.¹⁵.

Las especiales características de las nuevas amenazas descritas en la *Zona Gris* para afectar a los intereses nacionales han provocado el dimensionamiento de la necesidad de acudir a un enfoque integral y ecléctico sistematizado según la cultura jurídica y política de cada país. De este modo, están emergiendo nuevas áreas de estudios para comprender la nueva realidad. Un ejemplo de esta tendencia, especialmente relevante para los cultivadores de las ciencias penales, fue la fuerte inversión para la creación, en 2019, de un tercer Departamento en el prestigioso Instituto Max Planck de Derecho Penal de Friburgo dedicado al Derecho de la Seguridad Pública donde se aborda interdisciplinariamente estas cuestiones así como su evidente relevancia para el Derecho Penal alemán¹⁶.

¹¹ En el sentido expuesto por BAQUÉS, J., «Hacia una definición del concepto “Gray Zone” (GZ)», *Boletín IEEE bie3*, núm. 6 (abril-junio), 2017, p. 9, con cita del experto en estrategia de defensa, Hal Brands. *Vid.*: de éste, «Paradoxes of the Gray Zone», publicada el 5 de febrero de 2016, en www.fpri.org.

¹² BAQUÉS, J., *Boletín IEEE bie3*, núm. 6 (abril-junio), 2017, pp. 19 ss.

¹³ *Vid.* al respecto el interesante y divulgativo trabajo del biólogo molecular, GONZÁLEZ HEVILLARIO, M., «Bioterrorismo y biodefensa» (esglobal.org) sobre la relativa accesibilidad a la técnica de «edición genética».

¹⁴ La instrumentalización del terrorismo para comprometer la estabilidad de los sistemas políticos apadrinada por parte de distintos actores internacionales es una realidad a la que van despertando las sociedades occidentales tras el sueño en el que cayeron con el fin de la Guerra Fría. CUMMINGS, R. H., *Cold War Radio: The Dangerous History of American Broadcasting in Europe, 1950-1989*, Carolina del Norte (McFarland and Company, Jefferson), 2009, pp. 103 ss.; FARALDO, J. M., en «Diplomáticos, espías, exiliados. España en el objetivo de la Stasi, Securitate y Służba Bezpieczeństwa (1945-1990)», pp. 19-20. *vid.*: notas 54 y 56.

¹⁵ BAQUÉS, J., *Boletín IEEE bie3*, núm. 6 (abril-junio), 2017, p. 21.

¹⁶ Así lo manifiesta el Director del centro, cfr. POSCHER, R., «Tendencies in Public Civil Security Law», *Eur J Secur Res*, núm. 2016.

III. SEGURIDAD NACIONAL: IRRUPCIÓN Y BREVES CONSIDERACIONES CONTEXTUALES

En consonancia con las amenazas descritas y las necesidades académicas que éstas proyectan, los Estados han ido prescindiendo de pretéritas distinciones entre seguridad interior/policial y seguridad exterior/militar, consolidándose el nuevo concepto de SN como fundamento de las políticas de seguridad pública destinadas a contrarrestarlas. Siguiendo a Ballesteros, el tratamiento de las amenazas a la SN requiere de un enfoque holístico¹⁷ que Estados importantes, como el español, procuran abordar a través de la progresiva aparición de las *Estrategias de Seguridad Nacional* que abarcan el análisis de los riesgos desde una dimensión *ad intra* ↔ *ad extra* con el fin de proteger los intereses nacionales mediante un enfoque integral, coordinado y gestionado al más alto nivel ejecutivo¹⁸.

La SN irrumpe en el escenario de las políticas públicas tras los primeros graves atentados producidos por el terrorismo yihadista¹⁹ en suelo occidental estructurándose a partir de un documento estratégico. Desde entonces diversos gobiernos nacionales se hicieron eco del complejo instrumento de la ESN por influencia de los EEUU²⁰. En nuestro país, en primer lugar bajo la Presidencia de Rodríguez Zapatero, a través de la adopción en 2011 del documento *Estrategia Española de Seguridad* que vino seguida de otras dos: «Estrategia de Seguridad Nacional. Un proyecto compartido (2013)» y la recientemente derogada, «Estrategia de Seguridad Nacional Un proyecto compartido de todos y para todos (2017)» que ha sido substituida por la ya citada ESN 2021 un año antes de lo previsto debido a las consecuencias de la pandemia y al incremento en el empleo de estrategias híbridas (p.18 ESN 2021). Asimismo España también ha desarrollado su propio sistema orgánico (Departamento²¹ y Consejo de Seguridad Nacional²²) y operativo de SN. Significativamente, mediante la aprobación

¹⁷ BALLESTEROS MARTÍN, M. A., *En busca de una estrategia de Seguridad Nacional*, Madrid (Ministerio de Defensa), 2016, p. 14.

¹⁸ *Ibidem*: pp. 13-15.

¹⁹ Cfr. GUTIÉRREZ ESPADA, C., «Sobre el concepto de yihad», en *Athena Intelligence Journal*, vol. 4, núm. 1, 2009, pp. 189-214; GUNNING, J., y JACKSON R., «What's so "religious" about "religious terrorism"», *Critical Studies on Terrorism*, 4:3, 2011, pp. 369-388.

²⁰ SCHEPPELE, K. L., «The International Standardization of National Security Law», *J. Nat'l Sec. L. & Policy*, vol. 4, 2010.

²¹ El DSN fue creado el 20 de julio de 2012 ubicándose desde entonces en el Gabinete del Presidente del Gobierno (R. D. 1192/2012).

²² El CSN se crea como comisión delegada del Gobierno mediante Real Decreto 385/2013, de 31 de mayo, de modificación del Real Decreto 1886/2011, de 30 de diciembre, por el que se establecen las Comisiones Delegadas del Gobierno. El CSN asume las funciones propias de la Comisión Delegada del

de la Ley 36/2015, de Seguridad Nacional que define a la SN como una política pública dirigida por el Gobierno (art. 4 LSN) que encarna ex artículo 3 LSN «... la acción del Estado dirigida a proteger la libertad, los derechos y bienestar de los ciudadanos, a garantizar la defensa de España y sus principios y valores constitucionales, así como a contribuir junto a nuestros socios y aliados a la seguridad internacional en el cumplimiento de los compromisos asumidos». Tanto el concepto de SN como las estrategias citadas se proyectan, indudablemente, en muchos casos, sobre el *ius puniendi* y, en general, sobre políticas sociales de prevención de tales riesgos, por lo que el Derecho, y en concreto el Derecho Penal español no puede seguir ausente de este proceso prescindiendo, como acostumbra, del análisis estratégico en las denominadas *Ciencias Penales*.

La dirección que proponemos, no obstante, es de doble sentido, la SN es, a su vez, una cuestión conceptualmente compleja y sensible que tiene que buscar el apoyo epistémico que aportan las disciplinas académicas, y en concreto el conjunto de las ciencias penales (valga *ad exemplum*, el bien jurídico protegido por el delito contenido en el artículo 584 sobre la traición, así como los artículos 598 y 601 relativos a la revelación de secretos) e involucra también, tal y como la comprendemos, tanto a diversas organizaciones gubernamentales como a actores privados cuestión que aquí no podemos abordar.

Bien es cierto que dentro de las disciplinas académicas, la SN ha sido objeto de distintas estructuras analíticas. Es especialmente relevante el tratamiento dado por la Ciencia Política y de la Administración, por los Estudios Militares y de Defensa y, en menor medida, por las Ciencias Jurídicas. Si bien, en este último ámbito, se han ocupado de la SN sobre todo el Derecho Internacional Público, el Constitucional y el Administrativo, siendo anecdótica la dedicación al tema por parte de los penalistas españoles²³. Como se pondrá de manifiesto, las *Ciencias Penales* están llamadas, desde la fundamentación constitucional que iniciara en España Mir Puig, no sólo a incorporar a sus estudios tal objeto desde el análisis dogmático de los delitos involucrados en la protección de la SN, sino a contribuir desde la Política Criminal a la *construcción consilente* de las bases

Gobierno para Situaciones de Crisis y, muy especialmente, la preparación de las reformas normativas para su pleno desarrollo con visión amplia y multidisciplinar de la seguridad.

²³ Con la loable excepción del impulso dado por GONZÁLEZ CUSSAC y su escuela. A tal efecto, *vid.* las diversas obras colectivas dirigidas por el autor *Seguridad global y derechos fundamentales*, Cuadernos de Estrategia 188, Madrid (Ed. IEEEE y Ministerio de Defensa), 2017, y la coordinada junto a CUERDA ARNAU, M. L., *Nuevas amenazas a la Seguridad Nacional. Terrorismo, criminalidad organizada y tecnologías de la información y la comunicación*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2013. Publicación producto de su proyecto «Nuevas amenazas a la seguridad nacional: terrorismo, criminalidad organizada y tecnologías de la información y la comunicación» (Der 2008-05707/JURI).

teóricas, metodológicas y operativas de la ESN²⁴ y de los documentos que la concretan²⁵. Así como en su caso, a proponer las reformas normativas que hagan más eficiente la protección de la SN bajo el fundamento y límites del sistema penal de un Estado Social y Democrático de Derecho.

IV. LA POLÍTICA CRIMINAL COMO CIENCIA INTEGRAL DEL DERECHO PENAL Y ANÁLISIS POLÍTICO-CRIMINAL DE LAS CUESTIONES DE SEGURIDAD NACIONAL

En las páginas anteriores se ha puesto de manifiesto la relevancia de la SN para el Derecho y el sistema penal, tomando como objeto de referencia fáctica algunas de sus amenazas circunscritas a una estructura perceptiva basada en la Política Criminal. Tales fenómenos pueden ser considerados igualmente desde otras lentes conceptuales, a partir de la diversidad de elementos que integran la SN. A saber, como un problema político de diseño organizacional en el marco de las relaciones internacionales o de la defensa, como una cuestión de organización administrativa del Estado o como un conjunto de desafíos sociales, económicos, ambientales o políticos muy indeterminados. Sin embargo, insistentemente, aquí pretendemos abordarlo como un conjunto de amenazas graves, por su enorme potencialidad (cuantitativa y cualitativa) para lesionar intereses fundamentales de la comunidad política y social protegidos por el Estado a través de una diversidad de políticas públicas, algunas de las cuales afectan al sistema penal en su conjunto.

Una vez identificado el objeto de estudio desde su realidad fáctica y positiva (riesgo, amenaza, norma, proceso y consecuencia) corresponde plantear el problema teórico sobre cómo abordar esta realidad desde el Derecho penal y en concreto, desde la Política Criminal. Cuestión que nos obliga a pronunciarnos sobre uno de los principales retos teóricos que el escenario descrito suscita, a saber la interrelación conceptual y metodológica entre SN y *ciencias penales* con el fin de lograr la construcción *consilente* de un marco teórico unificado bajo la concepción que asumimos de un Derecho penal, si acaso un Derecho penal de la SN, constitucionalmente conformado. En consecuencia,

²⁴ KILTZ, L., y RAMSAY, J. D., «Perceptual Framing of Homeland Security», *Homeland Security Affairs*, núm. 8, artículo 16, 2012 (www.hsaj.org/articles/230), pp. 19-20.

²⁵ Como por ejemplo, el de *La Estrategia Nacional contra el Crimen Organizado y la Delincuencia Grave 2019-2023* aprobada en enero de 2019 por el Consejo de Seguridad Nacional; en el mismo año, pero en abril, se aprobó la Estrategia Nacional de Ciberseguridad 2019; en ese mismo mes, también se hizo lo propio con la Estrategia de Seguridad Aeroespacial Nacional 2019, aprobada por el Consejo de Seguridad Nacional, en su reunión del día 12 de abril de 2019.

con independencia de otros abordajes teóricos posibles, el nuestro pretende ser productivo para la praxis, por lo que se mueve en el marco del Derecho positivo, que ha de ser objeto de un profundo estudio, aun cuando tras dicho conocimiento lo que proceda sea criticarlo desde su estricta fundamentación constitucional, cuyo nervio y garantía es la Política Criminal.

Tal proyección parte de una dualidad conceptual que deberemos asentar en lo que sigue desde la relación de sentido que existe entre las disciplinas científicas integradas bajo el área de conocimiento del Derecho penal –comprendida aquí en sentido amplio, preliminarmente de conformidad con la tradicional concepción de las *sciences pénales*, *scienze penali*, *gesamte Strafrechtswissenschaft* o *Criminal Science*–²⁶ y su conexión con los fundamentos político-criminales del ordenamiento punitivo y del sistema penal español, desarrollado operativamente a través de todo un conjunto normativo que va más allá de los delitos recogidos en las leyes penales sustantivas. Cuestión que es importante reseñar para superar algunos prejuicios teóricos demasiado presentes en la conciencia del penalista dogmático²⁷. Ya el propio Jiménez de Asúa alertaba de los riesgos implantados desde los tiempos de la *Escuela Clásica*, y de su mayor exponente Carrara, de ajar la sistemática del Derecho Penal exclusivamente en la bipartición formalista de su denominada Parte General y Parte Especial²⁸, a la par que resaltaba la necesidad del penalista de dedicarse a otros problemas, más allá de los que redundan sobre el estudio normativo del delito como construcción legal dada a la que hay que dar «justa» aplicación²⁹. De esta forma, pone en el centro del debate el valor y la función de la Política Criminal que antes había impulsado su maestro alemán Von Liszt, tras la adopción de esta disciplina en tierras germanas debido, según él, al abandono sufrido/experimentado desde mediados del siglo XIX por su cultivo en Italia, país donde nació de la mano de, Renazzi, Cremani, Beccaria o Filangieri³⁰.

Von Liszt operó, desde el positivismo causalista que impregna su pensamiento, sobre la relación entre Política, Política Criminal y Derecho Penal,

²⁶ MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, 10.ª ed., Barcelona (Reppertor), 2015, pp. 51 a 54 y n. 30.

²⁷ Cuestión a la que también aludía BAJO FERNÁNDEZ, en su «Prólogo a la edición española» con la que acompaña la traducción de ZIPF, H., *Introducción a la Política Criminal*, Madrid (Edersa), 1979, pp. XI-XV.

²⁸ Cfr. CARRARA, F., *Programa del Corso di Diritto Criminale*, 8.ª ed. Florencia (Fratelli Cammelli), 1897, vol. I, pp. 10 ss. Sobre la Escuela Clásica y el paso a la imperante posteriormente Escuela Positiva, vid.: BETTIOL, G., *Diritto Penale. Parte Generale*, Palermo (Priulla), 1945, pp. 27-31.

²⁹ Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Principios de Derecho Penal. La ley y el delito*, 3.ª ed. Buenos Aires (Abeledo-Perrot), 1958, pp. 29-30.

³⁰ VON LISZT, F., *Tratado de Derecho penal*, trad., por Jiménez de Asúa y adicionado con el Derecho Penal Español por Quintiliano Saldaña, T. II (trad., de la 20.ª edición alemana), 3.ª ed. Madrid (Reus), tres vol. 1914-1929. p. 50. Cfr. No obstante la crítica n. 49.

entendido este último al modo estrictamente positivista de la Dogmática Penal. Para aquél, las relaciones entre la Política y el Derecho Penal son siempre reconocibles en la medida en que toda reacción política produce una reacción penal³¹ «hasta el extremo que puede decirse que el Derecho penal es el termómetro de la libertad política»³². Tal proceso debe impregnar la disciplina de la Política Criminal como contenedor de toda una serie de principios sistemáticos –garantizados por la investigación científica de las causas del delito y de la eficacia de la pena– según los cuales el Estado debe dirigir su lucha frente al crimen por medio de la pena y su ejecución. Pero sin que, en ningún, caso la Política Criminal pretenda sustituir al Derecho Penal, pues entre ambos se dan unos «límites infranqueables», tales como los que existen entre la Política y el Derecho³³; sobre los que posteriormente, en 1934, teorizara Kelsen en su *Teoría Pura del Derecho*.

De este modo la *metafunción* o *función ideacional* de la Política Criminal es conectar la realidad empírica naturalista del delito con la norma a partir de la crítica de la legislación vigente a la luz de los fines del derecho y de la pena y, tras la observación de sus resultados, para efectuar proposiciones *de lege ferenda* para la reforma del ordenamiento penal vigente³⁴. Al igual que la Política Criminal conecta la realidad, a través del estudio causal o empírico, con el Derecho Penal, según las funciones citadas, Von Liszt también afirma –lo que resulta de especial interés para nuestra propuesta que aúna los riesgos de la SN con el Sistema Penal– que aquella «es una perspectiva política, necesaria a la consideración de los problemas patrios, no ya sólo penales, exclusivamente penales»³⁵, sino sociales, atendiendo por consiguiente a su dimensión legislativa (también social y civil) y a la realidad social de cada nación.

Sin duda, como pone de manifiesto Antón Oneca, Von Liszt impulsó de un modo determinante la Política Criminal en la estructura basal de la Ciencia del Derecho penal predisponiéndola como sistema crítico de las instituciones vigentes destinado a preparar su reforma conforme a los ideales jurídicos que se van constituyendo a medida que el ambiente histórico y cultural sufre modificaciones³⁶. Incluso, el propio Antón Oneca defendía, frente a la reiterada idea de la «infranqueabilidad» positivista de Von Liszt, que éste no separaba totalmente Política Criminal y Ciencia del Derecho Penal, es más, sostenía que según Von Liszt la Política Criminal enseñaba a entender los criterios

³¹ *Ibidem*: p. 62.

³² *Ibidem*: p. 62.

³³ *Ibidem*: pp. 63-64.

³⁴ *Ibidem*: p. 62.

³⁵ *Ibidem*: p. 69.

³⁶ ANTÓN ONECA, J., *Derecho Penal*, 2.ª ed., Madrid (Akal), 1986, p. 25.

del derecho vigente en su aplicación a los casos particulares³⁷. La función teleológica a la que aludía Antón Oneca está presente en la concepción del penalista integral que fue Von Liszt, pero la cuestión que plantearemos más adelante no radica en tal consideración, que sin duda en España supuso un paso más allá a la mera glosa teológica³⁸, sino en la determinación político-criminal del propio Derecho y Sistema Penal más allá de la orientación teleológica³⁹. Dicho en otros términos, del Derecho (penal) que es, según el Derecho (penal) que debe ser, en atención al modelo político constitucionalmente dado. Aludimos así, a la *dworkiana concepción aspiracional* del derecho que intuitivamente adoptó primero Bricola en Italia⁴⁰, posteriormente atisbó Roxin⁴¹ mediante su más cauto concepto de dogmática orientada y que, sin duda, fue superado por Mir Puig⁴². Esta concepción consideramos que sitúa a la Política Criminal como el conocimiento teórico que liga, garantiza y controla la adecuación del programa punitivo de la constitución con el sistema normativo y la realidad social.

Díez Ripollés⁴³, junto con trabajos previos de Ortiz de Urbina, han puesto en valor el papel epistemológico de la Política Criminal ideada por Von Liszt en el marco de la denominada «Ciencia global del Derecho penal» (*gesamte Strafrechtswissenschaft* término también acuñado por Von Liszt en 1887) que el Catedrático de Berlín fue construyendo impulsado por su positivismo causalista desde 1882 con su llamado «Programa de Marburgo» (en realidad, *La idea de fin*

³⁷ *Ibidem*: p. 25.

³⁸ PÉREZ MARCOS, R. M., «Notas sobre la génesis de la ciencia penal en España», en Alvarado Planas, J., y Serrano Mañillo, A. (Coords.), *Estudios de historia de las ciencias criminales en España*, 2007, Madrid, p. 42.

³⁹ ORTIZ DE URBINA GIMENO, Í., «¿La referencia político-criminal en el derecho penal contemporáneo es el derecho penal la barrera infranqueable de la política criminal, o se orienta por ella?» se cita aquí por el original facilitado por el autor, agradeciendo su ayuda. Original en Octavio de Toledo y Ubieto, E.; Gurdíel Sierra, M., y Cortés Bechiarelli, E. (Coords.), *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2003, pp. 859-894.

⁴⁰ BRICOLA, F., «Teoría generale del reato», en *Noviss. Dig. It.*, vol. XIX, Torino (Utet), 1973, pp. 7-93. Sobre su relevancia, *vid.* DONINI, M., «Teoría del reato», en *Digesto delle Discipline Penalistiche*, núm. XIV, 2004, pp. 238-247.

⁴¹ Sobre las razones de tal proceder y, en sentido crítico, ORTIZ DE URBINA GIMENO, Í., 2003, pp. 10-11. Y el mismo, ampliamente, en ORTIZ DE URBINA GIMENO, Í., «Roxin y la dogmática político-criminalmente orientada», en Ontiveros Alonso, M., y Peláez, M. (Coords.) *La influencia de la ciencia penal alemana en Iberoamérica: en homenaje a Claus Roxin*, Ed. 2003, México (Ed. Instituto Nacional de Ciencias Penales), 2003, pp. 415-444. Se cita aquí por el original facilitado por el autor.

⁴² A esta cuestión me he referido con detalle en «Aproximación neoconstitucional al *ius puniendi* español. Un planteamiento político-criminal desde las bases de Santiago Mir» y que el propio Mir Puig, tuvo ocasión de leer y compartir ideas. Próximamente será publicado en un número especial de la *Academia Puertorriqueña de Jurisprudencia y legislación*, dirigido por el Prof. Luis Chiesa.

⁴³ DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «El papel epistémico de la política criminal en las ciencias penales: la contribución de Von Liszt», *RECPC* 20-12 (2018).

en *Derecho penal*)⁴⁴ y que concluyó en 1899 con la conformación conceptual y académica de las distintas disciplinas que integran el área de conocimiento de las ciencias penales⁴⁵. De tal modo que de la mano del genio alemán, aún y desde entonces, *mutatis mutandis*, los tratadistas del Derecho penal español suelen distinguir dentro de nuestra área de conocimiento *científico* entre: +.

a. *Ciencias puramente normativas*, de ahí la relación entre Derecho Penal en sentido estricto y la Ciencia del Derecho Penal, a la que finalmente el propio Von Liszt acabará denominando *dogmática penal*⁴⁶ y cuyo objeto es la interpretación sistemática de los preceptos penales y procesales penales, debido a que en su origen el Derecho penal estaba integrado, no solo por las leyes materiales, sino también por las procesales⁴⁷. Sin embargo, si bien resulta frecuente que los penalistas dogmáticos suelen ocuparse del Derecho penal sustantivo, no es por ello menos evidente que, a diferencia del Derecho civil, el principio de legalidad penal no puede actuarse al margen del proceso, por lo que no hay pena, ni castigo, sin ley y sin proceso (garantía jurisdiccional indisoluble de la legalidad penal sustantiva). Unidad o intersección de ambos sistemas normativos perceptible en numerosos aspectos, como ocurre, por ejemplo, con el concepto de «acción» o con principios constitucionales como los de *non bis in idem*.

Si bien aquí no tratamos de las materias propias de las concretas titulaciones académicas, sino de la esencia de los saberes y áreas de conocimiento penal, considero oportuno apuntar la situación de la universidad española sobre el estudio del *Derecho procesal penal* disociado del sustantivo por razones históricas y no científicas que se remontan a principios del siglo XIX⁴⁸, aunque sí hubo un intento de integrarlas tras la aprobación de la actual LECrim⁴⁹. Tal vez por este motivo «burocrático», los tratadistas no suelen incluirlo entre las ciencias penales, aunque cada vez son más los penalistas que, como Corcoy⁵⁰,

⁴⁴ Aquí citamos la versión reeditada por la UNAM en 1994 de la Chilena de 1984 los escritos de JIMÉNEZ DE ASÚA, autor del estudio previo «Corsi e ricorsi: La vuelta de Von Liszt», pp. 27-51 y del prólogo de su discípulo Rivacoba y Rivacoba «Franz von Liszt y el "Programa de Marburgo"», pp. 7-26.

⁴⁵ Díez RIPOLLÉS, J. L., *RECPC* 20-12 (2018), p. 5.

⁴⁶ *Ibidem*: p. 14.

⁴⁷ *Vid.*: JIMÉNEZ DE ASÚA, L., 3.ª ed. 1958, pp. 23 y siguientes, con referencias a las obras de Feuerbach; Grolmann, y Carmignani.

⁴⁸ Cuestión tratada amplia y magistralmente en CACHÓN CADENAS, M. J., «Apuntes históricos sobre la docencia del Derecho Procesal en la universidad española», en Picó i Junoy, J. (Coord.) *El aprendizaje del derecho procesal: nuevos retos de la enseñanza universitaria*, Ed. Bosch, Barcelona, 2011, pp. 17-56, en concreto, el pasaje, p. 33.

⁴⁹ *Ibidem*: pp. 44-45.

⁵⁰ CORCOY BIDASOLO, M., «Teoría del delito y proceso penal», en *Estudios en homenaje a la profesora Susana Huerta Tocildo*, Madrid (Universidad Complutense), 2020, pp. 399-411 y anteriormente, entre otros, «La distinción entre causalidad e imputación objetiva y su repercusión en el proceso –presunción de inocencia e *in dubio pro reo*–» en Díez Ripollés (coord.) *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo: libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*, Madrid (Tecnos), 2002, pp. 593-616.

trabajan sobre las relaciones de sentido entre Derecho y proceso penal, aunque no, esencialmente, desde un punto de vista epistemológico⁵¹. En este esquema, también debe indicarse, que el movimiento de raigambre angloamericana aparecido sobre los años 70 en torno a la víctima y que propició la formación de la victimología como ciencia criminológica, también ha hecho que el comportamiento de la víctima sea considerado en la atribución de responsabilidad penal mediante la denominada victimodogmática⁵².

b. Ciencias esencialmente empíricas, en cuyo núcleo está la *Criminología*, desde entonces sustentada en esencia sobre una amalgama de conocimientos empíricos aportados desde la psicología, la sociología, la medicina, la antropología, la economía, la biología y otras ciencias sociales y naturales para el análisis causal del fenómeno criminal. Lo que ha dado lugar a distintas teorías sobre esta disciplina⁵³, entre ellas algunas de tendencia sociológica fuertemente ideologizadas por el marxismo y el anarquismo y que constituyen una crítica estructural al propio sistema penal deudor del modelo capitalista de producción, como la denominada criminología crítica, *The New Criminology*, nacida en los albores de la década de los 70⁵⁴, período en el que también, como decíamos en el apartado anterior, por estratificaciones del conocimiento aparece la victimología⁵⁵. Como nos recuerda Ortiz de Urbina, la deslegitimación que pretendió aquella corriente de la criminología sobre el propio sistema penal fue superada a la ampliación de su objeto de estudio, al ocuparse no sólo del delincuente, sino de la víctima y del propio sistema de justicia criminal. De este modo, la criminología superó ampliamente el papel que se le venía asignando de ser «ciencia auxiliar» a ocupar un espacio en pie de igualdad con el conjunto de ciencias⁵⁶. Este es un aspecto clave para la Política Criminal como aquí la consideramos.

La Política Criminal presenta no pocas dificultades en su delimitación conceptual. Sin embargo, la influencia del pensamiento Von Liszt es patente en

⁵¹ RAGUÉS I VALLÈS, R., «Derecho penal sustantivo y Derecho procesal penal: hacia una visión integrada», en *ADPCP*, 2004; y el mismo, «La función del proceso en el sistema integral del Derecho penal: una valoración crítica del estado de la cuestión», en Maqueda Abreu, M. L.; Martín Lorenzo, M., y Ventura Püschel, A. (Coords.), *Derecho Penal para un estado social y democrático de derecho: estudios penales en homenaje al profesor Emilio Octavio de Toledo y Ubieta*, Madrid (Universidad Complutense), 2016, pp. 1203-1217.

⁵² A ello ya me referí junto con nuestra homenajeada en CORCOY BIDASOLO, M., y CARPIO BRIZ, D. I., «La llamada conducción suicida y la responsabilidad de la víctima», en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, vol. 2, 2006, pp. 1803-1813, n. 29.

⁵³ Vid. AKERS, R. L.; SELLERS, C. S., y JENNINGS, W. G., *Criminological Theories: Introduction and Evaluation*, 2.ª ed., New York (Oxford University Press), 2017; en español, Cid Moliné, J., y Larrauri Pijoan, E., *Teorías criminológicas explicación y prevención de la delincuencia*, Barcelona (Bosch), 2001.

⁵⁴ CID MOLINÉ, J., LARRAURI PIJOAN, E., 2001, pp. 225 ss.

⁵⁵ Igualmente vid. CORCOY BIDASOLO, M., y CARPIO BRIZ, D. I., 2006, n. 29.

⁵⁶ ORTIZ DE URBINA GIMENO, Í, 2003, p. 11-12.

el desarrollo que hace Mir Puig ya en *Introducción a las Bases del Derecho penal*, del que cabe desentrañar un doble sentido: Por un lado, como *sector de la política*⁵⁷ que nutriéndose del conocimiento aportado por la criminología *está llamado a construir una estrategia eficaz en la lucha contra la delincuencia* tomando en consideración sus causas y activando un puente de conocimiento entre lo empírico y lo jurídico a través de propuestas *de lege ferenda* para el legislador⁵⁸. A mi modo de ver este plano de análisis debe desarrollarse desde la limitación o en su caso el impulso del *ius puniendi* atendiendo a los fundamentos político-constitucionales; lo que a su vez debe permitir armar la propuesta estratégica en la lucha contra la delincuencia por parte del Estado y «de los particulares que puedan cooperar con éste»⁵⁹, en el marco del derecho positivo dable. Y, por otro lado, tal disciplina se ha comprendido como una *rama del saber* que tiene por objeto de estudio las políticas criminales efectivamente seguidas por el legislador mediante la evaluación del desempeño del sistema de justicia penal⁶⁰. Entre las ciencias penales, cabe también considerar el Derecho sobre la ejecución de las penas y el penitenciario. Otras concepciones, incluyen además conocimientos o saberes auxiliares en el estudio del delito, como la antropología, la medicina forense, la criminalística, etc.

Hasta aquí, con algunas incursiones críticas, se ha expuesto el cuadro fundamental de las ciencias penales. Ahora interesa desarrollar nuestro concepto de Política Criminal, a partir de dos de las objeciones que Díez Ripollés señala al planteamiento de Von Liszt: La primera gira en torno a la ausencia en el programa de este penalista de la propuesta «de una ciencia que se ocupe de identificar los fines, funciones, juicios de valor, directrices y reglas que han de dotar de contenido al derecho penal»⁶¹. Concluyendo que «Nuestro autor, (Von Liszt) sin embargo, atraído por esa imprescindible observación del delito y de la pena como fenómenos sociales, no presta la debida atención al saber prescriptivo que ha de dar a conocer los fines, funciones, valores, directrices y reglas susceptibles de configurar toda estrategia de lucha contra el delito y en último término el propio derecho penal positivo»⁶². La segunda, también de interés para nuestra propuesta, achaca el taimado alcance operativo que el autor alemán le acabó dando a la Política Criminal. Por un lado, porque reduce el análisis de las causas

⁵⁷ MIR PUIG, S., 2015, p. 59 y n. 29.

⁵⁸ MIR PUIG, S., *Introducción a las Bases del Derecho penal*, Barcelona (Bosch, J. M.), 1976, p. 262 ss.

⁵⁹ En este sentido, SILVA SÁNCHEZ, J. M., en el «Prólogo» a Sánchez Ostiz, P., *Fundamentos de Política criminal. Un retorno a los principios*, Marcial Pons (Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo), 2012, pp. 13 ss.

⁶⁰ MIR PUIG, S., 10.^a ed. 2015, p. 53.

⁶¹ DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *RECPC* 20-12 (2018), p. 7.

⁶² *Ibidem*: pp. 29-30.

del delito a factores psicológicos o sociales y, por otro, porque deja extramuros de tal ciencia la intervención directa sobre los factores sociales, lo que sería propio de la política social, a la que la Política Criminal, quedaría subordinada⁶³. Todo ello le lleva a concluir que, con estos mimbres, la estrategia de lucha eficaz contra la delincuencia queda muy limitada porque «quedan en gran medida fuera de su discurso prescriptivo la determinación de los bienes jurídicos a proteger, la identificación de los comportamientos que les pueden afectar, o la configuración de los elementos de la responsabilidad. Y unas cuantas cosas más, como, por ejemplo, las técnicas de prevención social o policial, o la gestión de los órganos de control social penal»⁶⁴. Esto último, nos conduce a algunas de las cuestiones centrales de este trabajo:

Más allá del uso retórico discursivo habitual con el que se emplea la expresión «Política Criminal», aquí la entendemos en un sentido *estipulativo*, prescriptivo⁶⁵, tomando como referencia sus objetos de análisis de conformidad al modelo aspiracional de Derecho. Por consiguiente, es función de la Política Criminal, por un lado, desentrañar el modelo político y por ende el programa político-criminal contenido en el sistema constitucional, con el fin de identificar los instrumentos (reglas, principios y valores) que le permiten analizar la política criminal en sentido práctico, esto es, comprendida como actividad política desarrollada en un momento y tiempo determinado.

En este punto es donde nos desviamos del planteamiento de Díez Ripollés⁶⁶ y de Ortiz de Urbina. Con ambos convendríamos que el objeto de la Política Criminal, como actividad teórica, es la política-criminal como *actividad política*, pero mientras que ellos minimizan la necesaria referencia a la Constitución⁶⁷, nosotros la enfatizamos como producto normativo de una actividad política previa, político-criminal preconstitucional, prenormativa o constitutiva, si se quiere. A partir de lo cual, desde la Constitución se establece una relación de sentido instrumental, metodológica, con la Política Criminal para hacer efectivo el modelo aspiracional de Derecho y sistema penal. Ahora sí, bajo

⁶³ *Ibidem*: pp. 28-29.

⁶⁴ *Ibidem*: p. 31.

⁶⁵ ORTIZ DE URBINA GIMENO, Í., «¿La referencia político-criminal en el derecho penal contemporáneo es el derecho penal la barrera infranqueable de la política criminal, o se orienta por ella?», pp. 14-15, a partir de la diferencia entre definiciones léxicas y estipulativas.

⁶⁶ Díez Ripollés, J. L., «El papel epistémico de la política criminal en las ciencias penales: la contribución de Von Liszt», en *RECPC* 20-12 (2018).

⁶⁷ Díez Ripollés, J. L., *La racionalidad de las leyes penales*, pp. 180-183, sostiene que la CE no ofrece un modelo de Derecho penal y carece de la necesaria predeterminación para fundamentarlo. En el mismo sentido, pero en otra dirección, Silva Sánchez, J. M., *Aproximación a las bases del Derecho penal*, Barcelona (Bosch, J. M.), 1992, pp. 176 y 273 ss. Si bien en este último parece apreciarse un giro hacia un neoconstitucionalismo de corte iusnaturalista.

estas premisas corresponde a la Política Criminal constitucionalmente orientada analizar la actividad político-criminal constituida a través de un conjunto de políticas pública que tienen como referencia las amenazas delictivas. Evaluación que se realiza, bajo aquel *instrumentarium*, desde el punto de vista normativo y positivo con el fin de garantizar y controlar la adecuación de una determinada política pública, en este caso las de SN, con el programa punitivo de la Constitución. A partir de estas premisas *cabe plantear como reto la proyección* de un método de análisis político-criminal de las amenazas a la SN para evaluar la racionalidad constitucional de sus políticas públicas y, por lo tanto determinar su adecuación a los fines del sistema. Método que se debe integrar, a su vez, con el que se nos propone desde los estudios de la seguridad para la conformación de las ESN y sus políticas⁶⁸.

Para lo primero, resulta necesario el estudio positivo de la situación (lo que incluye las variables «riesgo», «amenazas», «potenciadores», «vulnerabilidades» y «contexto geoestratégico»), su evaluación normativa o sistemática atendiendo al conjunto de políticas sociales con el fin de validar o no, en el marco de una estrategia determinada, las posibles limitaciones operativas para derechos fundamentales⁶⁹. Para lograr todo ello, el análisis político-criminal, requiere que desde la Política Criminal se sistematice el conjunto de información que aportan el resto de las ciencias penales, ora en su vertiente empírica, ora en su vertiente normativa. Lo primero vendrá dado por la necesaria contribución que deben hacer la criminología, la ciencia policial y las técnicas de seguridad. Lo segundo vendrá dado por los resultados del análisis y evaluación intrasistemático de las normas punitivas en juego (lo que incluye a la dogmática del Derecho punitivo –procesal y sustantivo–). Por último, la Política Criminal está llamada por su amplio objeto a integrar en su análisis las perspectivas conceptuales que sobre la SN aporten otros enfoques, no sólo los estrictamente jurídicos, sino también técnicos provenientes de otras disciplinas⁷⁰.

Con todo ello se estará no sólo en disposición de contribuir a estrategias integrales y transparentes, lo que incluye su aspecto social, para hacer frente a las amenazas ya descritas, sino que además se estará en condiciones de justificar, o no, pero siempre a la luz de la exposición argumentativa exigible, la admisibilidad de la limitación y protección de los derechos fundamentales en juego. A través

⁶⁸ BALLESTEROS MARTÍN, M.Á., 2016, pp. 282 ss.

⁶⁹ En un sentido similar, GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., y FLORES GIMÉNEZ, F., «Una metodología para el análisis de las amenazas a la seguridad, la evaluación de las respuestas y su impacto sobre los derechos fundamentales», *Seguridad Global y Derechos Fundamentales. Cuadernos de Estrategia 188*, Madrid (Ed. IEEEE), 2017, pp. 15-62.

⁷⁰ JORE, S. H., «The Conceptual and Scientific Demarcation of Security in Contrast to Safety», *European Journal of Security Research*, vol. 4, 2019, pp. 157-174.

de esta aproximación se evitará que bajo la noción de SN se camufle una nueva forma de razón de Estado opaca a la evaluación constitucional, político-criminal y racional. Exigencia innegociable en un Estado social y Democrático de Derecho, donde no cabe admitir ningún espacio políticamente autónomo, libre de Derecho y de control⁷¹.

V. CONCLUSIÓN

Soy consciente de la complejidad de la cuestión abordada. Muchos de sus aspectos deberán ser matizados y fundamentados con más detalle, sin embargo considero haber sido coherente con el planteamiento que nos propusimos, que no era otro más que poner en evidencia la necesidad de participación de las *ciencias penales* en el campo científico de la SN y en concreto en la elaboración de sus estrategias, como una disciplina cualificada, lo que tal vez exija, tanto complementar determinadas áreas de conocimiento, como a su vez romper la artificialidad de ciertas barreras disciplinarias, pues buena parte de los desafíos y amenazas a la SN se proyectan sobre el Derecho Penal. Ora en el encauzamiento normativo del sistema penal (sustantivo y procesal), ora en la convergencia sobre el objeto y la metodología de las estrategias de seguridad con el fin de lograr una mayor eficiencia en la protección de los intereses que le son propios frente a viejas y nuevas amenazas al sistema constitucional. Todo ello, en un sentido tal, que no cabe descartar la posibilidad de configurar un Derecho penal de la SN.

⁷¹ QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Introducción a la Policía Judicial*, 3.^a ed. Barcelona (Bosch, J. M.), 1999, p. 9.

PARA LA SUPERACIÓN DE LA DOBLE VÍA: UNA EXPOSICIÓN ESQUEMÁTICA DESDE LA PERSPECTIVA ITALIANA

ANTONIO CAVALIERE *

I. UN SISTEMA DE SANCIONES PRINCIPALES CENTRADO EN EL INTERNAMIENTO

El estado actual del sistema sancionador penal italiano, que aún sigue estando basado en el predominio de la pena privativa de libertad, resulta insostenible debido a exigencias tanto de *ultima ratio* como de eficiencia.

Sin duda, las intervenciones legislativas, no muy bien coordinadas, que se han sucedido a partir de los años setenta del siglo pasado han introducido y/o ampliado posibilidades de aplicación discrecional de medidas alternativas o sustitutivas, o de renuncia condicionada a la sanción. Pero la sanción penal aplicable por excelencia sigue siendo el internamiento en una institución penitenciaria.

El ordenamiento penitenciario ha experimentado importantes reformas que han previsto un tratamiento orientado a la reinserción social y algunas posibilidades de ejecución extrapenitenciaria concedidas a discreción por el poder judicial. Sin embargo, también se han llevado a cabo auténticas contrarreformas dirigidas a determinadas «tipologías de condenados»; y, en cualquier caso, la principal opción legislativa de partida sigue siendo la sanción privativa de libertad.

* Catedrático de Derecho Penal, Universidad de Nápoles Federico II.

I.1 Penas y medidas

La articulación interna del sistema de sanciones aplicables en el derecho penal italiano corresponde todavía a la antigua división entre penas y medidas de seguridad.

En realidad, hay que añadir un *tertium genus*, el de las medidas preventivas, *ante o praeter delictum*; se trata, ya desde sus lejanos orígenes, de «penas bajo sospecha», de carácter formalmente administrativo, pero sustancialmente penal. Dichas medidas policiales, como era, por ejemplo, el llamado *confinamiento* –hoy denominado *vigilancia especial con obligación de residencia*–, estaban orientadas a la neutralización de la peligrosidad, pero prescindían de la prueba de la comisión efectiva de un delito. A partir de 1982, a las medidas preventivas personales se añadieron medidas preventivas patrimoniales, en particular, el embargo preventivo, que están experimentando una expansión incontrolada. Pero no es este el lugar para abordar dicha cuestión.

El Código Penal de 1930, aún vigente, asigna a la pena una función retributiva disuasoria, y a la medida de seguridad, una finalidad de prevención especial. Esta última se entendía fundamentalmente como neutralización de la peligrosidad social, según los dictados de la Escuela Positiva; solo para ciertos tipos de autores, en particular, menores, podía plantearse una prevención especial positiva, entendida, por otra parte, de forma ética, es decir, como enmienda moral.

La pena, para ser retributiva y disuasoria, debía ser afflictiva: pena de muerte (derogada tras la caída del fascismo), cadena perpetua sin remisión de pena (ahora solo prevista para ciertos tipos de condenados), predominio de la sanción privativa de libertad, aunque fuese breve, y marcos de aplicación draconianos.

La medida de seguridad, para ser neutralizadora, debía ser igualmente afflictiva: manicomios judiciales, casas de cura y custodia, reformatorios para menores, colonias penales y casas de trabajo eran todos, esencialmente, sanciones privativas de libertad. Y todas eran de duración máxima indeterminada. Por fin, a partir de 2014, la duración máxima de las medidas de seguridad privativas de libertad –aunque solo de estas, no de la libertad vigilada, en particular– ha quedado fijada en el máximo de la sanción penal prevista para el delito. En la actualidad, los nombres y las modalidades de ejecución de las medidas de seguridad han cambiado parcialmente; pero el internamiento permanece intacto y se confía a la discrecionalidad del juez para que lo aplique como *ultima ratio*.

Se trata, por lo tanto, de dos vías que siguen centradas en el internamiento en establecimientos de custodia.

El dispositivo represivo construido con el Código Rocco culmina en la posibilidad de aplicación conjunta de la pena y la medida de seguridad. Dicha posibilidad se deriva, como recordaré en breve, de la lógica del sistema, pero al mismo tiempo deja al descubierto su exasperado rigor y sus contradicciones.

I.2 *Rationes* y consecuencias funestas de la doble vía

Las bases teóricas del sistema de doble vía del Código Rocco son ampliamente conocidas, pero vale la pena reconstruirlas.

Al sujeto imputable, en cuanto capaz ser culpable y, por lo tanto, reprochable, se le aplica una pena retributiva, un castigo que, según el legislador de 1930, debe servir también a la finalidad de la disuasión. Pero no se puede castigar a alguien que no haya podido elegir libremente el delito: la pena retributiva presupone, por lo tanto, el libre albedrío.

Es preciso añadir un corolario: el castigo, en principio, puede ser proporcional al hecho o a la voluntad malvada. La teoría retributiva no implica necesariamente la proporcionalidad con el hecho cometido. En efecto, en el sistema del Código Rocco, la proporcionalidad se refiere al hecho, pero también a la actitud interior, por ejemplo, en relación con los reincidentes (a los cuales, por consiguiente, se les aumenta la pena), a la denominada responsabilidad de autor, a la «capacidad para delinquir» prevista en el artículo 133 del Código Penal italiano (CPI). Además, la misma retribución, en el Código de 1930, está vinculada a la disuasión, por lo que no protege contra penas draconianas, destinadas a aterrorizar a la colectividad.

Todo esto se aplica incluso sin contar con que el juicio de proporcionalidad, en la vida social, siempre está condicionado por la percepción de las relaciones entre bienes y valores, que cambia en el espacio y en el tiempo; por lo tanto, en un sistema autoritario como el del Código Rocco, resultaba proporcionada, por ejemplo, la pena de muerte, prevista en el artículo 241 CPI para actos dirigidos a minar la unidad del Estado –aunque se tratase simplemente de manifestaciones separatistas pacíficas–, o la sanción privativa de libertad, para la huelga, recogida en el artículo 502 CPI, pues se consideraba que atenta contra la «economía pública».

Decíamos que la pena retributiva presupone la capacidad de culpabilidad. Pero eso no significa, según el Código Rocco, que a quien es incapaz de culpabilidad no se le pueda aplicar una sanción penal con un fundamento diferente. Para la Escuela Positiva, la pena se legitima sobre la base no de la culpabilidad, sino de la peligrósidad de un autor: este no es en absoluto libre –y, por lo tanto,

no es capaz de «culpabilidad»–, pero está determinado por causas de diverso tipo que lo han convertido en socialmente peligroso. La pena no puede intervenir en clave de castigo –porque el autor no ha podido elegir libremente su conducta–, sino solo con el fin de neutralizar esa peligrosidad subjetiva o, en las limitadas hipótesis en que, según los positivistas, es posible corregirla, en su caso, de forma coactiva, es decir, como «medida de seguridad» o, en hipótesis residuales, de corrección: *Sicherung und Besserung*. Para la aplicabilidad de la medida, es indiferente que el autor sea o no capaz de entender y de querer: de hecho, todos estamos determinados y la «culpabilidad» no existe, ya que supondría un espacio de libre albedrío.

De semejante orden de ideas surge también un corolario, de naturaleza diferente, en materia de proporcionalidad: la medida de seguridad debe ser proporcional no al hecho cometido, sino a la peligrosidad subjetiva que se pretende neutralizar o corregir. Por consiguiente, también puede aplicarse una medida de duración máxima indeterminada (hasta 2014) a la tentativa inidónea (art. 49, párr. 2-4 CPI) o al mero acuerdo, o a la instigación no aceptada (art. 115 CPI), porque con la mera activación de la voluntad ya se ha demostrado una peligrosidad subjetiva. La cúspide de tal neutralización preventiva se alcanzaba, en realidad, con las medidas de prevención *ante delictum*, aplicables en Italia a los «ociosos», a los «vagabundos» y a aquellos «con tendencia a delinquir» hasta los años ochenta del siglo pasado.

Volviendo a las medidas de seguridad y al corolario en materia de proporcionalidad, el hecho cometido se reduce a mero síntoma de peligrosidad, razón por la cual estaba previsto que la medida durase hasta que, un día, quién sabe cuándo, el autor ya no fuera considerado peligroso. Si, además, los hechos cometidos, aunque sean leves, son tres o más, entonces nos encontramos ante un tipo manifiesto de sujeto peligroso, el autor «habitual» o «profesional», y entonces, según la doctrina de Ferri y von Liszt, y mucho antes de las famosas leyes estadounidenses «*three strikes and you're out*», el Código Rocco dispone la aplicación, después de la sanción penal, de una medida de seguridad privativa de libertad de duración máxima inicialmente indeterminada.

El Código de 1930, con fines represivos, yuxtapone las dos antitéticas legitimaciones de la sanción penal ya descritas, previendo tanto una pena basada en la retribución de la culpabilidad de un ser humano concebido como libre de querer, como una medida de seguridad basada en la neutralización de la peligrosidad de un ser humano entendido como no libre, sino determinado.

Por lo tanto, la doble vía sancionadora hace posible la aplicación a una misma persona, por el mismo hecho, tanto de una pena como de una medida de seguridad. Si el autor es incapaz de culpabilidad, no puede aplicarse

la sanción penal sino únicamente una medida basada en el supuesto de la peligrosidad; si, por el contrario, es imputable, aunque sea solo parcialmente, se puede aplicar la sanción penal y, además, la medida, proporcional a la peligrosidad. Esto es lo que ocurre con el delincuente habitual, profesional o por tendencia, pero también con el autor semiimputable. En ambos casos, es evidente la contradicción de fondo: una misma persona es considerada libre de querer y, por consiguiente, malvada, y por ello debe ser castigada, y al mismo tiempo, no libre de querer sino determinada, y en consecuencia, peligrosa, y por ello debe ser neutralizada. El resultado es que esa persona es privada de libertad, en primer lugar, en concepto de pena, ¡y a continuación, una vez cumplida la pena, es internada como medida de seguridad!

Otra vuelta de tuerca represiva consistía, inicialmente, en la previsión de presunciones legales de peligrosidad, que fueron cayendo de manera sucesiva debido a las intervenciones del Tribunal Constitucional italiano y de la Ley núm. 663/1986: piénsese en la presunción, particularmente odiosa, relativa al «enfermo mental».

II. CONSTITUCIÓN Y DOBLE VÍA

Provoca cierta aprensión comprobar que, con la excepción de las significativas modificaciones señaladas, ese sistema se ha mantenido en pie, en su estructura, durante noventa años después del Código Rocco y más de setenta años después de la entrada en vigor de la Constitución italiana.

II.1 Consideraciones sobre la función de la pena según la Constitución italiana

Sin embargo, el artículo 27 de la Constitución italiana (CI) establece, en su párrafo 3, que las penas no pueden consistir en tratamientos contrarios al sentido de humanidad y «deben procurar la reeducación del condenado», que debe ser entendida como rehabilitación.

Las sanciones penales no pueden consistir, por lo tanto, en un castigo como fin en sí mismo que deba ser infligido incluso cuando sea contraproducente en términos de prevención, como pretende la teoría retributiva. Esto también se deriva del hecho de que, en un ordenamiento laico, no se puede castigar y, por lo tanto, menoscabar bienes fundamentales de la persona solo porque eso corresponda a una idea abstracta de justicia –y esto es aplicable a cualquier variante

de la teoría retributiva, ya sea la «moral» o la llamada «jurídica», sino únicamente con el fin de prevenir perjuicios de bienes jurídicos de importancia proporcional a aquellos en los que incide la sanción penal.

Pero la finalidad de las penas tampoco puede ser la disuasión, pues la consecuencia es la instrumentalización del reo con fines de política criminal y esto contrasta, antes incluso que con el artículo 27, párr. 3 CI, con la dignidad humana, amparada en los artículo 2-3 CI, y con el principio según el cual la responsabilidad penal es personal, artículo 27, párr. 1 CI: una persona puede ser castigada en la medida proporcionada y necesaria para prevenir sus propias conductas socialmente lesivas, ¡pero no para prevenir las ajenas!

Como señaló el Tribunal Constitucional italiano en los años noventa, la finalidad reeducadora afecta a la sanción penal no solo en relación con la fase de ejecución, sino también desde la fase del apercibimiento legal; es decir, el legislador no puede prever penas contrarias a la finalidad reeducadora.

Otro vínculo de rango constitucional se refiere al carácter general, igual para todos, del concepto de finalidad reeducadora, así como de los demás principios consagrados por la ley fundamental italiana, previstos para todas las personas sin excepción, del mismo modo en que aquellos principios establecidos de manera explícita únicamente para los «ciudadanos» se refieren a todos los seres humanos cuando se trata de derechos fundamentales, como ha reconocido el Tribunal Constitucional. Eso significa que la finalidad reeducadora debe aplicarse sin excepciones relativas a tipos concretos de delitos y/o de autores, pues eso correspondería a un ilegítimo «derecho penal del enemigo». La Constitución italiana reconoce los derechos humanos fundamentales, y los principios del derecho penal de legalidad, personalidad de la responsabilidad penal, lesividad, etc., deben aplicarse indistintamente a todos. Y esto por razones de fondo similares a aquellas por las que, por ejemplo, en la Constitución alemana, el artículo 1 –teniendo en cuenta las discriminaciones raciales y los genocidios nazis– establece que «la dignidad del ser humano es inviolable», sin admitir distinciones de ningún tipo. Por lo tanto, un «derecho penal del enemigo», allí donde exista en la legislación y en la praxis, también es inconstitucional, según la *Grundgesetz* alemana.

De los principios que aquí se han ilustrado de manera esquemática se desprende que las dos funciones asignadas a la pena por el Código Rocco –es decir, retribución y disuasión– son incompatibles con la Constitución italiana. Por lo tanto, el sistema sancionador penal en su totalidad debería ser demolido y reconstruido desde sus cimientos, a partir de finalidades legítimas no solo de reeducación, sino también de prevención general positiva, es decir, de orientación de los miembros de la sociedad hacia los principios y valores amparados por el ordenamiento jurídico.

En general, es la misma visión de la relación entre autoridad y libertad del Código de 1930, que aún sigue esperando a ser revocada: esto implica que el derecho penal debe ser la *ultima ratio* de la política social y que, incluso dentro del sistema penal, el recurso a la sanción privativa de libertad debe ser la *ultima ratio*.

Por desgracia, la historia y la actualidad de la legislación penal republicana demuestran el predominio, sobre todo, con relación a determinados tipos de autor o de enemigo, de orientaciones constitucionalmente ilegítimas e inútilmente represivas, que además de la tradicional función retributiva y disuasoria responden a fines de neutralización de la peligrosidad, hoy también por medio de la sanción penal y ya no solo a través de la medida de seguridad.

Sin embargo, la neutralización o «incapacitación selectiva» es lo opuesto a la reinserción social y, según el artículo 27, párr. 3 CI, no puede constituir una finalidad legítima de la sanción penal. Sin duda, la privación de derechos que realiza la sanción penal está justificada por cuanto sirve a la protección de bienes jurídicos de los otros miembros de la sociedad; en este sentido, le es consustancial el impedimento de ulteriores agresiones. Pero el que delinque sigue siendo persona y, por lo tanto, el ordenamiento jurídico debe tratarlo como un fin, como sujeto de derechos y no como mero objeto, es decir, no puede degradarlo tratándolo como una «cosa». La ideología de la neutralización implica recurrir a medios de eliminación, de internamiento o, en cualquier caso, de coacción, todos ellos inhumanos; y lo mismo puede decirse de la idea de la corrección coactiva y de los tratamientos de manipulación de la personalidad. Por lo tanto, ambas van en contra de la dignidad humana y de la prohibición de los tratos «contrarios al sentido de humanidad» a que se refieren tanto el artículo 27, párr. 3 CI como el artículo 3 CEDH, prohibición que no admite excepciones para tipos de autores o de delitos.

No es decisiva la antigua objeción a la idea de la finalidad reeducadora relativa a la imposibilidad de reinserción social de quien ya está insertado –por ejemplo, el autor de delitos de cuello blanco– o de quien rechaza la oferta estatal de rehabilitación y niega toda legitimidad del poder punitivo. El delincuente de cuello blanco también necesita un entrenamiento social que le permita volver a formar parte de la sociedad sin atentar contra bienes jurídicos. Y ante quien rechaza la oferta de rehabilitación, el tratamiento no puede imponerse, no solo por la inviolabilidad de la dignidad humana, sino también porque el consentimiento del condenado es condición indispensable para su éxito. Sin embargo, la sanción penal debe dejar abierta la posibilidad de reinserción, ya sea en lo relativo al apercibimiento legal –en el sentido del rechazo de la pena de muerte y de la cadena perpetua–, a la aplicación judicial de la pena o a la ejecución,

que debe «ser, en todo caso, humana» y contener, en la medida de lo posible, los efectos desocializadores de la intervención punitiva. Por otra parte, incluso los autores de delitos gravísimos, después de años o quizás décadas, pueden cambiar, como puede cambiar todo ser humano; basta con pensar en los antiguos terroristas de los «años de plomo» italianos.

II.2 Medidas de seguridad y Constitución. Un primer factor de crisis de la doble vía

Por lo tanto, si las sanciones penales, según la Constitución italiana, no pueden consistir en castigos que sean fines en sí mismos ni pueden atender a finalidades de mera disuasión y solo pueden estar dirigidos a la integración social –como concepto que incluye reeducación y prevención general positiva–, de ello se deriva un primer factor de crisis de la doble vía. Es decir, cabe preguntarse qué sentido tiene todavía la distinción entre penas y medidas de seguridad una vez que las funciones de la pena son equiparables a las de las medidas de seguridad.

Sin embargo, para tratar de responder a semejante pregunta es necesario también analizar con detenimiento las funciones legítimamente atribuibles a estas últimas. Y bien, como antes he mencionado, las medidas de seguridad surgen de una perspectiva de neutralización de la peligrosidad o, a lo sumo, correccionalista. Y las características inhumanas de la ejecución de las medidas de seguridad, en particular, con relación a los no imputables por «enfermedad mental», corresponden plenamente a esa perspectiva. La historia de los manicomios judiciales o, como se llamarían más tarde, los hospitales psiquiátricos judiciales, es una historia de internamiento, de electrochoque, de camas de contención y de abuso de tratamientos farmacológicos; una historia –por desgracia, no del todo superada– de personas tratadas como objetos de exclusión o con métodos coactivos, en lugar de como titulares de derechos inviolables e incoercibles.

Todo esto es incompatible con la Constitución italiana ya desde su artículo 2, donde se reconocen y garantizan los derechos de todo ser humano. Pero también es incompatible con los deberes de solidaridad social que impone también el artículo 2 y con la obligación de la República italiana, consagrada en el artículo 3, párr. 2 CI, de eliminar los obstáculos para la plena realización de todas las personas y de ayudar a los más débiles.

Se trata de derechos, deberes y obligaciones institucionales fundamentales que tienen, entre sus numerosas implicaciones, la relativa a las penas, recogida de forma expresa en el artículo 27, párr. 3 CI. Otra es aquella según

la cual también las medidas de seguridad deben responder a una finalidad de reeducación, en los mismos términos de oferta de reinserción social que se aplican a las penas. Y esto atañe, por supuesto, a todas las medidas de seguridad, incluidas las que se aplican a los menores de edad y a las personas dependientes de sustancias alcohólicas o estupefacientes.

Por lo tanto, con respecto a las medidas de seguridad, es necesario abandonar la perspectiva de la neutralización de la peligrosidad, que constituye su terrible «marca de fábrica» positivista.

Parece que quedan sentadas así las bases para la superación de la doble vía. Pero aún falta un paso que resulta primordial.

II.3 ¿Libres vs. determinados, culpables vs. peligrosos? Por un concepto unitario de responsabilidad como fundamento de una sanción penal orientada a la integración social

La aplicación a sujetos imputables de una medida de seguridad acumulada a una pena parece ya deslegitimada y en proceso de superación, al menos, cuando se leen las propuestas italianas de reforma del sistema de doble vía. No obstante, sigue prevaleciendo la tendencia a conservar la distinción entre penas y medidas de seguridad.

La razón de ello se encuentra en el fuerte arraigo de la idea según la cual, considerada la realización de un hecho típico y antijurídico, la pena se legitima sobre la base de la culpabilidad del autor libre de querer, mientras que la medida de seguridad se legitima sobre la base de la peligrosidad social del autor determinado.

Sin embargo, como ya ha quedado acreditado, las condiciones de la libertad de querer y, en el lado opuesto, de la falta de albedrío, así como la de la peligrosidad social, carecen de un requisito fundamental para la aplicación de penas –y penas son también, a pesar de los fraudes de etiquetas, las medidas de seguridad–: el de la verificabilidad empírica. Que el autor, en general y en particular con relación al hecho antijurídico cometido, sea libre o, por el contrario, esté determinado, es indemostrable en un proceso penal. Al igual que es indemostrable la peligrosidad social, entendida como probabilidad de que el autor cometa delitos en un futuro.

Pero, en un derecho penal laico, la imposición de una sanción penal no puede estar fundamentada sobre conceptos indemostrables: lo prohíbe incluso el principio de determinación, desde el punto de vista de la verificabilidad empírica. Según Feuerbach, lo que no puede ser probado en un juicio, el legislador

no puede asumirlo como objeto de sus propios preceptos; y el Tribunal Constitucional italiano, en la sentencia núm. 96/1981 relativa al plagio, afirmaba que nadie puede ser castigado por hechos no susceptibles de verificación empírica. E indemostrables son tanto la libertad de querer como la falta de albedrío o, incluso, la peligrosidad social.

No por casualidad, una vez abolidas en Italia las presunciones legales de peligrosidad, la aplicación de medidas de seguridad ha sufrido una grave crisis, debida a la generalizada negativa de cualificados exponentes de la psiquiatría a emitir pronósticos de peligrosidad que, por carecer de fundamento científico serio, terminaban por otorgar indebidamente poderes de control social.

La doctrina predominante sostiene, sin embargo, que la culpabilidad no está basada en el libre albedrío como dato óntico, sino que constituye una asunción social, una atribución en la que se basa la conciencia social moderna. No obstante, se trata de una asunción que, por un lado, presagia consecuencias no deseables y, por otro, resulta innecesaria.

Desde el primer punto de vista, como es sabido, ha quedado acreditado que la culpabilidad, incluso en un derecho penal orientado a fines de prevención, desempeña una función de garantía, tanto sobre el *an* como sobre el *quantum* de la sanción penal, evitando excesos punitivos en términos de disuasión o de neutralización de la peligrosidad. Igualmente conocida, sin embargo, es la objeción según la cual aquello que limita fundamenta: la atribución –carente de verificabilidad empírica– de la culpabilidad hace posible la imposición de una pena, y no se trata de un generoso regalo de la comunidad al individuo, sino de la imposición a este de la más grave de las sanciones legales.

Por otro lado, la exclusión de la culpabilidad con relación al sujeto inimputable tampoco es un regalo, pues tiene dos graves implicaciones. La primera es la afirmación de que el autor determinado es «mera naturaleza», un animal con el que no es posible una interacción psíquica dotada de sentido y que, por lo tanto, no es capaz de consentimiento y de responsabilidad, lo cual lo degrada a mero objeto de la intervención estatal, con todo lo que eso puede conllevar en términos, por ejemplo, de posibilidad de tratamientos coercitivos y de contención mecánica y/o farmacológica, si es que no, incluso, de electrochoque.

La segunda implicación de la exclusión de la culpabilidad del inimputable es que puede conducir, sobre la base de una «asunción social» de peligrosidad tan indemostrable como la de culpabilidad, a una medida de seguridad de privación de libertad, no «limitada» por la culpabilidad. Y la experiencia demuestra que el internamiento en un hospital psiquiátrico judicial o en lo que hoy se denominan residencias para la ejecución de medidas de seguridad es, en esencia, una privación de la libertad, al mismo nivel que la pena de prisión.

Como ya he mencionado antes, la asunción de la libertad de querer o de su opuesto, de la falta de albedrío, además de conllevar graves consecuencias, no es en absoluto necesaria, porque para fundamentar la responsabilidad penal basta con la realización de un acto ilícito, ya sea intencionado o imprudente, y con la posibilidad de las normas de orientar a los destinatarios, que puede excluirse, en particular, en hipótesis de ignorancia o de error inevitable sobre el precepto.

En efecto, según la doctrina de Sergio Moccia, todos los ciudadanos, con independencia de las pruebas de su libre albedrío, tienen obligaciones de responsabilidad derivadas de la comisión de hechos personales que atenten contra bienes jurídicos ajenos, en proporción con la gravedad de tales hechos y en la medida en que la sanción penal sirva para prevenir hechos ulteriores: se trata de una necesidad de la convivencia apoyada legalmente, en Italia, en el artículo 54 CI e inherente al propio contrato social. Necesidad que prescinde de la prueba imposible de la libertad o de la peligrosidad social y que está confirmada, en la praxis y al margen de fraudes de etiquetas, por la aplicación de penas privativas de libertad a personas que son consideradas «determinadas». La necesidad de responsabilizar a todo autor de un ilícito penal se corresponde inversamente con el derecho de todo ser humano a ser reconocido como responsable de su propia conducta y a ser respetado, en la mayor medida posible, como persona, sujeto de derechos y capaz de consentimiento, lo cual conlleva, en particular, la prohibición de tratos contrarios al sentido de humanidad como la contención, pero también, otras implicaciones que van mucho más allá.

A este respecto, cabe recordar, desde una perspectiva crítica, el argumento difundido en la doctrina italiana de que la culpabilidad es el requisito para que la sanción penal pueda cumplir sus objetivos legítimos. Este supuesto, con relación a la finalidad de la prevención general positiva, parece no estar suficientemente fundamentado, por una parte, porque esa finalidad va dirigida a la generalidad de los ciudadanos y no al individuo particular, en teoría, «incapaz» de entender y de querer; y, por otra, porque una función de orientación que tienen las normas es sin duda compatible con la teoría del determinismo. ¡Es más, no tendría sentido orientar a alguien si no se considerase que se le puede «inducir» a no delinquir estableciendo una norma dirigida a condicionar su comportamiento! Pero es sobre todo el vínculo condicional entre culpabilidad y finalidad reeducadora lo que resulta insostenible, ya que implicaría, por el contrario, que los sujetos considerados «incapaces de culpabilidad» no podrían ser reeducados, ¡y que, por lo tanto, las medidas de seguridad no deberían estar dirigidas a la reinserción social, como en cambio garantiza expresamente, para las sanciones penales, el artículo 27, párr. 3 CI! Se impone,

pues, el reconocimiento del derecho de todo ser humano –incluso de la persona tradicionalmente considerada «incapaz»– no solo a la responsabilidad, sino también a la rehabilitación y a la reinserción social.

Por otra parte, la necesidad social de la afirmación de la responsabilidad, más allá de la prueba del libre albedrío, se corresponde con la necesidad de una toma de conciencia, que se remonta al menos a von Liszt y Ferri, de la corresponsabilidad de la sociedad en la génesis de los actos delictivos. No podemos demostrar que un solo ser humano haya cometido un ilícito penal concreto de forma libre o porque estaba determinado; pero los conocimientos científicos sobre las causas de la delincuencia están suficientemente consolidados en el sentido del condicionamiento que los factores exógenos, sociales, económicos y culturales, ejercen sobre las personas, incluidos los autores de delitos. De esa conciencia deriva la importancia de la prevención primaria y la necesidad de que la propia intervención punitiva tenga por objeto actuar también sobre esos factores, de modo que también es necesario «reeducar a la sociedad» que castiga.

La intervención penal basada en la responsabilidad por el acto cometido debe ser proporcional a ese acto y no a la «peligrosidad» o, como ocurre en el derecho penal de la culpabilidad de autor, a la «voluntad malvada»; tampoco en este caso son admisibles diferencias de trato para los tipos de autor, ya sean libres o determinados. Desde este punto de vista, deberían eliminarse todas las hipótesis de reincidencia, responsabilidad de autor y delincuencia habitual y profesional, que permiten la imposición de una sanción desproporcionada al hecho cometido. También es necesario valorar la Ley núm. 81/2014, en la medida en que ha fijado un límite máximo a la duración de las medidas privativas de libertad; pero hay que tener en cuenta que, en la actualidad, la duración de la medida de seguridad, a diferencia de la pena, no es proporcional al hecho en la fase de cognición, sino que se fija una duración mínima y puede llegar, sobre la base de pronósticos de peligrosidad sucesivos, hasta el máximo legal, lo cual tiene efectos potencialmente muy desfavorables para el «inimputable».

Dentro del límite de la proporcionalidad, la sanción penal siempre debe estar orientada a la rehabilitación. Para ello, deberá recurrir a las técnicas más adecuadas a las necesidades de la persona concreta sobre la que interviene, según la conocida perspectiva de la individualización del tratamiento. En este sentido, es instructiva la aplicación, ya en marcha en muchos países, de diferentes modalidades ejecutivas para personas con adicciones, puesto que confirma que lo importante no es la cuestión del libre albedrío, sino la necesidad de tratamiento.

Sin embargo, esto último no debe entenderse como una herramienta para perpetuar la doble vía: pena para los «capaces de entender y querer», y medicalización para los «incapaces». Y no obstante, parece que esta es la idea en la

que se basan las recientes propuestas de reforma de la materia en Italia. Sin duda, la idea es apreciable en cuanto que aparta el concepto de peligrosidad social y lo sustituye por el de necesidad de tratamiento, pero sigue negando al sujeto «inimputable» el derecho a la responsabilidad al conservar la idea del enfermo como objeto de tratamiento en lugar de como sujeto de derechos; y corre el riesgo de incurrir en una contradicción interna, en la medida en que debe hacer que convivan tratamiento y «control» o «custodia», a través de la privación de libertad, que sigue siendo consustancial a una sanción penal, orientada siempre a finalidades de prevención y, por lo tanto, también de protección de los bienes jurídicos ajenos.

La solución correcta, desde el punto de vista de los principios, es la de la previsión de una vía única de sanciones penales basada en un concepto de responsabilidad igual para todos que prescinda de la ética, y que debe estar siempre orientado a la integración social, con una diferenciación de las modalidades de ejecución según las necesidades individuales.

La orientación hacia la integración social debe implicar también la superación de la primacía de la pena privativa de libertad, llámese «prisión» o «residencia para la ejecución de medidas de seguridad», porque, como afirmaba Claus Roxin hace ya cincuenta años, no se puede aprender a convivir pacíficamente en libertad a través de la privación de la libertad. Para que esa superación se lleve a cabo plenamente y en el respeto del principio de legalidad —es decir, sin ampliar de forma desmesurada la discrecionalidad judicial, como sucede actualmente en Italia—, es imprescindible la construcción de un sistema de medidas no privativas de libertad como principales sanciones penales. La privación de la libertad personal debe ser la *ultima ratio* de un derecho penal que, a su vez, vuelva a ser una *ultima ratio*; pero esto solo será posible si se reactivan esas políticas sociales, económicas y culturales del Estado social de derecho que, lamentablemente, son ignoradas por las políticas neoliberales.

EL ENFOQUE DE GÉNERO EN CRIMINOLOGÍA

ANA ISABEL CEREZO DOMÍNGUEZ *

I. LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LA EXPLICACIÓN DE LA DELINCUENCIA FEMENINA

En este apartado se analizarán brevemente las etapas claves del desarrollo de la teoría jurídica feminista para entender el tratamiento que las mujeres han recibido en el sistema penal y el rol que las diferentes perspectivas feministas han jugado en los diferentes periodos. Pero antes de llegar al desarrollo de la Criminología feminista, es necesario hacer un recorrido breve sobre la explicación tradicional de la delincuencia femenina.

La etiología de la delincuencia femenina no ha sido tradicionalmente objeto de estudio por los criminólogos. En la explicación histórica de la delincuencia, se habían dado explicaciones desde muy diversos enfoques, pero siempre a remolque de las teorías explicativas de la delincuencia masculina. Nunca hubo especial interés en profundizar en las causas sociales, culturales o político-criminales de la delincuencia ocasionada por mujeres.

Fue Cesare Lombroso el primer criminólogo en pronunciarse sobre la delincuencia femenina en su obra «La delincuencia femenina» en 1895. En este libro mantiene la teoría de que las mujeres cometen menos delitos que los hombres. Su explicación tiene una fundamentación biológica, como no podía ser de otra forma. Considera que los óvulos son inmóviles, a diferencia de los espermatozoides.

* Catedrática de Derecho penal. Directora del Instituto andaluz interuniversitario de Andalucía. Universidad de Málaga.

De ahí, la atribución del comportamiento de la mujer a su naturaleza más sedentaria y pasiva en comparación con la del hombre. En este aspecto presenta una explicación sociológica. Ya que considera que esa pasividad hace que las mujeres sean más tradicionales, más conservadoras y acepten mejor el orden social que los hombres. Lombroso llevó a cabo un examen minucioso de 122 mujeres delincuentes. Ello le permitió describirlas como seres que se encontraban en un estadio inferior en la evolución con respecto a estos. Su menor capacidad craneal ocasionaba que fuesen menos inteligentes y pasionales que los hombres. Las describió físicamente como mujeres de estatura baja, con cabello y ojos oscuros, estrabismo, pómulos salientes, pabellones auriculares infrecuentes, anomalías dentales y con características craneoencefálicas y físicas en general más masculinas que las mujeres honestas. Llegó a afirmar que las mujeres soportaban mejor que los hombres las inconveniencias de la prisión porque no sentían dolor (Lombroso y Ferrero, 1895).

En 1923, William Isaac Thomas publica «La niña inadaptada», obra en la que afirma que el comportamiento humano es el resultado de la interdependencia de los instintos innatos y de la influencia social. De este modo, la delincuencia en mujeres es una respuesta normal en ciertas circunstancias, motivada principalmente por el deseo de las chicas a divertirse, tener nuevas experiencias, aventuras y libertad. Considera que las mujeres, a diferencia de los hombres, disponen de un instinto natural a ser madres. De modo que en cuanto no se satisface ese deseo de recibir y dar amor, y de tener esa responsabilidad, la mujer comete delitos. La delincuencia femenina que describe es la que tiene que ver con la prostitución y el proxenetismo y consistiría en la manipulación de los deseos sexuales de los hombres para lograr sus propios fines. Según su teoría, la delincuencia femenina se trataría de un comportamiento que se produciría con más frecuencia entre las mujeres de la clase trabajadora, ya que estas no habrían aprendido la importancia de la moral, de la castidad. Las mujeres de clase social media y alta sin embargo sabrían adaptarse, porque son mujeres castas capaces de sublimar sus deseos sexuales. Por tanto, la criminalidad femenina sólo se puede evitar haciendo volver a las mujeres a su rol tradicional con la ayuda de las instituciones sociales (Thomas, 1923).

Desde las explicaciones biológicas, más concretamente desde la endocrinología criminal, hay autores que han mantenido que las mujeres cometen delitos debido a la segregación de estrógenos, especialmente durante el síndrome premenstrual y durante el posparto. Sólo de ese modo, indican, tiene explicación la comisión de delitos tales como el aborto, infanticidio, el abandono o los malos tratos infantiles.

El propio Sigmund Freud, en el marco de la corriente psicoanalítica, postula que la anatomía de las mujeres es en términos generales inferior a la de los hombres, por lo que están destinadas a ocupar una posición inferior a la del hombre en el estatus social, siendo su función social la de ser madres y esposas. Estas características anatómicas a las que hace referencia se centran en los órganos sexuales. De este modo, entiende que la baja tasa de la criminalidad femenina encuentra su explicación en su frustración sexual. Frustración sexual provocada por su envidia hacia los hombres, al no tener ellas pene y no pueden disfrutar de los placeres sexuales al igual que ellos. Freud explica que las niñas crecen creyendo que han perdido su pene a modo de castigo divino y por este motivo se convierten en seres vengadores hacia los hombres. La mujer delincuente es la que trata de ser un hombre. El comportamiento agresivo y rebelde de algunas mujeres son expresiones de un deseo de pene, de tal modo que a si a estas mujeres no se les trata correctamente, terminarán siendo unas neuróticas. Según Freud, la delincuencia femenina sólo se combate ajustando a las mujeres al rol de su sexo. Hay que cambiar este comportamiento inapropiado de algunas mujeres y adaptarlo a sus deberes sociales como madres y esposas.

Otto Pollak, profesor de sociología estadounidense, publica en 1950 su obra «La criminalidad de las mujeres», donde pone de relieve que las tasas de criminalidad femenina son similares a la masculina, pero son desconocidas porque existe una importante cifra negra. Pollak encuentra una explicación en que la mujer dispone de una capacidad del engaño predeterminedada por su constitución biológica. Argumenta que las mujeres disimulan los orgasmos, por lo que constata su capacidad natural para engañar a los hombres. Además, la criminalidad femenina sería más fácil de ocultar que la masculina, siendo una de las principales causas la «caballeridad» en la persecución y el enjuiciamiento de las mujeres. Según este autor, las mujeres están predestinadas a cometer estafas, pero el riesgo de detección y de denuncia es muy bajo justo por la capacidad de engaño, característica innata en las mujeres. Son sus posibilidades de manipulación las que llevan a las mujeres a instigar a los hombres a cometer delitos. Los hombres chocan así con las instancias sancionadoras, pero las inductoras serían las mujeres, quienes escapan de las mismas porque se nadie sospecha de ellas ya que se quedan en su ambiente familiar y no salen de los parámetros de su hogar. El fenómeno de la criminalidad oculta de la mujer por las razones apuntadas, motivan a Pollak a comparar la delincuencia femenina con un iceberg, en el que hay una parte sumergida que no se ve. La parte visible, la punta del iceberg, sería muy pequeña ya que las estadísticas oficiales de delincuencia no son capaces de reflejar esta realidad por los motivos ya apuntados (Pollak, 1950).

Las teorías del rol de género intentan explicar la delincuencia femenina por la posición que ocupa la mujer en la sociedad. Se trata de teorías que intentan situar científicamente el fenómeno de la criminalidad fuera de las consideraciones biológicas y psicológicas que habían sido predominantes durante bastantes décadas. Parten de la base de que los roles de género entre hombres y mujeres son muy diferentes. Abarcan aspectos como la socialización diferente entre hombres y mujeres y la diversa expectación social hacia esos roles. De este modo, las mujeres no se diferencian de los hombres únicamente por su naturaleza, sino por la diferente educación que han recibido. Aprenden su comportamiento psíquico y social por la socialización recibida e influencia social durante su niñez. Sus progenitores les enseñan cómo debe ser su futuro como amas de casa y madres. Y las chicas se conforman con su rol social previamente definido y con su diferente socialización. El hecho de que una mujer cometa un delito implica un ataque de la mujer contra su rol establecido. La delincuencia surge cuando la socialización no ha sido asumida correctamente a consecuencia de la igualación de los roles de género y el control social fracasa. De este modo, el aumento de los delitos violentos en las chicas se puede deber a que cada vez reciben una educación más parecida a los chicos y se les permite tener más autonomía.

En los años 70 del pasado siglo irrumpe con fuerza el feminismo en la Criminología, como parte de una visión global crítica de las perspectivas tradicionales que habían abordado este tema. Determinadas autoras critican las explicaciones que hasta entonces se habían ofrecido sobre la delincuencia femenina, al tratarse de teorías criminológicas androcéntricas en las que se interpreta el mundo a partir de la experiencia masculina y en las que se ignoraban los factores sociales y económicos que influyen en la delincuencia en mujeres. Según este enfoque, las teorías criminológicas han sido construidas prescindiendo de una de las realidades más evidentes de la organización social: la estratificación sexual que es tanto o más influyente en la definición de la estructura social que las propias clases sociales. De este modo, el género no puede ser considerado una variable más, del mismo nivel que la edad o la inteligencia a la hora de explicar la delincuencia. Más allá de ello, el género constituye un factor estructural, que divide la vida social de dos maneras distintas de afrontarla e interpretarla: la de las mujeres y la de los hombres. Hasta entonces nadie había hablado de que una de las causas por las que las mujeres cometen o sufren delitos es por razones derivadas de su discriminación por razón de su género.

La primera etapa de la Criminología feminista surge en los años 70 y se denomina la etapa de la igualdad. Estuvo dominada por los reclamos del feminismo liberal, el cual pretendía transformar la condición de las mujeres a través

del derecho (Bergalli y Bodelon, 1992). El derecho tenía un rol imprescindible para conseguir sus objetivos, entre los cuales destacaba la eliminación de la «discriminación directa o por objeto», aquella que se llevaba a cabo por razón del sexo en los tribunales. Las mujeres debían ser tratadas de forma similar a los hombres y una reforma legal debía eliminar la discriminación establecida en las normas. Pretendían conseguir una igualdad formal. El concepto de «igualdad» para las feministas liberales se basaba en la idea de que las mujeres debían ser tratadas de forma idéntica a los hombres.

Dentro del movimiento liberal feminista surge la teoría de la liberación o de la emancipación (Adler, 1975) para dar respuesta a un incremento considerable de la delincuencia femenina en la sociedad estadounidense de los 70s. Las diferencias entre la delincuencia femenina y masculina hasta entonces habían encontrado explicación en los distintos roles y posiciones sociales que desempeñaban hombres y mujeres en la sociedad. Según la criminóloga Freda Adler, las cifras de delincuencia femenina estaban aumentando por la masculinización que estaba conllevado la liberación de la mujer, entendida como su incorporación al mundo laboral. Vaticinaba que a medida que las mujeres fuesen escalando posiciones en la sociedad, las cifras de delincuencia femenina se irían aproximando a las masculinas. Con el tiempo por tanto desaparecerían o disminuirían considerablemente esa diferencia entre los géneros. Adler entiende que las causas de la delincuencia femenina son por consiguiente las mismas que en los hombres, ya que estas mujeres delincuentes se comportan de forma similar a los hombres e incluso cometen el mismo tipo de delitos dadas las oportunidades que se les presentan en el ámbito laboral.

La crítica más dura que se hizo al feminismo liberal fue que la igualdad formal no era capaz de corregir las desigualdades materiales y sustantivas que existían entre mujeres y hombres penados. Por el contrario, en muchas ocasiones las agravaba. Sus reclamos no tuvieron en cuenta que el modelo sobre el cual estaba configurado el derecho era un modelo masculino. Además, pretender que las mujeres fueran tratadas igual que los hombres significaba asimilarlas a un modelo de base masculina. Irias Mariou Young (1996) critica este modelo basado en la igualdad formal manifestando que «el ideal asimilacionista presupone que igualdad social significa tratar a todos bajo los mismos principios, reglas y criterios. La política de la diferencia sostiene que la igualdad, en cuanto a participación e inclusión de todos los grupos, puede requerir a veces un tratamiento diferenciado de los grupos oprimidos o desventajados». El pesimismo hacia la capacidad de la reforma legal para mejorar la condición femenina era cada vez mayor.

Por ello, a principios de la década de los años 80, el movimiento feminista dejó de confiar en el derecho para lograr cambios significativos para las mujeres, a cuestionarlo y pretender transformarlo. Surge la etapa de la diferencia. De hecho, hay quienes afirman que fue durante este periodo cuando floreció realmente la teoría jurídica feminista. Pretendían que se reconocieran y valoraran los caracteres femeninos biológicos, psicológicos, morales y culturales. Consideraban que la etapa de la igualdad había provocado una «discriminación indirecta o por resultado» para las mujeres. Es decir, resultaba discriminatorio extender a las mujeres unas normas construidas sobre la base de un sujeto masculino, porque los resultados materiales eran peores para ellas. Se propusieron entonces dos objetivos: cambiar la base de referencia que era solamente masculina y que se valoraran y atendieran las características propias de las mujeres.

Las dos perspectivas feministas que se asocian a este período son el feminismo cultural y el feminismo radical. La primera perspectiva señala que las mujeres se diferencian de los hombres biológica y culturalmente. El derecho es «profundamente masculino», es decir, autoritario y distante. La obra de Carol Giligan («*In a different voice*», 1982) fue clave en este periodo. En su tesis, la autora defiende que los hombres y las mujeres difieren en el desarrollo de la moral y los valores éticos. Según ella, existen dos códigos morales, el femenino, basado en el cariño y en la importancia de las relaciones y los vínculos («ética del cuidado») y el masculino: impersonal, objetivo, razonable y sin emociones («ética de la justicia»). La autora no afirma que el femenino sea superior, solamente que aquello que habían descartado por irracional, ilógico e inconsistente y que se relacionaba con las mujeres, debía ser igual de valorado en la sociedad y en el derecho. Validó lo femenino y enfatizó aquellos valores que se les otorgaban a las mujeres en sociedad.

No obstante, el enfoque de la diferencia ha sido duramente criticado. Las críticas principales fueron que dicha perspectiva era esencialista y estereotipada. El feminismo negro, poscolonialista y posmodernista, argumenta que aquello que reprochan a la cultura masculina, que es, crear un sujeto-hombre falsamente universal y neutral, lo vuelvan a reproducir cuando parten de la idea de que todo es cuestión de desigualdad entre los sexos. Critican el uso de la categoría de mujer homogénea, esencialista y universal: blanca, clase media, occidental y heterosexual. Aquellas mujeres que no entran dentro de este parámetro quedan invisibilizadas. Lo que señalan es que también va en contra de uno de los objetivos del feminismo, que es incluir la diversidad de las mujeres y sus experiencias.

De hecho, hay quienes consideran que existe una tercera etapa. La etapa de la diversidad que surgió a partir de la década de los 90. Catharine MacKinnon, a

pesar de considerarse una de las representantes del feminismo radical, ha criticado la tesis de Giligan señalando que aquello que se había identificado como femenino es lo que los hombres han construido como tal, según sus deseos e intereses. En realidad, esta autora critica tanto el enfoque de la igualdad como el de la diferencia, porque ambos enfoques parten de que el hombre es la norma a partir de la cual se miden las mujeres, como iguales y como diferentes.

El debate sigue abierto y hay autoras que se muestran reacias a pensar que algunos de los dos enfoques pueden garantizar que en última instancia no será perjudicial para las mujeres. Las aportaciones más relevantes de estas juristas ha sido demostrar que el derecho no es objetivo ni neutro al género. Como bien manifiesta Larrauri (1992), «el sistema penal, en su trato a las mujeres, es un reflejo de la posición social, aún subordinada, de las mujeres. No crea las diferencias, pero se recrea en ellas». De todos modos, el campo de la justicia penal ha sido dominado por la regla de la paridad, en el sentido de tratamiento igualitario para todos. La evidencia empírica ha demostrado que un tratamiento igualitario es discriminatorio para las mujeres. Y lo es tanto en la aplicación como en la ejecución de las penas, especialmente en el ámbito penitenciario, donde la base de referencia de dicho tratamiento es la población mayoritaria, es decir, el sujeto masculino. En definitiva, es bien sabido que algo declarado como neutral o sin perspectiva de género está orientado hacia el hombre.

Actualmente, la evidencia práctica y la literatura académica sobre el tratamiento penal de las mujeres, sobretudo en el ámbito anglosajón, está apostando por reconocer las diferencias entre hombres y mujeres y atenderlas con tal de que el tratamiento no sea discriminatorio. En este sentido ha surgido en el año 2000 el denominado enfoque sensible al género o «gender-responsive approach» en el sistema de justicia penal. El concepto de «perspectiva de género» fue mencionado por primera vez en la IV Conferencia mundial de las Naciones Unidas sobre la mujer de septiembre de 1995 en Pekín. Se trata de una concepción epistemológica que se aproxima a la realidad desde la mirada de los géneros y sus relaciones de poder. La variable «género» permite desarrollar un análisis explicativo-diagnóstico de la situación de las mujeres a través de la historia, la cultura y las sociedades. Dicho enfoque parte de la necesidad de reconocer las diferencias existentes entre mujeres y hombres penados para dar una respuesta más equitativa a todas y todos los usuarios. Parece que la perspectiva teórica que existe detrás de este enfoque es la teoría jurídica feminista de la diferencia, que hemos analizado anteriormente.

En primer lugar, cabe destacar la premisa de la cual debe partir un enfoque sensible al género femenino: «El género hace la diferencia» partiendo de la idea

de que «la diferencia más universal entre las personas es aquella de género, tanto a nivel biológico como cultural». La evidencia empírica es clara con respecto a los aspectos que distinguen al género femenino y masculino en el sistema de justicia penal. Aparte de las diferencias biológicas, el ingreso en el sistema se lleva a cabo a través de diferentes vías. Existen necesidades y experiencias previas específicas, y las mujeres, en comparación con los hombres, representan un riesgo bajo para la comunidad por lo que respecta a la tipología delictiva, la baja frecuencia y magnitud de sus delitos y la poca probabilidad de reincidencia. Por ello, introducir la perspectiva de género en el sistema penal significa deconstruir un sistema diseñado en sus principios con base en el sujeto mayoritario que es el masculino y reconstruirlo sobre una base de conocimiento que reconozca también las historias y experiencias vitales de las mujeres que entran al sistema de justicia penal, aquello que las ha llevado a delinquir y lo que necesitan para no volver a hacerlo.

En los países en los cuales se ha introducido la perspectiva de género en el sistema de justicia penal, las investigaciones han mostrado resultados prometedores para toda la población usuaria. Dichos estudios también han servido para mostrar los desafíos y limitaciones de dicho enfoque.

El primer desafío tiene que ver con uno de los objetivos principales que se perseguía con la introducción de un enfoque sensible al género en el sistema de ejecución penal, esto es, disminuir el uso de la prisión para las mujeres penadas. Se ha comprobado que este objetivo no se ha llegado a lograr, ya que se ha ido incrementando tanto el uso de las penas alternativas como el de la prisión con las mujeres penadas.

Otro de los desafíos es el esencialismo en el momento de llevar a cabo la supervisión y la intervención durante la ejecución penal. A pesar de que las diferencias de género son muy importantes, no son las únicas que se deben tener en cuenta. Se debe evitar el diseño de los programas o servicios partiendo de un único modelo de «mujer penada». Si lo que se pretende es ofrecer una intervención lo más adecuada posible, se debe atender la multiplicidad de experiencias vitales de las mujeres. Estas experiencias se ven influenciadas en muchas ocasiones por otras dimensiones como la edad, la nacionalidad, el origen étnico y la orientación sexual, entre otras muchas.

No obstante, esta limitación se está corrigiendo a través de uno de los objetivos de los cuales parte actualmente el enfoque sensible al género en el sistema penal: una supervisión e intervención individualizada. Conocer y reconocer otras dimensiones aparte del género es imprescindible para ofrecer respuestas cada vez más justas y equitativas en el sistema de ejecución penal.

II. LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN EL TRATAMIENTO DE LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES

La protección mundial de las mujeres frente a las agresiones machistas ha experimentado en las últimas décadas un fuerte impulso gracias, en parte, a la prolija actividad normativa de la Organización de las Naciones Unidas, organismo que, desde la aprobación de la Declaración Universal de Derechos Humanos en 1948 proclama la igualdad de hombres y mujeres.

A pesar de recoger entre sus principios fundamentales de actuación el derecho a la igualdad, no fue hasta 1979 cuando, a través de la aprobación de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, este organismo emprendió una lucha firme contra las distintas situaciones de discriminación que viven las mujeres en todos los aspectos de su vida.

Así, esta convención afirma en su parte expositiva que, a pesar de la proclamación de la igualdad de derechos entre hombres y mujeres, estas siguen sufriendo situaciones objetivas graves de discriminación respecto del hombre, manifestadas en las tasas de pobreza de mujeres, su dificultad para acceder al empleo o, en general, para satisfacer sus necesidades básicas.

Con el objetivo de paliar la difícil situación provocada por la discriminación, la Convención aprobada en 1979 insta a los Estados firmantes a promover todas las medidas de carácter político, social, económico y cultural destinadas a «asegurar el pleno desarrollo y adelanto de la mujer, con el objeto de garantizarle el ejercicio y el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre». En su artículo 1 define la discriminación contra la mujer como «toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera». A lo largo de las seis partes en las que se divide el articulado de la convención se recogen medidas para el fomento efectivo de la igualdad de hombres y mujeres exhortando a los Estados firmantes que promuevan cambios legislativos destinados a incluir en sus ordenamientos todas aquellas disposiciones que impulsen la incorporación, en igualdad de condiciones, de la mujer al mundo laboral y a la vida política, su acceso a la vida, educación y a una formación profesional, así como que garanticen su atención sanitaria. Especial atención merece la mención a los cambios legislativos que tienen que llevarse a cabo para la equiparación de los derechos civiles de mujeres y hombres en el ámbito del matrimonio,

en el cual deberá garantizarse un reparto igualitario de los derechos de ambos cónyuges tanto en lo relativo al vínculo matrimonial como en lo concerniente a los posibles hijos.

A pesar del avance que supuso la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer como instrumento jurídico para promover el respeto a los derechos más fundamentales de la mujer, la Organización de las Naciones Unidas siguió trabajando, a través de los órganos competentes, en la elaboración de herramientas que, de la manera más eficaz, promoviese en todos los ámbitos necesarios medidas para erradicar los casos más graves de violencia y discriminación. Este trabajo se materializó en la aprobación de la Declaración de Naciones Unidas sobre la eliminación de la violencia contra la mujer en 1993.

A través de este texto se refuerza el marco jurídico para luchar contra las distintas formas de violencia contra la mujer. Así se recoge en la parte declarativa de la norma en la que se hace referencia de manera expresa a la violencia contra las mujeres como un obstáculo que impide de forma parcial o totalmente que estas disfruten de manera plena de sus derechos y libertades haciéndose necesaria la implementación de medidas dirigidas directamente a la eliminación de dicha violencia. Como aspecto a destacar, también en la parte expositiva, se menciona de manera expresa que las agresiones contra las mujeres son una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre hombres y mujeres.

En el artículo 1 de este texto se define la violencia contra la mujer como «todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada». En la Declaración de Naciones Unidas de 1993 se concreta, de manera amplia qué actos suponen violencia para la mujer, destacando varios aspectos importantes en ese sentido: el elemento fundamental de que dicha violencia esté basada y tenga su origen en el hecho de que la víctima sea mujer; además se incluyen dentro del concepto de violencia de género no solo la violencia física, sino también la violencia psicológica. Por último, es especialmente relevante la mención al carácter público y privado de estos actos violentos, reforzando la idea de la necesidad de visibilizar la violencia sobre las mujeres que se produce en el ámbito privado y que, hasta hace relativamente poco, estaba a los márgenes de la intervención del Derecho.

En el año 1995 se celebró la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer auspiciada por Naciones Unidas, fruto de la cual resultó la Declaración y Plataforma

de Pekín. Este documento reafirmó la línea trazada con los anteriores textos en la lucha contra la violencia de género y, en su párrafo 112 declaró que dicha violencia supone uno de los mayores impedimentos para lograr los objetivos de igualdad, desarrollo y paz. A continuación, recoge la definición de violencia contra la mujer en las mismas líneas del texto de 1993 reiterando, por lo tanto, que las agresiones tienen un carácter físico, psicológico o sexual.

La Declaración de Pekín brinda una importante batería de medidas que los gobiernos firmantes deben adoptar de cara a reducir las distintas formas de violencia contra las mujeres. Entre las actuaciones propuestas se encuentra la introducción de sanciones penales, civiles, laborales y administrativas en las legislaciones nacionales, o el refuerzo de las vigentes, con el fin de castigar y reparar los daños causados a las mujeres y las niñas víctimas de cualquier tipo de violencia, ya sea en el hogar, el lugar de trabajo, la comunidad o la sociedad. Además, se añade que, junto con las medidas destinadas a la persecución y castigo de estos actos, deben articularse instrumentos encaminados tanto a proteger a las mujeres y niñas víctimas y dotarlas de recursos suficientes para acudir a la justicia, como a prevenir la violencia desde la investigación y la educación.

Tras la aprobación de los documentos aquí descritos la Organización de las Naciones Unidas no ha cesado en su determinación de combatir las formas más violentas de discriminación de la mujer. En este sentido destaca la Resolución 61/143, aprobada por la Asamblea General el 19 de diciembre de 2006 en la que se insta a los Estados a intensificar los esfuerzos para eliminar todas las formas de violencia contra mujeres y niñas, especialmente, en el ámbito penal. En esta misma línea en 2008 se aprobó la Resolución 63/155, de 18 de diciembre, en la que se solicita a los gobiernos firmantes que utilicen los recursos más eficaces para poner fin a la impunidad y a la cultura de permisividad respecto de la violencia que tiene a la mujer como víctima haciendo mayor hincapié, en esta ocasión, a la prevención y a la necesidad de evaluar las normas ya vigentes en la materia.

En el ámbito regional europeo hay que mencionar tanto los instrumentos emanados de los órganos de la Unión Europea como del Consejo de Europa.

La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea consagra en su artículo 23 la igualdad entre hombres y mujeres y establece que esta deberá garantizarse en todos los ámbitos, incluidos el empleo, el trabajo y la retribución. En línea con este principio de igualdad el Parlamento y el Consejo europeo han aprobado diversos textos normativos para instar a los Estados miembros a realizar los cambios legislativos necesarios para aumentar la protección de las mujeres ante todas las formas de agresión. Entre los documentos más importantes podemos señalar la Resolución del Parlamento Europeo de 11 de junio de 1986,

sobre las agresiones a la mujer. Esta resolución reconoce que las mujeres y niñas, por su condición de tales, sufren formas específicas de violencia que las priva de sus libertades individuales, de su dignidad y de su autodeterminación. En este texto se aborda la violencia sexual, con especial referencia a aquella que sufren las mujeres por parte de sus parejas en el entorno doméstico y a la protección de las mujeres que ejercen la prostitución.

Los intensos trabajos del Parlamento y del Consejo han ido fraguando en otros textos normativos que han configurado el marco jurídico que, desde el ámbito europeo sirve como referencia para proteger a las mujeres de la violencia. Entre ellos podemos mencionar la Resolución del Parlamento Europeo A3-0349/94, sobre las violaciones de las libertades y los derechos fundamentales de las mujeres en la que, entre otras cuestiones, se hace especial referencia a la problemática de la violencia que afecta a mujeres pertenecientes a grupos vulnerables, tales como las mujeres inmigrantes, las que están cumpliendo condena en un establecimiento penitenciario, aquellas que sufren violencia en un contexto de conflicto armado o las que son víctimas de agresiones basadas en tradiciones culturales de su cultura de origen. Posteriormente, en 1997 se emitió la Resolución A4-0250/97, relativa a una Campaña Europea sobre Tolerancia Cero ante la Violencia contra las mujeres a través de la cual, de manera paralela a la línea trazada en el ámbito de Naciones Unidas, se pone de manifiesto que la violencia motivada por razón de sexo supone un obstáculo en la búsqueda de la igualdad entre hombres y mujeres y que esta tiene su origen en el histórico desequilibrio que existe en las relaciones entre ambos, en las que las mujeres han estado siempre del lado más desfavorecido.

La línea marcada por estos documentos dio paso posteriormente a la aprobación de la Resolución del Parlamento Europeo de 26 de noviembre de 2009 sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer en la que, en consonancia con las declaraciones de los documentos de la Organización de Naciones Unidas en la materia, se recoge una serie de recomendaciones para que los miembros de la Unión Europea introduzcan en sus ordenamientos todas aquellas modificaciones que refuercen la lucha que hasta ahora se había venido realizando para salvaguardar la integridad de las mujeres. En este sentido destaca la petición a los Estados miembros de que articulen planes globales de acción en el ámbito interno de cada uno para que la protección a la mujer sea integral y abarque, además de la persecución penal, todos los ámbitos relacionados con la atención a las mujeres, su asesoramiento y tratamiento psicológico y, también, el impulso a la incorporación al mercado laboral. Este documento amplía el campo de intervención ante la violencia contra la mujer e incorpora

como campos estratégicos la lucha contra la trata de mujeres y la eliminación de la práctica de la mutilación genital femenina.

Centrándonos ahora en la actuación del Consejo de Europa en materia de protección de los derechos de las mujeres es imprescindible mencionar, como texto normativo de referencia internacional, al Convenio sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul en mayo de 2011. El conocido como Convenio de Estambul agrupa en un único texto las líneas marcadas por las distintas recomendaciones del Comité de Ministros a los Estados del Consejo de Europa y fija como objetivos principales la protección de las mujeres contra todas formas de violencia y su prevención, persecución y eliminación; la contribución a la eliminación de la discriminación de la mujer y la promoción de la igualdad entre hombres y mujeres, así como el empoderamiento de estas; la creación de un marco global, políticas y medidas de protección y asistencia a todas las víctimas de violencia contra la mujer y la violencia doméstica; el fomento de la cooperación internacional en la materia; por último se plantea como objetivo apoyar y ayudar a las organizaciones y fuerzas y cuerpos de seguridad para cooperar en la lucha eficaz contra la violencia que sufren las mujeres.

El Convenio de Estambul define en su artículo 3 la violencia contra la mujer como «una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres». Afirma que bajo esta denominación se «designarán todos los actos de violencia basados en el género que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual o psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada». Como novedad hay que destacar que la definición dada incorpora la violencia económica como una forma de violencia contra la mujer. Se trata, sin duda, de una manifestación de la violencia que tiene importantes efectos sobre la libertad de las mujeres y sobre su autodeterminación y que, por lo tanto, debe ser también objeto de atención e incluida en las medidas dirigidas a eliminar toda forma de agresión.

A lo largo de su articulado se insta a los gobiernos firmantes a adoptar medidas destinadas a tipificar como delitos los comportamientos relativos a la violencia física (artículo 35), la violencia sexual incluida la violación (artículo 36), los matrimonios forzados (artículo 37), las mutilaciones genitales femeninas (artículo 38), la práctica del aborto sin el consentimiento de la mujer (artículo 39) y el acoso sexual (art. 40).

El amplio tratamiento que realiza este texto de la violencia de género y la incorporación, junto a la violencia doméstica de otras formas de agresión

a la mujer como las mutilaciones genitales o los matrimonios forzados lo han convertido en un documento de referencia a nivel internacional y que, irremediablemente, ha influido en las normativas internas de los países que lo han suscrito.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ADLER, F., *Sisters in Crime*, New York (McGraw Hill), 1975.
- BERGALLI, R., y BODELÓN, E., «La cuestión de las mujeres y el derecho penal simbólico», *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. IX, 1992, pp. 43-73.
- GILIGAN, C., *In a Different Voice. Psychological Theory and Women's Development*, Cambridge, (Harvard University Press), 1982.
- LARRAURI, E., «La mujer ante el Derecho penal», *Revista de Derecho penal y Criminología*, 2, 1992, pp. 291-310.
- LOMBROSO, C., y FERRERO, G., *The Female Offender*, London, (Fisher Unwin), 1895.
- MACKINNON, C. A., *Hacia una teoría feminista del estado*, Madrid, (Cátedra), 1995.
- POLLAK, O., *The Criminality of Women*, Philadelphia, (University of Pennsylvania Press), 1950.
- THOMAS, W. I., *The Unadjusted Girl with cases and standpoint for behavior analysis*, Boston, (Little Brown and Company), 1923.
- YOUNG, I. M., «Vida política y diferencia de grupo: una crítica del ideal de ciudadanía universal», en *Perspectivas feministas en Teoría Política*, Carme Castells (Comp.), Paidós, 1996.

ARENDR EN JERUSALÉN: UNA MENTE TIPOGRÁFICA CONTRA EL ESPECTÁCULO JUDICIAL

JAVIER CIGÜELA SOLA*

La obra de Hannah Arendt, *Eichmann en Jerusalem* (1963), no es sólo una excelente obra de filosofía de la justicia, sino que se ha ido convirtiendo en una especie de producto de cultura popular: alrededor de ella se han escrito muchos ensayos, e incluso la película sobre la vida de la pensadora alemana gira en torno a su cobertura del juicio y la reacción virulenta que la comunidad judía tuvo frente a su escrito¹. La tesis más conocida y polémica de entre las que se encuentran en la obra es la idea de que Eichmann, el burócrata que gestionó la logística de transporte de judíos a los campos de concentración, no representaba tanto el «monstruo más anormal que jamás hubieran visto los humanos» que intentaba dibujar la acusación, sino una casta de «hombres terrible y terroríficamente normales» que cometían sus crímenes por pura obediencia a una estructura burocrática, sin conciencia efectiva de la magnitud del mal al que contribuían².

El libro de Arendt es suficientemente rico como para esconder muchas otras ideas sugerentes, igualmente polémicas, que han tendido a quedar oscuras por la fuerza de la tesis sobre la banalidad del mal. El presente trabajo explora una de ellas, a saber: la crítica que Arendt vierte contra los intentos

* Profesor Lector de Derecho penal en la Universidad de Barcelona y Becario en la Fundación Alexander von Humboldt.

¹ Vid. LIPSTADT, D. E., *The Eichmann Trial*, NY (Schocken), 2011, pp. 217 ss. Se trata de la película de Margarethe von Trotta, titulada Hannah Arendt (2012).

² ARENDT, H., *Eichmann en Jerusalem*, Barcelona (De Bolsillo), 2010, p. 402.

del Fiscal de conducir el juicio de Eichmann en términos de espectáculo televisivo, lo que interpreta como un repliegue de los intereses propiamente jurídicos ante las lógicas políticas y publicitarias. Vista desde una epistemología medial,³ sin embargo, la crítica de Arendt es mucho más que una crítica al fiscal en concreto. Se trata, según se expondrá, de la reacción de una mente educada en la cultura jurídica moderna, para la cual el mensaje jurídico es «texto», frente a la progresiva colonización del discurso público por parte de intereses y lenguajes marcados por el medio televisivo. La Dra. Mirentxu Corcoy viene mostrando su preocupación por derivas político-criminales estrechamente relacionadas con el objeto de crítica de la propia Arendt: sirva esta contribución como homenaje a ella.

1. ARENDT CONTRA LA ESPECTACULARIZACIÓN DEL JUICIO

«Whoever planned this auditorium ... has a theater in mind», escribió Arendt ya en las primeras páginas de la obra⁴. En ellas se dedica a contrastar dos actitudes, la del Presidente del Tribunal, Mosher Landau, y la del Fiscal Gideon Hausner, descritas como representativas de dos modos contrapuestos de entender el mensaje que el juicio debía encarnar: por un lado, la visión sobria y estrictamente jurídica del primero, conforme a la cual el juicio era nada más (y nada menos) que el procesamiento de un hombre por unos hechos determinados, debiendo quedar todas las cuestiones e intereses extra-jurídicos al margen; frente a ella, la visión «política» del fiscal y cara visible del Estado israelí, quien se empeñaba en centrar el proceso «en los sufrimientos de los judíos y no en los actos de Eichmann»,⁵ y en convertirlo en un espectáculo mediante el que aleccionar al mundo de las consecuencias del antisemitismo secular⁶.

³ Por tal se entiende el análisis de la evolución del derecho desde la óptica de los cambios mediáticos. Al respecto, la tetralogía de: VESTING, *Medien des Rechts I-IV*, Weilerswist (Velbrück Wissenschaft), 2011-2015; CIGÜELA SOLA, «Esbozo de una epistemología medial para el derecho penal», *InDret* 4/2021.

⁴ ARENDT, 2010, p. 15.

⁵ ARENDT, 2010, p. 18.

⁶ En la misma línea que ARENDT, LIPSTADT, 2011, p. 183: «In fact, giving the lie to any notion that this was a «show trial.» throughout the proceedings the judges clashed with Hausner. They had a far more traditional perception of the structure and limitations of the trial. Hausner wanted to tell the entire story of the Final Solution. They wanted a narrowly constructed judicial proceeding that focused on Eichmann's misdeeds, whereas Hausner wanted a broad educational exercise. They thought they were in charge; sometimes Hausner acted as if he was. This was not a result of Hausner's limited courtroom experience. It was a reflection of two conflicting perspectives on the goal of the proceedings. The judges' primary objective was to conduct a scrupulously fair legal proceeding that would win the respect of the world. Hausner's goal was to tell the story of the Holocaust in all its detail and, in so doing, to capture the imagination not just of Israel's youth and world Jewry, but of the entire world.»

Según Arendt, la tensión entre ambas visiones marcó el curso del célebre proceso. Los jueces no adoptaron en momento alguno actitudes teatrales, se alejaron cuanto pudieron de la luz pública y mantuvieron el perfil bajo que exigen los imperativos de justicia: ésta «exigía discreción, toleraba el dolor pero no al ira, y prohibía estrictamente el abandono a los dulces placeres de la publicidad»⁷. Su trato con Eichmann fue exquisito, «incluso excesivamente cortés», evidenciando su «independencia con respecto a la opinión pública dominante en Israel»⁸, y sus intentos por restringir el objeto del proceso a los actos del acusado fueron constantes⁹. La sala estaba presidida, sentencia, «por un hombre que servía a la justicia con tanta fidelidad como el fiscal Hausner servía al Estado»¹⁰. Para Arendt, sin embargo, el otro polo de la tensión estaba firmemente motivado a espectacularizar el proceso y conseguir así los objetivos propagandísticos que el Estado israelí y concretamente Ben Gurión atribuían al proceso. Hay al menos tres aspectos cruciales en la configuración del juicio que, a gusto de Arendt, alejaron el proceso de sus sobrios propósitos jurídicos: en primer lugar, la escenificación, ya que «el juicio se celebró en una sala dispuesta como un teatro, y ante un público, de manera que el impresionante grito del ujier, al anunciar el inicio de cada sesión, producía un efecto parecido al que causa ver alzar el telón»; en segundo lugar, la selección de los testigos por parte del fiscal, realizada conforme a criterios de celebridad y de habilidad para construir un relato y no en función de su relevancia para establecer los hechos, lo que produjo una tendencia a convertir «los testimonios en discursos»¹¹; y, por último, la actitud y actuación del propio fiscal, que se dejaba interrogar «en ruedas de prensa y ante la televisión» durante el juicio, hacía «espontáneas manifestaciones a los periodistas en el propio Palacio de Justicia», y hasta se permitía, crítica Arendt, «dirigir frecuentemente miradas al público y recurrir a actitudes teatrales indicativas de una vanidad superior a la normal».¹² Todo lo anterior condujo a que, a pesar de las resistencias de los jueces, por momentos el juicio se convirtiese en un *show* victimocéntrico: allá donde la justicia debía encontrar pruebas de las actuaciones de Eichmann, lo que encontró fue «una sucesión de relatos atroces, [...] un “navío sin timón, a merced de las olas”».¹³

⁷ ARENDT, 2010, p. 17.

⁸ ARENDT, 2010, p. 15.

⁹ ARENDT, 2010, p. 328, refiriéndose a las protestas del juez Landau contra «la tendencia del fiscal a “pintar cuadros”», esto es, a llamar a testigos que nada aportan al esclarecimiento de los hechos concretos que son juzgados.

¹⁰ ARENDT, 2010, p. 16.

¹¹ FELMAN, S., «A Ghost in the House of Justice: Death and the Language of the Law», en Sarat, y Simon, *Cultural Analysis, Cultural Studies, and the Law*, Durham (Duke Univ Press), 2003, p. 268.

¹² ARENDT, 2010, p. 17.

¹³ ARENDT, 2010, p. 22.

El más claro ejemplo de la alergia de Arendt a la teatralidad del fiscal y de las testificales es el relato frío e irónico que realiza de la célebre intervención y posterior desmayo del testigo identificado como K-Zetnik:

«How much wiser it would have been to resist these pressures altogether [...] and to seek out those who had not volunteered! As though to prove the point, the prosecution called upon a writer, well known on both sides of the Atlantic under the name of K-Zetnik –a slang word for a concentration-camp inmate– as the author of several books on Auschwitz that dealt with brothels, homosexuals, and other “human interest stories”. He started off, as he had done at many of his public appearances, with an explanation of his adopted name. It was not a “pen-name”, he said. “I must carry this name as long as the world will not awaken after the crucifying of the nation... as humanity has risen after the crucifixion of one man”. He continued with a little excursion into astrology: the star “influencing our fate in the same way as the star of ashes at Auschwitz is there facing our planet, radiating toward our planet”. And when he had arrived at “the unnatural power above Nature” which had sustained him thus far, and now, for the first time, paused to catch his breath, even Mr. Hausner felt that something had to be done about this “testimony,” and, very timidly, very politely, interrupted: “Could I perhaps put a few questions to you if you will consent?” Whereupon the presiding judge saw his chance as well: “Mr. Dinoor, please, please, listen to Mr. Hausner and to me.” In response, the disappointed witness, probably deeply wounded, fainted and answered no more questions»¹⁴.

No es de extrañar, visto el tono de la pensadora alemana, la reacción que la comunidad judía experimentó al leer la crónica de su más célebre pensadora, para quien estos relatos eran «testimonios» sólo entre comillas; en tiempos de «cultura de la cancelación» y de linchamientos digitales como los actuales, un libro así hubiera desatado una tormenta mediática todavía superior a la que de hecho causó en su día¹⁵. Sin embargo, la crítica de Arendt a la teatralización del juicio de Eichmann no era gratuita, en el sentido de que no buscaba sólo provocar –en lo que, todo hay que decirlo, la autora era una experta–. En ella se esconde su apego por una forma de entender la justicia anclada en la racionalidad propia del medio escrito, una concepción fría, objetivista, abstracta y protocolaria. Para ella el espectáculo del trauma –como ha escrito Shoshana Felman¹⁶– no tiene cabida en la sala de justicia, pues distrae al público del mensaje principal que debe contener todo juicio, a saber: individualización

¹⁴ ARENDT, 2010, p. 326 (rescato aquí el extracto original para que se perciba más fielmente el tono irónico con que la autora despacha el testimonio de K-Zetnik); contra lo que supuso Arendt, dicho testigo no se propuso como voluntario, sino que lo fue por insistencia del fiscal, cfr.: LIPSTADT, 2011, p. 233.

¹⁵ Sobre las reacciones que causó, ver: LIPSTADT, 2011, pp. 217 ss.

¹⁶ FELMAN, 2003, pp. 271 ss., quien ofrece un brillante análisis de lo que aquí se expone, a su vez criticando la postura de Arendt.

de los hechos y de la responsabilidad¹⁷. Todo lo demás, por importante que sea, corresponde al terreno de la política, la historia o la poesía, y cuando el derecho se contamina por ellas, se aboca al fracaso comunicativo, y se vuelve indistinguible del resto de asuntos humanos.

2. DOS FORMAS DE COMPRENDER LA JUSTICIA PENAL: NÚREMBERG VS. EICHMANN

Para entender la crítica de Arendt resulta útil contrastar el juicio de Eichmann con el otro macro-juicio del siglo pasado: los juicios de Núremberg. Ambos ejemplifican modelos de aproximación a la justicia penal radicalmente diferentes: «Núremberg fue un monumental caso documental, mientras que el juicio de Eichmann fue un monumental caso testimonial»¹⁸. El fiscal jefe y principal arquitecto en Núremberg, Robert Jackson, explicó su decisión a favor de un caso documental del siguiente modo:

«The prosecution early was confronted with two vital decisions. [...] One was whether chiefly to rely upon living witnesses or upon documents for proof of the case. The decision [...] was to use and rest on documentary evidence to prove every point possible. The argument against this was that documents are dull, the press would not report them, the trial would become wearisome and would not get across to the people. [...] But it seems to me that witnesses, many of them persecuted and hostile to the Nazis, would always be chargeable with bias, faulty recollection, and even perjury. The documents could not be accused of partiality, forgetfulness, or invention, and would make the sounder foundation, not only for the immediate guidance of the Tribunal, but for the ultimate verdict of history»¹⁹.

El juicio, exitoso en muchos sentidos, fue considerado, como había temido Jackson, demasiado aburrido por parte del público: la novelista Rebecca West escribió sobre el mismo que fue «insufriblemente tedioso»; «esta reacción era común», comenta Osiel, «como ha destacado un reportero: «fue el mayor crimen de la historia y prometió el mayor espectáculo judicial. [Pero] lo que consistió fue en un increíblemente largo y complejo juicio que

¹⁷ ARENDT, 2010, pp. 370 s.

¹⁸ FELMAN, 2003, pp. 290 ss.

¹⁹ Citado en: FELMAN, 2003. Sobre ello: DELAGE, Ch. *Caught on Camera: Film in the Courtroom from the Nuremberg Trials to the Caught on Camera: Film in the Courtroom from the Nuremberg Trials to the Trials of the Khmer Rouge*, Philadelphia (University of Pennsylvania Press), 2014, p. 79, quien relata que el propio Jackson se había entrevistado con múltiples víctimas, las cuales, como es lógico, tenían recuerdos no siempre coherentes entre sí y manifestaban cierta imparcialidad, razón por la cual le pareció inadecuado fundamentar la acusación en sus testimonios.

fracasó a la hora de mesmerizar a un mundo distraído. La masa de evidencia produjo aburrimiento»²⁰.

Hausner, por su lado, explicó la razón por la que tomaron otra dirección para el enjuiciamiento de Eichmann, convirtiendo los relatos de las víctimas y sus impresiones en el centro del proceso: «Nuremberg trials were efficient, he said, but they didn't reach "the hearts of men"». Y continúa:

«In order to merely secure a conviction, it was obviously enough to let the archives speak [...] But I knew we needed more than a conviction; we needed a living record of a gigantic human and national disaster [...] In any criminal proceeding the proof of guilt and the imposition of a penalty, though all-important, are not the exclusive objects. Every trial also tells a story [...] Our perceptions and our senses are geared to limited experiences [...] We stop perceiving living creatures behind the mounting totals of victims; they turn into incomprehensible statistics. [...] The only way to concretize it was to call surviving witnesses, as many as the framework of the trial would allow, and to ask each of them to tell a tiny fragment of what he had seen and experienced. [...] Put together, the various narratives of different people would become concrete enough to be apprehended. In this way I hoped to superpose on a phantom a dimension of reality»²¹.

En efecto, el juicio de Eichmann dejó imágenes que se han convertido en parte de la memoria colectiva global, y por encima de las demás quedó el ya aludido colapso físico y desfallecimiento del testigo Yehiel Dinor (alias K-Zetnik). Lo interesante es que las propias palabras de Jackson y Hausner manifiestan aproximaciones a los objetivos del juicio marcadas por mentalidades radicalmente divergentes. ¿Qué sucede entre Núremberg y el juicio de Eichmann, apenas dos décadas, para que medie semejante cambio de mentalidad? Pues bien, lo que sucede es básicamente la irrupción de la televisión y el cambio en las reglas del discurso público –es decir, de los mensajes políticos o jurídicos– que la cultura televisiva trajo consigo. Para comprender tanto la decisión de Hausner como la incomodidad de Arendt es necesario entender el contexto de revolución mediática en que se inserta el juicio de Eichmann.

3. LA CULTURA TELEVISIVA Y EL MENSAJE JUDICIAL

El juicio de Núremberg fue diseñado por juristas educados en la cultura impresa, pre-televisiva²², en la que el derecho tiene mucho más que ver con la

²⁰ OSIEL, M., *Mass Atrocity, Collective Memory, and the Law*, London (Routledge), 2000, p. 91.

²¹ HAUSNER, citado en FELMAN, 2003, pp. 261 s.

²² DELAGE, 2014, p. 2.

protocolaria sobriedad que con el espectáculo, y donde prima un sesgo hacia la mayor fiabilidad del documento escrito como registro de la memoria colectiva; «the documents could not be accused of partiality, forgetfulness, or invention», dice Jackson, que bien podía haber citado el proverbio medieval –de posible origen romano– «Quod non est in actis, non est in mundo»²³. Se trata de la misma mentalidad jurídica desde la que Arendt se revuelve contra el juicio de Eichmann, aquella que denominamos «moderna», y que está profundamente marcada por la hegemonía que a partir del siglo XVII tuvieron los medios impresos en la producción de sentido en el campo del derecho –en realidad esa mentalidad se remonta mucho más atrás, hasta la Antigua Grecia y las universidades medievales, en fin, hasta el comienzo de la utilización de la escritura en el derecho–²⁴. La cultura del medio impreso impone formas y mentalidades textuales: los mensajes del sistema jurídico están insertados en textos (sentencias, leyes, manuales, registros) y la labor de sus destinatarios (jueces, fiscales, abogados e incluso el propio público) consiste básicamente en leer, debatir e interpretar²⁵. De ahí el sesgo favorable de Jackson hacia el documento escrito, como si éste no pudiera inventarse o manipularse; como también su suspicacia hacia el relato subjetivo, poco compatible con el tipo de racionalidad objetiva, en el sentido de Weber, que domina la cultura jurídica moderna. La textualización del derecho, por otra parte, coincide con una cierta «des-espectacularización» de sus mensajes: a medida que la comunicación escrita se vuelve hegemónica se impone una sensibilidad abstracta y burocrática, hasta el punto de que su opuesto, el espectáculo ritual y el dolor corporal, devienen innecesarios e incluso pasan a considerarse una manifestación de barbarie impropia de sociedades civilizadas²⁶.

El relato encarnado por Núremberg es todavía un relato «moderno» en ese específico sentido. Por mucho que se obtuvieran imágenes y extractos

²³ Ver VISMANN, C., *Files. Law, Media, and Technology*, Stanford Univ. Press (Stanford) 2008, p. 55, quien se refiere a dicho proverbio como condensación de la mentalidad burocrático-documental, en virtud de la cual el documento escrito se convierte en el paradigma de acceso a la realidad por parte del derecho («The law operates not in mundo but in the medium of literality; it believes only what is written»).

²⁴ HAVELOCK, E., *La musa aprende a escribir. Reflexiones sobre oralidad y escritura desde la Antigüedad hasta el presente*, Barcelona (Paidós), 1996; BERMAN, H., *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition*, Cambridge (Harvard Univ. Press), 1983; VESTING, *Medien des Rechts: Schrift*, Weilerswist (Velbrück Wissenschaft), 2011; VISMANN, *Files*, 2008.

²⁵ LUHMANN, N., *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt (Suhrkamp), 1993, pp. 243 ss.

²⁶ Sobre ello, HUNT, L., *Inventing Human Rights: A History*, London (W. W. Norton & Company), 2007, pp. 32 ss., quien destaca el rol que la imprenta tuvo en el surgimiento de una mentalidad sobre el «yo interior» de los seres humanos, que fue generando el tipo de empatía intersubjetiva en que se basaron la prohibición de la tortura y del castigo cruel: «My argument depends on the notion that reading accounts of torture or epistolary novels had physical effects that translated into brain changes and came back out as new concepts about the organization of social and political life. New kinds of reading (and viewing and listening) created new individual experiences (empathy), which in turn made possible new social and political concepts (human rights)».

radiofónicos del mismo,²⁷ su formato todavía aspira a ser neutro, objetivo y de apariencia sobria, a la vez que parte de la base de que el documento escrito es más fiable para probar la historia que las voces de las olvidadizas y parciales víctimas. Hubiera sido perfectamente efectivo unas décadas antes, sin embargo ya en 1945 se había entrado en una era mediática distinta, la de los medios eléctricos como la radio, el telégrafo y sobre todo la televisión²⁸. Esta nueva ecología mediática va generando una mentalidad radicalmente diversa, posmoderna, para la que «el espectáculo constituye el *modelo* de vida socialmente dominante»²⁹, respecto del cual comienza a medirse también la eficacia del derecho al transmitir sus mensajes. En oposición a la cultura fría, burocrática, textual y objetivista que había emergido del medio impreso, la cultura de los medios eléctricos vendría a primar la imagen, la emoción, el entretenimiento y el relato subjetivo.

El primer efecto que ello tuvo, especialmente de la mano de la televisión, fue un desplazamiento en el concepto de verdad: «la nueva imagen [...] no funcionaba meramente como un suplemento del lenguaje, sino que intentaba reemplazarlo como un medio dominante de interpretar, comprender y probar la realidad»³⁰. El segundo efecto fue el de convertir el entretenimiento en el «formato natural de la representación de toda experiencia», lo que condujo a una banalización de todos aquellos temas –entre ellos el crimen y su castigo– que para una mente tipográfica como la de Arendt merecían un tratamiento serio y frío. Los matinales maratónicos con pseudotertulianos comentando entre gritos el último caso mediático son el epítome de ese fenómeno, y la prueba del carácter premonitorio de las preocupaciones de la pensadora alemana. La televisión fue generando, por tanto, «una nueva epistemología», en el sentido de que su lenguaje dramático y su necesidad de captar la atención mediante descargas impactantes de información visual pasó a convertirse en el traje con el que vestir todos los discursos, incluso los jurídicos: hasta el punto de que, si estos no se adaptaban,

²⁷ Fundamental: DELAGE, 2014, quien narra los enormes y conscientes esfuerzos del Tribunal por garantizar una cobertura mediática que tuviese un impacto público, lo cual no ocurrió al nivel esperado, precisamente porque el juicio en sí, por su carácter documental, no era fácilmente digerible por los nuevos medios.

²⁸ COULDRY, N., y HEPP, A., *The mediated construction of reality*, Cambridge (Polity Press), 2017, pp. 46 ss. El telégrafo y el teléfono tuvieron ya una cierta implantación en las primeras décadas del siglo XX en EEUU, y ambos tuvieron un enorme impacto en la prensa escrita, que de repente tuvo acceso a noticias en tiempo real de lugares situados a mucha distancia; la televisión no se consolidó hasta finales de la década de los 40, y ya muy claramente en los 50 7 60.

²⁹ DEBORD, G., *La sociedad del espectáculo*, Valencia (Pre-textos), 2015, p. 39.

³⁰ POSTMAN, N., *Divertirse hasta morir: el discurso público en la era del show business*, Barcelona (Tempestad), 1991, p. 79; SARTORI, G., *Homo videns*, Madrid (Taurus), 1998, p. 26 s.

comenzaban a parecer «desordenados y extraños»³¹. Exactamente lo que pasó, en fin, con Núremberg, al menos hasta la aparición de la película en 1961.

Ese es, en fin, el contexto que explica la crítica de Arendt al juicio de Eichmann: éste se diseñó precisamente desde la experiencia de Núremberg como fracaso comunicativo, y desde una mentalidad que estaba claramente marcada por la televisión. Es decir, una mentalidad que era consciente de que si «todo juicio cuenta además un relato», como dijo Hausner, éste ha de ser dramático, visual y espectacular para llegar a los corazones del público. Contra el racionalismo jurídico arendtiano, el mensaje judicial tiene que dejar espacio al trauma –aunque éste no hable directamente de los actos del acusado³²–, al relato poético y la propaganda, y tiene que centrarse no en los «actos del acusado» sino en el sufrimiento de las víctimas. Para escenificar la justicia el mensaje condenatorio tiene que librarse, en fin, del corsé textual para adoptar la forma de relato audiovisual que, ya claramente en 1963, ejerce de canon de los discursos públicos.

4. LA CRÍTICA DE ARENDT COMO PREMONICIÓN: MÁS ALLÁ DEL JUICIO DE EICHMANN

En los años en que Arendt escribe su crónica, la televisiva «sociedad del espectáculo» estaba todavía consolidándose. No en vano el texto emblemático al respecto de esa nueva mentalidad, *La sociedad del espectáculo* de Guy Debord, data de 1967; de esos mismos años son también las primeras exploraciones de McLuhan –cara visible de la teoría de medios– en los efectos de la electrificación de la comunicación y el fin de la era tipográfica.³³ En ese sentido, es mérito de la pensadora alemana anticipar algunas de las dinámicas que emergieron del contacto de la justicia penal con la cultura televisiva y que, de hecho, se han ido consolidando tras la revolucionaria irrupción del medio digital.

En primer lugar, la tendencia al discurso victimocéntrico que incomoda a Arendt –y a nuestra homenajeada³⁴– no ha parado de crecer desde los años 60, llegando en la actualidad al extremo de considerarse incluso una característica

³¹ POSTMAN, 1991, p. 84.

³² Así, la frase de HAUSNER (cit. en FELMAN, 2003, p. 261): «The only way to concretize it was to call surviving witnesses, as many as the framework of the trial would allow...».

³³ Así, MCLUHAN, M., *Comprender los medios de comunicación. Las extensiones del ser humano* (Or. 1964), Barcelona (Paidós), 1996 (publicado originalmente en 1964); y *Galaxia Gutenberg. Génesis del «homo typographicus»*, Barcelona (Galaxia Gutenberg), 1993, publicado originalmente en 1962.

³⁴ CORCOY BIDASOLO, M., «Expansión del Derecho Penal y Garantías Constitucionales», *rev. Derechos Fundamentales*, núm. 8, 2012, pp. 45 ss.

nuclear de la cultura del siglo XXI³⁵. En el plano penal, «la figura santificada de la víctima que sufre se ha convertido en un producto apreciado en los circuitos de intercambio político y mediático, y se colocan individuos frente a la cámaras y se los invita a jugar ese papel»; el imperativo político, continúa Garland, es que las «víctimas han de ser escuchadas, su memoria respetada, su ira expresada y sus miedos atendidos»³⁶. Desde una epistemología medial, dicho protagonismo se comprende no sólo por los rendimientos que ello genera en términos político-electorales –la víctima, dice Giglioli, es el «sueño de todo poder»³⁷–, sino también porque el relato de la víctima, al menos su versión estereotipada, es puro lenguaje televisivo y digital: encarna experiencias con altos componentes emocionales, y a menudo sirve de base para relatos simplificadores, política y mediáticamente rentables, donde las víctimas mismas representan la inocencia y el orden, y frente a ellas se expone al delincuente monstruoso, no sólo como culpable de unos hechos, sino además como manifestación de una identidad deteriorada y defectuosa. La cultura digital, al abrir los canales de producción de sentido y de expresión de las víctimas y otros emprendedores atípicos de la moral, no ha hecho más que agudizar esa tendencia: el temor de Arendt hacia una justicia distraída, victimocéntrica, sentimental y subjetivista anticipó, en ese sentido, muchos de los rasgos de la política criminal contemporánea³⁸.

El segundo rasgo tiene que ver con la politización de la justicia penal. En su crítica Arendt manifiesta un claro apego por la autonomía de la justicia en la persecución de sus propios fines, siendo estos básicamente dos: establecer los hechos

³⁵ CAMPBELL, B., y MANNING, J., *The Rise of Victimhood Culture. Microaggressions, Safe Spaces, and the New Culture Wars*, Cham (Palgrave, y Macmillan), 2018; GIGLIOLI, D., *Crítica de la víctima*, Barcelona (Herder), 2017. Según indica LIPSTADT, 2011, p. 283 ss., precisamente el juicio de Eichmann funcionó, en relación con las víctimas judías del Holocausto, como un precursor de un nuevo estatus: «But it was the trial that began this significant change in their status. As a result of the trial, the one hundred survivors who testified as prosecution witnesses, and by extension all other victims, acquired what Shoshana Felman has so aptly called “semantic authority over themselves and over others”. Together with that semantic authority came “historical authority”. Had they previously possessed such authority, the Nuremberg Tribunals prosecutors would not have considered proceeding without them»; sobre el rol de las asociaciones de víctimas en el diseño del juicio: YABLONKA, H., «Preparing the Eichmann Trial: Who Really Did the Job», *Theoretical Inquiries in Law*, vol. 1, no. 2, 2000.

³⁶ GARLAND, *La cultura del control: crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, Barcelona (Gedisa), 2005, p. 141.

³⁷ GIGLIOLI, 2017.

³⁸ SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades post-industriales (2.ª ed.)*, Madrid (Civitas), 2002; sobre las dinámicas más recientes y con múltiples referencias: CIGÜELA SOLA, 2020. En relación con los juicios penales internacionales, el de Eichmann marcó la tendencia que de hecho se consolidaría en adelante, sobre ello: KARSTEDT, S. «From Absence to Presence, From Silence to Voice: Victims in International and Transitional Justice Since the Nuremberg Trials», *International Review of Victimology*. 2010; 17 (1), pp. 9-30.

probados e individualizar la culpa³⁹. Como se ha dicho, los intereses extrajurídicos –esto es, el *relato* poético, político o histórico– no tienen cabida en la sala de justicia. La separación entre derecho y política, cuanto menos una aspiración de la modernidad penal, es otro de los aspectos que muestran un aspecto crítico desde los años 80. Desde entonces la instrumentalización de la justicia para fines político-comunicativos no ha parado de crecer, en el sentido de que los símbolos penales característicos, tales como «lo prohibido», el estigma de «delincuente» o la representación de la «víctima» constituyen hoy elementos omnipresentes en las pugnas político-culturales, y apenas se encuentran actores políticos o mediáticos que resistan al poder seductor que dichos símbolos ejercen sobre las audiencias. La crítica de Arendt al intento de Hausner y Ben Gurión de instrumentalizar el juicio para hacer propaganda del recién nacido Estado de Israel⁴⁰ avanza, por tanto, una forma de hacer política en la que la criminalidad y su castigo ofrecen el terreno idóneo para las estrategias de polarización, cohesión interna y demonización del adversario⁴¹.

El tercer rasgo concierne a la escenificación de la justicia penal por parte de sus actores. La criticada sobreactuación del fiscal se comprende fácilmente como un perfecto ejemplo de reacción adaptativa por parte de del sistema jurídico frente al nuevo entorno mediático en el que el mensaje judicial es elaborado y recibido: los *actores* (no se llaman así en vano) de un proceso penal del que sólo se hace pública una sentencia no se comportan igual que aquellos que están siendo observados por audiencias multitudinarias; los primeros actúan liberados de la presión de la exposición mediática (fue así en la era impresa), los segundos actúan literalmente con la espada de Damocles de la opinión pública sobre su cabeza, lo que modifica su estructura de incentivos en un sentido que Arendt quizás no advierte. El ingrediente de hiperexposición mediática llega hoy al extremo de la transparencia propia del medio digital. Pensemos en el llamado juicio del *Procès*: al observar el comportamiento de unos y otros, principalmente aquellos –como Hausner– más cercanos a lo político que a lo jurídico, quedó claro que el espacio judicial ya no es sólo un diálogo restringido entre los actores

³⁹ No sólo en la obra aquí comentada, también en ARENDT, «Nazismo y responsabilidad colectiva», *Claves de Razón Práctica*, núm. 95, 1999, pp. 4 ss.; La Misma, «Responsabilidad colectiva», en: *Claves de Razón Práctica*, núm. 95, 1999, pp. 8 ss.

⁴⁰ Cfr. FELMAN, S., «Theaters of Justice: Arendt in Jerusalem, the Eichmann Trial, and the Redefinition of Legal Meaning in the Wake of the Holocaust», *Critical Inquiry* Vol. 27, No. 2, 2001, pp. 20 ss.; sobre el rol formativo de la identidad del Estado que tuvo el juicio: YABLONKA, 2000, p. 391.

⁴¹ Ver, LIPSTADT, 2011, p. 222, sobre ARENDT: «She considered the trial a Ben-Gurion-orchestrated and Hausner-executed “mass meeting” designed to affirm Zionist ideology and highlight the notion of us (Israelis) versus them (the rest of the world)»; Ampliamente, sobre dichas estrategias: CIGÜELA SOLA, «Populismo penal y justicia paralela: un análisis político-cultural», *REDPC* 22-12 (2020).

procesales (jueces, fiscales, abogados y acusados), sino otro en el que aparece un nuevo interlocutor, en este caso las fragmentadas audiencias digitales, y que muchas de las «actuaciones procesales» estaban encaminadas a dialogar con ellas más que a afianzar la propia posición jurídica. Lo expresa el periodista Guillem Martínez con su particular estilo:

«[Me encuentro] en la sala habitual, frente a una pantalla gigante. Lo que recuerda al mundo que esto es un espectáculo televisado. Las partes son muy conscientes de ello. Son conscientes de que esto, por debajo de lo que es, es una guerra de marcos. Tan bestia que puede llegar a determinar las actitudes de los participantes [...]. Cabe suponer que defensa, fiscalía, magistrados, abogacía del Estado y Vox [...], son conscientes de dramatizar para comunidades sin contacto entre ellas, que no se tocan, y que quieren consumir un discurso autorreferencial, que no necesita tanto verificación como reiteración»⁴².

Al debate sobre el «texto legal» (si un delito u otro, si una garantía u otra, etc.), la retransmisión televisiva y más aún la digital añaden una nueva dimensión: la relativa a la batalla por las representaciones sociales que emergen instantáneamente en las pantallas, respecto de las cuales el proceso deviene una especie de instrumento y «escenario». La actuación de Hausner, discutible desde el punto de vista estrictamente jurídico, resulta explicable desde esa otra perspectiva: su actuación es el clásico ejemplo de adaptación del mensaje judicial al entorno mediático y a las expectativas de los destinatarios del momento. Jackson creía dirigirse a un público lector –como Arendt–, mientras que Hausner era consciente de que el mundo se estaba llenando de televidentes.

5. CONCLUSIÓN

En su famoso epílogo Arendt acaba concluyendo que, pese a los intentos de politizar, espectacularizar y dramatizar el juicio por parte del fiscal, el Tribunal cumplió su tarea: dejó de lado todo lo que escapa a las competencias del derecho, y se dedicó exclusivamente a hacer justicia a los hechos, que no a la historia⁴³. Si bien su aproximación al juicio sigue siendo en muchos aspectos discutida, aquí he tratado de rescatar precisamente aquellas reflexiones que nos ilustran sobre el origen de buena parte de las actuales tendencias político-criminales. Así, el juicio de Eichmann sería expresión de un desplazamiento en la forma de comprender la justicia penal, que tiene lugar a lo largo

⁴² MARTÍNEZ, G., «Su pantalla amiga», *Ctxt* (13 de febrero de 2019).

⁴³ ARENDT, 2010, p. 370.

del siglo xx, y que viene motivado por la irrupción de nuevos entornos mediáticos, primero televisivos y más recientemente digitales: como consecuencia, la moderna comprensión del juicio como una «acumulación de documentos y textos a interpretar» va dando paso a otra en la que el *storytelling*, la experiencia de las víctimas y la necesidad de captar la atención de la audiencia se torna central en la configuración del mensaje judicial. No es que la razón argumentativa y la palabra escrita desaparezcan; lo que ocurre es que de repente han de competir con la emoción subjetiva y la imagen espectacular a la hora de dar forma y contenido al mensaje judicial.

Ese desplazamiento manifiesta, además, una reactualización –en versión *digitalizada*– de algunos rasgos de las culturas jurídicas premodernas y orales: el rol del espectáculo en la transmisión del mensaje jurídico, central como fue para «llegar a los corazones del público» iletrado, vuelve hoy a serlo como consecuencia de las presiones adaptativas que las tecnologías de la pantalla ejercen sobre el derecho. En la pantalla, igual que en la plaza pública medieval, «una imagen vale más que mil palabras». ¡Felicidades Mirentxu!

LA REGRESIÓN DE LA DOCTRINA DEL EFECTO DE DESALIENTO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

M.^a LUISA CUERDA ARNAU*

A Mirentxu Corcoy no le gustan los homenajes. Eso nos obliga a todos a moderarnos en el elogio académico y en la demostración de nuestros afectos. Lo primero lo tiene tan merecidamente ganado y es de tan general conocimiento que, ciertamente, no precisaba tributo alguno. Sin embargo, privarnos a todos sus colegas de la oportunidad de hacerle llegar nuestro cariño hubiera sido una decisión muy dolorosa, que, por fortuna, sus discípulos eludieron adoptar. Gracias a ellos puedo, al fin, enviarte, Mirentxu, mi reconocimiento y mi aprecio.

I. LA LIBERTAD COMO PRETEXTO

Mirentxu Corcoy dirigió junto a Santiago Mir un proyecto de investigación de dogmática constitucional, uno de cuyos resultados fue la obra *Protección penal de la libertad de expresión e información*¹, en cuyo prólogo se lamentaban ambos del hecho de que los medios de comunicación no siempre estén al servicio de la información.

Ciertamente, basta encender la televisión en casi cualquier franja horaria para ver que este medio ha sustituido el debate por el escándalo, de modo que

* Catedrática Derecho penal. Universidad Jaume I Castellón.

¹ El título completo es *Protección penal de la libertad de expresión e información. Una interpretación constitucional*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2012.

alzaprimar en ese contexto la libertad de expresión y el derecho a la información produce el paradójico efecto de favorecer que se distorsione el proceso de formación de una opinión pública libre.

Lo mismo ocurre cuando la libertad de expresión es la bandera que oculta la estigmatización de las opiniones minoritarias. Esto es lo que ha ocurrido en los últimos años en las universidades catalanas, cuyos claustros y órganos de gobierno se han encargado de acallar las voces de quienes no comparten las aspiraciones nacionalistas o bien discrepan del proceso emprendido para alcanzarlas, vulnerando con ello –como les hizo saber el Defensor del Pueblo– el deber de neutralidad ideológica que cabe exigir a las instituciones públicas. Pese a esta admonición y algunas derrotas jurídicas, lo cierto es que las cosas no han variado sustancialmente y algunos colectivos de profesores y estudiantes constitucionalistas siguen teniendo que soportar comportamientos intolerables sin recibir ningún tipo de respaldo por parte de las autoridades académicas. Hace apenas unos días, *El Confidencial* daba cuenta del ataque sufrido por un grupo de estudiantes que tenían instalada una carpa para denunciar los planes de la consejera de Universidades de hacer «listas de profesores universitarios que hablan castellano o catalán». Según ese diario, unos ciento cincuenta independentistas destrozaron la carpa, arremetiendo de paso contra los jóvenes que la atendían al grito de «fuera fascistas de la Universidad» y «pim, pam, pum, que no quede ni uno»². Como ha denunciado la asociación *Universitaris per la Convivència* –cuyo Manifiesto fundacional firmó valientemente nuestra homenajeada–, al socaire de la libertad de expresión, lo que se pretende es, por tanto, imponer el pensamiento único y cercenar el debate libre de ideas en el que se asienta la democracia. Se socava, así, el fundamento justificativo de la libertad y, como dijera el maestro Vives, se utiliza como pretexto para acabar con ella³. Resulta, pues, imprescindible prevenir contra esta perversa utilización de la libertad, máxime en un momento donde sus enemigos no son sólo –ni prioritariamente– los gobiernos sino corporaciones económicas y grupos de poder de naturaleza diversa dispuestos a utilizar el sistema para imponer su ideología.

Por ello, en lo que sigue trataré de dejar clara una cuestión que en ocasiones no lo está tanto y confunde el debate acerca de la libertad de expresión. Me refiero a la necesidad de distinguir entre límites y fronteras de los derechos por cuanto sólo las conductas que están dentro de las fronteras del derecho merecen ser tuteladas. Por el contrario, cuando aquellas quedan absolutamente

² https://www.elconfidencial.com/espana/cataluna/2021-11-15/alumnos-profesores-estallan-nos-preocupa-inaccion_3324440/.

³ VIVES ANTÓN, «La libertad como pretexto», en la colectánea del mismo nombre, Valencia (Tirant lo Blanch), 1995, p. 387 ss.

fuera de los límites conceptuales del derecho hasta el punto de convertir aquél en irreconocible, la sinrazón sería otorgarle algún tipo de amparo. Agredir, amenazar, quemar contenedores u organizar botellones para apoyar o rebatir ideas no es en modo alguno libertad de expresión; es socavar la idea misma de Estado de Derecho, que es, ante todo, un problema de límites y, como dijo mi maestro, «eso que parece evidente cuando se habla del poder, es igualmente verdadero cuando se aplica a la libertad»⁴.

II. LA DOCTRINA DEL EFECTO DE DESALIENTO: CONCEPTO Y LÍMITES

1. Concepto y consecuencias dogmáticas

Como en reiteradas resoluciones a las que luego me referiré ha dicho el TC, el efecto de desaliento (o *chilling effect*) es el resultado disuasorio indirecto que sobre el ejercicio de un derecho fundamental produce la sanción penal de una conducta ilícita pero muy cercana a las que resultan amparadas por el derecho en cuestión, razón por la cual se estima que recurrir al derecho penal para sancionar esas extralimitaciones resulta desproporcionado. En otras palabras, el castigo de una conducta que, pese a su ilicitud, se desarrolla en el contexto del ejercicio de un derecho fundamental⁵ –y, por tanto, no está absolutamente fuera de sus fronteras– puede conducir al ciudadano a desistir de ejercitar legítimamente el derecho ante el temor de que su conducta, finalmente, caiga del lado de la red que separa lo lícito de lo penalmente ilícito. Así las cosas, se estima contrario a las exigencias de la prohibición de exceso utilizar la amenaza penal –en el sí y/o en el cuanto– para que, ante semejante dialéctica, el ciudadano opte por abstenerse de actuar. En suma, la proscripción del desaliento, en tanto que componente de la proporcionalidad de la reacción penal, se alza como un límite constitucional esencial que la efectividad de los derechos fundamentales impone al legislador y al aplicador del Derecho como límite que se inserta en el proceso de justificación del castigo, que en un Estado democrático obliga a excluir al derecho penal como factor de desánimo del ejercicio de derechos fundamentales.

Dos son, por tanto, los elementos claves de la doctrina del desaliento: a) la finalidad es garantizar la efectividad de los derechos fundamentales y b) su apli-

⁴ VIVES ANTÓN, «La libertad como pretexto», cit. p. 413.

⁵ El llamado discurso extremo o algunos supuestos hipótesis que *ab initio* podrían subsumirse en el tenor literal de los delitos cometidos «con ocasión» del ejercicio de derechos fundamentales y las libertades públicas previstos en el capítulo IV del Título XXI CP son ejemplos claros de ese tipo de conductas.

cación –legislativa y judicial– se proyecta sobre conductas que no son ejercicio legítimo de un derecho, sino extralimitaciones del mismo. Aún así, por su conexión con el mismo y a efectos de no desalentar su ejercicio, tanto el legislador como el juez están obligados a hacer efectiva la función primaria del desaliento como criterio de proporcionalidad que interviene en el proceso de justificación de la sanción, lo cual se resume en lo siguiente: un legislador convencido del deber positivo que todos los órganos de un Estado democrático han contraído con los derechos fundamentales debe distinguir la diferencia que existe entre el exceso en el ejercicio de un derecho y su relevancia penal, de modo que no todo exceso puede ser penado y, de serlo, es exigible que la pena respete los angostos límites que ante tales hipótesis impone la proscripción del desaliento como criterio inserto en el principio constitucional de prohibición de exceso para garantizar que la condena penal no produzca un efecto disuasor del legítimo ejercicio de los derechos fundamentales implicados en la conducta sancionada. Por su parte, a la hora de aplicar los tipos penales, la doctrina del desaliento pasa a formar parte del análisis global que debe preceder a la decisión judicial, un análisis en el que se entrelazan de modo indisoluble las exigencias de legalidad y las derivadas directamente del necesario respeto y efectividad de los derechos fundamentales. En su virtud, no basta con que el juez se ajuste al tenor literal de la ley y, por tanto, elimine de la órbita del tipo las conductas que claramente están fuera de la zona indudable de exclusión. Es, además, preciso que su interpretación no sea incompatible con el reconocimiento constitucional del derecho, lo que exige extremar las cautelas a la hora de estimar típicas conductas íntimamente relacionadas con el ejercicio del derecho fundamental o, en su defecto, recurrir a las posibilidades que el ordenamiento ofrece para sancionarlas proporcionalmente (desde la aplicación de la eximente incompleta o su análoga, pasando por la suspensión o la solicitud del indulto). Trasladar este esquema a la política criminal y a la interpretación de los delitos relacionados con el denominado discurso sería especialmente útil porque si algo es claro en relación con el tratamiento legislativo y jurisprudencial –ordinario y constitucional– que recibe el llamado «discurso extremo» es el hecho de que en demasiadas ocasiones se prescinda del juicio de proporcionalidad.

2. El contenido esencial de los derechos fundamentales y el principio de legalidad como límites a la ponderación.

La defensa del principio constitucional de proporcionalidad como límite a la intervención penal no debe, sin embargo, inducir a otros dos equívocos que son

harto frecuentes y están estrechamente vinculados por cuanto ambos se sirven de la ponderación como método de inaplicación de la Constitución y la ley ordinaria en favor de criterios personales acerca de la justicia.

El primero de tales equívocos tiene que ver con el recurso a la ponderación como procedimiento en manos del juez ordinario para decidir si una conducta pertenece o no al contenido del derecho fundamental alegado. Esto resulta poco deseable, ya que el método ponderativo como sistema de delimitación deja a los derechos en la indefinición más absoluta y conduce, a la postre, a imponer el criterio particular de cada juez concreto en una situación concreta, dejando a los derechos al albur de sus personales creencias. Es por ello que debe insistirse en subrayar que al principio de proporcionalidad –y a todas las exigencias que comporta, incluida la proscripción del desaliento– no le corresponde jugar papel alguno en el momento en que el juez penal debe decidir si la conducta por la que se siguen las actuaciones pertenece al ámbito constitucionalmente inatacable de un derecho fundamental. Dicho de manera más clara: la conducta sometida a enjuiciamiento no está dentro o fuera del núcleo intangible de un derecho fundamental en función de que el juez penal estime que su tipificación como delito y la sanción asignada se ajustan a los requerimientos de la prohibición de exceso.

El segundo equívoco que hay que deshacer concierne a la imposibilidad de aceptar la proporcionalidad contra la ley. No se trata de negar la interrelación que media entre los principios de proporcionalidad y legalidad, del que, a la postre, derivan los restantes, sino sólo de poner de manifiesto que cualquier ponderación judicial que tuerza el sentido del texto de la ley es una subversión de nuestro sistema de fuentes. Es por ello que si bien la doctrina de la proscripción del desaliento se proyecta sobre la interpretación de la ley no puede oponerse a ésta, de modo que no podría amparar la exclusión de conductas indiscutiblemente insertas en el tipo legal. En suma, frente a la ley, no cabe el artificio de recurrir a «exigencias dimanantes de la prohibición de exceso», pues hacerlo representaría un uso ilegítimo de la interpretación *secundum constitutionem*.

III. ¿QUÉ QUEDA DE LA DOCTRINA DEL EFECTO DE DESALIENTO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL?

La doctrina que nos ocupa, cuyo origen está en tres votos particulares del magistrado Vives Antón⁶, está hoy en franco declive en nuestra jurisprudencia

⁶ SSTC 78/1995, de 22 de mayo; 79/1995, de 22 de mayo y 46/1998. *Vid.* asimismo SSTC 104/1986, de 17 de julio, FJ 6; 107/1988, de 8 de junio, FJ 2; 20/1990, de 15 de febrero, FJ 2, 190/1996,

constitucional. Basta para constatarlo con examinar dos decisiones que, a mi modo de ver, representan un grave retroceso en materia de derechos fundamentales y son un ejemplo paradigmático del abandono de la misma.

La STC 190/2020, de 15 de diciembre, conoce del recurso de amparo interpuesto por el condenado –y apoyado por el Ministerio Fiscal– contra la condena por un delito de ultrajes a España del artículo 543 CP a la pena de siete meses de multa con una cuota diaria de seis euros, con la responsabilidad personal subsidiaria, en caso de impago, prevista en el artículo 53 CP.

Los hechos, sucintamente expuestos son los siguientes:

Durante la ceremonia solemne de izado de la bandera nacional [...], el recurrente, que participaba en una concentración de protesta por motivos laborales, valiéndose de un megáfono y, según refiere la sentencia, «con intención de menospreciarla», gritó: «aquí tedes o silencio da puta bandeira» y «hai que prenderlle lume a puta bandeira» (esto es, en castellano, «aquí tenéis el silencio de la puta bandera» y «hay que prenderle fuego a la puta bandera»).

El recurrente era una de las personas de la empresa encargada del servicio de limpieza de las instalaciones militares que se encontraban en huelga por el impago de sus salarios, razón por la cual, se venían concentrando todos los días, frente a la fachada principal del arsenal militar de Ferrol, [...] para llamar la atención de los viandantes.

El demandante invocó de forma conjunta sus derechos a la libertad ideológica (art. 16.1 CE) y a la libertad de expresión [art. 20.1.a CE], pero el TC desestimó el amparo por entender que no existió ni ejercicio legítimo de las libertades invocadas, ni siquiera una extralimitación que situase la conducta en el ámbito de los derechos en cuestión. Es decir, el TC no desconoce su propia doctrina, según la cual no basta con constatar que la conducta no es ejercicio legítimo del derecho alegado, sino que, como dice en el FJ 5, hay que enjuiciar si la limitación implica un sacrificio desproporcionado e innecesario de los derechos fundamentales en juego. Pese a tan atinada consideración, la cuestión la resuelve, sin embargo, aplicando los mismos criterios que le habían servido para excluir que la conducta perteneciese al núcleo induda-

de 25 de noviembre, FJ 3.a), 110/2000, de 5 mayo, FJ 5 y 6; 127/2004, de 19 de julio, FJ 4 (en materia de libertad de expresión); STC 37/1998, de 17 de febrero, en materia de derecho de huelga y libertad sindical, entre otras muchas. Y, por supuesto, la trascendental STC 136/1999, de 20 de julio, que fue la que puso la doctrina del *chilling effect* en el centro del debate doctrinal generando una polémica hasta entonces inexistente. Como es sabido, dicha sentencia estimó que la pena mínima de seis años prevista en el Código penal para el delito de colaboración con banda armada por el que fueron condenados los demandantes era desproporcionada y, en su virtud, declaró la nulidad de la sentencia condenatoria pese a compartir con el tribunal de instancia que la conducta no era ejercicio de un derecho fundamental.

ble de exclusión del artículo 20 en su conexión con el artículo 16, pues, en ese mismo fundamento se ventila la cuestión diciendo que

«En el caso de autos, lo que hizo el recurrente fue invocar de forma retórica el ejercicio de aquellos derechos para pretender justificar su conducta materializada en las expresiones proferidas contra la bandera de España. Tales expresiones [...] resultaban innecesarios y, además, habían sido proferidos, al margen del contexto y sin vinculación alguna al objetivo legítimo de formular unas reivindicaciones laborales, provocando, incluso, sentimientos de rechazo por parte de algunas de las personas que secundaban la protesta. Finalmente, tampoco el recurrente, en su demanda de amparo, ha explicado cuál era el objetivo que perseguía al utilizar los términos empleados y cuál la eventual relación de las frases pronunciadas con las reivindicaciones laborales que ha alegado defender. En consecuencia, ni siquiera es posible apreciar una extralimitación en el ejercicio de la libertad de expresión [...]»

Resuelto lo anterior, el TC procede a analizar si la respuesta penal prevista en el artículo 543 CP resulta proporcionada a la entidad de la conducta, concluyendo que sí lo era, habida cuenta de que la pena era de multa, fue la mínima legalmente prevista y la cuota diaria fue abonada y ello evitaba la prisión sustitutoria prevista para casos de impago.

A mi modesto entender, la resolución comentada es un ejemplo mayúsculo de ausencia de finura jurídica y pobre argumentación. De un lado, porque la crucial cuestión de si la conducta se desarrolla dentro de los márgenes del derecho a la libertad de expresión reconocido en el artículo 20.1.a) CE, en conexión con el derecho a la libertad ideológica (art. 16.1 CE) se aborda sin conceder *de facto* la debida relevancia al hecho de que la conducta expresiva tuviera lugar en el contexto de una reivindicación laboral y sin violencia. Podemos discutir si está en lo cierto la mayoría o la minoría⁷ al excluir o incluir, respectivamente, los hechos en el *legítimo* ejercicio de la libertad de expresión. Pero afirmar que la sanción penal de esa conducta es una medida necesaria y proporcionada en una sociedad democrática hubiera exigido del juez de instancia, pero, singularmente, del TC un esfuerzo argumental que ninguno hizo.

Este es uno de los casos en los que el juez ordinario puede y debe servirse del principio de proporcionalidad para, sin apartarse de la ley, conceder a ésta un ámbito compatible con el reconocimiento constitucional de los derechos afectados por una conducta que, aún sin ser ejercicio legítimo de los mismos, se relaciona con ellos Pero ya que el juez de instancia no lo hizo,

⁷ Formularon votos particulares discrepantes el magistrado Ollero (ponente original de la causa), Xiol, Conde-Pumpido y las magistradas Balaguer y Roca.

ese era el control que se esperaba del TC, ya que, como reiteradamente ha dicho ese mismo tribunal,

«[...] el control que a este tribunal corresponde realizar no ha de ser un mero juicio externo, [...], sino que hemos de aplicar a los hechos declarados probados por estas, siempre dentro de los límites que impone el art. 44.1.b) LOTC, las exigencias dimanantes de la Constitución, para determinar si, al enjuiciarlos, han sido o no respetados esos derechos fundamentales...»

Así lo reconoce la propia sentencia en su fundamento jurídico cuarto pero es obvio que se trata de una proclamación vacía, que, de haber sido verdaderamente considerada, hubiera llevado al TC a no prescindir del juicio de proporcionalidad. O mejor: a no limitar ese juicio al *quantum* de la pena, omitiendo el paso previo, que es el de enjuiciar si aplicar la norma penal al caso es compatible con la efectividad de los derechos fundamentales afectados, esto es, si es constitucionalmente legítimo.

La STC 133/2021, de 24 junio, conoce del recurso de amparo presentado por varios condenados en el caso mediáticamente conocido como «asalto al Parlamento de Cataluña», en el que se acusaba, entre otros, por un delito contra las altas instituciones del Estado (art. 498). La sentencia de instancia 31/2014, de 7 de julio⁸, de la sección primera de la Audiencia Nacional absolvió a los acusados y en su argumentación trajo a colación la proscripción del desaliento (FJ 2.1.2).

La sentencia fue anulada en casación y los acusados fueron condenados como autores del delito previsto en el artículo 498, a la pena de tres años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena⁹. El TS no entró a analizar la llamada «doctrina del desaliento» y se limitó a aplicar su conocida teoría de la ponderación, de la que en este caso salió triunfante –podría haber sido a la inversa– el derecho constitucional de participación política a través de los legítimos representantes que supuestamente habrían vulnerado los acusados¹⁰.

Como en otro lugar dijimos García Amado y yo misma¹¹, tenía razón el TS cuando concluía afirmando que «los hechos declarados probados no pueden ser

⁸ Ponente: Ramón Sáez Valcárcel.

⁹ STS 161/2015, de 17 de marzo (Pte Manuel Marchena y voto particular de Perfecto Andrés).

¹⁰ FJ b5 C).

¹¹ CUERDA ANRAU, y GARCÍA AMADO, *Protección jurídica del orden público, la paz pública y la seguridad ciudadana*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2016. P. 14; *vid.* en esa misma obra el trabajo en solitario de García Amado «Sobre ponderaciones y penas. A propósito de la STS 161/2015, en el caso del asedio al Parlamento de Cataluña», p. 193 ss.; en la misma monografía, *vid.* asimismo, PAREDES CASTAÑÓN, «Caso Aturem el Parlament: una cuestión de atipicidad, no (solo) de ponderación», pp. 171 y ss.

amparados en la causa de justificación prevista en el artículo 20.7 del CP –ejercicio legítimo de un derecho». En efecto, de resultar amparados en ella, hubiera sido innecesario recurrir a la «doctrina del desaliento» en los términos en los que lo hizo la Audiencia pues, como dijimos, la referida doctrina nada tiene que aportar a los casos en que, como consideró la Audiencia, estamos ante el ejercicio legítimo de un derecho fundamental (*Vid.* especialmente FJ. 2.1.3). Pese a ese defecto metodológico, la de instancia es mejor sentencia que la de casación porque adopta la única perspectiva de análisis constitucionalmente admisible, esto es, la que obliga a interpretar y aplicar los tipos penales de la manera más efectiva al ejercicio de los derechos fundamentales. Por el contrario, La STS 161/2015, de 17 de marzo, condenó por hechos ajenos, vulneró la presunción de inocencia e interpretó la ley al margen de lo que se deriva de una recta aplicación de los principios de legalidad y proporcionalidad. Y, en cuanto a este último principio, volvió a desconsiderarlo al informar desfavorablemente –con voto discrepante de Perfecto Andrés– la solicitud de indulto. La gravedad de las conductas ya había sido tomada en consideración para condenar y, por las razones que bien se exponen en el voto referido, existían razones vinculadas al referido principio para informar favorablemente, al menos, a la solicitud de indulto de un tercio de la pena, lo que ya permitía decretar la suspensión.

Veamos la cuestión con algo más de detenimiento, comenzando por conocer los hechos por los que fueron condenados los demandantes de amparo. Los resume el FJ 5 b) de la propia STC 133/2021; a saber:

«(i) Don Francisco se interpuso con los brazos en cruz ante dos parlamentarios que habían sido antes increpados por un centenar de manifestantes cuando caminaban por la vía pública hacia el Parlament y, a continuación, siguió a otro parlamentario con las manos alzadas, gritando las consignas de la manifestación; mientras que doña Ángela, siguió al mismo parlamentario con las manos en alto, moviéndolas, y coreando las consignas de la manifestación.

(ii) A don Jordi se le imputa haberse confrontado personalmente con dos diputados pidiendo en voz alta a otros manifestantes, que ya les habían increpado, que no les dejaran pasar al recinto donde se ubica el Parlament, desplegando al tiempo una pancarta, lo que provocó que los diputados pidieran la protección de los agentes de policía para acceder al recinto donde se encuentra situado el Parlament.

(iii) Don Rubén y don Carlos se encontraban en un grupo de manifestantes que, cuando un diputado se encaminaba al Parlament por la única vía practicable, le recriminaron las políticas de gastos público recogidas en los presupuestos y le dijeron que, apoyándolas, a ellos no les representaba; ante el nutrido grupo de manifestantes, cinco agentes antidisturbios de la policía acompañaron al parlamentario que, con tal apoyo, superó a los manifestantes y accedió al Parlament.»

Dejaremos aquí de lado cuestiones tan trascendentes como los límites a la revocación de sentencias absolutorias, así como los defectos de legalidad alegados, para centrarnos en el problema de la desproporcionalidad de la reacción, pues esos hechos, no se olvide, motivaron una condena a tres años de prisión. Nuevamente, el TC renuncia *in totum* al control de proporcionalidad y ni se plantea abordar la cuestión desde la perspectiva del desaliento, toda vez que, a juicio de la mayoría, la conducta queda absolutamente extramuros de los derechos de reunión y manifestación. Con ello, el TC zanja *a limine* el debate y elude entrar en el fondo de lo objetado por los demandantes.

Al igual que en el recurso analizado en la STC 190/2020, el Ministerio Fiscal apoyó la estimación del recurso –lo que ya habla por sí mismo– y la minoría formuló votos particulares, de los cuales interesa ahora rescatar las buenas razones que en ellos se contienen a favor de estimar que la condena fue innecesaria y desproporcionada.

Tal es el caso del voto conjunto de Juan Antonio Xiol y M.^a Luisa Balaguer, quienes, para empezar, no comparten el que estemos ante conductas que queden extramuros de las fronteras de los derechos afectados y defienden que se trata de conductas desarrolladas en el contexto y en íntima vinculación con el ámbito material de protección del derecho de reunión. Tal apreciación no convierte a las mismas en ejercicio legítimo del derecho pero sí obligaba al Tribunal a considerar su tradicional doctrina sobre el desaliento. Máxime en un caso en que los demandantes fueron condenados a tres años de prisión por su participación actos cuya levedad ponen de relieve los firmantes de este voto.

Más taxativo si cabe es el voto que formula Conde-Pumpido Ferreiro, en tanto que este magistrado niega al mayor: la tipicidad de la conducta, considerando, en la línea del Ministerio Fiscal y de lo que en su voto particular a la STS hiciera el magistrado Perfecto Andrés, que el TS había realizado una interpretación extensiva del tipo al incluir en el mismo actos tan leves (FJ 2).

A mayor abundamiento, el magistrado discrepante expone las razones por las cuales, aunque no se aceptase el reparo de legalidad, debió haberse otorgado el amparo porque, su juicio, la pena de tres años es años es desproporcionada en atención a las conductas que protagonizaron y al contexto de protesta política en que se desarrollaron, razón por la cual estima que

«... por la severidad de la pena impuesta a los demandantes, no puede excluirse un efecto desalentador sobre futuros actos de protesta política» (FJ 3).

Conde-Pumpido disiente –como García Amado y yo misma– de la sentencia de instancia en el hecho de que estemos ante conductas que representan un ejercicio legítimo de los derechos fundamentales implicados. Sin embargo,

reconoce que estamos en el ámbito del derecho, del que representan una extralimitación pero que, como ya sabemos, no es un ámbito exento. De ahí que reproche el que la sentencia de la mayoría no tome en consideración este extremo, pudiendo haberlo hecho recurriendo a la eximente incompleta de ejercicio de un derecho.

Como se observa, en toda la argumentación de Conde-Pumpido late claramente cuanto aquí se ha dicho acerca de las repercusiones dogmáticas que tiene el efecto de desaliento como componente de la proporcionalidad de la sanción. En primer término, en el plano de la subsunción típica y, en su defecto, a la hora de determinar la pena aplicable. El efecto de desaliento como elemento que requiere una justificación adicional de la intervención penal, obligaba al juez a hacer una interpretación del tipo tan angosta como el principio de legalidad le permitía y el de proporcionalidad requería, excluyendo de su ámbito los casos de conductas levemente ofensivas que se despliegan en el marco de la protesta política. No fue eso lo que el TS hizo y, de ahí, que la subsunción realizada fuera atacable tanto desde la perspectiva de la legalidad como desde la exigencia de necesidad inherente a la prohibición de exceso. Con todo, los reparos se extienden al momento de determinación de la sanción aplicable, una decisión, como vimos, que no puede prescindir de las exigencias de la proporcionalidad, exasperadas precisamente en casos de conductas relacionadas con el ejercicio de derechos fundamentales, lo que debió llevar al juzgador a explorar cuantos recursos pone en su mano la ley para ajustar la reacción a la gravedad de la ofensa.

IV. CONCLUSIONES

Ni el legislador al redactar la ley, ni el juez al aplicarla pueden desconocer los derechos fundamentales reconocidos en el texto constitucional. Frente al legislador se alza el contenido esencial de esos derechos como límite intangible. Ante el juez, el derecho fundamental se afirma íntegramente y, por consiguiente, le impide ignorar la delimitación constitucional que de tales libertades ha venido realizando el Tribunal Constitucional en su tarea de máximo intérprete de la Constitución.

Sentada, pues, la obligación de respetar la definición constitucional del derecho, queda decir que lo anterior no basta. Así es por cuanto la lesión de las libertades también puede producirse cuando se sancionan desproporcionadamente conductas que se relacionan con el ejercicio del derecho fundamental afectado por la limitación, desconociendo con ello la diferencia que existe entre el exceso en el ejercicio de un derecho y la relevancia penal –en el sí

o en el cuánto— del exceso. Por lo que al legislador afecta, eso sucede, de un lado, si se recurre a la sanción penal ante conductas levemente ofensivas y muy cercanas al legítimo ejercicio de un derecho fundamental y, de otro, si decide sancionarlas con penas excesivamente severas. Lo mismo ocurre cuando se interpretan y aplican esos mismos tipos desconociendo las exigencias de la prohibición de exceso, olvidando que las exigencias derivadas del principio de legalidad devienen aún más reforzadas en estos casos por su conexión con el derecho fundamental y que, por lo mismo, se robustece la proyección de la proporcionalidad en la determinación de la pena. Frente a todo ello, se alza la proscripción del desaliento, en tanto que componente de la proporcionalidad de la reacción, como un límite constitucional esencial que se impone, no sólo a la actividad judicial, sino también a la actividad legislativa, límite que se inserta en el proceso de justificación del castigo, que en un Estado democrático obliga a excluir al derecho penal como factor de desánimo del ejercicio de derechos fundamentales.

Lo anterior no discute que el principio de división de poderes exige, de un lado, reconocer al legislador el amplio margen que su posición constitucional le otorga a la hora de diseñar la política criminal y, de otro, obliga al juez a aplicar la norma sin discutir la oportunidad de la misma. Ahora bien, ni lo uno ni lo otro exonera al TC de realizar un control de constitucionalidad que merezca tal nombre. Como ha dicho Demetrio Castro, lo anterior no significa «que el control constitucional de las leyes deba ser deferente [...] sino que debe tratarse [...] de un control constitucional a secas, o, si se prefiere, de uno que efectivamente sea tal [...]»¹².

¹² DEMETRIO CRESPO, «Constitución y sanción penal», en *El Derecho penal del Estado de Derecho entre el espíritu de nuestro tiempo y la Constitución*, ed. Reus, Madrid, 2020, p. 114.

SEDACIONES PALIATIVAS Y RESPONSABILIDAD PENAL

EDUARDO DEMETRIO CRESPO *

I. CONCEPTO DE SEDACIONES PALIATIVAS

1. Definición y tipos

La *Declaración Atención médica al final de la vida: conceptos y definiciones* de la Organización Médica Colegial (OMC) y la Sociedad española de cuidados paliativos (SECPAL), refrendada por la Asamblea General de la Corporación Médica el 15 de septiembre de 2015 incorpora la siguiente definición: «Es la disminución deliberada de la consciencia del enfermo, una vez obtenido el oportuno consentimiento, mediante la administración de los fármacos indicados y a las dosis proporcionadas, con el objetivo de evitar un sufrimiento insostenible causado por uno o más síntomas refractarios. Cuando el enfermo se encuentra en sus últimos días u horas de vida, se habla de sedación en la agonía»¹.

* Catedrático de Derecho penal. Universidad de Castilla-La Mancha (Toledo). Texto con actualizaciones correspondiente a las ponencias «Palliative Sedierung und indirekte Sterbehilfe im spanischen Strafrecht» y «Palliative Sedierung und strafrechtliche Verantwortlichkeit», presentadas en *Workshop «Indikation» –Projekt Sedierung in der spezialisierten Palliativversorgung*, Ludwig-Maximilian Universität München (Múnich, 20 de noviembre de 2018) y *4th International Medical Law Congress– Dokuz Eylul University and Medical Law Academy International Medical Law Congress* (Estambul, 8 de enero de 2021) respectivamente. Dedicado con la máxima consideración personal y científica a la Prof.^a Dr.^a Mirentxu Corcoy Bidasolo, con quien he tenido la fortuna de cooperar, siempre con resultados muy fructíferos, en el marco de diferentes proyectos de investigación a lo largo de los últimos años. Este trabajo se incardina en el Proyecto RTI2018-097838 B-100 financiado por MCIN/ AEI /10.13039/501100011033/ y por FEDER Una manera de hacer Euroa [<https://blog.uclm.es/proyectedpch/>].

¹ Vid. GÓMEZ SANCHO, M. *et al.*, «Atención médica al final de la vida: conceptos y definiciones», en *Conceptos y definiciones Atención Médica Final Vida 2015*, Madrid (Organización Médica Colegial

Se distingue entre *sedación paliativa*, que consiste en administrar fármacos con el fin de reducir la conciencia y aliviar el dolor, y *sedación agónica o terminal*, que se diferencia de la anterior por cuanto la disminución de la conciencia es irreversible. Esta última se aplica en casos de pacientes cuya muerte se prevé muy próxima y no existe otra forma de aliviar el sufrimiento físico o psicológico². Las sedaciones pueden ir acompañadas de la retirada de alimentación e hidratación, pero se trata en realidad de actuaciones distintas con diferentes implicaciones éticas y legales³.

Por tanto, desde la *perspectiva médica*, se trata pues de un tratamiento útil aprobado por la comunidad científica que encuentra apoyo en el respeto a la dignidad personal y la idea de evitar el llamado «encarnizamiento terapéutico»; de modo que, si se ha obtenido el consentimiento informado, forma parte de la *lex artis*⁴. Ahora bien, la doctrina especializada advierte de que tiene un ámbito estricto de indicación médica, el de los síntomas refractarios, que exige que previamente se agoten las terapias convencionales, pues de lo contrario su práctica puede dar lugar a abusos y derivar en una suerte de eutanasia encubierta⁵.

2. Perspectiva legal

a. REQUISITOS

Desde la *perspectiva legal*, deben observarse los principios básicos que rigen la actuación médica según el artículo 2 de la *Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y*

de España), 2015, p. 13; ORGANIZACIÓN MÉDICA COLEGIAL (OMC), y SOCIEDAD ESPAÑOLA DE CUIDADOS PALIATIVOS (SECPAL), *Guía de sedación paliativa*, Madrid (Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos), 2012, pp. 2-3, donde se distingue entre *sedación paliativa* (definida como «la disminución deliberada del nivel de conciencia del enfermo mediante la administración de los fármacos apropiados con el objetivo de evitar un sufrimiento intenso causado por uno o más síntomas refractarios») y la *sedación paliativa en la agonía* (definida como «la sedación paliativa que se utiliza cuando el enfermo se encuentra en sus últimos días u horas de vida para aliviar un sufrimiento intenso»).

² SEUBA TORREBLANCA, J. C., «Consentimiento informado en sedaciones», *InDret*, 2005, p. 2; CASAS MARTÍNEZ, M.^a L., y MORA MAGAÑA, I., «La sedación paliativa acorta la vida de los pacientes», *Persona y Bioética*, 2017, p. 207.

³ BARRIOS FLORES, L. F., «La sedación terminal», *DS*, vol. 13, núm. 2, 2005, p. 160.

⁴ SEUBA TORREBLANCA, J. C., *InDret*, 2005, pp. 2-3.

⁵ CASAS MARTÍNEZ, M.^a L., y MORA MAGAÑA, I., *Persona y Bioética*, 2017, p. 208; RAZZANO, G., «Sedazione palliativa profonda continua nell'imminenza della morte o sedazione profonda e continua fino alla morte. La differenza tra un trattamento sanitario e un reato. Il pare del CNB, la legge francese e le proposte di legge all'esame della Camera dei deputati», *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, núm. 3/2016, pp. 141 ss.

obligaciones en materia de información y documentación clínica. Cabe destacar lo dicho en los apartados 1 («la dignidad de la persona, el respeto a la autonomía de su voluntad y a su intimidad orientarán toda la actividad encaminada a obtener, utilizar, archivar, custodiar y transmitir la información y la documentación clínica») y 2 («toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes o usuarios»).

En este contexto, la opinión mayoritaria defiende que la sedación terminal no produce responsabilidad penal y tampoco comporta responsabilidad civil o administrativa siempre que se haya aplicado correctamente, exigiéndose que el médico haya observado el cuidado debido y seguido la *lex artis*⁶. Muy distinta sería la situación si se llevara a cabo sin consentimiento, en cuyo caso, a falta de un tipo específico, se acude al delito de coacciones (delito contra la libertad) o alternativamente al delito de trato inhumano o degradante (delito contra la integridad moral)⁷.

b. ¿RESPONSABILIDAD POR OMISIÓN?

Por otro lado, dándose estos requisitos, también cabe preguntarse por las consecuencias legales de la no práctica de la sedación paliativa (o terminal) cuando existe la petición del paciente de recibir dicho tratamiento. En este sentido, se ha formulado la idea de que en estos casos, se estarían infligiendo tratos inhumanos, de modo que incluso podrían derivarse consecuencias de naturaleza penal tales como la aplicación del tipo de denegación de asistencia sanitaria previsto en el artículo 196 CP (delito omisivo de resultado específicamente tipificado, en el que el sujeto activo ostenta una posición de garante⁸) en concurso, en su caso, con un delito de lesiones del artículo 147 CP en comisión por omisión, quedando aquél absorbido por este último⁹.

⁶ BARRIOS FLORES, L. F., *DS*, 2005, p. 166.

⁷ BARRIOS FLORES, L. F., *DS*, 2005, pp. 167 ss.

⁸ DEMETRIO CRESPO, E., «Lección 8. El tipo omisivo», en Demetrio Crespo, E. (Coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal*, Madrid (Iustel), 2015, p. 178.

⁹ BARRIOS FLORES, L. F., *DS*, 2005, pp. 170 ss.

II. EUTANASIA Y SUICIDIO (MÉDICAMENTE) ASISTIDO

1. Definición y tipos

La primera diferencia debe establecerse respecto a la *eutanasia (activa) directa*, siendo esta entendida de modo general como «matar deliberadamente a una persona por benevolencia»¹⁰. En la Declaración antes mencionada se define como «la provocación intencionada de la muerte de una persona que padece una enfermedad avanzada o terminal, a petición expresa de ésta, y en un contexto médico»¹¹. En segundo lugar, la *eutanasia indirecta* busca de manera inmediata aliviar los dolores del enfermo terminal, p. ej., mediante la administración de calmantes, aun cuando ello conduzca a la anticipación de la muerte. Por último, la *eutanasia pasiva* consiste en una conducta omisiva como p. ej. dejar de aplicar un tratamiento determinado¹².

Por otro lado, el *suicidio médicamente asistido* y la eutanasia son formas diferentes de poner fin a la vida en determinadas circunstancias¹³. Cuando quien realiza la acción es la propia persona con ayuda médica, habría que hablar de suicidio médicamente asistido, mientras que cuando es el médico quien causa directamente la muerte del paciente a petición de este, estaríamos en el ámbito de la eutanasia. Se ha planteado, a su vez, la *conexión entre suicidio asistido y sedación paliativa*, en el sentido de que en el ámbito estadounidense el aumento de peticiones de suicidio asistido se atribuye de manera principal a la falta de una adecuada atención paliativa¹⁴.

2. Regulación penal del suicidio y la eutanasia

a. ACTUACIONES A SOLICITUD DEL PACIENTE

i. *Ámbito típico y penalidad*

Como es sabido, solo la primera modalidad mencionada más arriba (activa y directa) es punible, si bien con notable reducción de la pena (en uno o dos

¹⁰ BARRIOS FLORES, L. F., *DS*, 2005, p. 157.

¹¹ GÓMEZ SANCHO, M., 2015, p. 5.

¹² *Vid.*, por todos, NÚÑEZ PAZ, M. A., *Homicidio consentido, eutanasia y derecho a morir con dignidad*, Madrid (Tecnos), 1999, pp. 31 ss., 187 ss.; *id.*, *La buena muerte. El derecho a morir con dignidad*, Madrid (Tecnos), 2006, pp. 94 ss.

¹³ ROYES, A., «La eutanasia y el suicidio médicamente asistido», *Psicooncología*, vol. 5, núm. 2-3, 2008, p. 323.

¹⁴ BARRIOS FLORES, L. F., *DS*, 2005, p. 159.

grados) respecto a la *cooperación necesaria* (art. 143.2 CP: 2-5 años) o bien la *cooperación ejecutiva al suicidio* (143.3: 6-10 años) de acuerdo con lo previsto en el artículo 143.4 del Código Penal Español, que contempla además la inducción al suicidio (143.1: 4-8 años)¹⁵.

Los requisitos que definen la eutanasia, en los que se basa el legislador para la mencionada reducción de pena son, de acuerdo a la normativa vigente tras la entrada en vigor de la *LO 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia* (LORE), que la causación o cooperación lo sea «activamente con actos necesarios y directos a la muerte de una persona que sufriera un padecimiento grave, crónico e imposibilitante o una enfermedad grave e incurable, con sufrimientos físicos o psíquicos constantes e insoportables, por la petición expresa, seria e inequívoca de esta» (at. 143.4 CP). Junto con esto, se introduce un nuevo apartado (143.5 CP) en el que se despenaliza parcialmente la eutanasia en los siguientes términos: «No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, no incurrirá en responsabilidad penal quien causare o cooperare activamente a la muerte de otra persona cumpliendo lo establecido en la ley orgánica reguladora de la eutanasia»¹⁶.

En el Preámbulo de la LORE se aclara que se la legalización de la eutanasia pretende compatibilizar, por un lado, los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física y moral, y por otro, bienes constitucionalmente protegidos tan importantes como la dignidad, la libertad o la autonomía de la voluntad. Se especifica expresamente lo siguiente: «No basta simplemente con despenalizar las conductas que impliquen alguna forma de ayuda a la muerte de otra persona, aun cuando se produzca por expreso deseo de esta. Tal modificación legal dejaría a las personas desprotegidas respecto de su derecho a la vida que nuestro marco constitucional exige proteger».

Por lo tanto, nuestro legislador no ha optado por despenalizar la eutanasia sin más, sino que, dado que el artículo 143.3 CP sigue vigente, se procede más bien a regular la muerte asistida «en determinados supuestos, definidos claramente, y sujetos a garantías suficientes que salvaguarden la absoluta libertad

¹⁵ CORCOY BIDASOLO, M., y RAMÍREZ MARTÍN, G., «III. Inducción y auxilio al suicidio. Eutanasia (Art. 143)», Corcoy Bidasolo, M. (Dir.), *Manual de Derecho Penal. Parte Especial, Tomo 1*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2019, pp. 62 ss.

¹⁶ Vid.: MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, 23.^a ed. con la colaboración de Carmen López Peregrín, Valencia (Tirant lo Blanch), 2021, p. 81, que entiende que, en todo caso, para excluir la justificación y recurrir sólo a la atenuación de la pena no es suficiente con que falte cualquier requisito, por nimio que sea, del procedimiento establecido, puesto que en este caso bastaría con acudir al régimen administrativo sancionador al que se remite la Disposición Adicional Segunda de la LORE, sino que «el ámbito de aplicación de la atenuación debería reservarse exclusivamente para los supuestos en que el sujeto decide recabar la ayuda a su suicidio completamente al margen del sistema legal o para los casos en que se han incumplido requisitos esenciales del procedimiento regulado».

de la decisión, descartando presión externa de cualquier índole», propósito que merece de entrada una valoración positiva, sin perjuicio de la enorme complejidad del tema tanto en el plano de la Filosofía y la Teoría jurídica¹⁷, como en el del Derecho constitucional¹⁸ y el propio Derecho penal¹⁹.

De hecho, la regulación hasta ahora vigente ha dado lugar a la no infundada crítica de que «resulta del todo incoherente, y hasta trágicamente

¹⁷ Vid.: ALBERT, M., «Eutanasia: de delito a derecho», *Bajo Palabra. II Época*, núm. 24, 2020, pp. 251 y 264-265, cuestionando el «salto» entre lo permitido y lo exigible; SÁDABA, J., «La eutanasia en la vida humana y en España», *Teoría & Derecho*, núm. 29, 2021, pp. 16 ss.

¹⁸ Vid.: ARRUEGO, G., «Las coordenadas de la Ley Orgánica de Regulación de la eutanasia», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 122, 2021, pp. 85 ss., para quien «la legalización de la muerte asistida es difícilmente cuestionable desde la óptica constitucional *per se*, sin que pueda oponerse a su regulación una confrontación esencial con el derecho a la vida» (p. 112). Este autor se refiere a la «regulación de la muerte asistida», sugiriendo, en consonancia con este enfoque, que hubiera sido más ajustada a su verdadero contenido la denominación de *Ley Orgánica de regulación de la muerte médicamente asistida* (p. 87, nota 2); CHAN, B., y SOMERVILLE, M., «Converting the “right to life” to be “right to physician-assisted suicide and euthanasia”: An Analysis of Carter v. Canada (Attorney General), Supreme Court of Canada», *Medical Law Review*, vol. 24 (2), 2016, pp. 143 ss.; PRESNO LINERA, M. A., «La eutanasia como Derecho Fundamental», *Teoría & Derecho*, núm. 29, 2021, pp. 24 ss., quien considera que «el derecho fundamental a la integridad física y moral garantizado en el artículo 15 CE comprende no solo la facultad de exigir el deber de abstención por parte de los poderes públicos o de terceros en relación con una persona que no quiere que le ayuden a seguir viviendo, sino también la exigencia de comportamientos positivos por parte de los poderes públicos (p. 39).

¹⁹ Vid., entre otras referencias, BRAGE CENDÁN, S. B., «La eutanasia y el suicidio asistido: Una inminente despenalización en España», en Abel Souto, M. *et al.* (Coord.), *Estudios Penales en Homenaje al Profesor José Manuel Lorenzo Salgado*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2021, pp. 245 ss.; CARBONELL MATEU, J. C., «El castigo de la ayuda al suicidio es inconstitucional», *Revista Derecho a Morir Dignamente*, núm. 82, 2020, pp. 10 ss. (y los demás artículos, todos de lectura imprescindible, que contiene este número); *Id.*, «LORE: una ley emanada de la dignidad», en Moreno-Torres Herrera, M.^a R. *et al.* (Coord.), *El Derecho penal ante el siglo XXI. Liber Amicorum en Honor al Profesor José Miguel Zugaldía Espinar*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2021, pp. 671 ss. [*Id.*: «Ley de la eutanasia: Una ley emanada de la dignidad», *Teoría & Derecho*, núm. 29, 2021, pp. 46 ss.], quien pone el acento asimismo en que no se trata (solo) de una norma despenalizadora, sino que «contiene un procedimiento del reconocimiento de un derecho fundamental a la eutanasia, que no es lo mismo que el absurdamente pretendido “derecho a morir” –derecho que implicaría una valoración positiva de la muerte y, por consiguiente, negativa de la vida– que carecería de sentido [...]. No es a morir a lo que se tiene “derecho”, sino a elegir en la medida de lo posible el momento y la forma en que dejamos de vivir» (p. 684); COCA VILA, I., «El derecho a un suicidio médicamente asistido frente a la prohibición de su fomento como actividad recurrente (§ 217 StGB). Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán 26 de febrero de 2020», *InDret* 4/2020, pp. 501 ss.; NÚÑEZ PAZ, M. A., «De la despenalización relativa de la eutanasia y sus carencias», en Abel Souto, M. *et al.* (Coord.), *Estudios Penales en Homenaje al Profesor José Manuel Lorenzo Salgado*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2021, pp. 1069 ss., quien considera que «si es un familiar o un tercero (amigo, etc.) quien ejecuta la muerte ante las constantes solicitudes de un sujeto que no se ve capaz de seguir soportando más sufrimiento físico o psíquico, éste podría llegar a ser castigado en un futuro (ya vaciada de contenido la extrema reducción del artículo 143.4 vigente) a las sanciones penales de hasta diez años de pena privativa de libertad que establece para estos supuestos el artículo 143.3 del Código penal pues se encuadrará en los supuestos de homicidio consentido (que la ley llama impropia cooperación ejecutiva), cuando la “cooperación haya llegado hasta el punto de ejecutar la muerte de otro” previéndose una pena que se eleva, como mínimo, a los seis años de prisión» (p. 1083).

paradójico, que un paciente pueda solicitar, por ejemplo, la desconexión del aparato de ventilación mecánica que le mantiene en vida tras una «petición expresa, seria e inequívoca de éste» [...] y que eso mismo no valga para una petición de eutanasia o SMA»²⁰; lo que, lógicamente, no es óbice para tener que distinguir cuidadosamente entre los diferentes supuestos de interrupción del tratamiento²¹.

Las penas previstas mínimas van desde los seis meses a un año de prisión para la cooperación necesaria hasta un año y medio a tres para la cooperación ejecutiva, si bien podrían llegar a ser inferiores si se aplican circunstancias atenuantes como obrar por causas o estímulos muy poderosos (21.3.º) o la analógica (21.7.ª), lo que según el artículo 66.1 CP haría que se aplicaran en su mitad inferior o, si se considerara como muy cualificada, llevar a una nueva reducción en 1 o 2 grados. En este caso, según el artículo 71.2.º CP correspondería aplicar una pena de multa, trabajos en beneficio de la comunidad o localización permanente.

ii. *Requisitos «activa» y «directa»*

Mirentxu Corcoy, que se ha ocupado con brillantez de problemas limítrofes entre Derecho penal y Bioética, planteó oportunamente la duda de si el artículo 143.4 CP castiga realmente los «actos de cooperación activa» como tal o bien solo los de la *causación de la muerte por terceros*, sin que la Jurisprudencia resulte de mucha ayuda en este punto²². Al mismo tiempo, ha señalado que la exigencia de que dicha cooperación deba ser directa obedece a los problemas político-criminales que suscita la prueba de la existencia de un consentimiento válidamente emitido y que el término «directa» debe interpretarse, como en el ámbito de la tentativa, en el sentido de que no falten pasos intermedios entre la intervención del tercero y la producción de la muerte²³.

²⁰ ROYES, A., *Psicooncología*, 2008, p. 328.

²¹ *Vid.*, entre otras referencias, HÖRR, C., *Passive Sterbehilfe und betreuungsgerichtliche Kontrolle. Die Strafbarkeit von Arzt und Betreuer beim Behandlungsabbruch an einwilligungsunfähigen Patienten*, Baden-Baden (Nomos), 2011; KAMPMANN, T., *Die Pönalisierung der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung-eine kritische Analyse. Zugleich ein Reformvorschlag zur Normierung ärztlicher Suizidassistenz*, Baden-Baden (Nomos), 2017; MERKEL, G., *Behandlungsabbruch und Lebensschutz*, Baden-Baden (Nomos), 2020, pp. 225 ss.

²² CORCOY BIDASOLO, M., «Protección jurídica en el principio y en el fin de la vida», en M.ª L.ª Maqueda Abreu *et al.* (Coord.), *Derecho penal para un Estado social y democrático de Derecho. Estudios penales en homenaje al profesor Emilio Octavio de Toledo y Ubieto*, Madrid (Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho Universidad Complutense de Madrid), 2016, p. 521.

²³ CORCOY BIDASOLO, M., 2016, p. 522.

b. ACTUACIONES EN CONTRA DE LA VOLUNTAD DEL PACIENTE

Muy distinta se presenta la situación si se trata de *actuaciones contrarias a voluntad del paciente*, que son en todo caso delictivas, por lo que resulta fundamental la cuestión del consentimiento y de cómo puede este recabarse. Tanto es así que, según Mirentxu Corcoy, «ni tan siquiera es legítimo imponer o retirar un tratamiento porque el facultativo considere que esa conducta es la más adecuada atendiendo a criterios de la *lex artis*, excepto que exista peligro para la salud pública y en situaciones de urgencia, siempre que no sea posible obtener autorización»²⁴.

III. SEDACIÓN PALIATIVA Y EUTANASIA INDIRECTA

1. ¿Sedación terminal como eutanasia indirecta?

De todo lo dicho surge la pregunta de si la sedación paliativa o terminal puede considerarse o no un caso de eutanasia indirecta²⁵. Esta cuestión debe diferenciarse de otra muy relacionada, pero distinta, cual es la propia distinción entre eutanasia directa e indirecta, bien que ambas tiendan a mezclarse.

En cuanto a lo primero, para un sector esta calificación no sería correcta, dado que se concibe la sedación terminal como una forma de tratamiento médico (no encaminada por tanto a producir la muerte) al tiempo que se prefiere restringir el término eutanasia a la directa, mientras que la indirecta quedaría mejor comprendida por la *doctrina del doble efecto*²⁶. Según esta doctrina, siempre que el acto que crea un riesgo de consecuencias adversas (acortamiento de la vida) sea «bueno» y quien actúa persiga esa finalidad buena (aliviar el dolor), que en conjunto es más relevante que el «efecto malo» (produciéndose el bueno antes del malo), la conducta es éticamente admisible²⁷. Junto con dicha doctrina se presenta, a su vez, el recurso a la *ponderación de beneficios* (no se acorta la vida,

²⁴ CORCOY BIDASOLO, M., 2016, p. 518.

²⁵ *Vid.*, por todos, MERKEL, G., 2020, pp. 271 ss. [«An der Diskussion um die indirekte Sterbehilfe fällt indes zweierlei auf: zum einen, dass Ärzte außerhalb der Sterbephase die Risiken von Sedativa und Opianten offenbar problemlos beherrschen –zumindest ein entsprechender Haftungsausschluss mit Blick auf das offenbar hohe Todes– und damit auch Haftungsrisiko in der Vergangenheit nicht thematisiert. Zum anderen verstirbt auch der chronisch kranke Patient bei einer leichten Überdosierung nicht sofort, sondern stellt das Atmen nur allmählich ein. Es bliebe also Zeit, die Dosierung anzupassen oder auch Gegenmaßnahmen einzuleiten, wenn der Tod des Patienten tatsächlich unerwünscht wäre» (pp. 273-274)].

²⁶ BARRIOS FLORES, L. F., *DS*, 2005, p. 158.

²⁷ BARRIOS FLORES, L. F., *DS*, 2005, p. 164.

sino que solo se abrevia la muerte) e incluso la argumentación basada en la existencia de un *conflicto de deberes*²⁸.

Lo cierto es que hay estudios que vendrían a aportar ciertas evidencias de que la sedación paliativa no apresura la muerte, en cuyo caso, ciertamente, no podría considerarse una forma de eutanasia indirecta. De acuerdo con esta posición, «la sedación paliativa es [sin más] una intervención médica que debe ser considerada como parte de los cuidados paliativos»²⁹. Esta tesis lleva, a su vez, a reformular la doctrina del doble efecto, ya que la parte negativa no sería tanto el acortamiento de la vida, sino la pérdida o disminución de la conciencia frente a la búsqueda de la calidad de vida y el control de síntomas refractarios³⁰, siendo el balance también distinto, ya que en los casos en cuestión el abandono del paciente es éticamente inaceptable³¹.

2. La crítica a la distinción entre eutanasia directa e indirecta

En cuanto a lo segundo, la distinción ente eutanasia directa (punible) e indirecta (no punible) se ha criticado desde muy diferentes perspectivas. Algunos por considerar que no merecen un *juicio moral* diferente, ya que ambas están encaminadas al mismo resultado causado de manera intencional³². Otro sector afirma que la distinción es necesaria desde la perspectiva legal, pero que restringir el término eutanasia a la activa y directa (punible), excluyendo la indirecta (lo que incluiría las sedaciones terminales), supone un «fraude de etiquetas». Así, para Mirentxu Corcoy, «el concepto eutanasia abarca la causación –eutanasia activa directa–, aceleración –eutanasia indirecta– y no evitación –eutanasia pasiva– de la muerte, siempre que el paciente desee esa muerte»³³.

En todo caso, más allá de la cuestión tratada en primer término, los casos de *sedación terminal previa petición de pacientes no terminales*, no sería en principio un supuesto de eutanasia indirecta, sino uno de eutanasia activa y directa que

²⁸ BARRIOS FLORES, L. F., *DS*, 2005, p. 165.

²⁹ CASAS MARTÍNEZ, M.^a L., y MORA MAGAÑA, I., *Pesona y Bioética*, 2017, p. 212.

³⁰ Así, p. ej., la *Ley 4/2015, de 23 de marzo, de derechos y garantías de la persona en el proceso de morir, de las Islas Baleares*, establece que «La sedación en la agonía, aplicada en el momento adecuado con el consenso del paciente, la familia y el equipo con intención de aliviar un sufrimiento producido por un síntoma refractario, puede ser una medida terapéutica de excelencia». *Vid.*: BRAGE CENDÁN, S. B., 2021, p. 249, quien se refiere a las diversas leyes autonómicas sobre muerte digna y a la idea de que según estas normas «el rechazo al tratamiento, la limitación de las medidas de soporte vital –la alimentación artificial, por ejemplo– y la sedación paliativa no pueden considerarse eutanasia».

³¹ CASAS MARTÍNEZ, M.^a L., y MORA MAGAÑA, I., *Pesona y Bioética*, 2017, p. 216.

³² ÁLVAREZ GÁLVEZ, I., *La eutanasia voluntaria autónoma*, Madrid (Dykinson), 2002, pp. 84-86.

³³ CORCOY BIDASOLO, M., 2016, p. 519.

caería dentro del artículo 143.4 CP si se dan los requisitos allí exigidos sobre la base de que la finalidad primordial no es paliar el dolor, sino poner término a una vida. Esto no quiere decir, sin embargo, tal y como venimos explicitando, que no sea posible ninguna sedación terminal previa petición del paciente sin incurrir en este tipo delictivo, lo que requiere que se lleve a cabo de acuerdo con la *lex artis*, tras una intervención paliativa gradual y por los medios adecuados según la ciencia médica³⁴.

IV. CONSENTIMIENTO

1. Requisito *sine qua non*

El tratamiento jurídico-penal (impunidad) que resulta para las sedaciones terminales entendidas como una forma de eutanasia indirecta, solo se justifica *en tanto exista la voluntad del paciente o se haya podido recabar su consentimiento*, bien coetáneamente o mediante un documento de instrucciones previas. Sin embargo, es algo que resulta polémico, ya que cuando no fuera este el caso, surge la pregunta de si cabe la posibilidad de que sean los familiares quienes consientan³⁵. Se trata de un aspecto esencial, puesto que, como subraya Mirentxu Corcoy, «la cuestión de fondo, que subyace a la problemática de la eutanasia, es la eficacia del consentimiento del titular de un derecho fundamental»³⁶.

2. Regulación legal

Ley 41/2002, establece en su artículo 2.2 el *previo consentimiento de los pacientes* como un principio básico de la actuación médica, aclarando que dicho

³⁴ BARRIOS FLORES, L. F., *DS*, 2005, pp. 175 y 177 ss.

³⁵ Cfr., entre otras referencias, ONTIVEROS ORTEGA, P., «Consentimiento informado en derecho penal», *Diario La Ley*, núm. 9299, 15 de noviembre de 2018, pp. 1 ss., y PANTALEÓN DÍAZ, M., «Ausencia de consentimiento, defecto de información y responsabilidad médica: perspectivas penal y civil (1)», *Diario La Ley*, núm. 9277, 11 de octubre de 2018, pp. 1 ss., quien propone operar con dos grupos de casos con diferentes consecuencias jurídicas a nivel penal y civil; aquellos en los que se trata al paciente sin recabar siquiera su consentimiento y aquellos en los que el paciente consiente al tratamiento sobre la base de una información incompleta. Mientras que en el primero se vulneraría tanto la autonomía personal como la salud, dando lugar a un delito contra la libertad, así como, en su caso, a delitos de resultado como el de lesiones, en el segundo el alcance de la correspondiente responsabilidad quedaría limitada a los daños a la salud derivados de la materialización de riesgos de la intervención de los que no hubiese sido correctamente informado.

³⁶ CORCOY BIDASOLO, M., «La regulación legal de la eutanasia en el CP español. Propuestas de reformas legislativas», en Mendoza Buergo, B. (Coord.), *Autonomía personal y decisiones médicas. Cuestiones éticas y jurídicas*, Madrid (Civitas), 2010, p. 299.

consentimiento debe obtenerse después de que el paciente reciba una información adecuada y que se hará por escrito en los supuestos previstos en la Ley. A su vez, su artículo 8 regula el *consentimiento informado* y su apartado 2 especifica en qué casos debe recabarse por escrito: «intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente». Por su parte, el artículo 9.2 permite llevar a cabo *intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente sin necesidad de contar con su consentimiento* cuando existe riesgo para la salud pública o bien riesgo inmediato grave para la salud física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización (consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él). Por último, el artículo 9.3 regula el *consentimiento por representación* cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones (o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación), tenga la capacidad modificada judicialmente o se trate de un menor de edad que no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención³⁷.

Como explica Mirentxu Corcoy, un tratamiento médico sin consentimiento podría conducir al facultativo a responder penalmente por delito doloso de lesiones o, al menos, de coacciones, aun cuando se lleve a cabo respetando la *lex artis* y haya mejorado su pronóstico de vida, al tiempo que las exigencias legales establecidas por la Ley 41/2002 dificultarían en gran medida la posibilidad de que pudiera aceptarse un error de prohibición siquiera vencible³⁸. Asimismo, en otro de sus trabajos en esta materia, subraya que cuando se carece del consentimiento del paciente, ya sea actual o previo, la sustitución de este por el de la familia no parece una solución adecuada con carácter general, motivo por el que planteaba *de lege ferenda* que se debería concretar la previsión de la Ley 41/2002 respecto a que la prestación del consentimiento por representación sea adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre en favor del paciente y con respeto a su dignidad personal (art. 9.7), en el sentido de «determinar quién y cómo se valora qué tratamiento o no-tratamiento es el mejor y más respetuoso con la dignidad»³⁹.

³⁷ Cfr.: CORCOY BIDASOLO, M., «El consentimiento por representación en la actividad médico-quirúrgica», en Cancio Meliá, M. *et al.* (Eds.), *Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, Vol. 1, Madrid (Universidad Autónoma de Madrid), 2019, pp. 385 ss., donde la autora pone de relieve que carece de base constitucional otorgar un componente supraindividual a determinados bienes jurídicos personalísimos como la vida o la salud, lo que está detrás de la (solo) relativa eficacia del consentimiento en relación con la disponibilidad de estos (p. 387).

³⁸ CORCOY BIDASOLO, M., 2019, p. 389.

³⁹ CORCOY BIDASOLO, M., 2010, p. 321.

3. ¿Consentimiento tácito?

Teniendo en cuenta que las sedaciones no entrarían, en sentido estricto, dentro de los supuestos previstos en el artículo 9.2 de la Ley 41/2002, cabe preguntarse si sería posible llevarlas a cabo en algún caso sin el consentimiento del paciente. A este respecto es muy usual la discusión acerca del consentimiento tácito o presunto, sobre el que caben varias acepciones tales como a) el consentimiento para un tratamiento implica el de las actuaciones necesarias para llevarlo a cabo; b) beneficio para el paciente y urgencia de la intervención en casos de descubrimiento de una afección en el transcurso de un tratamiento; c) inferido de la conducta del paciente; d) por razón de urgencia vital⁴⁰. Sin embargo, ninguna de ellas parece aplicable al caso que nos ocupa, ya que las sedaciones no son un tratamiento obligatorio e imprescindible para los enfermos terminales y además es de tal naturaleza que debe ser aprobado expresamente por la persona con la capacidad para hacerlo⁴¹.

V. A MODO DE CIERRE

Quisiera terminar citando a un médico con una amplia trayectoria profesional que en un reciente artículo manifiesta su «profundo reconocimiento a todas aquellas personas que, encontrándose en situaciones en las que sus vidas les resultaban insosteniblemente dolorosas y en condiciones que atentaban a su dignidad, testimoniaron públicamente su deseo de morir, pidieron ayuda para ello y, al no conseguirla, tuvieron que marcharse en situaciones que no deseaban; conocí personalmente a algunos de ellos y me conmovió observar que pedían ayuda para morir desde un sentimiento de profundo amor a la vida»⁴². Este mismo autor advierte de que la Comisión Central de Deontología de la Organización Médica Colegial de España determinó en 2009 que la sedación en la agonía es una práctica correcta y que actualmente se considera que la sedación paliativa del enfermo en fase terminal es un tratamiento no solo adecuado, sino además obligado, donde no tiene cabida la objeción de conciencia⁴³, lo que en términos históricos vendría a demostrar que «los criterios que determinan la buena *praxis* no son inamovibles»⁴⁴.

⁴⁰ SEUBA TORREBLANCA, J. C., *InDret*, 2005, pp. 4 s.

⁴¹ SEUBA TORREBLANCA, J. C., *InDret*, 2005, p. 5.

⁴² BARRA GALÁN, C., «Avanzando en Derechos. Por fin Ley de Eutanasia», *Teoría & Derecho*, núm. 29, 2021, p. 157.

⁴³ Sobre este aspecto, cfr.: PÉREZ ÁLVAREZ, S., *Libertad de conciencia y diversidad en la Sanidad Pública española contemporánea*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2020, esp. pp. 261 ss. y 269 ss. en cuanto al régimen jurídico de la sedación paliativa y de la supresión de medidas de soporte vital.

⁴⁴ BARRA GALÁN, C., *Teoría & Derecho*, 2021, p. 160.

LA POLÍTICA CRIMINAL DE LA TRANSICIÓN ESPAÑOLA

JOSÉ LUIS DÍEZ RIPOLLÉS *

I. INTRODUCCIÓN

Estimo que el correlato de la transición política española en el ámbito de la política criminal abarca dos periodos.

El primero se iniciaría tras la toma de posesión de Adolfo Suárez González el 3 de julio de 1976. Tiene como hitos políticos importantes la aprobación de la Ley de reforma política 1/1977, de 4 de enero, tras el referéndum de 15 de diciembre de 1976, las primeras elecciones generales de 15 de junio de 1977, el inicio de la legislatura constituyente que concluye con la promulgación de la constitución española el 27 de diciembre de 1978, los sucesivos gobiernos de Adolfo Suárez durante la primera legislatura, iniciada en abril de 1979, el intento de golpe de estado de 23 de febrero de 1981, y los gobiernos de Leopoldo Calvo-Sotelo desde fines de febrero de 1981 hasta el 1 de diciembre de 1982. En todo ese periodo los gobiernos encuentran su apoyo parlamentario en la Unión del centro democrático (UCD).

El segundo periodo abarca desde el primer gobierno de Felipe González Márquez de la segunda legislatura en los primeros días de diciembre de 1982, tras las elecciones generales de 28 de octubre de 1982, hasta el final de los sucesivos gobiernos de Felipe González Márquez en la quinta legislatura en mayo de 1996. En todo ese largo periodo son hitos políticos la consolidación del sistema democrático, las reformas encaminadas a configurar una sociedad

* Catedrático de derecho penal. Universidad de Málaga.

del bienestar, el ingreso en la Unión europea en 1986, el desafío político planteado por el terrorismo de ETA, que ya se arrastraba del periodo anterior, y, a nuestros efectos, la aprobación del nuevo código penal de 1995 ya al final del periodo. Los gobiernos encuentran su apoyo en las mayorías parlamentarias obtenidas por el Partido socialista obrero español (PSOE).

En efecto, la aprobación del nuevo código penal de 1995, llamado con frecuencia el código penal de la democracia, es un parteaguas en la evolución político-criminal española. Hasta entonces rige el código penal reformado de 1973, que constituye una variante más del antiguo código penal de 1848, y que fue promulgado en pleno franquismo, en la estela de otras versiones anteriores como las de 1963 y 1944. Las numerosas reformas que tienen lugar entre 1976 y 1995, todavía sobre el código penal reformado de la dictadura, constituyen, por tanto, el periodo de transición político-criminal del que nos vamos a ocupar.

En contra de lo que pudiera parecer estamos ante dos periodos político-criminales especialmente ricos e ilustrativos. Es cierto que en todo momento se tiene en mente la necesidad de aprobar un nuevo código penal, como lo prueba que ya en la primera legislatura se presenta el proyecto de código penal de 1980¹, pero eso no impide que se marquen y contrapongan diversas orientaciones político-criminales a lo largo de ambos periodos. Además, esas tendencias obedecen con frecuencia a actitudes políticas y sociales que trascienden las mayorías políticas vigentes en cada caso.

Mi propósito en estas breves páginas es analizar exclusivamente la política legislativa penal, lo que deja fuera, sin duda, muy significativos ámbitos de la política criminal. Con todo, la legislación penal posee una capacidad expresiva que supera con creces a todas las demás áreas de intervención penal.

A tales efectos voy a utilizar un conjunto de criterios ordenadores que nos puedan guiar en la interpretación de las numerosas decisiones legislativas penales. Y, por supuesto, dada la concisión de este estudio, me voy a limitar a indicar tendencias, basadas desde luego en reformas concretas en las que no me puedo detener².

¹ Al que suceden, entre los más importantes, la propuesta de anteproyecto de 1983, el borrador de anteproyecto de la parte general de 1990, y los proyectos de código penal de 1992 y 1994.

² Este artículo es una versión muy reducida de la primera parte de un estudio más amplio de la evolución de la política legislativa penal española desde 1976 hasta la actualidad, que aparecerá próximamente. Para acomodarme a las estrictas exigencias de espacio establecidas, las notas al pie se limitan a recoger, salvo una excepción, las referencias normativas a las que aludo, sin referencias bibliográficas.

II. PRIMER PERIODO (1976-1982)

Las líneas rectoras político-criminales que inspiran este periodo, que abarca algo más de 6 años, son las siguientes:

1. Amnistía e indulto

Fruto del radical cambio de régimen político, tiene una fuerte presencia una serie de leyes que prevén extinguir responsabilidades penales mediante leyes de amnistía e indulto. Entre julio de 1976 hasta octubre de 1977 se aprueban dos reales decretos leyes, un real decreto y una ley³. En casi todos los casos se justifican explícitamente las decisiones legislativas adoptadas en razones de convivencia en la nueva etapa política.

2. Tutela de las libertades políticas

El propósito de instaurar un régimen democrático obliga a promulgar una serie de reformas que pretenden garantizar el ejercicio de unas inaplazables libertades políticas. Así, se reduce notablemente el ámbito típico de la huelga sediciosa, se deroga el delito limitador de la libertad de expresión política, y se suprimen los delitos que castigan conductas contra las Leyes fundamentales y el Movimiento nacional franquistas⁴. En 1980⁵, con la constitución de 1978 ya vigente, se introducen figuras delictivas que tutelan el efectivo ejercicio de las libertades de expresión, reunión, manifestación y asociación, lo que va acompañado de rebajas de pena de los tipos que castigan su indebido ejercicio. La misma ley deroga todos los delitos de propaganda ilegal.

3. Tutela de las instituciones del orden democrático.

La consolidación de la democracia es objeto de agresiones de diverso signo, singularmente el terrorismo de ETA y el intento de golpe de estado

³ En concreto, RRDDL 10/1976, de 30 de julio y 19/1977, de 14 de marzo; RD 388/1977, de 14 de marzo; y L 46/1977, de 15 de octubre.

⁴ Se hace por RRDDL 17/1977, de 4 de marzo, y 24/1977, de 1 de abril, y L 17/1978, de 15 de marzo.

⁵ LO 4/1980, de 21 de mayo.

llevado a cabo por ciertos sectores de las fuerzas armadas en 1981. Diversas reformas penales se ocupan de contrarrestar ambas amenazas.

Por lo que se refiere al *terrorismo*, se registran dos claras etapas a lo largo de este periodo. Entre enero de 1977 y mayo de 1981 predomina una corriente político-criminal que pretende marcar distancias con la política antiterrorista del franquismo. En consecuencia, no solo se sacan los delitos de terrorismo del código de justicia militar y se incorporan al código penal común, sino que, un año más tarde, se priva del carácter de legislación de emergencia a la legislación antiterrorista: Se anula la autonomía de los delitos de terrorismo mediante la inserción de esas conductas entre los delitos comunes correspondientes, por más que se introducen nuevas figuras delictivas en la medida en que no sean reconducibles a tales delitos comunes⁶.

Esta acertada opción político-criminal comienza a ser socavada al poco tiempo tras sucesivas reformas entre 1979 y 1998. En este último año se incluyen dentro de los delitos de asociaciones ilícitas tipos autónomos de pertenencia y colaboración con grupos o bandas armadas, castigándose también diversos actos preparatorios además de la apología, y se introducen por primera vez figuras premiales⁷.

Por lo que se refiere a la *incolumidad de las instituciones democráticas*, entre otras reformas la más importante es consecuencia del intento de golpe de estado, y se expresa en la ampliación de los tipos de rebelión⁸.

4. Despenalización de conductas relativas a la moral social

En este periodo se inicia el proceso despenalizador de conductas carentes de lesividad o de suficiente lesividad dada la transformación de las costumbres sociales, y que incide especialmente sobre los comportamientos sexuales. Se derogan los delitos de adulterio y amancebamiento y se reformulan los delitos de estupro y raptó en línea con la protección de la libertad sexual y no de la honestidad. También se deroga el delito de propaganda, indicación y tráfico de anticonceptivos. Y dejan de ser estados peligrosos la homosexualidad, el rufianismo, el proxenetismo y la juventud moralmente pervertida⁹.

⁶ RDL 3/1977, de 4 de enero, y L 82/1978, de 28 de diciembre.

⁷ RDL 3/1979, de 28 de enero, LLOO 4/1980, de 21 de mayo, y 2/1981, de 4 de mayo.

⁸ LLOO 9/1980, de 6 de noviembre, y 2/1981, de 4 de mayo.

⁹ RDL 16/1977, de 25 de febrero y LL 22/1978, de 26 de mayo, 45/1978, de 7 de octubre, 46/1978, de 7 de octubre, y 77/1978, de 26 de diciembre.

5. Tutela de intereses generales

Se apunta la tendencia político-criminal, más tarde consolidada, de tutelar numerosos bienes jurídicos colectivos, mediante la creación en 1977 del moderno delito fiscal¹⁰.

6. Reducción de la reincidencia

En el ámbito del sistema de responsabilidad penal la única novedad producida es trascendente: La doble reincidencia, ahora multirreincidencia, reduce su contenido conceptual y sus efectos agravatorios. Y se establecen límites temporales a la apreciación de la reincidencia y la reiteración, antes de apreciación indefinida¹¹.

7. Sistema de penas y su ejecución

Derogada la pena de muerte para tiempos de paz en la constitución, con efectos en todo el ordenamiento, se ajustan determinadas leyes penales especiales a ello. Ya antes, se había creado el delito de tortura¹².

En 1979 se promulga la Ley general penitenciaria, paso de gigante en la modernización y humanización del sistema de ejecución de penas de prisión¹³.

8. Reducción de la jurisdicción militar

La competencia de la jurisdicción militar se encoge sustancialmente por razón del delito, del lugar y de la persona responsable. Además, se llevan a cabo numerosas modificaciones tanto en la parte general como en la parte especial, para coordinarlo con la regulación del código penal común¹⁴.

¹⁰ L 50/1977, de 14 de noviembre.

¹¹ L 81/1978, de 28 de diciembre.

¹² L 31/1978, de 17 de julio y RDL 45/1978, de 21 de diciembre.

¹³ LO 1/1979, de 26 de septiembre.

¹⁴ LO 9/1980, de 6 de noviembre.

III. SEGUNDO PERIODO (1982-1996)

Este extenso periodo muestra una rica variedad de tendencias político-criminales, no siempre coordinadas con las surgidas en el periodo anterior.

1. **Respeto de principios constitucionales y garantistas en los contenidos de tutela**

Un buen número de reformas en este periodo aspiran a depurar aquellas figuras delictivas que no respetan lo suficiente principios como el de seguridad jurídica, imputación subjetiva, responsabilidad por el hecho o intervención mínima. Ejemplos destacados de lo primero es la reforma del delito de estafa; de lo segundo la reforma en 1983 de la estructura de los delitos tradicionales contra el patrimonio, en exceso basada en el resultado producido, y en 1989 de los delitos de lesiones; de lo tercero la eliminación de delitos de sospecha como el homicidio en riña, entre otros; y del cuarto la derogación masiva de faltas, nunca superada en su ambición, que tiene lugar en 1989¹⁵.

2. **Tutela de las libertades políticas**

Los avances ya registrados el período anterior no impiden la profundización en esta línea. Se tipifican las afecciones a la libertad sindical y al derecho de huelga, se equipara la protección penal de todas las confesiones religiosas y se crean o hacen más rigurosos tipos de funcionarios atentatorios contra el ejercicio de los derechos de la persona o su intimidad¹⁶.

3. **Tutela de las instituciones del orden democrático**

En este aspecto el periodo está marcado por la ampliación y endurecimiento de la legislación excepcional sobre terrorismo, reacción a la intensa actividad terrorista. Se inicia con la aprobación de una ley especial en 1984, que aspira a reprimir penalmente el fenómeno con una exhaustividad y dureza

¹⁵ LLOO 8/1983, de 25 de junio, 1/1986, de 8 de enero, y 3/1989, de 21 de junio.

¹⁶ LLOO 8/1983, de 25 de junio, 7/1984, de 15 de octubre, y 18/1994, de 23 de diciembre.

desconocidas en la etapa democrática, y concluye en 1988 con el traslado de los contenidos, ampliados, de la ley especial al código penal¹⁷.

Por otro lado, una profundización notable en la protección de estos intereses es resultado indirecto de la aprobación del nuevo código penal militar, que origina el traslado al código penal común de conductas delictivas incluidas hasta entonces en la jurisdicción militar. El hecho se aprovecha en 1985 para modificar el código penal común más allá de esa acomodación, con reformas importantes en los delitos contra la seguridad exterior e interior del estado, y de modo especial procediendo a nuevas ampliaciones en la punición de la rebelión¹⁸.

4. Tutela de las libertades individuales y despenalización de conductas relativas a la moral social

Se prosigue con la despenalización, iniciada en el anterior periodo, de conductas contrarias a una moral social ya superada, pero ahora aparece en muchos casos fuertemente imbricada con mejoras en la salvaguarda de las libertades individuales. Es el caso, entre otros, de la introducción del sistema de indicaciones en el aborto, la validez del consentimiento en diferentes supuestos de lesiones en contextos no estrictamente terapéuticos –trasplantes, esterilizaciones...–, y la reestructuración de los delitos sexuales en torno a la protección de la libertad sexual, en lugar de la honestidad, lo que va precedido de nuevas derogaciones de infracciones penales sexuales. También la modificación de ciertas previsiones legales basadas en concepciones anticuadas de la familia o de la protección penal de las creencias religiosas¹⁹.

Sintomático al respecto son una serie de reformas preocupadas por garantizar un tratamiento penal igualitario entre los dos sexos, con predominio de aquellas que modifican preceptos que colocan al hombre en peor situación –derogación de agravante de respeto debido al sexo, introducción de mujer entre sujetos activos y hombre entre sujetos pasivos en delitos sexuales, entre otros casos–²⁰.

¹⁷ LLOO 9/1984, de 26 de diciembre y 3/1988, de 25 de mayo.

¹⁸ LO 14/1985, de 9 de diciembre. Sobre tutela de las instituciones democráticas, véanse también LLOO 8/1983, de 25 de junio, 8/1984, de 26 de diciembre, 9/1984, de 26 de diciembre y 3/1988, de 25 de mayo.

¹⁹ LLOO 8/1983, de 25 de junio, 7/1984, de 15 de octubre, 9/1985, de 5 de julio, 5/1988, de 9 de junio, 3/1989, de 21 de junio, y 18/1994, de 23 de diciembre.

²⁰ LLOO 8/1983, de 25 de junio y 3/1989, de 21 de junio.

5. Tutela de intereses de colectivos y grupos sociales

En este periodo se empieza a manifestar un fenómeno político-criminal que irá adquiriendo cada vez más relevancia en la política criminal contemporánea. Se trata del empleo del derecho penal para tutelar intereses específicos de ciertos colectivos sociales que se consideran especialmente vulnerables y, por ello, necesitados de especial protección penal.

Es el caso de determinados colectivos étnicos, nacionales o ideológicos, y, todavía en escasa medida, de género o situación familiar, para cuya protección frente a la discriminación se prevé alguna agravante, se crean o amplían tipos y se criminaliza la negación, banalización o justificación de ciertos hechos históricos. También los colectivos femenino o doméstico son objeto de atención específica, con la eliminación definitiva del perdón en los delitos sexuales y el abandono de familia, la creación del delito de violencia física habitual doméstica y el delito de impago de pensiones. Y lo mismo sucede con los menores, con frecuencia acompañados de los discapacitados, para cuya tutela se introduce un delito de utilización para mendicidad y una falta de maltrato, además de establecer específicas protecciones en el ámbito de los delitos sexuales –exhibicionismo, pornografía, actuación de oficio también para discapacitados–²¹.

6. Tutela de intereses generales

El avance en la tutela de nuevos bienes jurídicos colectivos, apenas esbozada en el periodo anterior, muestra en este segundo periodo un desarrollo potente, preludio de lo que acontecerá en el nuevo código penal de 1995.

Entre los bienes de contenido socioeconómico, además de modificarse la autoría para poder castigar las actuaciones en lugar de otro, merece destacarse la ampliación de los delitos contra la propiedad intelectual, y la creación o ampliación de delitos de riesgo colectivo, entre los que son especialmente significativos los que protegen la salud de consumidores y trabajadores. Además, aparece en este periodo la primera formulación de un delito contra el medio ambiente, al que luego seguirá el de incendio en montes y masas forestales, y el delito de blanqueo de capitales, aunque este todavía solo limitado a los procedentes del tráfico de drogas. Al mismo tiempo, el delito fiscal ya existente se reforma varias veces de forma ambivalente: por un lado, se amplía de forma continuada la figura original, se incorporan nuevos delitos contra la hacienda pública y se incrementan

²¹ LLOO 8/1983, de 25 de junio, 5/1988, de 9 de junio, 3/1989, de 21 de junio y 4/1995, de 11 de mayo.

las figuras agravadas, pero por otro lado se elevan reiteradamente las cuantías mínimas objeto material del delito y se introduce la excusa absolutoria²².

Los delitos contra la seguridad del tráfico inician una tendencia expansiva, a inicios del periodo aún inexistente –derogación del permiso de conducir sin permiso, y de pena de privación definitiva del permiso–, y que incluye la creación de un delito de naturaleza simbólica, el de conducción con consciente desprecio para la vida de los demás²³.

Se inicia asimismo la persecución moderna de la corrupción pública, apareciendo nuevas figuras, singularmente de tráfico de influencias, y ampliándose otras –cohecho pasivo impropio, abuso de secretos o información privilegiada–²⁴.

7. Una nueva legislación de emergencia: Los delitos relativos a drogas

El abordaje de los delitos relativos a drogas presenta en este periodo un interesante paralelismo con lo que ha sucedido hasta entonces con los delitos terroristas. En una primera etapa se pretende moderar en aspectos significativos la intervención penal: La reforma de 1983 intenta combinar determinadas ampliaciones de la intervención penal, como la inclusión de los psicótrópos en el objeto material, creación o ampliación de nuevas agravantes, o el establecimiento de la reincidencia internacional, con un adecuado respeto al principio de proporcionalidad. Esto último se aprecia en que las conductas de promoción, favorecimiento o facilitación del consumo se refieren exclusivamente a actos de cultivo, fabricación o tráfico, y en el tratamiento diferenciado entre drogas duras y blandas.

Sin embargo, tras la llamada contrarreforma de 1989, se desanda en gran parte el camino emprendido, lo que se rematará en 1992. En buena medida debido a presiones internacionales, se acaba configurando un derecho penal excepcional para las drogas, poco respetuoso con los principios garantistas y plasmado en numerosos tipos muy amplios y en penas muy severas²⁵. Así, entre otras previsiones, en 1988 la conducta del tipo básico vuelve a abarcar cualquier tipo de promoción, favorecimiento o facilitación del consumo ilegal de drogas, se amplían notablemente los supuestos agravados, se crea una agravación de segundo nivel y se introduce el delito de blanqueo de capitales. La reforma de 1992 alcanza un grado de seguimiento tan acrítico y literal de las previsiones de la

²² LLOO 8/1983, de 25 de junio, 2/1985, de 29 de abril, 6/1987, de 11 de noviembre, 7/1987, de 11 de diciembre, 1/1988, de 24 de marzo, 3/1989, de 21 de junio, y 6/1995, de 29 de junio.

²³ LLOO 8/1983, de 25 de junio, y 17/1994, de 23 de diciembre.

²⁴ LO 9/1991, de 27 de marzo.

²⁵ Sobre las penas, véase *infra*, el apartado del sistema de penas.

Convención de las Naciones Unidas de 1988 que se ha podido hablar de un proceso de colonización jurídica²⁶. Entre otras decisiones, la reforma, no se limita a incluir el nuevo delito de tráfico y tenencia de precursores, sino que crea un nuevo tipo de blanqueo de capitales, copia literal pero mal traducida del precepto previsto en la Convención, sin, además, derogar el delito de blanqueo ya existente, y multiplica las figuras agravadas²⁷.

8. Acomodación del sistema de responsabilidad a principios constitucionales y garantistas

Al igual que sucede con los contenidos de tutela, hay un especial celo en asegurar el respeto de determinados principios a lo largo de todo el sistema de responsabilidad. Así, el principio de legalidad se afianza frente a meras construcciones jurisprudenciales al regularse los errores de tipo y de prohibición o el delito continuado, si bien no siempre siguiendo las opciones propuestas por la jurisdicción. También en 1983 el principio de imputación subjetiva recibe un notable impulso al establecerse explícitamente que la responsabilidad solo puede ser dolosa o imprudente, derogar la atenuante de preterintencionalidad y dejar vigentes solo los delitos cualificados por un resultado más grave imprudente, sin olvidar la derogación de diversas figuras específicas fundadas en la responsabilidad objetiva²⁸. El principio de reprochabilidad del comportamiento sigue progresando todos estos años a través de la continua reducción del ámbito de la reincidencia, evolución iniciada en el periodo anterior: Se fusionan reiteración y reincidencia, se deroga la multirreincidencia y desaparecen numerosas menciones a la reincidencia en figuras específicas, además de favorecerse la cancelación de antecedentes penales, los cuales dejan de ser públicos²⁹.

El principio de intervención mínima, que se llega a reconocer como la principal motivación de la importante reforma del código penal de 1989³⁰, está detrás de la reformulación en 1983 de las eximentes de legítima defensa, sordudez y atenuante de arrebató y obcecación, y, sobre todo, de la importante

²⁶ Véase Díez RIPOLLÉS, J. L., «Un caso de colonización jurídica», en *Delitos y penas en España*, Catarata, 2015, pp. 183-187.

²⁷ LLOO 8/1983, de 25 de junio, 1/1988, de 24 de marzo, y 8/1992, de 23 de diciembre.

²⁸ LO 8/1983, de 25 de junio.

²⁹ LLOO 8/1983, de 25 de junio, 1/1986, de 8 de enero, 6/1987, de 11 de noviembre, y 3/1989, de 21 de junio.

Con todo, en LO 3/1988, de 25 de mayo, se introduce la reincidencia internacional en delitos cometidos por bandas armadas y organizaciones terroristas y rebeldes.

³⁰ Véase Preámbulo de LO 3/1989, de 21 de junio, y referencias a él *supra* en apartado III.1.

reducción en 1989 del ámbito y gravedad de la imprudencia punible, que marca el camino para la futura vigencia del principio de excepcionalidad del castigo de los delitos imprudentes³¹.

Tampoco puede pasarse por alto la masiva incorporación de los principios garantistas en el nuevo código penal militar de 1985, y las consecuencias en el mismo sentido derivadas de pasar de un modelo tutelar a un modelo de responsabilidad en la legislación de menores³².

9. Principios constitucionales y garantistas en el sistema de penas

También el sistema de penas y su ejecución se reforma para asegurar la vigencia de ciertos principios garantistas, singularmente los de humanidad y resocialización. Así, se derogan penas como las de interdicción civil, reprensión privada y privación definitiva del permiso de conducir del código penal común, y las penas degradantes del código penal militar, el cual procede asimismo a una importante simplificación de su catálogo de penas. También se aumentan los supuestos de cumplimiento del arresto menor en el domicilio y se restringe la pena accesoria de inhabilitación profesional a casos que guarden relación con el delito cometido. Muy relevantes son las sucesivas ampliaciones de los supuestos en que se puede aplicar la suspensión de la ejecución de la pena, sea en general, sea para drogodependientes. Y dentro de la nueva legislación de menores surge la suspensión del fallo y la posibilidad de anular las medidas impuestas³³.

10. La progresiva desaparición de la moderación punitiva

En el sistema de penas, en contraste con otros ámbitos, el respeto del principio de intervención mínima, estrechamente relacionado con el de proporcionalidad de las penas, evoluciona de manera diferenciada durante este periodo.

Hasta mediados, en buena medida finales, de los años 80 del pasado siglo prosigue la tendencia del periodo anterior de reducir la severidad de las penas. En ese sentido, se limita la posibilidad de subir en el marco penal por efecto de la presencia o ausencia de circunstancias modificativas, se elevan mínimos de cuantía para que se den ciertos tipos, se aumentan supuestos de redención

³¹ LLOO 8/1983, de 25 de junio, y 3/1989, de 21 de junio.

³² LLOO 13/1985, de 9 de diciembre, y 4/1992, de 5 de junio.

³³ LLOO 8/1983, de 25 de junio, 13/1985, de 9 de diciembre, 1/1988, de 24 de marzo, 3/1989, de 21 de junio, y 4/1992, de 5 de junio.

de penas por el trabajo y se reducen penas en delitos relevantes como hurtos, robos, estafas, tipos básicos de drogas, entre otros supuestos. También el nuevo código penal militar reduce en general la entidad de las penas de prisión, y reduce las previstas en algunos preceptos sea directamente sea como consecuencia de su incorporación al código penal común³⁴.

Hay, sin embargo, una temprana quiebra a esa tendencia en relación con las dos legislaciones de excepción activas en ese periodo. Las reformas penales sobre terrorismo mantienen desde la primera decisión legislativa en este periodo, en 1984, una continua elevación de penas de prisión, multa e inhabilitación absoluta, y su extensión a cada vez más conductas delictivas³⁵. Y lo mismo sucede con la nueva legislación de emergencia sobre drogas desde 1988: Incremento o previsión de nuevas penas de prisión, multa y privativas de derechos a los tipos y agravaciones preexistentes y a los nuevos que se van creando³⁶.

Pero, más allá de estas legislaciones de excepción, la tendencia punitiva moderada general se va desvaneciendo a medida que se cierra la década de los 80. En 1989, la reformulación de los delitos de lesiones conlleva en líneas generales una elevación de penas, al igual que en algún supuesto de tortura, en los delitos contra la seguridad del tráfico y en el cheque en descubierto, y se reajustan hacia arriba todas las penas de multa³⁷. En los años 90 la tendencia se acentúa con elevaciones de penas en delitos como los contrarios a la hacienda pública, cohecho pasivo impropio, violación de secreto de comunicaciones, o genocidio y su apología. Solo la limitación a dos años de las medidas susceptibles de imponerse a menores, y la nueva y sustancial elevación de los mínimos defraudados constitutivos del objeto material en los delitos hacendísticos, marcan una tendencia opuesta³⁸.

11. La desatención al sistema de medidas de seguridad. El comiso

No se toman en este periodo decisiones político-criminales de largo alcance sobre el sistema de medidas de seguridad. La insatisfactoria regulación contenida en la ley franquista de Peligrosidad y rehabilitación social

³⁴ LLOO 8/1983, de 25 de junio, 2/1985, de 29 de abril, 13/1985, de 9 de diciembre, y 14/1985, de 9 de diciembre.

³⁵ LLOO 9/1984, de 26 de diciembre, y 3/1988, de 25 de mayo.

³⁶ LLOO 1/1988, de 24 de marzo, y 8/1992, de 23 de diciembre.

³⁷ Y eso pese a que la reforma pretende garantizar el principio de intervención mínima –véase *supra*–, lo que en efecto hace respecto a la descriminalización de ciertas conductas.

³⁸ LLOO 9/1991, de 22 de marzo, 4/1992, de 4 de junio, 18/1994, de 23 de diciembre, 4/1995, de 11 de mayo, y 6/1995, de 29 de junio.

de 1970³⁹ perdura todo este periodo sin más reformas que la que tuvo en 1978 y, aunque en desuso, solo es derogada por el nuevo código penal de 1995⁴⁰. Con todo, en 1983 se introducen modificaciones en el código penal sobre medidas de seguridad aplicables a imputables y semiimputables que prefiguran la opción que luego seguirá el nuevo código penal: Se prevén medidas distintas al internamiento, este queda limitado a supuestos en los que se prevé prisión y no puede durar más de lo que duraría esta, y se introduce el sistema vicarial de pena y medida. Otras modificaciones, relativas a medidas para rufianes o relativas a los delitos de drogas tienen menos alcance⁴¹.

Entre las reacciones penales adicionales a las penas y medidas de seguridad conviene aludir a la especial atención prestada al comiso, que se consolidará en periodos posteriores. Si en un primer momento se busca acomodarlo a las exigencias garantistas, introduciendo el principio de proporcionalidad y unificando el trato en delitos y faltas⁴², luego la legislación excepcional de drogas se servirá de él para reforzar sus efectos: Se amplían los objetos susceptibles de él, se da el salto a las ganancias del delito, aun transformadas, y se incluye el decomiso de bienes poseídos por terceros de mala fe. Además, se adoptan diversas decisiones sobre embargo previo, empleo de los bienes decomisados por la policía judicial antes de la condena, y adjudicación de esos bienes al estado tras la condena⁴³.

12. La utilidad en el sistema penal

La idea de la utilidad de formular el juicio de responsabilidad o de imponer o ejecutar la sanción penal, y en ocasiones también reflexiones ligadas a la conveniencia de verificar la existencia de responsabilidad penal, se afianza notablemente en este periodo. Es lo que sucede mediante la creación o ampliación de excusas absolutorias en diversos delitos, ampliación de figuras premiales, mayores facilidades para indultos particulares y exigencia de denuncia para perseguir supuestos leves. La eliminación del perdón en ciertos delitos opera, no obstante, en sentido contrario⁴⁴.

³⁹ L 16/1970, de 4 de agosto.

⁴⁰ Disposición derogatoria 1. C de LO 10/1995, de 23 de noviembre.

⁴¹ LLOO 8/1983, de 25 de junio, y 1/1988, de 24 de marzo.

⁴² LLOO 8/1983, de 25 de junio, y 3/1989, de 21 de junio.

⁴³ LLOO 1/1988, de 24 de marzo, y 8/1992, de 23 de diciembre.

⁴⁴ LLOO 8/1983, de 25 de junio, 9/1984, de 26 de diciembre, 14/1985, de 5 de junio, 3/1988, de 25 de mayo, 3/1989, de 21 de junio, 6/1995, de 29 de junio, y L 1/1988, de 14 de enero.

13. Las jurisdicciones especiales

Aunque reiteradamente aludidas en los párrafos precedentes, debemos señalar la modernización que se produce en ellas. Se aprueba un nuevo código penal militar en 1985 que acoge los principios garantistas, reduce notablemente las conductas en él contempladas, se remite con mucha frecuencia al código penal común y depura y reduce el sistema de sanciones. Por otro lado, se elimina la jurisdicción penal aeronáutica, y se producen diversos ajustes en la ley penal y procesal de la navegación aérea. Finalmente, se inicia la transformación del derecho penal juvenil, sacándolo del modelo tutelar, acotando su ámbito objetivo y subjetivo, limitando y flexibilizando la imposición y ejecución de medidas e instaurando un procedimiento garantista⁴⁵.

IV. CONCLUSIONES

El primer periodo estudiado está atravesado por varios hitos políticos de la más alta importancia: la restauración de la democracia en España, la aprobación de la constitución de 1978, el intento de golpe de estado de 1981 y frecuentes atentados terroristas a lo largo de todo ese periodo son los más destacados. Todo ello marca el sentido de las decisiones legislativas penales adoptadas, impulsadas por la mayoría parlamentaria y el gobierno de UCD.

Entre las tendencias político-criminales más importantes se encuentran, en primer lugar, la que busca la reconciliación de los españoles mediante sucesivas normas de amnistía e indulto, la que pretende asegurar las nuevas libertades políticas, y la que se ocupa de preservar el ordenamiento democrático frente a conductas terroristas y rebeldes con fuerte potencial desestabilizador de las nuevas instituciones.

Al mismo tiempo se registra un notable proceso despenalizador, que incide especialmente sobre conductas relativas a la moral y las costumbres sociales. De igual modo se tiende a reducir la severidad de un derecho penal surgido en gran medida durante la dictadura, lo que se expresa de diferente forma en los contenidos de tutela, el sistema de responsabilidad y el sistema de imposición y ejecución de sanciones.

El segundo periodo se caracteriza por una general estabilidad política, que permite la consolidación del sistema democrático y la creación de la sociedad del bienestar española, bien amparadas ambas por el ingreso en la actual

⁴⁵ LLOO 13/1985, de 9 de diciembre, 1/1986, de 8 de enero, y 4/1992, de 5 de junio.

Unión europea en 1986. Las sucesivas mayorías parlamentarias y gobiernos del PSOE generan numerosas reformas penales, que se viven en gran medida como un anticipo de la gran reforma penal que tendrá lugar al final del periodo con la aprobación del código penal de 1995.

La acomodación de los contenidos del derecho penal a los valores constitucionales y los principios garantistas es un vector determinante del periodo, que se concreta sin reservas en la delimitación de los contenidos de tutela y del sistema de responsabilidad. También en la reforma del sistema de sanciones, aunque en este caso desde finales de los años 80 del pasado siglo se aprecia una reversión de la tendencia precedente de menor severidad penal hacia otra de progresivo endurecimiento punitivo.

Cabe también destacar la consolidación de dos legislaciones de emergencia, las de terrorismo y drogas, que se materializan durante todo el periodo en una continua ampliación de tipos y elevación de penas, con frecuencia mostrando escaso respeto a algunos principios garantistas.

Se prosigue con la despenalización de conductas contrarias a una moral social ya superada, lo que aparece muy entrelazado con una mejora en la salvaguarda de libertades individuales. Asimismo, se produce un decidido avance en la protección de intereses generales, con especial atención a bienes jurídicos de naturaleza socioeconómica, y empiezan a aparecer o consolidarse determinados grupos o colectivos que se consideran vulnerables y necesitados de mayor protección penal.

Naturalmente todas estas reformas, realizadas sobre el viejo código penal reformado de 1973, quedan arrumbadas con el nuevo código penal de 1995. Pero en realidad este nuevo cuerpo legal no constituye una ruptura en términos político-criminales con los dos periodos anteriores, sino más bien su culminación. Una parte notable de las reformas producidas desde 1976 a 1995 se consideran anticipos, que no admitían espera, de lo que se quería que contuviera ese nuevo código penal, cuyos trabajos preparatorios se extienden desde 1979 a 1994. En suma, podríamos decir que el verdadero corte político-criminal se produce con la instauración de la democracia, sin que eso sea dicho en desmedro del gran número de relevantes decisiones político-criminales adicionales que adopta el nuevo código penal.

EL *WHISTLEBLOWING*: UN NUEVO INSTRUMENTO EN LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN: LA EXPERIENCIA ITALIANA EN EL MARCO DEL DERECHO EUROPEO*

LUIGI FOFFANI**

I. LA PROGRESIVA EVOLUCIÓN DEL DERECHO ITALIANO EN RESPUESTA A LAS EXIGENCIAS SUPRANACIONALES EN MATERIA DE *WHISTLEBLOWING*

El enfoque marcadamente preventivo ligado al sistema del *whistleblowing* se introdujo a partir del año 2012 también en el ordenamiento italiano, inicialmente en relación con el sector público, para después extenderse a las relaciones laborales privadas (pero siempre en el ámbito de las administraciones públicas) y, finalmente, al sector privado. El *whistleblowing* es un objeto de estudio frecuentemente tratado por parte de penalistas, aunque no es un instrumento dedicado únicamente a la prevención de los fenómenos delictivos, sino que está dirigido –como sugiere la definición dada por Transparencia Internacional¹–, más ampliamente, a la emergencia o el descubrimiento de «negligencias y abusos» en las actividades de una organización, que amenazan el interés

* Con la colaboración de Lavinia Messori, Investigadora contratada de Derecho Penal, Universidad de Módena y Reggio Emilia.

** Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Modena y Reggio Emilia (Italia).

¹ «Making a disclosure in the public interest by an employee, director or external person, in an attempt to reveal neglect or abuses within the activities of an organisation, government body or company (or one of its business partners) that threaten public interest, its integrity and reputation».

público, su integridad y su reputación. La definición es tan amplia que abarca cualquier *serious malpractice*².

El primer paso de la normativa italiana hacia su adaptación a las exigencias supranacionales³, tuvo lugar en el sector público, con la denominada Ley Severino del 2012 (Ley 190/2012).

Entre los motivos que se encuentran para explicar el considerable retraso con el que se consiguió que se siguiera la línea de las indicaciones del legislador europeo, algunos señalan la tendencia a la autosuficiencia de la jurisdicción laboral, que parecería proteger adecuadamente al empleado o trabajador del riesgo del despido como represalia⁴, así como la clara exclusión, que establece nuestro Código penal, del trabajador como sujeto obligado a formular denuncias (arts. 361 y 362 del Código penal)⁵. Quizás, más propiamente, el inicial titubeo o vacilación del legislador italiano estuvo ligado a la existencia de una cierta desconfianza hacia «instrumentos ajenos a nuestro sistema jurídico»⁶, que hubiesen (y, de hecho, han) impuesto un nuevo equilibrio entre intereses contrapuestos, como la necesidad del secreto y el interés en la emergencia o el descubrimiento de formas de desviación, la protección del denunciante y el interés en acceder a la información de lo denunciado.

El mecanismo del *whistleblowing* actualmente se encuentra previsto en el artículo 54 bis del Texto único de función pública (Decreto Legislativo 165/2001)⁷

² Feasibility Study on the drawing up of a Convention on civil remedies for compensation for damage resulting from acts of corruption [Multidisciplinary Group on Corruption –Working Group on Civil Law–, Strasbourg, 15 gennaio 1997, CM (97)19], punto 4.4.

³ Convenio del Consejo de Europa firmado en Estrasburgo el 4 de noviembre de 1999, ratificado en Italia con la Ley de 8 junio de 2012, nr. 112.

⁴ BETTINI, M. N., «Il diritto di critica del lavoratore nella giurisprudenza», en AAVV, *Diritto e libertà. Studi in onore di Matteo Dell'Olio*, Torino (Giappichelli Editori), 2008, p. 241 ss.; LATTANZI, R., «Prime riflessioni sul whistleblowing: un modello da replicare ad occhi chiusi?», *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2010, pp. 146 ss..

⁵ RUGANI, A., «I profili penali del whistleblowing alla luce della l. 30 novembre 2017 n. 179», *Legislazione penale*, 3. de junio de 2018, p. 5.

⁶ PARROTTA, A., y RAZZANTE, R., *Il sistema di segnalazione interna. Il whistleblowing nell'assetto anticorruzione, antiriciclaggio e nella prevenzione della responsabilità degli enti*, Pisa (Pacini Giuridica), 2019, p. 38; MASIERO, A. F., «La disciplina del whistleblowing alla luce della direttiva 2019/1937/UE. Tra prevenzione dei fenomeni corruttivi e tutela del denunciante», *Archivio penale*, 2020, p. 6 ss..

⁷ Artículo 54 bis, ap. 1, 2 y 3: «Il pubblico dipendente che, nell'interesse dell'integrità della pubblica amministrazione, segnala al responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza di cui all'articolo 1, comma 7, della legge 6 novembre 2012, n. 190, ovvero all'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC), o denuncia all'autorità giudiziaria ordinaria o a quella contabile, condotte illecite di cui è venuto a conoscenza in ragione del proprio rapporto di lavoro non può essere sanzionato, demansionato, licenziato, trasferito, o sottoposto ad altra misura organizzativa avente effetti negativi, diretti o indiretti, sulle condizioni di lavoro determinata dalla segnalazione. L'adozione di misure ritenute ritorsive, di cui al primo periodo, nei confronti del segnalante è comunicata in ogni caso all'ANAC dall'interessato o dalle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative nell'amministrazione nella quale le stesse sono state poste in essere. L'ANAC informa il Dipartimento della funzione pubblica

que toma en consideración las denuncias realizadas por el empleado público, en interés de la integridad de la administración pública, sobre conductas ilícitas de las que tenga conocimiento debido a su propia relación laboral; denuncias que pueden remitirse al responsable de prevención de la corrupción y la transparencia⁸, a la ANAC (Autoridad Nacional Anticorrupción)⁹ o directamente a la autoridad judicial ordinaria o contable.

El legislador establece la prohibición de sanciones, degradaciones, despidos, traslados, o sometimiento a otras medidas organizativas que tengan efectos negativos, directos o indirectos, en perjuicio de dicho empleado.

El anonimato del denunciante no es absoluto, sino que su identidad está protegida de acuerdo con el secreto en las formas y con los límites previstos en el artículo 329 del Código procesal penal¹⁰: teniendo en cuenta que la denuncia no constituye un mero punto de partida de la investigación, sino un informe detallado, es necesario garantizar el derecho de defensa del acusado y prever la tutela que el ordenamiento ofrece a tal efecto, tanto en el proceso como, más aún, en la determinación de la responsabilidad penal.

En el ámbito del procedimiento penal, encuentran aplicación las normas previstas en el Código procesal penal en relación con el secreto. Mientras, en el supuesto de un eventual procedimiento disciplinario, aunque el anonimato

della Presidenza del Consiglio dei ministri o gli altri organismi di garanzia o di disciplina per le attività e gli eventuali provvedimenti di competenza.

2. Ai fini del presente articolo, per dipendente pubblico si intende il dipendente delle amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, ivi compreso il dipendente di cui all'articolo 3, il dipendente di un ente pubblico economico ovvero il dipendente di un ente di diritto privato sottoposto a controllo pubblico ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile. La disciplina di cui al presente articolo si applica anche ai lavoratori e ai collaboratori delle imprese fornitrici di beni o servizi e che realizzano opere in favore dell'amministrazione pubblica.

3. L'identità del segnalante non può essere rivelata. Nell'ambito del procedimento penale, l'identità del segnalante è coperta dal segreto nei modi e nei limiti previsti dall'articolo 329 del codice di procedura penale. Nell'ambito del procedimento dinanzi alla Corte dei conti, l'identità del segnalante non può essere rivelata fino alla chiusura della fase istruttoria. Nell'ambito del procedimento disciplinare l'identità del segnalante non può essere rivelata, ove la contestazione dell'addebito disciplinare sia fondata su accertamenti distinti e ulteriori rispetto alla segnalazione, anche se conseguenti alla stessa. Qualora la contestazione sia fondata, in tutto o in parte, sulla segnalazione e la conoscenza dell'identità del segnalante sia indispensabile per la difesa dell'incolpato, la segnalazione sarà utilizzabile ai fini del procedimento disciplinare solo in presenza di consenso del segnalante alla rivelazione della sua identità.»

⁸ Originariamente, la denuncia debía ser dirigida al empleador; con la Ley 179/2017, se optó por redirigirla al responsable de la prevención de la corrupción y la transparencia, considerado más fiable, cfr. VARRASO, G., «Legge 30 novembre 2017, n. 179. Disposizioni per la tutela degli autori di segnalazione di reati o irregolarità di cui siano venuti a conoscenza nell'ambito di un rapporto di lavoro pubblico o privato», en AAVV, *Compliance. Responsabilità da reato degli enti collettivi*, Milano (Ipsos), 2019, p. 1734.

⁹ La ANAC fue incorporada como destinataria con el Decreto-ley 90/2014.

¹⁰ «Gli atti di indagine compiuti dal pubblico ministero e dalla polizia giudiziaria, le richieste del pubblico ministero di autorizzazione al compimento di atti di indagine e gli atti del giudice che provvedono su tali richieste sono coperti dal segreto fino a quando l'imputato non ne possa avere conoscenza e, comunque, non oltre la chiusura delle indagini preliminari».

está garantizado, puede decaer si el conocimiento de la identidad del denunciante es imprescindible para la defensa del acusado (así, Tribunal Supremo de Casación Penal, Sección VI, 27 de febrero de 2018, núm. 9047). No obstante, en este caso, procede –de conformidad con el último apartado del artículo 54 bis– el consentimiento del denunciante. De esta forma, se ha querido evitar que el secreto respecto de la identidad del denunciante dependa de las elecciones estratégicas adoptadas por el presunto autor del delito.

Todas las tutelas o protecciones al denunciante cesan en el caso de que se determine en sentencia la responsabilidad penal del denunciante por la comisión de los delitos de calumnia o difamación, o su responsabilidad civil por dolo o negligencia grave.

En este contexto, se ha apreciado un aspecto discriminatorio, ya que la tutela o protección descrita estaba limitada al ámbito del empleo público¹¹.

Con el objetivo de superar este inconveniente, el legislador llevó a cabo la reforma del 2017 (Ley 179/2017), por medio de la que se introdujeron los apartados 2 bis, 2 ter y 2 quater al artículo 6 del Decreto Legislativo 231/2001¹². Con estas disposiciones, el legislador extendió el mecanismo del *whistleblowing* a las

¹¹ CANTONE, R., «La tutela del whistleblower: l'articolo 54 bis del d. lgs. n. 156/2001 (art. 1, comma 51)», *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino (Giappichelli), 2013, p. 254; SALAZAR, A., «Contrasto alla corruzione e processi internazionali di mutua valutazione; l'Italia davanti ai suoi giudici», *Cassazione penale*, 2012, p. 4290.

¹² En la letra a) del apartado 1 del artículo 2 bis se prevé lo siguiente:

«a) uno o più canali che consentano ai soggetti indicati nell'articolo 5, comma 1, lettere a) e b), di presentare, a tutela dell'integrità dell'ente, segnalazioni circostanziate di condotte illecite, rilevanti ai sensi del presente decreto e fondate su elementi di fatto precisi e concordanti, o di violazioni del modello di organizzazione e gestione dell'ente, di cui siano venuti a conoscenza in ragione delle funzioni svolte; tali canali garantiscono la riservatezza dell'identità del segnalante nelle attività di gestione della segnalazione;

b) almeno un canale alternativo di segnalazione idoneo a garantire, con modalità informatiche, la riservatezza dell'identità del segnalante;

c) il divieto di atti di ritorsione o discriminatori, diretti o indiretti, nei confronti del segnalante per motivi collegati, direttamente o indirettamente, alla segnalazione;

d) nel sistema disciplinare adottato ai sensi del comma 2, lettera e), sanzioni nei confronti di chi viola le misure di tutela del segnalante, nonché di chi effettua con dolo o colpa grave segnalazioni che si rivelano infondate».

El texto de los artículos 2 ter y 2 quater es el siguiente:

«2 ter. L'adozione di misure discriminatorie nei confronti dei soggetti che effettuano le segnalazioni di cui al comma 2-bis può essere denunciata all'Ispettorato nazionale del lavoro, per i provvedimenti di propria competenza, oltre che dal segnalante, anche dall'organizzazione sindacale indicata dal medesimo.

2 quater. Il licenziamento ritorsivo o discriminatorio del soggetto segnalante è nullo. Sono altresì nulli il mutamento di mansioni ai sensi dell'articolo 2103 del codice civile, nonché qualsiasi altra misura ritorsiva o discriminatoria adottata nei confronti del segnalante. È onere del datore di lavoro, in caso di controversie legate all'irrogazione di sanzioni disciplinari, o a demansionamenti, licenziamenti, trasferimenti, o sottoposizione del segnalante ad altra misura organizzativa avente effetti negativi, diretti o indiretti, sulle condizioni di lavoro, successivi alla presentazione della segnalazione, dimostrare che tali misure sono fondate su ragioni estranee alla segnalazione stessa».

empresas privadas (incluidas las empresas controladas o participadas por entes públicos), mencionando siempre los informes realizados para proteger la integridad del ente y reiterando la prohibición de actos de represalia y la nulidad de los despidos discriminatorios o efectuados como represalia. Si bien se requiere que se garantice el anonimato del denunciante, también se prevé que las denuncias estén necesariamente fundamentadas, es decir, basadas en elementos fácticos precisos y consistentes. Por tanto, las denuncias genéricas o que carezcan de un sustento probatorio adecuado, no son aptas para obtener el régimen de protección indicado. No obstante, al respecto el Tribunal Supremo de Casación aclaró que la normativa en materia de *whistleblowing* «se limita a evitar consecuencias desfavorables, únicamente relacionadas con la relación laboral, para el denunciante que, en el contexto laboral, tenga conocimiento de una actividad ilícita, sin que se establezca la obligación de una búsqueda activa de dicha información, y sin autorizar actividades de investigación indebida, vulneradoras de los límites legales»¹³. Con ello, por tanto, el ámbito privado sirve de instrumento de emergencia o descubrimiento (meramente interno) de la *notitia criminis*¹⁴.

Las principales críticas respecto del *whistleblowing*, introducido en el «Sistema 231», se refieren –así como a la posibilidad de crear únicamente un canal informativo de carácter *interno*– a la limitación del contenido de las denuncias, debiéndose tratar de «conductas ilícitas, relevantes de acuerdo con el presente decreto» y, por lo tanto, no refiriéndose genéricamente a delitos, sino a los delitos que se incluyen específicamente en el catálogo previsto en los artículos 24 ss. del Decreto Legislativo 231/2001.

Es más, dado que es un mecanismo que necesariamente debe insertarse dentro de los modelos de organización, gestión y control («Los modelos mencionados en la letra a) del apartado 1»), no logra liberarse del carácter voluntario de su propio contexto natural. Los sujetos destinatarios de la responsabilidad «administrativa» procedente del delito no tienen la obligación sino la oportunidad de dotarse de modelos organizativos diseñados para prevenir la

¹³ Tribunal de Casación Penal, sección V, 21 de mayo de 2018, núm. 35792.

¹⁴ Asimismo, se prevé que la adopción de medidas discriminatorias contra el denunciante pueda ser denunciada a la Inspección Nacional de Trabajo, para que en el marco de sus competencias pueda adoptar las medidas oportunas, tanto respecto del propio denunciante como respecto de la organización sindical que este indique. El eventual despido del denunciante, como represalia o de carácter discriminatorio, debe considerarse nulo, así como los cambios en las funciones y cualquier otra medida de represalia o discriminación contra el denunciante, carecerán de efectos. En caso de litigios relacionados con la imposición de sanciones disciplinarias, despidos, traslados, como consecuencia de la presentación de la denuncia, se prevé una inversión de la carga de la prueba, ya que es el empleador el que tiene que demostrar que esas medidas están fundadas en motivos completamente ajenos a la denuncia del empleado (artículo 6, ap. 2 ter y 2 quater).

comisión de delitos en su propio interés o beneficio y evitar así las sanciones previstas a cargo de las personas jurídicas.

Por tanto, surge una estructura normativa menos incisiva, «demostrando que el interés del ordenamiento jurídico por la legalidad en las entidades privadas sigue siendo menos pronunciado que respecto a la administración pública»¹⁵.

II. LA INMINENTE TRASPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA (UE) 2019/1937 EN EL ORDENAMIENTO ITALIANO: LA LEY DE DELEGACIÓN EUROPEA (LEY DE 22 ABRIL DE 2021, NÚM. 53) Y EL PREÁMBULO A LA LEY DE TRASPOSICIÓN DEL DECRETO-LEY NÚM. 118/2021

La Directiva 2019/1937 tiene el objetivo declarado de armonizar la normativa de los Estados miembros en materia de *whistleblowing*, introduciendo normas mínimas comunes para garantizar una protección eficaz de los denunciantes en relación con los actos y los sectores en los que es necesario reforzar la aplicación de las normas (sectores de la contratación pública, los servicios financieros, la seguridad de los productos, la seguridad del transporte, el medio ambiente, la protección radiológica y la seguridad nuclear, la cadena de producción alimentaria, la salud pública, la protección de los consumidores, la tutela de la vida privada y la protección de los datos personales y la seguridad de las redes y de los sistemas de información, los intereses financieros de la Unión y la competencia¹⁶) sobre la base del hecho de que la denuncia insuficiente por parte de informadores es un factor clave que afecta negativamente a esta aplicación, y las violaciones del Derecho de la Unión pueden ocasionar un grave daño al interés público.

Se renueva, una vez más, la reflexión sobre el carácter valioso y crucial de las informaciones que tiene en su poder el *insider*, quien, en el ejercicio de su propia actividad profesional, es a menudo la primera persona en conocer las amenazas o perjuicios al interés público que surgen en este ámbito. Sin embargo, se observa que con frecuencia los denunciantes potenciales están poco predispuestos a denunciar sus inquietudes y sospechas por temor a represalias. En este contexto, (re)surge la importancia de garantizar una protección equilibrada y eficaz de los denunciantes, tanto en el sector público como en el privado.

La trasposición de la Directiva implicará un gran trabajo de adecuación de la normativa vigente en materia de *whistleblowing*, especialmente en el sector

¹⁵ VARRASO, G., 2019, p. 1746.

¹⁶ Vease considerando de 6 a 18 y artículo 2.

privado, cuyo mecanismo deberá ir necesariamente más allá del esquema facultativo del modelo organizativo *ex* Decreto Legislativo 231/2001.

La Ley de delegación europea núm. 53 del 22 de abril de 2021 estableció, en su artículo 23, los principios y criterios rectores para la trasposición de la Directiva 2019/1937, relativa a la protección de las personas que denuncian violaciones del Derecho de la Unión, encomendando al Gobierno la tarea de «a) modificar, de conformidad con lo dispuesto en la Directiva (UE) 2019/1937, la normativa vigente en materia de protección de los autores de denuncias de las infracciones a las que se refiere el artículo 2 de la citada Directiva de las que hayan tenido conocimiento en el ámbito de un contexto laboral en el sector público o privado y de los sujetos indicados en el apartado 4 del artículo 4 de la misma Directiva; b) velar por la coordinación y coherencia con las disposiciones vigentes, asegurando un alto grado de protección y tutela de los sujetos a los que se refiere la letra a), llevando a cabo las derogaciones necesarias y adoptando las disposiciones transitorias oportunas; c) ejercer la opción a la que se refiere el apartado 1 del artículo 25 de la Directiva (UE) 2019/1937, que permite la introducción o el mantenimiento de las disposiciones más favorables a los derechos de los denunciantes y las señaladas por la Directiva, con el objetivo de asegurar en cualquier caso el máximo nivel de protección y tutela de los mismos sujetos».

Por el momento el legislador italiano, conforme a lo recogido en el Informe de la Comisión Europea relativo a Italia del 26 de febrero de 2020, ha introducido novedades limitadas en la implementación de las Recomendaciones antes mencionadas. Concretamente, en relación con la lucha contra la corrupción, la Comisión destaca que se mantienen una serie de cuestiones que resultan problemáticas y sugiere intervenir en materia de *lobbying*, de conflictos de intereses y de *whistleblowing*.

III. LA NECESIDAD DE ADAPTAR LA NORMATIVA ITALIANA PARA PROTEGER, DE FORMA ADECUADA Y EFICAZ, A LOS «DENUNCIANTES»

De la lectura del texto de la Directiva se desprenden claramente elementos que constituyen una absoluta novedad en el marco de la normativa italiana, y que, en consecuencia, requieren de un profundo *restyling* del Derecho vigente (especialmente, como se verá, en el sector del Derecho privado); esto deberá producirse necesariamente en relación con (i) la noción de denunciante (art. 4 Directiva); (ii) la noción de infracción (art. 5, ap. 1); (iii) las condiciones de

protección de los denunciantes (art. 6); (iv) el establecimiento de un canal de denuncia externo (art. 11); (v) la posibilidad de revelación pública (art. 15); (vi) las medidas de apoyo a los potenciales denunciantes (art. 20); (vii) las sanciones para quienes obstaculicen las denuncias, adopten medidas de represalia, promuevan procedimientos abusivos o incumplan el deber de mantener la confidencialidad (art. 23).

La legislación italiana, no obstante, parece ya sustancialmente alineada con la Directiva en relación con (a) la garantía de confidencialidad (art. 16 Directiva); (b) la prohibición de represalias (art. 19); (c) las medidas de protección contra represalias (art. 21); (d) las medidas de protección de las personas afectadas¹⁷ (art. 22).

La trasposición de la Directiva requerirá, en primer lugar, una ampliación de la noción de *whistleblower*, tanto en el sector público como en el privado, ya que no puede identificarse únicamente ni con el funcionario público (art. 54 bis Texto único de función pública) ni con los directivos o los trabajadores (arts. 5 y 6 Decreto Legislativo 231/2001): al contrario, de conformidad con el artículo 4 de la Directiva, en ambos textos legales se entenderán contempladas las referencias a aquellos sujetos diversamente relacionados con la organización que puedan temer represalias ante la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran (trabajadores autónomos, accionistas, miembros del órgano de administración, dirección o supervisión de la empresa, incluidos los miembros no ejecutivos, voluntarios y personal en formación remunerado y no remunerado, cualquier persona que trabaje bajo la supervisión y dirección de contratistas, subcontratistas y proveedores, trabajadores que hayan perdido el vínculo laboral con la empresa, aspirantes a trabajadores que hayan tenido conocimiento de los hechos en el proceso de selección o en otras fases de las negociaciones precontractuales, así como, en su caso, facilitadores, terceros relacionados con los denunciantes y que pudieran correr el riesgo de sufrir represalias en el contexto laboral, como colegas o familiares de los denunciantes, entidades jurídicas de las que son propietarios los denunciantes, para las que trabajan o con las que, de un modo u otro, están conectados en un contexto laboral).

Además, la noción de hecho denunciado del apartado 2 del artículo 6 bis del Decreto Legislativo 231/2001, también deberá ser reformada parcialmente, debiéndose ahora incluir, junto a lo ya previsto por la legislación vigente (conductas ilícitas, relevantes de conformidad con el presente decreto y basadas en

¹⁷ Sobre las diferentes facetas de la protección del whistleblower, cfr. GULLO, A., «L'interesse pubblico come giusta causa della rivelazione nei delitti in materia di segreto», en Della Bella, A., Zorzetto, S. (Eds.), *Whistleblowing e prevenzione della illegalità*, Milano (Giuffrè), 2020, p. 271 ss.

elementos fácticos precisos y consistentes), cualquier acto u omisión ilícito relativo a los sectores que se comprenden dentro del ámbito material de la Directiva o que frustran el objeto o fin de las normas previstas en los actos de la Unión y en los sectores antes mencionados.

La normativa del sector disciplinario, en cambio, se encuentra mayormente alineada con lo previsto en la Directiva, pues el artículo 54 bis del Texto único de función pública, hace referencia genéricamente a las conductas ilícitas; sin embargo, ya no será posible limitar el funcionamiento del mecanismo de emergencia o descubrimiento únicamente a los hechos denunciados «en interés de la integridad de la administración pública».

El legislador italiano estará entonces llamado a meter mano a las condiciones para la protección del denunciante, debiendo abandonar la redacción del apartado 2 del artículo 6 bis del Decreto Legislativo 231/2001 («denuncias fundamentadas»), en favor de la previsión del artículo 6 de la Directiva: «Las personas denunciantes se benefician de protección en virtud de la presente Directiva, siempre que: tuvieran motivos razonables para creer que la información comunicada era veraz en el momento de la denuncia y que dicha información entraba en el ámbito de aplicación de la presente Directiva; y hubieran realizado una denuncia internamente de acuerdo con el artículo 7 o externamente de conformidad con el artículo 10, o hubieran efectuado una revelación pública de acuerdo con el artículo 15».

Por el contrario, el apartado 9 del artículo 54 bis del Texto único de función pública («las protecciones a las que se refiere este artículo no están garantizadas en los casos en los que se constate, incluso por medio de sentencia en primera instancia, la responsabilidad penal del denunciante por los delitos de calumnia o difamación o en todo caso por delitos cometidos con la denuncia a la que se refiere el apartado 1 o bien su responsabilidad civil, por el mismo título, en el caso de dolo o negligencia grave»), parece ser plenamente compatible con el citado artículo de la Directiva, incluso en la parte en la que hace desaparecer las garantías para el denunciante que incurra en negligencia grave, dado que el legislador eurounitario sigue exigiendo que el *whistleblower* haya podido contar con razones fundadas, que por contra no concurren cuando una persona actúa con negligencia grave.

Asimismo, volvemos a encontrarnos con una adecuación sustancial de la normativa de Derecho público y, a la inversa, con una necesidad de adaptación de la del sector privado, en relación con la obligación de establecer –junto a los canales internos– también canales externos de denuncia. El artículo 11 de la Directiva, de hecho, introduce la obligación de establecer canales de denuncia externa y de seguimiento de las denuncias, requiriendo a los Estados miembros para que designen las autoridades competentes para recibir,

responder y dar seguimiento a las denuncias y para que les proporcionen los recursos adecuados.

En relación con esta obligación, el «Sistema 231», además de ser de adopción facultativa, prevé la posibilidad de adoptar incluso solo un canal interno; aquí será necesario identificar la Autoridad competente para recibir las denuncias. Es probable que para esta cuestión la elección recaiga en una autoridad administrativa independiente y la ANAC –es decir, la Autoridad Nacional Anticorrupción– parece reunir los requisitos de preparación técnica indispensables, aunque es evidente que muchas veces la infracción puede no tener nada que ver con los fenómenos de corrupción.

Por el contrario, en el ámbito del Derecho público, la normativa ya parece adecuada, ya que, como se ha señalado, el artículo 54 bis del Texto único de función pública prevé que las denuncias puedan ser dirigidas al responsable de prevención de la corrupción y la transparencia, a la ANAC o directamente a la autoridad judicial ordinaria o contable. La ANAC, habiendo escuchado al Garante para la protección de los datos personales, debe adoptar directrices específicas relativas a los procedimientos para la presentación y gestión de las denuncias, que prevean el uso de métodos también informáticos y que promuevan el recurso a sistemas de encriptación para garantizar la confidencialidad de la identidad del denunciante y del contenido de las denuncias y la documentación relacionada.

Las Líneas guía ANAC 2015 establecen que cada administración está obligada a regular el procedimiento de gestión de las denuncias como parte de su Plan Trienal de Prevención de la Corrupción, previendo –en particular– un apartado específico relativo a la gestión de los instrumentos para la protección del empleado público denunciante¹⁸.

Tanto en el Derecho público como en el privado, se extenderá después la protección hoy acordada para el *whistleblower* «tradicional» también a aquellos que no se limiten al tradicional «soplo» o «chivatazo», sino que incluirá la revelación pública. Esto, siempre que la persona haya primero informado interna y externamente, sin que se hayan tomado las medidas adecuadas en respuesta a la denuncia, o siempre que la persona denunciante tenga motivos razonables para creer que la infracción puede constituir un peligro inminente o manifiesto para el interés público, como en el caso de una situación de emergencia o riesgo de daño irreversible; o siempre que exista un riesgo de

¹⁸ TARTAGLIONE, M., «Il «whistleblowing» nel settore pubblico. I meccanismi di tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti», Cerioni, F., Sarcone, V. (Eds.), *Legislazione anticorruzione e responsabilità nella pubblica amministrazione*, Milano (Giuffrè), 2019, pp. 399 ss.

represalias o que la probabilidad de que la infracción se aborde de manera efectiva sea baja, de acuerdo con las circunstancias del caso.

Además, actualmente, el sistema nacional carece de las medidas de apoyo a los denunciantes a las que se refiere el artículo 20 de la Directiva, que exige que dichos sujetos tengan la posibilidad de acceder fácilmente y de manera gratuita a información y asesoramiento, completos e independientes, sobre los procedimientos y recursos disponibles en materia de protección frente a las represalias y sobre los derechos de la persona implicada; a una asistencia eficaz por parte de las autoridades competentes para la protección frente a las represalias; a la asistencia jurídica gratuita en el contexto de procedimientos penales y civiles transfronterizos; a la asistencia financiera y apoyo, también psicológico, en el contexto de los procedimientos judiciales.

Finalmente, de conformidad con el artículo 23 de la Directiva, se exigirá a Italia que prevea sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias aplicables a las personas físicas o jurídicas que: obstaculicen o intenten obstaculizar las denuncias; realicen actos de represalia contra las personas del artículo 4; incoen procedimientos abusivos contra las personas del artículo 4; violen la obligación de confidencialidad de la identidad de los denunciantes a la que se refiere el artículo 16. Asimismo, se deberán prever sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias aplicables a las personas denunciantes respecto de las que se constate que han realizado deliberadamente denuncias o revelaciones públicas falsas.

Actualmente, de hecho, en el sector privado –donde las lagunas parecen ser en su conjunto más importantes– solo los entes que decidan adoptar un modelo organizativo estarán obligados a incluir en el sistema disciplinario que adopten, de conformidad con el apartado 2 de la letra e), «sanciones a quien infrinja las medidas de protección del denunciante, así como a quien efectúe con dolo o negligencia grave denuncias que resulten infundadas». Para los casos en los que las organizaciones decidan libremente no cumplir con esta carga, actualmente no existe un sistema sancionador; sistema sancionador que, aun así, podría –en el caso de existir– no cumplir con los requisitos de efectividad, proporcionalidad y disuasión exigidos por la Directiva.

En el sector público, en cambio, ya se prevé que «si, como parte de la investigación que realiza la ANAC, se constata la adopción de medidas discriminatorias por una de las administraciones públicas o uno de los entes a los que se refiere el apartado 2, sin perjuicio de que se genere otro tipo de responsabilidades, la ANAC aplica al responsable que ha adoptado dicha medida una sanción administrativa pecuniaria de 5.000 a 30.000 euros. Si se constata la ausencia de procedimientos para la remisión y gestión de denuncias o la adopción de procedimientos que no se ajustan a los referidos en el apartado 5, la ANAC aplica al

responsable una sanción administrativa pecuniaria de 10.000 a 50.000 euros. Si se constata que el responsable no realiza la actividad de verificación y análisis de las denuncias recibidas, se aplica al responsable la sanción administrativa pecuniaria de 10.000 a 50.000 euros. La ANAC determina la entidad de la sanción teniendo en cuenta el tamaño de la administración o del ente al que se refiere la denuncia» (art. 54 bis, ap. 6).

Para el denunciante, sin embargo, se mantiene firme, *ex artículo 54 bis, ap. 9*, la responsabilidad por los delitos de calumnia o difamación o, en todo caso, por delitos cometidos con la denuncia, o bien su responsabilidad civil, por el mismo título, en los casos de dolo o negligencia grave.

Aquí la integración legislativa se llevará a cabo, por tanto, añadiendo únicamente una sanción para el caso en que, a pesar de haberse establecido los procedimientos de denuncia, estos últimos se vean obstaculizados, y para el caso en el que sea violada la obligación de confidencialidad de la identidad de las personas denunciadas.

Probablemente una de las cuestiones más destacables de la Directiva sea la referencia que hace a la posibilidad de que los Estados miembros prevean una responsabilidad del ente, como alternativa a la de la persona física, para los casos en los que se cometa alguna de las infracciones enumeradas anteriormente. El legislador europeo, de hecho, ha hecho referencia a sanciones efectivas, proporcionadas y disuasivas aplicables a las personas físicas o jurídicas. Por tanto, para trasponer correctamente la Directiva, el legislador italiano no está obligado a introducir necesariamente un supuesto de *accountability* dependiente de una conducta delictiva (como, por ejemplo, un obstáculo general a la denuncia), lo que representaría un *unicum* en nuestra historia de la responsabilidad de las personas jurídicas.

En conclusión, en Italia –del mismo modo que ha ocurrido en muchos otros países de Europa– la oleada de iniciativas político-criminales de fin de siglo inspiradas en una línea común (tanto de tipo represivo como sobre todo preventivo) de lucha contra los fenómenos de corrupción y más genéricamente de *mala gestio* en la administración del sector público y privado, ha conducido a la constitución de innovadores sistemas de control, vigilancia y sanción. En primer lugar, estos sistemas aparecieron en el sector privado, con el Decreto Legislativo 231/2001 y con la introducción de la nueva responsabilidad *ex crimine* de las personas jurídicas, fundada sobre modelos de organización y gestión con funciones de prevención de la comisión de delitos en el interés del ente (responsabilidad formalmente «administrativa», pero de naturaleza sustancialmente penal o «parapenal», como ya reconoce la opinión dominante en doctrina y jurisprudencia). Y una década más tarde surgieron en

el sector público, con la creación de la Autoridad Nacional Anticorrupción (ANAC) y de los Planes Nacionales Anticorrupción en todo el aparato administrativo nacional, regional y local. La nueva regulación del *whistleblowing* –originalmente de matriz estadounidense pero promovida e impuesta por el legislador europeo a todos los países de la Unión– representa un punto ideal de conjunción entre estos dos sistemas de prevención y control (el del sistema privado y el del sistema público), inaugurando quizá de este modo una nueva etapa de la política criminal anticorrupción en la que la frontera entre lo público y lo privado tenderá progresivamente a difuminarse y confundirse en un sistema unitario de vigilancia, control y sanción.

LA EXPANSIÓN DE LA CATEGORÍA DE SEGURIDAD NACIONAL

JOSÉ L. GONZÁLEZ CUSSAC*

Con estas líneas deseo sumarme al merecido homenaje a la profesora Dra. Mirentxu Corcoy Bidasolo, estimada colega de generación, con todo mi afecto y reconocimiento.

I. LAS NUEVAS AMENAZAS Y RETOS GLOBALES

Ciertamente las denominadas nuevas amenazas post Guerra Fría han contribuido a un crecimiento exponencial, difuso y continuo de la idea de seguridad. Es decir, una categoría en continua expansión y de difícil precisión. Pero esta expansión se originó mucho antes. En concreto, desde el final de la II Guerra Mundial, 1945, cuando los EEUU comenzaron a identificar el tradicional concepto de «defensa nacional» (de su territorio) con el de «seguridad nacional», mucho más amplio e indeterminado. Además, semejante doctrina permite intervenir fuera de su territorio, en cualquier parte del mundo, e incluso de forma preventiva¹.

De suerte que, ya asentada y expandida esta doctrina, el actual marco post Guerra Fría, con sus nuevas amenazas y vectores, han estimulado la

* Catedrático de Derecho penal. Universidad de Valencia.

¹ Aquí se encuadran las intervenciones preventivas sin habilitación expresa de la ONU, que han practicado y practican varios países, ya sea abiertamente, o mediante *acciones encubiertas* o a través del uso de drones, infringe frontal y gravemente la normativa internacional, y por consiguiente solo consisten en actos unilaterales de fuerza que quedan fuera del Derecho.

consolidación y hasta la ampliación de sus contornos. Así pues, la globalización, la irrupción de las nuevas tecnologías, y la aparición de amenazas híbridas, han venido a fortalecer esta deriva.

Ahora bien, desde el enfoque jurídico, la expansiva e indeterminada categoría de seguridad nacional ha prevalecido mayoritariamente sobre los derechos, garantías y libertades fundamentales. Esta prevalencia es general, no solo atribuible a las actividades de inteligencia, sino que abarca a cualquier clase de intervención estatal o supra-estatal². De modo que el paradigma de la seguridad es prevalente y por primera vez se erige en fundamento para restringir derechos. A ello se suma la resbaladiza indeterminación jurídica de la categoría de seguridad nacional que, tal vez por esta elasticidad, prácticamente siempre resulta salvada en cualquier conflicto frente a un derecho o garantía individual³. A esta solución que siempre sacrifica los derechos y libertades personales contribuye el recurso a la técnica de la *ponderación de intereses*. Semejante técnica supone una renuncia implícita a establecer reglas de solución de los conflictos, que se dejan así abiertos y en manos del decisor. Esta dejación además expresa una baja calidad normativa por insuficiencia de la actividad legislativa, lo que deriva en el consiguiente aumento del poder discrecional del gobierno y nominalmente también de las facultades discrecionales del poder judicial.

Podría decirse que el exceso de incertidumbre se transforma en una confusa gestión del miedo a la inseguridad. Y el protagonismo de esa inseguridad se muestra precisamente en la progresiva centralidad que está adquiriendo «la seguridad» y el interés por todo lo relacionado con ella, en prácticamente todos los ámbitos⁴.

² No obstante, no puede obviarse la singular manera en que el conflicto entre seguridad nacional y derechos individuales se plantea en las actuaciones de los servicios de inteligencia. Por ejemplo, MARTIN, K., «Intelligence, terrorism, and Civil Liberties», en *Human Rights Magazine*, Winter 2002, pp. 1 ss.; y en nuestra literatura, SANSÓ-RUBERT PASCUAL, D., «Seguridad vs. Libertad: el papel de los servicios de inteligencia», en *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Cerol*, núm. 48, Universitat de Valencia, 2004, pp 85 ss.; y, GALVACHE VALERO, F., *La inteligencia de la amenaza global: presupuesto básico de la respuesta*, disponible en <http://www.jihadmonitor.org/>; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.; LARRIBA HINOJAR, B., y FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A., «Derecho», en González Cussac, J. L. (Coord.), *Inteligencia*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2012, pp. 281 ss.

³ En la literatura jurídica española ya se habló críticamente de «un intento de categorización», así, REVENGA SÁNCHEZ, M., «Razonamiento judicial, seguridad nacional y secreto de Estado», en *Cuadernos y Estudios de Derecho Judicial*, núm. 25, Madrid (CGPJ), 1997, p. 7.

⁴ En este sentido, GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., y FLORES GIMÉNEZ, F., «Una metodología para el análisis de las amenazas y riesgos, y la evaluación e impacto de las respuestas. Especial consideración del efecto sobre los derechos y libertades fundamentales, en Seguridad global y derechos fundamentales», *Cuadernos de Estrategia 188 Seguridad global y derechos fundamentales*, Madrid (Instituto Español de Estudios Estratégicos), 2017, p. 17, afirman: «La preocupación por la seguridad no está, desde luego, injustificada. La nueva realidad del terrorismo (hasta hace unos años periférico, hoy desplazado hacia el centro de la civilización occidental), de los conflictos armados, del espionaje, del crimen organizado... así como los nuevos métodos de acción (fundamentalmente tecnológicos y a través del ciberespacio) y sus consecuencias (inestabilidad

En síntesis, los Estados son conscientes de que el poder y la fuerza por sí mismos no se traducen en seguridad, por lo que su aproximación a ésta se realiza, o trata de realizarse, a través de una perspectiva integral y multifuncional. Esta perspectiva se refiere, de una parte, a la necesidad de llevar a cabo acciones conjuntas y coordinadas por parte de los Estados, para hacer frente con eficacia a los riesgos y amenazas globales más relevantes. De otra, suscribe un enfoque de la seguridad en el que se conjugan muchos elementos de diferente naturaleza⁵. Se trata de un planteamiento comprensivo de la seguridad, que reconoce tanto una permeabilidad fronteriza entre las distintas áreas tradiciones de la seguridad (exterior-interior), como un equilibrio entre sus dimensiones políticas, económicas, social-culturales y ambientales⁶.

En cualquier caso, las restricciones de derechos fundamentales acordadas en salvaguarda de la seguridad nacional *también* están sometidas a la ley fundamental, esto es, han de ser tomadas de «conformidad al Derecho». De aquí la imperiosa necesidad de avanzar en la elaboración de un concepto de *seguridad nacional* compatible con nuestro sistema de libertades.

II. CIBERAMENAZAS: LA VIGILANCIA POR DEFECTO

No es necesario subrayar el avance y desarrollo de las tecnologías de la comunicación e información (TIC), ni su uso por gran parte de los ciudadanos del mundo. Así, sobre un total de población mundial de 7.549 millones de personas, 4.021 millones usan internet (53 %); 3.196 millones las redes sociales (42 %), y 5.135 millones la telefonía móvil (68 %)⁷. Han transformado las comunicaciones, la difusión de las informaciones, la cultura, la forma de

financiera, cambio climático, escasez energética, flujos migratorios masivos), obliga a los Estados a reinventar los medios con los que combatir esas amenazas y cumplir así la función de protección ciudadana y del sistema constitucional que se espera de ellos. Es evidente que no resulta una tarea fácil».

⁵ GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., y FLORES GIMÉNEZ, F., «Seguridad global y derechos fundamentales. Una propuesta metodológica», en González Cussac, J. L., y Flores Giménez, F. (Coords.), *Seguridad y derechos*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2018, p. 27.

⁶ En este punto, véase BALLESTEROS, M. A., *En busca de una Estrategia de Seguridad Nacional*, Madrid (Instituto Español de Estudios Estratégicos), 2016, pp.103 ss. También, una descripción clara y matizada de las distintas perspectivas de la seguridad la encontramos en LABORIE, M., *La evolución del concepto de seguridad, Documento marco del IEEE*, núm. 05/2011, p. 3. En él se señala cómo la «seguridad integral», al menos en sus orígenes, mantiene al Estado como objeto central de la seguridad, mientras que otras aproximaciones, como la «seguridad humana», opta por priorizar en su atención a la persona y sus derechos humanos, llegando a considerar al Estado como un elemento generador de inseguridad. Se trata, en cualquier caso, de visiones que han sufrido una evolución significativa en los últimos años.

⁷ Global Digital Report 2018 (<https://digitalreport.wearsocial.com/>).

trabajo, la economía, la ciencia, la medicina, la enseñanza, la industria, la integración política y las relaciones sociales. Han contribuido al crecimiento económico, al progreso y al desarrollo de personas, empresas, organizaciones y países, generando nuevas oportunidades en todos los ámbitos. Una suma de revoluciones tecnológicas que continúan imparables.

Estos últimos años quizás no se han caracterizado sólo por la aparición de nuevas tecnologías, sino también por la constatación de la irreversibilidad de su impacto en la distribución del poder, en el modelo económico, en nuestra forma de vida cotidiana e incluso en cuestiones éticas y legales. También conviene recordar que en 2016 se cumplieron quince años de la creación de Wikipedia y diez del primer *tweet*.

Pero las TIC también generan nuevos retos y amenazas para la seguridad de los Estados, las organizaciones, las empresas y los individuos. E igualmente crea nuevos riesgos para el funcionamiento del orden político, jurídico, económico y social⁸. Y desde luego han generado un nuevo escenario para el ejercicio de los derechos fundamentales y las libertades públicas.

En los últimos años los expertos aseguran que los *ciberataques* han logrado una transferencia de riqueza sin precedentes; han accedido a secretos nacionales; a códigos fuente; a bases de datos públicas y privadas; archivos de correo electrónico; a planes de negociación y explotación (especialmente de petróleo y gas); de contratos legales, entre otros muchos⁹.

Así pues, tanto en el plano cotidiano como en el político, social, económico y también de seguridad, sobresale el uso de las nuevas tecnologías y el impacto que comporta para los derechos fundamentales de los ciudadanos, para las empresas y para los Estados. El derecho a la intimidad personal, el secreto económico e industrial de las corporaciones, y la información reservada de los Estados, se ven amenazadas por la intromisión y el espionaje, facilitado por el desarrollo constante de mecanismos e instrumentos tecnológicos. Esta materia ha sufrido un giro radical en los últimos años y ni la comunidad internacional, ni las naciones, han sido capaces de dar respuesta normativa clara y precisa a los límites y controles en la utilización, hoy desmesurada,

⁸ TEJADA DE LA FUENTE, E., y MARTÍN MARTÍN DE LA ESCALERA, A. M^a., «Cibercrimen», en Díaz Fernández, A. (Dir.), *Conceptos Fundamentales de Inteligencia*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2016, p. 37.

⁹ Diferentes y constantes informes de organismos internacionales constatan esta creciente amenaza. Por ejemplo, la Resolución 50, de 3 noviembre de 2016 de la UIT (Unión Internacional de Telecomunicaciones); el Informe de 29 enero 2019 de ENISA (Agencia de Seguridad de las Redes y de la Información de la UE); El Reporte de Ciberseguridad 2020 de BID/OEA; así como los diferentes informes periódicos del Foro Económico Mundial y especialmente de INTERPOL.

de estas nuevas herramientas. Es un reto de la mayor trascendencia tanto para el Derecho como para la seguridad.

Pero las recientes revelaciones, entre otras, las de Snowden, han venido a confirmar una inquietante situación de *vigilancia por defecto* (*surveillance by default*). Sobre la misma no creo necesario reproducir las críticas y la sensación creciente de desprotección. Tampoco es menester reiterar la inmensa capacidad de penetración de las nuevas tecnologías, con el uso de programas de recolección masiva de datos, como, por ejemplo, los ya clásicos PRISM y MUSCULAR.

Por consiguiente, no es una novedad que los Estados acumulen información, ni que lo hagan «espíandose» unos a otros, ni que existan alianzas entre ellos. Tampoco lo es la existencia de tecnologías de *Big Data*, que ya poseen 30 años. Quizás sorprende la evidencia de la estrecha colaboración entre agencias de inteligencia y grandes corporaciones de telecomunicación e información, de su uso masivo y sin apenas normas regulatorias internacionalmente consensuadas.

El uso intensivo y extensivo de las nuevas tecnologías se ha justificado principalmente en la prevención del terrorismo. Amenaza auténtica, a la que habría que añadir otras como el crimen organizado transnacional, los clásicos riesgos militares, o la desinformación. Sin duda se trata de peligros reales en los que podemos aceptar determinadas limitaciones del derecho a la intimidad.

Pero esta versión oficial, siendo cierta, no explica toda la realidad. Desde hace años muchas Agendas de Seguridad Nacional incluyen la protección y desarrollo de la economía. Ello nos sitúa en el escenario de la inteligencia económica y competitiva. Esto es claro al menos entre los países de Europa Occidental, EEUU, Canadá, Australia o Nueva Zelanda, sólidos aliados frente a las amenazas clásicas, pero también fieros competidores en un mundo global. La escala aumenta si nos referimos a Japón, Israel y Europa Oriental, alcanzando su máximo exponente en relación a China y Rusia, entre otros. De ahí la expresión actual de *guerra económica* especialmente aplicada en este contexto de crisis¹⁰. Y la amenaza terrorista juega como una excelente excusa para el espionaje económico estratégico. No obstante, uno de los peligros más temidos es un *ciberataque* (un *ciber 11 S*), o en otro plano el uso de *bombas sucias*. Sin embargo, los informes anuales muestran que la realidad se centra

¹⁰ Cfr. HARBULOT, C., *La machine de guerre économique: Etats-Units, Japon, Europe*, París (Económica), 1992; JUILLET, A., «Principios de aplicación de la inteligencia económica. Inteligencia y seguridad», *Revista de análisis y prospectiva*, núm. 1, diciembre, 2006, p. 123; CLARKE, R. A., y KNAKE, R. K., *Guerra en la red: los nuevos campos de batalla*, Barcelona (Ariel), 2011; OLIER, E., *La guerra económica global*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2018.

en ciberataques protagonizados por Estados contra otros Estados o de Estados contra empresas y organizaciones civiles¹¹.

En todo caso parece obvio que los diferentes servicios de seguridad del Estado deben contrarrestar la actividad terrorista desplegada en redes sociales, medios de comunicación tradicionales y cualquier otro instrumento digital. De hecho, ya se han desarrollado algunas acciones abiertas en esta dirección¹². Sin embargo, quizás la respuesta más polémica sería ofrecer cobertura legal para el uso de *troyanos* u otros virus informáticos más desarrollados, así como la posibilidad de *hackear* programas y sistemas utilizados por grupos terroristas, dentro de lo que clásicamente se ha denominado *guerra psicológica*.

Finalmente, las citadas revelaciones ponen de manifiesto no solo esta tendencia a la vigilancia por defecto y permanente¹³, sino también la consolidación de dos áreas jurídicamente oscuras: la *externalización* o *privatización* de obtención de información y la relativa a las *informaciones compartidas* entre diferentes servicios de inteligencia¹⁴.

III. LA SEGURIDAD INTERIOR Y EL AUGE DE LA INTELIGENCIA CRIMINAL Y POLICIAL

Mientras que la noción de «seguridad exterior», sus amenazas y respuestas, goza de cierto nivel de definición legal, la de «seguridad interior» sigue mostrando mayores insuficiencias. En cierta forma, puede afirmarse que el interés se ha desplazado singularmente hacia esta última categoría. Conviene aquí recordar la complejidad y diversidad de «agendas nacionales de seguridad», incluso en la misma región. La mutación de las amenazas o la aparición de algunas nuevas, arroja luz a la decisión de optar en este ámbito por reglas flexibles y adaptables y, en todo caso, subrayar que los objetivos

¹¹ Cfr. CCN-CERT IA 13/19: *Ciberamenazas y tendencias*, edición 2019. También CCN-CERT BP/13, Desinformación en el ciberespacio, febrero 2019. Y ver también la Estrategia Nacional de Ciberseguridad (2019).

¹² Por ejemplo, entre otras, la del Departamento de Estado de EEUU, que lanzó en la red durante 2014 el vídeo *Welcome to the Islamic State Land* («Bienvenidos a la tierra del Califato Islámico»), dentro de una campaña más amplia «*Thing again, turn away*» («Piénsalo bien, aléjate»). O en el Reino Unido recientemente se lanzó una campaña *#notinmyname* («no en mi nombre») en la que tomaron el liderazgo mujeres musulmanas para denunciar la perversa utilización del islam por parte del Estado Islámico. También en el seno de la UE se cuenta con un instrumento para afrontar esta escalada mediante el «EU's radicalisation awareness network (RAN)».

¹³ SNOWDEN, E., *Vigilancia permanente* (trad. E. Cruz Santaella), Barcelona (Planeta), 2019.

¹⁴ De interés la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) en relación a los *safe harbour*. (C-362/14 –*Schrems*; de 6 de octubre de 2015–).

estratégicos corresponde fijarlos al poder ejecutivo, quien a su vez es el destinatario final de la inteligencia.

No obstante, aquí nos detendremos en la categoría de la seguridad interior y en el ascenso de la llamada *inteligencia criminal* o *inteligencia policial*¹⁵. Esta progresión no debería extrañar a nadie, pues es obvia la concurrencia de diferentes agencias estatales de seguridad en materias comunes como terrorismo, crimen organizado (tráficos de drogas, armas, personas, u órganos, lavado de activos y corrupción), protección del orden constitucional, extremismo y radicalismo ideológico, «ciberseguridad», protección de recursos ambientales, entre otros.

En realidad, es clave definir y construir con claridad y precisión el sistema en el que las diferentes agencias de seguridad y defensa deben tener unas competencias, funciones y controles definidos. Desde luego, deben establecerse protocolos de coordinación y cooperación, pero siempre partiendo de la autonomía funcional de cada uno. Históricamente, sabemos de unidades de inteligencia militar que mantienen cada vez más un perfil técnico y circunscrito a sus funciones constitucionales, por lo general orientadas a la seguridad exterior; por consiguiente, salvo escasas excepciones, el problema de delimitación se produce entre las agencias de inteligencia civil y las policiales en el marco de la seguridad interior.

La distinción es fundamental, porque si el lenguaje sirve para algo, en este caso ha de expresar diferentes funciones constitucionales y que, en tanto diferentes, conllevan regímenes jurídicos diversos. Con mayor claridad puede decirse que en el seno de modelos constitucionales propios de un Estado democrático de Derecho, es posible la coexistencia de servicios de inteligencia con funciones diferentes a las atribuidas a los servicios policiales. En particular, está muy extendido configurar organismos encargados de elaborar inteligencia estratégica y sin ninguna competencia policial; por su parte, la finalidad capital de la policía es prevenir y perseguir delitos. La distinción aparece crucial, porque, entonces, la diferencia entre la inteligencia practicada por unos y otros es sustancial¹⁶.

Ciertamente ambas inteligencias poseen aquel punto de encuentro de materias comunes que genéricamente pudiera referirse al objetivo de la prevención de delitos, pero, desde luego, los servicios de inteligencia estratégica jamás

¹⁵ UGARTE, J. M., «Hacia una doctrina de inteligencia criminal», *Cuadernos de Seguridad*, No. 15, Argentina, 07/2012.

¹⁶ GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., «Intromisión en la intimidad y CNI. Crítica al modelo español de control judicial previo», en *Inteligencia y Seguridad: Revista de Análisis y Prospectiva*, núm. 15, 2014, pp. 151-186.

tienen –en este modelo– la misión de perseguir delitos. Aquí es donde reside la clave de bóveda: las agencias de inteligencia estratégica no persiguen delitos ni tampoco su misión es acopiar pruebas incriminatorias¹⁷. Por eso mismo, es posible e, incluso conveniente, que unos y otros estén sometidos a unos diferentes grados de control judicial, normas de obtención de pruebas y de sometimiento estricto al principio de legalidad.

Las diferencias se aprecian más claramente si, junto a la noción de «inteligencia criminal», añadimos las de investigación criminal o delictiva y de «actuación policial orientada por inteligencia» (*Intelligence-led policing*), o incluso una tercera actividad: el *análisis criminal*.

La inteligencia criminal debe estar orientada a prevenir delitos, neutralizando amenazas serias, graves, probables e inminentes contra bienes jurídicos esenciales en el correspondiente ordenamiento jurídico. Técnicamente, su tiempo de actuación se sitúa en fase de preparación del delito. Incluso, puede que los actos realizados no sean todavía punibles legalmente –actos preparatorios impunes–; en este sentido, puede emplearse, en ocasiones, como un recurso extrapenal de las políticas de seguridad. Ahora bien, aunque disponga de un cierto margen de discrecionalidad, siempre deberá actuar bajo control judicial, singularmente en casos de utilización de medios susceptible de intromisión en los derechos fundamentales. Tampoco es sencillo definir el procedimiento y validez de incorporación como prueba al proceso penal de las informaciones obtenidas.

Por su parte, la investigación criminal es un concepto sólidamente construido en una centenaria tradición jurídica en la que sobresalen las pautas de actuación contenidas en las leyes penales sustantivas y procesales, así como en las normas policiales y conocimientos de criminalística y policía científica y forense. Es competencia de los cuerpos policiales y está destinada a la represión y persecución de hechos delictivos, con estricto sometimiento al principio de legalidad, pleno control judicial y finalidad de adquisición de pruebas. En síntesis, se trata de una actividad sumamente reglada y formalizada¹⁸.

Más recientemente, se ha ido acuñando la llamada «actuación policial orientada por inteligencia». Con este título se quiere designar el uso de la inteligencia como herramienta para la toma de decisiones orientadas a la reducción de delitos y a su prevención.

¹⁷ ESTÉVEZ, E., «La actividad de inteligencia en nuevos contextos normativos democráticos. Adaptando la inteligencia realizada en el ámbito interior», *Seminario Internacional «A Atividade de Inteligência e os desafios contemporâneos»*, Brasília (Agencia Brasileira de Inteligencia), 2005, cita la doctrina alemana de Trennungsgebot.

¹⁸ GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., LARRIBA HINOJAR, B., FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A., 2012, pp. 287-289.

El auge de la inteligencia criminal y de otras categorías asociadas, además de su interés intrínseco, aporta un ángulo excelente para apreciar un cambio sustancial de tendencia en las actividades de inteligencia: la popularidad del modelo de policía comunitaria y de las actuaciones policiales orientadas por inteligencia, ha abierto el debate de su idoneidad para exportarlo a las clásicas agencias de inteligencia militares o civiles. En este contexto, especialmente en el europeo, se habla del tránsito del modelo de la «seguridad nacional» al de la «seguridad pública»; de la integración de dimensiones humanas, locales, nacionales e internacionales en la noción de seguridad –perspectiva antropocéntrica–; y traslación desde la seguridad exterior a la nueva noción de seguridad interior del criterio de «todos ganan cuando uno gana» –no suma cero.

Sin embargo, el pretendido tránsito desde la *seguridad nacional* a la *seguridad pública* comporta, también, importantes modificaciones del régimen jurídico. Este último, como se acaba de exponer, procede esencialmente de la actuación y funciones policiales, que vienen determinadas por un estricto control de legalidad, supervisión judicial y recursos probatorios. Por lo tanto, con la fusión de los conceptos de seguridad se está también equiparando el régimen jurídico de todas las agencias de seguridad e inteligencia.

En mi opinión, la tendencia hacia un sometimiento pleno al Derecho de todas las agencias de seguridad e inteligencia es innegable. Ahora bien, sometimiento no significa necesariamente igualdad completa e idéntica en el canon de legalidad ni del grado de supervisión y control judicial. Naturalmente, cuanto mayores son los controles, la transparencia y la confrontación de informaciones, aumentan el interés y aprobación social hacia las instituciones y sus actividades, se reducen las posibilidades de abuso, impunidad y de lesión de los derechos fundamentales.

En todo caso esta corriente alcanza tanto la mencionada necesidad de control presupuestario y de eficacia –gestión de políticas públicas–, como al de legalidad o adecuación de sus actividades, dentro o fuera de su territorio, al respeto a los derechos y garantías fundamentales. Hasta ahora, la gran autonomía de las agencias de inteligencia se había podido mantener merced a las expectativas sociales de éxito en la neutralización de amenazas vinculadas a la categoría de seguridad nacional que, para muchos, conlleva cierto grado de eficacia extralegal. El fenómeno del terrorismo es un buen ejemplo de esto último, como también de las dificultades de mantener en la actualidad la tradicional y rígida separación entre seguridad exterior y seguridad interior. Pero, justamente, el terrorismo es definido en la mayoría de legislaciones nacionales e internacionales

como un delito común, esto es, no político y, en consecuencia, debe ser perseguido y reprimido como un delito¹⁹.

Dejando ahora de lado los ricos matices de esta dinámica, la tendencia hacia la democratización de la idea de seguridad, significa indudablemente un nítido tránsito desde el «Estado de seguridad» a un «Estado de Derecho», con defensa sin matices de los principios democráticos²⁰. Estos avances exigen nuevas normas sobre estructuras, funciones y controles en la práctica de las actividades de inteligencia. Hoy no se discute tanto sobre su legitimidad, sino más bien sobre un nuevo enfoque de la tensión entre secreto y publicidad.

La evolución de la inteligencia desde una inteligencia militar hacia una «inteligencia ampliada» conlleva la necesidad de compartir estas funciones entre diversas agencias de distinta naturaleza. Esta tendencia es creciente y satisfactoria, aunque deben prevenirse los riesgos de una *militarización* de la policía, o de una *policialización* de las fuerzas armadas y de los servicios de inteligencia estratégica²¹.

IV. CONCLUSIÓN

Se advierte una continua evolución desde una inteligencia/seguridad en origen militar (preparación de guerras y defensa nacional), que transitó después por un entendimiento de la seguridad interior condicionado por el escenario de la Guerra Fría y con notable autonomía de actuación de las agencias de inteligencia; hasta aproximarse, actualmente, a una fórmula que algunos identifican como «inteligencia pública», que demanda y exige un control permanente²².

¹⁹ GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., «Servicios de inteligencia y contraterrorismo», en Portilla Contreras, G., y Pérez Cepeda, A. I. (Dirs.), *El terrorismo en la actualidad: un nuevo enfoque político-criminal*, Salamanca (Ratio Legis), 2016, pp. 115-135.

²⁰ SWENSON, R. G., Lemory, S. C. (Coord.), *Democratización de la función de inteligencia*, Washington DC (National Defense Intelligence College), enero 2009.

²¹ SWENSON, R. G., *Reflexiones sobre inteligencia: la autonomía de decisión, la rendición democrática de cuentas y los fundamentos para la supervisión* (traducción de Brian Hughes y F. Javier Torres Ribelles). Artículo inédito para Insyde.

²² Por «inteligencia pública» debe entenderse la corriente actual hacia una normalización de los servicios de inteligencia en el Estado de Derecho. Es decir, a ser comprendidos como un servicio público más, que, con todas sus singularidades, no puede escapar ni al control jurídico (*lógica de la legalidad*), ni al control político de eficacia y eficiencia (*lógica de la necesidad*).

EL CRIMINAL COMPLIANCE EN EL DERECHO ARGENTINO. ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA LEY 27.401, LOS LINEAMIENTOS PARA LA IMPLEMENTACIÓN DE LOS PROGRAMAS DE INTEGRIDAD Y EL REGISTRO DE INTEGRIDAD Y TRANSPARENCIA PARA EMPRESAS Y ENTIDADES (RITE)

CARLOS M. GONZÁLEZ GUERRA*

I. INTRODUCCIÓN

La sanción, en Argentina, de la Ley 27.401 conocida como Ley de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas para delitos contra la administración pública y el soborno transnacional no fue un hecho aislado, sino que se integró a un proceso amplio de reformas de la legislación penal tanto de fondo como de forma.

En dicho proceso, es quizás el Proyecto de Reforma al Código Penal que el Poder Ejecutivo envió al Senado en marzo de 2019 el punto más importante, aunque no haya tenido aún tratamiento¹. Fue justamente, en el marco de ese Proyecto, que se incorporó a nivel general la RPPJ².

* Abogado UBA. Doctor en Derecho penal y Ciencias penales por la Universidad Pompeu Fabra. Profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad Austral.

¹ El Decreto presidencial núm. 103/2017 de creó la «Comisión para la Reforma del Código Penal de la Nación». El Código penal argentino está vigente desde el año 1921. En este tiempo sufrió más de novecientas reformas parciales que llevaron a la ruptura de la sistematicidad del régimen penal argentino. En estos cien años hubo dieciocho Comisiones a las que se le encomendó una reforma integral del Código penal, recién ésta, la de 2019, fue la primera en lograr pasar del Poder Ejecutivo al Congreso y espera actualmente ser tratada en el marco del Senado.

² En el sistema penal argentino ya estaba especialmente prevista la RPPJ para los delitos de desabastecimiento –Ley 20.680–, delitos aduaneros –Ley 22.415–; delitos cambiarios –Ley 19.359–; delitos

El proceso legislativo concreto se explica a partir de un contexto de exigencias internacionales ligadas fundamentalmente a la lucha contra la corrupción. Son quizás tres Convenciones las que han marcado el dicho camino legislativo. A saber, la Convención Interamericana contra la Corrupción firmada por el plenario de la Organización de los Estados Americanos en 1996; la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, adoptada en la ciudad de New York en 2003; y sin dudas la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de la OCDE, firmada en París en el 2000.

El proyecto de redacción de la actual Ley 27.401 fue en simultaneo con el trabajo de la Comisión para la reforma del Código penal. Sin embargo, a diferencia del Proyecto que sigue esperando ser tratado, la ley sí recibió aprobación del Congreso Nacional. Es por ello que, en el Proyecto de Código penal se mantuvieron los parámetros generales que habían obtenido ya validación legislativa en la Ley 27.401³.

II. LA 27.401, LA LEY DEL CRIMINAL COMPLIANCE EN ARGENTINA

El dato verdaderamente novedoso de la sanción de la Ley 27.401 no fue el establecimiento de la RPPJ que ya existía en el país, ni la homogenización de los sistemas de imputación para las empresas, que hubiese sido necesario, pero no fue posible, sino la creación de incentivos concretos en la legislación nacional para la prevención y en particular incentivos para la incorporación de Programas de Cumplimiento en las empresas.

Sin dudas es el paso en Argentina al sistema de auto-regulación regulada –mediante incentivos jurídicos–, aunque como luego aclararemos, con ésta

tributarios –Ley 24.769–; delitos contra la libre competencia –Ley 25.156–; delitos en el marco del Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones –Ley 24.241– y en el propio Código penal en el contexto de los delitos contra el orden económico y financiero.

³ La única diferencia significativa con relación a la RPPJ en el proyecto que espera su suerte en el Senado de la Nación es que en él se amplían sensiblemente los delitos que pueden ser imputados a empresas y entidades. A saber, en el Proyecto de Reforma del Código penal de la Nación se prevé la RPPJ para los delitos contra la administración pública, delitos contra el orden económico y financiero, terrorismo y financiamiento, delitos de narcotráfico y relacionados con estupefacientes, delitos fiscales, delitos aduaneros, delitos cambiarios, tráfico de sangre, órganos y manipulación genética, delitos contra el ambiente, delitos contra el patrimonio arqueológico y paleontológico, delitos relacionados con el deporte, delitos contra la propiedad intelectual y el delito de trata de personas con fines de explotación previsto en el artículo 145.

ley, al menos en parte, también se dió el paso al sistema del control donde los Programas, en casos puntuales, obligatorios⁴.

El basto desarrollo intelectual entorno al *societas delinquere non potest* no puede ser abordado en un trabajo de estas características; sin embargo, es importante resaltar que tiene una larga y debatida historia tanto en el ámbito del Derecho Europeo Continental, donde los límites que le ha impuesto la dogmática jurídico-penal son los protagonistas, pero también un desarrollo, mucho más antiguo y no menos conflictivo en el contexto del Derecho anglosajón desde donde ha sido importada⁵. Justamente por ello es que algunos autores suelen hablar de un proceso de americanización del Derecho penal de los negocios⁶.

El proceso de elaboración generó varios puntos de importante discusión, en primer lugar, a nivel técnico-jurídico y, en segundo lugar, en el ámbito político⁷.

1. Responsabilidad penal o administrativa de las personas jurídicas

El primer punto dilemático en la elaboración de la Ley 27.401 fue la opción por un sistema de responsabilidad administrativa de la persona jurídica o dar el paso, definitivo, a la responsabilidad penal como lo había hecho el legislador argentino en varias leyes penales especiales donde ya existía la responsabilidad criminal para las entidades de existencia ideal.

Este debate, que, por supuesto no es nuevo en la doctrina internacional, se inicia con el surgimiento del Estado Liberal ya que en el Estado policial del despotismo ilustrado no se distinguía entre el Derecho penal y el Derecho administrativo, sólo aparecía una distinción de funciones entre los tribunales y las autoridades administrativas. Sin embargo, con el advenimiento del liberalismo, el Derecho penal se convirtió en «uno de los exponentes más finos del

⁴ Sobre autoregulación, auto-regulación regulada, heteroevaluación, *vid.*, entre otros, GÓMEZ MARTÍN, V., «Compliance y derechos de los trabajadores», en Kuhlen; Montiel, y Ortiz de Urbina Gimeno. (eds), *Compliance y teoría del Derecho penal*, Madrid (Marcial Pons), 2013, pp. 125-129.

⁵ Sobre este aspecto es muy descriptivo DEL SEL, J. M., «*Societas delinquere, ¿Potest o non potest?*». La responsabilidad criminal de la empresa a la luz de la visión anglosajona», en Yacobucci, G. J. (dir), *Derecho penal empresario*, Montevideo-Buenos Aires (Bdef), 2010, pp. 89-128.

⁶ NIETO MARTÍN, A., «¿Americanización o Europeización del Derecho penal?», *RP*, núm. 19, 2007, pp. 120-121.

⁷ Sobre el proceso de elaboración de la Ley 27.401 puede verse GONZÁLEZ GUERRA, C. M., «La actual situación sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la Argentina», en García Cavero, P., y Chinguel Rivera, A. I. (coords.), *Derecho penal y persona. Libro Homenaje al Prof. Dr. H. C. Mult. Jesús María Silva Sánchez*, Lima (Ideas), 2019, pp. 887-909.

Estado de Derecho» por su vinculación al *ius puniendi* y al principio de legalidad tanto de delitos como de penas⁸.

En el Derecho comparado el debate sigue aún abierto, legislaciones muy relevantes por su influencia en el ámbito local como la italiana y la alemana, más allá de algunos proyectos que están en discusión, se han inclinado por el momento por un sistema de responsabilidad administrativa para las personas jurídicas⁹. En el ámbito nacional, la discusión en particular sobre la responsabilidad penal o administrativa también lleva años en la doctrina y tuvo un punto interesante también en el orden jurisprudencial con el recordado fallo Fly Machine de la CSJN¹⁰.

Ahora bien, no parece razonable no llamar a las cosas por su nombre y generar el ya conocido fraude de etiquetas, toda vez que decir que un régimen de imputación es administrativo, siendo al final de cuentas también un sistema de atribución de responsabilidad y no tener diferencias ni cualitativas ni cuantitativas con el régimen penal no es más que una fachada¹¹. De hecho, existen posiciones doctrinales que sostienen que las personas jurídicas no pueden ser incluso susceptibles de sanciones administrativas, porque, al igual que las penales requieren de similares exigencias en materia de culpabilidad¹².

Ello es así porque las similitudes entre ambas áreas del Derecho público, son indiscutibles. La doctrina ha debatido, y continúa haciéndolo, sobre los límites entre el Derecho penal y el administrativo sancionador¹³. Límites que, por cierto, se tornan cada vez más difusos por una doble razón: por un lado, la

⁸ CEREZO MIR, J., «Límites entre el Derecho penal y el Derecho administrativo», *ADPCP*, t. 28, núm. 2, pp. 159-161.

⁹ Con referencias concretas sobre este tema, *vid.* RODRÍGUEZ ESTÉVEZ, J. M., «Exigibilidad y reproche penal para las empresas», *CRIMINALIA, Academia Mexicana de Ciencias Penales*, LXXXVII, diciembre, 2020, pp. 895 ss.

¹⁰ CSJN, Fly Machine S. R. L. s/ recurso extraordinario, 30 de mayo de 2006.

¹¹ En ese sentido, RODRÍGUEZ ESTÉVEZ, J. M., *Imputación de responsabilidad penal para la empresa*, Montevideo-Buenos Aires (Bdef), 2015, p. 87 sostiene que «el recurso al Derecho administrativo sancionador –incluso aplicado por el juez penal– resulta en muchas oportunidades una vía argumental de escape hacia adelante con relación a los problemas de fondo que rigen la imputación penal de la empresa como sujeto activo del delito».

¹² Cfr. GRACIA MARTÍN, L., «La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas», en Mir Puig, S., y Luzón Peña, D. M. (coords.), *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Barcelona (Bosch), 1996, pp. 35-45 ss.

¹³ A modo de ejemplo, *vid.* 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.; Orts Berenguer, E., y 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*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 2009, p. 891; RANDO CASERMEIRO, P., *La distinción entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador. Un análisis de política jurídica*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2010, pp. 53-60; PÉREZ ARIAS, J., *Sistema de atribución de responsabilidad penal a las Personas Jurídicas*, Madrid (Dykinson), 2014, pp. 91-96.

doctrina y la jurisprudencia actuales suelen exigir en el ámbito del Derecho administrativo sancionador el cumplimiento de las garantías básicas del debido proceso y la vigencia del principio de culpabilidad, dado que las sanciones suelen ser penas del Derecho penal, como lo es la multa¹⁴. Por otro lado, ya en el ámbito estricto de este último, es innegable que la creciente protección penal de bienes colectivos acompañada por un incuestionable cambio de paradigma del concepto de imputación, que tiende a ver al tipo penal como elemento más adscriptivo que descriptivo, ha acercado al Derecho penal de manera notable al campo del Derecho administrativo, circunstancia que nos hace pensar acerca de las dificultades de encontrar una diferencia cualitativa entre ambas facetas del Derecho público¹⁵.

Los borrosos límites entre el Derecho penal y el administrativo también se han debatido en el contexto argentino, por ejemplo, en la delimitación entre la infracción y el delito tributario. El legislador penal nacional, al establecer un monto concreto para distinguir entre infracciones y delitos, más allá de la discusión de si se trata de una condición objetiva de punibilidad o de un elemento del tipo, no ha hecho más que poner de manifiesto que el límite es absolutamente artificial¹⁶.

Mir Puig planteaba que era el reproche ético-social la característica específica que tenía la pena del sistema penal a diferencia de la sanción administrativa¹⁷. Dicha posición, originada en la ya clásica obra de Goldschmidt, se basaba justamente en la idea de que el Derecho penal intervenía ante la lesión éticamente reprochable de un bien jurídico, mientras que el Derecho administrativo se ocupaba de aquellos actos de desobediencia ético y valorativamente neutros¹⁸. El hombre era considerado de manera distinta en el ámbito de ilícito penal y en el ámbito del ilícito administrativo, en el primero aparece como un individuo

¹⁴ Cfr., al respecto, CAGNI FAZZIO, J. M., *La administrativización de la coerción estatal*, Buenos Aires (Fabián Di Plácido Editor), 2007.

¹⁵ GONZÁLEZ GUERRA, C. M., y VALERGA ARAOZ, J. A., «Sujetos obligados a informar: cuasi-funcionarios en la prevención del delito de lavado de dinero», *Revista el Derecho Penal*, núm. 12, 2011, pp. 5-9.

¹⁶ Es interesante en este punto observar propuestas como la de LAPORTA, M. H., «Informe sobre el delito de evasión fiscal», en Lascano, C. J., y Montiel, J. P. (coords), *Informe CRIMINT-UNC 2012, Reforma al Código penal argentino*, pp. 111-118 que considera que la ley penal tributaria no debería imponer montos concretos para realizar la distinción, sino que debería ser el propio Ministerio Público Fiscal, a cargo de ejecución de la política criminal del país, quien determine cuando se persigue o no penalmente un evasión tributaria.

¹⁷ MIR PUIG, S., «Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas», *RECPC*, núm. 6, 2004, <http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-01.pdf>; también en MIR PUIG, S., «Sobre el principio de intervención mínima del Derecho penal en la reforma penal», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, Homenaje al Prof. Sainz Cantero*, núm. 12, 1987, pp. 243 ss.

¹⁸ GOLDSCHMIDT, J., *Das Verwaltungsstrafrecht. Eine Untersuchung der Grenzgebiete zwischen Strafrecht und Veranwortungsstrafrech auf rechtsgeschichtlicher und rechtsvergleichender Grundlage*, reimpresión de la edición de Berlín, 1902, Scientia Verlag Aalen, 1969, pp. 539 ss.

dotado de voluntad autónoma; mientras que en el ámbito administrativo es un miembro de la sociedad al servicio del desarrollo social. Sin embargo, hoy ya nadie duda de que en el ámbito del Derecho administrativo el hombre también es considerado como sujeto responsable y se realiza en torno a él y a su hecho un ejercicio de imputación. Las propuestas de distinción entre el Derecho penal y el Derecho administrativo formuladas por Goldschmidt se sustentó sobre la existencia de delitos «naturales», «per se» «de Derecho natural», «previamente dados» o «metapositivos» y, por el otro, delitos administrativos «artificiales» o «creados sólo por la voluntad del Estado».

Ahora bien, sin perjuicio de este histórico, intenso y rico debate sobre las teorías cualitativas y cuantitativas para la distinción entre ambas ramas del Derecho público, como acertadamente sostuvo Cerezo Mir, entre lo ilícito penal y lo ilícito administrativo existen sólo diferencias cuantitativas y el límite entre ambos debe ser trazado por el legislador, es decir que «en la distribución de la materia ha de tener en cuenta la gravedad de las infracciones desde el punto de vista material (desvalor ético-social o cultural) y consideraciones de política criminal (la rapidez y eficacia de la sanción)»¹⁹.

Siendo ello así, la decisión sin dudas pasa por una evaluación en el orden de los baremos de la política-criminal donde fundamentalmente las dificultades para la determinación de la responsabilidad individual al interior de la organización, la imposibilidad de dar solución a la cultura criminógena de la empresa y la relevancia del aspecto simbólico-comunicativo de la sanción penal terminan inclinando la balanza. El Derecho penal cumple, en gran medida, con la función de estabilización de las expectativas sociales defraudadas por la comisión del delito y, el Derecho administrativo no puede, por sí mismo, cumplir con esa función comunicativa intrínseca al sistema penal²⁰.

Ahora bien, las bases deben ser construidas sobre una política criminal entendida como Ciencia y alejada de los vaivenes de la política coyuntural. En ese sentido, sintetiza Rodríguez Estévez, con relación a la Ley 27.401, que «la definición legislativa adoptada por la Argentina permite adelantar dos reflexiones: a) la política criminal desbordó la discusión teórica; b) la implementación judicial de la ley deberá respetar los principios del Derecho penal –principalmente el de legalidad y culpabilidad en materia de imputación– y el debido proceso y defensa

¹⁹ CEREZO MIR, J., *ADPCP*, t. 28, núm. 2, p. 169. En ese mismo sentido, ROBIGLIO, C., «El reproche penal al ente de existencia ideal», en Altamirano, A. C., y Rubinska, R. M. (coords.), *Derecho penal tributario*, Buenos Aires (Marcial Pons), 2008, pp. 947-957.

²⁰ GARCÍA CAVERO, P., «La persona jurídica como sujeto penalmente responsable», en Yacobucci, G. J. (dir), *Derecho penal empresario*, Montevideo-Buenos Aires (Bdef), pp. 61-69.

en juicio en materia de enjuiciamiento»²¹. La llamada «macdonalización» del Derecho penal no es en definitiva una copia de las leyes, sino más bien una recepción de estrategias de política-criminal en el sistema europeo continental²².

Se trata en definitiva, como se ha tratado siempre, de que la interpretación y la aplicación judicial del Derecho, es decir la reconstrucción de la ley ante el caso concreto logré el mejor Derecho posible, o como gráficamente sostiene Silva Sánchez «el menos incorrecto posible»²³.

2. El sistema de atribución de responsabilidad

En segundo lugar, el debate se generó sobre la determinación del sistema de atribución de responsabilidad. Sin embargo, con la ley ya sancionada y en vigencia corresponde afirmar que dicho debate no sólo no ha concluido, sino que, por el contrario, tomará aún mayor dimensión cuando los tribunales comiencen a aplicar la 27.401. Ello es así porque, el sistema de atribución de responsabilidad penal que finalmente se concretó en la ley es un sistema mixto o quizás mejor dicho un híbrido²⁴.

Los modelos de imputación pueden agruparse básicamente en dos grupos²⁵, por un lado, el modelo de responsabilidad vicarial o por atribución de responsabilidad y, por el otro, el modelo de responsabilidad por hecho propio o por defecto de organización. En el primer caso, la responsabilidad es indirecta ya que se origina por el hecho cometido por una persona física, en general de un alto cargo dentro de la empresa, y se traslada a la persona jurídica. La responsabilidad por defecto de organización, por el contrario, descansa sobre la

²¹ RODRÍGUEZ ESTÉVEZ, J. M., *CRIMINALIA, Academia Mexicana de Ciencias Penales*, LXXXVII, diciembre, 2020, *op. cit.*

²² NIETO MARTÍN, A., *RP*, núm. 19, 2007, pp. 120-136 y 133.

²³ SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades posindustriales*, 3.ª ed. ampliada, Montevideo-Buenos Aires (Bdef), 2011, p. 208.

²⁴ La expresión híbrido me fue sugerida por RAMÍREZ en un seminario de profesores.

²⁵ La doctrina penal especializada mantiene un arduo debate sobre los distintos sistemas de atribución de RPPJ, que no puede abarcarse en un trabajo de estas características. Sin embargo, si corresponden mencionar que la naturaleza jurídica de la RPPJ, como de manera resumida y en un ámbito concreto lo sostiene PASTOR MUÑOZ, N., «Programas de cumplimiento y normas de conducta jurídico-penales: una reflexión desde la perspectiva de la responsabilidad penal de las personas físicas», *La Ley Compliance Penal*, núm. 5, 2021, pp. 1-22, nota 2, se ha debatido entre modelos que van desde la responsabilidad directa de empresa por la comisión de delitos propios; modelos de responsabilidad por hechos de los administradores o empleados como propios de la persona jurídica por un fallo de organización que le es atribuible; como respuesta a un injusto estructural objetivo libre de reproche penal; como privación del enriquecimiento injusto e incentivo a la correcta auto-organización o, incluso, modelos que niegan, como en el caso de España, la naturaleza penal de las consecuencias jurídicas previstas en el 31 bis del CP y son entendidas como una reacción a un estado de cosas antijurídico.

idea del reproche por un hecho propio de la persona jurídica. Aunque quizás sería bueno preguntarse, como lo hace Nieto Martín, si ¿pertenece el defecto de organización al injusto o la culpabilidad propia de la persona jurídica?, e incluso si realmente ¿tiene sentido hablar de injusto y culpabilidad en las infracciones cometidas por empresas?²⁶.

El régimen de imputación fue mutando durante el arduo debate de elaboración de la Ley 27.401 y luego también en el marco de ambas Cámaras del Congreso resultando un sistema híbrido de atribución con ribetes de un régimen vicarial y matices de un sistema de atribución por defecto de organización²⁷.

La responsabilidad vicarial está clara en el marco del artículo 2 de la ley que prevé expresadamente que las personas jurídicas son responsables por los delitos que hubieren sido realizados, directa o indirectamente, con su intervención o en su nombre, interés o beneficio. Sin embargo, también son responsables si quien hubiere actuado en beneficio o interés de la persona jurídica fuere un tercero que careciese de atribuciones para obrar en representación de ella, siempre que la persona jurídica hubiese ratificado la gestión, aunque fuere de manera tácita. Y finalmente aclara que la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad sólo si la persona humana que cometió el delito hubiere actuado en su exclusivo beneficio y sin generar provecho alguno para aquella. De ello surge con claridad, además del régimen vicarial, una exposición significativamente amplia al riesgo para la empresa, por conductas realizadas por personas que incluso nada tienen que ver con ella, en la medida que su actuar le hubiese generado un beneficio que ella tácitamente validara.

Sin embargo, del propio artículo 2 surge también otra interpretación. A saber, cuando se prevé la comisión de delitos realizados directa o indirectamente por la empresa con su intervención tenemos allí un supuesto de responsabilidad propia de la empresa²⁸. A ello se suman el punto más relevante que es la incorporación de incentivos concretos para la implementación de Programas de Cumplimiento y su relación con el sistema de imputación.

²⁶ NIETO MARTÍN, A., «Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en derecho penal», en Kuhlen, L.; Montiel, J. P., y Ortiz de Urbina Gimeno, I. (eds), *Compliance y teoría del Derecho penal*, Madrid (Marcial Pons), 2013, p. 22.

²⁷ La muy interesante inclusión de los programas de cumplimiento como factor de disminución de la RPPJ o incluso de su exclusión se sostiene justamente sobre la idea de un núcleo de responsabilidad o culpabilidad construido sobre la idea de una organización defectuosa o no virtuosa, en esa línea, *vid.* NIETO MARTÍN, A., 2013, pp. 21-50.

²⁸ CARRIÓ, A. y REUSSI, M., «La responsabilidad penal de la persona jurídica. Una norma fundamental que deja más dudas que certezas», en Durrieu, N., y Saccani, R. R. (dirs.), *Compliance, Anticorrupción y responsabilidad penal empresarial*, Suplemento Especial, La Ley, mayo, 2018.

III. EL IMPACTO DE LA INCORPORACIÓN LEGAL DE LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO

La existencia de Programas de Cumplimiento eficaces puede llevar a la exclusión de la responsabilidad de los miembros del órgano de administración, como primera instancia²⁹. Aunque en los mismos se mantenga la obligación de gestionar, de manera indirecta, el *Compliance Program* y con ello una responsabilidad por control. Eso claro está, independientemente de las nuevas responsabilidades individuales que se generan en cabeza de quienes tienen a su cargo el control directo de los programas, entre ellos fundamentalmente, los *compliance officers*.

Los incentivos se agrupan básicamente en tres fórmulas: 1. la posibilidad de exención de penas a las empresas; 2. los acuerdos de colaboración y 3. la atenuación de pena. Aparece también, aunque no se trata de un incentivo la exigencia legal de contar con Programas de Cumplimiento para determinadas empresas que quieran contratar con el Estado. Este último punto no es ya incluíble en la lógica de la auto-regulación regulada, sino que por el contrario se trata justamente de un primer supuesto de sistema del control incluido en nuestra legislación.

1. La exención de pena

La primera consecuencia relevante para las empresas que cuenten con Programas de Cumplimiento adecuados se da, incluso, antes de la existencia de un proceso penal específico. Ello es así porque la ley prevé un único supuesto de exención de pena, tanto en el régimen penal como en el administrativo, cuando se den simultáneamente tres condiciones. A saber, en primer lugar, tiene que existir por parte de la empresa una denuncia espontánea de un delito de los previstos en la ley como consecuencia de una actividad propia de detección e investigación interna. Es decir que, en el marco de una investigación, que paradójicamente no es uno de los elementos elegidos por el legislador como obligatorio de los Programas de Integridad, ha detectado la comisión del delito. En segundo lugar, que hubiere implementado un sistema de control y supervisión adecuado en los términos de los artículos 22 y 23 de la ley,

²⁹ SILVA SÁNCHEZ, J. M., «Deberes de vigilancia y *Compliance* empresarial», en Kuhlen, L.; Montiel, J. P., y Ortiz De Urbina Gimeno, I. (eds), *Compliance y teoría del Derecho penal*, Madrid (Marcial Pons), 2013, pp. 79-103.

con anterioridad al hecho del proceso, cuya violación hubiera exigido un esfuerzo de los intervinientes en la comisión del delito. Y finalmente, que hubiere devuelto el beneficio indebido obtenido³⁰.

Cuando se dan esas tres situaciones, la empresa quedará exenta de pena, no así las personas físicas intervinientes en el hecho que deberán responder por el mismo.

2. Los acuerdos de colaboración

La segunda consecuencia relevante de contar con Programas de Integridad en la empresa viene dada por la posibilidad de adherirse a acuerdos de colaboración que a la larga repercutan en una disminución de la posible pena a imponerle.

En este caso, a diferencia del anterior, el proceso penal ya se haya iniciado y hay una investigación estatal en curso contra la persona jurídica. El acuerdo de colaboración eficaz, como lo llama la Ley, se deberá celebrar entre la persona jurídica y el Ministerio Público Fiscal. En él, la empresa se obliga a cooperar a través de la revelación de información o datos precisos, útiles y comprobables para el esclarecimiento de los hechos, la identificación de sus autores o partícipes o el recupero del producto o las ganancias del delito. Para ello se establecerán una serie de condiciones que la propia ley enumera. Podrá celebrarse hasta la citación a juicio y se asegura la confidencialidad de la información que se intercambie en el marco del acuerdo.

3. La atenuación de penal

El último efecto jurídico importante de contar con un Programa de Cumplimiento va a gravitar en el contexto de la determinación de la pena. Es decir, ya luego del inicio de la causa penal y en particular luego de determinada la culpabilidad de la persona jurídica cuando el juez deba realizar la difícil tarea de concretar la pena para la empresa por el hecho cometido.

Es razonable pensar que el juez al momento de determinar la pena concreta a imponer a la empresa tendrá especialmente en cuenta si la misma contaba o no con un Programa de Cumplimiento, como así también, en caso de tenerlo,

³⁰ Sobre este tema, con relación a la Ley 27.401, *vid.*, entre otros, DURRIEU, N., «La autodenuncia y otras exenciones de pena», *La Ley*, Suplemento Especial, mayo, 2018.

las características del mismo³¹. Si bien es cierto que los criterios de determinación de la culpabilidad en el sistema del Derecho Europeo Continental en poco se parecen a las *Sentencing Guidelines* emanadas de la *United States Sentencing Commission*, entendidas como normas o pautas para las sentencias en el proceso penal federal, lo cierto es que varias de las pautas que se han plasmado en los requisitos que deben tener los Programas de Integridad para permitir los incentivos jurídicos han sido tomadas de dicho sistema, lo que reafirma una vez más la lógica de la americanización del Derecho penal de la empresa³².

En el ámbito nacional suele criticarse a la ley porque los estímulos que da son muy limitados, sobre todo si uno tiene en cuenta los esfuerzos que implica para la empresa establecer un adecuado Programa de Cumplimiento. Sin embargo, no caben dudas de que los estímulos son muchos más relevantes en el ámbito de lo comunicacional-reputacional que en lo jurídico.

IV. LOS LINEAMIENTOS DE INTEGRIDAD PARA EL MEJOR CUMPLIMIENTO DE LO ESTABLECIDO EN LOS ARTÍCULOS 22 Y 23 DE LA LEY NÚM. 27.401 DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Los Lineamientos de integridad, fueron elaborados poco menos de un año después de sancionada la Ley 27.401 y son un elemento fundamental para generar cierta uniformidad en la elaboración de los programas de cumplimiento³³.

La doctrina especializada ha valorado positivamente el texto que se convirtió en una ayuda imprescindible para la implementación de los Programas de *Compliance* dentro de las empresas. Ello es así, no sólo porque se convierte en una herramienta fundamental para uniformar contenidos de los Programas, sino también porque en buena medida ha venido a subsanar algunos errores de la ley a la hora de regular algunos temas de integridad³⁴.

³¹ U. S. Sentencing Guidelines Manual para.8B2.1 (a) (2004).

³² Sin embargo, como acertadamente sostiene NIETO MARTIN, A., 2013, p. 41, incluso en el «país de origen de los Programas de cumplimiento, Estados Unidos, en los diez primeros años de eficacia de las *Guidelines* sólo en tres casos se tuvo en cuenta la existencia de programas de cumplimiento para graduar la pena».

³³ Es interesante observar en este punto la disidencia de los profesores CÓRDOBA y ZIFFER, para quienes debe ser la propia ley la que establezca algunos criterios o contenidos mínimos de los programas de integridad de modo tal de asegurar cierta uniformidad que luego debería ser completada por reglamentaciones administrativas, en Proyecto Código penal de la Nación 2019, SAIJ, Buenos Aires, 2019, p. 213.

³⁴ Sostiene MONTIEL, J. P., «Lineamientos de integridad: breves reflexiones generales del documento y consideraciones específicas sobre las capacitaciones, las investigaciones internas y el oficial de cumplimiento», en Montiel, J. P. (dir.), Ayestarán, N. (coord.), *Reporte en Compliance. Lineamientos de integridad*,

El artículo 23 de la Ley 27.401 establece expresamente el contenido de los programas de integridad, seleccionando tres como elementos mandatorios u obligatorios la existencia de un código de ética o de conducta, o la existencia de políticas y procedimientos de integridad aplicables a todos los directores, administradores y empleados, independiente del cargo o función ejercidos, que guíen la planificación y ejecución de sus tareas o labores de forma tal de prevenir la comisión de los delitos que se prevén en el artículo 1 de la misma ley; reglas y procedimientos específicos para prevenir ilícitos en el ámbito de los concursos y procesos licitatorios, en la ejecución de contratos administrativos o de cualquier otra interacción con el sector público; y la realización de capacitaciones periódicas sobre el Programa de Integridad a directores, administradores y empelados.

Y por su parte, el artículo se complementa con diez elementos optativos o no obligatorios para la determinar la idoneidad del programa de integridad. Ahora bien, es difícil explicar por qué motivo las capacitaciones periódicas son un elemento obligatorio impuesto por la ley y no lo es por ejemplo la existencia de un proceso de investigaciones internas que además es un elemento necesario para posibilitar a la empresa la exclusión de responsabilidad penal cuando realice una auto-denuncia y repare el daño causado.

Sin perjuicio de estas cuestiones, la pregunta relevante en este contexto es quien determina si un Programa de Cumplimiento es adecuado o no. Se hace a partir de los Lineamientos como guía técnica de la ley o ellos sólo dan pautas. La cuestión dependerá sin dudas del momento y del contexto. Ello es así porque si se está ante un proceso penal concreto serán los fiscales y los jueces quienes, seguramente con el apoyo de los profesionales del Cuerpo de Peritos de la Corte Suprema de la Nación, determinarán la calidad del Programa de Cumplimiento y la adecuación del mismo a la empresa concreta. Pero puede pasar que esa evaluación se tenga que hacer antes de un proceso penal concreto, puede suceder que los propios abogados consultados por la empresa para determinar si hacer o no una auto-denuncia para aspirar a una exención de pena por un delito cometido en su seno sean quienes deben evaluar el Programa y que su adecuación o no, forme parte de la sugerencia técnica de dar el paso a la auto-denuncia. Sin embargo, debemos tener en cuenta que cada vez más vienen apareciendo, como veremos en el punto siguiente, ciertos institutos tendientes a crear estándares, evaluar y hasta certificar la calidad de los Programas.

Crimint-Investigación, Buenos Aires, 2018, pp. 11 ss., que uno de los errores más notables en la redacción de la Ley 27.401 ha sido la diferenciación entre elementos mandatorios y optativos de un programa de integridad.

V. RITE REGISTRO DE IDENTIDAD Y TRANSPARENCIA PARA ENTIDADES Y EMPRESAS

La reciente aparición de la Norma ISO 37.301 con un sistema de certificación de procesos de cumplimiento a nivel internacional es sin dudas un paso significativo. Sin embargo, a nivel local en Argentina la Oficina Anticorrupción, dependiente del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación está trabajando en la implementación de un Registro (RITE) de carácter voluntario para las empresas que cuenten con Programas de *Compliance*. Un Registro similar se implementó en México.

El Registro en el caso argentino sería de carácter voluntario y aquellas empresas que se inscriban pasarían por un proceso de control de expertos pudiendo ser calificadas con tres niveles de calificación, dándoles a aquellas empresas que no obtengan la calificación más alta las sugerencias para que puedan implementar las mejoras necesarias.

La tendencia parece clara, de la autorregulación a la auto-regulación regulada y de esta al modelo del control. El Estado necesita de los particulares en ámbitos específicos para poder realizar las investigaciones penales y para prevenir la comisión de delitos³⁵.

VI. REFLEXIONES FINALES

La sanción de la Ley 27.401 si bien no fue la primera en implantar en Argentina la RPPJ si ha sido la pauta legal que dio relevancia a la incorporación de los programas de cumplimiento y al desarrollo del *Criminal Compliance* en el país³⁶. Con ello asume posicionamiento legal el traslado de determinadas

³⁵ Cfr. KUHLEN, L., «Cuestiones fundamentales de *Compliance* y Derecho penal», en Kuhlen, L.; Montiel, J. P., y Ortiz De Urbina Gimeno, I. (eds), *Compliance y teoría del Derecho penal*, Madrid (Marcial Pons), 2013, pp. 51-67: «... una concepción cada vez más defendida entre los juristas interpreta los esfuerzos sobre *Compliance* como desplazamiento de tareas tradicionalmente estatales de administración de justicia hacia las empresas»; SILVA SÁNCHEZ, J. M., 2013, pp. 79-100, planteando la cultura del cumplimiento como la expresión de la delegación a las empresas de funciones de prevención de ilícitos propias del Estado.

³⁶ La relación entre el *compliance* y la RPPJ es contingente, es decir que aquel puede existir sin esta y viceversa); sin embargo, en general se han configurado como instituciones inherentes *vid.* AYALA GONZÁLEZ, A., «Investigaciones internas: ¿zanahorias legislativas y palos jurisprudenciales?», *InDret*, núm. 2, 2020, p. 2; ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas y su impacto en el Derecho penal económico», en Silva Sánchez, J. M., y Miró Llinares, F. (dirs.), *La teoría del delito en la práctica penal económica*, Madrid (La Ley), 2013, p. 485; NIETO MARTÍN, A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Madrid (Iustel), 2008, pp. 81-84 y GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *La culpabilidad penal de la empresa*, Madrid (Marcial Pons), 2005, pp. 248-274.

funciones de prevención, que originalmente son competencia del Estado, que por cuestiones de estrategias y operacionales resulta más eficiente que sean llevadas a cabo por la propia empresa³⁷.

Sin bien resta un importante debate en la implementación práctica de las investigaciones internas y los procesos penales en Argentina la pauta legal obligará a fiscales, empresas y jueces a desarrollar un camino sin retorno en la determinación de responsabilidades penales de los entes colectivos. Para ello será necesario que los operadores del sistema penal, pero sobre todo los responsables internos de las empresas, trabajen en el diseño e implementación de las auto-regulaciones³⁸.

³⁷ NERCELLAS, M. E., «Criminal Compliance», en Robiglio, C. (dir), *Institutos del Derecho penal tributario*, Buenos Aires (Ad-Hoc), 2017, pp. 339-354.

³⁸ MONTIEL, J. P., «Autolimpieza empresarial: *Compliance Programs*, investigaciones internas y neutralización de riesgos penales», en Kuhlen, L.; Montiel, J. P., y Ortiz De Urbina Gimeno, I. (eds), *Compliance y teoría del Derecho penal*, Madrid (Marcial Pons), 2013, pp. 221-243.

DEMAGOGIA, DERECHO PENAL Y CORRUPCIÓN

JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA*

*A Mirentxu Corcoy Bidasolo,
en testimonio de admiración, gratitud y del afecto
forjado en una larga amistad*

I. EL PRESENTE RECRUDECIMIENTO PENAL Y SUS COMPONENTES BÁSICOS

No es de hoy, pues se remonta por lo menos a treinta años, cierto fenómeno que ha recibido diferentes designaciones en la Política criminal y, sobre todo, la Criminología.

Son las tendencias expansivas y punitivas rampantes en el Derecho penal de los Estados del mundo occidental, al principio atribuidas a la retórica de una legislación cada vez más empeñada en convertirlo en primera rama del ordenamiento jurídico, hoy a los arrestos normativos y efectos extrajurídicos del populismo.

Es llamativo que Política criminal y Criminología no acierten a clasificar bajo una denominación común al engendro ni convengan en la identificación científica de los factores propiciatorios¹. Simplificando las cosas, se hablará aquí de recrude-

* Profesor titular (catedrático) de Derecho penal e Introducción a la Filosofía moral y jurídica en la Universidad de Valparaíso (Chile). Investigador y subdirector del Centro de Investigaciones de Filosofía del Derecho y Derecho penal de la misma Universidad (CIFDE-UV).

¹ En el caso español, son de referencia obligada SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, 2.ª ed., Madrid (Cívitas), 2001, pp. 25-79; Corcoy Bidasolo, M., y Mir Puig, S. (dirs), Gómez Martín, V. (coord.), *Nuevas tendencias en la Política criminal*.

cimiento, porque el significado semántico de esta palabra se presta para mentar la reviviscencia de un asunto ingrato que había comenzado a remitir hacia los años ochenta del siglo pasado. Pues bien, tras las realidades que evidencia el auge de males —«Derecho penal simbólico», «Derecho penal del enemigo», «populismo penal», etc.— pulsan, a nuestro juicio, dos componentes básicos.

El primero finca en su espíritu políticamente autoritario. Sabemos que el Derecho penal es siempre una política, en el sentido de que su orientación, substancia, sus caracteres y extensión obedecen siempre a una inspiración política². Este condicionamiento era más visible mientras existieron partidos dotados de una ideología, esto es, un sistema ordenado, unitario y completo de ideas acerca de las relaciones de poder dentro de la sociedad. Sin embargo, no ha desaparecido tras el generalizado colapso de los partidos ideológicos ni está ausente en los «espectros de espectros» que son las agrupaciones cuyos líderes blanden el Derecho penal como llave maestra de la conquista o conservación unilaterales del poder³, en vez de medio subsidiario con que abroquelar las valoraciones más caras al conjunto de la comunidad. No es requisito que los individuos que asumen la ejecución de la empresa provengan de la derecha del arco político, ya que el autoritarismo penal tampoco es patrimonio exclusivo del temple conservador. Al contrario, desde finales del siglo XIX lo impulsan iniciativas de sedicente innovación y auténtica severidad, en las que lo único que mueve a asombro es que nadie cuestionase su incompatibilidad con el designio de humanizar a la sociedad⁴.

El segundo elemento del fenómeno, en el fondo consubstancial al primero, reside en la manipulación de los procedimientos democráticos mediante añagazas tramadas contra el electorado. La actitud embustera aparece constantemente de-

Una auditoría al Código penal de 1995, Montevideo-Buenos Aires (Bdef), 2006, pp. 115-126; en Criminología, KURY, H. y SERRANO MAÍLLO, A., *Punitividad y victimización en la experiencia contemporánea. Estudios*, Madrid (Dykinson), 2009, pp. 238-261 y 293-316, y SERRANO MAÍLLO, A., *Firmeza frente al delito y comunidad en la modernidad reflexiva*, Madrid (Dykinson), 2016, pp. 448-490. De la situación político-criminal en Iberoamérica, Díez Ripollés, J. L., y García Pérez, O. (coords.), *La política legislativa penal iberoamericana en el cambio de siglo*, Montevideo-Buenos Aires (Bdef), 2008, *passim*.

² Cfr. BETTIOL, G., *El problema penal*, traducción de Guzmán Dalbora, J. L. y prólogo de Rivacoba, M. de, Buenos Aires (Hammurabi), 1995, pp. 54-83. Acerca de las relaciones entre Derecho penal, Derecho político y política a secas, RIVACOBA Y RIVACOBA, M., «Orden político y orden penal», *Revista Chilena de Derecho*, vol. 22, núm. 2, 1995, pp. 201-212, y BARBERO SANTOS, M., *Política y Derecho penal en España*, Madrid (Tucar Ediciones), 1977, pp. 9-22.

³ Del complejo de *punitiveness*, la afición de imponer castigos, pero nunca a sí, sino sólo a los demás, propio de estos espectros, tan abusivos y embaucadores como el fantasma que queda en la sombra, disertó en los años sesenta ADORNO, TH., *Rasgos del nuevo radicalismo de derecha. Una conferencia*, traducción de Teófilo de Lozoya y Juan Rabasseda, Epílogo de Volker Weiss, Madrid (Taurus), 2020, pp. 25, 36-37 y 49.

⁴ Prototipo de lo cual fue la vena autoritaria de la política criminal de Franz von Liszt, al que se tiene como un liberal de izquierdas. Véanse MUÑOZ CONDE, F., *La herencia de Franz von Liszt*, México (Ubijus), 2011 y el completo estudio de su labor como parlamentario escrito por ELBERT, C., *Franz von Liszt: Teoría y práctica en la política criminal (1899-1919)*, Buenos Aires (Prosa Editores), 2017, especialmente pp. 164-168, que se extienden sobre la ideología política del penalista austrohúngaro.

nunciada en la bibliografía sobre el estilo político del populismo, uno de cuyos medios favoritos es el empleo irracional del Derecho punitivo, al que presenta como paladín de humillados y ofendidos contra las insidias de los caballeros de industria o ladrones de esquina⁵. Sin embargo, las complicaciones conceptuales que el populismo opone a una definición satisfactoria⁶ y, sobre todo, el hecho de que disponemos hace siglos de una noción perfectamente delimitada en la filosofía política que permite ilustrar la usina en que se fragua la hodierna inflación de delitos y penas, al igual que el avance de la venganza privada en la sociedad, recomiendan atenernos al esquema milenario de las formas de gobierno descritas por el alto pensamiento político. A propósito de una de ellas, la democracia, emerge el concepto que importa aquí: la demagogia.

A un repaso del concepto de demagogia en la filosofía y teoría políticas dedicamos la segunda parte de este breve estudio. La tercera sección enuncia los rasgos distintivos del Derecho penal de las democracias demagógicas. La última explica el maridaje de la demagogia con la corrupción.

II. LA DEMAGOGIA Y SU DESTINO POLÍTICO EN EL PENSAMIENTO CLÁSICO

Mucho antes que la doctrina penal prestase atención a las relaciones del Derecho penal con el Derecho político, incluso del diseño de las grandes ideologías de los siglos XIX y XX, la especulación filosófica había identificado la relación

⁵ La bibliografía sobre las repercusiones penales del populismo es considerable, y no menguará mientras el fenómeno persista. En la Criminología recomendamos un artículo reciente que, además de las raíces y expresiones de su política penal, aborda el impacto del populismo en la conducta intolerante y vindicativa de las personas: CIGÜELA SOLA, J., «Populismo penal y justicia paralela: un análisis político-cultural», *RECPC*, núm. 22-12, 2020, pp. 1-40, disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/22/recpc22-12.pdf>. En Chile el populismo penal es menos grotesco que en España. En parte por ello los estudios jurídicos sobre el particular son escasos y escuetos. Véase KÜNSEMÜLLER LOEBENFELDER, C., «El populismo punitivo», *Revista de Ciencias Penales*, vol. XLVII, 2021 (primer semestre), pp. 365-372. Como contrapartida, la Sociología ha alumbrado investigaciones cuantitativas y cualitativas muy interesantes, por ejemplo, DAMMERT, L., y SALAZAR, F., *¿Duros con el delito? Populismo e inseguridad en América Latina*, Santiago de Chile (Flacso), 2009, especialmente pp. 18-21 y 28-23.

⁶ Dificultad reconocida por los politólogos, antropólogos, filósofos e historiadores que lo han tratado, ninguno de los cuales, empero, desiste del intento de definirlo o caracterizarlo. Cfr., entre tantos, MÜLLER, J. W., *¿Qué es el populismo?*, traducción de Clara Stern Rodríguez, México (Libros Grano de Sal), 2019, pp. 12-23; ROSANVALLON, P., *El siglo del populismo. Historia, teoría, crítica*, traducción de Irene Argoff, Buenos Aires (Ediciones Manantial), 2021, pp. 13-14; FINCHELSTEIN, F., *Del fascismo al populismo en la historia*, traducción de Alan Pauls, Buenos Aires (Taurus), 2017, pp. 25-27; LACLAU, E., *La razón populista*, traducción de Soledad Laclau, México (Fondo de Cultura Económica), 2018, pp. 15-35; ŽIŽEK, S., «La tentazione populista», traducción italiana de Pietro Terzi, en GEISELBERG, H., *La grande regressione*, Milano (Feltrinelli), 2017, pp. 221-235, y KNIGHT, A., *Revolución, democracia y populismo en América Latina*, Santiago de Chile (Centro de Estudios Bicentenario), 2005, pp. 239-252.

entre las formas de gobierno del Estado y el Derecho penal. Este lazo luce paladino en Montesquieu, el primero en advertir cómo las mudanzas políticas condicionan la marcha de delitos y penas⁷.

Sin embargo, con la caída de las monarquías absolutas y la institucionalización del principio de división de poderes del Estado, perdió relieve en la reflexión política el tema de las formas de gobierno, cuyo sitio sería ocupado por las variedades de regímenes republicanos, la correlativa distribución de competencias de los poderes estatales y las modalidades de participación de la voluntad popular en la gestión de los asuntos públicos⁸.

La demagogia se inscribe en la ordenación clásica de las formas de gobierno. Esto es sabido desde Heródoto, Platón y Aristóteles, pasando por Bodino y Hobbes, entre otros gigantes de la filosofía política⁹, pero se suele olvidar en el presente, no obstante que la experiencia contemporánea brinda pruebas contundentes de que la demagogia puede corroer toda suerte de gobiernos, monárquicos, oligárquicos y democráticos.

Según el pensamiento clásico, la demagogia es una práctica política que, merced a concesiones y halagos, o estimulando emociones e impulsos primarios de las masas, busca alcanzar o retener el poder público, pero velando cuidadosamente al pueblo, en cuyo nombre se proclama actuar, que en el manejo del primero no tendrá intervención el segundo¹⁰.

Índice infalible de la demagogia es una maquinación, la trampa consistente en invocar los intereses del público, pero disimulando que los desprecia,

⁷ «Siempre que tengo a mi favor a los romanos me afirmo más en mis máximas, y cuando veo cómo este gran pueblo cambiaba las leyes civiles según iba cambiando las leyes políticas, me afirmo en la creencia de que las penas se relacionan con la naturaleza del Gobierno». MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, introducción de Enrique Tierno Galván y traducción de Mercedes Blásquez y Pedro de Vega, Madrid (Tecnos), 1987, p. 64. Véase, también, RIVACOBA Y RIVACOBA, M., ob. cit., pp. 203.

⁸ POSADA, A., *Tratado de Derecho político*, 2 vols., Madrid (Librería General de Victoriano Suárez), 1928, t. I, cfr. pp. 534-535 y 554-557.

⁹ ABBAGNANO, N., voz «Gobierno, formas de», en *idem, Diccionario de Filosofía*, traducción de Alfredo N. Galletti, 2.ª ed., México (Fondo de Cultura Económica), 1994, pp. (590-592) 591. A Jean Bodin se debe la observación de que monarquía, república y democracia (en sus palabras, el Estado popular) son formas de gobierno del Estado, no variedades del Estado en sí, concepto que en el filósofo francés está unido a la noción también indivisa de soberanía. El señalamiento de las diferentes formas de Estado es posterior en la teoría política. Cfr. BODIN, J., *Los seis libros de la República*, selección, traducción y estudio preliminar de Pedro Bravo Cala, 3.ª ed., Madrid (Tecnos), 1997, pp. 87-92.

¹⁰ La prédica demagógica aparta al pueblo de la participación activa, real y consciente en la vida política, le birla la titularidad de la soberanía so pretexto de devolvérsela de las garras de personas o grupos circunscritos que la habían usurpado. Cfr. ZUCCHINI, G., voz «Demagogia», en BOBBIO, N.; MATTEUCCI, N., y PASQUINO, G., *Diccionario de Política*, varios traductores, 14.ª ed., México (Siglo XXI Editores), 2005, p. (439-440) 439. En este sentido, el pueblo al que apela el demagogo puede ser tanto el cuerpo político en su conjunto como el vulgo. A su turno, el populismo se dirige a otra platea, sólo a una parte de la plebe, de la que afirma ser el pueblo verdadero, representado por el liderazgo populista. MÜLLER, J. W., ob. cit., cfr. pp. 35-36. Además, FINCHLSTEIN, F., ob. cit., cfr. pp. 16-17 y 174-175.

ya que en la mente del demagogo cuentan apenas como medio para fines que no tienen en absoluto que ver con el bienestar de la colectividad, tanto menos con la mejora de las condiciones jurídicas, económicas o personales de los desfavorecidos. En pro de sus verdaderos designios, jamás confesos, la demagogia exaspera los sentimientos destructivos de las masas, anula su empeño político, denuesta a jueces y magistrados en general, acusa quienes conservan respeto por las leyes de la república de ser traidores, secuaces de oligarquías secretas o francos enemigos del pueblo. Una vez logrado el poder, sus prohombres lo consolidarán aniquilando toda forma de oposición y derramando sobre las gentes una verbosidad que exalta la libertad e igualdad, pero escamotea la servidumbre de la población y la discriminación entre sus miembros¹¹.

Hobbes, Platón y Aristóteles no fueron adeptos de la democracia. En desquite, su obra proporciona una espléndida descripción, todavía valiosa en nuestros días, de la estrategia invariable del demagogo, cuyo teatro de operaciones es para estos filósofos la democracia.

El inglés la esboza al hilo de la oposición entre sabiduría y elocuencia. No la elocuencia que, nacida de la observación racional y el conocimiento de las cosas mismas, explica clara y elegantemente los conceptos que las mientan, sino la pseudo elocuencia «que mueve las pasiones del alma (tales como la *esperanza*, el *miedo*, la *ira*, la *misericordia*) y tiene su origen en el uso de las palabras metafórico y acomodado a las pasiones». Mientras la genuina elocuencia estructura su discurso según principios y medios lógicos, la otra es retórica en el sentido despectivo de la palabra, sofistería ajena a la ciencia de las cosas, mera agitación popular, capaz, empero, de «convertir a sus oyentes de tontos en dementes [...], hacer ver a los que les va mal que les va peor, y a los que les va bien que les va mal [...], exagerar la esperanza y empequeñecer los peligros»¹². Así se explica que por ningún motivo el demagogo estará dispuesto a discutir en serio con las personas realmente entendidas en las materias de significación general –filósofos, politólogos, antropólogos, sociólogos, economistas, jurisconsultos–, a los que, en cambio, acusará de atesorar un saber esotérico y extraño a las reales necesidades del pueblo.

Diez siglos antes, Platón desveló las prácticas demagógicas a propósito de la degeneración de la democracia en tiranía, lo que acontece «cuando un

¹¹ ZUCCHINI, ob. cit., cfr. p. 440. Cuando la bibliografía sobre el populismo advierte en sus prácticas los mismos procedimientos demagógicos que indicamos en el texto, y extrae la acertada conclusión de que «no es un camino hacia una mayor participación en la política» (MÜLLER, J-W., ob. cit., p. 124), se abstiene, empero, de mencionar sus antecedentes en la filosofía política, particularmente los que mencionamos acto seguido.

¹² HOBBS, Th., *Tratado sobre el ciudadano*, edición de Joaquín Rodríguez Feo, Madrid (Trotta), 1999, p. 110.

Estado democrático, devorado por ardiente sed de libertad, es atendido por malos coperos que se la sirven pura y le hacen beber de ella hasta la embriaguez», denuestan a sus adversarios de ser «traidores que aspiran a la oligarquía» y tratan «con el mayor desprecio a aquellos que todavía conservan respeto y sumisión respecto de los magistrados»¹³.

Por su parte, Aristóteles aborda el punto al caracterizar derechamente la demagogia como forma corrupta de la democracia, deterioro que sobreviene cada vez que el Derecho pierde «su autoridad absoluta por haberse trasladado de la ley al pueblo», de suerte que «los que tienen alguna queja de los magistrados, motivada o no, pregonan que es el pueblo el que debe decidir, y éste consiente con gusto que se apele a su autoridad, resultando de ello la entera disolución de las magistraturas»¹⁴. Como a su maestro, inquieta al Estagirita que la demagogia, ese gobierno con «monarca de mil cabezas» que «se ha sacudido del yugo de la ley», acaba forzosamente en tiranía. «Esta democracia es, en su género, lo que la tiranía en la monarquía», una que manda mediante normas particulares y en la que reinarán la opresión y la arbitrariedad¹⁵.

La teoría política moderna insistirá en el desenlace tiránico de toda situación en que se erosiona la legislación preestablecida y los gobernantes miran su propio interés antes que el interés público, cuyo es el caso del monarca que deviene tirano y de una democracia envilecida por los demagogos¹⁶. En la Filosofía del Derecho tales situaciones se corresponden con la arbitrariedad, el exacto opuesto de esa nota distintiva de la ordenación jurídica que se llama autarquía¹⁷. Y como la tiranía de uno, pocos o muchos individuos trastrueca las

¹³ PLATÓN, «La República o de lo Justo», en *Diálogos*, Estudio preliminar de Francisco Larroyo, 17.ª ed., México (Editorial Porrúa), 1978, p. (433-621) 582.

¹⁴ ARISTÓTELES, *La Política*, versión de Natividad Massanés y Notas prologales de Emiliano M. Aguilera, 5.ª ed., Barcelona (Editorial Iberia), 1975, p. 200. La suposición de que en la antigua Atenas no podía haber populismo, que presupone una democracia representativa (MÜLLER, J-W., ob. cit., p. 123), no se aviene con estos pasajes y, en todo caso, de ser efectiva, tampoco cancela la certificación de que la demagogia prospera principalmente en las democracias representativas.

¹⁵ ARISTÓTELES, ob. cit., pp. 199-200. La metáfora del poder dividido en mil partes y su tendencia a substraerse de la autoridad de las leyes estaba en PLATÓN, «El Político o del Reinado», en *Las Leyes. Epinomis. El Político*, estudio introductivo y preámbulos a los Diálogos por Francisco Larroyo, 2.ª ed., México (Porrúa), 1975, cfr. pp. (297-344) 336-337.

¹⁶ BODIN, J., ob. cit., pp. 99 y 100, por ejemplo, hablaba todavía de la «monarquía tiránica», pero no sin reconocer que «hay tiranías de varias clases y en grados diversos». Véanse, además, LOCKE, J., *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*. Un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del Gobierno Civil, traducción, prólogo y notas de Carlos Mellizo, Madrid (Alianza), 2010, pp. 144-145 y 196-199, y PAINE, TH., *Derechos del hombre*. Respuesta al ataque realizado por el Sr. Burke contra la Revolución Francesa, traducción, cronología y notas de Fernando Santos Fontenla, Madrid (Alianza), 2008, pp. 236-237.

¹⁷ «Los dictados del poder arbitrario abrigan la intención de que el que los dicta no queda sujeto por sí mismo a ellos. Proclaman una voluntad vinculatoria, que el titular del poder acatará *si voluerit*. Lo contrario

relaciones jurídicas en vínculos desprovistos de certeza, seguridad y protección pública, así también alberga una mudanza de la naturaleza del poder político. Éste deja de ser medio para fines; se erige en un fin en sí mismo, «el poder por el poder y para el poder»¹⁸.

La singularidad de la democracia demagógica radica en que su táctica trapacera procura disimular tales transformaciones. Todo lo demás, como la corrupción de los asuntos públicos, la inmoralidad en los negocios y la vida privada, lo comparte con la tiranía. Pero ocupémonos del Derecho penal de las demagogias.

III. DEMAGOGIA Y DERECHO PENAL

Por lo pronto, el Derecho penal demagógico pertenece al género del Derecho penal autoritario.

El autoritarismo cree en la dominación de unos hombres sobre otros, no en el concepto de autoridad, y su idea del Derecho es el poder, no la dignidad de la persona humana¹⁹. Ahora, si dentro del espectro de los ordenamientos autoritarios se busca un equivalente para el Derecho penal demagógico, no se lo hallará en los totalitarismos por la sencilla razón de que éstos poseen efectivamente y proclaman una ideología. En verdad, las piruetas penales de la demagogia semejan el Derecho penal de las dictaduras contemporáneas, que tampoco responde a un pensamiento coherente, homogéneo y de perfiles netos²⁰. Ambos comparten defectos de técnica, una redacción monstruosa de los preceptos legales y reglamentarios, contradicciones lógicas, conflictos sistemáticos entre normas de idéntica o superior jerarquía. Si añadimos el gusto por la improvisación, la rutina de las excepciones a la legislación preestablecida y los mensajes faramalleros que anuncian como generales normas que fueron aprobadas a causa de sucesos concretos y para servir a intereses personales o de sectores circunscritos, llegamos al común denominador de dictadura y demagogia en el terreno penal: la arbitrariedad.

Por extraño que pueda parecer, la arbitrariedad de la demagogia es más acusada que la imperante en los regímenes pretorianos. Las dictaduras tienen jerarquías y, sobre todo, uniformidad, elementos capaces de contener el nudo

precisamente de lo que ocurre con la voluntad constitutiva de normas jurídicas». STAMMLER, R., *Tratado de Filosofía del Derecho*, traducción de Wenceslao Roces, Madrid (Editorial Reus), 1930, p. 117.

¹⁸ RIVACOBA Y RIVACOBA, M., «Franco o el tirano. Ensayo de teoría política aplicada», *Umbral, Revista mensual de arte, letras y estudios sociales*, París, núm. 29, mayo de 1964, p. (4-6) 5.

¹⁹ Cfr. GUZMÁN DALBORA, J. L., *Elementos de Filosofía jurídico-penal*, Valparaíso (Prolibros), 2021, pp. 58-59, con ulteriores referencias en pp. 60-63.

²⁰ RIVACOBA Y RIVACOBA, M., «Orden político y orden penal», ob. cit., cfr. pp. 208.

arbitrio, cuando menos el poder delegado en mandos intermedios. En cambio, la demagogia es por definición enemiga de las nociones de autoridad y orden. En el gobierno de la asamblea, que en rigor toca sólo a quienes la soliviantan, no existe otro hilo conductor aparte del capricho del instante y la ligereza en el tratamiento de las cosas, incluyendo las jurídicamente más graves e importantes. Es la consecuencia inevitable del irracionalismo que campa en los regímenes a que obsede la existencia concreta²¹.

Reunidos así los componentes de dureza y capricho que signan el recrudescimiento punitivo de nuestro tiempo, la demagogia completa el panorama camuflando la veleidad con que descalabra las vigas de la augusta función del *ius dare*. En efecto, la improvisación específica, distintiva del Derecho penal demagógico, afecta primordialmente a los principios que rigen este sector del ordenamiento. El político demagogo y sus asesores legales distan leguas de concebir los principios como lo que ellos son, máximas rectoras de una materia dada y guías de su estudio riguroso²². Nada de eso. Son meras reglas generales en las que cabe introducir las salvedades que prefiera, cuántas parezcan indicadas y cuando lo decida el agitador del pueblo. Va de suyo que por semejante pendiente los principios se precipitan a la ruina. Sólo que tanto el desplome final como los vapuleos intermedios son encubiertos a la apreciación pública con la seducción de que el Derecho del país no ha renunciado a sus principios y, por el contrario, honra mejor al Estado de Derecho subordinándolos a los apremios del momento.

Es de suponer que el primero en padecer el embate de las excepciones sea el principio de igualdad de las penas, que exige de las puniciones estar concebidas y recibir aplicación o ejecución sin consideraciones de tipo personal, aunque procurando igualar a los seres humanos según sus disímiles condicionalidades empíricas²³. La demagogia se considera desvinculada de la igualdad formal, y todavía más de la igualdad material de las puniciones. De hecho, en la actual reforma penal abundan penas agravadas o especiales para jóvenes,

²¹ «La razón une, la mera existencia concreta separa. La voluntad de existencia concreta quiere sólo afirmarse a sí misma, supedita todo lo restante a la condición de fortalecer su propio modo concreto de existir. La existencia concreta emboza su voluntad propia con la capa de la objetividad, su soledad con el lenguaje de la comunidad y con gestos de afecto». JASPERS, K., *La razón y sus enemigos en nuestro tiempo*, traducción de Lucía Piossek Prebish, 3.^a ed., Buenos Aires (Editorial Sudamericana), 1967, pp. 48.

²² Dotados, pues, de un valor constitutivo, sea de la realidad (*principia essendi*), sea del conocimiento de la realidad (*principia cognoscendi*), según explicamos en GUZMÁN DALBORA, J. L., ob. cit., cfr. pp. 164-165.

²³ En especial las que atañen a su género, edad, medios económicos, etnia y nacionalidad. Extendemos así las condiciones que debe tomar en cuenta la igualdad ante la ley penal, enunciadas en GUZMÁN DALBORA, J. L., *La pena y la extinción de la responsabilidad penal*, Santiago de Chile (Legal Publishing), 2008, p. 39.

ciertos extranjeros y, a la inversa, privilegios oblicuamente concedidos a empresarios, candidatos y representantes públicos²⁴.

La siguiente víctima es el principio de legalidad. El lenguaje demagógico se siente incómodo con el molde de la ley, porque hasta las leyes peor redactadas tienen una ambición de generalidad y un viso de meditación en su creador. A las maneras del demagogo convienen la norma especial o normas generales dictadas por una autoridad particular. No es casual la proliferación de leyes penales en blanco, leyes delegadas y decretos leyes en los países gobernados por regímenes de esta catadura, ni que teatro principalísimo de operaciones para sus normas sean los delitos convencionales apostrofados por el discurso populachero. Pero las pulsiones tiránicas tampoco se quedan en la tipificación de los hechos punibles. Un campo invadido progresivamente por la inspiración impensada es la ejecución penal. Su objetivo se fija aquí en que la autoridad penitenciaria y, en definitiva, el gobierno de turno resuelvan soberanamente sobre el destino jurídico de los penados, lo que implica, entre otras modificaciones a la legislación existente, degradar los derechos de los presos –visitas, salidas transitorias, liberación condicional– a expectativas dependientes de la gracia oficial²⁵.

La idea de proporción, que implica simetría, regularidad o tamaño relativo de los componentes de una unidad y, por otro lado, identidad parcial, correspondencia cuantitativa o cualitativa entre unidades diferentes la una de la otra, no posee en el Derecho el valor de un principio constitutivo. Representa una exigencia lógica, un principio del conocimiento jurídico cuya función consiste en posibilitar la reconstrucción científica del ordenamiento vigente, desde la interpretación de sus disposiciones, la coordinación de éstas con las normas jurídicas subyacentes, la resolución de sus contradicciones, hasta la organización de los

²⁴ Las agravantes para inmigrantes indocumentados y la pena de expulsión de extranjeros dejaron de ser hace rato triste emblema del Derecho penal de los Estados europeos. Existen también en la América hispana, donde lleva la delantera el país natal del autor de estas cuartillas. En Chile ha pasado a ser pena la expulsión de extranjeros, a cambio de lo cual la persecución y el castigo de los delitos electorales, el financiamiento ilegal de las campañas políticas y las coligaciones para alterar el precio de los mantenimientos requieren investigaciones preliminares, dependen de querellas de organismos distintos del Ministerio Público o prescriben en plazos más cortos que los comunes. Véanse los artículos 34 de la Ley número 18.216, sobre Penas sustitutivas de las privativas o restrictivas de la libertad, de 14 de mayo de 1983, versión de la Ley 20.603, de 27 de junio de 2012; 60 de la Ley número 19.884, Orgánica constitucional sobre transparencia, límite y control del gasto electoral, de 5 de agosto de 2003, texto refundido de 6 de septiembre de 2017, y 64 del Decreto Ley número 211, de 22 de diciembre de 1973, sobre Libre competencia, según la versión modificada por la Ley número 20.945, de 30 de agosto de 2016.

²⁵ En GUZMÁN DALBORA, J. L., «Una jurisprudencia equivocada sobre crímenes internacionales y sus consecuencias en la regulación legal de la libertad condicional», *Revista de Derecho penal y Criminología*, Buenos Aires, año IX, núm. 6, julio de 2019, pp. 101-114, nos hacemos detenido cargo de los estragos que causó la Ley chilena núm. 21.124, de 18 de enero de 2019, que, con sus reglas retroactivas y discrecionales, cambió la naturaleza jurídica de la libertad condicional hasta el punto de expelerla del Derecho penal.

conocimientos en conceptos, instituciones y un sistema²⁶. En consecuencia, las desarmonías de la materia estudiada, las mermas en su racionalidad e igualdad proporcional minimizan hasta imposibilitarla la labor de la Dogmática. La demagogia es particularmente dañina en este sentido. Naturalmente, menosprecia la proporción, pero, de nuevo, se abstiene de atacarla de frente y opta por la consabida treta de las salvedades. Fraguará delitos exceptuados de coordinación interna entre sus componentes y penas exentas de correspondencia con la gravedad intrínseca del hecho sancionado, por ejemplo, interviniendo en las fases o los factores de la conmensuración de las penalidades de ciertas infracciones para impedir que los jueces las gradúen según los factores generales, aumentarlas soterradamente o tornarlas indivisibles²⁷.

En fin, el incremento y la indivisibilidad de las penas va de la mano con el retroceso de la humanidad. Sea que la contemplemos como principio constitutivo o la manejemos en más socorrido papel de idea o principio regulativo, lo cierto es que la humanidad descansa en bases empíricas científicamente demostradas y, por otro lado, se yergue con su trasfondo moral sobre el conjunto de los Derechos positivos, todos los vinculados por la prohibición internacional de las penas crueles, inhumanas o degradantes. Pues bien, la demagogia ignora la evidencia de los hechos y ha sido eficaz en su prédica de que el delincuente es un individuo que ha salido voluntariamente del pacto social, de modo que no sería preciso tener miramientos éticos a la hora de castigarle. Tamaña apreciación del asunto ha tenido repercusiones en el sistema de penas. Así se explica el rebrote de las penas cortas privativas de la libertad y, en el otro extremo, la evolución de las penas largas hacia otras decididamente perpetuas en la reforma penal en curso²⁸.

²⁶ GUZMÁN DALBORA, J. L., «La idea de proporción y sus implicaciones en la Dogmática penal», *RDPC* núm. 19, f2018, pp. (229-270) 241 y 245.

²⁷ El súbdolo procedimiento que registramos en el texto debe ser diferenciado de la conmensuración anómala de la penalidad. Ésta consiste en un régimen o una sucesión de factores paralelos al común, de alcance más circunscrito que éste, aunque asimismo general, en el sentido de que el paralelismo afecta a clases de infracciones definidas según los conceptos abstractos de la teoría del delito, como sucede en España con las faltas y los delitos imprudentes. Aquí, en cambio, hablamos de una anomalía o malformación del sistema, como la que se implantó en Chile para la conmensuración de la pena de algunos delitos codificados y especiales a partir de la Ley núm. 20.770, de 16 de septiembre de 2014, quiste que ha continuado creciendo y pronto será un tumor mortal. Véase GUZMÁN DALBORA, J. L., «La anomalía de la adaptación de la penalidad en los delitos contra la propiedad según la Ley núm. 20.931», en el folleto *Agenda corta antidelincuencia. Expansión del Derecho penal en América Latina*, Santiago de Chile (Centro de Documentación de la Defensoría Penal Pública), núm. 7, octubre, 2017, pp. 17-25.

²⁸ Las incontables modificaciones al Código penal español de 1995 tienen momentos álgidos, tres de los cuales revelan escasa simpatía por la humanidad de los acusados. El primero ocurre en 2003, cuando se admite «excepcionalmente» la posibilidad de imponer penas de prisión inferiores a tres meses. El segundo data de 2010 y afecta a la suspensión de la ejecución de la prisión no superior a dos años. El último, en 2015, fue la introducción de la prisión permanente revisable, contra todas las recomendaciones de la Criminología

IV. EPÍLOGO: DEMAGOGIA Y CORRUPCIÓN

No es indispensable extenderse sobre la incidencia de la demagogia en el objeto de la Dogmática penal para adquirir una imagen de conjunto. Nos abstendremos, pues, de dar ejemplos de su olímpico desdén por el principio de necesidad de la pena y el daño que irroga a la función rectora de la tipicidad en la economía de los delitos singulares, entre otras muchas muestras de la devastación.

Con todo, y así sea a modo de epílogo de estas líneas, es imprescindible mencionar el enlace de demagogia y corrupción.

El vínculo entre una y otra no es necesario, con lo queremos significar que la corrupción no tiene por qué ocurrir exclusivamente en regímenes demagógicos. Sin embargo, así como las tiranías suelen comenzar como demagogias²⁹, así también la demagogia supone, produce y medra de la corrupción³⁰.

La supone, incluso la necesita para subsistir, dada la urgencia de leyes propicias del cuerpo legislativo, sentencias favorables del tribunal superior de justicia, mantener dócil al cuerpo de funcionarios y engatusado al público en general. La realización del proyecto requiere falta de escrúpulos y, por supuesto, el olfato de descubrir el medio en cada caso conveniente para sobornar a representantes políticos y autoridades públicas, «a uno con garatusas, a otro con promesas, a este con oro, a aquel con condecoraciones»³¹.

científica. Cfr., respectivamente, 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*, 2.^a ed., Madrid (Dykinson), 2018, pp. 88-89 y 101; SALINERO, S.; MORALES, A. M., y CASTRO, Á., «Análisis comparado y crítico de las alternativas a las penas privativas de libertad. La experiencia española, inglesa y alemana», *Política Criminal*, vol. 12, núm. 24, diciembre de 2017, artículo 5, pp. (786-864) 798-804 [http://www.politicacriminal.cl/Vol_12/n_24/Vol12N24A5.pdf], y SERRANO GÓMEZ, A., y SERRANO MAÍLLO, A., *Constitucionalidad de la prisión permanente revisable y razones para su derogación*, Madrid (Editorial Dykinson), 2016, pp. 143-160.

²⁹ «La mayor parte de los tiranos empiezan por demagogos». ARISTÓTELES, ob. cit., p. 286.

³⁰ APPLEBAUM, A., *El ocaso de la democracia. La seducción del autoritarismo*, traducción de Francisco J. Ramos Mena, Barcelona (Penguin Random House), 2021, cfr. pp. 22-23, recuerda la conciencia que poseyeron los padres de la nación norteamericana del peligro que representan los líderes corruptos para la democracia en general. La misma conciencia tenían los redactores del Código penal francés de 1791. Así y todo, las medidas que se adoptó entonces no impidieron las prácticas corruptas de los nuevos señores, que a su turno se sirvieron de inescrupulosos «que bailan al son que les tocan y brincan con el dinero, atentos a los de arriba, sin miramientos con los de abajo», como describe Stefan Zweig a Fouché en su biografía del oscuro personaje. Esta clase de genios tenebrosos, trepadores con un talento innato para navegar en aguas turbulentas, suelen prevalecer sobre la integridad moral y las convicciones inquebrantables. ZWEIG, S., *Fouché. Retrato de un político*, traducción de Máximo José Kahn y Miguel Pérez Ferrero, Buenos Aires (Editorial Juventud Argentina), 1938, pp. 93-94. En el genio de Fouché se había fijado BALZAC, H., *Un asunto tenebroso*, traducción de Pedro Darnell, Navarra (Salvat), 1970, p. 59.

³¹ La metáfora dieciochesca conserva validez en el siglo XXI, al igual que la afirmación de que «el golpe más fatal que los gobernantes descargan contra la libertad pública consiste en subyugar a sus conciudadanos en nombre de las propias leyes; y uno de los medios que emplean gustosos para el efecto

En seguida, la demagogia es fértil en corrupción porque ésta forma parte de su esencia y sus métodos. La demagogia regala arbitrariedad, deslumbramiento por la decisión particular, subestimación de la ley abstracta; a su vez, la médula de la corrupción se reduce al triunfo del arbitrio individual sobre la voluntad general. Y el método del embeleco del pueblo se adecua a pedir de boca para encubrir la cleptocracia³², por cuyo motivo la corrupción será formalmente condenada con altisonantes frases de los programas de gobierno y arengas políticas –sin olvidar la aprobación de reformas que elevan las penas del cohecho, pero dejando francas vías para que los miembros del círculo del demagogo escapen de la jurisdicción criminal–, pero practicada a conciencia entre los intersticios o tras las bambalinas del aparato legal.

Finalmente, la demagogia medra de la corrupción porque es el medio que le permite autorreproducirse. No olvidemos el núcleo de su partenogénesis, que nos descubre el predominio del gobernante ante el pueblo y la superioridad de su arbitrio frente al Estado de Derecho. Como, a la larga, no es factible tener firmes las riendas del poder individual sin engrasar convenientemente a sus sometidos, el demagogo no trepidará en substituir las relaciones jurídicas con la grata coerción del premio pagado o recibido con actuaciones o fondos públicos.

Finan aquí las posibilidades del Derecho positivo, como en la célebre definición de Dante: «El Derecho es una proporción personal de hombre a hombre, que cuando es mantenida por éstos, mantiene a la sociedad, y cuando se corrompe, la corrompe»³³.

es el más análogo a su carácter: la corrupción». MARAT, J. P., *Les chains de l'esclavage*, París (Adolphe Havard, Éditeur), 1833, pp. 220 y 221.

³² «Una enfermedad mayor de la democracia, ayer y hoy, aunque en la actualidad transformada en metástasis, es el fenómeno de la corrupción, tanto que a veces tenemos la sensación de que la democracia se ha transformado en cleptocracia». SQUELLA, A., *Democracia. ¿Crisis, decadencia o colapso?*, Valparaíso (Universidad de Valparaíso), 2019, p. 105.

³³ DANTE ALIGHIERI, *De la monarquía*, traducción directa del latín por Ernesto Palacio, Buenos Aires (Editorial Losada), 1941, p. 71.

ELOGIO DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA

JUAN ANTONIO LASCURAÍN SÁNCHEZ*

I. INTRODUCCIÓN: PEOR PARA LA TEORÍA DEL DELITO

1. Enrique Aftalión señaló certeramente en 1945 que si «subsiste alguna dificultad para compaginar la responsabilidad criminal de las personas jurídicas con la llamada teoría jurídica del delito, pues peor para esta última»¹. Lejos de una mera *boutade*, creo que la afirmación pone el dedo en la llaga de una pregunta mal formulada. Lo importante no es que esta nueva responsabilidad encaje en nuestros conceptos teóricos, en nuestro relativamente asentado modelo de comprensión del delito, edificado sobre la conducta individual. Este modelo no es sino un modelo prescriptivo en pos de la justicia². El delito no *es* una acción típica, antijurídica y culpable (ATAC), formulado cada uno de estos elementos de determinado modo, sino que debe serlo para ser justo, para respetar los valores y principios de nuestro ordenamiento. La cuestión es si de ello se deriva que ese esquema, o los contenidos consolidados de sus elementos, elaborados para penar o no penar con justicia y con eficacia a personas físicas, constituye la única manera de imponer una pena con tales justicia y eficacia cuando el destinatario es otro, algo así como un conjunto de personas que se relacionan de determinada manera.

* Catedrático de Derecho Penal. Universidad Autónoma de Madrid.

¹ AFTALIÓN, E., «Acerca de la responsabilidad penal de las personas jurídicas», *LL*, núm. 37, 1945, p. 186.

² Así, MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte general*, 10.^a ed., Barcelona (Reppertor), 2015, pp. 147 ss.; CORCOY BIDASOLO, M., «¿Es posible limitar la intervención penal en el siglo XXI?», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Protocolo I, 2021, pp. 103 ss.

La pregunta directa, importante, es pues la de la justicia de la responsabilidad penal de las personas jurídicas según nuestra comprensión democrática de la justicia³. La pregunta fundamental por la legitimidad de la pena a la persona jurídica no es la intermediada de si existe una conducta humana individual o si vemos capacidad psíquica de comprensión de la ilicitud del hecho en el agente cuya responsabilidad enjuicamos, por ejemplo. Si no queremos tomar el rábano por las hojas, debemos elevarnos a nuestros principios, a nuestros criterios de justicia, y preguntarnos si la responsabilidad penal de las personas jurídicas es justa conforme a los mismos, y no, sin más, si se adapta a una cierta elaboración de tales criterios y a su concreción en ciertos requisitos para la pena realizadas pensando en comportamientos individuales. Aquí se trata en parte de lo mismo y en parte de otra cosa: de atribuir responsabilidad a un grupo de individuos que se relacionan entre sí de forma reglada y compleja, normalmente para administrar un patrimonio⁴.

2. El tema me parece apasionante y por ello lo he elegido para homenajear a Mirentxu Corcoy. A nadie mejor que a ella le es aplicable el lema que aplicó a su maestro, Santiago Mir: «Pasión por el Derecho»⁵. Y pasión fructífera: el de la profesora Corcoy es un ejemplo de excelente dedicación a «la función de la pena», «la razón que determinó dedicar [su] carrera universitaria al Derecho penal»⁶. Un estudio presidido además por la coherencia con una visión democrática de la justicia. Uno de sus trabajos más recientes resume conclusivamente este afán: «Las finalidades preventivas que se atribuyen a la pena deben de ser limitadas por los diversos principios del Derecho penal, esenciales en un Estado democrático de Derecho, e indispensables para respetar los derechos fundamentales de las personas»⁷.

II. ¿CUÁNDO ES JUSTA UNA NORMA PENAL?

1. En realidad, es esta una pregunta muy cotidiana que subyace en el debate ciudadano ante cualquier propuesta de reforma penal orientada a crear nuevos

³ Respecto a esta, LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., *Principios penales democráticos*, Madrid (Iustel), 2021, pp. 15 ss.

⁴ Sobre el concepto de persona jurídica, GALGANO, F., «El concepto de persona jurídica», *Revista Derecho del Estado*, núm.16, 2004, pp. 13 ss.; NINO, C. S., *Introducción al análisis del Derecho*, 2.^a ed., Buenos Aires (Astrea), 1993; pp. 224 ss.; ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «Personas y cosas. Individuos y patrimonios», *Almacén de Derecho* (<https://almacendederecho.org/personas-y-cosas-individuos-y-patrimonios>).

⁵ CORCOY BIDASOLO, M., y MIR PUIG, S., «Pasión por el Derecho» (entrevista), *Revista de Docencia Universitaria*, 12 (3), 2014, pp. 375 ss.

⁶ CORCOY BIDASOLO, M., «Prevención limitada vs. neo-retribucionismo», en Silva Sánchez *et al.* (coords.), *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, 2017, Montevideo-Buenos Aires (Bdef), p. 285.

⁷ CORCOY BIDASOLO, M., *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, I, 2021, p. 103.

delitos o a aumentar las penas. La verbalización suele ser la de «queremos penas más justas»; «queremos penas más eficaces». La justicia se proclama aquí como eficacia en la protección de lo justo, en la prevención de conductas que se entienden injustas. Es la cuestión de la justicia como eficacia para un estado de cosas a su vez justo. Por recordar algunos debates más o menos recientes en España, demandas de justicia de este tipo, con independencia ahora de su mayor o menor carga de razón, son las de la tipificación expresa de la violencia de género; las de la previsión de prisión permanente revisable para, entre otros delitos, los casos más graves de asesinato; o la del delito de abandono de lugar del accidente de tráfico, que se acompañó de una expresiva campaña «#por una ley justa»⁸.

2. En cualquiera de los ejemplos anteriores, en el debate de la justicia de la modificación del Código Penal han surgido los contraargumentos relativos a la justicia como eficiencia. El fin puede ser loable pero los costes de la intervención excesivos, lo que hace que desde el punto de vista valorativo no merezca la pena—no sea justa—la intervención. Ese coste lo medimos con nuestros principios, que es el instrumento con el que medimos nuestros valores. No hace falta irse a los extremos ejemplos de la pena de prisión a las madres de los terroristas o de la amputación de manos para los ladrones. En los casos anteriores de demandas de justicia como eficacia se han opuesto contundentes argumentos de injusticia como ineficiencia. Así, se ha alegado que los tipos de violencia de género con contrarios a la igualdad si no contienen un elemento de dominación⁹; a la prisión permanente revisable se le afea que sea indeterminada, inhumana y opuesta al mandato de resocialización¹⁰; y al delito de abandono del lugar del accidente de tráfico—que presupone que no hay una situación de desamparo y de necesidad de socorro (art. 382 bis CP)—, la vulneración del derecho del sujeto a su defensa y a la presunción de su inocencia en su vertiente de no poder ser compelido a aportar pruebas contra sí mismo¹¹.

3. En lo que sigue me propongo sostener que la responsabilidad penal de las personas jurídicas es justa. Por eso este artículo se llama «Elogio de la

⁸ Sobre los parámetros de ese debate, *vid.* LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., y DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., «¿#porunaleyjusta?», *Almacén de Derecho* (<https://almacenederecho.org/porunaleyjusta>).

⁹ *Vid.* LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., «¿Son discriminatorios los tipos penales de violencia de género? Comentario a las SSTC 59/2008, 45/2009, 127/2009 y 41/2010», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 99, 2013, p. 350.

¹⁰ *Vid.* LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A.; PÉREZ MANZANO, M.; ALCÁ CER GUIRAO, R.; ARROYO ZAPATERO, L.; DE LEÓN VILLALBA, J., y MARTÍNEZ GARAY, L., «Dictamen sobre la constitucionalidad de la prisión permanente revisable», en Arroyo Zapatero, L. *et al.* (eds.), «Contra la cadena perpetua», Ciudad Real (Ed. Universidad Castilla-La Mancha), 2016, pp. 17 ss. Pero no hasta el punto de la inconstitucionalidad, según la STC 169/2021, de 6 de octubre.

¹¹ Un precepto similar fue declarado inconstitucional en Costa Rica por estas razones (Sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema 525/1993, de 3 de febrero).

responsabilidad penal de las personas jurídicas». Y es justa en las dos vertientes de justicia antes reseñadas: es eficaz y no es ineficiente.

La responsabilidad penal de las personas jurídicas es justa porque es eficaz para una situación justa, para la protección de bienes justos. Sirve para el mantenimiento de nuestro sistema económico, severamente amenazado, insuficientemente protegido por nuestros resortes penales tradicionales en relación sobre todo con los delitos de empresa. Si se prefiere calificar así, la introducción de pena para las personas jurídicas es una reforma «progresista».

Y es justa también porque no es ineficiente: porque no tiene mácula esencial de ineficiencia. Ciertamente, como se verá, *presiona* el principio de culpabilidad en su vertiente de personalidad de las penas, de identidad entre agente individual del hecho lesivo y sujeto individual efectivamente penado – relación que impone el valor de la dignidad de las personas¹²–. Pero esa presión, si el sistema de imputación es adecuado, no afecta al núcleo esencial del principio y en cambio procura importantes réditos de justicia en el primero de los sentidos (justicia como eficacia).

III. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS ES EFICAZ

1. Vamos con lo primero: con el déficit de prevención al que puede subvenir la responsabilidad de la empresa misma. Ese déficit fue ya magistralmente puesto de manifiesto por Schünemann a finales de los años setenta del siglo pasado y es el fruto de una combinación de factores de aliento al delito y de ineficacia de la prevención penal individual en los delitos de empresa¹³.

Como ha sido teorizado desde la Criminología, una característica de las empresas como colectivo en materia de cumplimiento, en general y penal, es precisamente cierta inclinación potencial al incumplimiento¹⁴. No se trata obviamente de un déficit moral de los empresarios, sino de que la competitividad propia de un sistema de libre mercado hace que las empresas tiendan al ahorro de costes o a la maximización de beneficios, y que en ello les vaya su propia pervivencia.

¹² Vid. LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., «El principio de culpabilidad», en Pérez Manzano, M. *et al.* (coords), *Estudios en homenaje a la profesora Susana Huerta Tocildo*, Madrid (Universidad Complutense de Madrid), 2020, pp. 110 ss.

¹³ SCHÜNEMANN, B., *Unternehmenskriminalität and Strafrecht*, Colonia, Berlín, Bonn, Múnich (Heymanns), 1979, pp. 18 ss, 41 ss y 56 ss.

¹⁴ Vid. NIETO MARTÍN, A., «Cumplimiento normativo, criminología y responsabilidad penal de las personas jurídicas», en Nieto Martín, A. (dir.), *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2015, pp. 51 ss.

Existe la constante tentación de deshacerse de los residuos tóxicos vertiéndolos al río, de no colocar redes de seguridad en los edificios en construcción, de sobornar a un funcionario para obtener un contrato público. Y en la organización interna de la empresa, en un mundo con escasez de puestos de trabajo, existe una segunda y también constante tentación: la de cada empleado de hacer lo posible para resultar bien visto por su empleador, incluso, llegado el caso, con trampas en favor de la empresa. Para mantener el puesto de trabajo o ascender a un puesto mejor.

2. Ante este panorama, y si partimos ahora de un esquema clásico de responsabilidad penal individual, la empresa no tiene suficientes alicientes para disuadir los delitos individuales que se cometen en su beneficio, los incumplimientos penales que le favorecen. Si el vertido contaminante no es detectado, mejor para la empresa. Si sí lo es, peor para el individuo que lo haya ordenado o realizado. La empresa quedará solo sujeta a una reparación de los daños producidos que podrá serle rentable si se tiene en cuenta la probabilidad de que no sean detectados.

La manera natural de combatir estos delitos es la responsabilización individual por acción u omisión. Esa responsabilización es extremadamente garantista por lo que supone para el honor y la libertad de los ciudadanos implicados. Y en ese garantismo, que elegimos, que asumimos –piénsese por ejemplo en la regla *BARD* (*beyond any reasonable doubt*), de que solo puede darse por cometido un hecho lesivo si resulta probado, no preponderantemente, no convincentemente, sino plenamente, más allá de toda duda razonable¹⁵–, se nos escapa mucha prevención, sobre todo en ámbitos donde se suman varios comportamientos individuales, como es el de la empresa, donde hay numerosas escisiones entre decisión y acción y numerosos solapamientos entre prohibiciones y mandatos. Sabemos que se dio un curso de riesgo gravemente irregular pero no está claro quién lo desató, ni quien lo dejó de controlar, ni qué sabía el agente o el omitente. Es más, tenemos a veces la sensación de que los elementos probados del delito no se constatan en un solo comportamiento activo u omisivo de alguien, sino que solo es posible reconstruirlos con la constatación fragmentaria de lo que hicieron, parcialmente, y sabían, parcialmente, varias personas¹⁶.

3. A esta complejidad se unía cierta tendencia judicial, práctica, a acumular las responsabilidades penales hacia abajo en el seno de la empresa, fuera de los núcleos decisores. Esta propensión a la responsabilización «hacia las bajas

¹⁵ Un estándar de raíz moral que comporta la generación de un número relevante de falsos positivos de inocencia: *vid.* en profundidad CASTILLO VAL, I., *Il criterio del beyond any reasonable doubt nella responsabilità delle persone giuridiche*, Tesis doctoral, Università degli Studi di Milano, 2020, pp. 38 ss.

¹⁶ *Vid.* NIETO MARTÍN, A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Madrid (Iustel), 2008, pp. 67 ss.

instancias de la jerarquía de la empresa, resultante de la técnica legal de descripción del supuesto de hecho típico, puede tener consecuencias fatales para el efecto preventivo de las normas de Derecho Penal y de Derecho Administrativo sancionador, porque muy a menudo el órgano inmediato de ejecución se da cuenta solo insuficientemente de las consecuencias de su propio modo de actuación, a causa de la división del trabajo y de la canalización de información en la empresa; porque dicho órgano solo tiene una pequeña fuerza de resistencia frente a una actitud criminal de grupo –es decir, frente a usuales prácticas irregulares de la empresa–, a consecuencia de su vinculación al establecimiento, a consecuencia de la notoriamente alta disposición a la obediencia del hombre en el sistema jerárquico, y a causa de la evidente técnica de neutralización “pero si yo solo actúo de un modo altruista en interés de la casa”; y finalmente porque los miembros inferiores de la organización de la empresa son fungibles en un alto grado, de modo que la dirección de comportamientos a través de normas penales solo puede conseguir una efectividad limitada»¹⁷.

Este déficit de punición y prevención ha tratado de ser combatido dogmáticamente sobre todo con la responsabilidad individual por omisión, y también con la responsabilidad individual del representante. Con éxito, pero con éxito limitado. Como resulta conocido, en esencia, el resultado se puede imputar también objetivamente a quien teniendo un deber especial de garante no hizo lo razonablemente posible para evitarlo si con tal actuación debida hubiera evitado el resultado (art. 11 CP). Y como resulta conocido también, es posible una extensión de la autoría de los delitos especiales a quien actúe como representante del sujeto especial, que bien puede ser una persona jurídica (art. 31 CP).

Que en estas estructuras dogmáticas, justas en cuanto tendentes a atribuir preventivamente a cada uno lo suyo, se haya avanzado mucho, no significa desde luego que se haya avanzado suficientemente en la lucha contra la impunidad de los delitos de empresa: en la justicia como eficacia. Reitero lo ya avanzado: en estructuras complejas como las empresas no siempre va a ser fácil recopilar con plenas garantías los datos que fundamentan una plena imputación objetiva y subjetiva del hecho. Plenas garantías, procede volver a subrayarlo, que proceden de la amenaza de la pena de prisión y de la mácula que al honor supone el reproche individual.

Nadie lo ha expresado mejor que Schünemann: «El que la criminalidad de empresa pueda ser combatida con suficientes perspectivas de éxito con las posibilidades de responsabilización de miembros particulares de la misma [...] es

¹⁷ SCHÜNEMANN, B., «Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa», *ADPCP*, núm. 41, 1988, p. 533.

una de las más importantes y a la vez más difíciles cuestiones del moderno Derecho Penal económico. A favor de su negación, o al menos de un extraordinario escepticismo en su respuesta, hablan toda una serie de argumentos de peso: en primer lugar, la inviolable vigencia del principio de culpabilidad y del principio *in dubio pro reo* en la punición del autor individual; en segundo lugar, los modelos de explicación psicológico-colectivos de la criminalidad de grupo, que parecen sugerir también una medida colectiva de sanción; en tercer lugar, la concepción dominante en la doctrina de una notoria dificultad de prueba en el ámbito de la criminalidad de empresa, y en cuarto lugar, finalmente, el reducido efecto preventivo del Derecho penal en las organizaciones jerárquicas “tabicadas” por una moral propia»¹⁸.

4. El paso siguiente en pos de una prevención justa de los delitos de empresa era la responsabilidad colectiva: el paso siguiente en la escalera de la justicia como eficacia. Si al final la persona jurídica no es sino un complejo grupo de relaciones personales formalizadas, se puede atribuir a ese grupo el deber de organizarse para evitar sus externalidades más lesivas. El mensaje es: conforme a tus pautas organizativas, organízate para que desde tu actividad –desde tu empresa– no se desarrollen conductas individuales lesivas para otros y favorables para ti. Y, si esto va a ser un deber penal, para evitar caer en la indefinición, y en el consiguiente riesgo de inconstitucionalidad, voy a dibujar legislativamente las pautas esenciales de ese deber y voy a confiar en su razonable desarrollo jurisprudencial.

La atribución de este deber penal a la persona jurídica hace que su quiebra, su injusto, sea un injusto de desorganización. Es un delito de descontrol cuya gravedad constatamos si efectivamente se produce un delito individual, que opera así como una condición objetiva de punibilidad. El delito de la persona jurídica es un delito de mera conducta; si se quiere, el delito de ser mal policía de los suyos¹⁹.

¹⁸ SCHÜNEMANN, B., *ADPCP*, núm. 41, 1988, p. 551.

¹⁹ Resulta tentadora la idea de ver esto mismo desde la participación omisiva de la persona jurídica en el delito individual. Así, RODRÍGUEZ RAMOS, L., «La culpabilidad en los delitos cometidos por la persona jurídica», *DLL*, núm. 7694, 2011, p. 6; ARTAZA VARELA, O., *La empresa como sujeto de imputación de la responsabilidad penal*, Madrid (Marcial Pons), 2013, pp. 332 ss. Este interesante enfoque necesita sin embargo encontrar fundamento para sustentar tal contribución, sin que el mismo parezca que concurra siempre en la cesión omisiva de instrumentos o condiciones para el delito o en la infracción de deberes de cumplimiento previos a los penales. Por otra parte, resulta un planteamiento demasiado limitativo desde la opción eficazista del legislador, y puede condenarnos a la casilla de salida. Tal cosa sucedería si se tratara de exigir en rigor una participación dolosa omisiva en el delito individual: sí, a partir del deber legal de organización para la prevención del delito, se ha de constatar que desde la organización *se* sabe que un sujeto iba a delinquir y que la pasividad institucional hizo posible o al menos ayudó a que se desplegara el concreto delito individual. La sana pretensión eficazista pretende una relación más laxa. Organízate para que los tuyos no delincan. Si no lo haces

5. Existe todavía un punto atinente a la eficacia que debe destacarse. Si cabe afirmar que el sistema de responsabilidad sancionadora de las personas jurídicas está siendo al menos parcialmente eficaz, en cuanto que cabe afirmar que ha impulsado que nuestras empresas se están organizando para evitar delitos desde las mismas, ello se debe en buena parte a que sea un sistema penal y no solo administrativo. El sistema de responsabilidad administrativa de las personas jurídicas lleva media vida entre nosotros, antes y después de la Constitución, y no solo no ha recibido grandes reparos, sino que, a diferencia de lo que ha supuesto la nueva estrategia de penas a las personas jurídicas, ha sido recibido siempre con gran naturalidad, a pesar de que los valores y principios constitucionales que informan y limitan las penas y las sanciones administrativas son en esencia los mismos. Trataré de analizar luego el por qué. Lo que me interesa ahora destacar es la esencialidad del adjetivo «penal» en el sistema y cierta banalidad subyacente en la afirmación de que, como hacen otros ordenamientos, sin mayores costes nos hubiéramos ahorrado algunos dolores de cabeza *principiales* con un sistema de sanciones judiciales que no se denominara «penal».

Pasa con las personas físicas y también con las jurídicas. La prevención no es solo un asunto de probabilidad de la sanción y del contenido objetivo de esta. La pena es también, y en primer plano, reproche social, y con ello daño al honor²⁰. El individuo que ha sido condenado a una pena suspendible privativa de libertad tiene la honda carga de la condena y de un periodo previo de sometimiento al poder judicial intensamente restrictivo de su presunción de inocencia y que puede comportar la limitación de sus derechos fundamentales. Piénsese ahora en nuestras empresas. Lo de menos puede ser la multa o el riesgo de la multa o la consideración social de infractor administrativo, algo cada vez más identificable con la propia condición de ciudadano²¹. Lo de más es la catalogación de delincuente, y la previa de acusado, y la previa de imputado. Lo de más es el coste reputacional en un sistema fuertemente competitivo.

razonablemente, te penaré a ti también siempre que se produzca un delito individual y siempre que, por decirlo ahora con el artículo 31 bis CP, el mismo «se ha podido realizar» por tal defecto; no existían medidas idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión.

²⁰ Al respecto, Ross, A., «La finalidad del castigo», en AAVV, *Derecho, Filosofía y Lenguaje. Homenaje a Ambrosio L. Gioja*, Buenos Aires (Astrea), 1976, pp. 156 ss.

²¹ Así, NIETO GARCÍA, A., *Derecho Administrativo sancionador*, 5.ª ed., Madrid (Tecnos), 2012, pp. 27 ss.

IV. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS NO ES INEFICIENTE

1. La justicia de la pena a la persona jurídica no reside solo en su eficacia en la consecución de un fin justo. Hace falta además que no tenga costes ni mayores ni insostenibles: hace falta que no vulnere ninguno de nuestros principios fundamentales. Analicemos por qué ello no es así estructuralmente por el hecho de prever e imponer penas a las personas jurídicas.

2. Como señalé al comienzo del artículo, la eficiencia de una reacción penal la medimos en moneda de valor a través de los principios penales, con lo que la pregunta es ahora si la responsabilidad penal de las personas jurídicas vulnera alguno de tales principios. Y el que está en cuestión es el de culpabilidad en su manifestación de personalidad de las penas: solo es legítimo –solo es acorde con el valor de la dignidad de las personas– sancionar a la persona a la que le sea objetiva y subjetivamente imputable el hecho lesivo, y no a un tercero por mucho que ello pueda resultar preventivo o por mucho que ese tercero esté personalmente relacionado con el agente lesivo. En breve: no es legítimo destruir el domicilio familiar del terrorista suicida²².

Por lo demás, la responsabilidad penal de las personas jurídicas no afecta *per se* a ninguno otro de nuestros principios básicos. No, desde luego, a las exigencias de legalidad ni tampoco a las de proporcionalidad, pues bien puede tratarse de una responsabilidad precisada en una ley que responda de modo idóneo, mínimo y proporcionado a una necesidad justa de protección. Y tampoco parece que puedan suscitar interrogantes relevantes de legitimación el principio de igualdad, el mandato de resocialización o la prohibición de penas inhumanas. Suena hasta raro formularlo.

La objeción de culpabilidad puede resumirse del siguiente modo. El sujeto individual finalmente penado va a ser el titular del patrimonio de la persona jurídica. Y si la razón de la pena, el injusto de la conducta penada, es la desorganización de la persona jurídica, la generación de un escenario de descontrol, de peligro de comisión de delitos individuales, es evidente que no siempre –más bien extrañamente– cabe imputar tal defecto a aquellos titulares en el sentido fuerte con que utilizamos el verbo «imputar» para justificar la responsabilidad penal, equivalente a que el hecho lesivo es cosa suya en sentido objetivo y subjetivo.

²² Una legitimación de estas medidas en el ordenamiento jurídico de Israel por razones preventivas puede leerse en BENMELECH, E.; BERREBI, C., y KLOR, E., «Counter-suicide-terrorism: evidence from house demolitions», *NBER Working Paper*, 16493, 2010 (<https://www.nber.org/papers/w16493.pdf>).

3. Ciertamente la responsabilidad penal de las personas jurídicas no respeta plena u óptimamente el principio de personalidad de las penas, pero sí suficientemente. El presupuesto de esta aseveración es que el principio de personalidad de las penas no es en rigor una regla, sino que funciona como un principio en el sentido *alexiano* del término, como un mandato de optimización²³. Se trata de aproximar lo más posible pena e imputación –a mayor aproximación, mayor respeto del principio y mayor preservación del valor que está detrás del principio–, pero resultan admisibles relaciones menos intensas siempre que respeten unos mínimos –la zona roja del *principiómetro*– y que el irrespeto remanente sirva a la preservación de otros principios y valores. Piénsese ahora en el claro ejemplo del mandato de determinación, postulado del principio de legalidad: al legislador se le dice que describa la conducta delictiva con la mayor precisión posible, pero respetando unos mínimos –que termina determinando el Tribunal Constitucional y convirtiendo el principio en regla–, son tolerables descripciones más laxas en pro de la justicia como eficacia en la protección de bienes jurídicos²⁴.

4. Debe a su vez tenerse en cuenta otra precisión, que hace a la relación de la preservación de un principio con la entidad de la sanción de la norma en cuestión. El grado en el que se respeta un principio –el grado en que los principios vinculan la conformación de infracción y sanción– depende no solo de cómo esté descrita la norma de conducta, de sanción o de procedimiento para determinar si ha existido una infracción, sino también de la cuantía de la sanción.

Así, por ejemplo, por volver al claro ejemplo del mandato de determinación, una norma de conducta ambigua, imprecisa, no perturba intolerablemente nuestra seguridad jurídica –que es el valor subyacente al principio– si de lo que se trata es de una infracción de aparcamiento leve que podría acarrear una leve multa. Esa misma ambigüedad semántica sí puede ser intolerable si de lo que se trata es de un grave delito económico que puede dar con nuestros huesos en la cárcel. La sensación de inseguridad no depende solo de la semántica de la norma de conducta sino también y mucho de la cuantía de la sanción.

Esto mismo lo podemos ver en otros principios. Para la multa no grave toleramos que decida un árbitro de dudosa imparcialidad, como es la Administración; para la cárcel exigimos que lo decida un juez. Si nos condenan la misma

²³ ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid (Centro de Estudios Constitucionales), 1993, pp. 86 ss y 89.

²⁴ Admitimos por ejemplo, la agravante de uso de «armas» en lugar de establecer una relación precisa de objetos que se consideran «arma».

pequeña duda razonable en ambos casos, multa leve y prisión, sentiremos que solo se ha quebrado intolerablemente nuestra presunción de inocencia en el segundo caso, pues solo en él cambiará radicalmente a peor nuestra vida y pasaremos a sufrir cierto estigma social. La cuantía menor de la sanción flexibiliza el principio y permite formas distintas de sancionar, aconsejadas por razones de eficiencia. Es esta una enseñanza que deberíamos extraer comparando el Derecho Penal y el Derecho Administrativo sancionador²⁵.

5. Regreso a las personas jurídicas y su responsabilidad penal para sostener la siguiente tesis: existe una relación suficiente entre penado y conducta del penado a la vista de la necesidad de eficacia que justifica la medida y de la entidad de la pena que alcanza a tal penado.

En el ordenamiento español la responsabilidad penal de la persona jurídica no se regula como una consecuencia objetiva de la responsabilidad penal individual ni en alguna otra forma como heteroresponsabilidad. La persona jurídica responde por su defectuosa organización en la prevención del delito individual, algo que va a depender, al menos en última instancia, del órgano de administración de la persona jurídica. Ese órgano de administración tiene distintos tipos de vinculación con los socios, pero de lo que no cabe ninguna duda es que estos son los únicos competentes para establecer las reglas de gobierno de la sociedad, para modificarlas y para elegir y destituir a los que van a llevar la gestión diaria de los asuntos sociales²⁶. Tenga el peso que tengan sus competencias de elección y de vigilancia es lo cierto que las mismas constituyen un nexo relacional de su conducta con la organización de la sociedad.

Ciertamente esta vinculación entre socio y desorganización puede parecer débil a efectos de asignación penal de la pena si no se tiene en cuenta el bajo rigor individual de esta, que, como subrayaba hace unas líneas, dulcifica el sacrificio del valor de la dignidad personal que está detrás del principio de personalidad de las penas, como por cierto confirma una intensa tradición de sanciones administrativas a las personas jurídicas sin exigencia alguna, además, de defecto de organización en la misma. La pena final al individuo, derivada de la pena a la persona jurídica, es siempre patrimonial y ajena –o al menos muy separada– a un reproche personal lesivo del honor.

²⁵ Vid. LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., «Penas y administraciones», en SUÁREZ LÓPEZ, C., *et al. Estudios penales y criminológicos en homenaje al Prof. Dr. Dr. H. C. Lorenzo Morillas Cueva*, I, Madrid (Dykinson), 2018, pp. 360 ss.

²⁶ Sobre la relación entre socios y administradores, Vid. PASTOR MUÑOZ, N., «¿Responsabilidad penal del socio por la criminalidad de la empresa? Reflexiones sobre la posibilidad de fundamentar una posición de garantía del socio», *DLL*, núm. 9400, 2019: «con el encargo de la gestión a los administradores, se produce una delegación en sentido amplio» (p. 12).

Y está al final la utilidad del sacrificio parcial del principio. El sacrificio no es insoportable –no queda por debajo de la línea roja de respeto al principio– y es además imperiosamente necesario por las razones de justicia como eficacia que expuse en el epígrafe tres de este artículo. Sin sanciones a la persona jurídica no hay prevención eficaz de los delitos de empresa.

V. ALGUNA CONCLUSIÓN

1. Al severo déficit de prevención de los delitos de empresa se ha respondido con un sistema que obliga penalmente a las empresas a mantener sistemas internos razonablemente eficaces de prevención penal. La punibilidad de esta omisión se condiciona a la existencia efectiva de un delito individual posibilitado por la organización. Este sistema parece que al menos en parte está funcionando –justicia como eficacia– y lo hace porque la sanción, en su *penalidad* y no mera *administratividad*, afecta severamente a los centros decisores de la persona jurídica.

2. Para que la responsabilidad penal de las personas jurídicas sea justa no basta con que sea eficaz para una situación justa, para la protección de bienes justos. La eficacia en la consecución de algo justo es solo una cara de la justicia penal. La otra cara, que he denominado «eficiencia», tiene que ver con los costes de la intervención penal, que resultan insoportables si suponen la vulneración de alguno de nuestros principios fundamentales.

3. Esto no sucede en el hecho de prever e imponer penas a las personas jurídicas. Ciertamente queda cuestionado el principio de culpabilidad en cuanto exigencia de identidad entre el agente individual del hecho lesivo y el sujeto pasivo individual de la pena, pero se da una relación suficiente entre ambos a la vista de la limitada entidad de la pena.

REFLEXIONES EN TORNO A LA LEY REGULADORA DE LA EUTANASIA

BORJA MAPELLI CAFFARENA*

El movimiento a favor de la eutanasia tiene en estos momentos un apoyo relevante en la opinión pública y en muchos medios de comunicación. Esto se debe, en parte, a que el debate lejos de estar sosegado se radicaliza y se termina convirtiendo en un debate ideológico-político y, en parte, también a que se convierte en un debate reduccionista a partir de algunos casos estereotipados, que no son los más frecuentes, aunque si los más dramáticos¹. La disponibilidad sobre la propia vida no hace absolutamente irrelevante su protección para el Derecho, a pesar de que su titular quiera terminar con ella y, por ello, el deseo de morir es un derecho que se puede ejercer dentro de ciertos límites. La vida merece una protección absoluta, por su carácter ontológico como base de todos los derechos, sin ella no hay posibilidad de ejercer ningún otro derecho. La radicalidad de la redacción del artículo 15 CE («todos tienen derecho a la vida»), declarando un pretendido derecho a la vida, refleja el interés del orden jurídico por su protección sin fisuras.

* Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Sevilla.

¹ DE LUCA, J., «Presentación», *Teoría y Derecho. Revista de pensamiento jurídico*, 29/2021, pp. 10 ss., en su encendida defensa de la Ley señala que «El objeto de esta ley, insisto, es ofrecer a todos por igual un derecho, no un privilegio como ha sucedido hasta ahora, al alcance de unos pocos que podían permitirse desplazarse a otro país, comprar su práctica clandestina o lograr esa muerte deseada gracias a la piedad y a la audacia de quienes se atrevían a arriesgar una sanción penal, reconozcámoslo, las más de las veces por piedad ante su sufrimiento» (pp. 13-14). Semejantes pronunciamientos no ayudan a avanzar en la solución de los problemas jurídicos de la eutanasia que no guardan relación ni con la libertad ni con la defensa de los privilegios sociales. En todo caso es lamentable que el Estado solo nos permita un ejercicio de plena libertad individual para desaparecer del mundo.

No deja de llamar la atención que coincidan en el tiempo los debates sobre la eutanasia, y las legislaciones que la regulan, con el incremento de la conciencia ética de los médicos y con los programas paliativos. Respecto de lo primero son muy numerosos los pronunciamientos que encontramos dentro de la ciencia médica, apartándose de las viejas concepciones hipocráticas que asocian la actividad médica con la curación de enfermedades y, en consecuencia, por el mantenimiento de la vida del enfermo por encima de cualquier otra consideración². Cuando el oncólogo estadounidense Van Rensselaer Potter empleó, ya en los años setenta del pasado siglo, la expresión bioética quería destacar precisamente ese conflicto de valores que plantean los avances tecnológicos frente a las exigencias del ser humano y sus derechos³. La medicina en la actualidad es muy consciente de que su objetivo tiene más que ver con la atención al enfermo que con la atención a la enfermedad y dentro de los hospitales el advenimiento de la muerte en estado de sedación se ha convertido en la forma convencional de abordar el fallecimiento del paciente. En el léxico de términos eutanásicos la bioética se ha encargado de incluir la distanasia o «mala muerte» para significar aquellos casos en los que alejados de las obligaciones de la *lex artis* los médicos se empeñan en mantener con vida a un paciente con una respiración o circulación artificial a costa de un extraordinario sufrimiento orgánico y/o psicológico cuando la actividad tronco-encefálica cesa de forma irreversible. Hay, por tanto, una pacífica opinión que entiende que la práctica de la distanasia no solo no forma parte de las obligaciones deontológicas del médico, sino que, en determinadas circunstancias, podría dar lugar a responsabilidad penal.

Como decíamos antes es igualmente llamativo que en los últimos años se haya desarrollado un interés por la legislación eutanásica en unos momentos en los que se da cada vez más importancia a los programas paliativos para enfermos terminales o supuestos afines. La medicina tiene asumido que la heterogeneidad del fenómeno de la muerte transciende el aspecto biológico y demanda

² *Vid.* entre otra documentación, el Convenio sobre los Derechos del Hombre y la Biomedicina, suscrito en el Consejo de Europa el 4 de abril de 1997. Este Convenio entró en vigor en España el 1 de enero del año 2000.

³ Con frecuencia se cita al escritor ARTHUR KOESTLER, fundador de la Sociedad para la Eutanasia Voluntaria, creada en 1935, como representante de los primeros movimientos a favor de la eutanasia. Ya que es así y se emplea tanto como ejemplo, es necesario señalar dos cosas. La primera, que Koestler, que se suicidó junto con su esposa en Londres, no era tanto un activista de la eutanasia, sino del derecho a suicidarse, que por entonces estaba prohibido. La segunda, que su activismo se dirigía a proveer de recursos a quienes lo desearan para acabar voluntariamente con la vida. En el conocido prólogo del folleto *A guide to self deliv-erance* se defiende el derecho a quitarse la vida y se enseña a ello. *Obiter dicta*, sin conocer con detalle las circunstancias de aquel doble suicidio, pactado por la pareja, el mismo es un ejemplo de los peligros de emulación de estos movimientos. Mientras que él se suicida porque sufría un Parkinson avanzado, ella lo hace porque no le interesaba la vida si él no estaba. Es un ejemplo de los riesgos de la *ruptura del dique* cuando se asocia la eutanasia con derechos como la libertad o la dignidad humana.

no solo unos recursos y unos programas que aseguren, que este tránsito, cargado de conflictos y emociones, se produzca de forma ordenada para paliar el dolor de todos los protagonistas, sino también una formación profesional especializada en la que, además del empleo de los recursos, se adquiriera la sensibilidad necesaria para ayudar en el control y aminoración de todo lo que acompaña a la muerte. Se trata de mejorar la calidad asistencial con medidas de control de los síntomas físicos, el apoyo emocional y la comunicación continua, el respeto por los deseos del paciente, la coordinación con la familia y el trabajo en equipo del personal sanitario⁴. La muerte socializada, que palia los daños de la soledad y el abandono, es la mejor muerte posible. Los programas paliativos sitúan el protagonismo del paciente en el centro de su desarrollo, sin contar con su voluntad, actualizada y enriquecida por una información próxima, aquellos programas perderían todo su sentido.

Como es lógico hay coincidencias en los discursos de las medidas paliativas y las eutanásicas. Ambas renuncian a la medicina del encarnizamiento y ambas parten de la libertad y dignidad del paciente. Las diferencias están en los fines de una y otra, porque mientras que los programas paliativos se plantean una muerte en paz mediante un acompañamiento personalizado del paciente hasta el último momento, la eutanasia propone, que, llegado el momento, se pueda intervenir activamente para acabar con los padecimientos inútiles.

La duda que surge entonces es si ambas opciones –la paliativa y la eutanasia son compatibles entre sí y, más concretamente, si una legislación sobre la eutanasia vendría a priorizarla sobre las opciones paliativas en la medida que resultan más económicas, más fáciles de aplicar y más en sintonía con la gestión y organización de los sistemas sanitarios de carácter hospitalario en donde ya fallecen una de cada tres personas en nuestro país. Este riesgo se vería considerablemente aminorado, al menos, si ambas cuestiones fuesen reguladas en una misma ley. Esta solución *lege ferenda* está llena de ventajas porque permitiría al sector sanitario trabajar con unidad de objeto, de garantías y de criterios.

Existen opiniones contrarias a la propia existencia de la Ley, incluso, con estas limitaciones. El argumento central es que este tipo de leyes, como hemos señalado, terminan priorizando la ayuda a morir frente a las medidas paliativas y, por otro lado, tienen un efecto llamada que provoca un incremento de solicitudes. Esto se aprecia especialmente en los casos de incapacidad de expresar la voluntad en los que hay una inclinación por el *in dubio pro mortis*, en vez del *in dubio pro vita*. Se pone, como ejemplo, lo sucedido en Suiza, un país que se caracteriza desde hace décadas por ser de los primeros que han apostado por los modelos

⁴ POLLARD, B., *Eutanasia*, Madrid (Ediciones Rialp), 1991, pp. 18 ss.

más liberales de eutanasia. El crecimiento anual, según los datos oficiales de la Oficina Nacional de Estadísticas (FSO), se sitúa próximo al 20%. Ya una de cada cincuenta muertes se produce por aplicación de esta ley.

Otro importante argumento en contra de legislar la eutanasia es que se corre el riesgo de provocar el llamado *deslizamiento por la pendiente* o extensión de los supuestos eutanásicos a situaciones que nada tienen que ver ni con la enfermedad ni con los padecimientos. Ha sucedido en los casos, Gross, en Suiza, donde una anciana, que vivía sola, solicitó que se le aplicara la ley con carácter extensivo, aunque no padecía ninguna enfermedad terminal⁵ y Van den Bleeken, en Bélgica, un condenado a prisión perpetua que no quería vivir en esas condiciones. En el caso de la anciana Gross, señala la justicia la conveniencia de directrices europeas para que ciudadanos sanos puedan ser asistidos en su deseo de morir, lo que representa un salto cualitativo en la evolución eutanásica. Es evidente que, partiendo de los criterios de la autonomía y la dignidad humana, hay un riesgo de que se extienda el servicio eutanásico más allá de los enfermos terminales y de las personas con graves padecimientos incurables y se aplique la eutanasia a todos aquellos que, con los mismos argumentos, solicitan que se ponga fin a su vida, porque la consideran indigna y han perdido el interés por vivir, sea cual sea la causa.

De hecho, quienes se muestran a favor de la eutanasia, no solo la plantean como un derecho que puede ser reclamado frente al Estado y que se traduce en el deber de este de atender a esa petición, sino que consideran que también más allá de los supuestos eutanásicos en la sociedad del futuro existirá una especie de muerte a la carta⁶. En este sentido, Michel Thévoz y Roland Jaccard, en su manifiesto, señalan que el «Estado terapéutico» será vencido cuando el ejercicio del derecho al suicidio sea la forma natural de morir («si preconizamos la muerte digna, no es solamente por razones “humanitarias”, sino también porque contribuye a desacralizar el suicidio –y por ende la muerte– haciéndolo pasar de lo pulsional a lo racional, del campo de la fatalidad al de un destino libremente asumido, de la exaltación de la transgresión a una lucidez serena»⁷). Se trata de

⁵ Caso Alda Gross contra Suiza, Sentencia TEDH [Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Alda Gross vs. Suiza (núm. 67810/10) del 14 de mayo 2013]. Alegó precisamente su estado de soledad y decrepitud y que había perdido el interés por vivir y aunque murió por causas naturales el alto tribunal europeo tuvo ocasión de pronunciarse a su favor, considerando que la imprecisión de la ley fue la causa de que no se le pudiera proveer de pentobarbital por los médicos suizos, lo cual lesionaba su derecho a la vida privada del artículo 8 CEDH.

⁶ En el año 1950 la Euthanasia Society of America pidió que se incluyera el derecho a morir con dignidad dentro de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre.

⁷ THÉVOZ, M., JACCARD, R., *Manifiesto por una muerte digna*, Barcelona (Kairós), 1993, p. 55.

positivizar la muerte como un estadio feliz y liberador de la carga física⁸. Es inevitable que paradójicamente las propuestas más radicales sobre la eutanasia coincidan con los postulados religiosos a los que abomina. En ambos casos se niega la muerte como el final de todo. Ambos participan de una idea común de la muerte como liberación, liberación del mundo físico, que permite unirse a Dios, o «liberación laica»⁹. Lamentablemente, esas utopías y arcadias felices tras la muerte no pueden ocultarnos que la muerte es la destrucción de la vida y, como dice Ernst Bloch, la muerte es el más duro rechazo de la utopía, porque en la muerte no hay devenir, ni triunfo¹⁰.

Cuando los partidarios de la eutanasia activa defienden que la misma es la lógica regulación del derecho subjetivo a disponer de la vida y refuerzan la tesis invocando su relación con el derecho a la vida y al libre desarrollo de la personalidad lo hacen con el objetivo de explicar el origen del servicio eutanásico, instaurado la LORE. Ahora bien, para justificar la libre disposición de la vida por parte de su titular no es necesario acudir a la tesis de un derecho subjetivo anclado constitucionalmente. Solo cuando hay necesidad de explicar los servicios públicos eutanásicos –la participación de terceros– es cuando se necesita contar con un derecho subjetivo del que surge un deber para la Administración. Pero la tesis del derecho subjetivo plantea algunos problemas de coherencia con el ordenamiento jurídico.

Comencemos por señalar que resulta difícil de derivar del derecho al libre desarrollo de la personalidad un derecho positivo a morir. La muerte no permite en absoluto desarrollar la personalidad, de la misma manera que nos parecería sorprendente reconocer en el derecho a la educación la opción de no educarse. Del libre desarrollo de la personalidad se derivan el reconocimiento de otros derechos personales en la medida que exista personalidad; pero la no-personalidad es la negación de cualquier desarrollo.

Las tesis defensoras de la eutanasia activa presentan otros problemas. Por más que se rodee de garantías es inevitable concluir que si se permite a un tercero acabar con la vida de alguien, es que la vida de esa persona ha dejado de

⁸ HANS KÜNG, teólogo y filósofo, señalaba que «precisamente porque estoy convencido que con la muerte no termina todo, no me va tanto en una prolongación indefinida de mi vida...» «y mucho menos en condiciones ya no dignas de seres humanos» KÜNG, H., JENS, W., *Morir con dignidad. Un alegato a favor de la responsabilidad*, Madrid (Editorial Trotta), 2004, p. 55.

⁹ SÁBADA, en un artículo a favor de la Ley (SÁBADA, J., «La eutanasia en la vida humana y en España», *Teoría y Derecho. Revista de pensamiento jurídico*, 29/2021, p. 18) presupone que “la media” de la sociedad a la que se le ofreciera la posibilidad de no nacer eligiera esta opción porque «la vida está llena de frustraciones porque importantes deseos no se cumplen, porque las enfermedades nos atenazan y porque la muerte de los seres queridos y la nuestra es un trauma total». La misma idea evangélica del valle de lágrimas del que solo nos liberaremos con la muerte.

¹⁰ BLOCH, E., *El principio esperanza*, Madrid (Trotta), 2013, p. 12.

tener interés prioritario para el derecho y el principio de la defensa absoluta de la vida, en la medida que tiene un carácter ontológico y sirve de basamento del resto de los derechos, tiene que replantearse. Por supuesto que también es legal acabar con la vida de otro en legítima defensa o en la guerra, pero en ambos casos es precisamente la defensa de la vida la que explica la justificación. En la eutanasia, en cambio, se debilita esa protección por la aminoración del interés de protección en si misma considerada.

Los partidarios de la eutanasia llegan a afirmar que no se da un atentado a la vida, porque esta ya no es querida por su titular. La afirmación de que estas leyes eutanásicas no limitan el derecho a la vida¹¹ solo contemplan una dimensión radical de la individualidad. Semejante tesis equipara la vida a cualquier bien material de los que puede disfrutar una persona. La vida del ser humano es mucho más que un fenómeno biológico en la naturaleza. Una cosa es disponer de un objeto propio y, otra muy distinta, es disponer de la propia vida. Aun cuando la persona exprese con rotundidad su deseo de morir, para el Derecho sigue vigente la defensa de este bien jurídico. El respeto a la libertad tiene que ser compatible con la dimensión social de la persona y es compatible con la obligación del Estado social de promoverla. La autonomía de la persona no debe conducirnos a un individualismo radical, no solamente porque es contrario a la idea del desarrollo de la personalidad en un Estado social, sino que haría caer en contradicciones insalvables la legislación eutanásica e, incluso, la protección penal de la vida del suicida. La vida, incluso, cuando no es querida por su titular, no es irrelevante para el Derecho. El Estado no puede garantizar la vida, pero si está obligado a asegurarla con independencia de la voluntad de su titular. Este aseguramiento tiene una dimensión compleja que abarca desde la prohibición de medidas que la limiten, hasta su protección frente a ataques de terceros.

En definitiva, desaparecida la voluntad de vivir aún resta un interés en la sociedad por mantener el valor vida. Un valor que merece una menor protección y cede frente al ejercicio de otros derechos, especialmente, el del propio titular a quitarse la vida. Por esta razón la atención médica sigue siendo una obligación deontológica por mucho que pueda presumirse que el paciente hubiera expresado su desinterés por seguir viviendo de haberse podido expresar. La cuestión no es, pues, castigar o no castigar, sino encontrar una vía para no hacerlo que sea compatible con la relevancia de la vida, y con los riesgos que suponen el carácter irreversible y la eventual instrumentalización o abuso de los supuestos eutanásicos.

¹¹ CARBONELL MATEU, J. C., «La ley de la eutanasia: una ley emanada de la dignidad», *Teoría y Derecho. Revista de pensamiento jurídico*, 29/2021.

Una última cuestión en relación con las propuestas de fundamentar el derecho a la eutanasia en el libre desarrollo de la personalidad. Si cuando una persona se dirige al Estado pidiendo que se le mate se encuentra ejerciendo un derecho constitucional, entonces, como acertadamente reconoce el Tribunal Constitucional alemán, «restringir el alcance de la protección a causas o motivos específicos equivaldría esencialmente a una evaluación substantiva y, por lo tanto, predeterminada, de los motivos de la persona para procurar el fin de su propia vida, algo ajeno a la noción de libertad de la Ley Fundamental» (Tribunal Constitucional alemán (BVG) en su Sentencia de 26 de febrero de 2020)¹².

A nuestro juicio, merece la pena experimentar otras posibilidades jurídicas que garanticen la disponibilidad sobre la propia vida, no como un derecho subjetivo, pero si, como una situación *agere licere*, como manifestación externa de la esfera íntima de las personas¹³. Y debido a este reconocimiento es que la tentativa de suicidio no se castiga en ningún país de nuestro entorno cultural. Pero nada tiene que ver el suicidio con la eutanasia ya que el suicidio no pasa de ser un comportamiento personal sin injerencia de terceras personas. El Estado debe mantener una neutralidad ética y aceptar la conducta suicida. Cualquier medida que fuera más allá de la asistencia por razones humanitarias y sociales de cara a disuadir la decisión de terminar con la propia vida, es una imposición de concepciones morales o ideológicas inaceptable.

Como señala Étienne Montero¹⁴, a diferencia del suicidio, la eutanasia tiene una dimensión socio-jurídico-política, porque no solo compromete a los facultativos que intervienen en ella, sino a todo el sistema sanitario. Pretender que quitar la vida a los pacientes pase a ser parte de la deontología médica, que debe ser atendido por la sanidad pública, en los mismos términos que el derecho a ser sanado, desde luego, plantea un modelo de medicina pública distinta a la actual, y plantea, además, ante el enfermo terminal una doble

¹² Cita tomada de CARBONELL MATEU, J. C., *Teoría y Derecho. Revista de pensamiento jurídico*, 29/2021, p. 49.

¹³ En este mismo sentido se ha pronunciado nuestro TC: «siendo la vida un bien de la persona que se integra en el círculo de su libertad, pueda aquella fácticamente disponer sobre su propia muerte, pero esa disposición constituye una manifestación del *agere licere*, en cuanto que la privación de la vida propia o la aceptación de la propia muerte es un acto que la ley no prohíbe y no, en ningún modo, un derecho subjetivo que implique la posibilidad de movilizar el apoyo del poder público para vencer la resistencia que se oponga a la voluntad de morir, ni, mucho menos, un derecho subjetivo de carácter fundamental en el que esa posibilidad se extienda incluso frente a la resistencia del legislador, que no puede reducir el contenido esencial del derecho. En virtud de ello, no es posible admitir que la Constitución garantice en su artículo 15 el derecho a la propia muerte [...]» (SSTC 120/1990, de 27 de junio y 137/1990, de 19 de julio). En un sentido similar, negando el derecho de morir también el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en el asunto *Pretty c. Reino Unido*, de 29 de abril de 2002.

¹⁴ MONTERO, E., «La dimensión sociopolítica de la eutanasia», *Juristas de la salud*, volumen 20, número 1, 2010, p. 134.

opción: la paliativa o la eutanásica, jugando poderosas razones políticas, sociales y económicas a favor de esta segunda, de forma que ni siquiera se puede afirmar que ambas opciones se presentan ante el enfermo y sus allegados en igualdad de condiciones.

Esta propuesta no abandona a su suerte a los enfermos crónicos. Para ellos se abre una razonable serie de vías cuando seguir viviendo les resulta insoportable. En primer lugar, pueden quitarse la vida; en segundo lugar, pueden recibir tratamientos paliativos¹⁵, y, en tercer lugar, pueden solicitar la eutanasia pasiva gracias a la cual se le retira cualquier tratamiento que tenga como objetivo el mantenimiento artificial de la vida e, incluso, dentro de estas posibilidades se contempla la sedación, aunque pudiera eventualmente provocar un acortamiento de la vida. Por último, para los escasos supuestos de mayor invasión de terceras personas, practicando la eutanasia activa, el Derecho, a pesar de mantener la vigencia de la protección de la vida, contempla soluciones no punitivas en el marco de las causas de justificación o/y exculpación. *Lege ferenda* aún podría introducirse nuevos institutos jurídicos, como la dispensa de la pena o la suspensión del proceso, que evitan la sanción o el proceso penal.

En definitiva, nos preocupa que el movimiento eutanásico pierda de vista las graves consecuencias que para el futuro de la humanidad tiene que nuestro consentimiento ponga en manos de terceros nuestra propia existencia. El proceso de morir, sus tiempos y su costo no sintonizan con una sociedad industrial y capitalista, en la que la muerte se rige por los mismos criterios que el negocio. La muerte y el morir no tienen cabida en las sociedades industrializadas porque no afectan, esencialmente, a los sistemas productivos. Parece una sorna tanta sensibilidad por respetar la autodeterminación humana, cuando se trata de la muerte de personas que ya no son capaces de producir, sino de generar gastos. Como señala el médico danés Kieler¹⁶ cuando el desarrollo de un sistema social no sirve exclusivamente al desarrollo cultural de la solidaridad humana, entonces el sistema como tal puede ser el objetivo final de la evolución, y los esfuerzos de solidaridad quedan reducidos a simples medios.

La Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia entra en vigor en España el 25 de junio. Señala ya en el preámbulo que viene a cubrir una necesidad de proteger a la par dos derechos fundamentales. Por una parte,

¹⁵ A tenor del artículo 5.c) de la Ley 2/2010, de 8 de abril, de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de la muerte debe entenderse por Cuidados paliativos el «conjunto coordinado de intervenciones sanitarias dirigidas, desde un enfoque integral, a la mejora de la calidad de vida de los pacientes y de sus familias, afrontando los problemas asociados con una enfermedad terminal mediante la prevención y el alivio del sufrimiento, así como la identificación, valoración y tratamiento del dolor y otros síntomas físicos y/o psíquicos».

¹⁶ KIELER, F., «Consideración sobre eutanasia», MASSONS, J. M., *Eutanasia*, Barcelona, 1976, p. 538.

la autonomía personal para decidir sobre la propia vida y, por otra, la dignidad. En efecto, señala el legislador que «se busca, en cambio, legislar para respetar la autonomía y voluntad de poner fin a la vida». Y, también, que los «supuestos eutanásicos que se pretenden resolver son aquellos en los que la persona considere que preservar la vida en esas circunstancias es incompatible «con su dignidad personal». Por lo tanto, a juicio del legislador, la posibilidad de ejercer el derecho a obtener asistencia para morir forma parte de los derechos relacionados con la autonomía y la dignidad.

Pero si se trata de proteger la dignidad y la autonomía es difícil de explicar que una decisión firme, concedida en el ámbito familiar, no pueda justificar que un allegado quite la vida de otro, concurriendo las circunstancias eutanásicas, con el único argumento de que no se hizo siguiendo los protocolos de la ley. En sentido contrario, tampoco se entiende que una declaración desactualizada, concedida años antes en un testamento vital, sin cumplir las garantías registrales, pueda sustituir vicarialmente la declaración del interesado cuando el médico responsable considera que el paciente no está capacitado para otorgar su consentimiento. Si pretendemos empoderar modelos de política de respeto al derecho a disponer sobre la propia vida, el legislador no debiera regular soluciones vicariales de la voluntad, sino, todo lo contrario, garantizar que solo un consentimiento plenamente válido —también en un sentido jurídico— avala el deseo de morir.

No es cierto que el legislador nos esté proponiendo un compromiso que se derive del derecho a disponer sobre la propia vida, por el contrario, su propuesta, más o menos encubierta, es una nueva concepción de la medicina, de la relación médico-paciente y de la propia muerte. Paradójicamente, se nos propone que el momento de la muerte y sus circunstancias pueda ser decidido, eventualmente, por los médicos dentro de una reformulación de su *lex artis*. Mientras que la justificación recurrente de la ley es evitar el encarnizamiento médico contra los pacientes terminales que no quieren seguir viviendo, supuesto ampliamente superado, se eleva a *lex artis* —deber médico en el ejercicio de su profesión, solo excepcionado por la objeción de conciencia— la eventual decisión del médico a favor de la muerte sin contar con el consentimiento del paciente en supuestos clínicos con unos contornos bien indefinidos.

Pero aún nos parece más grave asociar dignidad y eutanasia. Este maridaje inevitablemente nos lleva a considerar que hay vidas indignas, y hace revivir las amargas experiencias por las que ha tenido que pasar la humanidad cuando dominaban las tesis de las vidas sin dignidad, lo cual es inasumible conforme a los Derechos Fundamentales. Aunque no se dice, pero la posibilidad legal de matar a quien no puede expresar su voluntad, ni actualizarla, sustituyéndola por lo declarado, años antes, en un escrito generalista de últimas voluntades,

sin mayores garantías, se fundamenta en la idea de que esas vidas, más o menos terminales, son indignas y no merecen ser vividas. Al menos, los riesgos de que en un futuro pueda emplearse esta argumentación son evidentes.

El procedimiento eutanásico se puede subdividir en tres momentos: toma de decisión, evaluación de la calidad de la decisión y solución de las incidencias. La Ley se ha redactado con un elevado grado de consciencia de que todo este procedimiento eutanásico está plagado de riesgos y esto ha conducido al legislador a proponer un modelo, que, incluso sus defensores, califican como muy garantista. Se trata de neutralizar dichos riesgos por tres vías. La primera acudiendo al modelo médico y presumiendo que estos profesionales son ajenos a cualquier tipo de presión en el ejercicio de su profesión. La segunda, restringiendo las intervenciones para acabar con la vida del paciente a dos supuestos: aquellos en los que la ejecución viene precedida de una solicitud actual del interesado y, aquellos otros, en los que, a falta de contar con esta solicitud, se da por válido un documento de últimas voluntades. La tercera vía es convirtiendo todo el proceso de ejecución en un trámite ralentizado y burocrático que se compadece poco con las dramáticas circunstancias, que rodean estos episodios, y, para ello, no se ha encontrado una mejor opción que desviar las incidencias al procedimiento contencioso-administrativo.

De estos tres caminos el tercero de ellos se desautoriza por sí mismo. Es un despropósito pretender que la demanda o la desautorización de un servicio de eutanasia activa se resuelva con la misma jurisdicción que el recurso de una multa de tráfico, porque la eutanasia activa –es decir, que un médico quite la vida a un paciente– no puede entenderse como un acto administrativo. Parece evidente que a los redactores de la Ley les ha interesado tanto garantizar el acceso de la sociedad a los servicios eutanásicos de la Seguridad Social –les ha parecido tan novedoso–, que han dejado de lado una mínima empatía para con las circunstancias que rodean a estas personas que demandan su propia muerte. Procedimientos que tardan con frecuencia años no son idóneos para estos asuntos. Si se crea una Comisión de Garantías y Evaluación, de carácter multidisciplinar, con personas especializadas en estos temas, no es solo para asegurar el cumplimiento de la ley y resolver las incidencias, sino también para controlar la calidad de las decisiones que se toman en cada expediente y, de ahí, que esté prevista su intervención con anterioridad a la prestación del servicio. Lo razonable, en consecuencia, es que sus decisiones deben poner punto final. Una sala de lo contencioso-administrativo ajena al drama eutanásico poco tiene que aportar a las decisiones de la mencionada Comisión. En la mayoría de las ocasiones se supone que tendrá que resolver demandas del interesado, a quien se le ha denegado el servicio eutanásico, ya que los casos en

los que los facultativos actuaron en contra de la ley darán lugar a responsabilidad penal. ¿Qué podrá hacer dicha jurisdicción que no se haya hecho con anterioridad y no haya sido resuelto por la Comisión? Se volverán a requerir nuevos informes técnicos, con plazos muy dilatados, con la participación de diversos operadores del Derecho y con posibilidades de recursos, mientras que una persona, a la expectativa, estará soportando, contra su voluntad, unas condiciones indignas. Solo una desproporcionada valoración del servicio frente al drama humano puede explicar esta solución.

Es posible que se pueda objetar que un servicio de la Seguridad social es un acto administrativo y, como tal, sometido en última instancia a su jurisdicción. Pero las razones de ordenación sistemáticas deben ceder frente a consideraciones de mayor rango como es atender de forma diligente a la petición de morir que hace una persona en momentos dramáticos. Por esta razón, a nuestro juicio, la desviación de las incidencias al orden jurisdiccional contencioso-administrativo es una torpeza que no se compecede con lo auténticamente relevante. No es un servicio lo que está en juego, sino una vida humana. El órgano colegiado, multidisciplinar, próximo al drama y ajeno a los eventuales intereses en juego es el más cualificado para resolver de forma concluyente cada expediente. A nuestro juicio, hubiera sido recomendable que el legislador lo hubiera entendido de esta manera y hubiera permitido un formato abierto del mismo.

Las otras dos cuestiones también merecen una valoración crítica. Nuestra Ley se entrega casi de forma absoluta a resolver estos problemas mediante un modelo galénico con una intervención en la que pueden llegar a participar hasta cinco médicos distintos. Prácticamente, está desatendida la conveniencia de que otros profesionales puedan ayudar en este proceso. Hace muchos años Aranguren ya se mostraba preocupado por el hecho de que en este modelo dominado por el personal sanitario y la organización administrativa la «moral hecha superflua se disuelva y desaparezca y sea sustituida por el más eficiente tecnicismo»¹⁷

Se ha perdido una oportunidad de permitir que la Comisión de Garantías incorpore otros profesionales que permitan acercarse a la identidad del paciente, incluidos, en ocasiones, representantes de confesiones religiosas. La ocasión lo hubiera justificado, hubiera justificado soluciones flexibles y no esquemas pre-determinados. Este modelo galénico plantea también graves objeciones, si consideramos que, en definitiva, lo que nos traemos entre manos no es curar, sino todo lo contrario: matar. El texto legal quiere elevar la ejecución del paciente a un acto deontológico, no porque el hecho de matar –a diferencia de lo que ocurre con curar– demande de unos conocimientos especiales, sino porque quiere

¹⁷ ARANGUREN, J. L., «La ética médica ante la sociedad de hoy», *Revista de Occidente*, 1985.

ampararse en la santidad del ejercicio médico para transmitir la idea de que todo queda en manos de profesionales que garantizan la pretendida neutralidad. Sin embargo, las cosas no son así, porque hoy se práctica una medicina hospitalaria muy condicionada por circunstancias económicas. Los recursos no son ilimitados y hay que optimizarlos y esto obliga en ocasiones a tener que tomar decisiones de un alcance muy grave. Por lo general, el problema se agudiza aún más en la hospitalización privada y, lógicamente, afecta de una manera especial a las personas que sufren un padecimiento grave, crónico e imposibilitante o padecen enfermedades graves e incurables, las cuales, a estos efectos, se convierten en grupos vulnerables.

No queremos decir que sobre la profesionalidad de los médicos se alce una nube de sospecha, pero, tampoco, resulta aceptable descargarles la decisión de valorar cuestiones que trascienden al ejercicio de su profesión¹⁸. Obligar a los médicos a que tengan que decidir sobre aspectos como la autodeterminación es someterles a una presión profesional para la que no están preparados y para la que, además, van a tener que acudir a recursos ajenos a la prestación sanitaria. Una cosa es la medicina, incluso, dando por válido que dentro de los deberes deontológicos se incluyera acabar con la vida del paciente, y, otra, muy distinta, es asumir la responsabilidad de valorar si el paciente otorga un consentimiento ajeno a cualquier tipo de influencia por parte de parientes o de terceras personas. Imaginemos el caso más sencillo y, posiblemente, también el más frecuente: ¿Cómo debe valorarse por los médicos el consentimiento de una persona debido a que carece de una asistencia mínima para sus cuidados? La ley desplaza a los médicos toda la responsabilidad de valorar si el paciente ha tenido alguna «presión externa» en la toma de decisión. Con independencia de que el ser humano nunca toma decisiones sin contar con las presiones externas, serán muy frecuentes las ocasiones en las que el «médico responsable» se sienta incapaz de hacer esa valoración. Téngase en cuenta que la propia Ley reconoce y admite supuestos eutanásicos en los domicilios, en unas circunstancias que el médico será incapaz de valorar.

Este modelo galénico con el que se quiere eludir los riesgos de la manipulación de la voluntad del interesado nos hace perder de vista la relevancia que, en esos momentos, puede tener la familia. En los estudios sobre cómo queremos

¹⁸ En unas interesantes reflexiones sobre el médico y el ejercicio de su profesión en una estructura hospitalaria, señala Gol que «la despersonalización del enfermo hospitalizado, el haber recibido una formación profesional, predominantemente somática y bioquímica, la tendencia a sobrevalorar los parámetros en los que se es influyente y competente y también los reflejos de autodefensa que nos provoca la muerte como hecho humano, favorecen una actitud distante y, a veces, hasta cínica y hace difícil de percibir lo que la muerte tiene de asunto personal entre seres humanos». Vid. GOL, J., «Muerte y dignidad humana», MASSONS, J. M., *Eutanasia*, Barcelona, 1976, p. 552.

nuestra muerte destacan circunstancias que no han sido tenido en cuenta por la Ley, en concreto, la de estar rodeado de la familia¹⁹. Es posible que el interesado no quiera vivir esos momentos íntimos con presencia de extraños, sino en un ambiente familiar; sin embargo, cuando esto sucede, cuando uno de los cónyuges le pide al otro en una escena cargada de afecto e intimidad que le suministre la sustancia letal, alejado de cualquier control externo, los miembros de la familia que hayan participado se les hará penalmente responsable de lo sucedido (art. 143.4 CP). Nos parece igualmente infundado considerar que los allegados están contagiados de interés espurios, como, lo contrario, considerar que, los médicos sabrán valorar adecuadamente la pureza de la decisión individual.

La tercera de las garantías de la Ley es que la eutanasia viene precedida de una decisión firme o, como alternativa, un documento acreditativo. Por más que el legislador se empeña una y otra vez en afirmar que la ley evita que pudiera aplicarse la eutanasia por otros motivos distintos de la autonomía y la dignidad del paciente, esto no pasa de ser una declaración de buenas voluntades. Señala, en este sentido, el artículo 4, 3 que el paciente deberá tomar su decisión «individual, madura y genuina, sin intromisiones, injerencias o influencias indebidas» y en relación con la eventual decisión vicarial de terceros vuelve a insistir en la Exposición de Motivos que se ha pretendido «que la decisión de poner fin a la vida se produzca con absoluta libertad, autonomía y conocimiento, protegida por tanto de presiones de toda índole que pudieran provenir de entornos sociales, económicos o familiares desfavorables o, incluso, decisiones apresuradas» y, más adelante, de nuevo, que debe garantizarse que la solicitud «no sea el resultado de ninguna presión externa» [art. 5 1.c)] y, luego, establece un criterio general de exclusión de participar en los equipos intervinientes de quienes «incurren en conflicto de intereses ni quienes resulten beneficiados de la práctica de la eutanasia» (art. 14). Toda esta reiteración de adjetivos para garantizar la libre decisión no hace sino encubrir las dificultades con las que nos vamos a encontrar en la praxis para valorar la calidad de la decisión. Los criterios son claramente insuficientes e invalidan prejuiciosamente una interrelación positiva entre el paciente, que demanda la eutanasia, y el tercero que, aunque resulte beneficiado por la muerte, cree que la misma es deseada por aquel. Con una sucesión de tópicos se pretende garantizar la libertad de decidir, cuando, en no pocas ocasiones, la decisión individual resultará

¹⁹ En uno de los pocos trabajos realizados en España sobre cómo ven las personas su propia muerte (DE MIGUEL, J. M., y MARÍ-KLOSE, M., «El canon de la muerte», *Política y Sociedad*, 35, 2000, p. 117) destacan las siguientes circunstancias como las elegidas prioritariamente por la mayoría de las personas: a) sin dolor; b) durmiendo o inconsciente; c) de forma rápida; d) rodeado de nuestros seres queridos; e) en edad avanzada; f) en casa (p. 117).

condicionada por las propias circunstancias vitales del sujeto, por el abandono o por la falta de paliativos o cuando, en contraste con estas exigencias garantistas, se permite practicar la eutanasia por la existencia de un documento suscrito años antes en otras circunstancias distintas.

La medicina ha denunciado en numerosas ocasiones la poca calidad que ofrece la voluntad del paciente, no es estable y puede variar de un día a otro, no solo por las circunstancias familiares que le rodean, por los recursos hospitalarios, por su estado, sino también porque es muy difícil enseñar al ser humano su propia ejecución para que decida sobre ella²⁰.

La otra alternativa al consentimiento expreso es aquella en la que, imposibilitado de comunicar su voluntad, bien la familia bien el propio médico responsable aportan un documento en el que el interesado solicita que se le aplique la eutanasia activa. De forma que la voluntad es suplantada por este documento al que se refiere la ley en términos muy ambiguos («documento con instrucciones previas, testamento vital, voluntades anticipadas o documentos equivalentes legalmente reconocidos» artículo 5.2 LORE). Desde el punto de vista jurídico estos documentos no cumplirían con los requisitos mínimos para hacer valer un consentimiento y, menos aún, en estas situaciones tan extremas. La propia Ley 41/2002²¹ señala que «toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información prevista en el artículo 4 (es decir, la que «comprende, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias»), haya valorado las opciones propias del caso.» Esta garantía fundamental de información previa y de ofrecimiento de distintas opciones no se cumple cuando hablamos de testamentos vitales. La contradicción es grave ya que se nos propone un modelo en el que la presunción del consentimiento se hace valer a favor de la muerte y no, por ejemplo, de los tratamientos paliativos.

²⁰ FORSSMANN, W., «Problemas de la eutanasia», *Archivos Facultad de Medicina de Madrid*, Vol. XXXIV, núm. 2, agosto 1975, pp. 69-91. *Passim*.

²¹ Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

LA CONVENCIÓN DE PALERMO (UNTOC) Y LA RESPONSABILIDAD DERIVADA DE DELITOS DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Itinerarios e intersecciones del ordenamiento italiano

VINCENZO MILITELLO*

I. DOS «REVOLUCIONES SISTÉMICAS» VEINTE AÑOS DESPUÉS

Si se tratase de aplicar el modelo elaborado por Thomas Kuhn para las fases del desarrollo científico al famoso lema «la historia del derecho penal es la historia de su reforma», difícilmente podría hallar en los últimos veinte años ejemplos más claros de esa imagen de «revolución» que las dos normativas aquí analizadas. Tanto la conferencia internacional que, en diciembre de 2000 en Palermo, abrió a la firma de los Estados la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (UNTOC) como, en el mismo año, la ley de delegación núm. 300, con su correspondiente Decreto Legislativo núm. 231 de 2001, que introdujeron conjuntamente en Italia la responsabilidad derivada de delito para las entidades colectivas, marcan dos «cambios de paradigma» para el

* Catedrático de Derecho Penal. Departamento de Jurisprudencia de la Universidad de Palermo.

Esta contribución está dedicada a la querida colega Mirentxu Corcoy Bidasolo, a la que me unen fuertes deudas de gratitud por la intensa actividad de intercambios científicos y la generosa amistad que, desde los tiempos de nuestras primeras estancias en Friburgo, en el Max-Planck-Institut, se ha ido enriqueciendo con innumerables ocasiones en las que he podido apreciar su profunda humanidad y su inagotable curiosidad intelectual. Una versión abreviada del texto se presentó en las jornadas «La responsabilidad derivada de delitos de las entidades veinte años después del Decreto Legislativo 231/2001», celebradas los días 5 y 6 de noviembre de 2021 en la Universidad de Bérgamo.

sistema penal del momento. Las dos décadas transcurridas justifican, además, un balance de las múltiples y relevantes modificaciones que ambas han conllevado en el ordenamiento italiano. No obstante, la presente contribución puede apuntar a un objetivo mucho más circunscrito, ya que se centra en el valor global de ambas medidas reguladoras y pretende identificar sus principales significados y sus respectivas intersecciones.

En cuanto al primer texto, la Convención UNTOC, la toma de conciencia, que se ha ido extendiendo de manera progresiva desde finales del siglo pasado, de que el alcance operativo, las estructuras y los programas de actuación de los grupos delictivos han dejado de estar confinados en territorios circunscritos o incluso en ámbitos nacionales específicos, ha obligado a una actualización de los instrumentos de lucha contra la delincuencia organizada. El hecho de lograr un consenso global sobre la utilidad de una obra de este tipo marcó un momento crucial respecto del mantenimiento de un antiguo y arraigado postulado del derecho penal «clásico» y de sus políticas criminales: su tradicional vinculación con el ordenamiento jurídico nacional constituía un binomio tan necesario como exclusivo, por la estrecha relación entre los valores difundidos en la cultura de un pueblo y las exigencias de protección penal de su ordenamiento¹.

A su vez, también en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas, durante mucho tiempo imperó –en Italia y en la mayoría de los sistemas de derecho civil europeos continentales– un dogma de cuyo significado emanaba toda la construcción de la responsabilidad penal: *societas delinquere (et puniri) non potest*. Desde hace ya más de medio siglo, el creciente coste para las políticas criminales de tal preconcepto absoluto ha chocado con las diversas razones dogmáticas invocadas en su defensa: la incapacidad de obrar de las personas jurídicas; su ausencia de imputabilidad, de dolo y de culpa, o incluso, la prohibición de responsabilidad por hecho ajeno². Este aparato conceptual articulado caracteriza partes esenciales de la estructura penal, que, sin embargo, ha tenido cada vez menos éxito en su intento de frenar la necesidad cada vez mayor de responsabilizar a los sujetos colectivos

¹ Sobre las repercusiones en el ámbito nacional de su reflexión teórica, que han obstaculizado la afirmación de una toma de conciencia común de sus fundamentos, al menos, a nivel europeo, cf. KÜHL, K., «Europäisierung der Strafrechtswissenschaft», *Zstw* 1997, p. 779 s., 786 s. Sobre la «caída del muro» nacional de la dogmática penal, remito, para quien estuviera interesado, a un anterior trabajo mío: «L'identità della scienza giuridica penale nell'ordinamento multilivello». *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 112 s.

² En particular, cf. BRICOLA, F., «Il costo del principio *societas delinquere non potest* nell'attuale dimensione del fenomeno societario», *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1970, p. 951 s. (y en *Scritti di diritto penale*, Milán, 1997, p. 2975 s.). Para más referencias, se remite a MILITELLO, V., «La responsabilità penale dell'impresa societaria e dei suoi organi in Italia», *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1992, p. 101 s.

para luchar adecuadamente contra las manifestaciones más graves de la delincuencia, en general, y de la delincuencia económica, en especial. Se trata de una tendencia de alcance internacional³ en la que se inserta, con características peculiares, el paso que finalmente también se ha dado en Italia con el citado Decreto Legislativo 231/2001. Por otra parte, las resistencias tradicionales surgen ya desde el encabezado de la medida, que hace referencia expresa al carácter administrativo de la responsabilidad de las entidades, aun cuando se derive de la imputación a las mismas de un delito.

Aunque esto indica que en la historia de la reforma del derecho penal ni siquiera los cambios de paradigma marcan rupturas absolutas, ya que mantienen vestigios de la fase anterior, sigue siendo innegable el valor de las dos innovaciones legislativas examinadas en la evolución del derecho penal, respectivamente, en el plano internacional y en el contexto italiano. El interés en analizar con detenimiento sus respectivas aportaciones se ve aún más estimulado por la observación de que ambos ámbitos, aunque autónomos, presentan una intersección significativa, allí donde la Convención UNTOC exige la introducción de la responsabilidad de las personas jurídicas por los delitos en ella previstos.

Partiendo, pues, de una revisión del significado y de la trayectoria de la Convención, a continuación se recordará su referencia expresa a la responsabilidad de las personas jurídicas por los casos incriminatorios en ella previstos, para luego verificar los términos en que la previsión de la Convención en la materia se ha concretado en el ordenamiento italiano, integrándose en la disciplina general sobre la responsabilidad de las entidades aquí introducida y casi contemporánea del citado texto internacional.

II. LA CONVENCIÓN DE PALERMO: DECISIONES NORMATIVAS Y TRASCENDENCIA EN LA POLÍTICA CRIMINAL

1. Un balance, aunque sumario, de la Convención UNTOC debe tener en cuenta dos líneas de valoración diferentes, aunque no del todo independientes: una, de tipo técnico jurídico, y otra, de valor para la política criminal internacional.

La primera se refiere a las soluciones técnicas adoptadas en el texto para intervenir en un tema en el que siempre ha sido difícil identificar los rasgos característicos y los límites exactos del concepto de delincuencia organizada.

³ Un análisis reciente, en DE SIMONE, «Profili di diritto comparato», en Lattanzi y Severino (eds.), *Responsabilità da reato degli enti. I-Diritto sostanziale*, Turín, 2020, p. 3 s.

En cambio, la otra línea hace alusión a la importancia que tiene el texto en la cooperación entre los Estados en una materia como la penal, que tradicionalmente ha estado dominada por una visión nacionalista y ha sido reacia a adoptar soluciones tomadas de las experiencias de otros sistemas jurídicosociales. Durante mucho tiempo, esto ha llevado a considerar el papel de las agencias internacionales en los problemas delictivos como un análisis de sus fenómenos y, a lo sumo, como un apoyo a las autoridades nacionales en su actuación contra la delincuencia, en el que los instrumentos internacionales que fijaban normas comunes de incriminación se establecían únicamente en términos de subsidiariedad con respecto a la intervención nacional y en la medida estrictamente necesaria para garantizar su eficacia. Aunque esto no ha impedido la aparición de respuestas a actividades delictivas individuales coordinadas a nivel internacional y dotadas de la máxima movilidad de actores y objetos (como en el caso del tráfico de estupefacientes)⁴, la Convención UNTOC constituye un punto de inflexión en la toma de conciencia de la comunidad internacional respecto a la importancia de actuar sobre bases comunes para luchar contra la difusión de formas de delincuencia transnacional⁵.

En el trasfondo de todo, no hay que pasar por alto la transformación estructural de la propia sociedad, que en sus diversos aspectos, desde la economía hasta la comunicación, se ha ido movilizandoy globalizando progresivamente hasta tomar conciencia de la creciente necesidad de respuestas coordinadas para evitar vacíos de protección y faltas de coordinación de las intervenciones locales.

A pesar de que los trabajos preparatorios la Convención duraron pocos años, su resultado tiene un amplio alcance temático y comprende cuatro partes principales: penalizaciones, cooperación internacional, asistencia técnica e implementación en los ordenamientos nacionales. Sin embargo, no se pueden obviar ciertas incertidumbres técnicas cruciales en el proceso de tipificación de las conductas previstas como normas de penalización en la materia.

⁴ El número de normativas internacionales relevantes en la materia en un periodo de casi un siglo es ya significativo: desde las más antiguas, relativas al opio (Ginebra, 1925), ampliadas luego a otras sustancias, derivadas (Ginebra, 1931) y no derivadas (Protocolo de París, 1948), hasta las más integrales de la Convención Única de Nueva York de 1961 sobre Estupefacientes, enmendada en Ginebra en 1972; desde el Convenio sobre sustancias sicotrópicas (Viena, 1971) hasta la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas (Viena, 1988).

⁵ Sobre los prolegómenos de los trabajos preparatorios de la Convención UNTOC, cf. MICHELINI, G., y POLIMENI, G., «Il fenomeno del crimine transnazionale e la Convenzione delle NU contro il crimine organizzato transnazionale», en Rosi, E. (ed.), *Criminalità organizzata transnazionale e sistema penale italiano*, Milán, 2007, 3 s.; BALSAMO, A., MATTARELLA, A., «Dall'impegno internazionale di Giovanni Falcone alla firma della convenzione di Palermo», en BALSAMO, A.; MATTARELLA, A., y TARTAGLIA, N., *La Convenzione di Palermo: il futuro della lotta alla criminalità organizzata transnazionale*, Turín, 2020, pp. 9 s.; FORLATI, S., «Organized Crime. The Road to Palermo Convention», en Boister, N.; Gless, S., y Jessberger, H. (eds.), *Histories of Transnational Criminal Law*, Nueva York-Oxford, 2021, p. 178 s.

2. En particular, desde una perspectiva orientada a favorecer la cooperación entre los Estados, resulta problemática la referencia (art. 5 UNTOC) al concepto de delito grave como finalidad de la organización delictiva que, a su vez, es definido sobre la base de una referencia a la pena máxima de privación de libertad de al menos cuatro años. De hecho, dado que dicho parámetro se ve afectado por el modo en que el delito es castigado en cada uno de los Estados miembros, esta previsión se apoya, en este punto, en un supuesto que no es en absoluto común entre los Estados, y la Convención tampoco se fija el objetivo de conocer y armonizar las distintas escalas sancionadoras previstas en cada Estado para la conducta en cuestión. Probablemente, habría sido preferible identificar al menos una lista de tipos delictivos que entrasen dentro del concepto, aunque no fuese un listado exhaustivo, pero que pudiera incluirse en la transposición a la legislación interna de cada Estado.

El otro aspecto problemático crucial es que no se atribuyó relevancia a un único tipo de conducta individual de participación en las organizaciones delictivas, sino que se prefirió, en cambio, equiparar dos modelos distintos, tanto por la configuración estructural de la conducta penalizada como por el planteamiento de fondo respecto a la intervención penal, pues se prevé, de manera plenamente fungible, tanto la responsabilidad de dos personas que acuerdan la comisión de un delito como la responsabilidad de quien participa en las actividades de un grupo delictivo organizado, considerando como tal una unión de al menos tres personas. El primer modelo corresponde a la tradición de *common law* sobre *conspiracy*, mientras que el otro se basa en el sistema de derecho civil de los países europeos continentales en materia de *association de malfaiteurs*. No obstante, el elemento crucial no es el origen, sino más bien la consecuencia de tal innovación, dado que únicamente la participación de al menos tres personas garantiza, de hecho, una división necesaria de tareas entre los miembros del grupo, mientras que, en la otra solución, resulta difícil distinguir la importancia de la participación en un grupo delictivo, cuyo fin es delinquir, de la comisión directa de delitos llevada a cabo por un simple concurso de personas.

3. Por otra parte, la solución de añadir dos fórmulas de penalización que definen un ámbito de ilegalidad no solo diferente en cuanto a extensión, sino también cualitativamente ligado a razones heterogéneas, resulta una especie de tributo a las distintas tradiciones jurídicas de los ordenamientos internos de los Estados, que en este punto se inspiran en principios no unitarios. Así, lo que se caracteriza como un límite en cuanto a las soluciones técnicas adoptadas, se transforma, en cambio, en una condición de eficacia político-criminal del instrumento internacional. Desde esta otra perspectiva, la innovación marcada por la Convención UNTOC constituye un hito de especial importancia en

el desarrollo de una asunción conjunta de obligaciones por parte de la comunidad internacional con respecto a los problemas de delincuencia del mundo contemporáneo.

Es cierto que ya existían con anterioridad instrumentos multilaterales de lucha contra sectores delictivos específicos, instrumentos cuyos principales agentes eran las organizaciones transnacionales (como la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes de 1988). Sin embargo, la Convención UNTOC es, sin duda, la primera que tiene en cuenta la estructura delictiva que debe combatirse por sus capacidades generales para delinquir, en la medida en que trascienden no solo las fronteras de cada Estado en sus distintas operaciones, sino también el propio significado ilícito de los actos delictivos individuales que se le pueden atribuir.

Esto explica la señalada amplitud de la intervención diseñada y la incisividad de los instrumentos orientados a castigar la fuerza impulsora de las distintas actividades ilícitas llevadas a cabo por el grupo delictivo. En el centro del sistema de medidas destinadas a aumentar la cooperación policial y judicial, y la consiguiente eficacia preventiva y de lucha contra el fenómeno, se encuentra la indicación de normas internacionales de penalización para armonizar las diferentes respuestas nacionales a la presencia y difusión de las organizaciones delictivas y de sus tráfico ilícitos.

Este es un objetivo que siempre es difícil en materia penal, debido al ya citado fuerte arraigo nacionalista del poder de cada Estado, a menudo, justificado por su conexión con valores específicos y con necesidades de protección únicamente locales.

4. Por lo tanto, que se haya comprendido la importancia de una actuación concertada por parte de los distintos ordenamientos en materia de lucha contra las organizaciones delictivas reviste un valor político particular, más aún cuando ha sido una opinión tan compartida por los diferentes Estados nacionales que ha impulsado la superación de la radical diversidad de tradiciones jurídicas existentes al respecto. El mero acercamiento de dichas tradiciones puede parecer, pues, una solución híbrida que puede dar lugar, incluso, a contradicciones en el proceso de armonización de las diversas respuestas nacionales, pero también es posible que haya sido la llave (aunque no la única) que ha abierto la puerta a una transposición del texto internacional que, en la actualidad, ya se ha llevado a cabo en la práctica totalidad de los países de las Naciones Unidas.

Otro elemento significativo es el papel que la Convención UNTOC ha desempeñado como importante precedente de la posterior Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, firmada en Mérida (México) en 2003. Esta última no solo retoma un tema que ya había sido objeto de normas de penalización

en el primer texto (art. 8), sino que lo desarrolla recurriendo a otros muchos instrumentos propios. Por otra parte, además de haber desencadenado en múltiples legisladores nacionales un movimiento de intervención para adaptar las legislaciones internas a las nuevas normas de penalización, la Convención ha operado también al nivel del *law enforcement* al proporcionar una «caja de herramientas» común más completa, que ha aumentado las posibilidades de recurrir a formas de asistencia judicial y de cooperación policial.

Incluso antes, y más en general, la Convención de Palermo –a partir de las definiciones contempladas en el artículo 2 sobre una serie de conceptos relevantes en la materia y objeto de diferentes lecturas– ha permitido la creación de un lenguaje igualmente común entre estudiosos y expertos de las más diversas procedencias en relación con la lucha contra el fenómeno de las organizaciones delictivas. Esto ha facilitado, a lo largo del tiempo, el desarrollo de una red de contactos personales e institucionales extraordinariamente extensa, que constituye un valioso requisito previo para las formas más variadas de interacción científica, además de para la propia cooperación entre las autoridades judiciales y fuerzas policiales.

5. De cara al futuro, se advierte el papel determinante que juega la Conferencia de los Estados Parte, encargada de supervisar de manera periódica la implementación del texto de la Convención y proponer las modificaciones y ajustes correspondientes. Es de esperar que logre superar los límites técnicos de la formulación originaria sin comprometer el amplio consenso que la Convención de Palermo ha conseguido en la actuación internacional de lucha contra un fenómeno que sigue estando, en la agenda mundial, entre los retos a los que hay que seguir haciendo frente⁶.

La reciente aprobación por parte de dicha Conferencia de los Estados Parte de un mecanismo de revisión de la Convención y de sus Protocolos parece ciertamente más orientada a una verificación *a posteriori* de las soluciones adoptadas por los textos en cuestión, es decir, a identificar las modalidades de transposición en los distintos sistemas penales nacionales⁷. Entre los objetivos

⁶ El carácter «discutible» del concepto de *Transnational Organized Crime* (como por ejemplo, SHEPTYCKI, J., «Transnational Crime: an interdisciplinary perspective», en Boister, N., y Currie, R. (eds.), *Routledge Handbook of Transnational Criminal Law*, Abingdon, 2015, p. 41 s.) no puede hacer que se descuide la presencia de grupos delictivos que operan en una pluralidad de contextos nacionales: El United Nation Office on Drugs and Crime ha recopilado un útil inventario de casos relativos a las más diversas zonas geográficas en el *Digest of Organized Crime Cases* (Nueva York, 2012).

⁷ Cf. *Resolution 10/1* (Launch of the review process of the Mechanism for the Review of the Implementation of the United Nations Convention against Transnational Organized Crime and the Protocols thereto), *Report of the Conference of the Parties to the United Nations Convention against Transnational Organized Crime on its tenth session, held in Vienna from 12 to 16 October 2020* (CTIC/COP/2020/10), p. 3 s.

de este importante sistema de actualización del valor de la Convención no figura expresamente una intervención sobre el texto de esta para resolver aquellos aspectos problemáticos de su redacción original que han surgido a lo largo de sus veinte años de historia.

Por otra parte, se trata de un mecanismo de revisión que ha sido programado durante un periodo de tiempo muy largo (más de diez años). Como consecuencia de ello, es muy posible que la lectura de las respuestas nacionales proporcione indicaciones que no se limiten a las deficiencias técnicas en la capacidad de implementación de los distintos sistemas penales de los Estados Parte, a los que, por otro lado, se prevé que precisamente la comunidad de los propios Estados preste una amplia asistencia. Si la Convención no consigue cumplir a la perfección los ambiciosos objetivos que se fijó, más bien podría deberse *in apicibus* al propio texto de base: puliendo precisamente algunos aspectos problemáticos de su formulación original podrá concretar mejor el compromiso inicial de actuar como un instrumento jurídico mundial de la lucha contra la delincuencia organizada transnacional.

III. LA RESPONSABILIDAD DERIVADA DE DELITOS DE ASOCIACIÓN DE LOS SUJETOS COLECTIVOS

1. En el artículo 10 de la Convención de Palermo ya se insta a los Estados Parte a establecer una responsabilidad de las personas jurídicas por la participación tanto en delitos graves –los que llevan aparejada, con arreglo al artículo 2, let. b), una pena privativa de libertad máxima de al menos cuatro años– que impliquen a un grupo delictivo organizado como, directamente, en uno de los tipos delictivos para los que el texto solicita una penalización específica: la participación en un grupo delictivo organizado (art. 5), el blanqueo del producto del delito (art. 6), la corrupción (art. 8) o la obstrucción de la justicia (art. 23). En todo caso, la obligación de los Estados Parte de responsabilizar a las personas jurídicas se refiere a delitos de carácter transnacional, en virtud del ámbito general de aplicación de la propia Convención, definido en el artículo 3, párr. 1 (con la correspondiente definición de este atributo, que figura en párr. 2 del mismo artículo).

La importancia de los sujetos colectivos en las actividades delictivas transnacionales más graves que son objeto del amplio abanico de intervenciones –sustantivas, procesales, de cooperación judicial y policial– previsto en la Convención se pone de manifiesto mediante otra referencia que hace alusión, en particular, a la asistencia judicial entre los diferentes Estados Parte: el ar-

título 18, en su párrafo 2, establece expresamente que la asistencia judicial recíproca debe prestarse «en la mayor medida posible» conforme al marco jurídico del Estado Parte requerido con respecto a investigaciones, procesos y actuaciones judiciales relacionados con los delitos de los que una persona jurídica pueda ser considerada responsable de conformidad con el citado artículo 10 de la Convención.

Sin duda, la materia está regulada en la Convención en términos esenciales y muy generales, empezando por la referencia que se hace únicamente a las personas jurídicas con respecto a las posibilidades diferenciadas de sujetos colectivos. Se trata de una decisión «minimalista» que es comprensible si se tiene en cuenta la gran variedad de soluciones existentes en los distintos ordenamientos jurídicos, panorama que con facilidad podía obstaculizar precisamente la aceptación de normas más estrictas por parte del instrumento internacional⁸. Por otra parte, el *self-restraint* de dicha fuente con respecto a la problemática naturaleza de la responsabilidad de tales sujetos colectivos, con la referencia abierta a las tres posibles formas, penal, civil y administrativa, está totalmente en línea con los textos anteriores tanto de la Unión Europea⁹ como de la OCDE¹⁰. Con respecto a estas fuentes, prácticamente coetáneas, es similar la falta de especificación de la tipología de las sanciones *ad hoc*, cuya adopción se exige a los Estados Parte y que se limita a reproducir la fórmula genérica de su carácter «eficaz, proporcionado y disuasivo». En cualquier caso,

⁸ Sobre el enfoque minimalista en la materia por parte de la Convención UNTOC (como la de poco después en el tema de la corrupción, también de las Naciones Unidas) hablan ELLIOTT, M., y LÜTH, F., «Corporate liability for Economic Crime», en Boister, N.; Gless, S., y Jessberger, H. (eds.), *Histories*, cit., p. 212, señalando que, si bien ha facilitado la difusión del instrumento, no ha facilitado su eficacia (como en cambio considera –aunque solo debido a diferencias terminológicas– ZANETTI, E., «La responsabilità degli enti nella Convenzione di Palermo», en AAVV, *Pubblica amministrazione, diritto penale, criminalità organizzata. Atti Conferenza Nazionale di Siracusa (14-16 novembre 2006)*, Milán, 2008, pp. 41 s.). La opinión de un reputado negociador de la Convención, VLASSIS, D., «La Convenzione delle NU contro il crimine transnazionale organizzato», en AAVV, *Criminalità transnazionale e risposte penali globali*, Milán, 2005, p. 366, es que el enfoque seguido en general por la Convención ha sido «equilibrado» entre «las preocupaciones de los países y el deseo de mantener la viabilidad y la efectividad del instrumento». Por otra parte, es innegable la incidencia en macrorregiones enteras de la Convención UNTOC sobre el tema de la responsabilidad de las personas jurídicas: remito a lo observado en «Le sanzioni per le persone giuridiche nei sistemi di responsabilità da reato: spunti di confronto fra Sud-America ed Europa», *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2018, pp. 581 s.

⁹ Por ejemplo, la Acción Común de la Unión Europea sobre la tipificación penal de la participación en una organización delictiva (del 21 de diciembre de 1998, en DOCE L351, de 29 de diciembre de 1998). Y entre los textos de la Convención, el Segundo Protocolo sobre la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas (en DOCE C221, de 19 de septiembre de 1997).

¹⁰ El Convenio de la OCDE, de 21 de diciembre de 1997, de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, que también hacía referencia expresa a las sanciones penales por la responsabilidad de las personas jurídicas, incluía asimismo la posibilidad, para los Estados que no las contemplasen, de otras sanciones «no penales», siempre que fuesen «eficaces, proporcionadas y disuasivas» (art. 3, párr. 1-2).

la voluntad de no vincular demasiado a los Estados Parte en esta cuestión se trasluce claramente de la cláusula de salvaguardia que aparece al inicio del artículo 10, cuando se insta a que «cada Estado Parte adopte las medidas necesarias [...] para establecer la responsabilidad de las personas jurídicas», pero con la indicación de que se haga «de conformidad con sus principios jurídicos». Esta fórmula también se puede encontrar en otros instrumentos similares (art. 3 del ya mencionado Convenio de la OCDE contra la corrupción internacional) que fueron contemplados en los trabajos preparatorios de la Convención UNTOC, lo cual allanó el camino para la aceptación fundamental de la forma de responsabilidad en cuestión¹¹.

2. Al analizar la normativa interna italiana, un observador atento no podría pasar por alto una especie de contradicción más que evidente. Cuando introduce en el ordenamiento italiano la responsabilidad de las entidades y asociaciones incluso sin personalidad jurídica, la ley de delegación núm. 300, de 30 de septiembre de 2000 no contiene ninguna referencia directa a esa categoría particular de sujetos colectivos que son las organizaciones delictivas.

La paradoja solo se explica si se tiene en cuenta el origen y el contexto de la propia ley. La decisión de introducir un sistema de responsabilidad de las entidades solo por delitos expresamente seleccionados (con el carácter de *numerus clausus*) fue impulsada, en efecto, por fuentes supranacionales e internacionales relativas a sectores ilícitos específicos, esencialmente, fraudes comunitarios y corrupción internacional, que dirigieron la atención de la propia normativa interna hacia esos tipos de delito en particular. Es cierto que el catálogo de los delitos indicados en la ley de delegación como supuestos de la responsabilidad de las entidades era más amplio que el marcado por el perímetro de las fuentes que en dicha ley se ratificaban, pues incluía desde los delitos contra la seguridad pública hasta el homicidio y las lesiones imprudentes por incumplimiento de las normas de prevención de riesgos laborales, pasando por los delitos medioambientales. A pesar de la variedad de conductas ilícitas previstas como posibles supuestos de delito, en el diseño original del sistema estas permanecían siempre dentro de un perímetro en el que las actividades básicas desarrolladas por la entidad colectiva son fundamentalmente legales, dado que se trata de actividades típicamente económicas y de sujetos que, de ordinario, tienen la condición de empresas: este es el terreno en el que se inscriben los hechos específicos con los cuales la entidad «entra» en el contexto ilícito.

¹¹ A este respecto, cf. MCCLEAN, D., *Transnational Organized Crime: A Commentary on the UN Convention and its Protocols*, Oxford, 2007, p. 127; ELLIOTT, M., y LÜTH, F., 2021, pp. 213 s.

Este perfil de «empresa delincuente» que subyace al proyecto de intervención de la Ley 300/2000 no solo se reproduce en el catálogo inicial –sin duda, mucho más limitado– de los delitos incluidos efectivamente en el Decreto Legislativo 231/2001. De hecho, el citado perfil condiciona y, a su vez, se ve reforzado por el particular mecanismo de prevención de actividades ilícitas previsto en la ley de delegación, en términos bastante innovadores también en el marco internacional. Los modelos de organización y de gestión que la entidad debe adoptar con carácter preventivo (art. 6 y 7), o para la reparación de las consecuencias del delito (art. 17), pueden cumplir mejor su objetivo de prevenir los delitos de la entidad en la medida en que sus contenidos se refieren a conductas ilícitas individuales relacionadas fenomenológicamente con mayor frecuencia con las distintas actividades económicas de la entidad¹².

En este contexto se inscribe la norma dedicada al tema en cuestión en la ratificación de la Convención UNTOC. La Ley 146/2006 prevé, en su artículo 10, la responsabilidad de las entidades por una serie de delitos relacionados con hechos complejos que abarcan ámbitos enteros de actividad, dentro de los cuales se inscribe cada episodio delictivo. En el segundo párrafo se hace referencia, en primer lugar, a un núcleo que se puede calificar de delitos de asociación ilícita: simple (art. 416 del Código Penal italiano, CPI) y de carácter mafioso (art. 416 bis), con fines de contrabando internacional de productos del tabaco (art. 291 quater del Decreto Presidencial núm. 43/1973) y de tráfico de estupefacientes (art. 74 del Decreto Presidencial núm. 309/1990). Se prevén, por lo tanto, los delitos de blanqueo (párrafo 5), de tráfico de migrantes (párrafo 7) y de obstrucción a la justicia (párrafo 9). Más que analizar el incompleto cumplimiento realizado por el artículo 10 de la Ley 146/2006 con respecto a las previsiones de la Convención y sus tres protocolos adicionales¹³, aquí es interesante centrarse en la limitación al carácter transnacional de los diferentes conjuntos de delitos previstos en el citado artículo 10.

¹² En términos similares describen la empresa asumida como «carácter de la normativa» 231/2001, p. ej. ALESSANDRI, A., «Confisca e imprese: spunti e problemi», en PALIERO, C. *et al.* (eds.), *La pena ancora: fra attualità e tradizione. Scritti in onore di Dolcini*, Milán, 2018, 1091; MONGILLO, V., «Criminalità organizzata e responsabilità dell'ente ex d. lgs. 231/2001», en MEZZETTI, E., y LUPARIA, V. (dir.), *La legislazione antimafia*, Bologna, 2020, 805; SABIA, R., «I reati di criminalità organizzata, con finalità di terrorismo e di eversione dell'ordine democratico», en Lattanzi, G., y Severino, P. (eds.), 2020, p. 396.

¹³ Por ejemplo, con respecto a las previsiones en materia de armas del Tercer Protocolo, que se incluyeron en 2009 con la adición del artículo 24 ter en el Decreto Legislativo 231/2001. Sobre este incumplimiento parcial de la legislación de transposición, cf. MARENGHI, F., «La responsabilità delle persone giuridiche nel crimine organizzato transnazionale», en Rosi, E. (ed.), 2007, pp. 269 s.

La que se consideró inmediatamente como una «transposición incongruente»¹⁴ de la correspondiente norma de la Convención resulta quizá menos excéntrica si se tiene en cuenta precisamente el carácter de instrumento de ratificación de la Convención UNTOC que tiene la Ley 146/2006: no es de extrañar que esta «leyera» la especificación temática en cuestión en esa fuente internacional, cuya aplicación global, precisamente sobre el carácter transnacional de los delitos considerados, fundamentaba y legitimaba las innovadoras intervenciones previstas con respecto a ellos. Tampoco es importante la alusión a la norma de la Convención (art. 34, párr. 2) que otorga a los Estados Parte la posibilidad de prescindir de la naturaleza transnacional (y también del requisito de la participación de un grupo delictivo organizado): de hecho, se trata de una facultad que hace referencia a la aplicación nacional no de la previsión sobre la responsabilidad de las personas jurídicas (art. 10), sino de las obligaciones internacionales de penalización, que se mencionan expresamente (art. 5, 6, 8 y 23).

En lugar de ello, para encontrar una solución diferente se podía poner la atención en el dato textual: el artículo 3 de la Convención UNTOC, al limitar el ámbito de aplicación de la Convención a los delitos para los que se imponen obligaciones de penalización –los que tengan carácter transnacional y entrañen la participación de un grupo delictivo organizado–, hace referencia expresa únicamente a «la prevención, la investigación y el enjuiciamiento» de dichos delitos. Por lo tanto, el legislador interno, en la fase de ratificación de la Convención UNTOC, habría podido zafarse de la fundamentación en las dos mencionadas características de los delitos considerados como supuesto de la responsabilidad de las entidades apelando a la indicación expresa del carácter administrativo de la responsabilidad que estaba introduciendo para las entidades con relación a los diferentes tipos de delitos contemplados en el citado artículo 10 de la Ley 146/2006, que, además, repite la calificación en este sentido que ya se había indicado en el Decreto Legislativo 231/2001.

Esta falta de valentía del legislador de 2006 para ampliar el alcance de la responsabilidad de las entidades implicadas en la delincuencia organizada puede interpretarse como un último intento –quién sabe hasta qué punto consciente– de mantener un cuerpo distinto y restringido de figuras de responsabilidad de las entidades colectivas que orbitan en una lógica que no coincide con la del sistema 231. En efecto, se trata de un ámbito en el que operan estructuras organizativas permanentemente orientadas a las actividades ilícitas y que, por lo tanto, requieren una consideración específica cuando se las quiere responsabilizar

¹⁴ Así, DE VERO, G., «La responsabilità penale delle persone giuridiche», en Grosso, C. F.; Padovani, T., y Pagliaro, A. (dir.), *Trattato di diritto penale*, Milán, 2008, pp. 275 s.

directamente, más allá de los individuos concretos que constituyen su componente personal: precisamente, la referencia a un carácter transnacional de las actividades de tales «empresas delictivas organizadas» se convierte entonces en un rasgo que en la ley de 2006 marca la diferencia del alcance de su responsabilidad en comparación con la prevista para las empresas que, en el desarrollo de actividades lícitas, llevan a cabo actos delictivos individuales.

La fundamental diversidad del contexto operativo en el que se inscriben los sistemas de responsabilidad de las entidades previstos respectivamente por la norma que aplica la Convención UNTOC y por el Decreto Legislativo 231/2001 se refleja en dos descripciones distintas. La primera se refiere a la decisión sistemática de fundamentar la responsabilidad por los delitos de delincuencia organizada de las empresas incluyéndola en una previsión ajena al Decreto Legislativo 231/2006 en lugar de añadir una nueva previsión diferenciada al listado de los supuestos de delitos en ella contenidos. Además, el artículo 10 de la Ley 146/2006 hace referencia expresa –en los párrafos 3 y 8, y 4, respectivamente– tanto al catálogo de las sanciones prohibitivas previstas para la entidad en el artículo 9 del Decreto Legislativo 231/2001 como, y especialmente, a la sanción extrema de prohibición definitiva de la actividad en virtud del artículo 16, párr. 3 del Decreto Legislativo 231/2001, aunque la referencia está limitada a los casos de uso continuado de la entidad o de una de sus unidades organizativas con la intención, al menos, predominante de permitir o, incluso, facilitar la comisión de ilícitos de delincuencia organizada transnacional previstos en el artículo 10 de la Ley 146/2006.

La norma apoya, pues, una lógica de lucha frontal contra un ente que resulta difícil de encauzar hacia formas cooperativas para el restablecimiento de la legalidad, como las que recorren el sistema del Decreto Legislativo 231/2001 a través del mecanismo de los modelos organizativos y de gestión. Sin embargo, la racionalidad de este diseño se ve comprometida por la referencia a esta fuente normativa que se hace en el último párrafo del artículo 10 de la Ley 146/2006: se restablece así la disciplina de las entidades colectivas responsables de los delitos de delincuencia organizada allí enumerados en los mecanismos tanto de imputación objetiva y subjetiva como de posible no punibilidad, que están previstos en la normativa en materia de responsabilidad de las entidades. Por otra parte, la alusión al sistema ya definido por el Decreto Legislativo 231/2001 se refiere también a la vertiente sancionadora: además de las ya mencionadas previsiones de sanciones prohibitivas (provisional y definitiva), aparece también la referencia al sistema de cuotas para la adecuación de las sanciones económicas previstas (diferenciándolas según los tipos de delito contemplados: párr. 1, 7 y 9 del art. 10 de la Ley 146/2006).

La observada incoherencia interna del legislador de 2006 está relacionada, en realidad, con el incierto fundamento que se ha dado al sistema binario así construido: es precisamente la referencia al carácter transnacional la que no es adecuada para marcar la diferencia criminológica entre las empresas delictivas organizadas y las entidades colectivas que cometen delitos específicos en el contexto de su actividades lícitas. La articulación organizativa de las empresas por encima de los límites de un territorio nacional concreto no es, en efecto, un elemento distintivo, sino una característica común a ambos ámbitos, como expresión de la globalización más general de las actividades económicas y de los mercados en los que operan.

3. Así pues, el legislador, en el artículo 24 ter del Decreto Legislativo 231/2001, introducido con la Ley núm. 94/2009 y actualmente en vigor, hizo bien al superar la referencia a la transnacionalidad de los delitos de delincuencia organizada como requisito para la responsabilidad de las entidades¹⁵, decisión que, además, va en consonancia con el nuevo impulso de la Decisión Marco 2008/843/GAI sobre la «lucha contra la delincuencia organizada», que en sus artículo 5 y 6 preveía un sistema articulado de responsabilidad y de sus penas correspondientes para las personas jurídicas en caso de participación en una organización delictiva, con independencia del requisito de la transnacionalidad. Es una fórmula que, por otra parte, se ajusta a la ya adoptada sobre la responsabilidad de las personas jurídicas en virtud de los artículo 6 y 7 de la anterior Decisión Marco 2004/757/GAI sobre el tráfico ilícito de estupefacientes, que también era anterior a la Ley 146/2006: por tanto, esta reafirma así su característica de estar orientada a la transposición interna de la normativa de las Naciones Unidas sin pretender realizar una consideración más amplia de la problemática general abordada también por otras fuentes supranacionales.

¹⁵ «Artículo 24 ter. Crímenes de delincuencia organizada:

1. En relación con la comisión de cualquiera de los crímenes contemplados en el párrafo 6 del artículo 416, en el artículo 416 bis, en el artículo 416 ter y en el artículo 630 CPI, de los crímenes cometidos valiéndose de las condiciones previstas en dicho artículo 416 bis o con el fin de facilitar la actividad de las asociaciones previstas en el mismo artículo, así como de los crímenes previstos en el artículo 74 del Texto Único previsto en el Decreto Presidencial núm. 309, de 9 de octubre de 1990, se aplica la sanción económica de entre 400 y 1.000 participaciones.

2. En relación con la comisión de cualquiera de los crímenes contemplados en el artículo 416 CPI, con exclusión del párrafo 6, o en el artículo 407, párrafo 2, letra a, número 5 del Código de Procedimiento Penal, se aplicará la sanción económica de entre 300 y 800 participaciones.

3. En los casos de condena por alguno de los crímenes indicados en los párrafos 1 y 2, se aplicarán las sanciones de prohibición establecidas en el párrafo 2 del artículo 9 durante un periodo no inferior a un año.

4. Cuando la entidad o su unidad organizativa se use de forma permanente con el fin único o predominante de permitir o facilitar la comisión de las infracciones mencionadas en los párrafos 1 y 2, se aplicará la sanción de la prohibición definitiva del ejercicio de la actividad, de conformidad con el artículo 16, párr. 3».

La nueva norma recogida en el citado artículo 24 ter, al no reproducir el atributo de la transnacionalidad del delito, ha eliminado también la barrera, o quizá solo el apoyo formal, que marcaba la distancia de los delitos de delincuencia organizada respecto de la lista de supuestos delictivos incluida en el Decreto Legislativo 231/2001¹⁶. De ahí la reubicación de ese tipo de ilícitos en el catálogo interno de la normativa general sobre la responsabilidad de las entidades, que también ha modificado su perímetro exacto y su articulación.

En particular, en el primer y más grave nivel de responsabilidad de las entidades, el párrafo 1 de la norma incluye únicamente los casos de asociación para delinquir contemplados en el párrafo 6 del artículo 416 CPI, es decir, cuando dicho sujeto colectivo tiene intención de cometer delitos de esclavitud y de inmigración; además, se ha mantenido la referencia a la asociación de tipo mafioso también extranjera (art. 416 bis CPI) y a la asociación en materia de estupefacientes (art. 74 del Texto Único sobre estupefacientes núm. 309/1990); se han añadido el intercambio electoral político-mafioso (art. 416 ter CPI) y el secuestro con fines de extorsión (art. 630 CPI); por último, se ha producido una importante ampliación al incluir los delitos cometidos valiéndose de las condiciones previstas en el artículo 416 bis CPI o con el fin de favorecer la actividad de las asociaciones previstas en dicho artículo.

El segundo párrafo del artículo 24 ter prevé un nuevo grupo, menos grave, de supuestos delictivos de la responsabilidad de las entidades, que incluye las demás hipótesis de asociación simple para delinquir y los delitos en materia de armas. Se supera así la falta de previsión de estos últimos en la anterior ley de ratificación de la Convención UNTOC y de sus protocolos, el tercero de los cuales está dedicado precisamente al tráfico de armas.

Además de las sanciones económicas (diferenciadas, respectivamente, de 400 a 1.000 para el primer grupo de supuestos delictivos, contemplados en el párrafo 1, y de 300 a 800 para el otro grupo, con arreglo al párrafo 2), se prevé siempre la aplicabilidad de sanciones prohibitivas, tanto temporales, en virtud del artículo 9, párr. 2 de dicho Decreto Legislativo, con una duración no inferior a un año (art. 24 ter, párr. 3), como definitivas, en los mismos términos en que estaban previstas en el citado artículo 10, párr. 4 de la Ley 146/2006.

La nueva ubicación y la actual enumeración de las figuras concretas de delitos de delincuencia organizada asumidos ahora como supuestos de responsabilidad derivada de delito han llevado al cumplimiento de esa inclusión de la empresa delictiva en el sistema de responsabilidad de las entidades 231, puesto en

¹⁶ Sobre las diferentes reacciones a esta decisión de separación sistemática de las dos disciplinas, véase el resumen de SABIA, R., «Il reato transnazionale», en Lattanzi, G., Severino, P. (eds.), 2020, pp. 415 s.

marcha, como hemos visto, por la aplicación interna de la Convención de Palermo. La transición no estuvo exenta de fricciones, precisamente por las diferentes características de los sujetos colectivos que esas dos fuentes –respectivamente, interna e internacional– asumen como paradigmas de referencia.

Sin embargo, no se podría liquidar el asunto tomándolo como un cortocircuito punitivo alimentado por los impulsos supranacionales expansivos del derecho penal, que también se extienden en círculos concéntricos a la responsabilidad penal de las entidades colectivas. En realidad, hay que partir del hecho de que, respecto a la distinción entre las categorías y sus correspondientes fenómenos reales de «delincuencia organizada» y las de «delincuencia económica» (o incluso y más en concreto, las de «delincuencia empresarial»), hace tiempo ya que se observa un proceso de atracción y de interrelación que no puede quedar sin la debida consideración por parte del sistema general de aplicación de la ley¹⁷. Además, la posibilidad de fundamentar la imputación subjetiva del delito en la política de empresa es segura cuando esta es intrínsecamente ilícita, es decir, cuando ha sido creada precisamente para llevar a cabo una serie indeterminada de delitos o incluso para operar en ámbitos lícitos, pero a través de métodos mafiosos¹⁸.

Por lo tanto, debe reconocerse una legitimación de principio con respecto a la responsabilidad de los sujetos colectivos en un ámbito de actividades ilícitas en el que es más segura la presencia de organizaciones delictivas. El problema deriva más bien de la inclusión de su responsabilidad en el diseño de la articulación del sistema 231/2001, no solo punitivo de la entidad que delinque, sino también cooperativo, para estimularlo a prevenir y, en cualquier caso, a recuperar la legalidad.

¹⁷ En este sentido incide PALIERO, C., «Criminalità economica e criminalità organizzata: due paradigmi a confronto», en *Criminalità transnazionale e risposte penali globali*, cit., pp. 909 s.; más recientemente, SELVAGGI, N., «Criminalità organizzata e responsabilità dell'ente», *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2020, pp. 721 s. El proceso tiene una consideración normativa expresa ya en 1970, cuando en Estados Unidos, con la *Organized Crime Control Act*, se introdujo la *Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act*, donde las actividades ilícitas enumeradas adquieren relevancia a los efectos de la legislación especial en ella prevista al ser realizadas por una *enterprise* (para referencias recientes, también cf. PANEBIANCO, G., *Reati di associazione e declinazioni preternazionali della criminalità organizzata*, Milán, 2018, pp. 17 s.).

¹⁸ DE VERO, 2008, pp. 60 s., y SELVAGGI, 2020, pp. 721 s., advierten de los riesgos de subjetivismo y de «culpabilidad colectiva» en la referencia a la política de empresa como esquema general de imputación subjetiva del delito a la entidad. Sin embargo, la acertada necesidad de identificar un vínculo preciso entre el delito y la dimensión subjetiva de su imputación a la entidad exige una diferenciación de valoraciones: en particular, debe reconocerse el vínculo en los casos de entidades ya dedicadas a operar en ámbitos ilícitos o incluso a emplear métodos mafiosos para desarrollar actividades lícitas. Por otra parte, se suele contemplar la necesidad de hacer distinciones con relación a los diferentes tipos de sujetos colectivos que se toman en consideración en el artículo 24 ter en cuestión: cf. también SELVAGGI, 2020, p. 723; MONGILLO, 2020, pp. 812 s.

Y no porque esa inclusión –y, en particular, la referencia a la asociación para delinquir, simple y de tipo mafioso– supere la selección tipológica de los supuestos de delito, exigida por el principio de legalidad en la materia según el artículo 2 del Decreto Legislativo 231/2001¹⁹. De hecho, la referencia a la variedad de los delitos que pueden incluirse en el programa delictivo de la asociación, para señalar que así se puede exigir responsabilidades a la entidad incluso por delitos que no están expresamente contenidos en el catálogo tipificado por el legislador, devalúa indebidamente la ilegalidad específica de la penalización de la asociación para delinquir, degradando la importancia de la misma a mera anticipación y forma de manifestación del delito final, que es casi como negar la diferencia con el concurso de personas en el delito y con el mero acuerdo delictivo.

En cambio, la autonomía y la importancia del delito ligado a la asociación para delinquir representa la base que legitima la referencia a la cuestión realizada por las normas internacionales y, en particular, por la Convención de Palermo. Y es a ese delito al que se dirige el aparato sancionador prohibitivo contemplado en los actuales párrafos 3 y 4 del artículo 24 ter, cuya diferente graduación de duración debe corresponderse con la relación entre la actividad de la entidad colectiva y, en particular, de la empresa, si es ejercida por ella, y la organización delictiva. La prohibición definitiva prevista en el párrafo 4 de la norma se aplicará en el caso de su identificación orgánica y, en especial, cuando «la entidad o una de sus unidades organizativas sea utilizada de manera permanente con el fin único o predominante de permitir o facilitar la comisión de delitos contemplados en los ya citados párrafos 1 y 2» de dicho artículo 24 ter. En cambio, cuando la actividad de la entidad resulta distinguible de la actividad delictiva de la organización y, por lo tanto, mantiene un margen de maniobra para la eficacia orientativa de las normas que regulan su presencia en los mercados y su operatividad, se hace practicable la vía de la aplicación únicamente temporal de las sanciones prohibitivas (en el límite de al menos un año fijado en el párrafo 3), de cara a la posible recuperación de la plena legalidad de la actividad de la entidad colectiva.

Pues bien, en el primer caso, la incompatibilidad de las dos lógicas –la lucha contra la organización delictiva, aunque se camufle bajo la apariencia de una entidad colectiva, y la cooperación para la protección de los bienes jurídicos implicados en la actividad correspondiente– hace que recurrir a los modelos de organización y gestión, ya sea de forma preventiva o *a posteriori*, resulte una pantalla sin contenidos orientativos reales. En cambio, dichos modelos pueden conservar un valor específico en el segundo ámbito, cuando la entidad colectiva

¹⁹ Como, por ejemplo, SABIA, 2020a, pp. 397 s.; SELVAGGI, 2020, pp. 729 s., 741.

comete un crimen, ya sea en el marco de su actividad ordinaria para beneficiar a una organización delictiva o al recurrir directamente al método mafioso descrito en el artículo 416 bis CPI.

Tal posibilidad, que retoma la modalidad de conducta hoy prevista por la circunstancia agravante común a que se refiere el artículo 416 bis, párr. 1 CPI, ha sido incluida expresamente en el catálogo de los delitos de organización delictiva mediante el artículo 24 ter del Decreto Legislativo 231/2001: aparte de los riesgos detectados a menudo en su dilatada aplicación, en el contexto de la responsabilidad derivada de delitos de las entidades colectivas, recoge la llamada «zona gris» de las infiltraciones de la delincuencia organizada en la economía, que representa una dimensión creciente del fenómeno, y amplía su operatividad también a territorios distintos de los de origen.

4. A la luz de las consideraciones anteriores, parece excesivo pensar en una separación radical de la importancia normativa de la responsabilidad derivada de delitos de la empresa lícita que delinque de manera ocasional y la de la empresa radicalmente ilícita, dado que, desde ese punto de vista, sería muy difícil ordenar de manera adecuada las múltiples variantes intermedias que pueden darse en la práctica. Es preferible reflexionar sobre el hecho de que los instrumentos para castigar a la empresa ilícita en el ordenamiento italiano no pasan por la aplicación efectiva de la rigurosa previsión de la prohibición definitiva de la entidad o de una de sus unidades organizativas (según el párrafo 4 del artículo 24 ter y el párrafo 3 del artículo 16 del Decreto Legislativo 231/2001). Lo indica la práctica ausencia de jurisprudencia al respecto, frente a la relevante cantidad de condenas a personas físicas por los delitos contemplados en los artículos 416 y 416 bis CPI, y el artículo 74 del Texto Único sobre estupefacientes. En realidad, la vía preferida en Italia para luchar contra las empresas ilícitas vinculadas a las organizaciones delictivas es la que ofrece el imponente arsenal de medidas preventivas patrimoniales que, a partir de la ley Rognoni-La Torre núm. 646/1982, entraron a formar parte del equipamiento operativo de los órganos de aplicación de la ley como instrumento fundamental para la lucha contra los productos ilícitos de la delincuencia organizada²⁰.

Resulta, pues, concluyente la comparación que aquí se establece entre la Convención UNTOC y el sistema de responsabilidad derivada de delitos de las entidades en el ordenamiento italiano, en particular, para señalar la utilidad de un instrumento general de verificación de la aplicación de la

²⁰ En este sentido, para un análisis en lengua española, remito a MILITELLO, «Lucha contra la criminalidad organizada de tipo mafioso y el sistema penal italiano», en González-Cuéllar Serrano (dir.), *Problemas actuales de la justicia penal*, Madrid, 2013, pp. 119 s., en especial, 130 s.

primera y para ponerla en valor también con relación al sistema centrado en el Decreto Legislativo 231/2001. La referencia es a ese mecanismo de revisión de la aplicación de la normativa que, según se recordó, fue previsto desde el principio por la Convención UNTOC y actualmente se encuentra en pleno desarrollo en Italia, y que sería oportuno añadir ahora a la estructura del Decreto Legislativo 231/2001.

Tal verificación de lo que se indicó al comienzo de estas breves consideraciones como una «revolución» para nuestro ordenamiento permitiría poner de relieve, además del efecto positivo de haber inducido una mayor responsabilidad social de las entidades colectivas y, en particular, de las empresas, también los límites y las incoherencias de la trayectoria recorrida en los veinte años de su aplicación. En especial, en lo que se refiere al tema aquí tratado, sería el lugar adecuado para poner de manifiesto, con relación a las empresas-organizaciones delictivas o, al menos, a aquellas que son una mera pantalla para actividades ilícitas, el carácter sustancialmente ajeno de la lógica cooperativa vinculada a la adopción de los modelos organizativos y de gestión. Además, serviría para llevar a cabo la necesaria coordinación con las otras formas de respuesta del ordenamiento al fenómeno de las infiltraciones en la economía de las organizaciones delictivas, especialmente con respecto al «universo paralelo» de las medidas preventivas patrimoniales antimafia.

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y COVID-19

ORIOI MIR PUIGPELAT*

I. INTRODUCCIÓN

Constituye para mí un motivo de gran satisfacción poderme sumar a este merecido homenaje a Mirentxu Corcoy con motivo de su jubilación académica, más de veinticinco años después de que fuera mi profesora de la Parte Especial de Derecho Penal en la Universidad de Barcelona durante el curso 1994-95, en los albores de internet. Disfruté no solo de sus clases, sino también de un seminario de profundización de asistencia voluntaria para los alumnos más interesados, un tipo de actividad académica altamente formativa que el sistema de Bolonia ha arrumbado. Los vínculos personales que me unen al Área de Derecho Penal de dicha universidad han favorecido que mantengamos un contacto continuado desde entonces, del que me he beneficiado enormemente.

Teniendo en cuenta los ámbitos que más ha trabajado durante su larga trayectoria académica y la experiencia judicial que atesora tras los diez años que ejerció como magistrada suplente en la Audiencia Provincial de Barcelona, he pensado que resulta apropiado que me sume a la presente obra colectiva aportando las conclusiones que, como relator, formulé para un seminario sobre la posible responsabilidad patrimonial de las distintas Administraciones

* Catedrático de Derecho Administrativo de la Universitat Pompeu Fabra de Barcelona. Proyecto AEI-PID2019-108274GB-I00/AEI/10.13039/501100011033.

españolas por la gestión de la COVID-19 organizado por el Consejo General del Poder Judicial¹.

El tema de la responsabilidad patrimonial de la Administración, como el de la responsabilidad civil extracontractual en general, es especialmente próximo al Derecho penal². Y su aplicación a la ingente cantidad de daños provocados por la pandemia de la COVID-19 resulta de mucha actualidad y de gran relevancia jurídica y social. El seminario fue organizado precisamente para establecer un foro de debate y apuntar posibles criterios interpretativos ante la enorme ola de reclamaciones que se esperaba³. Se trata de criterios generales, desvinculados de posibles casos concretos y en absoluto vinculantes, por supuesto, para los distintos órganos jurisdiccionales.

Las conclusiones, que se incluyen en el siguiente apartado, se estructuran sobre la base de los requisitos materiales de la institución de la responsabilidad patrimonial de la Administración, y parten de algunos grupos de casos especialmente significativos, como los contagios sufridos por los sanitarios y otros empleados públicos por falta de equipos de protección individual; los triajes, la muerte y secuelas de los pacientes de la sanidad pública aquejados de COVID-19; los daños derivados de la imposibilidad de atender a otros pacientes como consecuencia de la saturación de las unidades de cuidados intensivos; y los enormes perjuicios sufridos por sectores económicos como la hostelería y la restauración ante el cierre de sus establecimientos decretado para contener la pandemia. Al final se abordan también algunas cuestiones procesales de especial relieve, como la articulación de la responsabilidad concurrente de diversas Administraciones o la competencia del orden social en el caso de las reclamaciones del personal sanitario y demás empleados públicos. La formulación es necesariamente sintética, como

¹ El seminario virtual de formación (PCH2026), celebrado en noviembre de 2020, fue coordinado por Dimitry Berberoff (magistrado de la Sala Tercera del Tribunal Supremo), tuvo como ponente a César Tolosa (presidente de dicha Sala Tercera) y como dinamizadora a Sandra González de Lara (magistrada de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y Letrada Coordinadora del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo), y contó con una treintena de participantes, la mayoría magistrados de distintos Tribunales Superiores de Justicia y de la Audiencia Nacional.

² No en vano dediqué mi primera monografía sobre el tema a tratar de depurar las nociones de causalidad e imputación importando la teoría penalista de la imputación objetiva a la responsabilidad patrimonial de la Administración, en general, y de la Administración sanitaria, en particular: MIR PUIGPELAT, O., *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria. Organización, imputación y causalidad*, Madrid (Civitas), 2000. Este y mis demás trabajos sobre la materia, en los que profundizo sobre las cuestiones generales abordadas en la presente contribución, se encuentran disponibles en PDF en mi página del Portal de Producción Científica de la UPF (<https://www.upf.edu/web/dret/entry/-/147697/adscpcion/oriol-mir>).

³ En enero de 2021 se anunciaron reclamaciones masivas como las del sector de la hostelería, por un importe conjunto de más de cincuenta mil millones de euros («La hostelería última demandas masivas contra el Estado y las CCAA», *Expansión*, 3 de enero de 2021, disponible en <https://www.expansion.com/economia/2021/01/03/5ff211b4e5fdea5c5c8b45c8.html>).

corresponde a un documento de conclusiones, y puede complementarse con la lectura de los numerosos trabajos que se han ocupado de esta cuestión desde la irrupción de la pandemia⁴.

El trabajo se cerrará con unas breves reflexiones finales.

II. EL (LIMITADO) PAPEL DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN EN LA COMPENSACIÓN DE LOS DAÑOS PROVOCADOS POR LA PANDEMIA DE LA COVID-19

1. **Distinción entre la responsabilidad patrimonial, las privaciones singulares de tipo expropiatorio y las ayudas públicas concedidas en situaciones de catástrofe**

En situaciones catastróficas o de emergencia sanitaria como la generada por la pandemia de la COVID-19, el papel que le corresponde a la responsabilidad patrimonial de los poderes públicos para indemnizar los gravísimos daños sufridos por la población es secundario, canalizándose la respuesta del Estado social fundamentalmente a través de ayudas basadas en el principio de solidaridad.

Tales ayudas son de libre configuración por el legislador y no están destinadas a indemnizar completamente, sino a paliar tales perjuicios, en la medida de las disponibilidades presupuestarias.

Resulta también necesario distinguir los posibles supuestos de responsabilidad patrimonial de la Administración de aquellos otros casos en que se adopten privaciones singulares de derechos patrimoniales de tipo expropiatorio, como las requisas, las ocupaciones temporales y las expropiacio-

⁴ Entre otros, DOMÉNECH PASCUAL, G., «Responsabilidad patrimonial del Estado por la gestión de la crisis del COVID-19», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núms. 86-87, 2020; MEDIAVILLA CABO, J. V., «Consideraciones sobre la responsabilidad de la administración pública sanitaria tras la crisis derivada del COVID-19», en *Revista de Derecho vLex*, 191, 2020; NIETO GARRIDO, E., «La indemnización de daños o perjuicios causados por las medidas adoptadas durante el estado de alarma», en *Diario La Ley*, núm. 9696, 15 de septiembre de 2020; RAMOS GONZÁLEZ, S., «State Liability for Personal Injuries Caused by the COVID-19 Disease under Spanish Law», en Hondius, Ewoud *et al.* (Eds.), *Coronavirus and the Law in Europe*, Cambridge (Intersentia), 2020; BLANQUER CRIADO, D., «Los daños por la COVID-19 (responsabilidad patrimonial; ordenación y privación de derechos)», en *id.* (Coord.), *COVID-19 y Derecho Público (durante el estado de alarma y más allá)*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2020; BLANQUER CRIADO, D., *La responsabilidad patrimonial en tiempos de pandemia*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2021; De la Cruz López, P.; Moll Fernández-Figares, L. S. (Dir.). *Responsabilidad patrimonial y COVID-19 en los distintos sectores de actividad*, Madrid (Lefebvre), 2021; MANENT ALONSO, L., «Las singularidades de las reclamaciones por daños causados por las administraciones públicas como consecuencia de la COVID-19», en *Revista Jurídica de les Illes Balears*, núm. 20, 2021.

nes (de p. ej., respectivamente, respiradores, solares para la instalación de hospitales de campaña y mascarillas).

La indemnización de dichas privaciones singulares viene impuesta por la propia Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954 (arts. 1, 48 y 120).

2. Aplicación de las reglas generales de la responsabilidad durante un estado de alarma

La declaración del estado de alarma no suspende la vigencia de las reglas generales sobre responsabilidad patrimonial de la Administración. Así se desprende del artículo 3.2 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, cuando remite a «lo dispuesto en las leyes».

Este precepto se limita a remitir a la regulación general de la responsabilidad patrimonial contenida en la actualidad en los artículos 32 y siguientes de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), sin establecer una regulación específica (más laxa, o más estricta) para el estado de alarma.

Ello no significa que las circunstancias fácticas excepcionales de una situación de emergencia no deban ser tenidas en cuenta al determinar la concurrencia de los requisitos de la responsabilidad, en especial al establecer el estándar de funcionamiento de la Administración, que puede diferir del exigible en situaciones de normalidad.

3. Responsabilidad por todo tipo de acciones y omisiones administrativas

Como en situaciones de normalidad, la responsabilidad patrimonial de la Administración por la gestión de la COVID-19 puede derivar de actuaciones normativas, de la adopción de actos administrativos y de su actividad material, ya sea comisiva u omisiva, siempre que concurren los requisitos de dicha institución.

4. Fuerza mayor

Pese a la indiscutible gravedad de la pandemia y los extraordinarios efectos sanitarios, económicos y sociales que ha tenido y sigue teniendo, no cabe invo-

car de forma genérica la existencia de fuerza mayor (arts. 106.2 CE y 32.1 LRJSP) para excluir *ab initio* toda responsabilidad patrimonial de la Administración en su gestión, sin examinar el caso concreto.

En sí mismo considerado, el contagio del virus de la COVID-19 no es un fenómeno imprevisible e inevitable, y la Administración dispone de amplios instrumentos para reducir su propagación y letalidad. Incluso en el caso de eventos calificables indudablemente como de fuerza mayor (terremotos, huracanes, inundaciones extraordinarias, etc.) puede surgir responsabilidad administrativa como consecuencia de una mala gestión previa o posterior a su acaecimiento.

La carga de la prueba de una posible fuerza mayor en el caso concreto corresponde a la Administración que la alegue.

5. La cláusula de progreso del artículo 34.1 LRJSP

Tampoco cabe invocar de forma genérica la llamada cláusula de progreso o de exclusión de los riesgos del desarrollo (art. 34.1, segundo inciso LRJSP, en cuya virtud «[n]o serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos») para denegar *a radice* la responsabilidad de la Administración, sin examinar el caso concreto.

Esta cláusula, surgida en materia de responsabilidad por productos defectuosos para excluir la indemnización de daños inherentes al desarrollo tecnológico (daños que son materialización de riesgos desconocidos en el momento en que se lanzan nuevos productos), tendrá una aplicación limitada en materia de COVID-19.

Ello es así porque, a diferencia de lo que sucedió con el contagio transfusional del virus del SIDA y de la hepatitis C, la ciencia ha identificado con mucha celeridad (semanas antes de la primera declaración del estado de alarma) al virus que lo causa, sus vías de transmisión y medios eficaces y económicos de prevención del contagio (sobre todo distancia social, limpieza de manos y uso de mascarilla)⁵, desarrollando incluso test para su detección e indicando

⁵ Con posterioridad a la elaboración de las presentes conclusiones, la comunidad científica ha subrayado también la importancia de la ventilación de los espacios cerrados (al constatarse la alta propagación del virus a través de aerosoles, inicialmente descartados) y, sobre todo, ha proporcionado en tiempo récord vacunas que han demostrado poseer una eficacia elevadísima en la prevención de contagios y la minoración de la gravedad de los que se producen.

tratamientos que, pese a no asegurar en absoluto la curación de la enfermedad, reducen significativamente el riesgo de muerte o de sufrir secuelas graves (respiradores, tratamientos antivirales, etc.). El conocimiento científico de las vías de transmisión del virus y de su tratamiento médico ha seguido incrementándose desde entonces.

Es, por ello, muy difícil argumentar que un determinado contagio resultaba imprevisible o inevitable según el estado del conocimiento científico. En los casos en que sí pueda afirmarse (p. ej., contagios producidos antes de que las autoridades chinas identificaran el virus y sus vías de transmisión) ni siquiera se sabrá, normalmente, que la persona sufrió COVID-19.

En muchos casos, además, el daño invocado por las víctimas no habrá sido ocasionado de forma directa por el virus, sino por las medidas adoptadas por la Administración para prevenir su contagio (p. ej., confinamiento domiciliario, perimetral o temporal, suspensión de las actividades de hostelería y restauración, deportivas y culturales).

El hecho de que normalmente no pueda afirmarse que el daño acaecido fue imprevisible o inevitable según el estado más avanzado de los conocimientos de la ciencia y de la técnica no significa, sin embargo, que exista un funcionamiento anormal de la Administración que pueda desencadenar su responsabilidad, como se dirá luego. La cláusula de progreso toma solo en consideración los conocimientos científicos-técnicos más avanzados a nivel mundial, sin reparar en aspectos que son determinantes de la existencia de funcionamiento anormal, como son el coste, la disponibilidad efectiva o la propia razonabilidad (por los efectos colaterales muy negativos que pueden llegar a tener) de las medidas de prevención del daño que podrían adoptarse a la vista de tales conocimientos.

Así, p. ej., no cabe afirmar la existencia de funcionamiento anormal en caso de que la Administración no practique test diarios de PCR a toda la población o no ordene su confinamiento domiciliario durante varios meses, por mucho que exista la certeza científica de que tales medidas reducirían drásticamente los contagios del virus.

6. La exigencia de daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado en una persona o grupo de personas

No pudiéndose pues invocar genéricamente la fuerza mayor o la cláusula de progreso para excluir automáticamente la responsabilidad, hay que analizar la concurrencia de los requisitos de dicha institución a la luz del caso concreto y de las pruebas practicadas.

El primero de tales requisitos es la producción de un daño, que ha de ser efectivo (no meramente hipotético o potencial), evaluable económicamente (sin perjuicio de que se indemnicen también los daños morales, pese a no ser objeto de cuantificación económica perfecta, en virtud del principio de reparación integral) e individualizado con relación a una persona o grupo de personas (art. 32.2 LRJSP).

Este último subrequisito impide indemnizar las cargas generales, aquellas que sufre la generalidad de la ciudadanía, como podría ser el confinamiento domiciliario general de toda la población española decretado por el artículo 7 del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declaró el primer estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19.

7. La exigencia de daño antijurídico

Los artículos 32.1 y 34.1 LRJSP excluyen también la indemnización de los daños que los particulares tengan «el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley».

Existe tal deber siempre que la Administración ejerce de forma ajustada a derecho las potestades que le confiere la ley, sea esta la potestad sancionadora, la potestad tributaria o, en el caso que nos ocupa, las incisivas potestades limitativas de derechos individuales que la ley le atribuye en defensa de la salud colectiva, y que puede adoptar incluso en ausencia de plena certidumbre científica, en virtud del principio de precaución consagrado en esta materia por el artículo 3.d) de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública (LGSP).

Tales potestades son reconocidas de forma general por la referida ley (art. 54, excluyendo en el apartado 3 expresamente el resarcimiento de las personas que las sufran) y por la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (art. 26), y de forma específica por los decretos que han declarado el estado de alarma, e incluyen medidas como la antes apuntada suspensión de las actividades de hostelería y restauración, deportivas y culturales, suspensión basada en la evidencia científica existente sobre el gran riesgo de propagación del virus que dichas actividades representan, y que explica que dicha medida haya sido adoptada en muchos otros países similares al nuestro.

Por ello, los titulares de dichas actividades tienen el deber jurídico de soportar los sin duda elevados perjuicios que dicha suspensión les pueda ocasionar, constituyendo un riesgo inherente a su actividad empresarial y un límite

consustancial a la libertad de empresa (art. 38 CE) y al derecho de propiedad (art. 33 CE) de que gozan.

Naturalmente, ello no impide que pueda surgir la responsabilidad patrimonial de la Administración en caso de que las referidas medidas sean objeto de anulación judicial, cuando resulten p. ej. arbitrarias, desproporcionadas o discriminatorias.

Tampoco impide, por supuesto, la legítima aspiración de los sectores afectados de recibir ayudas públicas que eviten el cese definitivo de tales actividades.

8. Relación de causalidad y pérdida de oportunidad

Para que surja la responsabilidad de la Administración es necesario que la víctima acredite la existencia de relación de causalidad entre el daño sufrido y la actuación administrativa. En muchos casos será difícil probar que un determinado contagio se ha producido como consecuencia de una acción u omisión administrativa (p. ej., cuando se alegue que dicho contagio tuvo lugar como consecuencia de la asistencia a un acto público no prohibido por la Administración). Dicha prueba puede resultar más sencilla cuando el contagio se haya producido durante una estancia prolongada en un establecimiento público (p. ej. un hospital o residencia geriátrica de titularidad pública).

La teoría de la pérdida de oportunidad puede ser también aplicable en algunos grupos de casos relacionados con la COVID-19, sobre todo en materia de asistencia sanitaria. Dicha teoría permite conceder una indemnización –inferior al daño sufrido– en aquellos casos en que no existe la plena certeza acerca de si la actuación administrativa omitida hubiera o no evitado el resultado lesivo, pero sí evidencias científicas sólidas de que dicha actuación hubiera propiciado una oportunidad seria de dicha evitación (una oportunidad seria de curación). En tales casos, la indemnización será proporcional a las probabilidades de evitación del resultado lesivo existentes (si dichas probabilidades eran p. ej. del 50%, habrá que reducir la indemnización a la mitad).

Esta teoría no excluye la práctica de prueba de la causalidad y no resulta de aplicación cuando exista la plena certeza acerca de la existencia o inexistencia de relación de causalidad. De probarse que la actividad administrativa omitida hubiera evitado el resultado con toda certeza procederá conceder (si concurren los demás requisitos de la responsabilidad) el 100% de la indemnización, mientras que si no se acredita la referida pérdida de oportunidad habrá que denegar la reclamación y no se otorgará indemnización alguna.

La teoría de la pérdida de oportunidad tampoco altera el requisito general del funcionamiento anormal que se examinará en el siguiente apartado. Ello significa, en materia sanitaria, que, aunque se acredite que la actuación administrativa omitida hubiera incrementado seriamente las probabilidades de curación, habrá que examinar también si dicha actuación omitida era exigible según la *lex artis ad hoc*. Si la adecuación a la *lex artis* exime de responsabilidad en casos en que existe la plena certeza de que la actuación omitida (no negligente) hubiera evitado el resultado lesivo, con mayor motivo debe eximirse cuando ni siquiera exista dicha certeza.

9. Funcionamiento anormal y vulneración de la *lex artis ad hoc*. El papel limitado del principio de precaución

La jurisprudencia, como regla general, vincula la responsabilidad patrimonial de la Administración a su funcionamiento anormal, teniendo los supuestos de responsabilidad por funcionamiento normal carácter excepcional.

Ello es especialmente cierto en materia sanitaria, donde se exige que la actuación administrativa vulnere la *lex artis ad hoc* para que surja tal responsabilidad [STS (Sala 3.^a) de 15 de marzo de 2018 (ECLI: ES: TS:2018:1084), entre muchas otras].

La jurisprudencia también señala que la mera anulación de un acto administrativo no comporta automáticamente la responsabilidad, negándola cuando dicho acto sea fruto de una interpretación razonada y razonable, en virtud de la doctrina del margen de tolerancia [SSTS (Sala 3.^a) de 5 de febrero de 1996 (ECLI: ES: TS:1996:661), 16 de febrero de 2009 (ECLI: ES: TS:2009:455), 9 de diciembre de 2015 (ECLI: ES: TS:2015:5175) y 7 de noviembre de 2017 (ECLI: ES: TS:2017:3972), entre otras].

En materia sanitaria, la determinación de la *lex artis* vendrá dada a menu-do por los protocolos médicos existentes. Cabe exigir a la Administración que acredite su cumplimiento en el caso concreto, sobre la base de la historia clínica que obra en su poder. De haberse incumplido los protocolos, la Administración deberá justificar que su cumplimiento era materialmente imposible a la vista de los medios disponibles y razonablemente exigibles en un contexto de emergencia y saturación de los centros sanitarios como el vivido durante el primer estado de alarma. Tales circunstancias fácticas excepcionales deberían tener un peso menor durante el segundo estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, habida cuenta de la experiencia acumulada

en los primeros meses de la pandemia y de la previsibilidad de la segunda ola de contagios del otoño de 2020.

En el caso sensible de los triajes en las unidades de cuidados intensivos cabe exigir también que la Administración acredite que tales triajes fueron inevitables y que se realizaron de acuerdo con los criterios médicos y bioéticos preestablecidos o comúnmente aceptados por los intensivistas.

En la valoración de un posible funcionamiento anormal por la falta de suficientes equipos de protección individual (EPI) del personal sanitario durante el primer estado de alarma debería tenerse en cuenta la STS (Sala 3.^a) de 8 de octubre de 2020 (ECLI: ES: TS:2020:3024), que ha declarado la vulneración de sus derechos fundamentales como consecuencia de dicha falta de equipos, aunque esta sentencia no prejuzgue posibles responsabilidades. También habría que considerar aspectos tales como el coste, la complejidad y el tiempo de fabricación de EPI, las normas y recomendaciones internacionales de almacenamiento de EPI en previsión de posibles pandemias, la relevancia de la protección del personal sanitario para la lucha eficaz contra una pandemia y el volumen del personal sanitario existente en España.

De todos modos, como se dirá más adelante, el orden jurisdiccional competente para conocer de posibles reclamaciones del personal sanitario por contagios producidos, en ejercicio de sus funciones, por falta de EPI, es el social.

La posible responsabilidad de la Administración sanitaria frente a pacientes aquejados de dolencias distintas de la COVID-19 como consecuencia de la reprogramación de sus tratamientos deberá también valorarse con arreglo al criterio de la *lex artis* y a las reglas que rigen la gestión de las listas de espera, considerándose las circunstancias fácticas excepcionales antes aludidas.

El principio de precaución, procedente del Derecho medioambiental internacional y europeo, y aplicable también en materia de salud pública (lo recoge el propio artículo 3.d LGSP, como se ha señalado antes), no está concebido para endurecer la responsabilidad patrimonial de la Administración e incrementar el estándar de funcionamiento que le resulta exigible al prestar asistencia sanitaria.

Desde su surgimiento, la finalidad de este principio es la de justificar que la Administración adopte medidas restrictivas de derechos individuales incluso en ausencia de plena certidumbre científica, sirviendo por ello más bien para exonerarla de responsabilidad en caso de que tales medidas se acaben revelando innecesarias.

Para su adecuada comprensión sigue resultando de gran utilidad la Comunicación de la Comisión Europea sobre el recurso al principio de precaución [COM (2000) 1 final de 2 de febrero de 2000].

10. Culpa de la víctima

Como ha señalado reiteradamente la jurisprudencia, la culpa de la víctima (p. ej., por un mal uso de los EPI) puede excluir total o parcialmente la responsabilidad patrimonial de la Administración.

Aunque cuando se valore la asistencia médica dispensada a un paciente enfermo de COVID-19 resulta irrelevante cómo se produjo su contagio.

11. Hecho de tercero y responsabilidad concurrente de diversas Administraciones

En caso de concurrencia de sujetos privados o de otras Administraciones en la producción del daño parece conveniente beneficiar al reclamante con la regla de la solidaridad cuando no resulte fácil determinar la cuota de responsabilidad mancomunada de cada uno de los sujetos implicados. Así lo establece el artículo 33.2 LRJSP en el caso de concurrencia de distintas Administraciones públicas, concurrencia que puede verse incrementada por las alteraciones competenciales propiciadas por los decretos que han declarado el estado de alarma.

En los casos de responsabilidad concurrente real o pretendida por el recurrente (tanto si reclama ante una sola Administración, invocando la solidaridad, como si reclama en paralelo frente a más de una), es aconsejable que todas las Administraciones potencialmente responsables (y sus aseguradoras respectivas) participen y puedan defenderse en un solo proceso contencioso-administrativo, para evitar el riesgo de sentencias contradictorias y de duplicidades indemnizatorias.

A tal efecto, la STS (Sala 3.^a) de 12 de septiembre de 2013 (ECLI: ES:TS:2013:4979) permite la acumulación de acciones en materia de responsabilidad patrimonial, estableciendo que la competencia objetiva en los casos en que hayan de fiscalizarse decisiones adoptadas por diferentes Administraciones, pero fundadas en igual causa de pedir, entendida esta causa como el dato fáctico determinante de la reclamación, ha de corresponder al órgano jurisdiccional competente para fiscalizar el acto dictado por la Administración de mayor ámbito territorial y, teniendo ambas el mismo, al órgano jurisdiccional de mayor jerarquía.

Es incluso conveniente que las otras Administraciones participen ya en el procedimiento administrativo previo de reclamación de responsabilidad, a través de una consulta como la introducida como novedad por el artículo 33.4 LRJSP. Aunque este último apartado se refiera a los supuestos de actuación conjunta de

distintas Administraciones públicas, nada impide que dicha consulta se utilice también en las demás hipótesis de responsabilidad concurrente.

12. **La competencia del orden social en el caso de las reclamaciones del personal sanitario y demás empleados públicos**

Como ha señalado el Auto de la Sala Especial de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo de 6 de mayo de 2019 (ECLI: ES: TS:2019:5150A), del artículo 2.e) de la vigente Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social se deduce que es el orden social, y no ya el contencioso-administrativo, el competente para conocer de las reclamaciones de responsabilidad derivada de los daños sufridos por los empleados públicos como consecuencia del incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales.

Esto afecta, en particular, a las reclamaciones antes aludidas que pueda presentar el personal sanitario por los contagios sufridos al desarrollar sus funciones sin contar con los EPI prescritos por la normativa de prevención de riesgos laborales, y puede extenderse a las reclamaciones de otros colectivos de empleados públicos, como los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad.

III. FINAL

Como se desprende de lo expuesto, la responsabilidad patrimonial de las distintas Administraciones tiene un papel limitado en la compensación de la ingente cantidad de daños provocados por la COVID-19 y por las medidas adoptadas por las autoridades para tratar de evitar los contagios. Su surgimiento no puede afirmarse ni negarse de forma apriorística, y dependerá de las circunstancias del caso y de que concurran o no los requisitos legales y jurisprudenciales de dicha institución. Tales requisitos deben ser interpretados a la luz de los distintos escenarios fácticos que ha atravesado la pandemia desde su inicio y de lo que cabía y podía esperarse razonablemente de la Administración en cada momento.

En este sentido, y sin perjuicio de que puedan haberse producido errores y situaciones excepcionales de sacrificio especial susceptibles de desencadenar dicha responsabilidad, no parece que, en su conjunto, la reacción de las distintas Administraciones españolas frente a una amenaza de semejante calibre haya sido deficiente ni diferido sustancialmente de la que han llevado a cabo sus homólogos europeos.

Así lo ha entendido el propio Tribunal Constitucional cuando, al declarar parcialmente inconstitucional el primer estado de alarma, ha subrayado que las contundentes medidas previstas en el Real Decreto 463/2020 fueron idóneas, necesarias y proporcionadas, y constituyen, por ello, medidas que los ciudadanos «tenían el deber jurídico de soportar», de modo que dicha declaración de inconstitucionalidad «no será por sí misma título para fundar reclamaciones de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 3.2 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio», esto es, sin perjuicio de que, en el caso concreto, puedan concurrir los requisitos generales de dicha institución antes examinados⁶. En la misma línea parece situarse la STC que ha declarado la inconstitucionalidad parcial del segundo estado de alarma, al afirmar la proporcionalidad de las medidas restrictivas contenidas en el Real Decreto 926/2020⁷.

⁶ STC 148/2021, de 14 de julio, FJ 11.c).

⁷ STC 183/2021, de 27 de octubre. Aunque habrá que esperar a la interpretación que el Tribunal Supremo efectúe del ambiguo párrafo final del FJ 11, relativo a los efectos de la sentencia, en el que nada se dice sobre la posible responsabilidad patrimonial y se remite en términos muy amplios a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

LA ABOLICIÓN DE LA PENA DE MUERTE COMO CONSECUENCIA DEL PRINCIPIO DE HUMANIDAD DE LAS PENAS

JUAN MUÑOZ SÁNCHEZ*

I. INTRODUCCIÓN

Se acepta universalmente el principio de humanidad de las penas como principio rector del Derecho penal y de la política criminal¹. Principio ético con un profundo arraigo en la sociedad, con indudable base constitucional, y, como sostiene Mir Puig², quizá el principio que en mayor medida caracteriza el origen y la evolución del contenido del sistema penal contemporáneo. En contraste con su profundo arraigo en nuestra cultura jurídica, se encuentra la dificultad de concretar su contenido y la necesidad de una delimitación consistente³.

* Catedrático de Derecho penal. Universidad de Málaga.

¹ En este sentido JESCHECK, H., *Tratado de Derecho penal Parte General*. Traducción José Luis Manzanares Samaniego 4.ª ed. 1993, p. 35; ZIPF, H., *Introducción a la política criminal*. Editorial de Derecho Reunidas, 1979, p. 41; HASSEMER, W/MUÑOZ CONDE, F., *Introducción a la Criminología y al Derecho penal*, Tirant lo Blanch, 1989, p. 172; MUÑOZ CONDE, F., *Introducción al Derecho penal*, Bosch, 1975, p. 77; SILVA SÁNCHEZ, J.-M., *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Bosch, 1992, p. 261; Díez RIPOLLÉS, J. L., *La racionalidad de las leyes penales. Práctica y teoría*, Trotta, 2003, pp. 158 ss.; MÍNGUEZ ROSIQUE, M., *El principio de humanidad de las penas como límite constitucional al legislador penal*. Tesis doctoral, 2019, p. 471.

² MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte General*. Dykinson, 10.ª ed. 2015, p. 134.

³ Como indica LASCURAÍN SÁNCHEZ, «Principios del Derecho penal (I). El principio de legalidad y las fuentes del Derecho penal», en Lascuraín Sánchez, J. A. (Coord.), *Introducción al Derecho penal*, Civitas, 2.ª ed. 2015, p. 63 hay consenso doctrinal y jurisprudencial en el contenido conjunto de los principios, pero divergencias tanto en la denominación de los principios como en qué contenido corresponde

La labor de la transformación de los principios rectores del Derecho penal en derecho aplicable es una de las tareas que singulariza el trabajo científico en Derecho penal, sometiendo a análisis si las decisiones del legislador se corresponden con los criterios de legitimidad material desarrollados por la cultura jurídica. Es propósito de estas páginas que siguen contribuir a concretar el contenido del principio de humanidad de las penas en la prohibición de la pena de muerte, exponiendo la evolución histórica de la concepción social de esta pena hasta su consideración como pena inhumana.

II. CONCEPTO DE PENA DE MUERTE.

La pena de muerte consiste en la destrucción del substrato biológico de lo humano, en la eliminación definitiva de la persona del delincuente, en su expulsión de la sociedad de manera perpetua y en la privación de todos sus derechos⁴.

En los sistemas penales modernos se presenta como el último residuo del sistema de penas del Antiguo Régimen, donde los castigos giraban en torno a las penas corporales y las mutilaciones, alcanzando su máxima intensificación con la pena de muerte⁵. En cierta medida la pena de muerte inicialmente se configuraba como una pena corporal, lo que explicaba que se determinara legalmente como una pena graduable, en cuanto que la privación de la vida podía ir acompañada de suplicios corporales previos o de una forma de ejecución dolorosa y deshonrosa. Suplicios y medios de ejecución dolorosos y degradantes que pretendían atender a la gravedad del delito⁶.

a cada uno. Alude a la dificultad de su concreción DIEZ RIPOLLÉS, J. L., 2003, pp. 158-159 debido a las sensibles variaciones que experimenta el mundo de la vida y a las importantes diferencias culturales respecto a lo que sea una reacción penal inhumana.

⁴ Caracterizan a la pena de muerte como la destrucción del substrato biológico de lo humano PÉREZ MANZANO, M. «El principio de humanidad de las penas o prohibición de penas inhumanas o degradantes (art. 15 CE)» en Lascuraín Sánchez, J. A. (Coord.), 2015, p. 143; MÍNGUEZ ROSIQUE, M., 2019, p. 370.

⁵ RABRUCH, G., «Das Ende der Todesstrafe» in *RheinNeckar-Zeitung* núm. 87 vol. 14, p. 3 alude a la pena de muerte como «un arcano cuerpo en el sistema penal, el único residuo de un antiguo Derecho penal...». BECCARIA, C., *De los delitos y las penas*, edición bilingüe al cuidado de Perfecto Andrés. Texto italiano por Gianni Francioni, Trotta, 2011, Capítulo 28, p. 205 afirma desde su concepción utilitarista que «la pena de muerte es una guerra de la nación contra el ciudadano», que solo le reconoce utilidad si fuere el verdadero y el único freno para impedir que los demás cometieran delitos.

⁶ Reconocen el carácter corporal de la pena de muerte LANDROVE DÍAZ, G., *Las consecuencias jurídicas del delito*, Tecnos, 1985, p. 31; MAPELLI CAFFARENA, B., y TERRADILLOS BASOCO, J. M., *Las consecuencias jurídicas del delito* Civitas, 1.ª ed. 1990, p. 45; DIEZ RIPOLLÉS, J. L., *Derecho penal español. Parte General*, Tirant lo Blanch, 5.ª ed., p. 627; GRACIA MARTÍN, L., «El sistema de penas» en Gracia Martín, L., (Coord.), *Lecciones de las consecuencias jurídicas del delito*, Tirant lo Blanch, 5.ª ed. 2016, p. 25; LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., *Principios penales democráticos*, Iustel, 2021, p. 157.

Con posterioridad al siglo XVIII, en la época de la Ilustración surgen las penas privativas de libertad desplazando a las penas corporales y la pena de muerte se convierte en una pena excepcional aplicable solo a los delitos más graves⁷. Los teóricos del contrato social de la Ilustración reconocían el derecho del soberano para imponer una pena de muerte, pensaban que en el contrato social, la preservación de la vida solo ocurriría transfiriendo el derecho a la vida al soberano⁸.

A partir del siglo XX hay un cuestionamiento general de la pena de muerte, aunque razones teleológicas pudieran fundamentarla, razones éticas la desaprueban, se considera contraria a las convicciones generales de la época.

Actualmente existe un amplio consenso en la doctrina científica en considerar a la pena de muerte como una pena inhumana y degradante⁹.

Son muchos los argumentos en contra de la pena de muerte, que se pueden resumir en la frase de Bockelmann¹⁰ de que «El principal argumento racional contra la pena de muerte es que no existe ningún argumento racional a su favor». Pero incluso aunque razones teleológicas o pragmáticas la justificasen, razones éticas en la sociedad actual impiden su legitimación. En la sociedad actual, al menos en Europa, como después analizaremos, existe la convicción general de que el Estado no está legitimado para imponer la pena de muerte por impedirlo el principio de humanidad de las penas, al considerarse ésta como una pena «intrínsecamente cruel, con independencia de que no vaya acompañada

⁷ BECCARIA, C., 2011, capítulo XXVIII, p. 205 sostiene que la pena de muerte no es útil ni necesaria, solo podría ser necesaria en dos casos: cuando su existencia pueda producir una revolución peligrosa en la forma de gobierno establecida o cuando su muerte fuese el verdadero y único freno para impedir que los demás cometan delitos.

⁸ YORKE, J., «La evolución del discurso de los derechos humanos del Consejo de Europa: la renuncia al derecho soberano de imponer la pena de muerte» en ARROYO, L.; BIGLINO, P., y SCHABAS, W., *Hacia la evolución universal de la pena capital*, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 107 y 137.

⁹ Las cuatro grandes asociaciones científicas internacionales de Derecho penal están integradas en la Red académica internacional contra la pena de muerte: la Sociedad Internacional de Defensa Social, la Asociación Internacional de Derecho penal, la Fundación Internacional Penal y Penitenciaria y la Sociedad Internacional de Criminología. Véase ROZÉS, S., «Presentación de la Red académica contra la pena de muerte», en Arroyo, L., Biglino, P., y Schabas, W. 2010, p. 23. En la ciencia penal española existe unanimidad a la hora de declarar la pena de muerte como una clara pena inhumana, véanse, entre otros, RODRÍGUEZ MOURULLO, G., «Derecho a la vida y a la integridad personal y abolición de la pena de muerte» en Cobo del Rosal, M. (Dir.), *Comentarios a la legislación penal I. «Derecho penal y Constitución»*, Edersa, 1982, pp. 83; QUINTERO OLIVARES, G. *Parte General del Derecho penal*. 4.^a ed., Aranzadi. 2010, p. 81; MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, 21 ed., 2017, p. 94; Díez Ripollés, J. L., *Derecho penal español. Parte General* 5.^a ed., Tirant lo Blanch, 2020, p. 63; ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., *Fundamentos del Derecho penal*, 4.^a ed. Tirant lo Blanch, 2010, p. 233; DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L. «La actualidad del principio de humanidad en Derecho penal y Política criminal», *Derecho penal y Criminología*, año IV, núm. 5 2014, p. 126.

¹⁰ Citada por RODRÍGUEZ MOURULLO, G., 1982, p. 89.

de suplicios adicionales»¹¹ o «la más cruel e inhumana de todas ellas»¹². La conciencia social de los Estados democráticos de Europa ha modificado el contrato social de la Ilustración, la vida está ahora fuera de los términos del contrato social¹³. La pena de muerte contradice los valores sociales vigentes sobre la dignidad de la persona, por ello se considera una pena cruel e inhumana. La extinción de la vida supone la mayor privación de derechos, privación con carácter definitivo, poniendo fin a todo lo que caracteriza a un ser humano, supone un ataque definitivo del substrato material de la vida, sin el cual solo existe la nada. Aunque el modo de ejecución fuera totalmente incruento, su ejecución acarrea los mayores sufrimientos psíquicos que puede padecer una persona. Sin lugar a dudas hay sufrimiento psíquico en la espera del juicio, en la espera de la ejecución y en la propia ejecución¹⁴.

Si conforme a la conciencia social se repudian, por inhumanas, las penas corporales, con mayor motivo habrá de considerarse inhumana la que consiste nada menos que en la privación de la vida misma¹⁵. En el mismo sentido parece contradictorio que la prisión permanente revisable se considere una pena inhumana si no existe la esperanza de volver a vivir en libertad y, sin embargo, la privación de la vida de forma definitiva sea una pena aceptable socialmente.

El límite del poder punitivo del Estado derivado del principio de humanidad de las penas viene determinado por lo que la sociedad actual considere una pena inhumana o degradante. En una sociedad democrática, donde el Estado está al servicio de todos los ciudadanos y no es concebido como un fin en sí mismo, el Estado no está legitimado a privar de la vida a ninguno de los ciudadanos, cualquiera que sea su comportamiento. En el contrato social actualmente vigente la sociedad no cede el derecho a la vida al Estado, lo que se pone de manifiesto con el reconocimiento del carácter absoluto a la prohibición de penas inhumanas y degradantes, lo que no se justifica en ninguna circunstancia. Como decía Foucault¹⁶ la vida debe permanecer fuera del contrato para justificar que fue la razón primera, inicial y fundacional del contrato mismo.

¹¹ ALONSO ALAMO, M., «La pena de muerte como pena cruel y derecho penal del exceso», en Arroyo Zapatero, L.; Nieto Martín, A., y Schabas, W (Edit.) García-Moreno (Coord.), *Pena de muerte: una penal cruel e inhumana y no especialmente disuasoria*, Edición Universidad de Castilla la Mancha. Cuenca, 2004, p. 41

¹² La Conferencia de Estocolmo sobre la abolición de la pena de muerte de 1977 señala que la pena de muerte es «el más cruel, inhumano y degradante» de los castigos; MUÑOZ CONDE, F., «Notas bibliográficas» en ANITUA, G. I., y YAMAMOTO, M. V., *Pena de muerte. Fundamentos teóricos para su abolición*, Ediciones DiDot, Caba, Argentina, 2011, p. 324.

¹³ YORKE, J., 2010, p. 137.

¹⁴ ALONSO ALAMO, M., 2004, p. 44.

¹⁵ RODRÍGUEZ MOURULLO, G., 1982, p. 84.

¹⁶ FOUCAULT, M., «Society Must Be Defender», *Lectures at the Collège de France, 1975-76*, 2004, p. 241.

III. LA PENA DE MUERTE EN EL CONTEXTO HISTÓRICO Y CULTURAL DE EUROPA

La pena de muerte en el contexto social europeo del siglo XVIII aparece como la pena más grave reservada para los delitos más graves. A partir de esta época se produce un proceso de evolución hacia la total abolición de esta pena, proceso que viene determinado por el principio de humanidad de las penas y que pueden distinguirse tres etapas. La primera fase del proceso abolicionista comienza después de la Segunda Guerra mundial, época en la que no se considera la pena de muerte como una pena inhumana, pero que a nivel constitucional determinados países declaran su abolición. La segunda fase viene caracterizada por la abolición de la pena de muerte en tiempo de paz. Y, por último, la fase de abolición en todas las circunstancias.

Tras la Segunda Guerra mundial, tanto a nivel internacional como a nivel europeo, la pena de muerte no se considera una pena inhumana¹⁷. En el contexto europeo, el Convenio para la protección de los Derechos humanos y de las Libertades fundamentales (CEDH)¹⁸ en su artículo 2 consagra el derecho a la vida de toda persona, pero en su primer apartado establece expresamente una excepción: «salvo en ejecución de una condena que imponga pena capital dictada por un tribunal al reo de un delito para el que la ley establece esa pena». Tal limitación al derecho a la vida contrasta con el reconocimiento absoluto del derecho a no ser castigado con penas inhumanas y degradantes, que se consagra en el artículo 3. Según el artículo 15.2 del Convenio, el artículo 3 no admite excepción alguna, ni derogación en ningún caso, ni siquiera «en caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación»¹⁹. Lo que llevó a la Comisión Europea a afirmar que existía una cierta falta de armonía entre los artículos 2 y 3 de la Convención²⁰.

¹⁷ La Declaración Universal de los Derechos Humanos reconocía en el artículo 3 el derecho a la vida, sin ninguna mención a la excepción de la pena de muerte y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos proclamaba en su artículo 6. 1 que «el derecho a la vida es inherente a toda persona» y «nadie podría ser privado arbitrariamente del derecho a la vida», pero reconocía a la pena de muerte como una excepción al mismo, con una serie de limitaciones, solo aplicable a los delitos más graves, derecho a solicitar el indulto o la conmutación de la pena, prohibición de imposición a menores de 18 años ni a mujeres en estado de gravidez.

¹⁸ El Convenio para la protección de los Derechos y de las Libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 (CEDH).

¹⁹ El artículo 15 de CEDH establece en el número 1: «En caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación, cualquier Alta Parte Contratante podrá tomar medidas que deroguen las obligaciones previstas en el presente Convenio en la medida estricta en que lo exija la situación, y supuesto que tales medidas no estén en contradicción con las otras obligaciones que dimanen del derecho internacional». Y en el número 2 «La disposición precedente no autoriza ninguna derogación al artículo 2, salvo para el caso de muertes resultantes de actos lícitos de guerra, y a los artículos 3, 4 (párrafo 1) y 7».

²⁰ Comisión DCEHD (Pleno) E. M. Kirkwood, c. Reino Unido, 12 de marzo de 1984.

Tal aparente contradicción valorativa, se explica por el contexto histórico del momento de la redacción del Convenio. En Europa en 1950, en el momento de la aprobación del CEDH, no se consideraba que la pena de muerte por su naturaleza fuera una pena inhumana ni degradante²¹. Como ha señalado Mínguez Rosique²², de los catorce Estados que ratificaron el Convenio en 1950 solo la mitad de ellos habían abolido la pena de muerte en tiempo de paz o para crimines ordinarios y solo uno, la República Federal Alemana, la había abolido para toda clase de delito²³, lo que explica que la conciencia europea en este momento histórico no considera la pena de muerte una pena inhumana, por ello el artículo 2.1 admite la excepción al derecho a la vida en caso de condena por un tribunal de la pena de muerte²⁴.

Así fue interpretado por el TEDH, que entendió que una interpretación del artículo 3, en relación con el artículo 2.1, lleva a afirmar que en el artículo 3 no puede incluirse una prohibición de la pena de muerte, pues de ser así, los claros términos del artículo 2.1 quedarían invalidados²⁵.

En esta primera etapa, que no considera la pena de muerte inhumana, se plantea ante el TEDH si la forma y las circunstancias de ejecución de la pena de muerte pueden suponer un tratamiento inhumano o degradante. La tesis del TEDH es que, aunque la pena de muerte por su propia naturaleza no es una pena inhumana, la manera en que esta pena sea aplicada, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso concreto puede convertir esta pena permitida por el Convenio en una pena que viola el artículo 3 de CEDH por superar el umbral de sufrimiento exigido por el artículo 3. En el caso Soering se señaló de manera clara que los sufrimientos psíquicos ocasionados por las condiciones del corredor de la muerte durante un largo periodo de tiempo superan el umbral del sufrimiento mínimo que delimita la existencia de un trato inhumano²⁶.

²¹ En este sentido ARROYO ZAPATERO, L., «La prohibición de las penas crueles e inhumanas y la abolición universal de la pena de muerte», *Revista Occidente*, núm. 385, Julio 2013, p. 15.

²² MÍNGUEZ ROSIQUE, M., 2019, p. 240.

²³ Dinamarca, República Federal Alemana, Islandia, Italia, Países Bajos, Noruega y Suecia. De ellos solo la República Federal Alemana la había abolido para todo tipo de delitos.

²⁴ En los debates de la redacción del Convenio publicados no se menciona debate alguno sobre la pena de muerte, ni hay propuestas de establecer restricciones o limitaciones de su uso. YORKE, 2010, pp. 114 -116 explica la ausencia de debate por el sentimiento político en ese momento de que la pena de muerte era un tema de la jurisdicción exclusiva del Estado y que la pena de muerte no se contemplaba como violación *per se* de derechos humanos.

²⁵ STEDH, 7 julio de 1989, Caso Soering, c. Reino Unido (Gran Sala) apto. 103: «La Convención debe leerse en su conjunto y el artículo 3, por lo tanto, debe interpretarse en armonía con el artículo 2. Sobre esta base, evidentemente, en el artículo 3 los redactores de la Convención no pueden haber tenido la intención de incluir una prohibición general de la pena de muerte, ya que anularía la redacción del artículo 2.1».

²⁶ STHDH, caso Soering, cit. apto. 104 se afirma: «La manera en el que se imponga o ejecute, las circunstancias personales del condenado y desproporcionalidad con la gravedad del delito cometidos, así como las condiciones de detención en espera de ejecución, son ejemplos de factores capaces de traer el

La segunda etapa abarca desde 1981 hasta la firma y ratificación del Protocolo número 13 del Convenio para la Protección de los Derechos humanos y las Libertades públicas.

Hasta 1981, la evaluación del castigo de la pena de muerte quedaba en manos del Estado soberano, permitiéndose expresamente en el CEDH. A partir de esta fecha, se empieza a cuestionar la pena de muerte en los Estados miembros del Consejo de Europa. La Resolución 727, de 22 de abril de 1980 del Parlamento europeo (1980) consideraba que la pena de muerte es una pena inhumana y pide a los Estados miembros del Consejo de Europa que han conservado la pena de muerte para delitos cometido en tiempo de paz, que la eliminen de su sistema legal. Al mismo tiempo la Recomendación 819 (1980) recomienda al Comité de Ministros que enmiende el artículo 2.1 del CEDH para ponerlo en consonancia con la Resolución 727.

La respuesta fue la aprobación del Protocolo número 6 al Convenio Europeo de Derechos humanos y Libertades fundamentales relativo a la abolición de la pena de muerte el 28 de abril de 1983, en cuyo artículo 1 declara que queda abolida la pena de muerte y en el artículo 2 se establece la limitación de que «Un Estado podrá prever en su legislación la pena de muerte para actos cometidos en tiempo de guerra o de peligro inminente de guerra...».

Esta opción de aprobar un Protocolo muestra la intensión de los Estados miembros de optar por el método normal de enmienda del texto del Convenio con el fin de introducir una nueva obligación de abolición de la pena de muerte en tiempo de paz mediante un instrumento opcional que permite a cada Estado elegir el momento de adquirir tal compromiso.

Este Protocolo, que entró en vigor el 1 de marzo de 1985, no es de adhesión obligatoria, es decir, un Estado parte del CEDH puede no ser parte del Protocolo, pero ha sido firmado y ratificado por todos los Estados miembros del Consejo de Europa, con la única excepción de Rusia, que lo firmó y no lo ha ratificado.

En esta etapa se observa una evolución significativa de la posición jurídica sobre la pena de muerte en los Estados miembros del Consejo de Europa.

En 1989, 22 Estados habían abolido *de facto* la pena de muerte. Tal abolición de facto se convierte posteriormente en una abolición *de iure* en 46 de

tratamiento o castigo recibido por el condenado dentro de la proscripción prevista en el artículo 3», declarando en el apto. 111 que «habida cuenta del larguísimo período de tiempo pasado en el corredor de la muerte en condiciones tan extremas, con el siempre presente y la angustia creciente de esperar la ejecución de la pena de muerte, y las circunstancias personales del solicitante, especialmente su edad y estado mental en el momento del delito, la extradición del solicitante a los Estados Unidos lo expondría a un riesgo real de que el tratamiento supere el umbral establecido por el artículo 3».

los 47 Estados miembros que han firmado y ratificado el Protocolo número 6, y en una moratoria en el Estado que no la ha abolido, Rusia, que lo ha firmado, pero no lo ha ratificado. Tal evolución se refleja también en la política del Consejo de Europa, que exige como condición para la adhesión de nuevos Estados miembros que se comprometan a abolir la pena de muerte y a ratificar el Protocolo número 6.

Esta práctica de la política penal nacional de abolición de la pena de muerte podría, por tanto, considerarse como el establecimiento de un acuerdo de los Estados miembros del Consejo de Europa de derogar la excepción prevista en el artículo 2.1 del CEDH, que permite la pena de muerte como castigo legalmente previsto. Tal planteamiento parte de una interpretación sociológica del CEDH, que considera el Convenio como un instrumento vivo, que debe interpretarse de acuerdo con las convicciones generales vigentes en las sociedades actuales de los Estados miembros. En esta época, la convicción general de los Estados miembros es, según establece el artículo 1 del Protocolo adicional núm. 6, que la pena de muerte en tiempo de paz es una pena ilegítima.

El TEDH ha admitido desde un principio la interpretación evolutiva o sociológica de la Convención. Ya en 1978 se parte de que la Convención es «un instrumento vivo que debe ser interpretado a la luz de las condiciones actuales»²⁷. Interpretación que se reitera hasta nuestros días²⁸.

Conforme a esta interpretación, el TEDH se plantea si se puede considerar que la evolución de la política penal sobre la pena de muerte en los Estados miembros del Consejo de Europa ha modificado o derogado el inciso segundo del artículo 2.1 de la Convención, que impide considerar la pena de muerte como pena inhumana y degradante prohibida en el artículo 3. El primer caso donde se plantea esta interpretación es en el caso Soering²⁹, donde concluye el Tribunal que en el contexto histórico de 1989, con 22 Estados que habían abolido la pena de muerte *de facto*, pero solo 18 Estados tenían abolida legalmente para delitos en tiempos de paz, y el Protocolo núm. 6 de abolición de la pena de muerte en tiempos de paz había sido ratificado por 12 Estados, entre los que no se incluía el Estado demandado, Reino Unido, «no puede interpretarse el artículo 3 del Convenio como una prohibición general de la pena de muerte»³⁰.

²⁷ STEDH, 25 de abril de 1978, Caso Tyrer c. Reino Unido (Gran Sala) apto. 31.

²⁸ SSTEDH, Caso Soering, cit. apto. 102; 28 de julio 1999. Caso Selmouni c. Francia (Gran Sala) apto. 101; 13 de marzo 2003. Caso Öcalan, c. Turquía (Sección 1.^a), apto. 193; 12 de mayo de 2005. Caso Öcalan, c. Turquía (Gran Sala), apto. 164; 2 de marzo de 2010. Caso Al-Saadon y Mufdhi, c. Reino Unido (Sección 4.^a), apto. 116 y 120.

²⁹ STEDH, Caso Soering, cit., apto. 103.

³⁰ STEDH, Caso Soering, cit., apto. 103.

En 2003 en el caso *Öcalan*³¹, el TEDH vuelve a plantearse otra vez el tema debatido de la interpretación de la pena de muerte como pena inhumana prohibida en el artículo 3, atendiendo a la evolución de la política criminal sobre la pena de muerte en los Estados miembros. Constata el TEDH que la situación legal ha cambiado en relación con el contexto histórico del caso *Soering*. Ahora en 43 de los 44 Estados miembros se ha abolido legalmente la pena de muerte en tiempo de paz, el Protocolo núm. 6 ha sido firmado por todos los Estados y ratificado por 41 de los 44 Estados miembros, y, además, en la política del Consejo de Europa se exige que los nuevos Estados miembros se comprometan a abolir la pena capital como condición de su admisión en la organización. Toda esta evolución lleva al Tribunal a concluir que «los territorios englobado por los Estados miembros del Consejo de Europa se han convertido en una zona libre de la pena de muerte»³². Y concluye que en virtud de esta evolución puede considerarse, o que no puede excluirse, que ha sido derogado el inciso segundo del artículo 2.1 del Convenio y que se puede decir que la «pena capital en tiempo de paz ha llegado a considerarse una forma de castigo inaceptable, si no inhumana, que ya no está permitida en virtud del artículo 2»³³. En este contexto admite el Tribunal que «se puede argumentar que la aplicación de la pena de muerte puede considerarse una pena inhumana y trato degradante contrario al artículo 3». Admitida esta interpretación evolutiva o sociológica, sin embargo, no cree necesario el TEDH llegar a esa conclusión, pues en el caso que es objeto de valoración, incluso aunque se interpretara que el artículo 2.1 admite la pena de muerte, la implementación de la pena de muerte en un juicio injusto es contrario a la Convención.

Una interpretación sistemática de los artículo 2.1 y 3 del Convenio, junto a los artículos 1 y 2 del Protocolo núm. 6 permite concluir que la excepción al derecho a la vida del inciso segundo del artículo 2.1 debe entenderse como que solo se permite en caso de una condena a pena de muerte dictada por un tribunal por actos cometidos en tiempo de guerra o de peligro inminente de guerra, lo que determina que la pena de muerte en tiempo de paz es una pena ilegítima. No se trata tanto de una interpretación evolutiva o sociológica, que atienda a la hora de buscar el sentido del artículo 2.1 del Convenio a la realidad social del momento en que se aplica, sino más bien que la aprobación del Protocolo, que como su propio Preámbulo indica, es el instrumento que permite adaptar el Convenio a la nueva realidad de los Estados partes, adiciona al Convenio los artículo 1 y 2 del

³¹ STEDH Caso *Öcalan* c. Turquía (Sala 1.^a), cit.

³² STEDH Caso *Öcalan*, cit., apto. 195.

³³ STEDH Caso *Öcalan*, cit., apto. 196.

Protocolo que prohíben la aplicación de la pena de muerte en tiempo de paz. Solo con la incorporación de los artículos 1 y 2 del Protocolo núm. 6 al Convenio puede interpretarse el artículo 2.1 de este como limitativo del derecho a la vida solo en caso de condena por hechos cometidos en tiempo de guerra.

La tercera fase se caracteriza por la abolición de la pena de muerte en toda circunstancia por ser considerada una pena inhumana prohibida por el artículo 3 del Convenio. Supone un paso definitivo en el reconocimiento del carácter absoluto del derecho a la vida, sin que se permita ninguna excepción. Al igual que el Protocolo núm. 6 vino a reconocer la opinión generalizada de los Estados miembros de que la pena de muerte en tiempos de paz se considera ilegítima, la evolución de la política penal de los Estados miembros en relación con la pena de muerte en tiempo de guerra determina la aprobación del Protocolo núm. 13, relativo a la abolición de la pena de muerte en todas las circunstancias.

La primera manifestación de esta evolución en Europa tuvo lugar con la recomendación del Parlamento Europeo 1245 (1994) en la que se recomendó al Comité de Ministros del Consejo de Europa que redactara un Protocolo adicional a la Convención, derogando la pena de muerte en tiempo de guerra. El Comité de Ministros indicó que comparte las firmes convicciones del Parlamento Europeo contra el recurso a la pena de muerte y adoptó una declaración «por una zona libre de pena de muerte», pero consideró que la prioridad política era obtener y mantener la moratoria sobre las ejecuciones de la pena de muerte. En la Segunda Cumbre de los Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados miembros del Consejo de Europa de 1997, se pidió la «abolición universal de la pena de muerte». En 1998 la Unión Europea adoptó las Directrices para la política de la Unión Europea hacia terceros países sobre la pena de muerte, manifestando, entre otras cuestiones, su oposición a esta pena en todas las circunstancias.

Un paso importante en esta evolución fue la Conferencia Ministerial Europea sobre Derechos Humanos, celebrada del 3 al 4 de noviembre de 2000, que se pronunció a favor de la abolición de la pena de muerte en tiempo de guerra. En la Resolución II se invitó al Comité de Ministros a «considerar la viabilidad de un nuevo Protocolo adicional a la Convención que excluyera la posibilidad de mantener la pena de muerte por actos cometidos en tiempo de guerra o de amenaza inminente de guerra» (párrafo 14).

En este contexto, el gobierno de Suecia presentó una propuesta de Protocolo adicional a la Convención en la 733.^a reunión de Ministros, referida a la abolición de la pena de muerte en tiempo de guerra. El Comité de Ministros encargó en el 2001 al Comité Directivo de Derechos Humanos (CDDH) estudiar la propuesta sueca del nuevo protocolo. La CDDH elaboró y tramitó el

proyecto de protocolo, siendo aprobado el Protocolo núm. 13 relativo a la abolición de la pena de muerte en todas las circunstancias por el Comité de Ministros el 21 de febrero de 2002 y abierto a la firma el 3 de mayo de 2002. Este Protocolo prohíbe de forma absoluta la pena de muerte entre los Estados signatarios, sin que se autoricen excepciones o reservas alguna.

El Protocolo ha sido firmado por todos los Estados miembros del Consejo de Europa, salvo Rusia y Azerbaiyan, y ratificado por todos los Estados firmantes, excepto Armenia.

La firma y ratificación por 44 Estados de los 47 Estados miembros del Consejo de Europa pone de manifiesto que la pena de muerte es contraria a la conciencia europea y en la Europa actual el derecho a la vida de toda persona se consagra como un valor fundamental³⁴.

La cuestión que se plantea es si la pena de muerte en las circunstancias actuales en Europa puede ser calificada como pena inhumana, en otras palabras, si la situación jurídica en los Estados Partes del Convenio y el consenso acordado con la aprobación de Protocolo adicional núm. 13 de abolición de la pena de muerte en todas las circunstancias puede interpretarse que ha sido modificado el inciso segundo del artículo 2.1 de Convenio que impedía considerar a la pena de muerte como una pena en sí misma inhumana o degradante.

El punto de partida del TEDH es que el concepto de pena inhumana y degradante ha evolucionado desde la entrada en vigor del Convenio en 1952 y que tal concepto viene determinado por el contexto social e histórico de cada sociedad. De ahí que afirme que «al evaluar si un determinado trato o castigo debe considerarse como inhumano o degradante a los efectos del artículo 3, no puede dejar de verse influido por los acontecimientos y normas comúnmente aceptadas en la política penal de los Estados miembros del Consejo de Europa en este campo»³⁵. Se acepta también que la posición jurídica sobre la pena de muerte ha evolucionado considerablemente hasta el punto de afirmar que «los territorios englobado por los Estados miembros del Consejo de Europa se han convertido en una zona libre de la pena de muerte»³⁶.

Esta evolución sobre la pena de muerte permite interpretar que el inciso segundo del artículo 2.1 del Convenio ha sido derogado o, al menos, modificado, y permite concluir que la pena de muerte es una pena inhumana.

³⁴ El Preámbulo del Protocolo núm. 13 establece que «el derecho a la vida es un valor fundamental de una sociedad democrática».

³⁵ STEDH 13 de marzo 2003. Caso Öcalan, c. Reino Unido (Sección 1.ª) en su párrafo 194.

³⁶ STEDH Caso Öcalan, c. Reino Unido, cit. párrafo 195.

na. En el Caso Öcalan³⁷ se admite que no se puede excluir tal interpretación, pero la Corte se resiste a aplicarla al caso al considerarla innecesaria, «ya que en todo caso sería contrario a la Convención ejecutar la pena de muerte impuesta en un juicio injusto».

En el Caso Al-Saadonn y Mufdhi³⁸, la Corte se reitera en la interpretación sociológica y afirma que en el nuevo contexto histórico, con la firma del Protocolo núm. 13 por todos los Estados miembros del Consejo de Europa, menos dos, y la ratificación por todos los Estados firmantes, menos tres Estados, «no considera que la redacción del segundo inciso del artículo 2.1 siga actuando como un impedimento a la interpretación de que la pena de muerte se considere una pena inhumana y degradante incluida en el artículo 3». Al contrario, en esta sentencia la Corte afirma, por primera vez, que «la ejecución de la pena de muerte, cualquiera que sea el método de ejecución, implica un dolor físico». Además, añade que el conocimiento previo de tal ejecución por parte del Estado da lugar «a un intenso sufrimiento psicológico»³⁹. Argumentación que le lleva a concluir que «la imposición y ejecución de la pena de muerte, cualquiera que sea el modo de ejecución, niega el derecho a la vida y, por tanto, supone una clara violación de los artículos 2 y 3 del Convenio y del artículo 1 del Protocolo adicional núm. 6»⁴⁰. Sin embargo, dado que el objeto en litigio es si la entrega de los demandantes por parte de Reino Unido a las autoridades iraquíes, bajo cuya autoridad los demandados pueden ser ejecutados, la Corte fundamenta la violación del artículo 3 del Convenio en el sufrimiento psicológico que supone el conocimiento previo por parte de los demandados de que pueden ser ejecutado por el Estado de Irak.

La doctrina sentada en esta sentencia de que «la pena muerte se ha convertido en una forma inaceptable de castigo que ya no es permisible en virtud del artículo 2, modificado por los Protocolos núms. 6 y 13, y que la pena de muerte equivale a un «trato o pena inhumano o degradante» en virtud del artículo 3»⁴¹ viene a ser reiterada en las sentencias posteriores de la Corte. En el

³⁷ La Gran Sala asume los argumentos dados por la sentencia de la sección 1.^a en el Caso Öcalan en su sentencia de 12 de mayo de 2005, en los párrafos 164 y 165.

³⁸ STEDH, 2 de marzo 2010. Caso Al-Saadonn y Mufdhi, c. Reino Unido (Sección 4.^a)

³⁹ Caso Al-Saadonn y Mufdhi, cit. apto. 115.

⁴⁰ El apto. 115 de la sentencia del caso Al-Saadonn y Mufdhi afirma «El hecho que la imposición y el uso de la pena de muerte niega los derechos humanos fundamentales, derechos que han sido reconocidos por los Estados miembros del Consejo de Europa. En el Preámbulo del Protocolo No. 13, los Estados Contratantes describen ellos mismos como «convencidos de que el derecho a la vida de todos es un valor básico en una sociedad democrática y que la abolición de la pena de muerte es fundamental para la protección de este derecho y el pleno reconocimiento de la dignidad inherente de todos los seres humanos».

⁴¹ En este sentido se expresa la STEDH de 25 de octubre 2015. Caso A. L. (X. W.), c. Rusia, Apto. 64.

caso Al-Nasahiri, c. Polonia⁴² en aplicación de esta doctrina se concluye que Polonia ha violado los artículos 2 y 3 del Convenio junto al artículo 1 del Protocolo núm. 6 por haber permitido que un ciudadano de Arabia Saudí sea trasladado a un centro de detención bajo la administración de la CIA, por el riesgo a ser sometido a tortura y a la imposición de la pena de muerte. En el mismo sentido en el caso A. L. (X. W.), c. Rusia⁴³ se afirma que Rusia, a pesar de que no ha ratificado el Protocolo núm. 6 ni firmado el Protocolo núm. 13, está obligada por los artículos 2 y 3 del Convenio a no extraditar o deportar a una persona a un Estado donde existan motivos para creer que se enfrenta a un riesgo real de ser sometido a pena de muerte. Y la STEDH de 31 de mayo 2018⁴⁴ también condena a Rumanía por violación de los artículos 2 y 3 y el artículo 1 del Protocolo núm. 6 por extraditar a un ciudadano saudí a EEUU por el riesgo previsible de que pueda ser condenado a muerte tras su juicio en el Tribunal Militar.

Se puede concluir que actualmente el TEDH, atendiendo al contexto histórico y social de Europa, califica la pena de muerte, cualquiera que sea la modalidad de ejecución, como pena inhumana por los sufrimientos físicos y psíquicos que supone la destrucción de un ser humano. Lo que supone la derogación o modificación del segundo inciso del artículo 2.1 de la Convención, que legitimaba la pena de muerte. La pena de muerte no es congruente con la conciencia europea ni con la normativa jurídica de los Estados miembros del Consejo de Europa.

IV. LA PENA DE MUERTE EN ESPAÑA

El análisis de la pena de muerte en la historia de la codificación muestra una evolución, conforme a las convicciones de la sociedad, hasta llegar a su plena abolición. El Código penal de 1822 castigaba con la pena de muerte a un considerable número de delitos⁴⁵. El Código penal de 1848 preveía la pena de muerte como pena única para determinados delitos⁴⁶. En el mismo sentido se mantuvo en el Código penal de 1850. Será en el Código penal de 1870 cuando la pena de muerte deje de ser pena única, aparece como el grado superior de

⁴² STEDH de 24 de julio de 2014 (Sala 4.ª)

⁴³ STEDH de 25 octubre de 2015, cit. Aptos 577 y 579.

⁴⁴ STEDH de 31 de mayo 2018. Caso Al Nashiri, c. Rumanía (Sala 1.ª)

⁴⁵ El Código penal de 1822 castiga hasta 20 delitos con la pena de muerte, desde delito de traición, delitos contra la corona, delitos contra la religión del Estado, delitos contra la seguridad exterior e interior del estado, delitos de homicidio agravados y delito de incendio.

⁴⁶ Solo se castigaba con la pena de muerte 6 delitos, contra la seguridad exterior o interior del Estado, contra el derecho de gentes y el parricidio con agravantes.

una pena⁴⁷. El Código penal de 1928 mantiene la supresión de la pena de muerte como pena única, manteniendo los mismos delitos que se castigan con la pena de muerte. La primera vez que queda abolida la pena de muerte es en el Código penal de 1932 como consecuencia del principio de humanidad de las penas⁴⁸. Dos años después, tras la revolución de octubre de 1934, la Ley de 11 de octubre de 1934 procedió a restablecer la pena de muerte, no como pena única, para delitos de terrorismo y bandolerismo. Con la instauración de régimen dictatorial franquista, razones de fortalecimiento del Estado llevaron a restaurar la pena de muerte, en primer lugar en la zona ocupada mediante el Real Decreto-ley, de 5 de julio de 1938⁴⁹ y posteriormente en el Código penal de 1944.

El fin de la dictadura y la consagración de un régimen democrático abrió el debate de la abolición de la pena de muerte. Razones éticas, de la necesidad de construir un sistema homologado con las democracias occidentales, y las convicciones existentes en ese momento llevó a la inclusión en la Constitución de 1978 la prohibición de la pena de muerte. El constituyente español optó por la fórmula de la Constitución italiana⁵⁰ con un mandato claro «queda abolida la pena de muerte», pero razones políticas del inicio de la transición dejó la salvedad de «lo que puedan disponer las leyes militares penales para tiempos de guerra».

La excepción fue suprimida por la Ley orgánica 11/1995, de 27 de noviembre de abolición de la pena de muerte en tiempos de guerra, que modificó el Código penal militar suprimiendo la pena de muerte. Tal supresión fue consagrada constitucionalmente con la firma y ratificación el 16 de diciembre de 2009 del Protocolo núm. 13 al Convenio para la protección de Derechos humanos y las Libertades fundamentales, relativo a la abolición de la pena de muerte en todas las circunstancias, que entró en vigor el 1 de abril de 2010⁵¹.

⁴⁷ El Código penal de 1870 amplía los delitos que se castigan con esta pena, incluyendo el asesinato y el robo con homicidio.

⁴⁸ La Exposición de Motivos del Código penal de 1932 aludía al propósito humanizador del legislador: «Las terceras (reformas)... tienden a humanizar el Código penal y para lograrlo se deroga la pena de muerte...».

⁴⁹ El preámbulo del Decreto-ley de 5 de julio de 1938, aludía a la reincorporación de la pena de muerte por necesidades de un buen funcionamiento del Estado: «Por un sentimiento de notoria falsaría y que no se compagina con la sociedad de un Estado fuerte y justiciero fue cercenada de la escala general de penas, eliminándose de ella en el Código penal de la nefasta República, la pena de muerte».

⁵⁰ El artículo 27 de la Constitución italiana establece que «Se prohíbe la pena de muerte, salvo en los casos previstos en las leyes militares de guerra».

⁵¹ La firma y ratificación de este protocolo supone por parte de nuestro país la abolición absoluta de la pena de muerte, en cuanto que el Estado español se compromete a la abolición de la pena de muerte en cualquier circunstancia. Lo que debería conllevar una reforma del artículo 15 de la Constitución, que suprimiera la excepción en caso de guerra. Así MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, Civitas, 5.ª ed. 2011, p. 52.

LA DIRECTIVA (UE) 2019/1937 WHISTLEBLOWER: SU EFICACIA CONTRA LA CORRUPCIÓN

INÉS OLAIZOLA NOGALES*

I. FUNDAMENTO DE LA DIRECTIVA (UE) 2019/1937, DE 23 DE OCTUBRE DE 2019.

La Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2019 relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión recoge en su artículo 26 la obligación para los Estados miembros de implementar sus disposiciones en nuestra legislación antes del 17 de diciembre de 2021 y ello irremediamente provocará cambios en nuestro ordenamiento jurídico. En este momento se han presentado en las Cortes Generales tres proposiciones de ley, presentadas por distintos grupos parlamentarios, que tienen por objeto la trasposición de la Directiva¹.

* Catedrática de Derecho Penal en la Universidad Pública de Navarra. El presente trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación PID2020-118854GB-I00 del que soy IP junto con el profesor Hugo López López. Este trabajo es parte de uno más ampliado que se publicará próximamente por la editorial Aranzadi. Agradezco a los organizadores que me hayan invitado a participar en el libro Homenaje de la Profesora Mirentxu Corcoy. Para mí es una enorme alegría poder participar, en el homenaje a esta extraordinaria penalista.

¹ Así, el Boletín de las Cortes publicó el 25 de junio de 2019 la *Proposición de Ley de protección integral de los denunciantes de corrupción*, presentada por el grupo parlamentario de VOX; el 20 de diciembre de 2019 se publicó en el Boletín de las Cortes la *Proposición de Ley de protección integral de los alertadores* presentada por el diputado Joan Baldoví (Grupo Mixto) y 14 diputados más, pero redactada por la plataforma ciudadana XNET y finalmente el grupo parlamentario de Ciudadanos presentó la *Proposición de Ley de medidas de lucha contra la corrupción*, publicada en el Boletín de las Cortes el 17 de enero de 2020.

También algunas Comunidades Autónomas han abordado desde diferentes perspectivas la protección de los denunciantes².

Si nos preguntamos por el fundamento de la Directiva 2019/1937 es conveniente tener en cuenta el primer considerando. Del texto se derivan dos ideas. Por un lado, que los alertadores³ son considerados una pieza clave para la prevención y el descubrimiento de determinadas infracciones. Por otro lado, se presenta la necesidad de proteger a dichos alertadores. Por tanto, la protección no es el fin último de la Directiva, sino que dicha protección es el instrumento necesario para que, a través de los alertadores, puedan prevenirse y descubrirse determinadas infracciones⁴. En este sentido la Directiva consolida la figura del alertador como herramienta político criminal para prevenir delitos.

Partiendo de la idea de que la protección del alertador es algo positivo, la cuestión es si es legítimo o correcto que se trate de prevenir determinada criminalidad a través de la alerta de los ciudadanos o si por el contrario ello puede suponer una dejación de la tarea propia del Estado.

Es verdad que ciertos delitos, entre otros los relacionados con la corrupción, son difíciles de descubrir si no hay colaboración de personas integradas en la organización. Ello debido, entre otras razones, como indica Pérez Triviño, a la complejidad de las estructuras organizativas, al desarrollo tecnológico o a ciertas dinámicas grupales, por lo que se considera el papel del alertador como elemento nuclear en la lucha contra la corrupción, habida cuenta de que su posición en la organización les permite tener noticia inmediata de la posible comisión de

² Anteproyecto de ley de 2020 por la que se regula la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunidad de Castilla y León y se establece el estatuto de las personas denunciantes; Ley 11/2016, de 28 de noviembre, de la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunitat Valenciana; Ley 16/2016, de 9 de diciembre, de creación de la Oficina de Prevención y Lucha contra la Corrupción en las Illes Balears, modificada por Resolución 13 de marzo de 2019, de la Oficina de Prevención y Lucha contra la Corrupción de las Illes Balears; Ley 5/2017, de 1 de junio, de Integridad y Ética Públicas de Aragón; Ley Foral 7/2018, de 17 de mayo, de creación de la Oficina de buenas prácticas y anticorrupción de la Comunidad Foral de Navarra. Explica extensamente la regulación autonómica, GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H., «Los denunciantes como instrumento de lucha contra la corrupción: a propósito de la denuncia administrativa en las leyes anticorrupción», *Actualidad Administrativa, especial transparencia y lucha contra la corrupción*, núm. 1 extra (2019), pp. 6 s.; GARRIDO JUNCAL, A., «La protección del denunciante: regulación autonómica actual y propuestas de futuro», *REALA*, núm. 12 (2019), pp. 143 ss.; SIERRA GARCÍA, J., «Impulso europeo al *whistleblowing* y las autoridades de integridad», *Eunomía*, núm. 19 (2020), pp. 64 ss.

³ Prefiero utilizar el término alertador en vez de denunciante porque el concepto de denuncia y por tanto de denunciante son conceptos técnicos que requieren de una serie de requisitos específicos conforme a nuestra legislación. En contra de utilizar un término diferente al de denunciante se manifiesta, GARRIDO JUNCAL, A., *REALA*, núm. 12 (2019), p. 132.

⁴ MIRANZO DÍAZ, J., «La nueva Directiva europea de protección del denunciante: un análisis desde el Derecho Público», *Revista General de Derecho Europeo (RGDE)* núm. 49 (2019), p. 364.

irregularidades⁵. Son a menudo tramas complejas con gran parecido a la delincuencia organizada en los que no hay una víctima concreta⁶.

No se puede dejar de hacer una reflexión sobre la responsabilidad de los ciudadanos. Lo público es de todos y debemos cuidarlo. Educar en que lo público es patrimonio de todos es también educar en la responsabilidad de cuidarlo, de protegerlo y, por qué no, de denunciar los ataques al bien común. Hablamos de denuncia en un sistema democrático, esto es, en un Estado social y democrático en el que se acepta que el cumplimiento de las normas implica un bien común. En España falta la cultura de «lo público», tradicionalmente ha existido una mayor tolerancia hacia las corruptelas, porque no está suficientemente interiorizado que lo público es «de todos». Esto se une a la valoración negativa del denunciante como chivato⁷.

En ejemplos recientes la figura del alertador se ha revelado especialmente importante para hacer aflorar las conductas delictivas. Por su parte, Transparencia Internacional propone veinte medidas para prevenir y combatir la corrupción y entre ellas se propone: «la publicación de una ley protección a los denunciantes para que los ciudadanos se sientan protegidos legalmente cuando conozcan hechos y deseen formular denuncias por fraude y corrupción»⁸.

Las ventajas de un sistema que potencie la figura del alertador pueden ser el que ofrezca la posibilidad a la organización de conocer sus fallos en prevención; que permita reaccionar frente a las irregularidades o que se puedan adoptar medidas que mejoren la eficiencia de la Administración⁹.

Algunas cifras demuestran la importancia de las denuncias. Así, la *Association of Certified Fraud Examiners*, en su informe de 2020, cifra en torno al 43 % los casos de fraude, en sentido amplio, descubiertos gracias a la alerta

⁵ PÉREZ TRIVIÑO, J. L., «Whistleblowing», *Eunomía*, núm. 14 (2018), pp. 285-298. Esta idea es repetida por gran parte de los autores, así, PÉREZ MONGUIÓ, J. M., «Del chivato al cooperador: el *whistleblowing*», *RVAP*, núm. 15 (2019), pp. 345 s.; GARRÓS FONT, I., y ROMERA SANTIAGO, N., «Hacia una protección efectiva de los denunciantes», *Actualidad Administrativa*, núm. 7-8 (2020), pp. 10 ss.; MIRANZO DÍAZ, J., *RGDE* núm. 49 (2019), p. 364; ROMERO ABOLAFIO, J. J., «La protección de los denunciantes en el contexto de la Unión Europea», en Morillas Cueva, L. (dir.), *Respuestas jurídicas frente a la corrupción política*, Madrid, (Dykinson), 2021, p. 93; DOMINGO JARAMILLO, C., «La prevención de la corrupción en la administración pública a través del *whistleblowing* y la valenza de derechos», en Morillas Cueva, L. (dir.), *Respuestas jurídicas frente a la corrupción política*, Madrid, (Dykinson), 2021, p. 457.

⁶ RAGUÉS I VALLÉS, R., *Whistleblowing. Una aproximación desde el Derecho Penal*, Madrid (Marcial Pons), 2013, pp. 30 s. Afirma este autor que «encontrar sujetos dispuestos a denunciar tales hechos resulta especialmente complicado, por cuanto a los inconvenientes ya señalados se añade la ausencia de un elemento que, por lo menos para algunos, puede resultar determinante en la decisión de denunciar: la voluntad de ayudar a la víctima.

⁷ PÉREZ MONGUIÓ, J. M., *RVAP*, núm. 15 (2019), p. 350.

⁸ Se recoge en la medida número 7 del documento <https://transparencia.org.es/llamamiento-de-ti-espana-en-el-dia-internacional-contra-la-corrupcion-2/>.

⁹ DOMINGO JARAMILLO, C., 2021, p. 459.

interna, al toque de silbato (*whistleblowing*), de algún miembro de la organización en la que se comete el delito. Por otra parte, el Eurobarómetro especial sobre corrupción realizado en 2019 señala que el 81 % de los consultados contestaron que no denunciarían actos de corrupción a los que hubieran tenido acceso dentro de su organización. Un 30 % de los encuestados adujeron el temor a posibles represalias y la falta de protección¹⁰.

Sin embargo, dicho todo lo anterior, este sistema no deja de ofrecer dudas. Se puede empezar por afirmar que no es tarea de los ciudadanos vigilar las instituciones, sino que ésta es una función de los poderes públicos. Me parecen preocupantes algunas tesis como la reciente de García Moreno cuando define al *whistleblowing* como una fórmula de colaboración público-privada para lograr la aplicación efectiva de la ley. Se trata, según esta autora, de una estrategia político-criminal que busca, mediante la colaboración de determinados ciudadanos, asegurar que las organizaciones cumplan con la ley en el desarrollo de su actividad y que sean debidamente sancionadas en caso de no hacerlo. Afirma García Moreno que ofreciendo cauces e incentivos para que quienes conocen este tipo de hechos puedan comunicarlos de forma confidencial, e incluso obteniendo algún beneficio a cambio, se logra no sólo reducir la cifra negra de infracciones cometidas en grandes organizaciones, permitiendo la investigación y sanción de un mayor número de irregularidades, sino también su prevención, pues la existencia de este tipo de políticas públicas puede tener un importante efecto disuasorio sobre quien se dispone a cometer una irregularidad. En este sentido, indica que el *whistleblowing* es una estrategia eficaz para prevenir y detectar hechos que constituyan tanto ilícitos penales como ilícitos administrativos¹¹.

Yo no puedo compartir la idea de que el Derecho sancionador se deje en manos de colaboraciones público-privadas. En este sentido es muy interesante la reflexión crítica que hace Díez Ripollés al hilo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y de su autorregulación cuando expone que: «En realidad, transmite la idea de que los poderes públicos renuncian en parte a ejercer, o perfeccionar, sus tareas preventivas y persecutorias penales, que se trasladan a centros de poder privados. La alegación de que sólo así se puede ampliar la intervención penal a ámbitos sociales nuevos y con una gran capacidad lesiva, lo que se logra con medios inaccesibles a los poderes públicos, merece consideración,

¹⁰ Extensamente sobre datos, MARTÍNEZ SALDAÑA, D.; ABRIL MARTÍNEZ, J.; RODRÍGUEZ CELADA, E., y REYES RICO L., «La protección del *whistleblower* tras la Directiva (UE) 2019/1937. Análisis del nuevo marco jurídico desde la perspectiva del Derecho laboral, público, penal y de protección de datos», *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 35 (2019), p. 29.

¹¹ GARCÍA MORENO, B.: *Del whistleblower al alertador: la regulación europea de los canales de denuncia*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2020, p. 87.

pero tiene problemas serios de legitimación: Supone una renuncia en toda regla al carácter público del derecho penal, en acomodación a planteamientos neoliberales»¹². Esta reflexión es completamente acertada desde mi punto de vista y trasladable al tema que nos ocupa, ya que, argumentando que es una criminalidad difícil de descubrir, o argumentando que el Estado no tiene suficientes medios, traslada a los ciudadanos el deber de vigilar y denunciar, además, les convierte en una suerte de colaboradores neutrales, como si tuvieran el mismo interés que el Estado en la prevención de los delitos. En este sentido, creo que se debe «desmitificar» al alertador, porque no siempre su comportamiento va a estar guiado por un sentido del deber y altruista, sino que en muchas ocasiones habrá distintos intereses en juego, más allá de que estos intereses sean irrelevantes para la protección del denunciante, sí que son relevantes para advertir de que la actuación del alertador puede venir provocada por razones diferentes a la razón del Estado.

Otras dudas que se plantean tienen que ver con el riesgo de generar climas de chantaje, de presiones, o de desconfianza entre los trabajadores¹³. Incluso la posibilidad de que una infracción muy concreta y aislada puede poner en jaque a toda la organización.

También se argumenta en contra, aludiendo al deber que tienen los funcionarios de reserva y lealtad respecto a la Administración en la que prestan sus servicios¹⁴.

En resumen, en mi opinión, la participación y la responsabilidad ciudadana son en sí mismos valores positivos y por tanto protegibles. Así que *a priori* la protección del alertador me parece positiva. Considero que una educación que valore positivamente la denuncia de infracciones en un Estado de Derecho puede ayudar a un mejor funcionamiento de las instituciones y a una comprensión de lo público como patrimonio de todos y que nos afecta a todos.

Ahora bien, esto no puede suponer una dejación de las funciones del Estado en relación a la persecución y a la investigación de los delitos, con lo que ello supone de respeto a las garantías, procedimientos bien articulados, etc.

Por otra parte, no debe olvidarse que para la prevención de la corrupción son más eficaces otras medidas como, por ejemplo, la reducción del poder discrecional de la Administración, el aumento de controles o la transparencia. No se adelantará nada buscando la denuncia de los miembros de una organización, si la organización no implanta medidas que dificulten las

¹² DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.: «La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española», *InDret*, núm. 1, 2012, p. 13.

¹³ RAGUÉS I VALLÉS, R., 2013, p. 38. GARRIDO JUNCAL, A., *REALA*, núm. 12 (2019), p. 137, esta autora habla de posibles cazas de brujas o de favorecimiento de inquinas.

¹⁴ DOMINGO JARAMILLO, C., 2021, p. 470.

conductas corruptas. La mejor manera de prevenir una conducta es poniendo obstáculos a su producción.

En los apartados siguientes analizaré brevemente dos cuestiones concretas de la Directiva que me parecen relevantes por su ausencia en relación al tema que ocupa este trabajo. Por una parte, el ámbito de aplicación material de la Directiva, recogido en su artículo 2, ya que sorprendentemente no menciona la corrupción ni ninguna de las infracciones más directamente relacionada con ella, como los delitos contenidos en el Título XIX del CP. Por otra parte, el ámbito de aplicación personal, recogido en el artículo 4, porque no menciona la posibilidad de que el denunciante sea una persona que haya participado en la infracción, el denominado «arrepentido».

II. ÁMBITO DE APLICACIÓN MATERIAL DE LA DIRECTIVA

La mayoría de los autores ven en esta Directiva un avance significativo en materia de prevención de la corrupción¹⁵. Sin embargo, el artículo 2 de la Directiva 2019/1937 no recoge, en el ámbito material, la corrupción (pública)¹⁶ como posible infracción, cuyos denunciante merezcan protección¹⁷. Es cierto, no obstante que el mismo artículo 2 recoge algunos ámbitos claramente relacionados con la corrupción, por ejemplo, el ámbito de la contratación pública, y es verdad también que la propia Directiva recoge la posibilidad de que los Estados miembros amplíen la protección en su Derecho nacional a otros ámbitos o actos no previstos en el apartado 1. La pregunta entonces será si debe recogerse la corrup-

¹⁵ Así, por ejemplo, GARRÓS FONT, I., y ROMERA SANTIAGO, N., *Actualidad Administrativa*, núm. 7-8 (2020), p. 2; ROMERO ABOLAFIO, J. J., 2021, p. 93.

¹⁶ Me referiré únicamente a la corrupción pública, porque el ámbito relacionado con la corrupción privada abriría otro debate que en este trabajo no puedo abarcar.

¹⁷ Artículo 2. Ámbito de aplicación material: »1. La presente Directiva establece normas mínimas comunes para la protección de las personas que informen sobre las siguientes infracciones del Derecho de la Unión: a) infracciones que entren dentro del ámbito de aplicación de los actos de la Unión enumerados en el anexo relativas a los ámbitos siguientes: i) contratación pública, ii) servicios, productos y mercados financieros, y prevención del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo, iii) seguridad de los productos y conformidad, iv) seguridad del transporte, v) protección del medio ambiente, vi) protección frente a las radiaciones y seguridad nuclear, vii) seguridad de los alimentos y los piensos, sanidad animal y bienestar de los animales, viii) salud pública, ix) protección de los consumidores, x) protección de la privacidad y de los datos personales, y seguridad de las redes y los sistemas de información; b) infracciones que afecten a los intereses financieros de la Unión tal como se contemplan en el artículo 325 del TFUE y tal como se concretan en las correspondientes medidas de la Unión; c) infracciones relativas al mercado interior, tal como se contemplan en el artículo 26, apartado 2, del TFUE, incluidas las infracciones de las normas de la Unión en materia de competencia y ayudas otorgadas por los Estados, así como las infracciones relativas al mercado interior en relación con los actos que infrinjan las normas del impuesto sobre sociedades o a prácticas cuya finalidad sea obtener una ventaja fiscal que desvirtúe el objeto o la finalidad de la legislación aplicable del impuesto sobre sociedades.

ción pública de manera expresa. Ya adelanto que mi respuesta será afirmativa, aunque creo que previamente debe hacerse alguna matización.

Se puede afirmar que hay cierto consenso en entender por corrupción todo uso indebido (abuso) de una posición oficial pública (de cargos y de recursos públicos) para fines y ventajas privados¹⁸. Es indiscutible la gravedad de las conductas de corrupción, así, desde un punto de vista económico, la corrupción elimina a los más competentes del mercado, de tal forma que el mercado de bienes y servicios no queda en manos de quienes mejor cumplen, sino de los que mejor pagan. Además, la corrupción, especialmente la corrupción política, tiene un efecto perverso en relación a los ciudadanos porque se produce, como consecuencia de ella, una desconfianza de los ciudadanos hacia sus representantes, un divorcio entre la clase política y los ciudadanos que pone en tela de juicio el propio sistema¹⁹.

Por tanto, considero que cuando se trasponga la Directiva al ordenamiento español deben incluirse en el ámbito material los delitos contenidos en el título XIX del CP, esto es los delitos contra la Administración Pública. Y ello por varias razones:

– La primera por la complejidad de las tramas de corrupción. Se trata de actividades prolongadas en el tiempo, en las que suelen intervenir tanto personas pertenecientes al poder público como al poder privado, en muchas ocasiones vinculadas a gobiernos (central o autonómicos, regionales o locales). Es frecuente además la presencia de personas intermedias (testaferros) que hacen que la opacidad de los comportamientos sea mayor. Esta complejidad provoca que las personas que detectan estas conductas y quieren denunciarlas tengan muchas dificultades porque suele haber todo un «sistema» organizado para impedirlo.

– La segunda razón es porque se trata de tramas en las que suele haber potentes intereses políticos y económicos en juego –basta recordar la moción de censura de 2018, derivada del caso Gürtel, que hizo caer al gobierno del

¹⁸ CACIAGLI, M., *Cientelismo, corrupción y criminalidad organizada*, Madrid, (Centro de Estudios Constitucionales), 1996, pp. 34 ss.; ROSE-ACKERMAN, S., *La corrupción y los gobiernos*, Madrid (Siglo Veintiuno de España), 1999, pp. 80 s.; NIETO, A., *Balada de la justicia y la Ley*, Madrid, (Trotta), 2002, p. 125; *El desgobierno de lo público*, Barcelona, (Ariel), 2008, p. 155. Resulta interesante el trabajo de DE LA MATA BARRANCO, N., «La lucha contra la corrupción política», *RECPC* 18-01 (2016), pp. 1-25. Este autor señala tres elementos para poder hablar de corrupción, concretamente el abuso de una posición de poder, la consecución de una ventaja patrimonial a cambio de su utilización y, aunque explícitamente no acostumbra a señalarse, el carácter secreto del pago, pero pone de relieve la necesidad de concurrencia de dos partes para que la misma pueda perfeccionarse.

¹⁹ En el Barómetro del CIS correspondiente a octubre de 2020 la corrupción y el fraude se encuentran como uno de los principales problemas detectados por los ciudadanos españoles. En marzo de 2020, antes de que estallara la pandemia, la corrupción era la cuarta preocupación de los españoles, por detrás del paro, los problemas económicos y la sanidad.

Partido Popular– por lo que la persona que alerta de estos comportamientos sufrirá con seguridad amenazas, presiones o represalias²⁰.

Por las razones expuestas es por lo que considero necesario que las personas que informan sobre delitos contra la Administración Pública sean protegidos²¹.

III. ÁMBITO DE APLICACIÓN PERSONAL: EXCLUSIÓN DE LOS «ARREPENTIDOS»

El artículo 4 de la Directiva recoge el ámbito de personas al que se le aplicará la Directiva. Es un elenco amplio en el que se recoge a los trabajadores del sector público y privado, tanto si la relación laboral está en curso, como si está finalizada o incluso aunque no haya comenzado. Se aplica también a trabajadores autónomos y a terceros que estén relacionados con el denunciante y corran riesgos de sufrir represalias²².

²⁰ El Tribunal Superior de la Junta de Andalucía (TSJA) sentencia en 2012 a favor de Montes con una sentencia que condena a la Junta por acoso laboral. Montes es el funcionario que denunció en Sevilla el fraude de los cursos de formación de la Junta de Andalucía, escándalo conocido como «caso Edu». Montes, que era el responsable del departamento de Gestión de Formación Profesional Ocupacional, denunció internamente el presunto fraude. A su vuelta, se encontró con su despacho ocupado por otro compañero, a pesar de ser él el jefe del departamento. A continuación, se le ignoró. No se le asignó trabajo. Se pueden ver más casos en: <https://hayderecho.com/protegiendo-a-los-valientes/derechos-de-denunciantes-analisis-de-casos>.

²¹ En este sentido, tanto las legislaciones autonómicas como las proposiciones de ley recogen estos delitos en su ámbito material. Igualmente, la inclusión también es coherente con la Convención de Naciones Unidas contra la corrupción de 31 de octubre de 2003, ratificado por España el 16 de septiembre de 2005, así como con el informe de 3 de febrero de 2014 de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre la lucha contra la corrupción en la Unión Europea.

²² Artículo 4 Ámbito de aplicación personal «1. La presente Directiva se aplicará a los denunciantes que trabajen en el sector privado o público y que hayan obtenido información sobre infracciones en un contexto laboral, incluyendo, como mínimo, a: a) las personas que tengan la condición de trabajadores en el sentido del artículo 45, apartado 1, del TFUE, incluidos los funcionarios; b) las personas que tengan la condición de trabajadores no asalariados, en el sentido del artículo 49 del TFUE; c) los accionistas y personas pertenecientes al órgano de administración, dirección o supervisión de una empresa, incluidos los miembros no ejecutivos, así como los voluntarios y los trabajadores en prácticas que perciben o no una remuneración; d) cualquier persona que trabaje bajo la supervisión y la dirección de contratistas, subcontratistas y proveedores. 2. La presente Directiva también se aplicará a los denunciantes cuando comuniquen o revelen públicamente información sobre infracciones obtenida en el marco de una relación laboral ya finalizada. La presente Directiva también se aplicará a los denunciantes cuya relación laboral todavía no haya comenzado, en los casos en que la información sobre infracciones haya sido obtenida durante el proceso de selección o de negociación precontractual. 4. Las medidas de protección del denunciante previstas en el capítulo VI también se aplicarán, en su caso, a: a) los facilitadores; b) terceros que estén relacionados con el denunciante y que puedan sufrir represalias en un contexto laboral, como compañeros de trabajo o familiares del denunciante, y c) las entidades jurídicas que sean propiedad del denunciante, para las que trabaje o con las que mantenga cualquier otro tipo de relación en un contexto laboral».

Sin embargo, la Directiva no hace referencia a los denunciantes que a su vez hayan participado en la infracción/delito. Esto es, no incluye a los «arrepentidos»²³. Podría interpretarse que la Directiva al no excluirlos expresamente, los incluye, pero esto se separaría de otros instrumentos normativos (europeos e internacionales) en los que se hace referencia expresa a estos casos²⁴.

La pregunta que procede es si es correcta esta exclusión, es decir, si los denunciantes, que hayan participado en la infracción o en el delito que denuncian, deben ser o no protegidos de la misma manera que aquellos denunciantes que no han participado. Ya adelanto que mi respuesta será que deben ser incluidos, porque no se trata de debatir sobre si son o no correctas las figuras premiales, esto es las atenuaciones o incluso exenciones de pena para los sujetos que colaboran con la justicia habiendo intervenido en el delito, sino si dichos sujetos deben ser protegidos o no frente a posibles presiones y/o represalias.

En la práctica, los casos más importantes de corrupción han sido descubiertos por personas de la organización que de una manera u otra habían intervenido en el delito. El caso más conocido es el caso Gürtel²⁵. En este caso, José Luis Peñas Domingo, exconcejal de urbanismo del Ayuntamiento de Mahadahonda, colaboró y denunció irregularidades en actividades contratación pública realizadas entre el Ayuntamiento y el grupo de liderado por Francisco Correa en las que él también había participado. A partir de su denuncia, Peñas recibe amenazas tanto personales como referidas a su esposa²⁶.

²³ Hacen referencia a esta carencia, MARTÍNEZ SALDAÑA, D.; ABRIL MARTÍNEZ, J.; RODRÍGUEZ CELADA, E., y REYES RICO L., *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 35 (2019), p. 54; MIRANZO DÍAZ, J., *RGDE* núm. 49 (2019), p. 383.

²⁴ Así, en la Resolución del Consejo de Europa de 1996 recomienda la adopción de medidas de protección adecuadas para estas personas y para sus familiares se invita a los Estados miembros a considerar la concesión de beneficios a quienes rompan sus vínculos con una organización delictiva y se esfuercen por evitar la continuación de las actividades delictivas. En parecidos términos, la Convención de Naciones Unidas contra la corrupción de 2003, en su artículo 37.4 indica que la protección de las personas que hayan participado en los delitos tipificados en esta Convención será *mutatis mutandis* a la prevista en el artículo 32 de la Convención. El artículo 32 a su vez se refiere a la protección de peritos, testigos y víctimas. Por su parte el artículo 33 se refiere a la necesidad de establecer medidas de protección para los denunciantes.

²⁵ La STS 507/2020, de 14 de octubre, referida a la denominada primera época del «caso Gürtel», que abarca el periodo 1999-2005, en la que confirma en líneas generales la dictada por la Audiencia Nacional 5/2015, de 17 de mayo de 2018, con ligeros ajustes en las penas y multas derivadas de la estimación parcial de los recursos de la Fiscalía, de 19 acusados y del Partido Popular. En una sentencia de 1.843 folios, dictada por unanimidad, el Supremo confirma la comisión en esta causa de delitos de cohecho (activo y pasivo), falsedad en documento mercantil, malversación de caudales públicos, prevaricación, asociación ilícita, fraude a la administración pública, blanqueo de capitales, delitos contra la hacienda pública, tráfico de influencias, apropiación indebida, o exacciones ilegales.

²⁶ Peña denuncia que tiene miedo y narra cómo a su esposa le «sacaron» de la carrera en: <https://www.eitb.eus/es/television/programas/en-jake/videos/detalle/7480055/video-jose-luis-pena-denuncia-amenazas-destapar-caso-gurtel>. Otra de las denunciantes del caso Gürtel, Ana Garrido Ramos, técnica del Ayuntamiento de Boadilla del Monte, sufrió acoso laboral continuado en el ejercicio de su cargo.

Por otra parte, la proposición de ley de protección integral de los alertadores presentada por XNET sí que incluye a los alertadores que hubieran sido partícipes en los hechos objeto de la denuncia²⁷.

Como ya he indicado más arriba, la inclusión de los «arrepentidos» en una ley que regule la protección de los denunciantes, me parece correcta, porque a efectos de protección no veo ninguna razón que pudiera justificar su exclusión²⁸. Otra cuestión distinta es si es correcto o no las figuras premiales, esto es, las posibles medidas de atenuación o de exención de pena para quien colabora con la justicia²⁹.

IV. CONCLUSIÓN

Creo que es importante plantearse si la Directiva en su conjunto es positiva. Esto es, si es necesaria la protección del denunciante. Parece unánime la doctrina al afirmar que sí. La pregunta es ¿protección para qué? ¿está pensando la Directiva en la seguridad personal o laboral del denunciante? Creo que no, creo que la Directiva está utilizando la protección del denunciante como forma de luchar contra determinada criminalidad y ello puede resultar peligroso. No puede residenciarse en los ciudadanos la función de prevención de delitos. Es lógico pensar que si aumentamos la protección aumentarán las denuncias, pero ello no puede servir para diluir las garantías propias de un proceso penal, ya que esto supondría una dejación de las funciones del Estado. Un trabajo importante será por tanto analizar con detalle qué garantías pueden verse afectadas y explorar los mecanismos necesarios para evitarlo.

En este trabajo se han puesto de manifiesto dos lagunas que pueden ser salvadas por el ordenamiento de cada Estado. Por un lado, no se incluye en el ámbito material de la Directiva la corrupción o los delitos más directamente vinculados con ella, delitos contra la Administración Pública. Por otra parte, en el ámbito personal, no se incluye al arrepentido, esto es al denunciante que a su vez ha participado en el delito, al menos no se incluye expresamente. Ambas cuestiones deberán tenerse en cuenta y, en mi opinión, incluirlas en la trasposición que se haga de la Directiva al ordenamiento jurídico español.

²⁷ Se incluyen tanto en la Disposición Adicional 7.^a de la proposición como en el artículo 13.4.^o

²⁸ En el mismo sentido, SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I.: «El coimputado que colabora con la justicia penal. Con atención a las reformas introducidas en la regulación española por las Leyes Orgánicas 7 y 15/2003», *RECPC*, núm. 7 (2005), pp. 19-20, indica esta autora que: «la previsión de una normativa adecuada de protección del coimputado que colabora con la justicia es esencial para una aplicación exitosa de las normas premiales de un ordenamiento. MIRANZO DÍAZ, J., *RGDE* núm. 49 (2019), p. 383.

²⁹ Sobre ello, así como los dos preceptos que recogen figuras premiales en el Título XIX CP, artículos 426 y 434, me detengo en el trabajo que se publicará próximamente en la editorial Aranzadi.

POLÍTICA CRIMINAL, DERECHO PENAL, ENJUICIAMIENTO Y CIENCIAS DE LA VIDA: GENERAR Y TRANSMITIR CONOCIMIENTOS SIN FRONTERAS

DANIEL R. PASTOR*

I. INTEGRACIÓN DE SABERES

La Catedrática Corcoy Bidasolo es una jurista integral en muchos de los sentidos que permite la expresión. Comenzando por lo más importante, Mirentxu es, como ser humano y como académica, una persona de una integridad notable. Su pasión por el saber une asimismo de un modo extraordinario sus labores de docente e investigadora, mostrando su trayectoria una producción permanente de conocimientos innovadores en temas de actualidad, que son presentados y debatidos en innumerables ámbitos, difundidos en publicaciones y transmitidos a estudiantes de grado y de posgrado de España y del mundo, con importante presencia de latinoamericanos. Muchas de estas personas, dirigidas por ella, profundizan su educación jurídica en docenas de programas de posgrado, maestrías, doctorados en los que está involucrada hasta el más mínimo detalle, todo el tiempo encima de sus alumnos haciendo excelentes a los muy buenos, mejores a los buenos e incluso, si se me tolera el giro –porque me consta que es así–, ha sacado aceite de algunas piedras.

Si sus labores docentes la convirtieron en una universitaria sin fronteras territoriales, sus conocimientos especiales en ciencias de la vida le permitieron

* Catedrático de Derecho Penal y Procesal Penal y Secretario de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

cruzar los confines interdisciplinarios en una interacción entre saberes que le permitió dominar, sin depender de que nadie se lo cuente, informaciones rigurosas que son decisivas en las conclusiones de sus estudios en los campos concurrentes entre esas ciencias y el derecho penal, aportando unos resultados en esos temas que gozan de amplia aceptación.

Adicionalmente, me ocurre con la homenajeadada, desde siempre –y no es casual–, lo mismo que a una biógrafa de Marie Curie con esta: son referentes de la ciencia que se nos aparecen en todas partes (en las lecciones de la Universidad, en los libros, en los congresos, en las ponencias, en los posgrados, en los artículos, en los seminarios, en las formidables tesis de sus discípulos, etc.)¹. No es sorprendente que Corcoy Bidasolo disponga de todos los atributos que son considerados paradigmáticos de una académica cabal: «curiosidad impersonal, desconfianza hacia la opinión prevaleciente y sensibilidad a la novedad»². Por si fuera poco, los seguidores de Mirentxu agradecemos también su estilo de tratamiento de los temas de interés científico del momento, su visión documentada, lúcida, crítica y, por cierto, tan maravillosa cuando le suma a todo ello esa combinación única, que tan bien controla, de estupenda gracia y justa mordacidad.

Esta contribución se aprovecha de la trayectoria multidisciplinaria de la homenajeadada para explorar en abstracto, como ella lo hizo de un modo no solo más concreto, sino también mucho mejor, los atractivos confines en los que confluyen, sobre un mismo objeto de estudio, telescopios y microscopios de sectores distintos del conocimiento experto, buscando una integración de saberes diversos que aporten como resultado una comprensión más sólida del funcionamiento de fenómenos que son a la vez naturales y sociales, fácticos y formales. Algo más elaborada, aunque todavía no suficientemente, la relación interna entre las subdisciplinas de lo penal es uno de los puntos de análisis de esas conexiones entre áreas que, trabajando unidas, aportan una mejora conceptual a la teoría general que las engloba. Más desafiante en estos momentos es la vinculación de lo jurídico-penal con el conocimiento experto metajurídico, en tanto que decisivo para la comprensión rigurosa de los fenómenos que subyacen a las cuestiones penales.

En esos puntos de contacto entre disciplinas y subdisciplinas puede encontrarse muchas veces un trabajo de colaboración recíproca, pero también es posible una confrontación en la cual, por motivos axiológicos, un segmento de la ciencia deba imponerse a otro. Comoquiera que sea, no son relaciones que se puedan descuidar, menos hoy en día, en razón de los numerosos campos del

¹ Vid. SCHADWINKEL, A., *Marie Curie*, Stuttgart (Reclam), 2017.

² BUNGE, M., *La ciencia, su método y su filosofía*, Pamplona (Laetoli), 2013, p. 23.

trabajo en común entre el derecho y las ciencias metajurídicas que están generando innovaciones, de un modo dramático, que influyen en las concepciones de los juristas respecto de los problemas de su incumbencia. Piénsese solo en la pérdida de sustentación de las afirmaciones del derecho penal y del procesal penal cuando se comparan con los descubrimientos recientes de las investigaciones de las ciencias de la vida o adviértase como se desmorona, cual castillo de naipes, el mundo jurídico tradicional al entrar en contacto con los dispositivos disruptivos de la revolución tecnológica.

Todo parece indicar que la ciencia jurídico-penal tendrá que integrarse con esos otros saberes que definen una base para el tratamiento serio de los problemas a los que debe enfrentarse y que justifican su existencia. No es algo sencillo, es solo indispensable. De otro modo, la aproximación jurídica a los temas que dependen de otras disciplinas científicas o técnicas (y que actualmente lo son todos) se puede volver, para decirlo suavemente, algo más supersticioso que riguroso³. Hay una interdependencia entre todas las áreas de la ciencia que, si estas operaran aisladamente, produciría un eclipse parcial del saber, con unas especializaciones particulares de tanto detalle que terminarían siendo desconocidas mayormente hasta para los expertos del área, impidiendo también así, o por lo menos retrasando otra vez, el progreso de la humanidad, que es el propósito final de la creación y transmisión de un conocimiento científico que pretende ser aplicado a la realidad⁴.

De qué modo ciertos sectores del saber humano no jurídico se conectan en estos momentos con las disciplinas penales, para enriquecerlas, es la cuestión a la que, siguiendo la estela de la homenajeadá, está destinado el núcleo de este trabajo como expedición hacia las fronteras con esos diferentes saberes, ajenos al derecho penal, pero con competencia en la configuración y funcionamiento de las figuras teóricas de relevancia punitiva. ¿De qué modo ingresan conclusiones y descubrimientos de otras ciencias en el mundo penal? ¿Por la especialización de los juristas también en esos sectores del saber? ¿Por el trabajo en

³ «No resulta evidente ni plausible a primera vista que el derecho penal, tan cuidadosamente elaborado y construido, conozca tan poco el objeto de que se ocupa, que posea tantos conocimientos sobre sus instrumentos de aplicación y, sin embargo, que apenas posea alguno sobre el objeto al que tales instrumentos se aplican» [HASSEMER, W., *Fundamentos del derecho penal*, Barcelona (Bosch), 1984, p. 33].

⁴ RUSSELL, B., *La perspectiva científica*, Buenos Aires (Sudamericana-Planeta), 1982, pp. 213 ss. La voz ciencia es utilizada en este texto en sentido amplio, para evitar una polémica en torno de palabras y no de contenidos. Estimo como científica, con ese alcance, a cualquier proposición de un área de conocimiento, formal o material, natural o social, que pretenda ser valorada como exacta o verdadera (hasta nuevo aviso) al permitir que ello, o lo contrario, pueda ser establecido por algún método efectivo de control o de prueba, con tal de que se disponga, ya se sabe, de un metalenguaje en el campo, sistema o teoría al que corresponda la proposición [TARSKI, A., «La concepción semántica de la verdad y los fundamentos de la semántica», en Bunge, M. (ed.), *Antología semántica*, Buenos Aires (Nueva Visión), 1960, pp. 125 s.].

equipo? ¿Qué riesgos epistémicos se corren al internarse los juristas en terrenos que no dominan? Pero sin esas excursiones, ¿no se restringe el espectro del conocimiento penal a una mera técnica irreal que potencia un aislamiento inútil?⁵. Antes de abordar esas cuestiones conviene reseñar rápidamente, por ser ejemplar para el perfeccionamiento del saber a través de la integración de enfoques diversos, la evolución de la confluencia de distintas subdisciplinas penales al interior del sistema del derecho punitivo.

II. EL ESTUDIO HOLÍSTICO DEL PODER DE CASTIGAR

Viene de lejos, en tiempos recientes. La propuesta de la ZStW abre el camino, desde 1881, para restablecer, por una parte, la consideración conjunta de las áreas penales normativas (materiales y procesales), tratando de volver a unir lo que la codificación había separado⁶, e integra, por otra parte, más saberes decisivos para la comprensión completa y robusta de las cuestiones penales, tales como los de tipo sociológico y criminológico. Esto, sin embargo, era y es algo común, por supuesto, en un *common law* muy resistente a una codificación que atara su derecho de creación judicial y su equiparación, en sede de enjuiciamiento, entre lo privado y lo penal, sin diferencias estructurales de método, incluso actualmente, para sustanciar las controversias judiciales de áreas jurídicas tan diferentes. Fuera de Alemania, pero bajo su influjo, fue Julio Maier, en un célebre artículo de 1978, quien demostró la relevancia

⁵ Un punto de equilibrio indica que ni es sostenible la euforia integradora total entre derecho penal y ciencias sociales, propia de las décadas de 1970 y 1980 [ver, p. ej., HASSEMER (1984), p. 38], ni una independencia absoluta entre la ciencia jurídico-penal y otras disciplinas, fundada en que esta no se dedica al estudio de la naturaleza, del funcionamiento del cerebro p. ej., de modo que los descubrimientos de las neurociencias no tienen ningún lugar en el estudio del derecho penal [así JAKOBS, G., «Individuum und Person. Strafrechtliche Zurechnung und die Ergebnisse moderner Hirnforschung», en ZStW 117 (2005), pp. 265 ss.]. La tesis doctoral de Íñigo ORTIZ [*Derecho penal orientado a las consecuencias y ciencias sociales. El análisis económico de la política criminal* (2003)] demostró que la invocación a conectar el sistema penal con las ciencias sociales en general no iba más allá de ser un giro retórico, pero que la vinculación del poder de castigar con una ciencia social en particular, la economía, tenía mucho para dar de sí (vid. ORTIZ DE URBINA GIMENO, Í., «Análisis económico del derecho y política criminal», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.^a ép., núm. extr. 2, 2004, pp. 31 ss. De hecho este autor combina muy bien las cuestiones criminales con más disciplinas, la filosofía p. ej., y actualmente, en esa clave, nos habla desde la pantalla –un signo de los tiempos– para que los expertos del sistema penal salgamos del confinamiento y al menos nos tomemos en serio la ética y la criminología [vid. *idem*, «La soledad del penalista», conferencia disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=Z9GMSRVHDrI> (consultada el 29 de octubre de 2021)].

⁶ Acerca de la evolución de los contenidos sectoriales del conocimiento jurídico-penal segmentados según los distintos cuerpos de leyes, vid. PASTOR, D., *Recodificación penal y principio de reserva de código*, Buenos Aires (Ad Hoc), 2005.

epistémica de la consideración conjunta del derecho sustantivo con el adjetivo *bajo el paraguas* de la política criminal⁷.

Ferrajoli, en su defensa de una ciencia integrada del derecho penal, rescata del olvido el proyecto promovido para ello desde la revista *La Questione Criminale*, por Bricola y Baratta, postulando que esa integración esté presidida por el paradigma de una epistemología garantista⁸ que, además, asuma la consideración criminológica⁹.

Barcelona es, justamente, un centro de difusión notable de las ventajas científicas de la consideración integral de la cuestión punitiva¹⁰, en consonancia con su también excepcional posición como usina del saber penal de excelencia, como lo demuestra su elenco profesional con su producción científica de prestigio y reconocimiento internacionales. Por ello no sorprende que sus académicos de lo penal, integrados también en equipo entre la Universidad de Barcelona y la Universidad Pompeu Fabra, creen y difundan con la misma calidad conocimiento experto tanto sustantivo como procesal, sin descuidar la visión criminológica.

Por supuesto que cada problema jurídico-penal concreto es parte del todo, no el todo, y, por consiguiente, las soluciones son también inevitablemente particulares. Lo que reclama el tratamiento holístico del sistema penal es considerar el fondo de conocimiento que unifica la construcción teórica que ofrece el modelo base y proporciona el método para todas las elaboraciones parciales que atacan las cuestiones específicas. Una interdependencia por lo cual la solución de los problemas concretos de un área (derecho sustantivo) o una subárea (parte especial) no debe descuidar la totalidad de ese fondo de conocimiento que funciona como hilo conductor y *Leitmotiv* de toda la configuración del poder de castigar, sea en su dimensión teórica y estática, sea en su sede de realización práctica y real (derechos fundamentales, enjuiciamiento, criminología, ejecución de la pena, etc.).

Corcoy Bidasolo es un ejemplo de docencia e investigación de tipo holístico respecto de la cuestión penal. Imparte lecciones, más allá del derecho sustantivo, sobre la estructura y el funcionamiento de las normas penales, acerca de la política criminal, sobre violencia de género, garantías constitucionales, etc.

⁷ Vid. MAIER, J., «Política criminal, derecho penal y derecho procesal penal», en *Doctrina Penal*, Buenos Aires (Depalma), 1978, Año 1, núm. 1, pp. 301 ss.

⁸ Vid. FERRAJOLI, L., «Por una ciencia del derecho penal integrada», en *idem*, *Escritos sobre derecho penal*, Buenos Aires (Hammurabi), 2021, t. 4, pp. 125 ss.

⁹ Vid. FERRAJOLI, L., «Massimo Pavarini y la ciencia del derecho penal integrada», en *idem*, *Escritos sobre derecho penal*, Buenos Aires (Hammurabi), 2021, t. 4, pp. 329 ss.

¹⁰ Vid., como muestra notable de ese emprendimiento como trabajo de traducción y difusión, Wolter, J., y Freund, G. (Eds.), *El sistema integral del Derecho penal*, Barcelona (Marcial Pons), 2004.

Lo hace tanto en la carrera de derecho como en la de criminología, en grado y en posgrado. Sus investigaciones publicadas son otra prueba de su trabajo integrador en torno de los problemas del ámbito punitivo. Por citar caprichosamente solo algunos de sus trabajos, que componen un elenco notable de calidad y cantidad, ha tratado problemas criminológicos¹¹, cuestiones de política criminal¹² y las relaciones del derecho material con el enjuiciamiento¹³.

III. VINCULACIÓN ENTRE DISCIPLINAS

Más allá de las relaciones internas entre áreas de una misma rama de la ciencia jurídica, prácticamente todas las cuestiones tratadas por el derecho tienen un sustrato que es materia de conocimiento experto, en alguno o muchos de sus aspectos, por una o más disciplinas científicas no jurídicas. Esos saberes extraños al trabajo de los juristas deben ser considerados por las personas expertas en los problemas del mundo de la ley y de los tribunales por el aporte que pueden brindar para la mejor comprensión de objetos del saber que son comunes, aunque vistos desde facetas diferentes, con lo cual la búsqueda de soluciones rigurosas a los problemas del sistema penal se desenvolverá por

¹¹ Vid. CORCOY BIDASOLO, M., «Los delitos relativos a la ordenación del territorio y el medio ambiente: una perspectiva criminológica», en Corcoy Bidasolo, M., y Ruidiaz García, M. (Coords.), *Problemas criminológicos en las sociedades complejas*, Pamplona (Ed. Universidad Pública de Navarra), 2000, pp. 55 ss.

¹² Vid. MIR PUIG, S., y CORCOY BIDASOLO, M. (Dirs.), *La política criminal en Europa*, Barcelona (Atelier), 2004; CORCOY BIDASOLO, M., «Sistema de penas y líneas político-criminales de las últimas reformas del Código Penal ¿Tiende el Derecho Penal hacia un «Derecho Penal de dos velocidades»?», en Cancio Meliá, M., y Gómez-Jara Díez, C. (Coords.), *Derecho penal del enemigo*, Montevideo-Buenos Aires (B. de F.), 2006, t. 1, pp. 383 ss.; Mir Puig, S., y Corcoy Bidasolo, M. (Dirs.), *Nuevas tendencias en Política Criminal. Una auditoría al Código Penal español de 1995*, Montevideo-Buenos Aires (B. de F.), 2006; CORCOY BIDASOLO, M., «Tendencias de la política criminal en materia de violencia doméstica y de género», en Mir Puig, S., y Corcoy Bidasolo, M. (Dirs.), *Política criminal y reforma penal*, Montevideo-Buenos Aires (B. de F.), 2007, pp. 273 ss.; *idem*, «Algunas cuestiones político-criminales sobre la corrupción privada», en Mir Puig, S.; Corcoy Bidasolo, M., y Gómez Martín, V. (Dirs.), *Responsabilidad de la Empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*, Montevideo-Buenos Aires (B. de F.), 2014, pp. 161 ss.

¹³ Vid. CORCOY BIDASOLO, M., «Relación entre causalidad e imputación objetiva. Repercusiones procesales y materiales de la «sustitución» de la causalidad por la imputación objetiva», en AAVV, *Libro Homenaje al profesor Raúl Peña Cabrera*, Lima (ARA Editores), 2006, t. I, pp. 169 ss.; *idem*, «La interpretación en Derecho penal. Favor libertatis versus Favor securitatis. In dubio pro reo versus In dubio contra reo», en Luzón Peña, D. (Dir.), *Derecho penal en un Estado Social y Democrático de Derecho. LH al Profesor Santiago Mir Puig*, Madrid (Ed. La Ley), 2010, pp. 143 ss.; *idem*, «Concepto dogmático y procesal de dolo. Ignorancia deliberada, confianza irracional y manifiesto desprecio», en *Imprudencia Penal. Cuestiones Generales. Revista de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Bogotá (Ed. Abeledo-Perrot), 2011, año 2, núm. 4, pp. 3 ss.; *idem*, «Concepto dogmático y procesal de dolo. ¿Puede probarse la existencia de dolo en el tráfico viario?», en *Jurisprudencia de Casación Penal*, Buenos Aires (Hammurabi), 2011, núm. 3, pp. 173 ss.

caminos más firmes y alejados de lo que podría ser la mera expresión de unas creencias, en el mejor de los casos, plausibles¹⁴. Para decirlo parafraseando a Bunge, sería miope la persona experta en derecho que no aprovechara las conclusiones que le brindan, sobre el mismo objeto de análisis, otras disciplinas del conocimiento, pues cada una de ellas ilumina con otra luz ese mismo objeto que no deja de reflejarse en los aspectos que son de interés de las demás ramas de la ciencia involucradas¹⁵. Así, p. ej., los descubrimientos de la física nuclear combinados con el saber de las ciencias de la vida produjeron nuevos tratamientos –y muy efectivos– para el cáncer¹⁶.

Las técnicas para enfrentar los problemas que para su consideración integral, adecuada y también legítima exigen conocimientos de áreas científicas diferentes se dejan categorizar con las figuras didácticas –por tanto en cierto modo caprichosas, pero ilustrativas– de la interdisciplinariedad, de la pluridisciplinariedad, también denominada multidisciplinariedad, de la transdisciplinariedad, y, más recientemente, de la antidisciplinariedad. El campeón de la primera de estas categorías fue Jean Piaget¹⁷. La interdisciplinariedad es un producto de la evidente expansión de los saberes de nuestro tiempo y tiene como propósito la adaptación de las mentalidades a esos conocimientos para poder vincular los descubrimientos y los resultados de las investigaciones de las diferentes disciplinas, pero se limita a la traslación de esas informaciones de un saber a otro¹⁸. La pluridisciplinariedad implica un trabajo sobre un mismo objeto pero de forma integrada entre dos o más disciplinas, que colaboran para mejorar la comprensión acerca de ese mismo objeto pero sin confundir sus respectivos métodos, el ejemplo clásico es la hermandad de física y química.

¹⁴ BUNGE (2013), pp. 69 ss. Interesantes en esto son, p. ej., las investigaciones actualmente en curso de PÉREZ MANZANO, M., quien, recurriendo muy sólidamente y en profundidad a los estudios neurocientíficos más recientes, está obteniendo resultados que nos permitirán determinar si las creencias jurídico-penales acerca de las estructuras del dolo tienen correspondencia con los saberes expertos en la materia o si son proposiciones con sustratos más bien imaginados por los expertos de la teoría del delito en sus aislados gabinetes de trabajo con apenas debates de tipo científicamente muy endogámicos (se trata de su trabajo «Acción intencional y contenido del dolo: presupuestos fácticos del dolo a la luz de la Neurociencia», en preparación para ser publicado en DEMETRIO CRESPO, E., *Derecho penal y comportamiento humano. Avances desde la neurociencia y la inteligencia artificial*, obra que es producto del Proyecto de Investigación RTI2018-097838-B-I00 de la Universidad de Castilla-La Mancha, y que es un ejemplo de conexión entre disciplinas. En el mismo proyecto, sobre el asunto del dolo, será publicado también el trabajo de SÁNCHEZ VILANOVA, M., «La concepción cognitiva del dolo desde el paradigma de la Neurociencia cognitiva»).

¹⁵ BUNGE (2013), p. 102.

¹⁶ Vid. CAICEDO CUENCA, N., «La interdisciplinariedad como enfoque para la construcción de competencias a nivel universitario», en *Praxis Educativa*, La Pampa (Ed. Universidad Nacional de La Pampa), 2002, vol. 6, núm. 6, p. 71.

¹⁷ Vid. PIAGET, J., «La Epistemología de las relaciones interdisciplinarias», en Apostel, L. *et al.*, *Interdisciplinariedad. Problemas de la Enseñanza y de la Investigación en las Universidades*, México (Ed. de la Asociación Nacional de Universidades e Institutos de Enseñanza Superior), 1975, pp. 153 ss.

¹⁸ Vid. CAICEDO CUENCA (2002), pp. 70 s.

Al interior de una misma rama de la ciencia este es el caso de la integración holística que sucede entre las distintas subramas del estudio del poder de castigar, como se expuso en el apartado anterior. La transdisciplinariedad¹⁹, por su parte, representa el trabajo de una ciencia que *invade* el campo de otra u otras o, al menos, traspasa sus propias fronteras ingresando en las de otra disciplina²⁰, apoderándose, en cierto modo, de incumbencias –y de algunos aspectos metodológicos– de la disciplina cuyo territorio es ocupado, lo cual da lugar a nuevas áreas del conocimiento, algo que, en el caso de la bioinformática, funciona muy bien, y en el caso del neuroderecho, muy mal²¹. La antidisciplinariedad es el momento de los controles cruzados entre disciplinas, materia en la cual el derecho tiene mucho trabajo como portador de los límites ético jurídicos imponentes a muchos tipos de investigaciones científicas, especialmente en el campo de las ciencias de la vida, las que, con la ayuda de los avances tecnológicos (supuesto típico de interdisciplinariedad), establecen cuáles son los resultados de la moderna investigación que se pueden considerar fiables. El derecho, por su parte, determina cuáles de estos pueden ser utilizados válidamente y legítimamente, y lo mismo dictamina acerca del uso de la tecnología para llegar a esos descubrimientos. Este es el modo en el que se persigue trasladar al terreno jurídico todo conocimiento científico riguroso reciente y toda nueva tecnología, de cualquier tipo, que tengan incidencia para perfeccionar las prácticas legales y judiciales²².

Así, la persona experta en cuestiones jurídico-penales, al abordar un tema propio de su ciencia, tiene que conocer al menos las informaciones técnicas que proveen insumos indispensables para la correcta comprensión y solución

¹⁹ *Vid.*, acerca de transdisciplinariedad pero también detalladamente sobre las tipologías y subtipologías de las modalidades de conexión entre las disciplinas científicas, PEÑUELA VELÁSQUEZ, L., «La transdisciplinariedad. Más allá de los conceptos, la dialéctica», disponible en http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-00632005000300003 (consultado el 28 de octubre de 2021).

²⁰ *Vid.* MITTELSTRASS, J., Jürgen, *Transdisziplinarität-wissenschaftliche Zukunft und institutionelle Wirklichkeit*, Konstanz (Univ.-Verl. Konstanz), 2003.

²¹ No se debe confundir el neuroderecho con los neuroderechos. Estos últimos son los derechos fundamentales, todavía en gestación, que buscan proteger a las personas de todo tipo de injerencias provenientes de la investigación neurotecnológica transferida al poder de las autoridades públicas, algunas de las cuales son todavía hipotéticas, como los lectores del pensamiento y los detectores de mentiras fiables, y otras son ya reales, como las técnicas de neuroimágenes y los reconocimientos faciales [*Vid.* IENCA, M. y ANDORNO, R., «Towards new human rights in the age of neuroscience and neurotechnology», en *Life Sciences, Society and Policy*, 2017, 13:5, disponible en <https://lssjournal.biomedcentral.com/track/pdf/10.1186/s40504-017-0050-1> (consultado el 31 de octubre de 2021)]. En cambio, la expresión neuroderecho es un reduccionismo que pretende tratar todos los problemas jurídicos con una *mirada* neurocientífica. Es algo más propio de libros de auto-ayuda, y de los menos serios, que científico. El prestigio reciente y merecido de las neurociencias impulsa este tipo de productos de *seudo ciencia rápida*, por cierto, en todos los campos, de la *neuroeconomía* al *neurodeporte* pasando por la *neropolitica*.

²² *Vid.* HAISSINER, M. y PASTOR, D., *Neurociencias, tecnologías disruptivas y tribunales digitales*, Buenos Aires (Hammurabi), 2019, p. 13.

de los problemas concretos del mundo punitivo. Puestos a ello, es preciso contemplar que el soporte racional de las teorías de un campo del saber está establecido en sus bases por el estado del arte de la ciencia más específica²³, cuyo objeto de estudio concreto puede ser asimismo un elemento a considerar, en alguno de sus alcances, por el conocimiento jurídico, en tanto que ello quede bajo su incumbencia epistémica. Ejemplo paradigmático de esto es la *huella genética o perfil de ADN*, esto es, estudios genéticos comparativos efectuados sobre material biológico de seres humanos que actualmente, de manera muy robusta, permiten identificar al autor de un hecho punible o establecer una filiación que estaba controvertida. En la práctica forense este tipo de avance científico no solo no puede quedar fuera de consideración, sino que, por el contrario, se impone decisivamente por encima de la heurística más normativa del proceso penal. En efecto, para resolver un problema típico del campo legal, p. ej. la autoría en una violación, el estudio de ADN de la persona imputada es tan decisivo que cuesta distinguir entre literalidad y metáfora cuando se afirma que el culpable no fue condenado por el tribunal, sino por el dictamen pericial. La aparición de este descubrimiento de la ciencia genética tuvo que ser incorporada de alguna manera al saber jurídico y su práctica judicial –con los debidos controles para neutralizar temores– volviendo obsoleto todo otro método previo de búsqueda de la verdad para ese tipo de casos.

Otro ejemplo es el aporte de la psicología del testimonio, cuyo desembarco en sede del enjuiciamiento mostró que los métodos judiciales de evaluación de la fiabilidad de los testigos se abrazaban más a una suerte de mitología forense que a una consideración seria y rigurosa en materia de tanta importancia jurídica desde todo punto de vista²⁴. La psicología del testimonio, por eso, ha ganado mucho protagonismo pericial en los procesos y en la literatura especializada²⁵.

Sin embargo, es evidente que resulta difícil la incorporación de todo saber metapenal relevante a un mercado cuyos expertos, no sin dificultad, dominan apenas algunos de los múltiples campos de su propia especialidad, cuyo

²³ BUNGE (2013), p. 64.

²⁴ Por la doble relevancia de la prueba testimonial, en tanto que decisiva para muchos casos concretos, generalmente graves (abusos sexuales y otras violencias ejercidas en ambientes de aislamiento entre autor y víctima), pero también determinante del modelo de enjuiciamiento: la oralidad de las vistas encuentra su sentido pleno en los hechos que se prueban por testigos, todo lo demás es verbalización en torno de documentos escritos [vid. ANDRÉS IBÁÑEZ, P., *Prueba y convicción judicial*, Buenos Aires (Hamurabi), 2009].

²⁵ Vid. LOFTUS, E., *Eyewitness Testimony*, Cambridge (Harvard University), 1979; DIGES, M., *Testigos, sospechosos y recuerdos falsos*, Madrid (Trotta), 2016; MAZZONI, G., *Psicología del testimonio*, Madrid (Trotta), 2019.

panorama integrado, según lo expuesto en el apartado anterior, ofrece solo un fondo de conocimiento común y sistemático, mientras que, en lo que respecta a la masa completa del saber de las disciplinas penales en todos sus detalles, la persona experta no puede controlar más que la información importante, con cierta inevitable superficialidad y sin poder tener la agenda al día. Entonces, ¿cómo lidiar además con el conocimiento experto de las demás ramas del saber que puedan tener algo relevante que decir respecto de los mismos problemas que estudia el saber penal?

IV. INVESTIGANDO EN LA FRONTERA

Dos contratiempos, de signo opuesto, que nublan las expectativas de todo tipo de unión entre saberes son el aventurarse a ingresar en territorios ignotos y el hiperparticularismo, que sería la excursión al más profundo interior de una sola disciplina. Sobre lo primero, un tema interesante es la regulación jurídica de la duración de la memoria de jueces y jurados que intervienen en juicios orales. Pareciera que los recuerdos de lo sucedido en las vistas, que van a ser determinantes para la sentencia, tienen una duración diferente según las distintas legislaciones que, por vía de excepción a la regla de la continuidad del juicio en sesiones consecutivas sin interrupciones, permiten la suspensión de la vista, pero con algún límite que implica un reconocimiento, normativamente expresado, de *caducidad de la memoria judicial*: tres semanas en la legislación alemana (*StPO*, § 229 I); diez días en el sistema federal argentino (CPN Argentina, art. 365); ocho días en el Perú (CP, art. 360); y, en España, si pasa «un tiempo demasiado largo» (LECrim, art. 749). Más allá de esas fronteras temporales, el juicio oral no puede ser reanudado, se torna inválido y es preciso empezar nuevamente desde el comienzo. Todo porque la memoria habría perdido lo que había adquirido. Estas estructuras normativas ¿tienen base en las disciplinas de la atención y de la memoria, tan desarrolladas hoy en las elaboraciones de las ciencias de la vida? ¿O se trata de una visión algo ingenua de la realidad que el derecho impone por su desconexión de los demás campos del saber? Son preguntas, claro es, para los especialistas de las ciencias de la vida que estudian seriamente la atención y la memoria. Pero al ser trasladados estos problemas de la disciplina legal a los campos de las ciencias de la vida que están involucrados en esas mismas cuestiones no puede evitarse que los juristas nos aventuremos, en clave excursión de frontera, hacia los confines entre el saber jurídico y los conocimientos, en este caso,

de las neurociencias, de modo que ingresamos al territorio de las ciencias de la vida como intrusos epistémicos.

Por su parte, una especialización extrema convierte al experto en un sabio que, sin embargo, tiene muy poco que aportar al mundo del conocimiento. Un historiador enfocado toda su vida útil en el estudio de los tres primeros meses del reinado de Luis X de Francia no cumple con el canon de la ciencia de contribuir, por medio de la generación y la difusión del conocimiento, al progreso de la humanidad. El ejemplo es de laboratorio, pero no es una argumentación por el absurdo. La complejidad del mundo y los avances de la tecnología han llevado las informaciones científicas a extremos inabarcables y a que, precisamente, aparezcan expertos dedicados solamente a cuestiones marginales de algún área ya específica de su disciplina, pero estudiadas, eso sí, hasta el más fino de los detalles. Por eso, Helen Pilcher, bióloga y divulgadora de la ciencia, autora de un magnífico libro sobre la desextinción de especies desaparecidas²⁶, ha sentenciado que el trabajo de los científicos altamente especializados consiste hoy «en saber cada vez más sobre cada vez menos, hasta llegar a saberlo todo sobre nada»²⁷, ratificando así una sabia frase de Ortega y Gasset: «La máxima especialización equivale a la máxima incultura».

Parece entonces que se debería contar con un modelo de vínculo entre disciplinas jurídicas y no jurídicas que, evitando la hiperespecialización y su extremo aislamiento (incluso para los expertos del mismo sector científico), conecte esos saberes diversos de un modo tan eficiente como riguroso, esto es, sin aproximaciones del todo superficiales, pero sin exigir que cada científico sea completamente ambidextro. Para eso, habrá que trabajar, en más de un sentido, en los confines de los conocimientos.

Otra vez en el espejo de los descubrimientos neurocientíficos, que obligaron al derecho penal, ante todo, a diferenciarse del neurodeterminismo, es posible ver el impacto de las ciencias de la vida en el sistema penal: la mayoría de los expertos en derecho penal se involucró en la polémica sobre culpabilidad y libertad de la voluntad a la luz de los resultados de la investigación neurocientífica²⁸. A su vez, la psicología cognitiva desarrolló en las últimas décadas explicaciones

²⁶ Vid. PILCHER, H., *Que vuelva el rey. La nueva ciencia de resucitar especies*, Madrid (Biblioteca Nueva), 2017.

²⁷ Entrevista disponible en https://elpais.com/elpais/2017/12/29/eps/1514551119_673450.html (consultado el 27 de octubre de 2021).

²⁸ Es una historia muy conocida que, también por haber dado lugar a una producción inabarcable de trabajos, me exime de tener que exponer aquí referencias más precisas, más allá de citar un magnífico libro de AAVV, con la participación de la homenajeadada, aparecido en 2013 y reeditado en 2020: Demetrio Crespo, E. (Dir.), *Neurociencias y derecho penal. Nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*, Montevideo-Buenos Aires (B. de F.), 2020.

acerca del proceso de toma de decisiones que no pueden ser desatendidas en el campo del derecho penal, pues impactan tanto en las razones por las cuales las personas se inclinan a violar la ley en lugar de seguirla, como influye también en el estudio del modo en que los seres humanos investidos de autoridad toman las decisiones que establecen si una persona violó la ley o no²⁹.

La inteligencia artificial también tiene hoy un gran protagonismo en el mundo de la legislación y su aplicación judicial, a los cuales está cambiando por completo, desde las figuras delictivas emergentes de la revolución informática a la comisión cibernética de los delitos tradicionales, y desde la prueba digital hasta los jueces-robots³⁰. Y hay más: inteligencia artificial y *compliance*³¹, telejuicios³², individualización algorítmica de las sanciones³³, derechos y obligaciones de robots basados en inteligencia artificial³⁴, dilemas morales y jurídicos de los coches autónomos³⁵ y la responsabilidad penal de las personas electrónicas³⁶.

¿Se requiere ser, entonces, jurista y neurólogo e ingeniero informático, para tratar rigurosamente problemas contemporáneos del poder de castigar?

Por fortuna, para ver cómo nos la apañamos y superar la angustia del penalista frente al saber no penal, la Catedrática Corcoy Bidasolo ofrece un excelente modelo de actuación³⁷. Como concedora de temas cruciales de las ciencias

²⁹ Son tópicos para esto las obras de cabecera siguientes: KAHNEMANN, D., *Pensar rápido, pensar despacio*, Buenos Aires (Debate), 2018; THALER, R., y SUNSTEIN, C., *Un pequeño empujón*, Buenos Aires (Taurus), 2018; y KAHNEMANN, D.; SIBONY, O., y SUNSTEIN, C., *Ruido. Una falla en el juicio humano*, Buenos Aires (Debate), 2021.

³⁰ Para informarse, aunque solo selectivamente, de los aspectos luminosos y oscuros que, como toda herramienta en manos de las personas, tiene la tecnología en clave normativa y jurisdiccional, *vid.* GARAPON, A., y LASSÈGUE, J., *Justice digitale. Revolution graphique et rupture anthropologique*, Paris (Presses Universitaires de France) 2018; NIEVA FENOLL, J., *Inteligencia artificial y proceso judicial*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo (Marcial Pons), 2018; SUSSKIND, R., *Online Courts and the Future of Justice*, Oxford (Oxford University Press), 2019; GRECO, L., «Richterliche Macht ohne richterliche Verantwortung. Warum es den Roboter-Richter nicht geben darf», en *Rechtswissenschaft* 11, Heft 1, 2020, pp. 29 ss.; PASTOR, D., «Inteligencia Artificial y Poder Judicial. Hacia otra idea de justicia», en CORVALÁN, J. (Dir.), *Tratado de Inteligencia Artificial y Derecho*, Buenos Aires (La Ley), 2021, t. II, pp. 63 ss.; y BARONA VILAR, S., *Algoritmización del Derecho y de la Justicia. De la Inteligencia Artificial a la Smart Justice*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2021.

³¹ *Vid.* CORNELIUS, K.: «Künstliche Intelligenz, Compliance und sanktionsrechtliche Verantwortlichkeit», en *ZIS* 2/2020, p. 51 ss.

³² *Vid.* CAFFERATA NORES, J.: *El juicio penal digital. Juicios no presenciales a distancia en el ciberespacio*, Córdoba (Argentina), 2020.

³³ *Vid.* OFTERDINGER, H.: «Strafzumessung durch Algorithmen?», en *ZIS* 9/2020, p. 404 ss.

³⁴ *Vid.* GAEDE, K.: *Künstliche Intelligenz-Rechte und Strafen für Roboter?*, Baden-Baden, 2019.

³⁵ *Vid.* HILGENDORF, E.: «Dilemma-Probleme beim automatisierten Fahren. Ein Beitrag zum Problem des Verrechnungsverbots im Zeitalter der Digitalisierung», en *ZStW* 2018, p. 674 ss.

³⁶ *Vid.* QUARCK, L.: «Zur Strafbarkeit von e-Personen», en *ZIS* 2/2020, pp. 65 ss.

³⁷ Precisamente Corcoy Bidasolo se destaca por cumplir con las expectativas de todo trabajo científico bien articulado, ese que aporta «mayor claridad conceptual, más respeto por los datos y, sobre todo, la adopción de un enfoque multidisciplinario» [BUNGE (2013), p. 10].

de la viva y jurista pudo conectar, con pleno sentido, saberes complementarios para investigar y enseñar con minuciosidad los problemas más interesantes de la encrucijada del derecho penal con aquellas disciplinas³⁸, añadiendo a sus conocimientos sólidos el trabajo en equipo. Así también se dedicó a otras cuestiones de frontera entre el poder castigar y las disciplinas no jurídicas, entre las que no falta casi ninguna de las temáticas mencionadas en esta contribución a título ilustrativo. En punto a la relación más estrecha, la de biología con el derecho penal, es habitual encontrar permanentemente trabajos suyos de alta calidad –de los cuales solo se puede citar una pequeña muestra– sobre uno de los temas más importantes del momento: la revolución de la genética³⁹. También ha trabajado acerca de perfiles genéticos de peligrosidad conectados a los recientes descubrimientos neurocientíficos⁴⁰, como asimismo respecto de otras cuestiones claves de bioética, en tema de embriones, eugenesia, etc.⁴¹; ocupándose también de la relación entre estos problemas y las tecnologías disruptivas⁴², como igualmente del vínculo mismo entre la cibernética y el sistema penal⁴³.

Quizás la introducción, cada vez mayor, de conocimientos externos en las áreas del saber que se ocupa del poder de castigar, por medio de la

³⁸ Otro magnífico ejemplo de esta doble competencia experta en ramas científicas diversas, que se unen en la sabiduría de una persona y fluyen naturalmente hacia sus obras cuando tocan, como es usual en estos casos, temas de interés preponderante de ambas disciplinas, es el Prof. Dr. iur Dr. med. Dr. h. c. mult. Romeo Casabona, C. M., Catedrático de Derecho Penal e Investigador Principal del Grupo de Investigación Cátedra de Derecho y Genoma Humano, Universidad del País Vasco.

³⁹ Vid. CORCOY BIDASOLO, M. et al., «La edición genómica aplicada a seres humanos: aspectos éticos, jurídicos y sociales», en *Revista de derecho y genoma humano: genética, biotecnología y medicina avanzada*, núm. 46, Madrid (Dykinson), 2017, pp. 317 ss.; CORCOY BIDASOLO, M., «Protección penal de la intimidad genética», en Casado, M. y Guillén, M. (Coords.), *ADN forense: problemas éticos y jurídicos*, Barcelona (Ediciones de la Universidad de Barcelona), 2014, pp. 79 ss.

⁴⁰ Vid. CORCOY BIDASOLO, M. et al., «Peligrosidad criminal y perfiles de ADN: una propuesta “de lege ferenda”», en Demetrio Crespo (2020), pp. 547 ss.

⁴¹ Vid. CORCOY BIDASOLO, M., «Libertad de terapia versus consentimiento», en Casado González, M. (Coord.), *Bioética, derecho y sociedad*, Madrid (Trotta), 1998, pp. 109 ss.; *idem*, «Límites y controles de la investigación genética. La protección penal de las manipulaciones genéticas», en MORALES PRATS, F., y QUINTERO OLIVARES, G., *El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Pamplona (Aranzadi), 2001, pp. 1103 ss.; *idem*, M., «No discriminación y no estigmatización», en Casado, M. (Coord.), *Sobre la Dignidad y los Principios. Análisis de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO*, Madrid (Civitas), 2009, pp. 289 ss.; *idem*, «La regulación penal de la eutanasia en el Código Penal español. Propuestas de reformas legislativas», en Mendoza Buergo, B. (Coord.), *Autonomía personal y decisiones médicas. Cuestiones éticas y jurídicas*, Madrid (Thomson Reuters), 2010, pp. 299 ss.

⁴² Vid. CORCOY BIDASOLO, M., «Principio de precaución y gestión del riesgo en el contexto de la nanotecnología», en Casado, M. (Coord.), *Bioética y Nanotecnología*, Madrid (Civitas), 2010, pp. 127 ss.

⁴³ Vid. CORCOY BIDASOLO, M., «El sabotaje informático», en *Congreso sobre Derecho Informático*, Zaragoza (Ed. Universidad de Zaragoza), 1989; *idem*, «Protección penal del sabotaje informático. Especial consideración de los delitos de daños», en Mir Puig, S. (Coord.), *Delincuencia Informática*, Barcelona (PPU), 1992, pp. 145 ss.; *idem*, «Problemática de la persecución penal de los denominados delitos informáticos», en *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, núm. 21, 2007, pp. 7 ss.

consideración de los descubrimientos serios, rigurosos y replicados –pero que son también de aparición rápida y disruptiva– de otras disciplinas, termine por socavar los cimientos de la comprensión tradicional de las cuestiones punitivas, pero ese es precisamente el resultado del pensamiento científico crítico con su función racional de demoler mitos, en lugar de abrazarse a ellos, tarea en la que también se destaca extraordinariamente Mirentxu Corcoy Bidasolo, quien nos enseñó a pensar sin límites.

LA INMIGRACIÓN BAJO SOSPECHA EN EL DERECHO PENAL EUROPEO

GUILLERMO PORTILLA CONTRERAS*

El verdadero rostro oculto del discurso neoliberal sobre la inmigración irregular siempre ha sido la «discriminación» legalizada de las personas. Desde esta posición se advierte de los peligros que conlleva el movimiento migratorio para la seguridad nacional, fundamentalmente por los conflictos de identidad cultural que plantea. Ante el riesgo de movimientos de masas sin control y la pérdida de los valores occidentales hegemónicos, surgen las barreras, el racismo institucional, las entregas en caliente, los controles policiales discriminatorios, el desprecio cultural y las versiones estereotipadas de los campos de concentración en espera de la expulsión del territorio.

A este sistema desigual de exclusión iniciado en los años ochenta ha contribuido el atentado de New York en 2001, más tarde la crisis económica de 2008, y, en los últimos tiempos, la pandemia del COVID-19. Todos estos escenarios han acelerado el cierre de las fronteras y han convertido al inmigrante irregular en el nuevo *Untermenchen* del que hablaba Carl Schmitt, el *homo sacer* de Agamben. La visión del inmigrante como infrahombre, peligro laboral para los nacionales, potencial propagador del virus, el enemigo público número uno como enésima reencarnación del terrorismo.

* Catedrático Derecho Penal. Universidad de Jaén.

I. LA EXCLUSIÓN DEL INMIGRANTE COMO PURIFICACIÓN DEL DESORDEN

Europa ha convertido el asunto migratorio en un problema de orden público, en el que ciertos aparatos administrativos gozan de gran discrecionalidad en el control de los sujetos y, en la práctica, en su expulsión. La técnica de la exclusión del inmigrante hoy recuerda a la eliminación del leproso, del loco, que cita Foucault en *Historia de la locura*. Cómo eran abandonados a su suerte en un procedimiento habitual que simbolizaba la salvación eterna, pues, según la Iglesia, los excluidos iban derecho al paraíso¹. No de otra forma puede interpretarse la figura del *Narrenschiff* (barco de los locos) que, de figura literaria, pasó a convertirse en realidad ya que las autoridades municipales acorralaban a los locos, les embarcaban y les transportaban de una ciudad a otra, siendo expulsados de todas ellas². Una leyenda que, en la actualidad, se ha llegado a bautizar como la necesidad europea de purificación del desorden, pureza que se obtiene a través de la expulsión de los que ya no son útiles.

A tal exclusión se llega a través del invento de las fronteras y el concepto de ciudadano. En general, los derechos no se otorgan a la persona sino al ciudadano. Esta noción y no la de persona se ha convertido en la circunstancia básica de la atribución de las garantías y no al revés como proclaman las declaraciones de los derechos universales del hombre. Un ejemplo de esa degradación aparece en el muy limitado y selectivo modelo europeo de ciudadanía, que no prevé una ciudadanía universal sino un derecho de ciudadanía absolutamente restringido³.

La denegación de la ciudadanía en el presente es equiparable a la situación vivida por los «*desnacionalizados*», magistralmente descrita por Arendt, al estudiar las condiciones de los apátridas, los refugiados en la segunda guerra mundial⁴. Al carecer de un Estado que les amparase, la ubicación jurídica de estos sujetos quedaba reducida a la ley de excepción o a la ilegalidad más absoluta⁵; éste fue el caso, entre otros, de judíos ejemplos de no-personas, sin

¹ Cfr. FOUCAULT, M., *Historia de la locura en la época clásica*. Tomo I. Madrid (Fondo de cultura económica), 2000, pp. 17-18.

² Cfr. *Historia de la locura...*, cit., p. 21.

³ Cfr. BARATTA, A., «El estado-mestizo y la ciudadanía plural. Consideraciones sobre una teoría mundana de la alianza». En: Silveira Gorski, H (coord.), *Identidades comunitarias y democracia*. Madrid (Trotta), 2000, p. 199. Supone, con razón, Balibar, E., que el concepto de ciudadanía moderna está condicionado por la soberanía, que el carácter absoluto de la nacionalidad se convierte en un factor de disolución de los derechos personales, sociales y políticos. Cfr. BALIBAR, E., *Nosotros ¿ciudadanos de Europa?*, Madrid (Tecnos), 2003, pp. 78-80.

⁴ Cfr. ARENDT, H., *Los orígenes del totalitarismo. Imperialismo*. Madrid (Alianza), 2002.

⁵ Cfr. ARENDT, H., ob. cit., p. 394.

derechos⁶. Al carecer de nacionalidad, una gran cantidad de «personas» vivían al margen de la legalidad, siendo el delito su única forma de subsistencia. Por esa razón, afirma Arendt, «quedaba invertida toda la jerarquía de valores que corresponde a los países civilizados. Como él era la anomalía para la que no había nada previsto en la ley, le resultaba mejor convertirse en una anomalía a la que atendía la ley, es decir, un delincuente. Si un delito mejora su posición legal, entonces puede afirmarse que ese individuo ha sido privado de sus derechos humanos [...] un delito ofrece la mejor oportunidad de recobrar algún tipo de igualdad humana, aunque sea como reconocida excepción a la norma. Sólo como violador de la ley puede obtener la protección de ésta. Mientras dure su proceso estará a salvo de la norma policial arbitraria, contra la que no existen abogados ni recursos. El mismo hombre que se hallaba en la cárcel sólo por su presencia en este mundo, sin garantía alguna [...] se convierte en un ciudadano casi completo por obra de un pequeño robo»⁷.

II. LA HIPÓCRITA SOLUCIÓN QUE EL DERECHO PENAL OFRECE AL ASUNTO MIGRATORIO.

La solución política respecto a la inmigración ilegal ha sido, y continúa siendo, la exclusión, una elaborada y nada sofisticada política represiva caracterizada por el retorno del juicio de peligrosidad⁸ en el que lo que prima no es el comportamiento individual sino la pertenencia a un colectivo de «riesgo». Sin embargo, este concepto de peligrosidad del colectivo en el que se integra el no ciudadano como nuevo criterio legal no se aplica a los «ciudadanos» de un Estado miembro que residan o se desplacen a otro Estado miembro de la Comunidad.

La regulación dedicada a la inmigración es aparentemente contradictoria: se les suprimen garantías, se les expulsa⁹, al tiempo que se instauran mecanis-

⁶ Cfr. ARENDT, H, ob. cit., pp. 394-395.

⁷ Cfr. ARENDT, H, ob. cit., p. 417.

⁸ Un supuesto de práctica actuarial es la expulsión realizada al margen del delito, prescindiendo de la responsabilidad subjetiva, de acciones individuales. En definitiva, como señala De Giorgi, A., se está castigando un modo de ser: al emigrante desocupado, pobre, clandestino, se está creando una categoría de sujetos peligrosos. Cfr. DE GIORGI, A., *Zero Tolleranza. Strategie e pratiche della società di controllo*. Roma (Derive Approdi), 2000, p. 61. Más ampliamente, en torno a la figura del inmigrante como nueva categoría de riesgo, como «enemigo interno», cfr. BRANDARIZ, J. A., *Itinerarios de evolución del sistema penal como mecanismo de control social en las sociedades contemporáneas*. En, *Nuevos retos del Derecho Penal en la era de la globalización*. Valencia (Tirant lo Blanch), 2004, pp. 44 ss.

⁹ Se fortifican las fronteras terrestres, aéreas y marítimas, se elevan aún más los muros, las barreras contra la inmigración ilegal.

mos de «protección» penal¹⁰. En ese contexto irrumpió la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, que introdujo el Título XV bis, relativo a los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros.

Es difícil encontrar en el CP un Título que se corresponda menos con el verdadero objeto de protección tutelado. Se habla de derechos en la rúbrica, y éstos se protegen de forma excepcional. Se menciona el término «ciudadanos», cuando la ciudadanía ha sido generalmente un factor que ha generado la exclusión del inmigrante; finalmente, se emplea la noción «extranjeros» aplicable a los nacionales de terceros países que no formen parte del Espacio económico europeo.

La incorporación al CP de este Título XV bis engendró la expectativa, errónea en todo caso, de responder a la aspiración de evitar la trasgresión de los derechos del inmigrante que suele encontrarse en una posición de «vulnerabilidad» a causa de la imperiosa necesidad de emigrar huyendo de la pobreza y la guerra. Sin embargo, este ampuloso Título incumplía todas las expectativas concebidas en un principio ya que es difícil que puedan protegerse penalmente los derechos de los inmigrantes irregulares si la propia ley no les concede los derechos básicos, esto es ni la legislación española ni la comunitaria han aceptado la equiparación en derechos y ciudadanía de los extranjeros no comunitarios. Sólo la libertad de fronteras y el reconocimiento en igualdad de condiciones de los derechos de todos los seres humanos, sean o no extranjeros, y, sean o no ciudadanos, acabaría con el tráfico ilegal y la inmigración clandestina. Por el contrario, el Título mencionado, no solo no protege los derechos de los «ciudadanos» extranjeros, sino que, en realidad, consigue el efecto inverso. Al no reconocerse el derecho de autodeterminación, a la libre elección del espacio donde vivir e ilegalizar (antes de la reforma de 2015) cualquier comportamiento de colaboración con la inmigración ilegal, lo que se verdaderamente se consiguió fue favorecer a las organizaciones que se lucran con el tráfico ilegal, que, como resulta lógico, se ven beneficiadas precisamente por la prohibición y los límites impuestos.

¹⁰ Cfr. Directiva 2002/90/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregular. Diario Oficial núm. L328 de 5 de diciembre de 2002, p. 0017-0018. Posteriormente se aprobó la Decisión marco del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares (2002/946/JAI). Entre otras medidas se establece que los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para velar para que las infracciones definidas en los artículos 1 y 2 de la Directiva 2002/90/CE, sean punibles con sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias que puedan dar lugar a la extradición. Cfr. artículo 1. Además se sugiere que, cuando proceda, las sanciones pueden ir acompañadas de la expulsión y se establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas (artículo 2).

Frente a la alternativa nada utópica de la libertad de circulación de las personas, el modelo legal vigente abandona al inmigrante a su suerte (mejor dicho, infortunio) al no reconocer la mayoría de sus garantías. Restricciones que evidencian un claro rasgo discriminatorio que no puede sorprendernos ya que la filosofía europeísta rechaza al inmigrante irregular, como así lo demuestran las diferentes Directivas sobre expulsión, retorno voluntario, asilo o el intento de establecimiento de campos de contención de inmigrantes en el norte de África.

Retomando el contenido del Título XV bis, cuando ampulosamente se habla de los derechos de los ciudadanos extranjeros como bien jurídico protegido es preciso concretar a qué derechos se refiere. A tal fin, un breve repaso por los antecedentes legales y Jurisprudenciales nos permite conocer la verdad.

La Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (modificada por LO 8/2000, de 22 de diciembre), recortó sistemáticamente los derechos de los inmigrantes sin autorización de estancia o residencia, al excluirlos de los derechos de reunión, libertad sindical, manifestación, huelga. Un agravio que no fue corregido hasta 2007, fecha en la que diversas sentencias del Tribunal Constitucional reconocieron que los derechos de reunión, asociación, sindicación o huelga no dependen de la legalidad de la residencia sino de la condición de persona. En ese sentido, la STC 236/2007, de 7 de noviembre, declaró la inconstitucionalidad de los artículos 7.1, 8 y 11.1 (exclusivamente respecto al derecho a sindicarse libremente) y nula la inclusión del término «residentes» en los artículos 9.3 y 22.2 (educación y justicia gratuita). A su vez, la STC 259/2007, 19-12, ha reconocido el derecho a la huelga de los extranjeros «ilegales», al declarar la inconstitucionalidad de los artículos 7.1, 8 y 11.1 y también la inconstitucionalidad y nulidad del inciso «cuando estén autorizados a trabajar» del artículo 11.2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, en la redacción dada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre.

Es precisamente esta Jurisprudencia del Tribunal Constitucional la que ha provocado la reforma de la Ley 4/2000, a través de la LO 2/2009, de 11 de diciembre, al objeto de reconocer por fin determinados derechos de los inmigrantes. El resultado ha sido la admisión para el extranjero residente de los derechos de sufragio –artículo 6–; trabajo y a la seguridad social –artículo 10–; en materia de vivienda –artículo 13–; seguridad social y servicios sociales –artículo 14–. Mientras a los extranjeros «ilegales» se le reconocen los derechos de reunión –artículo 7.1–; asociación –artículo. 8–; educación-16 años –artículo 9–; Sindicación y huelga; asistencia jurídica gratuita –artículo 22–; finalmente, sólo a los extranjeros empadronados, se les permite la asistencia sanitaria.

Una vez conocido el catálogo de los derechos a los que el inmigrante ilegal puede aspirar en España es fácil llegar a la conclusión de que el Título xv bis no puede proteger los derechos de reunión, asociación, educación, sindicación y huelga ya que la lesión de estos bienes está expresamente recogida entre los delitos contra la Constitución y contra los derechos de los trabajadores. Entonces, si no son los derechos reconocidos legalmente a los inmigrantes irregulares ¿qué se está protegiendo? Ahora bien, cuestionar la coherencia del Título no significa que no se reconozca la necesidad de protección penal del inmigrante frente a las amenazas, coacciones, el abuso o la puesta en peligro de su vida.

A la pregunta planteada con anterioridad puede contestarse afirmando que el Título xv bis pretende como fin último la defensa de la política migratoria del Estado. Una tesis que concuerda además con la verdadera política penal europea en materia de inmigración que siempre tuvo la propensión de tratar el asunto migratorio como un tema de orden público.

En efecto, la política de la Unión Europea contra la migración ilegal, lejos de perpetuarse como un símbolo de la protección de los derechos fundamentales de los residentes ilegales, se ha convertido en un baluarte del cierre de las fronteras. Carente de una legislación común de inmigración y de asilo, la Unión Europea ha ido adoptando inútiles decisiones represivas. En la reunión del Consejo europeo de Bruselas, 4 y 5 de noviembre de 2004 (Bruselas 8 de diciembre de 2004), 14292/1/04 REV 1, a raíz de los ataques terroristas que tuvieron lugar en los Estados Unidos de América, el 11 de septiembre de 2001 y en Madrid, el 11 de marzo de 2004, se analizó el problema migratorio, como una cuestión de seguridad. Asimismo, en la Propuesta de plan global para la lucha contra la inmigración ilegal y la trata de seres humanos en la Unión Europea (2002/C142/02), se optó claramente por la técnica de retorno forzoso (forma eufemística con la que se pretende encubrir la expulsión del territorio). De ese tenor, manejando contra la inmigración ilegal las mismas armas que vienen siendo utilizadas en la lucha contra el terrorismo, el Informe contenido en el Programa de La Haya, pretende regular los flujos de migración y controlar las fronteras exteriores de la Unión con medidas que, indistintamente, se esgrimen para la prevención y el control de la delincuencia, en especial el terrorismo (Consejo europeo de Bruselas, 4 y 5 de noviembre de 2004. Bruselas, 8 de diciembre de 2004. 14292/1/04 REV 1).

En definitiva, nunca se ha pretendido elaborar una política común sobre inmigración, armonizar el apoyo financiero a los países neocolonizados, sino, por el contrario, lo que se ha diseñado es una política común de exclusión, de expulsión, de no retorno, de uso de medidas coercitivas, internamiento

temporal, contra el nacional de un tercer país que se encuentre irregularmente en su territorio.

III. INMIGRACIÓN IRREGULAR, PELIGROSIDAD SIN DELITO Y TERRORISMO

La inmigración irregular ha ocupado el papel asignado por el positivismo criminológico que sancionaba, a principios del siglo xx, la peligrosidad pre-delictual de los mendigos, vagos, prostitutas, de los inclinados a la comisión del delito, reincidentes o anarquistas. Ahora los peligrosos son los irregulares que, sin haber cometido un delito, carecen de permiso de trabajo, residencia, son ellos los que, se dice, afectan a la tranquilidad pública, al orden público, a la seguridad nacional. Por eso se les excluye del espacio físico y se les expulsa.

En esa dirección, la Revisión Estratégica de la Defensa (RED) define la inmigración irregular como una de las amenazas más serias para la seguridad nacional, que puede incluso alterar el equilibrio emergente, llegando a equipararse con el peligro de extremistas y terroristas. En este texto se afirma que dos son los factores de riesgo que presentan: en primer lugar, las diferencias étnico-culturales y religiosas –la confrontación de culturas diferentes– y en segundo lugar la lucha por la supervivencia de estas masas que puede dar lugar a brutales atentados contra los derechos humanos. Se les llega a equiparar con la existencia de *armas de destrucción masiva*; la delincuencia transnacional, el crimen organizado, el tráfico de drogas, los ataques cibernéticos¹¹. De igual forma, la Unión Europea ha tratado siempre la cuestión de la inmigración irregular como un asunto de orden público, como amenaza a la seguridad interior de los Estados, al igual que la criminalidad organizada transnacional (Programa de Estocolmo, 2010 (2010/C 115/01, DOUE de 4 de mayo de 2010). Se ha asimilado la lucha contra la inmigración ilegal a la lucha contra la delincuencia y, en concreto, el terrorismo¹². A lo que hay que añadir que como el derecho de la UE no ha integrado el Convenio Europeo de Derechos humanos ni la jurisprudencia del TEDH, no se asegura el *principio de no devolución* de los solicitantes de asilo frente al riesgo de sufrir tortura, tratos inhumanos o degradantes, prohibido por el artículo 3 CEDH.

¹¹ Cfr. Revisión Estratégica de la Defensa (RED), pp. 49-51.

¹² El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) ha definido la inmigración y el asilo como asuntos de seguridad interior del territorio de la UE, bajo la rúbrica «Espacio de libertad, seguridad y justicia» (Título V).

IV. EL INMIGRANTE COMO PELIGRO CULTURAL

La presencia de la inmigración igualmente ha sido catalogada como peligrosa para la seguridad cognitiva de los ciudadanos. Se ha llegado a afirmar que en una sociedad que se asienta en la religión, la familia y en los sentimientos de pertenencia a la nación, que son los elementos que construyen su identidad, la aparición de otras culturas puede alterar inevitablemente las identidades de pertenencia. Junto a este planteamiento no debe ocultarse que el gran peligro del racismo diferencial emana del pensamiento de la «tolerancia multicultural». Se soportan las particularidades del «otro», desde la altura, desde la pertenencia a la posición universal verdadera, creándose un abismo entre el diferente y el universalista en estado de superioridad ética. En definitiva, un artificio hipócrita que Zizek ha descrito como un círculo vicioso que concede demasiado pero no lo suficiente a la particularidad de la cultura del otro, es decir, «tolera en la medida en que no es el otro real sino el aséptico de los ritos fascinantes, en cuanto se trata del otro real la tolerancia se detiene (clítoris, velo, trato degradante)».

Lo que aquellos planteamientos olvidan es que los procesos de colonización y neocolonización occidental han contribuido al desplazamiento de personas con una cultura –tradiciones, creencias– alejada del canon europeo de los derechos fundamentales. Evidentemente, la transnacionalización de principios opuestos a las normas de las sociedades hegemónicas ha originado necesariamente ciertos conflictos con trascendencia penal. Sin embargo, no puede aceptarse la respuesta doctrinal y jurisprudencial europea dominante ante esta colisión de costumbres. No debe admitirse como propuesta la absorción, la asimilación, esto es, la idea de que el extranjero debe respetar los derechos fundamentales consagrados constitucional y penalmente en el país de acogida sin que su discrepancia cultural merezca tan siquiera una graduación de la responsabilidad penal.

La verdad es que en la tesitura de otorgar o no relevancia jurídico-penal a las concepciones culturales diversas que se oponen a las normas penales comunes, nos encontramos en una encrucijada: o se opta por un universalismo que proyecta ingenuamente su cosmovisión sobre el resto del mundo o adoptamos un relativismo indolente que condena a las culturas a una reclusión en sí misma, en el círculo de sus valores específicos¹³. Reconociendo la complejidad de la situación, lo cierto es que suele eludirse el debate de fondo, la elección de un

¹³ JULLIEN, F. *De lo universal, de lo uniforme, de lo común y del dialogo entre las culturas*, Madrid (Siruela), 2010, p. 145.

argumento universalista o relativista que posibilite o rechace el empleo de algunas de las figuras de la teoría jurídica del delito en la colisión entre derechos fundamentales y comportamientos caracterizados por su diversidad cultural. Ahora bien, que no se discuta la base teórica desde la que solventar estas cuestiones no significa que doctrina y jurisprudencia no asuman en la práctica un universalismo radical tan peligroso como el relativismo absoluto que perpetúa la desigualdad de algunos colectivos¹⁴.

De otra parte, el relativismo tiene también dos caras: es radical al cuestionar los valores metafísicos de la identidad del sujeto único universal, y defender la diversidad y el anti-fundamentalismo; es, asimismo, conservador porque el mensaje de la diferencia nunca alcanza a los medios de producción, que jamás entran en la órbita de su crítica. Al considerar que la ablación de clítoris, la desigualdad de la mujer, la humillación o el castigo corporal no son censurables desde la óptica de la igualdad de las culturas se contribuye a perpetuar eternamente la desigualdad entre los seres humanos.

Hay que partir de un concepto indiscutible: la identidad/diversidad cultural es un derecho humano con rango constitucional que tiene que ser apreciado como tal en la configuración de un Derecho penal Intercultural. En consecuencia, todos los conflictos culturales deben resolverse valorando la diversidad a través de los elementos de la teoría jurídica del delito, incluso en aquellos casos en los que se produce la afeción de derechos fundamentales básicos. A veces, podrá negarse la imputación objetiva por ausencia del principio del fin de protección de la norma, en otros casos se cuestionará el valor del consentimiento en el delito de lesiones por adecuación social; en otras ocasiones se podrá recurrir al ejercicio legítimo de un derecho¹⁵, al estado de necesidad¹⁶, al error de

¹⁴ Algunas tesis universalistas tienen ese rasgo de menosprecio humillante que impregna el neocolonialismo. Al respecto, debería recordarse que al cristianismo le costó reconocer los derechos humanos, que la expansión colonial europea vulneró el ámbito islámico y exportó la esclavitud, la colonización, el imperialismo y la intolerancia religiosa. Y, sobre todo, que las primeras declaraciones de derechos humanos fueron redactadas por protestantes anglosajones blancos que poseían esclavos. *Vid.* una crítica de planteamientos similares en, HÖFFE, O., *Derecho intercultural*. Barcelona (Gedisa), 2000, pp. 172-181. Asimismo, ZIZEK, S., *Bienvenido al desierto de lo real*, Madrid (Akal), Cuestiones de antagonismo. 2005, p. 32. Cfr. Macías Caro, V. M., que recoge algunas de las críticas a la teoría del universalismo de los derechos humanos. Cfr. Introducción a *Los delitos culturalmente motivados. Ideología y modelos penales*. MAGLIE, C, Madrid (Marcial Pons), 2012, p. 19.

¹⁵ El *Bundesverfassungsgericht* de 24 de septiembre de 2003, se pronunció sobre el derecho al uso del velo en lugares públicos en virtud del artículo 33 abs 2 GG (*BVerfGE* 108, 282), e interpretó que la prohibición lesionaba la libertad de pensamiento del art. 4 abs. 1 y 2 GG, puesto que llevar el velo en la enseñanza no supone un peligro para los compañeros de clase. Cfr. VALERIUS, B, *Kultur und Strafrecht. Die Berücksichtigung kultureller Wertvorstellungen in der deutschen Strafrechtsdogmatik*. Berlin (Duncker Humblot), 2011, p. 44.

¹⁶ Sobre la imposibilidad de aplicar las causas de justificación de legítima defensa y estado de necesidad en los supuestos de conflicto cultural se ha pronunciado Valerius, estimando que es más probable que

prohibición sobre aquéllas causas de justificación, al error de comprensión, en la medida en que la concreta cosmovisión le impida comprender la ilicitud de su conducta –como error de prohibición o como causa de inimputabilidad–; y, finalmente, se puede recurrir a la inimputabilidad como incapacidad para comprender lo ilícito del comportamiento realizado o incluso a la exigibilidad de otra conducta. Lo cierto es que no puede proponerse una misma solución para todos los casos de confrontación cultural.

Para encontrar una solución a todas estas interrogantes debemos acudir al Convenio 169 OIT, en concreto, el artículo 9.2 señala que «las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia», es decir, se deberá atender a sus costumbres, características o especificidades sociales y culturales, sus parámetros culturales, que los identifican como integrantes de una comunidad cultural¹⁷. No debe olvidarse que España está obligada, al ratificar este Convenio, a valorar penalmente la identidad cultural, lo que comporta la obligación de tener en cuenta las características o condiciones sociales y culturales de los integrantes de comunidades que afectan derechos tutelados por las normas ordinarias. En otras palabras, habrá que determinar si «por su particular cosmovisión» le era posible conocer la prohibición, o bien «entender», «comprender», aunque conociera la ilicitud al momento de cometer el hecho, que su conducta en otro ordenamiento es considerada «reprochable» penalmente¹⁸.

En definitiva, partir de la referencia a los derechos fundamentales según el canon occidental¹⁹, en abstracto, como criterio de resolución del conflicto, convertiría en papel mojado el reconocimiento de la diversidad cultural²⁰,

en estos casos exista un error cultural del autor sobre el derecho a la legítima defensa o al estado de necesidad. Cfr. VALERIUS, B, *Kultur und Strafrecht. Die Berücksichtigung kultureller Wertvorstellungen in der deutschen Strafrechtsdogmatik*. Duncker Humblot, Berlin, 2011, pp. 14 y 146. Este autor no acepta la posibilidad de que se pueda infringir la norma penal en nombre de la religión o la libertad ideológica, por lo que se trata de comportamientos siempre antijurídicos. Cfr. *ibid.*, pp. 168 y 169.

¹⁷ Es la única forma de promover un diálogo intercultural en proceso judicial al que se está obligado por el Convenio 169.

¹⁸ Sobre el error de comprensión: Sentencia T-496 de 1996, C-370, 2002.

¹⁹ Como sostiene SILVA SÁNCHEZ, J. M., «La vigencia objetiva de los derechos humanos fundamentales». Cfr. «Retos científicos y retos políticos de la Ciencia del Derecho Penal». En, *¿Crisis del sistema dogmático del delito?*, Cuadernos de Conferencias y artículos, núm. 40, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, p. 26; del mismo autor, «Ein kleiner Dialog mit Claus Roxin zum heutigen Strafrecht», *Festgabe für Claus Roxin zum 80 Geburtstag, Goldammer's Archiv für Strafrecht*, núm. 5/2011, p. 314. En esta línea, VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., *Inmigración, diversidad y conflicto cultural. Los delitos cometidos por inmigrantes (especial referencia a la mutilación genital femenina)*, Madrid (Dykinson), 2010, p. 207.

²⁰ En esa dirección, Sentencia de Tutela, 523/1997, Corte Constitucional colombiana. Véase también, *Sentencia Corte Constitucional Plurinacional boliviana, 0108/2013*.

ésta «no tendría más que un significado retórico»²¹. Sería un entendimiento insatisfactorio del conflicto, contrario a aquello que los instrumentos internacionales pretenden evitar, porque, a la postre, significa subrayar la prevalencia axiológica de aquel modelo, «la imposición del modo occidental de interpretar la justicia»²², es decir, una forma de asimilación de los grupos o comunidades culturales, bajo el pretexto de los derechos fundamentales.

²¹ Sentencia de Tutela, 349/1996, Corte Constitucional colombiana.

²² Sentencias de Tutela, 523/1997, 009/2007, Corte Constitucional colombiana, *Sentencia Corte Suprema de Justicia de Guatemala de 6 de noviembre de 2012*, *Sentencia Corte Constitucional Plurinacional boliviana, 0108/2013*.

LA CORRUPCIÓN: UN ENFOQUE POLÍTICO-CRIMINAL

JOAN J. QUERALT*

I. JUSTIFICACIÓN DEL TEMA

La corrupción ha sido uno de los temas de los que me he dedicado hace por los menos tres lustros, tanto en el ámbito de la investigación, como en el de la docencia, como en el de transferencia de conocimientos. La corrupción sigue siendo uno de los temas que, en gran medida, producen desconfianza, cuando no desazón, en la opinión pública. Hasta la irrupción de la COVID-19 era un tema recurrente en la demoscopia española¹.

Ya desde un principio entendí, que el enfoque debía superar –para resultar provechoso– el marco jurídico-penal. Sin renunciar a él, había que ofrecer una perspectiva tanto reactiva –la sancionadora–, como la preventiva y, desde esta combinación de enfoques, el abordaje de la inmensa problemática de la corrupción debía ser global. O dicho en otras palabras: este análisis dogmático debía estar presidido por una perspectiva político-criminal.

Las líneas que siguen refunden reflexiones y trabajos dispersos, intentando ofrecer, ahora como homenaje a mi amiga y compañera, la Profesora Mirentxu Corcoy, lo que vendría a ser una síntesis relativamente definitiva de cómo entiendo que hay que enfrentar las manifestaciones jurídico-penalmente

* Catedrático Emérito de Derecho Penal. Universidad de Barcelona.

¹ *Vid.* CIS, Archivos/Indicadores: Tres problemas principales que existen actualmente en España http://www.cis.es/cis/export/sites/default/-archivos/indicadores/documentos_html/tresproblemas.html (visitado por última vez el 25 de octubre de 2021).

de la corrupción, de la que excluyo aquí tanto por razones sistemáticas como materiales, la llamada corrupción privada.

II. LAS PREVISIONES CONVENCIONALES INTERNACIONALES Y REGIONALES

Me centraré en la corrupción pública –objeto de difícil aprehensión– que es la que, a no dudar, fija la atención tanto de los académicos como la del público.

Llama la atención, en primer lugar, que en el Derecho español y en la mayoría de los ordenamientos europeos, no haya tipos penales específicos de corrupción. Esto, en principio, no es ni extraño ni inconveniente; la corrupción se manifiesta mediante diversos comportamientos punibles desde el paradigmático cohecho activo y pasivo hasta otros delitos más ocultos, pero no menos insidiosos, como la colusión o el blanqueo de dinero, pasando por la malversación de caudales públicos, el fraude administrativo, el tráfico de influencias, las falsedades o el delito fiscal. Seguramente, crear un capítulo en el Código Penal que haga referencia específica a este tipo de infracciones englobadas bajo la rúbrica de corrupción no mejoraría su combate, ya que sería un cambio nominal, no necesariamente sustancial. Reducir a un solo tipo penal (una descripción legal de un hecho que merece una pena) el planeamiento urbanístico de un municipio emprendido con soborno de los concejales pertinentes o una concesión de una explotación de un servicio público en manos privadas que se sabe abocado al fracaso, para luego entregar una indebida indemnización, abarca más de un tipo penal; abarca una constelación, como demuestra la jurisprudencia reciente en esta materia. Estaremos ante delitos de prevaricación común y de prevaricación urbanística, de delitos contra el medio ambiente, de malversación de caudales públicos, de falsedades, de cohecho activo y pasivo, al menos. Las penas en juego, como demuestra cada vez nuestra praxis judicial ordinaria suelen ser cada vez más graves en la medida que se prueban todos los elementos de este haz delictivo. Resumirlo en un solo hecho típico se diría que no es la mejor solución.

Sea como sea, si observamos el panorama internacional, la corrupción pública se centra en el soborno; tal es el caso del soborno internacional (art. 445 CP), introducido en la legislación española por la LO 3/2000, consecuencia de la ratificación del Convenio de la OCDE de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, firmado el 17 de diciembre de 1997. En efecto, siguiendo la estela de dicho Convenio, la Convención de las NNUU contra la Corrupción (31 de diciembre de 2003) no

ofrece ningún concepto de corrupción, como, en la esfera estrictamente privada, tampoco lo ofrecen las disposiciones de la UE.

Por ello, es de capital importancia esta convención de las NNUU. Es, ni más ni menos, que la base sobre la que, de hecho, se ha edificado el resto de disposiciones internacionales. En efecto, el eje de la regulación internacional penal sobre la corrupción no pasa por un planteamiento conceptual, sino por un planteamiento consecuencial, es decir, destinado a evitar el aprovechamiento de los frutos económicos de la corrupción por parte de los corruptos. Este es el eje político-criminal que anima la regulación que las NNUU han diseñado: impedir el aprovechamiento económico por sí o por terceros de los efectos de la corrupción; efectos que pueden consistir totalmente en la sustracción de activos lato sensu de cualquier clase de tesorería o caja pública. A ello obliga la interpretación sistemática de la convención, tanto por su exposición de motivos como por sus artículos 31 y 57 de la Convención sobre la corrupción.

El primero establece el embargo de bienes o efectos que se encuentren en poder del sujeto o en terceros países a su disposición. Las mismas previsiones contiene la restitución de activos cuando estos se encuentran en un tercer país distinto del que ha sufrido el perjuicio, en la segunda previsión normativa. Todo esto es consecuencia de suponer que el agente público ha sustraído o ha hecho sustraer del erario público a terceros bienes, efectos o cualquier otra clase de activos para el enriquecimiento propio o de personas ajenas a la acción de expolio en cuestión. Es decir, se incorpora inequívocamente la idea de provecho o beneficio propio o ajeno. Sin beneficio propio o ajeno económico no existe corrupción por malversación, de acuerdo con la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

Para esta Convención es tan importante el beneficio o ventaja patrimonial conseguido, que no estima necesario, pero no prohíbe, que se especifique en la legislación penal nacional, como secularmente ha venido haciendo España, la fijación económica del perjuicio. Lo decisivo es establecer, reiteramos, el provecho de índole económico.

En el ámbito regional europeo las cosas son muy diferentes, aunque menos, a fin de cuentas, de lo que pudiera parecer. Así, disponemos de dos regulaciones de la corrupción a efectos penales que se apartan drásticamente de la muy amplia y ejecutivamente frágil regulación de las Naciones Unidas. En primer término, es incluso mencionada como objeto necesario de sanción en las normas constituidas de la Decisión marco 2003/568/JAI, con sus antecedentes y todo el acervo comunitario: Convenio de 26 de enero de 1996, relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los estados miembros de la Unión Europea y los artículos 29 Tratado de Maastricht (1992, Niza, 2002)

o 83 Tratado de Lisboa (2007). Común a toda esta normativa es que no ofrece una definición legal de corrupción.

Previamente, sin embargo, es de rigor hacer una precisión en la previsión del artículo 69.B.1.II del Tratado de Lisboa. Se trata exclusivamente de una previsión habilitante, incluso no obligatoria, para aproximar tipificaciones y sanciones nacionales análogas de la delincuencia más grave y sensible en el ámbito de la Unión. Siguiendo con las previsiones regionales hay que remontarse al análisis de las disposiciones precedentes de la propia Unión como de tratados internacionales en que los estados miembros de la Unión sean parte.

Como antecedente, aún en vigor, de la propia Unión encontramos el Convenio establecido sobre la base de la letra c) del apartado 2 del artículo K.2 del Tratado de la Unión Europea (Tratado de Maastricht) relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea. Si bien, ciertamente se limita a funcionarios de los organismos de la Unión la definición de corrupción, por lo que aquí interesa, no puede ser pasada por alto.

En efecto, en sus artículos 2 y 3, se regula la corrupción pasiva y activa. En ambos casos el modo y medio corruptos es solicitar u ofrecer o aceptar, directamente o por medio de un tercero, ventajas de cualquier naturaleza o promesa de ventaja, ya sea por parte de un funcionario o de un tercero, para que el agente público cumpla o se abstenga de cumplir, de forma contraria a sus deberes oficiales, un acto propio de su función o un acto en el ejercicio de su función. En esencia, se corresponde con la figura del soborno español tradicional.

Más interés, por su concreción, presenta el Convenio penal sobre la corrupción de 27 de enero de 1999, del Consejo de Europa. En primer término, es ratificado por España en 2010, retraso que tanto por el contenido de la norma y por la fecha de la ratificación demuestran la realidad del compromiso español en materia de persecución de la corrupción: 11 años después de su publicación.

De todos modos, en línea con la regulación de la Unión, la misma conclusión debe extraerse de las disposiciones del Convenio del Consejo de Europa. Ahora son sus artículos 2 y 3 (corrupción activa y pasiva, respectivamente) que obligan a tipificar y sancionar a cada estado miembro del citado Convenio la oferta, otorgamiento o aceptación directa o indirectamente, cualquier ventaja indebida a uno de sus agentes públicos, por sí mismo o por algún otro, con el fin de que realice o se abstenga de realizar un acto en el ejercicio de sus funciones. Además, estas previsiones tienen efecto sobre la cooperación judicial europea en general y sobre el ámbito de la corrupción en particular.

A título de primera conclusión, en este marco referencial supranacional, hay que obtener una esencial para nuestro caso: la única corrupción a

que se puede referir la corrupción contenida en el artículo 2 de la Decisión Marco 2002/584/JAI es el soborno y, en todo caso, el tráfico de influencias, pero no otros delitos como la malversación, la revelación de secretos o la prevaricación. Sostener lo contrario, vistas las normas que conforman el patrimonio europeo, fuera una interpretación extensiva, constitucionalmente prohibida, de una norma penal, entre las que se tienen en cuenta las procesales que afectan a la libertad de las personas.

Sea como fuere, la conclusión que se deriva desde tal normativa supranacional o regional es que, incluso terminológicamente, la corrupción es sinónimo de soborno y, en algunos casos, especialmente en la Convención de las NNUU podría abarcar algún supuesto de tráfico de influencias.

III. APROXIMACIÓN POLÍTICO-CRIMINAL A LA CORRUPCIÓN

Hasta ahora hemos podido ver la insuficiencia de la regulación penal de la corrupción, limitada, a nivel internacional, al soborno, y en el plano nacional a una serie de delitos, medio o fin del propósito corruptivo. Como ocurre muchas veces, la formulación legal no es capaz de abarcar bastante bien los fenómenos político-sociales, en este caso el que nos ocupa. Por tanto, también resulta difícil saber si la regulación legal es bastante acertada y eficientemente aplicada.

Cabe adelantar ya desde ahora que, vista la normativa internacional y europea, limitar la corrupción al soborno y, como mucho, al tráfico de influencias, es manifiestamente ineficiente e insatisfactorio. Tal vez, en la vertiente de codificación de mínimos internacional y europea, aunar diferentes culturas jurídicas y sus respectivas estrategias preventivas y reactivas no haya permitido plasmar de forma satisfactoria, singularmente a nivel de la UE una concepción más amplia.

Así las cosas, no parece un sinsentido dar un vistazo clarificador al panorama normativo y fenomenológico actual, que supere el planteamiento formal centrado exclusivamente en la sanción penal del soborno. Hay que superar este marco, no sólo el jurídico, sino el institucional y adoptar una postura más global, que supere el corto objetivo.

Desde mi perspectiva, sólo un abordaje político-criminal resultará satisfactorio y nos dará los clavos adecuados de análisis y de eventuales regulaciones o innovaciones reguladoras en este sector tan sensible de la vida en común. La corrupción debe ser entendida como la intencionada desnaturalización de los fines objeto de las instituciones públicas o privadas en beneficio patrimonial o simplemente de poder de un sujeto o grupo de sujetos. Así, por ejemplo,

delitos como la malversación –al margen de la defectuosísima regulación vigente desde 2015, tal vez no por casualidad– adquieren este carácter de corrupción, dado que es apartar fondos públicos de fines legalmente establecidas para otros, aunque no sean necesariamente privados.

Del mismo modo, la configuración jurídico-penal del tráfico de influencias responde a este diseño: un sujeto, funcionario o particular se prevalece de su relación con un funcionario para obtener (no hace falta que lo obtenga, basta con la intención exteriorizada) una ventaja. En este sentido, en el informe de la Unión Europea² sobre corrupción se describe la corrupción como el abuso de poder para obtener réditos privados. O lo que es lo mismo: sustraer las funciones públicas a sus objetivos y redirigiendo-hacia la obtención de réditos particulares.

Si aceptamos esta premisa político-criminal, que es la que se deriva de la praxis judicial en los casos enjuiciados hasta la fecha de hoy, la corrupción puede considerarse sistémica. En mi opinión, lo es porque ofrece características inequívocas como son la habitualidad, la permanencia y la organización. Estas tres notas inequívocas de los fenómenos delictuales sistémicos persiguen, junto a los beneficios materiales propios de la actividad criminal una garantía de perpetuación de la misma: la impunidad. En efecto, el abuso de poder, para ser eficaz para quien abusa, requiere la impunidad. De esta suerte, lo que es peligroso para la sociedad y por el Estado es la corrupción sistémica, no la de oportunidad. Exactamente como ocurre con el homicida. Una cosa es político-criminalmente hablando de homicidios aislados, y otras la industria del sicariato mafioso o terrorista.

1. Habitualidad y organización

Desde una perspectiva político-criminal y jurídico-penal es necesario proceder a la disección de la corrupción desde el análisis de esta triple faceta con el doble objetivo perseguido. Así, la corrupción debe presentarse como un comportamiento habitual o tendencialmente habitual. Los casos que vamos descubriendo y siendo juzgados, demuestran que no se trata de prácticas aisladas, de caídas puntuales en la tentación de romper el derecho y en sacar provecho personal. Se trata de hechos que tienen o pretenden tener una duración larga en el tiempo, tal como nos relatan las declaraciones de hechos probados de las sentencias.

² Vid. Comisión Europea, *Informe de la Comisión al Consejo y el Parlamento europeo: informe sobre la lucha contra la corrupción en la UE*, COM (2014) 38, Bruselas, 3 de febrero de 2014, p. 2. Aunque parezca basarse, según se expresa sobre textos normativos internacionales, lo hace a partir de su reinterpretación y moderno desarrollo.

En este estadio resulta paradigmática la de la Audiencia Nacional de 17 de mayo de 2018, caso Gürtel I-Época, confirmada prácticamente *in integrum* por el Tribunal Supremo (STS de 14 de octubre de 2020). La permanencia conlleva, incluso ya desde la inicial de esta carrera criminal, una cierta organización. Esto implica no sólo que las dos partes habituales de los actos corruptos –no hay corruptos sin corruptor ni viceversa–, sino que, al menos una de ellas esté nutrida por varios sujetos que sacarán partido ilícito de su tráfico espurio. La observación de la inmensa mayoría de casos ya sentenciados, tal como avanza las investigaciones previas, aportan una notoria relación, primero, de encausados y, después, de condenados. No entramos ahora a buscar las diversas formas de autoría y participación; simplemente constatamos un hecho empírico que tiene varios tratamientos penales.

De esta organización se sigue la institucionalización. La banda criminal de corte mafioso o meramente violento procura apartarse lo más posible de las esferas de poder formal, con el fin de disfrutar de la suficiente clandestinidad para asegurar la perpetración de sus fechorías. En cambio, la organización corrupta tiende a la institucionalización y, por tanto, a ser en alguna medida conocida por propios y extraños. Tal como demuestran los casos judicialmente conocidos la acidez a corruptos, en forma de autores directos de las corrupciones o de intermediarios, eran bien conocidos por quien quería emplear atajos criminales. Se puede decir que la corrupción parasita las instituciones.

2. Impunidad

Ahora bien, sin impunidad, es decir, en un sistema jurídico-político que en que la respuesta a la corrupción sea un diseño preventivo efectivamente desincentivador, tiene una consecuencia preventivo-general, bastante conocida en Derecho penal, que hace que haya de recorrer la respuesta represiva en muy inferior medida. En los sistemas jurídico-políticos con una intensidad poco desincentivadora de la corrupción (ya sea por deficiente diseño, ya sea por desconexión de los organismos de control, solo en la ley existentes), lo que es, aún, el caso español, un insatisfactorio estado de cosas, habrá que recurrir a la respuesta represiva judicial-penal. Pero, por su propia naturaleza tardía y lenta.

A pesar de ser irrenunciable, al fin y al cabo, la hace poco eficaz³. Tanto en una completa represión como en su ejecución⁴.

Por ello, si se consigue disminuir la impunidad por debajo de los dinteles de la rentabilidad criminal, tendrá como consecuencia que el delito no resulta incentivado y disminuirá muy sensiblemente la criminalidad en este ámbito. Sólo unos buenos mecanismo de prevención, los propios de una sociedad madura serán, pues, eficientes. En este contexto, no es extraño que el GRECO (Group of States against Corruption) no se muestre en sus informes muy conforme con el comportamiento anticorruptivo español, quejándose, con los circunloquios diplomáticos ad hoc, más que de la existencia de mejor o peor normativa penal y procesal, de la poca eficacia de la persecución. En efecto, la persistencia de la corrupción, como los otros fenómenos delictivos, no se debe necesariamente a la falta de legislación al respecto; se trata de saber si lo que falla es la (inexistencia de) normativa o su falta de aplicación.

IV. LOS DIVERSOS DELITOS DE CORRUPCIÓN

Se pretenden tres grandes áreas de corrupción, atendiendo al sujeto principal que personifica la trama criminal. Así, yendo más allá de la evidente distinción entre corrupción pública y privada, la primera puede perfectamente vislumbrar en público propiamente dicho; esto es cabe distinguir una corrupción administrativa y de la política. En efecto, sería corrupción política la que afecta a los cargos públicos, electos o no, a los que se suelen asociar algunos funcionarios. Es la corrupción que adopta sirviéndose de la maquinaria administrativa para los que tienen facultades para movilizarla: otorgar licencias bancarias o autorizar alteraciones urbanísticas que comporte un pleno replanteamiento de una zona sólo está al

³ A pesar de la ingente cantidad de procesos abiertos por hechos corruptos derivados, esencialmente desde investigaciones iniciadas en 2007, que ya se han producido sentencias condenatorias firmes de alto interés, no escapa a nadie que no se persigue, generalmente, porque se desconoce oficialmente, todos los casos sospechosos. Esto hace que una especie de economía de opción criminal que se ha puesto de manifiesto en recientes operaciones penales sobre hechos provenientes de 2011 hasta ahora; tales serían los casos Pokémon, ITV. Púnica. Lezo, ERE's Andalucía.

⁴ No es infrecuente apreciar la atenuante de dilaciones indebidas, incluso como atenuantes muy cualificadas, lo que supone la rebaja de la pena de hasta dos grados. Y en todo caso, para la inmensa mayoría de casos están en juego penas anteriores a la reforma de 2010 muchísimo más benignas que, a la postre, puede conllevar una mínima efectividad penal. Efectividad que, en parte al menos, no se ve reducida desde el giro iniciado en los últimos años de no suspender el ingreso en prisión de los condenados a penas privativas de libertad inferiores a dos años. Esta suspensión facultativa, se había convertido en una práctica consuetudinaria y se daba por descontada. Ahora, incluso para penas inferiores al año, los tribunales han ordenado el ingreso en prisión; así, Caso Pallerols [SAP Barcelona (2.ª sección) 21 de enero de 2013] o caso Matas I (STS de 15 de julio de 2013), STS; aunque cada vez con menos frecuencia, p. ej., *vid.* caso Noos (STS de 8 de junio de 2018) o Tarjetas Black (STS de 3 de octubre de 2018), aunque recientemente se ha dado un asunto en que las dilaciones indebidas fueron clamorosas: Caso Palau de la Música (STS de 20 de abril de 2020).

alcance de aquellos que están en la cúspide de la escala gubernativa, ... en la esfera local y autonómica la experiencia nos mostró que son los integrantes de las cúspides de estas administraciones, alcaldes, concejales, consejeros, presidentes de comunidades, ... quienes son enjuiciados por sus fechorías. Todo ello sin descartar la vinculación con los partidos políticos de los que provienen los encartados.

En la corrupción política y en la corrupción administrativa es necesario, generalmente, el concurso del particular que propone la corrupción o acepta la que se ofrece, más el primero que el segundo. La intervención de este particular es irrelevante para la calificación jurídico-penal del hecho. En algunos casos paradigmáticos, como el soborno, su comportamiento está penado autónomamente, al margen de que lo sea el funcionario; en otros supuestos, será castigado como partícipe⁵ en el delito del funcionario.

También en el sector de la administración de los bienes comunes encontramos la corrupción estrictamente administrativa, es decir aquella en la que se implican funcionarios públicos, medios o bajos. Sin embargo, como demuestra tanto la praxis como las encuestas de percepción, la corrupción estrictamente administrativa en España es prácticamente irrelevante⁶, pues presenta de uno de los índices más bajos en la UE. Sucede, sin embargo, que los delitos comisibles, en diferente intensidad por políticos y funcionarios⁷ son los mismos⁸.

No es necesario, por ser de sobras conocido entrar aquí en las características de lo que podríamos denominar delitos capitales y delitos concomitantes de corrupción. Más interesante me parece centrarnos en medidas anticorrupivas. Dejo aquí solo enunciadas las infracciones que considero que ha de incluirse en esos dos genéricos apartados. Como toda clasificación académica es discutible. Sin embargo, supone un gran auxilio para el análisis de del fenómeno de la corrupción y desentrañar la real política criminal del legislador.

⁵ Desde 2003 es posible la atenuación de la pena a lo particular, a juicio del tribunal sentenciador. En principio el inductor y al cooperador necesario les corresponde la misma pena que al autor; el cómplice la pena inferior en grado.

⁶ *Vid.* Encuesta mundial sobre fraude y delito económico 2018, PwC España, 2018, <https://twitter.com/intermediagdc/status/1324652968038289410?s=24>, visitado por última vez el 1 de septiembre de 2020.

⁷ Hay que tener presente que esta distinción es a efectos expositivos. Penalmente el artículo 24 CP contiene desde el CP de 1870 una definición funcional de funcionario que engloba tanto a los funcionarios de carrera, como a los eventuales como los políticos, a la administración a área pública que sea: en esencia los requisitos son: provenir su cargo de elección o designación de acuerdo a ley y participar en el ejercicio de funciones públicas. Por lo tanto, desde un diputado o ministro, pasando por un concejal o un agente de recaudación local, todos ellos tienen el carácter penal de funcionario público. Están incluidos también los funcionarios de la UE y también, en principio, los de organizaciones internacionales de las que España sea miembro.

⁸ Dejemos de lado la corrupción privada, haz de infracciones de reciente incorporación y de poco claros contornos y funcionalidad. En toto caso, por obra de la ley se limita esencialmente al soborno entre particulares. *Vid.* artículo 286 bis CP.

Así, entre los delitos de funcionarios capitales⁹ nos encontramos con el principal y con frecuencia minusvalorado, como es la infracción del deber de imparcialidad tal como estatuye la previsión del artículo 441 CP. La esencia de la infracción viene dada por el quebrantamiento del deber de imparcialidad que incumbe a todos los funcionarios para poder servir con objetividad los intereses generales (art. 103.1 CE). Quebrada la imparcialidad, el edificio de la administración destinado a servir con objetividad los intereses generales se viene abajo.

Le siguen por frecuencia y relativa facilidad de investigación (si hay trazas transferencias patrimoniales) el cohecho, activo y pasivo (arts. 419 a 427 CP) en sus diversas variantes, que parece capitalizar, como sabemos, la esencia material, pero no política, de la corrupción. Cabe resaltar aquí un tema de difícil encaje, como es el de la compra del voto de miembros de asambleas normativas (parlamentos y llenos de corporaciones locales). Sigue el tráfico de influencias (art. 428 a 431 CP), que integra diversas figuras frágiles desde el punto de vista del principio de legalidad y que tienen en su aplicación a la irrelevancia, tanto estadística como penológica.

Entre los delitos concomitantes cabe incluir tanto la prevaricación como la falsedad; la malversación, pero, figura entre los últimos. Con estos tres delitos no se agota el elenco de posibles infracciones. Se podría añadir los delitos de asociación ilícita o de organización criminal, el fraude a la administración, las exacciones ilegales y algunos otros, pero supondría desbordar los límites de la presente contribución.

V. ALGUNAS PROPUESTAS

A lo largo del tiempo, he venido efectuando diversas propuestas, desde una perspectiva económica, cuyo planteamiento y desarrollo superan con mucho el ámbito de la presente contribución. Quisiera, con todo, recordar algunas, poniendo, especialmente énfasis, en la acción más activa, preventiva, que la reactiva, la punitiva. Esta es, desde luego indeclinable, pero una buena Política Criminal ha de recurrir al Derecho penal como *ultima ratio*, como *último* recurso. Aquí dejo estas tres recomendaciones:

1. Asesores

Los cargos de confianza que trufan la administración; unos seguramente necesarios, la mayoría, no; son personal partidario que pagan las administraciones en

⁹ Estudiados ampliamente por la doctrina, aunque no con esta perspectiva.

lugar de sus propios partidos. Sus contratos y nombramientos han de ser cancelados. Implementación, al ser personal de confianza, inmediata. Salvo el personal de estricta confianza personal por su contacto permanente con el alto cargo, los asesores pueden ser funcionarios profesionales. Sin embargo, en la inmensa mayoría de casos son militantes de los partidos gubernamentales que ven retribuida su función partidaria (ajena materialmente a la administración) con un salario público. Es un caso flagrante de corrupción destinar recursos del erario público a pagar a estos asesores (sea cual sea su nombre), ya sea para retribuir funciones pasadas o futuras o el control partidario sobre la propia administración.

2. Informes en la Administración local

Ante la existencia de informe no favorable o negativo de interventores (en general) o de secretarios y depositarios municipales, el expediente administrativo en cuestión ha de ser paralizado o rectificado hasta que resulte conforme; su aprobación ha de realizarla el pleno de la corporación, mencionado en un aviso previo que ha sido objeto de esa revisión. Implementación por decreto-ley, un mes. Esta es una cuestión de la más alta significación. Si analizamos las sentencias que recaen en materia relativa a la corrupción, especialmente, lo que tiene que ver con la contratación de obras o servicios como de personal, se observan de grandes grupos.

En tales casos de conflicto deberá arbitrarse una fórmula legal que de publicidad al conflicto, paralizando momentáneamente el procedimiento, hasta que una instancia administrativa *ad hoc*, con publicidad, lo resuelva, bajo su propia responsabilidad. De esta suerte o se volvería al primer grupo de casos, en los que los delitos son flagrantes y fáciles de probar o se impediría mediante la publicidad que los informes de los órganos profesionales de control fueran orillados sin más

3. Vuelta a la malversación previa a 2015

Derogación de la actual regulación de la malversación y recuperación de las figuras previas a la LO 1/2015. Así, recuperar la regulación derogada de la malversación, que trata la protección jurídico-penal de los bienes públicos con parámetros públicos y no privados y con vulneración del principio de legalidad.

Es altamente improbable que lo que propongo se convierta en realidad. No creo que sea por falta de base jurídica, sino porque no parece esperable de la clase política comportamiento decidido. En fin, si se indemniza a los titulares de la plataforma Cástor por decreto-ley (sin verificar si se habían producido los hechos habilitantes para la emisión de tal norma, cosa que ha derivado en la inconstitucionalidad y en la transferencia al consumidor de la indemnización: STC 152/2017), nada de más urgente necesidad que reaccionar a la emergencia de la plaga de la corrupción.

UNA DÉCADA DE ¿POLÍTICA CRIMINAL? EN MATERIA DE CONSENTIMIENTO SEXUAL DE MENORES (2012-2022)

JOSÉ ANTONIO RAMOS VÁZQUEZ*

I. INTRODUCCIÓN

Pensando en un tema apropiado para tan merecido homenaje a nuestra compañera Mirentxu Corcoy, me pareció que, en mi caso, debería tratarse de un tema de Política Criminal, dado que la mayoría de ocasiones en que nos hemos encontrado a lo largo de los años en que hemos coincidido profesionalmente ha sido con ocasión de reuniones del Grupo de Estudios de Política Criminal.

Mi pretensión con este trabajo es recorrer la década que va del año 2012 (momento en que se abrió la puerta a modificar la edad de consentimiento sexual en nuestro CP) al año 2022, en que, seguramente, entre en vigor una nueva regulación de la cláusula de consentimiento prevista en el artículo 183 quáter. Por el camino, expondré, con la brevedad requerida, los vaivenes de una Política Criminal de más que dudosa naturaleza.

II. DEL SALOBRAL (2012) A LA LEY ORGÁNICA 1/2015

Tras un siglo y medio en que la edad de consentimiento de relaciones sexuales en nuestro Estado fue la de 12 años (1848-1999), y una década y media en que fueron los 13 (1999-2015), el legislador español decidió de manera

* Profesor Titular de Derecho Penal. Universidade da Coruña.

inusitada subir dicha edad a los 16 años. Pero, para entender este hecho, hay que remontarse algún año antes de 2015.

A finales de 2012, un hombre acabó con la vida de una muchacha de 13 años, con la que había mantenido una relación afectiva, en la pedanía albaceteña de El Salobral (obsérvese que se trata de un feminicidio y no de un delito sexual). Acto seguido, los medios de comunicación se hicieron eco de la noticia, enfatizando el hecho de que, de acuerdo con la legislación vigente en aquel momento, la relación que ambos mantenían no era «constitutiva de delito». Es más, se trataría de la edad de consentimiento más baja de toda la Unión Europea, lo que se concibió como un escándalo. Inmediatamente, el entonces titular del Ministerio de Justicia declaró que la reforma *in fieri* del Código penal (la que luego constituyó la Ley Orgánica 1/2015) contemplaría «una previsión más adecuada a lo que en estos momentos exige la sociedad, en relación a la represión de este tipo de delitos»¹, e, inmediatamente, se introdujo en los planes reformadores la elevación de la edad de consentimiento de las relaciones sexuales, primero a los 15 y, con posterioridad, a los 16 años (sin que en ningún momento se nos explicase ni por qué fijarla en 15 ni por qué después en 16).

En cambio, la adición de la reforma en materia de edad de consentimiento no fue justificada por el legislador con su habitual retórica de «exigencias sociales» o «consternación social», sino en lo siguiente: «se eleva la edad del consentimiento sexual a los dieciséis años [...] En la actualidad, la edad prevista en el Código Penal era de trece años, y resultaba muy inferior a la de los restantes países europeos –donde la edad mínima se sitúa en torno a los quince o dieciséis años– y una de las más bajas del mundo. Por ello, el Comité de la Organización de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño sugirió una reforma del Código penal español para elevar la edad del consentimiento sexual, adecuándose a las disposiciones de la Convención sobre los Derechos de la Infancia, y así mejorar la protección que España ofrece a los menores, sobre todo en la lucha contra la prostitución infantil»².

No deja de resultar sorprendente que la única justificación que se dio a una decisión político-criminal tan decisiva como aumentar en tres años la edad a partir de la cual el contacto sexual con un menor no es *per se* delictivo sea

¹ <http://www.europapress.es/epsocial/politica-social/noticia-ana-mato-gallardon-defienden-reforma-codigo-penal-refuerza-penas-delitos-contra-menores-20121023140016.html> (última visita, 17 de octubre de 2021).

² Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (Boletín Oficial del Estado de 31 de marzo de 2015), apartado XII.

una sugerencia de un Comité de la ONU³. Ni una palabra sobre la muchacha de El Salobral (hecho que había quedado ya sepultado en el pasado mediático). Ni un debate parlamentario en el que se hubiese expresado cuál era el auténtico objetivo de la reforma, qué consecuencias eran previsibles para el legislador, etc. Sólo la promulgación de una Ley Orgánica que incluía una novedosa cláusula de consentimiento (art. 183 quáter) que rezaba así: «El consentimiento libre del menor de dieciséis años excluirá la responsabilidad penal por los delitos previstos en este Capítulo, cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez».

III. DE LA LEY ORGÁNICA 1/2015 A LA LEY ORGÁNICA 8/2021

La introducción del mencionado precepto provocó inmediatamente una serie de dudas en la doctrina, dudas que una bastante heteróclita praxis judicial ha ido incrementando a lo largo de estos años. Dadas las limitaciones espaciales de este trabajo, de entre todas esas dudas, referidas, entre otras muchas cuestiones, a qué deba entenderse por proximidad de edad o cómo se deba acreditar el grado de madurez, me voy a centrar sólo en dos, que no afectan a la existencia del núcleo en sí de la exención (es decir, no discuten la fórmula planteada por el legislador de vincular la exención de la responsabilidad penal a unas inconcretas proximidades en edad y grado de desarrollo), sino a aspectos más técnicos, que surgen de la puesta en relación de la cláusula con otros preceptos del CP.

La primera de dichas dudas era cuáles de los «delitos previstos en este Capítulo» (el II bis del título VIII del libro II del CP, que es en el que se integra el art. 183 quáter) se puede alegar dicha cláusula. Sin ningún género de dudas, dicha previsión no podría alcanzar a las agresiones sexuales (previstas en el art. 183.2), en la medida en que la violencia o intimidación que las caracteriza es incompatible con el consentimiento libre que ha de prestar el menor⁴. También parece evidente que el legislador está pensando, fundamentalmente, en el artículo 183.1,

³ Es más, la sugerencia del Comité de la Organización de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño era en realidad una mera muestra de preocupación y en absoluto se indicaba que existiese un déficit de protección de los menores (RAMOS TAPIA, I., «La tipificación de los abusos sexuales a menores tras la reforma de 2010», en Villacampa Estiarte, C. (Coord.), *Delitos contra la indemnidad sexual de los menores: adecuación del Derecho español a las demandas normativas supranacionales de protección*, Cizur Menor (Thomson Reuters-Aranzadi), 2015, pp. 124 ss.).

⁴ En esta línea, MORILLAS FERNÁNDEZ, D. L., «Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en Morillas Cueva, L. (Dir.), *Estudios sobre el Código penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Madrid (Dykinson), 2015, pp. 465 ss.

es decir, en supuestos en los que hay una realización de actos de carácter sexual con el menor de 16 años. Pero, ¿qué sucede con los artículos 183 bis y ter?

La respuesta respecto del primero de dichos artículos, que recoge la conducta de determinar a un menor de 16 años a participar en un comportamiento de naturaleza sexual o hacerle presenciar actos de carácter sexual, aunque el autor no participe en ellos, depende, lógicamente, de cómo interpretemos «determinar» y «hacer presenciar». A mi juicio, aun con ciertas dudas, ni «determinar» ni «hacer presenciar» suponen conducta alguna de intimidación, coacción o presión, de suerte que siempre he considerado que perfectamente pueden quedar eximidas por el consentimiento del menor de 16 años, en los términos expresados por el artículo 183 quáter CP en su redacción del 2015⁵.

En cuanto al artículo 183 ter.1 CP, parecía claro que no podía aplicarse la cláusula de consentimiento «cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño» (último inciso de dicho apartado), pero sí cuando no se hubiese acudido a dichos medios comisivos. En cambio, en mi opinión, no podría alegarse el artículo 183 quáter para eximir las conductas del artículo 183 ter.2 CP, pues el «embaucamiento» al que hace referencia este último precepto es incompatible con el «consentimiento libre» al que hace referencia el primero.

Por su parte, la Circular 1/2017 de la Fiscalía General del Estado llega a idénticas conclusiones, señalando que «el capítulo al que la norma se proyecta es el II bis, que abarca acciones típicas en las que concurre violencia, intimidación o prevalimiento. Lógicamente estas acciones en ningún caso pueden entenderse consensuadas y por tanto no cabrá ante ellas aplicar la previsión del artículo 183 quáter CP. En relación con el delito del artículo 183 ter CP apartado primero (el doctrinalmente denominado *grooming*) podrá teóricamente apreciarse esta cláusula en relación con el tipo básico, pero no respecto del agravado, que requiere la concurrencia de violencia, intimidación o engaño. Tampoco podrá apreciarse la exención respecto del delito del apartado segundo del artículo 183 ter CP, por ser incompatible el «consentimiento libre» que se exige en el 183 quáter con el «embaucamiento» propio del doctrinalmente denominado *sexting*»⁶.

La segunda duda tiene que ver con la limitación de la cláusula del 183 quáter CP a los delitos previstos en el Capítulo del CP en el que aquélla se encuentra contenida: ¿no habría sido más coherente extender dicha posibilidad de exención, a conductas fuera del referido capítulo? En efecto, la doctrina no ha podido menos que denunciar el absurdo valorativo que supone que un menor de 16 años pueda

⁵ En igual sentido, MORILLAS FERNÁNDEZ, F., 2015, p. 466.

⁶ Fiscalía General del Estado, *Circular 1/2017, sobre la interpretación del artículo 183 quáter del Código penal*, p. 11 (disponible en https://www.boe.es/buscar/abrir_fiscalia.php?id=FIS-C-2017-00001.pdf). Fecha de última consulta: 18 de octubre de 2021.

consentir válidamente actos sexuales (contenido del art. 183 CP), pero no actos constitutivos de exhibicionismo (art. 185 CP), visionado de pornografía (art. 186 CP) o, incluso, envío o posesión de pornografía de otros menores (art. 189 CP)⁷. Respecto de esto último, no está de más recordar que ya la Circular 9/2011 de 16 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de reforma de menores señalaba que «cuando no hay asimetría de edad entre el menor poseedor de pornografía y los menores representados en el material, no puede decirse que exista una lesión al bien jurídico protegido, ni propiamente, una conducta pedófila. Por tanto, antes de formular alegaciones contra un menor por delito de pornografía infantil deben sopesarse con extremo cuidado las consecuencias y los potenciales beneficios, huyendo de automatismos y teniendo presente que los efectos estigmatizadores pueden ser devastadores [...]. Estas pautas también son extensibles [...] al exhibicionismo (art. 185 CP) y a la exhibición de pornografía a menores (art. 186 CP)»⁸. De hecho, las posteriores Circulares 2/2015⁹ y la ya citada 1/2017 han incidido otra vez en esta cuestión, cuestionando, respectivamente, seguir con el proceso penal frente a quienes poseen material pornográfico *ex* artículo 189 CP de un/a menor que ya haya cumplido los 16 años y que haya consentido dicha posesión (siempre que no haya difusión a terceros) o que tenga menos de 16 años, pero que la relación sexual representada haya caído bajo el manto eximente del artículo 183 quáter¹⁰.

En todo caso, de estas dos dudas concretas (¿a qué delitos del capítulo II bis del título VIII es aplicable la exención? y ¿es posible o aconsejable extender dicha exención a otros delitos de fuera de ese capítulo?) una quedó sin respuesta y la otra recibió todo un vuelco con la actual redacción del artículo 183 quáter

⁷ En este sentido, BOLDOVA PASAMAR, M. A., «La relatividad legal de la edad de consentimiento sexual de los menores de dieciséis años: regla y excepción», *RECPC*, núm. 23, 2021, p. 31.

⁸ Fiscalía General del Estado, *Circular 9/2011, de 16 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de reforma de menores*, p. 18. Disponible *on line* en la dirección *web*: https://www.boe.es/buscar/abrir_fiscalia.php?id=FIS-C-2011-00009.pdf –última consulta: 18 de octubre de 2021.

⁹ Fiscalía General del Estado, *Circular 2/2015* (<https://www.fiscal.es/documents/20142/fd62e21c-057d-a44a-d5cb-07fd4534e13d>), p. 56 y Fiscalía General del Estado, *Circular 1/2017*, p. 11.

¹⁰ Muy interesante, en este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (sec. 5) 56/2018, de 12 de enero (ECLI: ES: APV:2018:59), citada por Boldova Pasamar en su reciente trabajo sobre el artículo 183 quáter. Se trata de «un caso de grabación de la relación sexual entre dos menores (de 14 y 16 años) que mantienen una relación afectiva de meses, sin constatación de su difusión y con el consentimiento de la menor afectada. Aun cuando la resolución admite que la excusa no se contempla para los delitos del artículo 189 CP, entiende que aquélla permite dotar de cierto significado a la definición típica del hecho delictivo. En este sentido considera que sería un contrasentido jurídicamente entender la comisión de un delito por la mera grabación (sin difusión), basándose en la inviabilidad del consentimiento, si resulta que para delitos tanto o más graves el Código admite la validez del mismo cuando la contraparte es próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez. En suma, estima que no se ha producido el referido delito en virtud del artículo 183 quáter» (BOLDOVA PASAMAR, M. A., *RECPC*, núm. 23, 2021, p. 31, nota al pie núm. 101).

ter, derivada de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia.

IV. LA LO 8/2021 Y LA EXCUSA DE LAS MEJORAS TÉCNICAS

Como acabo de señalar, la Ley Orgánica 8/2021 reformó el artículo 183 quáter, y lo hizo de manera sorprendente. En efecto, en el Proyecto de Ley presentado al Congreso en junio de 2020 no existía ninguna mención a una posible reforma del artículo 183 quáter¹¹. Dicha propuesta de reforma entró por vía de enmienda (de los propios Grupo Socialista y Confederal de Unidas Podemos-En Comú Podem-Galicia en Común del Congreso), con el siguiente tenor literal: «El consentimiento libre del menor de dieciséis años excluirá la responsabilidad penal por los delitos previstos en los artículos 183, apartado 1, y 183 bis, párrafo primero, inciso segundo, cuando el autor sea una persona próxima a la persona menor por edad y grado de desarrollo o madurez física y psicológica, siempre que los actos no constituyan un atentado contra la libertad sexual de la persona menor de edad»¹². ¿La razón aducida para dicha reforma del CP? Un escueto «mejora técnica».

Como es fácilmente perceptible, la introducción de esa dicción del artículo 183 quáter no habría constituido una mera «mejora técnica», sino un cambio de la cláusula, que se circunscribiría *ex lege* a los abusos (artículo 183.1) y al delito de hacer presenciar actos sexuales (artículo 183 bis, párrafo primero, inciso segundo), aparte de la oscura mención a que «los actos no constituyan un atentado contra la libertad sexual de la persona menor de edad» (¿?).

Pero la tramitación parlamentaria no quedó ahí, sino que el proyecto fue nuevamente enmendado en el Senado y, nuevamente, por el propio Grupo Socialista del Senado (es decir, el Proyecto de Ley procede de un Gobierno de mayoría socialista y es enmendado en el Congreso y en el Senado por sus propios grupos parlamentarios). La dicción propuesta (que será la definitivamente aprobada e incorporada al CP vigente en el momento de escribir estas líneas) fue la siguiente: «El consentimiento libre del menor de dieciséis años, excepto en los casos del artículo 183.2 del Código Penal, excluirá la responsabilidad penal por los delitos previstos en este Capítulo cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez física y

¹¹ https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-22-2.PDF#page=1. Fecha de última consulta: 19 de octubre de 2021.

¹² https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-22-2.PDF#page=1 (la enmienda mencionada en texto aparece en la p. 211 –fecha de última consulta: 19 de octubre de 2021–).

psicológica»¹³. La justificación a esta re-enmienda fue, de nuevo, un somero «mejora técnica» que, en realidad, no lo era, pues, aparte de hacer desaparecer el inciso «siempre que los actos no constituyan un atentado contra la libertad sexual de la persona menor de edad» (lo que, dicho sea de paso, ha constituido un acierto, porque estaba destinado a crear muchos problemas interpretativos) cambió a qué delitos se le puede aplicar la cláusula.

En efecto, el vigente artículo 183 quáter, tras dicha enmienda, excluye expresamente el artículo 183.2, es decir, excluye las agresiones sexuales del ámbito de aplicación de la cláusula (lo que, por cierto, creo que no hacía falta que el legislador nos dijese), de lo que parece que podemos inferir *a contrario* que sí le será aplicable a los artículos 183.1, 183 bis y 183 ter en su conjunto. A día de hoy, por tanto, una interpretación *a contrario* de la cláusula nos lleva a considerar que pueda ser aplicable también a casos de *grooming* y de embaucamiento (!) de menores, lo que, a decir verdad, ya había propuesto en su día Tamarit Sumalla, indicando que «debe interpretarse la cláusula que aquí se comenta según las exigencias propias de una interpretación teleológica y sistemática, lo cual debe llevar a entender que, si se establece la exención en los casos más graves de abuso sexual, con mayor razón procederá en delitos como los del artículo 183 ter, con naturaleza de actos preparatorios, respecto a los cuales existe cierta normalización social de estos comportamientos producidos entre personas de edad próxima, sin un riesgo de afectación a su libertad o indemnidad sexual que sea equiparable a las conductas en las que existe asimetría de edad»¹⁴.

De las dos dudas interpretativas a las que aludía en el apartado anterior, por consiguiente, la LO 8/2021 ha resuelto sólo una, dejando la otra en el aire; y, además, lo ha hecho sin justificación alguna por parte del Legislador. Aquí podría ya entrar a criticar la Política Criminal que se está llevando a cabo en esta materia si no fuese porque a día de hoy hay un Proyecto de Ley Orgánica (es decir, una vez más, es el propio Gobierno el que parece haber cambiado de opinión) que propone cambiar el artículo 183 quáter cuando la dicción actual no lleva ni 5 meses de vigencia...

¹³ https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/SEN/BOCG/2021/BOCG_D_14_182_1795. PDF (la enmienda mencionada en texto aparece recogida en las pp. 269 y 270. Fecha de última consulta: 19 de octubre de 2021).

¹⁴ TAMARIT SUMALLA, J. M., «Artículo 183 quáter», en Quintero Olivares, G., *Comentarios al Código penal español*, 7.ª ed., Cizur Menor (Aranzadi), 2016, p. 1332.

V. LA LEY ORGÁNICA DE GARANTÍA INTEGRAL DE LA LIBERTAD SEXUAL (2022)

Como he señalado, en el momento de escribir estas líneas, existe un Proyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual, de previsible aprobación en el próximo año 2022¹⁵, que da una nueva vuelta de tuerca a la cláusula de consentimiento. En concreto, la propuesta es la de introducir el siguiente tenor del actual artículo 183 quáter¹⁶: «salvo en los casos en que concurra alguna de las circunstancias previstas en el apartado segundo del artículo 178, el libre consentimiento del menor de dieciséis años excluirá la responsabilidad penal por los delitos previstos en este capítulo cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez física y psicológica». Las circunstancias previstas en dicho artículo 178.2 son, a su vez, «violencia, intimidación o abuso de una situación de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima», así como el hecho de que el acto sexual se ejecute «sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuya situación mental se abusare (o) cuando la víctima tenga anulada por cualquier causa su voluntad».

Como puede fácilmente observarse, hay una muy notable diferencia entre el texto legal aprobado en el primer semestre de 2021 y el que seguramente se apruebe en el primer semestre de 2022. Sólo en una cosa son idénticos: ninguno de los dos preceptos, ni el actualmente en vigor ni el proyectado, se pronuncian sobre una posible extensión de la cláusula a delitos distintos de los previstos en el Capítulo dedicado a los abusos y agresiones sexuales a menores de 16 años¹⁷: ni un intento siquiera del legislador por armonizar las muchas contradicciones valorativas a que conduce poder eximir por una relación sexual pero no por un exhibicionismo o una posesión de pornografía consentida, como doctrina, Fiscalía y la jurisprudencia estamos intentando hacer notar desde 2015.

En todo caso, de aprobarse dicho Proyecto de Ley Orgánica con ese texto de la cláusula, habría un cambio en el eje sobre el que bascula la exención: se pasaría de explicitar qué delitos (sí/no) pueden ser eximidos a bajo qué circunstancias pueden ser eximidos. Es decir, de partida, la cláusula sería aplicable a cualquiera de los delitos del Capítulo (incluidos, por tanto, los de *grooming*, embaucamiento y hacer presenciar actos sexuales –el delito de determinar a un menor de 16 años

¹⁵ https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-62-1. PDF (Fecha de última consulta: 20 de octubre de 2021).

¹⁶ En realidad, la propuesta es de reenumerar el precepto y convertirlo en el artículo 183 bis.

¹⁷ Si el Proyecto de Ley Orgánica, como es previsible, se aprobase, en puridad sólo existirían agresiones sexuales, al haberse unificado en dicha figura lo que hasta el momento eran dos tipologías penales distintas.

a participar en un comportamiento de naturaleza sexual se deroga¹⁸—), siempre que no concurran unas determinadas circunstancias.

Las dos primeras son violencia o intimidación, que son las que a día de hoy convierten un abuso en una agresión sexual, por lo que hasta ahí el precepto estaría señalando lo mismo. Las circunstancias de víctimas que se hallen privadas de sentido o de cuya situación mental se abusare, o que tengan anulada por cualquier causa su voluntad, sin duda, son incompatibles con el propio concepto de consentimiento *libre*, por lo que, sin estar exactamente de más, parece que ya se habría podido deducir de una correcta interpretación de esa propiedad (libre) del consentimiento prestado por el menor¹⁹. Lo auténticamente problemático, a mi juicio, es que se pretenda vincular la exención a que no se haya abusado de «una situación de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima». Ciertamente, ninguna de las dos circunstancias mencionadas son desconocidas en los delitos sexuales, pero no exactamente con esta dicción.

En efecto, el actual artículo 181.3 CP castiga como abuso sexual a quien obtenga un consentimiento prevaliéndose de una situación de superioridad (que es lo que señala el Proyecto para el caso de menores), pero dicha superioridad tiene que ser manifiesta y debe coartar la libertad de la víctima, algo que el Proyecto no pide en el caso de menores. Asimismo, el actual artículo 183.4 agrava la pena del abuso sexual cuando «la víctima se halle en una situación de especial vulnerabilidad por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o por cualquier otra circunstancia», pero en esa agravante se especifica que la situación debe ser de *especial* vulnerabilidad (e, insisto, se trata de una agravante y no de un hecho que determine la existencia o no de un delito de abuso sexual).

En suma, la nueva redacción de la cláusula de consentimiento se remite a unas circunstancias cuyo alcance es de difícil delimitación. Lo es en el caso de mayores de edad (pues el proyectado artículo 178.2, al que se remitiría el nuevo artículo 183 bis afecta a mayores de edad) y lo es más en el caso de menores de edad, pues éstos se encuentran en una época de su vida en la que la vulnerabilidad es una constante y va a resultar muy difícil medirla tanto en sí misma, como en relación con la superioridad del autor de los hechos. Piénsese, además, en que la cláusula seguirá exigiendo la proximidad en edad y grado de desarrollo y madurez, así que lo que habrá de dirimirse es si un joven, igual de

¹⁸ Lo cual, dicho sea de paso, dadas las muchas dudas que ha suscitado desde 2015, constituye un acierto.

¹⁹ Ello, naturalmente, si interpretamos que el abuso del trastorno mental del menor se refiere a «todos aquellos supuestos en los que las deficiencias psíquicas permitan deducir razonablemente que quien las padece se encuentra impedido de prestar un consentimiento consciente y libre a aquello que se le propone» (Sentencia del Tribunal Supremo 545/2000, de 27 de marzo).

maduro y de desarrollado que otro, ha abusado sexualmente de éste por haberse aprovechado de su superioridad o de la vulnerabilidad del otro. Cómo acreditar dicha superioridad y dicha vulnerabilidad en un contexto, insisto, tan peculiar como el de la adolescencia, me parece demasiado vago como para determinar la imposición o no de las gravosísimas consecuencias jurídicas que el abuso sexual de menores lleva aparejadas.

Y todo ello, me pregunto, ¿por qué? ¿cuál es la razón por la que el Legislador ha decidido cambiar una vez más la cláusula? De nuevo, lo desconocemos, puesto que el Anteproyecto de Ley Orgánica nada dice. Es más, la propuesta originaria de redacción no era esa, sino otra, mucho más escueta, en la que se especificaba que la exención *no* podía alcanzar a los delitos de *grooming* y embaucamiento²⁰. Es decir, algo que, a la postre, el Proyecto no dice.

VI. ¿ES ESTO UNA POLÍTICA CRIMINAL?

Recapitulando, nos encontramos con un hecho mediático (2012), que condujo a la introducción de un aumento de la edad de consentimiento para el que faltaron razones sólidas (2015), que conllevó la introducción de una cláusula que motivó un buen puñado de dudas interpretativas a la doctrina y a todos los operadores jurídicos (2015-2021), que no fueron resueltas por una posterior reforma para la que literalmente no se adujo razón alguna (2021) y que, a su vez, va a ser superada por una nueva reforma (2022) que cambia completamente el panorama y para la que, una vez más, no hay razones. Y todas estas reformas, además, no son anecdóticas, sino que son de calado, modificando profundamente el ámbito de lo punible en un contexto tan sensible como el de las relaciones sexuales en las que están involucrados menores.

Por ello, creo que nuestra homenajeadada estaría de acuerdo en que, en realidad, no existe una Política Criminal en esta materia. O, al menos, no con los caracteres de racionalidad y solvencia técnica que la profesora Corcoy ha propuesto siempre para aquélla.

²⁰ <https://www.igualdad.gob.es/normativa/normativa-en-tramitacion/Documents/APLOGILSV2.pdf> (la reforma de la cláusula de consentimiento aparece en la p. 64).

RIESGOS PERSONALES, SOCIALES Y SITUACIONALES EN LA VICTIMIZACIÓN DELICTIVA: ¿UN TRIPLE RIESGO VICTIMÓGENO (TRV)?

SANTIAGO REDONDO Y ANA MARTÍNEZ CATENA

I. INTRODUCCIÓN

A la profesora Mirentxu Corcoy correspondió el hito académico de dirigir la instauración del Grado de Criminología en la Universidad de Barcelona. Esto tuvo lugar en 2008, tras una larga andadura de la Criminología española, que se inició en 1903 con la creación en Madrid de la primera Escuela de Criminología, abolida en 1936 y recreada en 1955 en la Universidad de Barcelona. Amén de la calidad de su propia obra científica, la profesora Corcoy ha sido también una magnífica Jefa de Estudios de Criminología, merced a su inteligencia, cordialidad, y generosidad. De ahí que nos sintamos muy honrados de poder participar en este libro homenaje a su figura académica y humana mediante este capítulo de criminología victimológica.

Ha habido cierto debate acerca de si la victimología debiera establecerse como disciplina autónoma de la criminología general. La conclusión más aceptada ha sido, sin embargo, que el análisis de las víctimas constituye un área indispensable, junto al estudio de los delincuentes y de los controles sociales, para una comprensión global de los fenómenos criminales. Por lo que la victimología debería continuar formando parte del cuerpo general del conocimiento criminológico. Pese a todo, en un plano teórico, la criminología y la victimología han generado explicaciones del delito en buena medida separadas e independientes: la criminología, generalmente centrándose en la conducta y

características de los delincuentes (sus rasgos, las influencias recibidas, su trayectoria...); la victimología, en el análisis de diversos tipos de víctimas y en la prevención de la victimización.

Frente a ello, atendida la naturaleza interdependiente de ambos actores del delito (delincuentes y víctimas), lo más conveniente podría ser que las teorías del delito los integraran y combinaran para generar explicaciones de la criminalidad más globales y comprensivas. Algunas teorías criminológicas contemporáneas así lo han hecho, como la *teoría de las actividades cotidianas* de Cohen y Felson (1979), en la que se propone que el delito tiene su origen en la confluencia de *delincuentes motivados*, *víctimas propicias* y *ausencia de protectores eficaces*. También la teoría victimológica del *ciclo de la violencia* de pareja de Walker (1989, 2004), en la que se establecen tres etapas (*acumulación de tensión* entre los miembros de la pareja; *incidente violento* o de maltrato; *luna de miel*, o «restablecimiento» momentáneo de la armonía) que aúnan elementos tanto de los agresores como de las víctimas.

Más recientemente, en el *Modelo del triple riesgo delictivo* (TRD), Redondo^{1,2} ha propuesto que el comportamiento delictivo sería favorecido por factores de riesgo procedentes de tres fuentes distintas, que a menudo operarían en combinación: a) *riesgos personales* (p. e., déficits neurológicos y endocrinos, bajo autocontrol, personalidad antisocial, experiencias infantiles de victimización...); b) *carencias de apoyo prosocial* (p. e., negligencia parental y estilos educativos inadecuados, fracaso escolar, amigos delincuentes...), y c) *exposición reiterada a oportunidades delictivas* (p. e., propiedades o víctimas vulnerables, ocio no estructurado...). Cuando estas influencias de riesgo confluyan tenderán a exacerbarse y potenciarse entre ellas, produciendo en el individuo un efecto criminógeno incrementado. Si esto lo referimos, por ejemplo, a la violencia de pareja, mientras que la presencia en un sujeto de un solo factor de riesgo difícilmente promovería la conducta de maltrato, la confluencia de distintos riesgos (como elevada impulsividad, haber sido testigo de maltrato en su familia, consumo de sustancias, creencias misóginas, desprotección de la víctima...) podría aumentar exponencialmente la probabilidad de agresión.

El problema científico planteado en este capítulo es si la confluencia y potenciación entre riesgos, que son susceptibles de estimular la comisión de delitos, podrían tener una correspondencia especular con las condiciones de desventaja que podrían favorecer la victimización delictiva. Es decir, ¿podría

¹ REDONDO, S., «Individuos, sociedades y oportunidades en la explicación y prevención del delito: Modelo del Triple Riesgo Delictivo (TRD)». *Revista Española de Investigación Criminológica*, núm. 6, pp. 1-53, 2008.

² REDONDO, S. *El origen de los delitos*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.

existir, en analogía con lo sugerido en el modelo del *Triple Riesgo Delictivo* (TRD), una estructura especular de *triple riesgo victimógeno* (o TRV) formado por la vulnerabilidad personal de las víctimas, sus carencias sociales y su exposición a sufrir delitos? El primer autor de este trabajo (Santiago Redondo) publicó en 2018 un primer acercamiento a esta posibilidad en el prólogo del libro «La víctima en sus espejos. Variaciones sobre víctima y cultura», dirigido por la profesora Myriam Herrera³. Aquí se desarrolla esta idea con mayor amplitud y precisión, ilustrándola a partir de la casuística del maltrato de género.

Múltiples estudios nacionales e internacionales sobre violencia de pareja (*partner violence*, en la bibliografía internacional) han evidenciado que a ella se asocian numerosos factores de riesgo. A continuación, se revisan algunos de estos factores, categorizándolos aquí en analogía con las fuentes de riesgo del modelo TRD, para analizar la viabilidad y pertinencia de un simétrico modelo de *triple riesgo de victimización* (o TRV).

II. FACTORES DE VULNERABILIDAD PERSONAL

Existe evidencia contrastada acerca de que determinadas características de las personas como su edad, sexo, rasgos de personalidad, actitudes, etc., pueden hacerlas más vulnerables para experimentar ciertos delitos. Así, por ejemplo, la probabilidad de sufrir violencia de género es mayor en determinadas franjas de edad que en otras^{4,5}. Según la Macroencuesta de violencia contra la mujer de 2019, el tramo de edades que concentra mayor porcentaje de mujeres víctimas de violencia física es el de 25 a 54 años (en el que se sitúa un 57,9% de todas las casuísticas de victimización), siendo menor el riesgo de maltrato fuera de esas edades⁶.

Otras características personales como la etnia de pertenencia de las mujeres, su condición de inmigrantes, su menor nivel socioeconómico, y sus carencias formativas y laborales también han mostrado ser factores de

³ HERRERA, M. *La víctima en sus espejos. Variaciones sobre víctima y cultura*. Barcelona, Bosch Editor, 2018.

⁴ BREIDING, M. J., *et al.* «Prevalence and Risk Factors of Intimate Partner Violence in Eighteen US States, Territories, 2005.» *American Journal of Preventive Medicine*, vol. 34, núm. 2, 2008, pp. 112-18.

⁵ YAKUBOVICH, A. R., *et al.* «Risk and Protective Factors for Intimate Partner Violence against Women: Systematic Review and Meta-Analyses of Prospective-Longitudinal Studies.» *American Journal of Public Health*, vol. 108, núm. 7, 2018, pp. 1-11.

⁶ Ministerio de Igualdad. «Macroencuesta de Violencia Contra La Mujer. Delegación Del Gobierno Contra La Violencia de Género.» *Gobierno de España*, 2019.

vulnerabilidad victimógena^{7,8,9}. Al respecto del nivel educativo, la Macroencuesta de violencia contra la mujer ha evidenciado que las mujeres con estudios universitarios son victimizadas en una proporción algo menor (un 8,6 %) que las que tienen niveles académicos más bajos (cuya tasa de maltrato oscila entre un 10,6 % y un 14,8 %).

Pueden asimismo ser factores de vulnerabilidad personal para el maltrato determinadas características cognitivas y emocionales de algunas mujeres. En concreto, manifestar pensamientos y actitudes susceptibles de justificar el uso de la fuerza por los hombres puede favorecer la victimización y la re-victimización¹⁰. De ahí que para la prevención de estas conductas sea imprescindible que las mujeres adquieran conciencia de lo inapropiado de tales actitudes y justificaciones, a la vez que mejoren sus capacidades de decisión y autoeficacia para el manejo de situaciones problemáticas en cualesquiera ámbitos de su vida¹¹.

En el plano emocional, se han identificado también como factores de riesgo diversas sintomatologías internalizantes como baja autoestima, altos niveles de estrés, depresión y bajos sentimientos de satisfacción con la propia vida¹². Roberts y Klein (2003) señalaron que la presencia en las mujeres de síntomas depresivos y de conductas autolíticas podría ser tanto precursora de violencia de pareja como una consecuencia traumática de haberla sufrido¹³.

Otras variables personales y psicopatológicas han mostrado, en cambio, una relación algo más compleja y ambivalente con la violencia de género, tales como la impulsividad, los trastornos de atención e hiperactividad (TDAH), la previa conducta antisocial en la infancia y el consumo de sustancias. Estos

⁷ SANZ-BARBERO, B., *et al.* «Intimate Partner Violence against Young Women: Prevalence and Associated Factors in Europe.» *Journal of Epidemiology and Community Health*, vol. 72, núm. 7, 2018, pp. 611-16.

⁸ SCHAFER, J., *et al.* «A Path Model of Risk Factors for Intimate Partner Violence among Couples in the United States.» *Journal of Interpersonal Violence*, vol. 19, núm. 2, 2004, pp. 127-42.

⁹ SETH, R., y SRIVASTAVA, R. N., «Child Sexual Abuse: Management and Prevention, and Protection of Children from Sexual Offences (POCSO) Act.» *Indian Pediatrics*, vol. 54, núm. 11, noviembre 2017, pp. 949-53.

¹⁰ STITH, S. M., *et al.* «Couples Therapy for Domestic Violence: Finding Safe Solutions.» *Journal of Marital and Family Therapy*, vol. 39, núm. 1, 2013.

¹¹ PILKINGTON, P. D., *et al.* «Early Maladaptive Schemas and Intimate Partner Violence Victimization and Perpetration: A Systematic Review and Meta-Analysis.» *Clinical Psychology and Psychotherapy*, enero 2021, pp. 1-13.

¹² TURNER, H. A., *et al.* «Child Mental Health Problems as Risk Factors for Victimization.» *Child Maltreatment*, vol. 15, núm. 2, 2010, pp. 132-43.

¹³ ROBERTS, T. A., y KLEIN, J. D. «Intimate Partner Abuse and High-Risk Behavior in Adolescents.» *Archives of Pediatrics & Adolescent Medicine*, vol. 157, núm. 4, 2013, pp. 375-80.

factores se han asociado tanto a una probabilidad incrementada de victimización como, en algunos casos, a un mayor riesgo de ejercer violencia^{14,15,16}.

Por último, numerosos estudios han realizado la vinculación existente entre previa victimización infantil y posterior victimización adulta. Por ejemplo, un meta-análisis de Li, Zhao y Yu (2019)¹⁷ evidenció, a partir de 56 estudios previos que habían evaluado en conjunto 23.127 mujeres, una asociación significativa entre haber sufrido algún tipo de maltrato en la infancia (físico, psicológico, abuso sexual, negligencia) y un mayor riesgo de victimización durante el noviazgo y el matrimonio, asociación general confirmada en otras muchas investigaciones^{18,19,20,21}.

Sin embargo, en otros estudios se ha observado que la victimización adulta podría guardar relación con el tipo de maltrato específico sufrido por las mujeres en la infancia. Así, Renner y Slack (2006) hallaron que el abuso sexual infantil era el mejor predictor de posterior victimización de pareja²², mientras que Berzenski y Yates (2010) constataron una mayor capacidad predictiva del abuso psicológico²³, y Widom *et al.* (2008) de la negligencia padecida en la infancia²⁴. En cambio, según Hamby, Finkelhor y Turner (2012) el mejor predictor era haber experimentado castigo físico

¹⁴ HERBERT, A., *et al.* «Risk Factors for Intimate Partner Violence and Abuse among Adolescents and Young Adults: Findings from a UK Population-Based Cohort.» *Wellcome Open Research*, vol. 5, 2021, pp. 1-31.

¹⁵ REINGLE, J. M., *et al.* «On the Pervasiveness of Event-Specific Alcohol Use, General Substance Use, and Mental Health Problems as Risk Factors for Intimate Partner Violence», *Journal of Interpersonal Violence*, vol. 29, núm. 16, 2014, pp. 2951-70.

¹⁶ WYMBS, B. T., *et al.* «ADHD Symptoms as Risk Factors for Intimate Partner Violence Perpetration and Victimization», *Journal of Interpersonal Violence*, vol. 32, núm. 5, 2017, pp. 659-81.

¹⁷ LI, S., ZHAO, F. Y YU, G. «Childhood Maltreatment and Intimate Partner Violence Victimization: A Meta-Analysis», *Child Abuse and Neglect*, vol. 88, 2019, 212-24.

¹⁸ FIORILLO, D., *et al.* «The Relationship between Child Physical Abuse and Victimization in Dating Relationships: The Role of Experiential Avoidance.» *Psychological Trauma: Theory, Research, Practice, and Policy*, vol. 5, núm. 6, 2013, pp. 562-69.

¹⁹ RICHARDS, T. N., *et al.* «Intimate Partner Violence and the Overlap of Perpetration and Victimization: Considering the Influence of Physical, Sexual, and Emotional Abuse in Childhood.» *Child Abuse & Neglect*, vol. 67, 2017, pp. 240-48.

²⁰ ØRKE, E. C., *et al.* «Attachment Characteristics Among Women Victimized in No, One, and Multiple IPV Relationships: A Case-Control Study.» *Violence Against Women*, vol. 27, núm. 15-16, 2021, pp. 2945-70.

²¹ STITH, S. M., *et al.* «The Intergenerational Transmission of Spouse Abuse: A Meta-Analysis.» *Journal of Marriage and the Family*, vol. 62, núm. 3, 2000, pp. 640-654.

²² RENNER, L. M., y SLACK, K. S., «Intimate Partner Violence and Child Maltreatment: Understanding Intra- and Intergenerational Connections», *Child Abuse & Neglect*, vol. 30, núm. 6, (2006), 599-617.

²³ BERZENSKI, S. R., y TUPPETT M. Y., «A Developmental Process Analysis of the Contribution of Childhood Emotional Abuse to Relationship Violence». *Journal of Aggression, Maltreatment & Trauma*, vol. 19, núm. 2, 2010.

²⁴ WIDOM, C. S. *et al.* «Childhood Victimization and Lifetime Revictimization.» *Child Abuse & Neglect*, vol. 32, núm. 8, 2008, pp. 785-96.

infantil, que incrementaba la probabilidad de victimización adulta hasta un 174 %²⁵. También Parks, Kim, Day, Garza y Larkby (2011), en un estudio longitudinal con 477 mujeres, concluyeron que el riesgo de victimización de pareja era casi tres veces superior en mujeres con antecedentes infantiles de maltrato²⁶.

La explicación teórica de estos resultados se ha fundamentado generalmente en las teorías del aprendizaje social y de transmisión intergeneracional de la violencia en el seno de las familias. Según estas teorías, las futuras víctimas de violencia aprenderían desde una edad temprana que la violencia contra la mujer debe ser aceptada y normalizada en el seno de las familias y la relación de pareja. De este modo, se adquirirían patrones de comportamiento y pensamiento justificadores de la violencia, que podrían reactivarse posteriormente en el marco de su propia relación de pareja²⁷.

III. CARENCIAS DE APOYO SOCIAL

En la vigente propuesta las carencias de apoyo social harían referencia a los déficits educativos, de ayuda, afectivos, etc., que puede experimentar una persona en su familia, la escuela y la vida social en general, susceptibles de promover su mayor vulnerabilidad delictiva. Por ejemplo, ciertas características desfavorables en la familia de origen (conflictos, estilos educativos punitivos, etc.) pueden ser factores de riesgo que favorezcan una vulnerabilidad victimógena incrementada durante la adolescencia y la edad adulta. Linder y Collins (2005) encontraron que los estilos educativos paternos carentes de límites y control de conducta (más parecidos a una relación de amigos que a una de padres/hijos) se asociaban a una mayor probabilidad de ejercer o sufrir violencia de pareja a edades de 21-23 años, tanto para el caso de varones como de mujeres²⁸. Por el contrario, estilos parentales que com-

²⁵ HAMBY, S., *et al.* «Teen Dating Violence: Co-Occurrence with Other Victimization in the National Survey of Children's Exposure to Violence». *Psychology of Violence*, vol. 2, núm. 2, 2012, pp. 111-24.

²⁶ PARKS, S. E., *et al.* «Lifetime Self-Reported Victimization among Low-Income, Urban Women: The Relationship between Childhood Maltreatment and Adult Violent Victimization». *Journal of Interpersonal Violence*, vol. 26, núm. 6, 2011, pp. 1111-28.

²⁷ HERRERO, J., *et al.* «Child Abuse, Risk in Male Partner Selection, and Intimate Partner Violence Victimization of Women of the European Union.» *Prevention Science*, vol. 19, núm. 8, 2018, pp. 1102-12.

²⁸ LINDER, J. R., y COLLINS, W. A., «Parent and Peer Predictors of Physical Aggression and Conflict Management in Romantic Relationships in Early Adulthood». *Journal of Family Psychology*, vol. 19, núm. 2, 2005, pp. 252-62.

binan equilibradamente afecto y control de conducta han mostrado ser buenos protectores de victimización de pareja en la adolescencia^{29,30}.

Aunque vivir en el seno de una familia desestructurada podría también ser un predictor de futura victimización de pareja, en una revisión efectuada por Vézina y Hébert (2007) solo en ocho estudios, sobre un total de 61 publicados entre 1986 y 2006, se evidenció tal relación³¹. Sería necesaria, sin duda, una mayor investigación a este respecto.

El análisis de las influencias experimentadas en la escuela como posibles factores de riesgo para la victimización de género (p. e., en relación con la inseguridad percibida en el centro, la desvinculación de la escuela, las relaciones establecidas...) es asimismo un ámbito poco investigado hasta ahora; en contraste con el mayor conocimiento existente acerca de su valencia como factor de riesgo para la comisión de delitos. No obstante, según los datos disponibles, las adolescentes que son víctimas de violencia de pareja suelen presentar también más problemas disciplinarios en la escuela, aunque no necesariamente mayores dificultades académicas³². Por el contrario, la satisfacción y el buen rendimiento escolar se han mostrado sólidos factores de protección del maltrato^{33,34}.

Tener amigos delincuentes es posiblemente la variable mejor establecida como factor de riesgo para la conducta delictiva. Por ello sería lógico esperar que también constituyera un factor de riesgo para la victimización^{35,36}, como así ha mostrado ser. Por ejemplo, Capaldi *et al.* (2012), en una revisión

²⁹ HÉBERT, M., *et al.* «A Meta-Analysis of Risk and Protective Factors for Dating Violence Victimization: The Role of Family and Peer Interpersonal Context.» *Trauma, Violence, and Abuse*, vol. 20, núm. 4, 2019, pp. 574-90.

³⁰ DISHION, T. J., *et al.* «The Family Check-Up with High-Risk Young Adolescents: Preventing Early-Onset Substance Use by Parent Monitoring.» *Behavior Therapy*, vol. 34, 2003, pp. 553-71.

³¹ VÉZINA, J., y HÉBERT, M., «Risk Factors for Victimization in Romantic Relationships of Young Women: A Review of Empirical Studies and Implications for Prevention.» *Trauma, Violence, and Abuse*, vol. 8, núm. 1, 2007, pp. 33-66.

³² REUTERMAN, N. A., y BURCKY, W. D., «Dating Violence in High School: A Profile of the Victims.» *Psychology: Journal of Human Behavior*, vol. 26, núm. 4, 1989, pp. 1-5.

³³ HALPERN, C. T., *et al.* «Partner Violence Among Adolescents in Opposite-Sex Romantic Relationships: Findings From the National Longitudinal Study of Adolescent Health.» *American Journal of Public Health*, vol. 91, núm. 10, American Public Health Association, 2001, p. 1679.

³⁴ O'KEEFE, M., y TREISTER, L., «Victims of Dating Violence among High School Students: Are the Predictors Different for Males and Females?» *Violence Against Women*, vol. 4, núm. 2, 1998, pp. 195-223.

³⁵ DISHION, T. J., y PATTERSON, G. R., «The Development and Ecology of Antisocial Behavior in Children and Adolescents.» *Developmental Psychopathology: Risk, Disorder, and Adaptation*, New York, Willey, 2006, pp. 503-41.

³⁶ KUPERSMIDT, J. B., *et al.* «Similarity as the Basis for Children's Friendships: The Roles of Socio-metric Status, Aggressive and Withdrawn Behavior, Academic Achievement and Demographic Characteristics.» *Journal of Social and Personal Relationships*, vol. 12, núm. 3, 1995, pp. 439-52.

sistemática de más de 200 estudios³⁷, hallaron que tener amistades que habían sido agresores o víctimas de violencia de pareja en la juventud se asociaba firmemente a posteriores experiencias propias tanto de agresión como de victimización³⁸. Asociación evidenciada tanto para hombres como para mujeres. Asimismo, Schad *et al.* (2008) y Williams *et al.* (2008) observaron que tanto la agresión como la victimización en adolescentes podían predecirse mejor a partir del nivel de presión relacional ejercida por los amigos y la influencia grupal^{39,40}.

Por último, la investigación también ha concluido que, en general, el hecho de que las mujeres carezcan de apoyo en su contexto social (aislamiento, carencia de ayudas, desconexión de grupos o actividades de barrio, etc.) suele asociarse a su mayor riesgo de victimización^{41,42}.

IV. EXPOSICIÓN SITUACIONAL AL DELITO

La tercera fuente de riesgo para la victimización concierne a una mayor exposición de las personas a situaciones de oportunidad delictiva. Se ha documentado que variables como la cercanía a zonas de alta densidad delictiva, la proximidad entre personas o la desprotección de propiedades incrementan la probabilidad tanto de cometer delitos como de sufrirlos.

Sin embargo, la investigación específica sobre la posible exposición al delito de las víctimas de violencia de género ha sido hasta ahora escasa y no ha obtenido resultados consistentes⁴³. Jain *et al.* (2010), por ejemplo, no hallaron que la mayor «eficacia colectiva» de un barrio o comunidad (definida por su mayor cohesión y capacidad de control social, disposición de sus vecinos a intervenir en posibles situaciones violentas, etc.) fuera un factor de

³⁷ CAPALDI, D. M., *et al.* «A Systematic Review of Risk Factors for Intimate Partner Violence», *Partner Abuse*, vol. 3, núm. 2, 2012, pp. 231-80.

³⁸ ARRIAGA, X. B., y VANGIE A. F., «Adolescent Dating Violence: Do Adolescents Follow in Their Friends', Or Their Parents', Footsteps?», *Journal of Interpersonal Violence*, vol. 19, núm. 2, 2016, pp. 162-84.

³⁹ SCHAD, M. M., *et al.* «The Broader Context of Relational Aggression in Adolescent Romantic Relationships: Predictions from Peer Pressure and Links to Psychosocial Functioning», *Journal of Youth and Adolescence*, vol. 37, núm. 3, 2008, pp. 346-58.

⁴⁰ WILLIAMS, J. R., *et al.* «Female Perpetration of Violence in Heterosexual Intimate Relationships: Adolescence through Adulthood», *Trauma, Violence & Abuse*, vol. 9, núm. 4, 2008, p. 227.

⁴¹ HUANG, C. C., *et al.* «Prevalence and Factors of Domestic Violence among Unmarried Mothers with a Young Child», *Families in Society*, vol. 91, núm. 2, 2010, pp. 171-77.

⁴² VAN WYK, J. A., *et al.* «Detangling Individual, -Partner-, and Community-Level Correlates of Partner Violence», *Crime & Delinquency*, vol. 49, núm. 3, 2003, pp. 412-38.

⁴³ VAN WYK, J. A., *et al.* «Detangling Individual, -Partner-, and Community-Level Correlates of Partner Violence», vol. 49, núm. 3, 2003, pp. 412-38.

protección de la victimización de pareja en general, aunque sí del maltrato durante el noviazgo⁴⁴.

Como es sabido, la violencia de género podría estimularse en mayor o menor grado bajo la influencia de cada «macrosistema» social, en función de sus valores sociales y culturales, las actitudes ciudadanas frente a los roles de género, la existencia o no de leyes y políticas contra del maltrato y el grado de disponibilidad de recursos en esta materia. Por ejemplo, Meeker *et al.* (2020) analizaron la violencia de pareja en Guatemala y Honduras, países vecinos con múltiples características sociales compartidas. Pese a ello, observaron diferencias notables entre ambos en lo referido a la igualdad entre los miembros de la pareja, probablemente debido a las diferencias existentes en sus respectivos valores y normas sociales a este respecto⁴⁵.

Por su parte, Han y Choi (2021), en un amplio estudio sobre factores de riesgo vinculados a la violencia de pareja en Corea del Sur, analizaron entre otros cinco aspectos específicos del macro-sistema social: actitudes sobre los roles de género, concienciación de la comunidad en relación con esta violencia, actitudes sociales al respecto, conocimiento de las leyes y políticas vinculadas, y conocimiento de los servicios de apoyo. Hallaron una asociación significativa entre victimización y actitudes justificadoras de la violencia de género, observando que, por cada punto de empeoramiento de dichas actitudes, la media de victimización aumentaba 2,68 veces⁴⁶.

V. CONFLUENCIA Y POTENCIACIÓN RECÍPROCA ENTRE RIESGOS

Según lo razonado, resulta verosímil que la triple categorización de los riesgos criminógenos del Modelo TRD pueda constituir una estructura especular asimismo útil para describir las fuentes de riesgo que podrían favorecer la victimización delictiva: elementos personales de vulnerabilidad, carencias sociales experimentadas y una exposición delictiva incrementada. Los estudios revisados sobre violencia de pareja así parecen sugerirlo.

⁴⁴ JAIN, S., *et al.* «Neighborhood Predictors of Dating Violence Victimization and Perpetration in Young Adulthood: A Multilevel Study.» *American Journal of Public Health*, vol. 100, núm. 9, 2010, pp. 1737-44.

⁴⁵ MEEKER, K. A., *et al.* «Examining Risk Factors of Intimate Partner Violence Victimization in Central America: A Snapshot of Guatemala and Honduras.» *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, 2020, pp. 1-20.

⁴⁶ HAN, Y. R., y CHOI, H. Y., «Risk Factors Affecting Intimate Partner Violence Occurrence in South Korea: Findings from the 2016 Domestic Violence Survey», vol. 16, núm. 3, 2021, pp. 1-16.

Aparte de la triple categorización de los riesgos favorecedores del comportamiento delictivo, la tesis central del Modelo TRD es que su probabilidad aumentará cuando confluyan y se potencien entre ellos riesgos de distintas categorías o fuentes. Sería plausible que tal «potenciación recíproca» operase también entre fuentes de vulnerabilidad para sufrir delitos, con el resultado de que su confluencia (entre riesgos personales, sociales y situacionales) acreciese el riesgo de victimización. En un estudio de Caetano *et al.* (2020) se analizó la posible asociación entre la concurrencia de diversos factores de riesgo y la tasa de violencia experimentada a lo largo de 12 meses por víctimas de violencia de pareja⁴⁷. Se obtuvo que a mayor confluencia de correlatos de riesgo en una víctima mayor era la tasa de violencia sufrida: mientras que la presencia de un solo factor de riesgo incrementaba la probabilidad de maltrato 3.09 veces, la concurrencia de 4 a 7 factores de riesgo la aumentaba hasta 18.62 veces. Siendo este efecto potenciador aún mayor cuando el criterio de medida era la severidad de la violencia experimentada por las víctimas {un factor de riesgo [AOR (3.17); 95 % CI, 1.39-7.20; p<01]; cuatro a siete factores [AOR (20.61); 95 % CI, 9.11- 46.64; p<001]}.

Además, en este estudio los autores evaluaron múltiples factores de riesgo de victimización que, según hemos podido indagar, podrían agruparse en las tres fuentes de riesgo constitutivas de un posible modelo de *Triple Riesgo para la Victimización* (TRV). En todo caso, las hipótesis aquí formuladas son meramente tentativas y requeridas, por ello, de análisis más detenidos y profundos que permitan su verificación o refutación.

⁴⁷ CAETANO, R., *et al.* «Co-Occurrence of Multiple Risk Factors and Intimate Partner Violence in an Urban Emergency Department». *Western Journal of Emergency Medicine*, vol. 21, núm. 2, 2020, p. 282.

HACIA UNA TEORÍA DE LA COMUNICACIÓN EN DERECHO PENAL: A MODO DE INTRODUCCIÓN

FERNANDO GUANARTEME SÁNCHEZ LÁZARO*

I. SOBRE EL RAZONAMIENTO MOTIVADO

1. En un estudio relativo a las bases neuronales del razonamiento motivado, señalaban Westen *et al.* la importancia de la posición emocional del destinatario en la recepción del mensaje, hasta un punto que determina cerebralmente su reacción¹. En concreto, evidenciaban estos autores como el posicionamiento emocional del receptor, su proximidad emocional a un partido político, regulaba de forma implícita la forma en la que se conformaba cerebralmente su juicio al respecto, minimizando los aspectos negativos y maximizando los positivos de los mensajes, según su afinidad político-emocional. Este primer estudio resulta interesante para nuestra disciplina, por una parte, por su creciente dimensión mediática², y por otra, por la inherente dimensión política de lo criminal³.

* Catedrático de Derecho penal, Universidad de La Laguna.

Proyectos de investigación: «Derecho Penal y Comportamiento Humano» (RTI2018-097838-B-I00), IP: Eduardo Demetrio Crespo; «Crisis del Derecho penal del Estado de Derecho. Manifestaciones y tendencias» SBPLY/17/180501/000223, IP: Eduardo Demetrio Crespo, Alfonso Jaime García Figueroa y Gema Marcilla Córdoba; «Proyecto Nexo: DER2017-86204-R'», IP: Fernando Miró Llinares.

¹ WESTEN, D.; BLAGOV, P.; HARENSKI, K.; KILTS, C., y HAMANN, S., «Neural Bases of Motivated Reasoning: An fMRI Study of Emotional Constraints on Partisan Political Judgment in the 2004 US Presidential Election», *Journal of Cognitive Neuroscience*, vol. 18, núm. 11, 2006, pp. 1947 ss.

² Cfr. ya STRENG, F., «Modernes Sanktionenrecht?», *ZStW*, vol. 111, 1999, pp. 833 ss.

³ Ilustrativo ROXIN, C., *Política criminal y sistema del Derecho penal*, Barcelona (Bosch), 1972, *passim*.

Para la realización de este experimento, se seleccionó a 30 ciudadanos norteamericanos, varones, comprometidos políticamente con un partido, de forma paritaria: 15 demócratas y 15 republicanos, en un marco temporal preciso: las elecciones presidenciales norteamericanas del año 2004, en las que concurrían respectivamente John F. Kerry y George W. Bush⁴. Los seleccionados debían realizar tareas de razonamiento en forma de juicios y evaluación de información concerniente a su candidato, al candidato contrario o sobre personas neutrales que se introducía a efectos de control, p. ej., el actor Tom Hanks. De este modo, se presentaban diapositivas que evidenciaban claras contradicciones entre lo declarado –las palabras– y lo actuado –la conducta– de una de estas personas (diapositiva 1: declaración, y diapositiva 2: contradicción) y a continuación se les inquiría sobre la eventual contradicción de las dos diapositivas anteriores y su valoración (diapositiva 3: consideración 1, y diapositiva 4: evaluación del grado de contradicción). Seguidamente, la diapositiva 5 mostraba un enunciado exculpatorio que justificaba lógicamente la inconsistencia de las diapositivas 1 y 2; preguntando en la diapositiva 6, si las declaraciones y acciones expuestas no eran quizá tan incoherentes como aparentaban en un primer momento (consideración 2). De modo que se concluía con la diapositiva 7, que solicitaba una nueva evaluación (evaluación 2), sobre la medida en que estaban de acuerdo con esa última aserción (diapositiva 5)⁵.

2. En relación con los resultados, se concluyó, con carácter general, que los simpatizantes de uno y otro partido se mostraban sustancialmente más dispuestos a aceptar las declaraciones exculpatorias del candidato propio, que las del contrario, sin que mostrasen diferencias significativas en relación con los personajes políticamente neutrales. Pero, en particular, en relación con el presente estudio, resultó de interés las valoraciones emitidas como respuesta a las diapositivas 3, 4, 6 y 7, en cuanto razonamientos en los que se evidencia como la emoción subyacente, la simpatía por los candidatos Bush o Kerry, fungía como elemento de regulación implícito de los mismos, hablándose, en este sentido, de una forma de razonamiento, motivado («motivated reasoning»), neuronalmente asociado con activaciones en el cortex ventromedial prefrontal, cortex cingulado, cortex insular y cortex lateral orbital. Con otras palabras, una forma de razonamiento vinculado a una actividad neuronal que acontece en regiones cerebrales distintas de las relacionadas con el razonamiento no motivado («cold reasoning»)⁶. De modo que

⁴ Cfr. WESTEN, D. *et al.*, *Journal of Cognitive Neuroscience*, vol. 18, núm. 11, 2006, pp. 1948 s., 1956.

⁵ WESTEN, D. *et al.*, *Journal of Cognitive Neuroscience*, vol. 18, núm. 11, 2006, pp. 1948 ss.

⁶ WESTEN, D. *et al.*, *Journal of Cognitive Neuroscience*, vol. 18, núm. 11, 2006, pp. 1947, 1948, 1951 ss., 1955 ss.; en relación con la disonancia cognitiva, igualmente cfr. IZUMA K.; MATSUMOTO M.;

evidencia, ya a nivel neuronal, una forma de razonamiento cualitativamente distinta de la que acontece cuando la persona no tiene una vinculación emocional con la materia en cuestión.

Se trata, en este sentido, de esquemas neuronales de respuesta ante situaciones emocionalmente relevantes, que resuelven estas satisfaciendo tanto los controles cognitivos, maximizando la adecuación de la solución adoptada a los hechos, como los controles emocionales, acentuando el efecto positivo y minimizando el negativo de la concreta solución. Razonamiento motivado que se correlaciona, igualmente, con una mayor resistencia de la persona frente a eventuales cambios de opinión⁷.

II. SOBRE EL EFECTO DUNNING-KRUGER

1. Ello se ha relacionado, más recientemente, con el denominado efecto Dunning/Kruger, esto es, la tendencia de las personas menos hábiles a sobrevalorar las propias habilidades, tanto en el plano social como intelectual. Sobrevaloración que las expone a decidir y actuar en consecuencia: erróneamente, al tiempo que dificulta el reconocimiento del –propio– error⁸. Se evidencia así, una correlación entre la capacidad cognitiva que permite alcanzar la corrección en la formulación de los juicios, y la capacidad metacognitiva de reconocer tal corrección.

En ese otro estudio, los participantes realizaban una serie de test que evaluaban sus habilidades en campos donde el conocimiento, saber o perspicacia («savvy»), resultaba crucial para la solución de los mismos: humor, razonamiento lógico y gramática inglesa. Seguidamente, se les invitaba a evaluar su habilidad y el test realizado, concluyéndose en el sentido avanzado: la ignorancia

MURAYAMA K.; SAMEJIMA K.; SADATO N., y MATSUMOTO K., «Neural correlates of cognitive dissonance and choice-induced preference change», *PNAS*, vol. 107, núm. 51, 2010, pp. 22014 ss., 22018. Por lo demás, ilustrativo MCINTYRE L., *Posverdad*, Madrid. (Cátedra), 2018, pp. 64 ss., 69 ss., 72 ss.

⁷ Cfr. WESTEN D., *et al.*, *Journal of Cognitive Neuroscience*, vol. 18, núm. 11, 2006, p. 1956.

⁸ KRUGER, J., y DUNNING, D., «Unskilled and Unaware of It: How Difficulties in Recognizing One's Own Incompetence Lead to Inflated Self-Assessments», *Journal of Personality and Social Psychology*, vol. 77, núm. 6, 1999, pp. 1121 ss.; con ulteriores referencias, ANSON, I. G., «Partisanship, Political Knowledge, and the Dunning-Kruger Effect», *Political Psychology*, vol. 39, núm. 5, 2018, p. 1173; SCHLÖSSER, T.; DUNNING, D.; JOHNSON; K. L. y KRUGER, J., «How unaware are the unskilled? Empirical tests of the “signal extraction” counterexplanation for the Dunning-Kruger effect in self-evaluation of performance», *Journal of Economic Psychology*, vol. 39, 2013, p. 86, así como críticamente, 87 ss.; PENNYCOOK, G.; ROSS, R. M.; KOEHLER, D. J., y FUGELSANG, J. A., «Dunning-Kruger effects in reasoning: Theoretical implications of the failure to recognize incompetence», *Psychon Bull Rev*, núm. 24, 2017, pp. 1774 s., 1776 ss.

afecta tanto a la decisión a adoptar, como, posteriormente, a su apreciación⁹; señalando la formación como vía de superación¹⁰.

2. En relación con el razonamiento motivado, más recientemente apuntaba Anson como las identidades partidistas acentúan este efecto —«Dunning-Kruger»— en las personas con conocimientos políticos moderadamente bajos. En concreto, en los destinatarios de este perfil, el partidismo generaba una suerte de «pantalla perceptiva» que aumenta la probabilidad de creer los estereotipos políticos afines, al tiempo que reducía, correlativamente, la disponibilidad a creer narrativas críticas¹¹. Ello se traduce en un sesgo del conocimiento político, tanto propio como ajeno y, con ello, en una sucesiva acentuación emocional de la sobrevaloración¹².

3. En este otro estudio, se diseñaron dos encuestas para medir el conocimiento político propio y de correlativos pares¹³. Seguidamente, se manipuló la ascendencia del elemento partidista mediante la introducción de señales que apelasen al mismo, resultando la incidencia del partidismo en una exacerbación de la brecha entre el nivel de conocimiento político que se presume poseer y el que en efecto se dispone, en relación con los encuestados con un nivel de conocimiento político moderadamente bajo¹⁴.

Tal sobreestimación se manifestó asimismo en la evaluación del conocimiento político de los pares, tanto del partido propio como del contrario¹⁵. Si bien no se advirtió particular incidencia en relación con los participantes con nivel de conocimiento extremadamente bajo, apuntándose, en relación con estos últimos, que a partir de un nivel de carencia se pierde la capacidad de percibir la significación política de la cuestión¹⁶.

⁹ KRUGER, J., y DUNNING, D., *Journal of Personality and Social Psychology*, vol. 77, núm. 6, 1999, p. 1122 ss., 1125 ss., 1127 ss.; más recientemente, también, PENNYCOOK, G. et al., *Psychon Bull Rev*, núm. 24, 2017, pp. 1774 ss., 1777 ss., señalando, en particular, en p. 1775: «that intuitive reasoners strongly overestimate their performance relative to deliberative reasoners», asimismo v. pp. 1782 s. Por lo demás, SCHLÖSSER, T. et al., *Journal of Economic Psychology*, vol. 39, 2013, p. 98; MCINTYRE, L., 2018, pp. 64 ss., 69 ss., 72 ss., 74 ss.

¹⁰ KRUGER, J., y DUNNING, D., *Journal of Personality and Social Psychology*, vol. 77, núm. 6, 1999, p. 1131; SCHLÖSSER, T. et al., *Journal of Economic Psychology*, vol. 39, 2013, p. 99.

¹¹ ANSON, I. G., *Political Psychology*, vol. 39, núm. 5, 2018, pp. 1174 s., apuntando como «those who suffer from correlational neglect will exhibit strengthened partisanship, ideological extremism, and increased voter turnout»; así como, en 1176, «In order to serve directional (partisan-motivated) considerations, partisans develop and maintain a “preferred-world state” which operates through wishful thinking in the realm of predictions and assessments... This preferred interpretation of reality causes partisans to develop a set of beliefs which contrast with objective appraisals of reality».

¹² ANSON, I. G., *Political Psychology*, vol. 39, núm. 5, 2018, p. 1174; en relación con el razonamiento analítico PENNYCOOK, G. et al., *Psychon Bull Rev*, núm. 24, 2017, p. 1782.

¹³ Cfr. ANSON, I. G., *Political Psychology*, vol. 39, núm. 5, 2018, pp. 1174 s., en detalle 1179 ss.

¹⁴ Cfr. ANSON, I. G., *Political Psychology*, vol. 39, núm. 5, 2018, p. 1181, además de la propia infravaloración por parte de quienes mostraron los niveles de conocimiento más alto.

¹⁵ Cfr. ANSON, I. G., *Political Psychology*, vol. 39, núm. 5, 2018, pp. 1174, 1177, 1189.

¹⁶ ANSON, I. G., *Political Psychology*, vol. 39, núm. 5, 2018, pp. 1177 ss., 1185. Por lo demás, concluyendo: «that part of the reason why debates in areas such as politics are often futile is because

III. VISTA Y COMUNICACIÓN

1. Recientemente, también, se evidenciaba la importancia de la vista («eye gaze») en el procesamiento lingüístico, en general, y en la resolución de cuestiones morales complejas, en particular¹⁷, hasta el punto que determina la formulación de juicios morales distintos, sobre la base de la misma información material.

2. En este experimento, los participantes se sentaban frente a un ordenador, mientras se monitorizaba el movimiento de sus ojos y escuchaban juicios del tenor: «a veces, matar es justificable». A continuación, se les mostraba en la pantalla, simultáneamente dos posibles respuestas: «a veces justificable» y «nunca justificable», debiendo escoger la alternativa que considerasen moralmente –más– correcta¹⁸. Los participantes disponían de un periodo de tiempo breve, pero aleatorio, para observar las alternativas, después del cual se ocultaban estas para que indicasen la respuesta. De interés resultó, por un lado, la confirmación de la mirada como ventana del proceso de decisión subyacente, pero, particularmente, por otro, la importancia de la vista en la resolución de cuestiones morales como la señalada, hasta el punto de que permite influenciar las mismas, las decisiones adoptadas, por los patrones de fijación de los ojos, sin necesidad de ulterior información¹⁹.

En este segundo sentido, se concluyó que un 56,64 % de los participantes escogían la alternativa más vista durante el tiempo de respuesta, también que cuando escogían esta, precisaban de menor tiempo para responder y mostraban una mayor seguridad²⁰. Hipótesis que llevó a los autores, a manipular los tiempos de exposición de las distintas respuestas para sintetizar su influencia en la conformación de la decisión. De esta otra forma, se conminaba a decidir al participante cuando la alternativa aleatoriamente escogida había superado un tiempo mínimo de observación de 750 ms, mientras que la segunda, al menos de 250 ms, resultando nuevamente que la mayoría de los participantes, un 58,21 %, seleccionaban la alternativa previa y aleatoriamente escogida por los investigadores, precisando asimismo de menor tiempo de respuesta, y mostrando una confianza significativamente mayor, sin ser conscientes de tal manipulación.

those... most likely to be biased are also the least likely to recognize their bias», PENNYCOOK, G., *et al.*, *Psychon Bull Rev*, núm. 24, 2017, p. 1783.

¹⁷ PÄRNAMETS, P.; JOHANSSON, P.; HALL, L.; BALKENIUS, C.; SPIVEY, M. J., y RICHARDSON, D. C., «Biasing moral decisions by exploiting the dynamics of eye gaze», *PNAS*, vol. 112, núm. 13, 2015, pp. 4170 ss.

¹⁸ PÄRNAMETS, P., *et al.*, *PNAS*, vol. 112, núm. 13, 2015, pp. 4170, 4174 s.

¹⁹ PÄRNAMETS, P., *et al.*, *PNAS*, vol. 112, núm. 13, 2015, pp. 4170 ss.

²⁰ PÄRNAMETS, P., *et al.*, *PNAS*, vol. 112, núm. 13, 2015, p. 4171, tiempo de respuesta que se concluía cuando una de las dos alternativas había sido observada al menos durante 750 ms y la otra al menos 250 ms.

3. Finalmente, en un tercer experimento, se interrumpía el proceso decisorio de los participantes, incluyendo la posibilidad de indicar su decisión de forma anticipada, y se añadía una escala triádica para la medición de la importancia atribuida a la cuestión moral debatida y su grado de comprensión, para descartar sesgos de desinterés y entendimiento²¹. Los resultados evidenciaron, en la línea avanzada, una mayor confianza en relación con la alternativa escogida por los investigadores, tanto por parte de quienes respondieron anticipadamente 20,9%, como por parte del 79,1% restante que agotó el tiempo de decisión, mientras que el 55,37% de los participantes atribuyó a las cuestiones expuestas un alto nivel de importancia, no evidenciándose diferencias sustanciales de comprensión. Resultados que apuntaban al momento de observación de la respuesta como una importante herramienta para cambiar el curso de la decisión²².

IV. EVALUACIÓN Y COMUNICACIÓN

1. Finalmente, también, cabe señalar las aproximaciones neurocientíficas a la psicología cognitiva de la audiencia y la optimización de la comunicación, así como la correlación entre el movimiento de los ojos y los índices de audiencia, proponiendo como criterios para una mejor predicción de estas, el número de fijaciones visuales de los espectadores (*number of fixation points*) así como el tiempo previo a la primera fijación²³.

V. HACIA UNA TEORÍA DE LA COMUNICACIÓN EN DERECHO PENAL: A MODO DE INTRODUCCIÓN

1. En un artículo del año 2015, señalaba Claus *Roxin* la prevención como «punto de partida de toda justificación del Derecho penal»²⁴, matizando, se-

²¹ PÄRNAMETS, P., *et al.*, *PNAS*, vol. 112, núm. 13, 2015, pp. 4171, 4174 s.

²² PÄRNAMETS, P., *et al.*, *PNAS*, vol. 112, núm. 13, 2015, pp. 4172, 4174: «moral choices are no different from their preferential and perceptual counterparts; they are highly constrained and coupled to the immediate environment through sensory interaction. The same general perception– action loop process... that allows us to update motor plans based on the latest information in the environment for grasping a mug or for walking through a crowd might also play an important role for making moral choices. Although such moral decisions can be debated at leisure after the fact, they are often made in the moment. We find that the precise timing of those moments can be a powerful influence on the choices that we make». Por lo demás, FREITAS, J. de, y ALVAREZ, G. A., «Your visual system provides all the information you need to make moral judgments about generic visual events», *Cognition*, núm. 178, 2018, pp. 133 ss., 142 ss.

²³ CHEN, X., y ZHANG, F., «Evaluation of News Communication Effect Based On Cognitive Neuroscience», *Translational Neuroscience*, 10, 2019, pp. 31, 33 ss., 35.

²⁴ ROXIN, C., «Prävention, Tadel und Verantwortung-Zur neuesten Strafzweckdiskussion», *GA*, vol. 162, núm. 4, 2015, pp. 190 s., 202.

guidamente, las distintas formas de esta: «cabe diferenciar primeramente entre la prevención especial y la general, esto es, entre la incidencia en el autor y en la generalidad». Mientras que, en relación con esta segunda, entre «la prevención general negativa y positiva. La negativa consiste en el influjo disuasorio que ejerce el sistema de justicia penal sobre la generalidad», y la positiva «en el fortalecimiento de la conciencia jurídica de la sociedad», dentro de la cual diferencia sucesivamente, entre «el “efecto de aprendizaje”, conseguido a través de la función pública del sistema de justicia criminal...», el “efecto de confianza”, que resulta cuando el ciudadano ve que el Derecho se impone, y el “efecto de pacificación”, que se consigue cuando se tranquiliza la conciencia jurídica general mediante la sanción de la infracción jurídica y considera resuelto el conflicto con el autor»²⁵. Roxin apuntaba seguidamente las limitaciones de su planteamiento: «la eficacia preventiva del Derecho penal, desde las ciencias sociales (*sozialwissenschaftlich*), apenas puede evidenciarse»²⁶; si bien no extrae particulares consecuencias, y concluye: «la pena sirve a todos los fines de prevención general..., positiva y negativa, relevantes en el caso concreto»²⁷.

2. El maestro alemán concibe así, la prevención, como una suerte de reacción cognitiva, emocional y conductual del ciudadano al mensaje emitido por el sistema de justicia criminal: «efecto de aprendizaje», efecto de «confianza», efecto de «pacificación», «influjo disuasorio». Sin embargo, al reconocer la falta de evidencias científicas, el maestro alemán explicita igualmente el proceder al uso en nuestra disciplina, donde se asignan «normativamente a la pena funciones que nos gustaría que cumpliera, pero sin reparar en si puede realmente hacerlo», sin ulterior sustento «por parte de las ciencias sociales», de modo que teoriza «en el aire»²⁸. Construcciones teóricas en el aire que se revelan falaces en su práctica, en cuanto recursos teóricos que travisten «de argumento aquello que requiere ser argumentado» (STS 522/2018, de 5 de noviembre, fundamento de derecho tercero). Y prevención, que no es

²⁵ ROXIN, C., *GA*, vol. 162, núm. 4, 2015, pp. 190, 202. Con ulteriores referencias GOECKENJAN, I., «Überprüfung von Straftatbeständen anhand des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes: überfällige Inventur oder Irrweg?», en: *Verhältnismäßigkeit-Zur Tragfähigkeit eines verfassungsrechtlichen Schlüsselkonzepts*, Tübingen, (Mohr Siebeck), 2015, 203, señalando como la construcción contrafáctica de las hipótesis las inmuniza frente a su falseamiento. Sobre la dificultad de estas distinciones, en la práctica BACHMANN, M., y GOECK, F., «Ein Blick in den Abgrund?-Strafrecht auf dem Prüfstand von Verfassung und Kriminologie», en: *Strafrecht und Verfassung*, Baden-Baden (Nomos), 2013, p. 50. Por lo demás, DEMETRIO CRESPO, E., *Prevención general e individualización judicial de la pena*, 2.ª ed., Buenos Aires (B de F), 2016, pp. 36 ss., 105 ss.

²⁶ ROXIN, C., *GA*, vol. 162, núm. 4, 2015, p. 191.

²⁷ ROXIN, C., *GA*, vol. 162, núm. 4, 2015, p. 202.

²⁸ MOLINA FERNÁNDEZ, F., «Prólogo», en RODRÍGUEZ HORCAJO, D., *Comportamiento humano y pena estatal: disuasión, cooperación y equidad*, Madrid (Marcial Pons), 2016, p. 19; en la misma línea RODRÍGUEZ HORCAJO, D., 2016, *passim*.

más que una de las eventuales reacciones conductuales de un previo y complejo proceso de comunicación.

3. Ello se concreta, en la práctica, en un déficit de fundamento de las decisiones a las que sirven como argumento, en tanto que razones falaces, que dejan como sustento material último de la aplicación del Derecho, no las ideas que sólo en apariencia expresan, relativas a los efectos comunicativos de este: «efecto de aprendizaje», «efecto de confianza», «efecto de pacificación»; sino la mera voluntad de su aplicación²⁹. Pues materialmente, las construcciones en el aire no encierran más que eso: aire, palabrería vacía, si se quiere (parafraseando la crítica de Schopenhauer a los planteamientos idealistas: «Und doch spurt sie noch immer in den Schriften vieler Rechtslehrer, unter allerlei vornehmen Phrasen, die auf leeren Wortkram hinauslaufen»³⁰), en la que, sin ulterior evidencia, se agotan necesariamente las citadas alusiones a la prevención.

4. Frente a ello, desde la teoría de la comunicación, se señala la creciente importancia del contexto comunicativo en la conformación del mensaje, el desplazamiento de la prensa y los medios de información por las redes sociales, el rechazo y desacreditación de la ciencia en el discurso público, en un inquietante trasfondo histórico de relativización y superación del concepto de verdad³¹.

5. En este sentido, apuntaba ya Streng la tendencia a una legislación penal que antepone la finalidad comunicativa a la realidad estadística o su aplicabilidad³². También las consecuencias del tratamiento sensacionalista y emocional de la criminalidad, en el discurso público, que abre la vía a una

²⁹ Ilustrativo AAP Madrid 518/2019, de 28.6, justificando la necesidad de cumplimiento efectivo de la pena, en su fundamento de derecho segundo, en el restablecimiento de «la confianza en la norma jurídica infringida... al haber infringido la "fidelidad a la norma" (JAKOBS)... desempeñando la pena a cumplir una función "expresiva y comunicativa" (KINDHAUSER) en el marco de la prevención general».

³⁰ SCHOPENHAUER, A., *Die Welt als Wille und Vorstellung*. Erster Band. Dritte, verbesserte und beträchtlich vermehrte Auflage, Leipzig (F. A. Brockhaus), 1859, p. 411.

³¹ Con carácter general MCINTYRE, L., 2018, pp. 63 ss., 69 ss. Con ulteriores referencias INNES, M., «Techniques of disinformation: Constructing and communicating "soft facts" after terrorism», *The British Journal of Sociology*, vol. 71, núm. 2, 2020, pp. 284 ss.; IYENGAR, S., y MASSEY, D., «Scientific communication in a post-truth society», *PNAS*, vol. 116, núm. 16, 2019, pp. 7658 s.; MAURER, M.; JOST, P.; PFOH, M.; PORATH, M., y WILKE, L., «Motivierte Zweifel. Wie die Voreinstellungen der Rezipienten zum Berichterstattungsgegenstand ihre Wahrnehmung der Medienglaubwürdigkeit beeinflussen», *Medien & Kommunikationswissenschaft*, vol. 66, núm. 3, 2018, pp. 302 ss.; NEUBERGER, C.; BARTSCH, A.; REINEMANN, C.; FRÖHLICH, R.; HANITZSCH, T.; y SCHINDLER, J., «Der digitale Wandel der Wissensordnung. Theorierahmen für die Analyse von Wahrheit, Wissen und Rationalität in der öffentlichen Kommunikation», *Medien & Kommunikationswissenschaft*, vol. 67, núm. 2, 2019, pp. 167 ss. Por lo demás LÖFFELHOLZ, M., y QUANDT, T., «Kommunikationswissenschaft im Wandel», en Löffelholz M. y Quandt T. (eds.), *Die neue Kommunikationswissenschaft*, Wiesbaden (Westdeutscher Vlg.), 2003, pp. 13 ss.

³² STRENG, F., *ZStW*, vol. 111, 1999, pp. 833 ss., 837: «Es ging und geht dabei um symbolisches Strafrecht der bedenkenlosen Art, nämlich um eines, das zugunsten politischer Erklärungen an die Bürger die Handhabbarkeit des Rechts in der Praxis gefährdet».

legislación publicitaria que persigue primeramente la reacción de un público, en un marco discursivo tan desinformado como emocional³³. En esta línea, cabe señalar igualmente la LO 8/2006, de 4 de diciembre, por la que se modifica la LO 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, cuya exposición de motivos anteponía razones comunicativas a estadísticas: «afortunadamente, no han aumentado significativamente los delitos de carácter violento, aunque los realmente acontecidos han tenido un fuerte impacto social», o, más recientemente, el Anteproyecto de Ley Orgánica de modificación del Código penal para la protección de la libertad sexual de las ciudadanas y los ciudadanos, que «persigue, en primer término, visibilizar la gravedad de estas infracciones, para lo cual se suprime el concepto de “abuso sexual”, que no transmite adecuadamente el carácter coactivo y agresivo de todo comportamiento sexual que se impone a otra persona contra su voluntad», así como «focalizar la sanción siempre en penas privativas de libertad que visibilizan igualmente mejor la dimensión del reproche social»³⁴.

6. En este contexto, lo avanzado en I evidencia la importancia del componente emocional en el proceso de comunicación, tanto en la conformación del mensaje como en su recepción. De modo que cuando se comenta una decisión judicial en términos como los expresados por nuestro presidente del gobierno: «fue una violación. El fallo del Supremo sobre La Manada así lo confirma. Sólo sí es sí. España sigue avanzando en la protección de los derechos y libertades de las mujeres, y no se va a detener. Porque la creímos, porque os creemos. Porque os queremos vivas, libres, sin miedo»³⁵; no se propicia tanto una discusión racional al respecto, como interacciones de igual carácter: emocional³⁶. Interacciones que se asocian neuronalmente con activaciones en el cortex ventromedial prefrontal, cortex cingulado anterior

³³ STRENG, F., *ZStW*, vol. 111, 1999, p. 857: «Da in den Massenmedien..., weniger Fragen gestellt als schnelle Antworten gegeben bzw. eingefordert werden und Erfolg in der Politik demoskopisch oder gar, im Vorgriff auf mögliche Publikumsreaktionen, an den Reaktionen der Medien gemessen wird, ist der Weg zu publicity-orientierter Gesetzgebung vorgebahnt. Es geht um eine schnelle, politische Handlungsfähigkeit signalisierende Beruhigung der zunächst in den Medien, auflagen “und einschaltquotenträchtig” ins Bild gesetzten und derart desinformierten Öffentlichkeit»; por lo demás, también LAUBENTHAL, K., «Die Renaissance der Sicherungsverwahrung», *ZStW*, vol. 116, 2004, pp. 703 ss.; en relación con la ley italiana de 13 de febrero 2006, núm. 59, de modificación del CP en materia del derecho a la autotutela en un domicilio privado, cfr. MILITELLO, V., «La proporzione nella nuova legittima difesa: morte o trasfigurazione?», *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2006, pp. 826 ss., 830, contextualizando la reforma «nel pieno del vivo dibattito pubblico sui limiti della difesa legittima».

³⁴ Apartados II y III, por lo demás, v. Díez RIPOLLÉS, J. L., «Alegato contra un derecho penal sexual identitario», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 21-10, 2019, pp. 1 ss., a quien agradezco la facilitación del Anteproyecto.

³⁵ https://www.infolibre.es/noticias/politica/2019/06/21/garzon_sanchez_errejon_apoyan_decision_condenar_los_miembros_manada_por_delito_violacion_96265_1012.html.

³⁶ Cfr. WESTEN, D., et al., *Journal of Cognitive Neuroscience*, vol. 18, núm. 11, 2006, pp. 1947 ss.

y posterior, cortex insular y cortex lateral orbital³⁷. Mensaje y recepción emocionales que ofrecen resistencia frente a informaciones discordantes y cambios de opinión³⁸.

7. Esto último se acentúa, particularmente, en los destinatarios con mayores carencias formativas, en tanto que, como vimos en II, carecen de las habilidades metacognitivas necesarias para advertir el error propio³⁹. Se apunta, asimismo, la importancia de la vista, de la información transmitida visualmente, en la comprensión de los mensajes, y en la toma de posición, incluso, sobre cuestiones morales complejas⁴⁰, así como instrumento para medir la calidad de la comunicación⁴¹. Ello debiera llevarnos, primeramente, a cuestionar formatos y contenidos en la conformación de los mensajes que emite nuestro sistema de justicia. Pero en el marco de una teoría científica de la comunicación.

8. Se trata, en este sentido, de que cuando se concibe la comunicación como un proceso relacional de creación e interpretación de mensajes orientados a respuestas⁴², se esboza un primer marco de la teoría al respecto. Se trata del mensaje, de su creación, emisión, recepción e interpretación, en consecuencia. También del proceso relacional entre los distintos actores del acto comunicativo, así como la reacción cognitiva, emocional o/y conductual del receptor. Pero, en particular, en relación con nuestra disciplina, y con las concepciones preventivas de la pena, interesa la correlación entre esta, la pena en cuanto acto comunicativo, y la reacción de los receptores del mensaje, así como de su adecuación con las correspondientes expectativas preventivas de creador o/y emisor⁴³, tanto en relación con el discurso legislativo como en el de aplicación.

9. Y ello, en el presente contexto, que apremia a dejar de teorizar sin evidencias, pero no sólo sobre la pena y sus supuestos efectos de aprendizaje, confianza y disuasión. También sobre cuestiones de tipicidad, como la

³⁷ WESTEN, D., *et al.*, *Journal of Cognitive Neuroscience*, vol. 18, núm. 11, 2006, pp. 1951 ss.; con respecto a la disonancia cognitiva, cfr. IZUMA, K., *et al.*, *PNAS*, vol. 107, núm. 51, 2010, pp. 22014 ss., 22018.

³⁸ Cfr. MAURER, M., *et al.*, *Medien & Kommunikationswissenschaft*, vol. 66, núm. 3, 2018, pp. 302 ss.; WESTEN, D. *et al.*, *Journal of Cognitive Neuroscience*, vol. 18, núm. 11, 2006, p. 1956. Por lo demás, ilustrativo ANSON, I. G., *Political Psychology*, vol. 39, núm. 5, 2018, p. 1176: «partisans often hold remarkably hostile feelings for the opposition (so-called “negative partisanship”)».

³⁹ KRUGER, J., y DUNNING, D., *Journal of Personality and Social Psychology*, vol. 77, núm. 6, 1999, pp. 1121 ss., 1128 ss., 1131; más recientemente, SCHLÖSSER, T. *et al.*, *Journal of Economic Psychology*, vol. 39, 2013, p. 99; con ulteriores referencias, ANSON, I. G., *Political Psychology*, vol. 39, núm. 5, 2018, p. 1173.

⁴⁰ PÄRNAMETS, P. *et al.*, *PNAS*, vol. 112, núm. 13, 2015, pp. 4170 ss., 4173.

⁴¹ CHEN, X., y ZHANG, F., *Translational Neuroscience*, 10, 2019, pp. 31 ss.

⁴² GRIFFIN, E., *A first look at communication theory*, 8.^a ed., New York (McGraw-Hill), 2011, pp. 6 ss.

⁴³ Cfr. GRIFFIN, E., 2011, pp. 8 s.; en nuestra disciplina RODRÍGUEZ HORCAJO, D., 2016, pp. 87 ss.

comentada por nuestro presidente del gobierno: «fue una violación. El fallo del Supremo sobre La Manada así lo confirma»⁴⁴. En esta otra línea, cabe señalar nuevamente el interés de los estudios sobre las bases neuronales del razonamiento motivado, para una mejor comprensión de estos mensajes, de lo que, en efecto, transmiten los mismos. O las sugerencias para una mayor eficiencia comunicativa: oraciones cortas o adecuar código y narrativa al receptor, entre otras⁴⁵. En particular, por la creciente hostilidad hacia la ciencia, no sólo la jurídica, y la deriva populista del discurso público, en general⁴⁶.

⁴⁴ https://www.infolibre.es/noticias/politica/2019/06/21/garzon_sanchez_errejon_apoyan_decision_condenar_los_miembros_manada_por_delito_violacion_96265_1012.html.

⁴⁵ DAHLSTROM, M. F., «The narrative truth about scientific misinformation», *PNAS*, vol. 118, núm. 15 e 1914085117, 2021, pp. 1 ss.; TADDICKEN, M.; WICKE, N., y WILLEMS, K., «Verständlich und kompetent? Eine Echtzeitanalyse der Wahrnehmung und Beurteilung von Expert*innen in der Wissenschaftskommunikation», *Medien & Kommunikationswissenschaft*, vol. 68, núm. 1-2, 2020, pp. 50 ss., 54 s., 63 ss.; VAN DER BLES, A.; VAN DER LINDEN, S.; FREEMAN, A., y SPIEGELHALTER, D., «The effects of communicating uncertainty on public trust in facts and numbers», *PNAS*, vol. 117, núm. 14, 2020, pp. 7672 ff., 7680, todos ellos con ulteriores referencias.

⁴⁶ En este sentido ya STRENG, F., *ZStW*, vol. 111, 1999, pp. 857 ss.: más recientemente VALDÉS VILLANUEVA, L. M., «Presentación», en: MCINTYRE, L.: *Posverdad*, Madrid (Cátedra), 2018, pp. 13 s.; NEUBERGER, C., *et al.*, *Medien & Kommunikationswissenschaft*, vol. 67, núm. 2, 2019, p. 178; SCHINDLER, J.; FORTKORD, C.; POSTHUMUS, L.; OBERMALER, M.; FAWZI, N., y REINEMANN, C., «Woher kommt und wozu führt Medienfeindlichkeit? Zum Zusammenhang von populistischen Einstellung, Medienfeindlichkeit, negativen Emotionen und Partizipation», *Medien & Kommunikationswissenschaft*, vol. 66, núm. 3, 2018, pp. 283 ss.; sobre la urgencia de multidisciplinariedad LAZER, D.; BAUM, M.; BENKLER, Y.; BERINSKY, A.; GREENHILL, K.; MENCZER, F.; METZGER, M.; NYHAM, B.; PENNYCOOK, G.; ROTHSCCHILD, D.; SCHUDSON, M.; SLOMAN, S.; SUNSTEIN, C.; THORSON, E.; WATTS, D., y ZITTRAIN, J., «The Science of fake news», *Science*, vol. 359, núm. 6380, 2018, p. 1096.

LA RENUNCIA A LA PRESCRIPCIÓN DEL DELITO: ¿UN INSTRUMENTO ÚTIL DE PROTECCIÓN DEL HONOR? (A PROPÓSITO DEL ARTÍCULO 157.7 DEL CP ITALIANO)

DULCE M. SANTANA VEGA*

I. CONSIDERACIONES GENERALES PREVIAS

No en todos los sistemas jurídicos se recoge el instituto de la prescripción. De hecho, no faltan autores que sostienen que la imprescriptibilidad de los delitos o las penas o, simplemente, la no previsión de la figura de la prescripción en un sistema penal no constituye ningún inconveniente y satisfaría las exigencias del Estado de Derecho¹.

Es más, en estados de larga tradición democrática, como el Reino Unido, la persecución de la mayoría de los delitos (*indictable offences*, incluidas las *either-way offences*) no está sometida a prescripción alguna. Esta tradición tiene su origen en la regla *nullum tempus occurrit regis* (o formulada en inglés: *no time runs against the King*), lo que suponía que la acción podía iniciarse en cualquier tiempo después de la comisión del delito, que no prescribía². En la actualidad, en el Reino Unido la prescripción sólo opera en un reducido número de infracciones delictivas, las *summary offences*, las cuales una vez cometidas se les

* Profesora Titular de Derecho penal de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria (ULPGC). Este trabajo se enmarca en el PI del MINECO DER2014-57128.

¹ En este sentido se manifiesta GRISCH, D., *Die strafrechtliche Verjährung der Wirtschaftskriminalität als Ausdruck von Klassenjustiz*, Zürich (Universidad de Zurich., Diss.), 2006, p. 129.

² LA ROSA, M., *Fundamentos. Prescripción de la acción penal y de la pena. Imprescriptibilidad de los delitos contra la humanidad. Suspensión e interrupción del plazo. Jurisprudencia*, Buenos Aires (Astrea), 2008, p. 128.

señala un plazo de prescripción muy breve (seis meses desde que se ha cometido el delito), salvo que la ley que los tipifique disponga otra cosa³. En el resto de los delitos de cierta entidad la prescripción no opera. También en algunos estados de USA, siguiendo la tradición británica, la persecución de los delitos no está sometida a prescripción alguna (la denominada *timing, time limits, time bars o statute of limitation*, dependiendo del estado en que se recoja)⁴.

En otros Derechos penales comparados europeos, como el suizo, se adopta un «modelo intermedio», pues, regulando la prescripción, se recoge, al mismo tiempo, la imprescriptibilidad de los delitos después del fallo en primera instancia, con la finalidad de impedir la infracción de las normas jurídicas y el abuso de los recursos procesales legalmente previstos, pero también la pérdida de tiempo y dinero⁵.

Sin embargo, en el ámbito continental europeo, estados como España⁶, Alemania⁷ o Italia⁸, sí recogen en sus Códigos penales la institución de la prescripción tanto del delito como de la pena, constituyendo esta un acervo de la cultura jurídico-penal de estos países como causa de extinción de la responsabilidad o de la acción penales.

³ Vid. HUNGERFORD-WELCH, P., *Criminal Procedure and Sentencing*, 8.ª ed., Londres (Routledge-Cavendish), 2014, p. 248 ss.; en el ámbito norteamericano, LISTOKIN, Y., «Efficient time bars: a new rationale for the existence of statutes of limitations in criminal law», en *Journal of Legal Studies*, V. XXXI, 2002, p. 100, pone de manifiesto que diversos estados de USA, siguiendo el modelo británico no recogen la prescripción de los delitos, salvo para las infracciones penales de escasa entidad.

⁴ Cfr. también MORILLAS CUEVA, L., «Prescripción del delito y de la pena», en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, V. XX, Barcelona (Francisco Seix), 1993, p. 272.

⁵ En concreto, dispone el artículo 97.3 SchStGB: «Ist vor Ablauf der Verjährungsfrist ein erstinstanzliches Urteil ergangen, so tritt die Verjährung nicht mehr ein» (Si se dictara sentencia en primera instancia antes de que hubiera transcurrido el plazo de prescripción, ya no cabrá aplicar la prescripción). En definitiva, como afirma GRISCH, D., 2006, p. 126, esta regla supone un «avance incuestionable», considerando además que satisfaría las exigencias del Estado de Derecho, y, sobre todo, los fines de prevención general –positiva–.

⁶ Cfr. por todos, GONZÁLEZ TAPIA, M. I., *La prescripción en Derecho penal*, Madrid (Dykinson), p. 40 ss.; MIR PUIG, S., *Derecho penal, Parte General*, 10.ª ed., Barcelona (Reppertor), p. 799 ss.

⁷ En el StGB la prescripción del delito se denomina prescripción de la acción penal (§ 78 ss.), recogiendo una modalidad denominada «prescripción absoluta», también llamada «terminación definitiva de la prescripción», la cual supone el establecimiento de un plazo tras el cual ya no es posible una nueva prescripción; cfr., entre otros: JÄHNKE, B., «§ 78 c», en VVAA, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, 11.ª ed., Berlín y Nueva York (De Gruyter), 1994, p. 107.

⁸ Por todos, PADOVANI, T., «Artículo 157», en ROMANO, N., GRASSO, G., y PADOVANI, T., *Commentario Sistemativo al Codice Penale*, V. III, Milán (Griuffrè), 2011, p. 62, le otorga naturaleza penal, pero con significativas connotaciones procesales. Recientemente, la Ley 3/2019, de 9 de enero Anticorrupción «Spazzacorrotti», en su artículo 159, establece que la prescripción queda suspendida a partir de que se dicte la sentencia en primera instancia o el decreto de condena y hasta la fecha de la ejecutividad de la sentencia firme o de la irrevocabilidad del decreto penal de condena. Cfr., ya en esta línea, VIGANÒ, F., «Riflessioni di lege lata e ferenda su prescrizione e tutela della ragionevole durata del processo», *Diritto Penale Contemporaneo. Rivista Trimestrale*, 2013, p. 36 ss.; críticamente, CARO, A. de, «La legge c.d. spazzacorrotti: si dilata ulteriormente la frattura tra l'attuale politica penale, i principi costituzionali e le regole del giusto process», en *Processo Penale e Giustizia*, núm. 2, 2019, p. 285 ss.

Pese a que en cada uno de esos estados la regulación de la prescripción ha evolucionado de manera diferente, denominador común en ellos –tanto en sus Ordenamientos jurídicos, como en sus doctrinas penales– ha sido la de considerar que los argumentos en contra de la existencia de la prescripción penal no tienen el peso suficiente para prescindir de ella. Esto no impide que sean tomados en cuenta tales argumentos para conformar su regulación, por ejemplo: a la hora de fijar los plazos de prescripción de los delitos o de las penas⁹, señalar a algunas infracciones criminales como imprescriptibles o, incluso, cabría añadir también, para ponderar la posibilidad de dar viabilidad de hacer retroactivos o no los plazos de prescripción¹⁰, para poner en evidencia su instrumentalización en favor de las víctimas¹¹, para excluir su operatividad en determinados supuestos¹², o, como se abordará especialmente en este trabajo, para reflexionar sobre los efectos de las absoluciones por prescripción, u optar por dar viabilidad a la renuncia de la prescripción ganada del delito.

II. LA FIGURA DE LA RENUNCIA A LA PRESCRIPCIÓN GANADA EN ITALIA

El CP italiano introdujo la renuncia a la prescripción ganada a partir de la reforma llevada a cabo por la Ley 251/2005, de 5 de diciembre. Sin embargo, esta incorporación vino precedida de un debate suscitado ante la Corte Constitucional italiana.

1. Antecedentes

La redacción anterior a 2005 del artículo 157 de CP italiano no preveía la renuncia a la prescripción del delito. Van a ser una sería de sentencias de

⁹ Cfr. Grupo de Estudios de Política Criminal, *Una alternativa a algunas previsiones penales utilitarias. Indulto, prescripción, dilaciones indebidas y conformidad*, Valencia (GEPC-Tirant lo Blanch), 2014, p. 12 ss.

¹⁰ Así, ZAPF, D., «Zur Entwicklung der Verfolgungsverjährung bei Korruptionsdelikten in der Rechtsprechung», *NZWiSt*, núm. 2, 2018, pp. 54-58, afirma que la limitación del principio de prohibición de retroactividad no rige para los plazos de prescripción.

¹¹ A este respecto, CORCOY BIDASOLO, M., «Expansión del Derecho penal y garantías constitucionales», *Revista de Derechos Fundamentales*, núm. 8, 2012, pp. 67 y 75, pone de manifiesto como el derecho de las víctimas se contrapone al derecho de los acusados, lo que se llega a concretar en limitaciones de institutos como el de la prescripción para favorecer a aquellas en detrimento de los acusados.

¹² Así, por ejemplo, BANACLOCHE PALAO, J., «Algunas reflexiones críticas en torno a la prescripción penal», *Revista de Derecho Procesal*, núm. 2, 1997, p. 291, propone excluir la prescripción del delito como causa de extinción de la responsabilidad penal del acusado en rebeldía.

la Corte Constitucional italiana en materia de causas de extinción de la responsabilidad penal las que van a operar como antecedentes de la futura reforma del citado Código, dando carta de naturaleza a la renuncia de la prescripción ganada de delitos.

Dentro de los antecedentes jurisprudenciales, previos a la regulación positiva, se pueden destacar las siguientes sentencias de la Corte Constitucional italiana:

1.1 RENUNCIA A LA AMNISTÍA CONCEDIDA

En un primer momento se aborda la cuestión de los efectos extintivos de la responsabilidad penal sin contar con el consentimiento del acusado o imputado en un caso de amnistía, la cual en Italia es concedida, a través de una ley aprobada por la mayoría de los dos tercios de los miembros de cada Cámara sobre cada artículo y en la votación final (art. 79 de la Constitución italiana).

En concreto, la Sentencia de la Corte Constitucional italiana 175/1971, de 14 de julio, resuelve una cuestión de legitimidad constitucional –la cuestión de inconstitucionalidad española– en la que los jueces que las plantean –deben proceder a una aplicación automática de la amnistía –antes de que se dicte una sentencia–. Los jueces que plantean la cuestión de inconstitucionalidad consideraron que, al no permitírseles a los amnistiados renunciar a las amnistías de las que han sido objeto, se les causa una situación perjudicial porque deja dudas sobre la comisión del delito y sobre la culpabilidad de aquellos, con consecuencias morales y jurídicas (incluida la imposibilidad de repetir las costas procesales o el tener que pagar la responsabilidad civil), lo que resulta una violación del derecho de defensa, entendido, no en el sentido puramente formal de garantizar la asistencia de un abogado, sino también como un derecho a obtener una sentencia que reconozca, si fuera procedente, su inocencia.

Además, aduce que se está conculcando el derecho a la igualdad por la diferencia de trato, tal y como se deduce tanto del precepto del Código de Procedimiento Penal relativo al supuesto análogo de sobreseimiento de la querrela, cuya eficacia está condicionada a la aceptación del querellante, como de las anteriores leyes de amnistía que preveían todas ellas la posibilidad de renuncia a la misma. Por eso, los jueces subrayan la diferencia de trato que se deriva de la irrenunciabilidad de la amnistía que se recoge en la citada Ley de Amnistía de 1970 que recurren, en comparación con otras leyes de amnistía precedentes, en las cuales se había admitido la renuncia a la misma, como condición para que pudiera esta surtir sus efectos.

Los jueces consideran que, una vez que se ha iniciado la acción penal, es un deber dejar la posibilidad a todo ciudadano de obtener una evaluación completa de su inocencia.

La Corte Constitucional italiana partiendo de que la opción de renunciar a la amnistía no sólo no contradice el derecho de defensa, sino que, por el contrario, constituye una manifestación de este; y de que el ejercicio de la opción misma de renunciar a la amnistía la hace inoperante, reexamina las cuestiones bajo el aspecto que ahora se le presenta, es decir, si efectivamente pertenece a la discrecionalidad del legislador la concesión o no de la opción de renunciar a la amnistía por los amnistiados.

Considera la Corte Constitucional que, a diferencia de lo que ocurre en el caso de la derogación de una ley penal, una amnistía no elimina la previsión punitiva abstracta relativa a determinadas conductas, sino que se limita a paralizar la persecución de determinados delitos, con referencia al momento en que fueron cometidos. Por lo tanto, debido a la obligación impuesta al juez de declarar la extinción del delito en todas las sentencias en curso en el momento de la ocurrencia de un procedimiento de amnistía, se compromete irremediabilmente la satisfacción del interés en obtener una sentencia sobre el fondo. Esto obliga al acusado, que ha sido amnistiado antes de la sentencia, a someterse a un pronunciamiento de absolución, que, precisamente por no llegar a la comprobación, ni siquiera a la mera deliberación sobre el fondo de la acusación, aunque elimine cualquier pena, no confiere ninguna certeza sobre la ajenidad real del acusado a la acusación formulada contra él, y por lo tanto deja desprotegido el derecho a la plena integridad de su honor y reputación.

Recalca la Corte Constitucional italiana la relevancia, constitucionalmente protegida, del interés de quien es perseguido penalmente en obtener no sólo cualquier sentencia que le salve de la imposición de una pena, sino precisamente aquella que documente su no culpabilidad. Esto además es exponente de la existencia de una jerarquía del *favor innocentiae*, como un aspecto particular del principio general del *favor rei*. Y si bien la Corte Constitucional italiana reconoce que la amnistía se articula en función de intereses de la vida social, esta función debe coordinarse con los irrenunciables de la personalidad moral, entre los que se encuentra la pretensión del imputado de aducir y hacer valorar las pruebas a partir de las cuales cree que se puede argumentar su irresponsabilidad penal.

A lo anterior habría que añadir que, al interés moral en obtener una sentencia absolutoria sobre el fondo, se le suma el interés económico, dado que la absolución por amnistía deja intacta para los perjudicados la acción civil de indemnización de daños y perjuicios (sin mencionar las posibles responsabilidades

administrativas conexas), por lo que es derecho e interés del acusado el obtener una sentencia absolutoria del tribunal penal sobre el fondo que hiciese inadmisibles, en su caso, las acciones civiles o administrativas.

Sostiene la citada Sentencia 175/1971 que en la concesión de la amnistía ha de prevalecer el derecho a renunciar a la misma para poder obtener una sentencia sobre el fondo, considerando que el instrumento más apropiado para lograr este resultado es la renuncia a la amnistía, con independencia de la situación procesal del sujeto o del momento en el que sobrevenga la amnistía durante la instrucción, lo que es una cuestión accidental.

Así pues, la Corte Constitucional italiana concluye, por todos estos argumentos, que la no admisión de la posibilidad de renunciar a la amnistía conculca el artículo 24 de la Constitución italiana, relativo, como en el caso de la CE, a las garantías procesales, y declara la inconstitucionalidad del artículo 157 del CP italiano, en donde se recoge la regulación de la amnistía, como causa de extinción del delito y la pena, en lo relativo a la exclusión de la renuncia a la amnistía, y, en aplicación de tal régimen, de los correspondientes artículos de los decretos presidenciales de amnistía. En consecuencia, la amnistía sobrevenida durante la instrucción no tendrá efecto si media renuncia a la misma por parte del sujeto amnistiado.

1.2 RENUNCIA A LA PRESCRIPCIÓN GANADA

Poco tiempo después se vuelve a suscitar la cuestión, pero en este caso ya en relación con la posibilidad misma de poder renunciar a la prescripción ganada del delito. En el supuesto en cuestión se plantea el problema de la legitimidad constitucional del apartado 2.º del artículo 152 del Código de Procedimiento Penal italiano (actual art. 129), que impedía seguir con el procedimiento una vez producida la prescripción. Más concretamente, se plantea la legitimidad constitucional de la imposibilidad de que el juez, una vez que ha intervenido la prescripción del delito, haya de absolver al acusado sin darle la posibilidad al «absuelto por prescripción» de acreditar que no existió el hecho, que el acusado no lo ha cometido, o que el hecho que se le imputaba no está previsto por la ley como delito al tiempo de los hechos.

1.2.1 *La Sentencia de la Corte Constitucional italiana 202/1971, de 16 de diciembre*

En este caso, el juez planteó la cuestión de inconstitucionalidad al considerar que tal imposibilidad de renunciar a la prescripción del delito contradecía el

principio de igualdad al haber una diferencia de trato entre el que puede someter su asunto a enjuiciamiento y, en su caso, obtener una absolución y la persona que se ve afectada por la prescripción. Así mismo, consideró el juez que tal imposibilidad de renunciar a la prescripción afectaba al artículo 24.2 de la Constitución italiana, más concretamente, al derecho a la práctica de la prueba y al derecho a la defensa, por hacer imposible, tras la prescripción, la presentación de otras evidencias o pruebas que pudieran ser capaces de demostrar la falta de fundamento de la acusación, entendidos todos ellos, a su vez, como aspectos del derecho al proceso.

A diferencia del caso anterior, referido a la amnistía, la Corte Constitucional italiana, en la Sentencia 202/1971, consideró que puede existir un interés en obtener del juez una sentencia de absolución total de la que resulte la no existencia o la no comisión del delito. Sin embargo, estima la Corte Constitucional que tal interés, en el caso de prescripción, tiene que ceder frente al interés general de no seguir persiguiendo los crímenes respecto de los cuales el largo tiempo transcurrido ha hecho venir a menos o disminuir notablemente el recuerdo después de su comisión¹³, así como la alarma en la conciencia social, haciendo también difícil, a veces, la obtención de pruebas.

Considera la Corte Constitucional, en la mencionada Sentencia 202/1971, que esto contradice la exigencia del aquel entonces vigente artículo 152.2 del Código de Procedimiento Penal, conforme al cual debía tomarse una decisión sobre el fondo, incluso si se va a declarar la extinción del delito, si existe evidencia clara de la ausencia del hecho, de su no previsión como delito o de su no comisión por el imputado, ya que en tales casos tal pronunciamiento en sí mismo asume la naturaleza puramente declarativa de una situación que ya se ha materializado en el momento de sobrevenir la prescripción.

Sin embargo, como apunta la citada Sentencia, es evidente el conflicto que surgiría si, para llegar a ese resultado, fuera necesario realizar nuevos actos de investigación, es decir, la continuación de la investigación de un delito ya extinguido, pero, pese a lo cual, se requiriera seguir con nuevos actos de instrucción.

La Corte Constitucional considera además que está claro que no se puede llegar a una solución similar cuando se produce el efecto extintivo de la amnistía por las leyes emitidas, de vez en cuando por el legislador, bajo la influencia de consideraciones políticas –Sentencia 175/1971–, ya que la prescripción es ajena a toda discrecionalidad, a diferencia de las amnistías, produciendo aquella sus efectos por el mero vencimiento del plazo señalado en cada caso.

¹³ Siguiendo esta sentencia la construcción atribuida a BOCKELMANN, P., *Niederschriften über die Sitzungen der Grossen Strafrechtskommission*, T. II, Berlin (Bundesministerium der Justiz), 1958, p. 369 ss., del olvido social, y quien afirmaba que: «lo que ya es historia, no forma parte de la competencia de los jueces».

En cuanto a las consideraciones relativas a la desigualdad de trato, estima la Corte Constitucional que están faltas de fundamento, no existiendo violación del artículo 3 de la Constitución. De hecho, la desigualdad de tratamiento que se produce, según se juzgue antes o después de producirse la prescripción, aparece como consecuencia de una mera desigualdad de hecho, que no puede evitarse a menos que se elimine el instituto mismo de la prescripción¹⁴.

1.2.2 *Sentencia de la Corte Constitucional italiana 275/1990, de 31 de mayo*

En este caso, tras numerosas denuncias de los agentes de la policía judicial de la Unidad Sanitaria Local y de la Administración Provincial, así como de las quejas de ciudadanos particulares, en relación con la gestión de un vertedero privado de residuos sólidos urbanos, se decreta la intervención del vertedero y se inicia un proceso penal contra el propietario del vertedero, ordenando el magistrado la realización de investigaciones y la práctica de periciales químico-geológicas, las cuales revelaron que el vertedero se había utilizado para eliminar residuos tóxicos y nocivos, principalmente procedentes del aislamiento de vagones de ferrocarril, residuos que contenían «amianto azul», sustancia extremadamente peligrosa para la salud humana y el medio ambiente.

En la fase de instrucción el acusado presentó una solicitud de testigos de descargo para que declarasen en relación con los hechos a los que se refería el citado escrito de acusación. Sin embargo, las partes comparecientes en la fase de instrucción (el alcalde, en nombre de la administración municipal, y la sección regional de una asociación ecologista), se opusieron a la prueba. Producida la prescripción, las citadas partes, al igual que el Ministerio Fiscal, se opusieron a la misma y a que el tribunal estuviera obligado a dictar una resolución inmediata en virtud del artículo 152 del CP italiano, ya que con los documentos aportados hasta la fecha a la instrucción era imposible determinar que el delito no se había cometido o que no había sido cometido por el acusado.

La defensa argumentó que, debido a la acusación de la que había sido objeto el acusado, este había sido víctima de una gran campaña de desprestigio en la prensa desde 1984, por lo que no se le podía negar ahora el derecho a demostrar su inocencia mediante pruebas rigurosas.

¹⁴ Sobre este punto, GIANGIACOMO, B., «Artículo 157», en AAVV, *Codice Penale. Commentato con dottrina e giurisprudenza*, Piacenza (La Tribuna), 2011, p. 705.

El acusado, interrogado expresamente a este respecto, declaró que deseaba renunciar –si fuera posible– a la prescripción, ya que tenía gran interés en averiguar la verdad. El juez, observando que no había ninguna prueba en el expediente que permitiera su absolución y que, por otra parte, habiéndose cometido los hechos a finales de 1984, y de que el plazo de prescripción del delito contemplado se había cumplido ya, planteó la cuestión de inconstitucionalidad.

La Corte Constitucional italiana se aparta en lo mantenido en la anterior Sentencia 202/1971, y en esta nueva Sentencia la Corte Constitucional italiana afronta un cambio de rumbo, considerando que la doctrina anteriormente sentada no sólo influyó erróneamente en la jurisprudencia del Tribunal de Casación, sino que congeló el estado de la doctrina, de tal manera que ahora considera la Corte Constitucional que se impone un cambio de doctrina constitucional, sosteniendo que los artículos afectados por la inconstitucionalidad entran en conflicto, en primer lugar, con el derecho a la igualdad (art. 3 de la Constitución italiana), en tanto que determinan una injustificada disparidad de trato, pero con respecto a quienes pueden beneficiarse de la renuncia a otras causas de extinción de la responsabilidad penal (amnistía; no aceptación del sobreseimiento de la denuncia).

Se sostiene en esta Sentencia que, si bien es cierto y evidente que la discrecionalidad está ausente en la regulación sobre la prescripción (o mejor dicho, se limita a la valoración abstracta del tiempo necesario para prescribir según el tipo de delito), no es igualmente evidente excluir su renuncia en la aplicación de la misma. De hecho, para justificar el sacrificio del derecho del imputado, la aplicación de la ley debería estar siempre marcada por una activación diligente de los institutos procesales encaminados a implementar el poder punitivo del Estado, en sintonía con las garantías defensivas del imputado.

En este sentido, aproximándose a lo afirmado por la Corte Constitucional sobre la renuncia a la amnistía (*supra*, Sentencia 175/1971), afirma ahora la Sentencia 175/1990 que si se considera que las causas que llevan a la prescripción a lo largo del tiempo pocas veces son imputables al acusado (y, si lo son, evidentemente no tendrá interés en renunciar, y entonces el problema no surge), esto puede llevar a la conclusión de que la renuncia al instituto de la prescripción se presenta con características no muy diferentes, en lo que a la posibilidad de renuncia por parte de los acusados se refiere, a las de la amnistía. Esta equiparación es así, sobre todo, si se piensa que la prescripción elimina la posibilidad de la consecución de una sentencia absolutoria, apreciación de eximentes, o atenuantes, lo que sería algo parecido al otorgamiento de una amnistía en un ámbito aplicativo del Derecho penal.

En segundo lugar, se alude a la jurisprudencia reiterada de la Corte Constitucional misma que afirma que corresponde al legislador proveer los medios destinados a evitar que la ponderación de los intereses en abstracto, sobre todo cuando afecta a un derecho humano inviolable, como es el derecho de defensa, se vea frustrada en el momento de su aplicación, y, más concretamente, a la imposibilidad de poder probar la inocencia, vulnerándose con ello su presunción.

Ante esta realidad, considera la Corte Constitucional italiana en la Sentencia 175/1990 que el legislador, al regular la institución *sustantiva* de la prescripción, no podía dejar de tener en cuenta el carácter inviolable del derecho de defensa, entendido como el derecho al juicio y con él el derecho a la prueba.

En definitiva, concluye que no es razonable que en una situación procesal marcada por la discrecionalidad prevalezca el interés en no seguir adelante con el asunto (derivado de circunstancias heterogéneas y en todo caso ajenas a las partes) sobre el derecho fundamental a la defensa del acusado, privándole así de un derecho fundamental. Por tanto, concluye la Corte Constitucional que hay que afirmar que la prescripción también es *renunciabile*, declarando la ilegalidad parcial del artículo 157 del CP italiano por no contemplar la posibilidad de que el imputado pueda renunciar a la prescripción del delito¹⁵.

2. EL ARTÍCULO 157.7 DEL CP ITALIANO: BREVE EXÉGESIS

Con estos antecedentes, no es de extrañar que el legislador penal italiano, mediante la Ley 251/2005, de 5 de diciembre, modificara el artículo 157 de su CP, añadiendo un apartado –el 7– en el que se recoge, en el sentido indicado por la Sentencia de la Corte Constitucional italiana 275/1990, el derecho a poder renunciar a la prescripción del delito. En concreto, según establece el artículo 157.7 del CP italiano: «*La prescrizione è sempre espressamente rinunciabile dall'imputato*».

¹⁵ Sin embargo, la Corte Constitucional sostiene que no procede atacar la constitucionalidad del artículo 152.2 del Código de Procedimiento Penal, que se reclamaba, ya que una vez satisfecho el interés sustancial del imputado en que se dicte sentencia sobre el fondo, lo que le va a permitir el que se reconozca el derecho a renunciar a la prescripción ganada del delito, cualquier otra solicitud de intervención sobre el artículo 152.2 del Código Procesal Penal de 1930 (el actual art. 129 del Código Procesal Penal vigente) queda absorbida. Pues es obvio que, ante la renuncia a la extinción, el juez no podrá dar aplicación inmediata a la misma por no estar extinguido el delito, debiendo, por tanto, dar entrada a la prueba solicitada y pronunciarse sobre la acusación. Para cualquier otro caso, la validez de la disposición procesal sigue siendo plena, incluso en su segundo párrafo, tal y como la perfila el legislador.

La primera cuestión que hay que precisar con relación a este precepto es la relativa a su ámbito de aplicación, ya que la renuncia a la prescripción iría referida exclusivamente a la prescripción del delito y no a la de la pena. A esta conclusión se llega no solo a tenor de la dicción literal del mismo, al aludirse a imputado y no a condenado por sentencia firme, sino también porque, desde un punto de vista sistemático, el citado párrafo 7 se halla incardinado dentro del artículo 157, el cual se ocupa de la prescripción del delito, regulándose la prescripción de la pena, a la cual el CP italiano denomina extinción (*estinzione*), en otros preceptos (en concreto, los artículos 172 y 173).

El único requisito que se exige, de una forma clara, para llevar a cabo la renuncia a la prescripción ganada del delito es que esta se lleve a cabo de manera expresa y específica¹⁶, excluyendo así la posibilidad de que se pueda realizar tal renuncia de forma tácita o por actos concluyentes, modalidades que sí son admitidas, por lo general, en la renuncia a la prescripción civil.

En cuanto al momento en el cual cabría renunciar a la prescripción del delito, la literalidad de este precepto ha planteado dudas acerca del mismo. En concreto, se barajan dos opciones:

a) considerar que se puede renunciar a la prescripción en cualquier momento del transcurso del plazo de prescripción, antes de que se complete, de tal manera que sería más que una renuncia a la prescripción ganada, una renuncia a los plazos de prescripción¹⁷;

b) estimar que solo cabría plantear la renuncia a la prescripción del delito una vez que se hubiera completado el plazo de aquella, ya que, en puridad, no parecería lógico renunciar a algo que todavía no se ha producido, lo que tendrá lugar una vez transcurrido totalmente el tiempo establecido para la prescripción del respectivo delito, lo que parece estar avalado por la referencia en el artículo 157.7 al término «prescripción».

Esta última opción es la que parece seguir la jurisprudencia de la Corte de Casación italiana¹⁸, si bien no cabría desconocer, sobre todo tras plazos largos de prescripción, la inoperatividad de la renuncia efectuada después de cumplidos los mismos.

¹⁶ En este sentido, se ha rechazado la apreciación de la renuncia a la prescripción: por la mera presentación del recurso de casación (SSCC –Secciones Unidas– 43055/2010, de 30 de septiembre; Sec. 7.^a, 8700/2020, de 13 de febrero); por la aceptación de la calificación y la pena propuestas por el Fiscal en el «rito del pattagiamento» [SSCC, Sec. 2.^a, 4824 (2016, de 6 de julio); Sec. 5.^a, 8892/2021, de 11 de enero].

¹⁷ Sentencia de la Corte de Casación, Secciones Unidas, 22065/2021, de 28 de enero, F. J. 10.2, sosteniéndose en la misma que el principio de economía procesal no se aplica en el caso de una renuncia a los plazos de prescripción.

¹⁸ SSCC, Sec. 4.^a, 2815/1999, de 21 de enero; Sec. 4.^a, 18350/2021, de 4 de mayo.

Otra de las cuestiones problemáticas sería la de determinar hasta cuándo se puede ejercer el derecho a renunciar a la prescripción o si este genera una acción imprescriptible, únicamente limitada por la muerte del sujeto.

Así mismo, se podría suscitar si esta acción es personalísima o, por el contrario, como sucedería con otra de las causas de extinción de la responsabilidad penal como el indulto, si cabría también que fuera solicitada por terceros –y, en su caso, quiénes serían estos– o la posibilidad de ejercer dicha renuncia e instar el proceso una vez fallecido el absuelto por prescripción.

Tampoco es una cuestión pacífica en la jurisprudencia la relativa a la revocabilidad de la renuncia a la prescripción. La posición inicialmente sostenida fue la de considerar que, una vez comunicada la renuncia a la prescripción al Tribunal, esta se hacía irrevocable. Esto es, la renuncia a la prescripción ya alcanzada del delito se produce en el momento en que la declaración se pone en conocimiento de la autoridad judicial en la forma prevista por la ley. A partir de ese momento, la renuncia surte efecto y la prohibición de proceder se sustituye por el deber de proceder al enjuiciamiento contra el imputado que renuncia, y que tiene su origen en su «autorización», la cual no puede ser neutralizada por el mismo imputado mediante una declaración de retirada de la renuncia a la prescripción. Esto es, según esta concepción, una vez realizada, ya no puede evitar las consecuencias y los riesgos inevitables, derivados de la elección de rechazo a la prescripción previamente cumplida, quedando el acusado sujeto también a la posibilidad de una conclusión del proceso que le sea desfavorable¹⁹.

Sin embargo, una reciente línea jurisprudencial de la Corte de Casación sostiene que la renuncia a la prescripción tiene un margen de revocabilidad siempre que la declaración que exprese dicha voluntad no haya producido ya sus efectos, lo que se evidenciaría desde que el tribunal, ante el que se presenta la renuncia, dicte una resolución relativa al caso²⁰.

Tampoco admite la Corte de Casación italiana formas de renuncia condicional, ya que la posibilidad de recurrir a esta institución, que es en sí misma excepcional por cuanto permite al interesado eliminar la paralización de la actuación procesal, tiene efectos *hic et nunc*, dando lugar inmediatamente a la puesta en marcha de la actividad procesal dirigida a conocer sobre el fondo de la imputación o el fundamento de la acusación²¹.

¹⁹ Así, entre otras, SSCC, Sec. 5.ª, 33344/2008, de 24 de abril; Sec. 6.ª, 17598/2021, de 18 de diciembre.

²⁰ SSCC, Sec. 3.ª, 8350/2019, de 23 de enero; Sec. 5.ª, 11071/2014, de 9 de octubre; Sec. 6.ª, 30104/2012, de 11 de julio.

²¹ SCC, Sec. 6.ª, 17598/2021, de 18 de diciembre.

III. CONSIDERACIONES FINALES

El estudio de la prescripción ganada del delito es y ha sido escasamente tratado en la Doctrina –y no solo en la española–. Esto es así debido a varias razones. En primer lugar, ha influido el hecho de no estar recogida o regulada ni en el Código penal, ni en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, salvo en países como en Italia. En segundo lugar, habría que hacer referencia a la concepción –mayoritaria de la Doctrina española²² e italiana²³ y, en menor medida también seguida, sobre todo con carácter mixto, en Alemania²⁴– sobre la naturaleza de la prescripción como una institución de Derecho público material o sustantiva y, por tanto, no disponible para los particulares, por lo que la renuncia a la prescripción ganada ni tan siquiera se vislumbra, en su caso, como una cuestión de *lege ferenda*²⁵. Por último, no hay que desconocer que la regulación positiva misma de la prescripción en los países que no recogen la renuncia a la prescripción ha suscitado numerosos problemas que han monopolizado las preocupaciones de sus doctrinas, tales como, fundamentalmente en España: la determinación y cómputo de los plazos, la interrupción o suspensión de estos, con pronunciamientos dispares del Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional, la retro- o irretroactividad de los plazos de prescripción, etc.

Los argumentos que apoyarían una regulación de la renuncia a la prescripción de los delitos se centran en que la misma favorecería un derecho a un juicio con todas las garantías, especialmente las de presunción de inocencia y defensa, las cuales pueden entrar en conflicto con la aplicación de oficio de la prescripción que se produjera en cualquier momento del proceso, anterior al de dictarse sentencia. De esta manera, la prescripción del delito impediría *ipso iure* poder obtener una sentencia absolutoria de fondo que preserve la reputación, fama, buen nombre o sentimiento de autoestima del acusado²⁶, eliminando

²² Ampliamente sobre el particular en la doctrina española, por todos: GÓMEZ MARTÍN, V., *La prescripción del delito: una aproximación a cinco cuestiones aplicativas*, Buenos Aires-Montevideo (BdF), 2016, p. 13 ss.; MORILLAS CUEVA, L., *Acerca de la prescripción de los delitos y las penas*, Granada (Editorial Universidad de Granada), 1980 p. 43; QUINTERO OLIVARES, G. «El tiempo y el Derecho penal: legalidad, seguridad jurídica, irretroactividad y prescripción del delito», en *Estudios Jurídicos. Cuerpo de Secretarios Judiciales, II*, Madrid (Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia), 1999, p. 614.

²³ PULITANÒ, D., «Il nodo della prescrizione», *Diritto Penale Contemporáneo, Rivista Trimestrale*, 2015, n. 1, p. 21 ss., califica a la prescripción de «instituto ambiguo».

²⁴ Entre otros, cfr. BLOY, R., *Die dogmatische Bedeutung der Strafausschließungs- und Strafaufhebungsgründe*, Berlín (Duncker & Humblot), 1976, p. 180 y 196; KAUFMANN, H.: *Strafanspruch Strafklagrecht. Die Abgrenzung des materiellen vom formellen Strafrecht*, Gotinga (Schwartz), 1968, p.125 ss.; KÜHL, C., *Die Beendigung des vorsätzlichen Begehungsdelikts*, Berlín (Duncker & Humboldt), 1974, p. 172.

²⁵ Grupo de Estudios de Política Criminal, 2014, p. 12 ss., ni siquiera se la plantea.

²⁶ En este sentido, cfr. ZAGREBELSKI, G., «Il diritto di difesa e la «ragionevolezza» delle cause estintive del reato», *Giurisprudenza Costituzionale*, 1971, p. 2285 ss.

la sombra de la sospecha que dejan las absoluciones por prescripción ante familia, terceros, en el ámbito profesional, ante la opinión pública²⁷ —o publicada— por el mero transcurso del tiempo²⁸.

Tampoco cabría olvidar el interés del conjunto de la sociedad cuando se trata de delitos perseguibles de oficio en que se obtenga una sentencia sobre el fondo a cuyo fin se articula en el ámbito procesal el principio de justicia material, al que, en todo caso, cabría renunciar por razones fundamentales y no por criterios automáticos o formales²⁹ como sucede con el caso de la prescripción penal de los delitos.

Pero, la observancia de estos principios no parece que quede suficientemente compensada por los inconvenientes que introduciría la regulación de la renuncia a la prescripción de delitos. Si bien, sí habría que profundizar en los efectos indeseados que generan las absoluciones por la prescripción de los delitos, implementando en las leyes procesales medios que los eviten.

Por último, no hay que obviar que la viabilidad de la protección del honor en los casos de renuncia a la prescripción quedará altamente condicionada por la duración de los plazos previos de prescripción y por el material probatorio que se pueda poner a disposición del tribunal. La falta de estos puede convertirse más que en una vía de protección del honor, en un instrumento para «blanquearlo».

Dedico esta contribución a la Prof. Dra. Mirentxu Corcoy Bidasolo, entrañable maestra y compañera en mi andadura universitaria.

²⁷ Cfr. GILI PASCUAL, A., *La prescripción en Derecho Penal*, Pamplona (Aranzadi), 2001, p. 95 ss.

²⁸ REY GONZÁLEZ, C., *La prescripción de la infracción penal (En el Código de 1995)*, Madrid (Marcial Pons), 1999, p. 58; ASHOLT, M., *Verjährung im Strafrecht*, Tubinga (Mohr Siebeck), 2016, p. 335.

²⁹ En este sentido, ASECIO MELLADO, J. M., «La prescripción penal. Un acicate a la impunidad en los delitos de corrupción», *Diario La Ley*, núm. 7566, 2011, pp. 2 y 3, denuncia tanto el retroceso que la reforma de la prescripción de la LO 5/2010 supuso para el derecho de defensa, influenciada por los procesos de corrupción, consagrando la vieja práctica de investigar antes de la denuncia o querrela, y la confusión conceptual en la que incurrían CP y Jurisprudencia, lo que incidirá en la impunidad de los delitos, objetivo que parecen tener algunas reformas penales; RAGUÉS VALLÉS, R., *La prescripción penal: Fundamento y aplicación*, Barcelona (Atelier), 2004, p. 67, postula el establecimiento de plazos absolutos de prescripción, sin posibilidad de prórrogas ni suspensiones.

DISEÑANDO LA SEGURIDAD PÚBLICA: ANÁLISIS DEL PLAN DE SEGURIDAD DE CATALUÑA 2016-19

DIEGO TORRENTE

La gestión de la seguridad pública en Cataluña se ha ido modernizando con el tiempo. Un indicador de ello es la elaboración periódica de planes de seguridad. Se vienen haciendo desde que Ley 4/2003 de Ordenación del Sistema de Seguridad Pública lo estableció así. Son documentos que contribuyen a una mayor eficacia, transparencia y *accountability* de las políticas de seguridad¹. Al tiempo, son un instrumento que facilita a los investigadores el estudio de las tendencias². Sin embargo, queda todavía mucho por avanzar en relación con la evaluación de esos planes. El presente texto contribuye a ello mediante el análisis y evaluación del diseño del Plan de Seguridad de Cataluña correspondiente al período del 2016 al 2019³. El interés de hacerlo es doble. Por un lado, desde el análisis, se visualiza de forma más clara la voluntad y las prioridades políticas del momento. Los principios inspiradores, los problemas señalados, los objetivos elegidos, o la asignación de recursos prevista, entre otros elementos, ayudan a identificarlas. Por otro, desde la evaluación, se evidencia la solidez de los diagnósticos, la capacidad de

¹ DUNN, W. N., *Public Policy Analysis*. Boston (Pearson), 2012. https://www.researchgate.net/profile/William_Dunn10/publication/258260603_Public_Policy_Analysis/links/554252fa0cf234bdb21a104b.pdf

² SUBIRATS, J., *Análisis de políticas públicas y eficacia de la administración*, Madrid (Ministerio para las Administraciones Públicas), 1989.

³ Departament d'Interior, *Pla General de Seguretat de Catalunya 2016-19*. Barcelona, (Generalitat de Catalunya), 2016. 111 pp. https://interior.gencat.cat/web/.content/home/010_el_departament/transparencia_i_bon_govern/gestio_dels_serveis_publics/plans_i_programes_sectorials_i_generals/pla_general_de_seguretat_de_catalunya/docs/PGSC_2016_2019.pdf.

planificación de la gestión, la riqueza de las estrategias de respuesta, o la relevancia dada a la evaluación de la seguridad.

I. INTRODUCCIÓN: POLÍTICAS Y PLANES DE SEGURIDAD

Las políticas públicas de seguridad y prevención son el conjunto de objetivos, decisiones, y acciones de un gobierno para responder a los problemas de seguridad⁴. Cada vez más, suelen ser políticas de espectro amplio que combinan medidas policiales y normativas con otras de carácter asistencial, educativo, de protección civil y otras⁵. Su desarrollo responde a factores contextuales de poder, ideológicos, económicos, sociales, tecnológicos y otros. Pero también están modeladas por los intereses de los distintos actores que participan⁶. Algunas veces, los gobiernos planifican sus políticas a través de planes, programas o proyectos de seguridad. Otras, toman decisiones en el día a día, sin una programación formal. En ambos casos, esas decisiones se acaban reflejando en la legislación, presupuestos, contrataciones, prestaciones, o compra de bienes y servicios públicos, entre otros. A través de estos «rastros» es posible estudiar las políticas de un gobierno. Si, además, existen planes o programas, la labor del analista se facilita más⁷.

Planificar antes de actuar ayuda a tomar decisiones más racionales y facilita la gestión. Diseñar un proyecto obliga a hacer un ejercicio de documentación, de análisis de problemas, de teorización, de reflexión sobre lo que se pretende conseguir, de justificación de las decisiones, de previsión de recursos, de calendarización, de fijar criterios de evaluación; En definitiva, de ordenación y racionalización de las decisiones. Difundir los planes, y la evaluación de los mismos, es un ejercicio de democracia y de transparencia. Sin embargo, todavía muchos responsables políticos ven en ello un riesgo porque piensan que les compromete y les hace más vulnerables frente a las críticas de la oposición, o de la opinión pública. Otros creen que no merece la pena porque

⁴ FISCHER, F.; MILLER, G. J., y SIDNEY, M. S., *Handbook of Public Policy Analysis Theory, Politics, and Methods*. Boca Ratón (CRC Press), 2007. <https://pdfs.semanticscholar.org/bcf4/94ee9d9b8b715c876006447f90b1210e7c09.pdf>; CRAWFORD, A. (1998). *Crime Prevention and Community Safety: Politics, policies and practices*. Londres, (Longman), Criminology Series.

⁵ GUILLEN, F., «Les polítiques de seguretat ciutadana», *Papers de l'IERMB* 53, 2011, pp. 86-93.

⁶ HARGUINDEGUY, J. B., *Análisis de políticas públicas*, Madrid (Tecnos), 2013.

⁷ SUBIRATS, J., *Análisis de políticas públicas y eficacia de la administración*, Madrid (Ministerio para las Administraciones Públicas), 1989. Subirats, J.; KNOEPEL, P.; LARRUE, C., y VARONE, F., *Análisis y gestión de políticas públicas*. Barcelona (Ariel), 2008. <https://www.sintesis.com/criminolog%C3%ADa-354/>.

suponen un proceso complejo de participación, costoso, y que requiere de una preparación técnica no siempre disponible⁸.

La estructura y contenidos de un plan están bastante establecidos en la literatura⁹. El mismo comienza acotando el ámbito territorial al que afecta, el contexto socio-político y económico donde nace, así como el marco institucional-legal que condiciona a la propuesta. Son los factores externos que constriñen a la política. El punto de partida es el análisis de los problemas de seguridad a abordar, y de los factores que les influyen. Sin un buen diagnóstico de las causas no cabe esperar acciones bien orientadas y eficaces. Es necesario explicitar el marco teórico que se utiliza para el diagnóstico de los problemas y la elección de las estrategias de respuesta a ellos. Las actuaciones previstas, que han de ser coherentes con los objetivos fijados, se ordenan en líneas estratégicas, se asignan tareas a los actores participantes, se aseguran los recursos necesarios, y se organiza un sistema de gestión y control de todo ello. Finalmente, se prevé un sistema de criterios e indicadores de evaluación.

II. ANÁLISIS Y EVALUACIÓN DE PLANES

Las políticas son cursos de acción y, por lo tanto, de toma de decisiones. El análisis de políticas públicas consiste en estudiar las causas y consecuencias de las decisiones de los poderes públicos en el marco de unos factores externos condicionantes¹⁰. Se persigue explicar la lógica que siguen esas decisiones empleando métodos de las ciencias sociales. El proceso consiste en recoger evidencias, analizarlas, y teorizar. El sentido último que tiene analizar políticas es mejorarlas. Técnicamente, una política mejora si las decisiones tomadas llevan a cumplir los objetivos de la política y, de esa forma, se logra incidir mejor en los problemas (Dunn 2012). En nuestro caso, analizar el diseño de los planes de seguridad de Cataluña implicaría explicarlos en función del contexto donde nacen y de los actores que influyen en él. Se trata de un estudio causal que requiere una de investigación específica que va más

⁸ LINDBLOM, C., *El proceso de elaboración de políticas públicas*, Madrid (Ministerio para las Administraciones Públicas), 1991.

⁹ COSTA, S., y Solares, J., «La planificación local en Seguretat», *Apunts de Seguretat* 4, 2009, pp. 29-48. TORRENTE, D., *Seguridad pública y privada: Análisis, dinámicas y políticas*, Madrid (Síntesis), 2020.

¹⁰ DUNN, W. N., *Public Policy Analysis*. Boston (Pearson), 2012. https://www.researchgate.net/profile/William_Dunn10/publication/258260603_Public_Policy_Analysis/links/554252fa0cf234bdb21a104b.pdf.

allá de la pretensión de este texto. Sin embargo, sí se puede hacer un análisis más descriptivo a partir de unos criterios.

La evaluación de políticas públicas es algo distinto al análisis. Pretende hacer un juicio de valor sobre su calidad¹¹. Existen varios tipos de evaluación según el objetivo que se persigue. Se puede evaluar la necesidad, implementación, eficacia y eficiencia, o impacto de una política; También la bondad de su diseño¹². Cada evaluación requiere explicitar los criterios por los que se juzga, los indicadores por los que se mide, y los umbrales a partir de los cuales el resultado se considera positivo o negativo. En España no abundan los ejemplos de evaluación de políticas de seguridad y, por extensión, tampoco de diseño de planes. José Martínez Espasa localiza 104 programas, la mayoría posteriores al año 2000, y que se concentran principalmente en Madrid, Barcelona, Valencia y Málaga¹³. Suelen ser planes de dos años, o menos, de duración, que no suelen partir mucho de diagnósticos científicos de los problemas, con protagonismo de las policías locales, y que son poco evaluados. Llega a la conclusión de que en España la planificación de políticas de seguridad municipales es escasa y, en muchos casos, tiene escaso sustento empírico, por lo que habla de políticas de poca calidad según los estándares del llamado Proyecto Beccaria.

III. OBJETIVOS Y METODOLOGÍA

El objetivo de este capítulo es doble. El primero es analizar algunos de los rasgos clave del *Pla General de Seguretat de Catalunya 2016-19*. El segundo es realizar una evaluación de su diseño con arreglo a unos criterios previos. Se elige el mismo al ser el último disponible. Sorprendentemente, en el momento de escribir este texto (noviembre del 2021) todavía no se había elaborado el plan actual. Con anterioridad se publican cinco de ellos para los períodos 2014-15, 2012-13, 2008-11, y 2006-07. No se estudian los mismos, ni los distintos programas especializados que aparecen esos años sobre seguridad vial, alimentaria, incendios, catástrofes naturales, drogas, o personas mayores, entre otros.

¹¹ MONNIER, E., *Evaluación de la acción de los poderes públicos*. Madrid, (Instituto de Estudios Fiscales), 1997.

¹² Institut Català d'Avaluació de Polítiques Públiques (Ivalua), *Guia pràctica 3 Avaluació del disseny*. Barcelona, (Generalitat de Catalunya), 2009.

¹³ MARTÍNEZ, J., *Las políticas públicas de seguridad ciudadana: Análisis y propuestas desde la Criminología*. Valencia (Tirant lo Blanch), 2016, 548 pp.

En relación con el primer objetivo, los planes de seguridad se pueden caracterizar en base a distintos criterios¹⁴. Quizás los cuatro más útiles son según (1) el grado de (des)centralización de la política (institucional y territorial), (2) la medida en que ofrecen respuestas separadas o integradas frente a los problemas, (3) la transversalidad en las estrategias de actuación, y (4) el grado de colaboración entre las agencias y actores que participan en las mismas¹⁵. El primer criterio es el grado de *centralización institucional* o territorial de la política. Es decir, qué poder se reserva para sí el gobierno que promueve el plan, cuánto delega hacia el nivel inferior, qué grado de dependencia acepta del superior, y cómo se coordina el sistema. En nuestro análisis, consideramos que existe centralización alta cuando el poder de decisión (o la responsabilidad) se concentra en la institución promotora del programa; media, cuando se comparte con otras instituciones o actores; y baja, cuando ese poder se delega o se concentra en otras instituciones o actores. El segundo criterio es el grado de *integración de problemas*. En seguridad, los problemas son diversos y, en muchos casos, se conectan unos con otros, así como con áreas colaterales como seguridad vial, protección civil, seguridad alimentaria, o juego, entre otros. Una política integral es aquella que, bajo un mismo plan o programa, plantea acciones que buscan mejorar al tiempo problemas distintos, o conectados parcialmente. Se considera que un plan presenta un grado de integración alta si se identifican y se actúa sobre factores comunes de problemas distintos; media si no se identifican éstos, pero se realizan actuaciones compartidas frente varios problemas; o integración baja si no se identifican esos factores y, además, se actúa de forma separada para cada uno.

El tercer criterio es la *transversalidad en las estrategias* de actuación¹⁶. Una estrategia tiene que ver con la definición de objetivos y la elección de los caminos mejores para alcanzarlos. Se suele distinguir entre políticas sectoriales y transversales. Las transversales son las que cruzan diversos ámbitos, sectores, o problemas. Hablaremos de transversalidad alta si se aplican estrategias de respuesta distintas para un mismo problema; media si se utilizan estrategias distintas para problemas distintos; y baja si se utiliza un solo tipo de estrategia

¹⁴ FISCHER, F.; MILLER, G. J. y SIDNEY, M. S., *Handbook of Public Policy Analysis Theory, Politics, and Methods*. Boca Ratón (CRC Press), 2007. <https://pdfs.semanticscholar.org/bcf4/94ee9d9b8b715c876006447f90b1210e7c09.pdf>.

¹⁵ TORRENTE, D., *Seguridad pública y privada: Análisis, dinámicas y políticas*, Madrid (Síntesis), 2020.

¹⁶ MEDINA, J., *Políticas y estrategias de prevención del delito y seguridad ciudadana*, Madrid (Edisofer), 2011.

para distintos problemas. Normalmente conectado con éste, el cuarto criterio es la *pluralidad de actores* que participan en la política. En general, se acepta que abrir las políticas públicas a la participación mejora los diagnósticos de los problemas, favorece la corresponsabilidad, facilita la implementación y evaluación, y mejora la transparencia y legitimidad. Pero también complica la gestión. En cualquier caso, los mecanismos de participación hay que analizarlos viendo quién, cuánto, y en qué participa. En nuestro análisis de los planes, la pluralidad es alta si participan actores de sectores muy diferentes (en especial, si tienen cierta capacidad decisoria); media si la diversidad de sectores es moderada (en especial, si su capacidad decisoria los es); y baja, si la diversidad de sectores es poca o inexistente.

En relación con el segundo objetivo, la evaluación del diseño de un plan es un tipo de los diferentes posibles (evaluar la necesidad, implementación, eficacia y eficiencia, impacto, etc.)¹⁷. Su objetivo central es evaluar la solidez teórica y lógica del programa. La primera se refiere a la existencia de una teoría del cambio. Los planes presentan acciones orientadas a diagnosticar y mejorar problemas. Pero esa mejora esperada se basa en la asunción que las medidas producirán el efecto deseado (impacto). Esa asunción (o hipótesis) debe apoyarse en una teoría que suponga una garantía científica y que se debe explicitar. La segunda, la solidez lógica, se refiere a la trabazón racional de las diferentes partes del plan. La evaluación del diseño requiere explicitar los criterios, indicadores y umbrales por los que se realizan juicios de valor sobre un programa¹⁸.

Aquí se evalúan seis aspectos del *Pla de Seguretat* con los siguientes criterios e indicadores: (1) Identificación explícita de *factores del entorno* que condicionan al diseño de la política y que también pueden afectar a su impacto. Deben mencionar, al menos, los factores sociales, económicos, políticos, legales, e institucionales (hay otros como los ambientales o tecnológicos). (2) Existencia de un *diagnóstico* claro y bien fundamentado del problema o la necesidad. Ello pasa por identificar las problemáticas relevantes y justificar los criterios para su selección. Identificar cómo se relacionan entre sí y cuáles son centrales. Identificar sus causas (y/o consecuencias). Todo ello debe estar apoyado en evidencias, estudios previos, y una teoría de refe-

¹⁷ TORRENTE, D., *Seguridad pública y privada: Análisis, dinámicas y políticas*, Madrid, (Síntesis), 2020. BUENO, C., y OSUNA, J. L., «Evaluación del diseño de políticas públicas: propuesta de un modelo integral», *Reforma y Democracia*, 57. 2013, pp. 37-66. Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (Caracas, Venezuela). <https://www.redalyc.org/pdf/3575/357533689002.pdf>.

¹⁸ Institut Català d'Avaluació de Polítiques Públiques (Ivalua), *Guia pràctica 3 Avaluació del disseny*. Barcelona (Generalitat de Catalunya), 2009.

rencia¹⁹. (3) Existencia de *objetivos* concretos, plausibles, y coherentes lógica y teóricamente con el diagnóstico del problema. (4) Planteamiento de *servicios, tareas o acciones* concretas, bien definidas, y coherentes con los objetivos. Especificación de impactos previstos a corto, medio y largo plazo. (5) *Organización y gestión*. Asegurar que cada servicio o tarea a realizar se asigna a un actor o entidad; existencia de las necesarias y suficientes instalaciones, recursos económicos, materiales, y personales; Establecimiento de estructuras administrativas y de coordinación con otras tareas; Designación de responsables para las distintas tareas o servicios, y de una dirección global del proyecto. (6) Se definen los criterios, indicadores y umbrales para *evaluar* los resultados del Plan, así como los responsables de hacerlo. Para cada una de esas seis dimensiones, se hace una valoración en función del número de criterios que cumple el Plan.

IV. CARACTERÍSTICAS DE LOS PLANES

A continuación, se presentan las características del Plan de Seguridad de Cataluña 2016-19. Sus rasgos se muestran de forma sintética en el *cuadro 1*. El texto se redacta y tiene vigencia durante los mandatos de los presidentes nacionalistas Artur Mas (2010-12 y 2012-16), Carles Puigdemont (2016-17) y Quim Torra (2018-21). Sucede en un contexto político convulso y todavía saliendo de la recesión económica del 2008. El Plan se recoge en un documento de 109 páginas organizado en 10 apartados que incluyen, entre otros, el marco legal, estado de la seguridad en Cataluña, o las directrices de elaboración. La estructura, introducción y antecedentes se copian literalmente del plan anterior del 2014-15 vigente durante el segundo gobierno de Artur Mas. Tiene 42 objetivos agrupados en cuatro ejes estratégicos. El primero, más operativo y enfocado a la seguridad ciudadana, se titula «Servicio a la ciudadanía». Es el más amplio con 14 objetivos y 99 actuaciones previstas. El segundo planifica necesidades de recursos, herramientas, así como cambios normativos y organizativos (9 objetivos y 78 acciones), el tercero, llamado de coordinación, se centra en la relación entre distintas instituciones y agencias (12 objetivos y 72 actuaciones), y el último en las necesidades de formación e investigación del Departamento (8 y 34). Por lo tanto, el documento combina elementos de plan de seguridad, con otros propios de uno de mejora organizativa.

¹⁹ TORRENTE, D., *Desviación y Delito*, Madrid (Alianza), 2001.

Cuadro 1
Características del Plan General de Seguridad de Cataluña (2016-19)

Instituciones promotoras y responsables	Problemas centrales a abordar	Estrategias de acción dominantes	Actores participantes más relevantes
Departament d'Interior: ⁽¹⁾ D.G.P. D.G.A.S. D.G.P.C. D.G.P.E.I.S. S.C.T. I.S.P.C. CAT 112	Delincuencia común ⁽²⁾ . Delincuencia organizada. Ciber-delitos. Terrorismo. Victimización. Violencia de género y doméstica. Delitos de odio. Accidentes de tráfico. Emergencias. Catástrofes naturales. Riesgos domésticos. Personas desaparecidas.	Vigilancia disuasoria. Penal-sancionadora. Información e inteligencia. Prevención institucional y comunitaria. Normativa y procedimental. Cooperación institucional. Formación y asesoramiento. Responsabilidad social corporativa. Planificación y estudios.	Mossos d'Equadra. Policías Locales. Protección Civil. Bomberos. Agentes Rurales. Seguridad privada Ayuntamientos. Juzgados y Fiscalías. Consejerías (Empresa, Justicia, Enseñanza, Presidencia, Salud). Institutos (Medicina Legal, Mujer). Asociaciones (empresariales, comercio, desaparecidos). Consulados. Colegios (abogados, periodistas, detectives).
Grado de centralización alto ⁽³⁾	Grado de integración bajo ⁽⁴⁾ .	Grado de transversalidad medio ⁽⁵⁾ .	Grado de pluralidad medio-alto ⁽⁶⁾ .

Fuente: Elaboración propia.

Notas:

⁽¹⁾ Los órganos del Departamento son: D. G. P. Direcció General de la Policia; D. G. A. S. Direcció General d'Administració de Seguretat; D. G. P. C. Direcció General de Protecció Civil; D. G. P. E. I. S. Direcció General de Prevenció, Extinció d'Incendis i Salvament; S. C. T. Servei Catalá del Transit; I. S. P. C. Institut de Seguretat Pública de Catalunya; CAT 112 Centre d'Atenció i Gestió de Trucades d'Urgència 112 Catalunya.

⁽²⁾ Incluye: Robo con fuerza; Robo con violencia; Robo de metales; Robos rurales; Robos a comercios; Transporte público; Multireincidencia; Violencia antisistema; Tráfico y consumo de drogas.

⁽³⁾ Ámbito de las instituciones que promueven el plan o política. La centralización es alta cuando el poder decisión (o la responsabilidad) se concentra en la institución promotora de la política; Media, cuando se comparte el poder de decisión con otras instituciones o actores; Baja, cuando ese poder se delega o concentra en otras instituciones o actores.

⁽⁴⁾ Tipo de problemas centrales que identifica y en los que se focaliza el plan. La integración es alta si se identifican y actúa sobre factores comunes en problemas distintos; Media si no se identifican, pero se realizan actuaciones comunes a varios problemas; Baja si no se identifican y se actúa de forma separada para cada problema.

⁽⁵⁾ Estrategia dominante en cada plan o política. La transversalidad es alta si se aplican estrategias distintas para un mismo problema; Media si se utilizan estrategias distintas para problemas distintos; Baja si se utiliza un solo tipo de estrategia para distintos problemas.

⁽⁶⁾ Actores que participan en la política con roles distintos al de promotor. La pluralidad es alta si participan actores de sectores muy diferentes (en especial, si tienen cierta capacidad decisoria); Media si la diversidad de sectores es moderada (en especial, si su capacidad decisoria es moderada); Baja, si la diversidad de sectores es poca o inexistente (en especial si su capacidad decisoria es poca o nula).

Siguiendo el mandato de la Ley 4/2003, el Plan intenta ser integral e incorpora la seguridad ciudadana, incendios y salvamento, protección civil, emergencias 112, y menciona la seguridad vial, y espectáculos y juego. El documento refleja la voluntad política en cada área. El énfasis principal recae en la seguridad ciudadana donde las prioridades se sitúan en la prevención de atentados terroristas y la radicalización (riesgos para los que se crean programas específicos como el POEA o el PRODERAI). Prorroga las prioridades del plan del 2014-15 (seguridad rural y en comercios; robo de metales; robos en las áreas de descanso de autopistas; multirreincidencia; violencia de doméstica y género, antisistema y en manifestaciones). Se plantea el incremento de plantillas de Mossos d'Esquadra, la mejora de su carrera y especialización. Aboga por la mayor cooperación con las Policías Locales en temas de terrorismo y violencia de género. Con la seguridad privada, se pone más énfasis en el control que en la cooperación. En un contexto político de clamor soberanista, subraya la necesidad de ganar espacios competenciales mediante la participación en organismos policiales internacionales, convenios bilaterales, y potenciando las funciones de los Mossos d'Esquadra.

En relación con las prioridades políticas en protección civil, el Plan habla de reorientar el modelo actual prestando mayor atención a la prevención y acercándose más al territorio. Para ello, enfatiza la colaboración con los ayuntamientos, la potenciación del voluntariado, y la autoprotección. Ya el plan del 2014-15 destacaba la necesidad de coordinación de servicios locales de protección civil. Esta descentralización contrasta con la voluntad política de potenciar el Centro de

Coordinación Operativa de Cataluña (CECAT). En relación con la extinción de incendios el Plan es menos ambicioso. Plantea un incremento de plantillas dedicando personal a tareas técnicas de prevención, y la compra de equipamiento. En el área de emergencias, las prioridades pasan por difundir más el teléfono 112, acortar tiempos de respuesta y conseguir el certificado de calidad ISO9001. En seguridad viaria, el texto se remite al Plan Estratégico de Seguridad Viaria 2014-20. Las prioridades pasan por reducir la siniestralidad y el número de fallecidos en accidentes, dar asistencia técnica a los ayuntamientos para elaborar los planes locales, y conseguir las certificaciones ISO9001 y ISO3901.

En España existe un grado alto de *descentralización* política en un sistema de gobernanza multinivel donde los distintos niveles de gobierno tienen cierta autonomía, pero también dependencia mutua²⁰. El plan analizado es una muestra de la capacidad del gobierno de la Generalitat para diagnosticar los problemas y diseñar sus propias políticas de seguridad. Sin embargo, sorprende la poca conexión declarada con las políticas de seguridad nacionales o europeas. Apenas se mencionan instituciones o programas de esos ámbitos en los marcos institucionales (ni legales) del Plan. El mismo también muestra un grado de centralización respecto a las esferas locales. Las instituciones responsables de los distintos objetivos son mayormente de la Conselleria de Interior. Las instituciones de seguridad locales aparecen como colaboradoras, en el mismo plano que otras entidades de la sociedad civil.

El Plan abarca un número importante de amenazas, pero no se exploran factores causales comunes con lo que el grado de *integración* en las respuestas contra ellas es bajo. Las actuaciones se supeditan a un objetivo concreto y no se identifican sinergias entre ellas. Ello, a pesar de la diversidad de agencias que participan y de estrategias que se ponen en marcha. La consecuencia es una visión menos sistémica de los problemas de seguridad de Cataluña y también de su gestión. Se dejan de ahorrar costes ya que las acciones y procesos integrados consumen menos recursos y tiempo, aunque identificar los factores comunes y planificar la integración también tiene algunos. La *pluralidad de actores* que colabora es amplia, pero se echan en falta algunas tipologías. Abundan los operadores del sistema penal (policías, fiscalía, juzgados) y de seguridad (bomberos, agentes rurales, protección civil). La presencia de la administración, en especial de la autonómica, es significativa (diversas consejerías, ayuntamientos, consulados). De la sociedad civil, participan algunas asociaciones de intereses,

²⁰ COLINO, C., y PINO, E. del, «National and European patterns of public administration and governance». en Magone, José M. (ed.), *Routledge Handbook of European Politics*, Londres (Routledge), 2015, pp. 611-63.

y colegios profesionales, pero no tanto de otros tipos. Las organizaciones privadas apenas aparecen, con la excepción de las empresas de seguridad. En relación con las estrategias que se ponen en marcha, existen las propias de cuerpos policiales (vigilancia, investigación, sanción, prevención, inteligencia...) y otras relacionadas con la cooperación institucional, reforma normativa, responsabilidad social corporativa, asesoramiento, o realización de estudios. Sin embargo, las estrategias de base social tienen menos peso (asistencia social, prevención comunitaria...). Tampoco está del todo incorporada la prevención situacional, o las tecnologías de vigilancia (salvo excepciones). Por ello, la *transversalidad* de las acciones es intermedia.

V. EVALUACIÓN DEL DISEÑO DE LOS PLANES

Este apartado presenta los resultados de los seis aspectos evaluados del Plan. El *cuadro 2* los resume. Al identificar los *factores del entorno* que lo condicionan, el Plan se centra en los legales e institucionales. Lo hace, además, citando únicamente la legislación autonómica y los distintos programas de seguridad catalanes de ámbitos específicos. Casi no se identifican marcos europeos o de ámbito nacional. Tampoco se menciona ningún factor de tipo social, económico o político. El Plan identifica como *problemas* centrales aspectos de delincuencia común, violencia de género, radicalización y terrorismo. En delincuencia común, el texto se remite al Plan de Seguridad del 2014-15 argumentando continuidad en la situación. Para los problemas en los ámbitos de protección civil, tráfico, o emergencias, hace lo mismo citando los planes especializados correspondientes. Como criterios de selección y priorización de problemas se señala su incremento e impacto social. Para dimensionar la delincuencia, ambos planes utilizan unos pocos datos descriptivos provenientes de las estadísticas delictivas de Mossos d'Esquadra y de la Encuesta de Seguridad Pública de Cataluña (ESPC). No se identifican factores causales en ningún caso, ni se menciona ninguna teoría de referencia. Antes de plantear sus objetivos, el Plan subraya algunos principios que lo inspiran: Proximidad y atención a las personas (protegiendo especialmente a las más vulnerables), servicio público, prevención y eficacia en todos los ámbitos (con énfasis especial en el delito común, violencia de género, radicalización y terrorismo), internacionalización, y colaboración con otros actores de la seguridad (incluyendo la seguridad privada y policías locales). Se pretende consolidar un modelo de seguridad pública basado en cuatro pilares: seguridad ciudadana, protección civil, emergencias, e incendios y salvamento. Se fomenta en ellos la planificación de actuaciones, la calidad certificada de sus servicios, la formación, y la innovación.

Cuadro 2
Evaluación del diseño del Plan General de Seguridad de Cataluña (2016-19)

Condiciones del entorno	Problemas diagnosticados	Objetivos del Plan	Acciones y tareas	Organización y gestión	Evaluación
Identifica los marcos jurídico e institucional catalanes (no tanto otros). No menciona factores sociales, económicos o políticos.	Identifica problemas centrales en seguridad. Los justifica por su incremento e impacto. No los relaciona. Apoyo en unos pocos datos estadísticos descriptivos y de encuesta (ESPC). No menciona evidencias causales. No menciona teorías que amparen el cambio.	Explicita los principios que inspiran el Plan. Señala 42 objetivos en 4 ejes (alguno organizativo). En general, son concretos y factibles. Conexión lógica moderada entre diagnóstico y objetivos. Conexión teórica inexistente entre diagnóstico y objetivos.	263 acciones. Definidas genéricamente. Conexión lógica moderada entre diagnóstico, objetivos y tareas. Conexión teórica inexistente entre diagnóstico, objetivos y tareas.	Dirección central liderada por Interior. Un coordinador de Interior por objetivo. No especifica estructuras de coordinación. Pluralidad de entes colaboradores, pero sin asignar tareas. No desglosa los recursos necesarios. No concreta calendario.	No especifica objetivos de evaluación. Criterios e indicadores para cada acción (la mayoría son de proceso, no de resultado). No especifica umbrales. No especifica los responsables.
Valoración media ⁽¹⁾	Valoración media ⁽²⁾	Valoración media-alta ⁽³⁾	Valoración media-alta ⁽⁴⁾	Valoración media ⁽⁵⁾	Valoración media ⁽⁶⁾

Fuente: Elaboración propia.

Notas: Se especifican, para los 6 ámbitos de evaluación, los criterios, indicadores y umbrales utilizados:

⁽¹⁾ Factores del entorno (sociales, políticos, económicos, legales, e institucionales) que se identifican como condicionantes de la política. Valoración alta (4-5 factores), media (2-3), baja (0-1).

⁽²⁾ Diagnóstico claro y fundamentado del problema o la necesidad. Los indicadores son: 1 Identificar los problemas centrales. 2 justificar el criterio de selección. 3 describir su relación. 4 apoyo en datos empíricos descriptivos. 5 uso de estudios científicos previos para identificar sus causas (o consecuencias). 6 existencia de teorías explicativas. Valoración alta (5-6 indicadores), media (3-4 indicadores), baja (0-2 indicadores).

⁽³⁾ 1 Existencia de objetivos. 2 objetivos concretos y plausibles. 3 coherentes lógicamente con el diagnóstico del problema. 4 coherentes teóricamente con el diagnóstico. Valoración alta (4 indicadores), media (2-3 indicadores), baja (0-1 indicadores).

⁽⁴⁾ 1 Desglose de servicios, tareas o acciones a realizar (a corto, medio y largo plazo). 2 son concretas y estén bien definidas. 3 son coherentes lógicamente con el diagnóstico y objetivos. 4 son coherentes teóricamente con el diagnóstico y objetivos. Valoración alta (4 indicadores), media (2-3 indicadores), baja (0-1 indicadores).

⁽⁵⁾ Calidad de la organización y gestión prevista en el plan. Los indicadores son: 1 Existencia de una dirección general del Plan. 2 asignación concreta de cada servicio o tarea a un actor o entidad; 3 designación de coordinadores de grupos de tareas o servicios; 4 estructuras de coordinación y comunicación (procedimientos, normas, comisiones, reuniones...). 5 previsión y garantía de las instalaciones, recursos económicos, materiales, y personales adecuados y necesarios; 6. Existencia de un calendario claro. Valoración alta (5-6 indicadores), media (3-4 indicadores), baja (0-2 indicadores).

⁽⁶⁾ 1 Se concretan los objetivos/tipos de evacuación previstos. 2 se explicitan los criterios. 3 se concretan los indicadores. 4 se establecen umbrales para evaluar los resultados. 5 se designan los responsables de hacerlo. Valoración alta (4-5 indicadores), media (2-3 indicadores), baja (0-1 indicadores).

Con esos valores como referente, el Plan define los 42 *objetivos* mencionados anteriormente. Los del primer eje (servicio al ciudadano) son razonablemente concretos y factibles a priori. Aparentemente, están orientados a los problemas de seguridad diagnosticados. Sin embargo, como los posibles factores causales no están identificados, tanto los objetivos como las actuaciones previstas no están lo bastante focalizadas. De hecho, éstas adoptan más la forma de subobjetivos que de actuaciones concretas. El segundo eje tiene que ver con aspectos más generales de gestión. Su articulación con los problemas de seguridad queda menos clara. Sirve para expresar principalmente las necesidades de Mossos y bomberos de expandir plantillas, carrera y formación, renovar equipamientos y sistemas, reivindicar nuevas competencias (extranjería, puertos, aeropuertos, fauna, armas...), o introducir cambios normativos. Los objetivos del tercer eje de coordinación apuntan a fortalecer las relaciones con distintas instituciones, entidades y organizaciones (policías locales, seguridad privada, instituciones policiales internacionales, Justicia, Colegios profesionales, voluntariado). En algunos casos, se trata más de fiscalización que de cooperación horizontal. También aquí resulta difícil vincular de forma clara objetivos, *acciones* y diagnósticos de problemas. Lo mismo cabría decir en relación al cuarto eje dedicado a los objetivos de formación e investigación. Al final, los objetivos y actuaciones previstas guardan una coherencia con los principios y valores declarados, pero no tanto con unos problemas cuyos factores desconocemos.

En relación con la *organización* y gestión, el Plan designa un departamento de la propia *Conselleria d'Interior* como el responsable de cada objetivo, e identifica a las entidades colaboradoras. Sin embargo, no asigna tareas concretas de forma detallada. Tampoco se concretan los recursos económicos, materiales, o personales necesarios. Sólo se menciona que, para el año 2016, la *Conselleria* y sus organismos autónomos tienen asignados 1.260 millones de Euros. Quedan indefinidas las estructuras de coordinación entre los diferentes responsables y los actores participantes. En relación con la *evaluación*, el documento recoge indicadores específicos para cada acción propuesta, pero la mayoría de ellos miden flujos de trabajo y no tanto el impacto en la realidad. No se especifican los responsables de la evaluación.

VI. CONCLUSIÓN

Cataluña, junto con Euskadi, tiene ya una tradición en la planificación de la seguridad, aunque no tanto en su evaluación. El objetivo del presente capítulo es realizar un análisis y evaluación del diseño del *Pla General de Seguretat de Catalunya 2016-19*. En el apartado metodológico se especifican los criterios utilizados en ambos casos. El Plan se plantea desde una filosofía de seguridad integral, aunque la seguridad ciudadana acapara más objetivos y actuaciones que la protección civil, emergencias, o incendios y salvamento. Apenas se identifican sinergias en las causas, ni en las respuestas a los distintos riesgos. El elemento más unificador son unos principios inspiradores del Plan que enfatizan la proximidad, prevención, cooperación, eficacia o la protección a colectivos vulnerables. El Plan refleja las prioridades políticas de esos años. Preocupa el terrorismo y la radicalización, la colaboración con las policías locales, la internacionalización, la asunción de nuevas competencias para Mossos, o la certificación de la calidad. El texto combina elementos de plan de seguridad con los de plan de mejora organizativa.

Es un Plan más bien centralista donde los departamentos de la *Consejería de Interior* concentran el control y coordinación, mientras que las entidades externas aparecen como meras colaboradoras. Se delega poco. El programa se diseña, con gran autonomía, desde una perspectiva catalana. Apenas existe un propósito declarado de articulación con otras políticas u planes de ámbito español, y las referencias a Europa son pocas. Se omiten muchas de las vinculaciones múltiples que existen en realidad. Sin embargo, el texto recoge principios y valores modernizadores que orientan los objetivos, más incluso que el propio diagnóstico de los problemas. En el Plan colaboran una

pluralidad de actores de los sectores público (especialmente del autonómico catalán) y del sector social. Sin embargo, el sector privado aparece poco. Las estrategias de respuesta a los problemas son variadas, aunque las de base social o de prevención situacional tienen un peso menor. Por ello, la transversalidad de la política es intermedia.

La evaluación del diseño formal del Plan concluye que éste es de una calidad intermedia. El mismo sólo hace explícitos algunos factores (los legales e institucionales) que condicionan su diseño y desarrollo. El Plan se diseña sin un análisis profundo de los factores causantes de los problemas de seguridad, y sin marcos teóricos de referencia. El diagnóstico de los mismos se basa en unos pocos datos descriptivos. Los objetivos y las actuaciones previstas son concretos, pero, al no haber un diagnóstico sólido, los mismos parecen estar más influidos por los principios declarados en el Plan, y por ciertas prioridades políticas. El diseño organizativo y de gestión del mismo descansa sobre la idea encargar a distintos órganos (principalmente de la Consejería de Interior) la responsabilidad sobre determinados objetivos y tareas. El programa es poco detallado en cuanto a los recursos económicos y materiales, y tampoco clarifica el calendario de las acciones. Finalmente, la evaluación adolece de utilizar sobre todo indicadores de proceso más que de resultados. A pesar de todas estas limitaciones, el *Pla General de Seguretat de Catalunya 2016-19* representa un esfuerzo considerable de racionalización de la seguridad, y un elemento de modernidad en la gestión pública. Es un intento que otros cuerpos policiales españoles deberían también realizar.

UNA PROPUESTA DE POLÍTICA CRIMINAL INTEGRAL PARA CADA FENÓMENO CRIMINAL

LAURA ZÚÑIGA RODRÍGUEZ*

I. INTRODUCCIÓN

Sirva este análisis centrado en la Política Criminal, disciplina que la Profesora María Luisa Corcoy Bidasolo ha cultivado en numerosos trabajos¹, para rendirle un merecido homenaje por su trayectoria académica, siempre en pos del respeto a los fundamentos del Estado de Derecho, esto es, fiel a los principios y límites del poder punitivo del Estado, especialmente relevante en estos momentos de deriva punitivista. Como sostiene la autora, en «un Estado social y democrático de Derecho laico no se debería considerar que la función del Derecho Penal es castigar, sino exclusivamente prevenir la lesión de bienes jurídico-penales (valores esenciales de una comunidad)»². Esta máxima, muy consensuada por una buena parte de la doctrina, no parece reinar en la legislación penal, ni en la jurisprudencia y, menos aún, en la opinión pública, por lo que el gran reto es, precisamente, cómo hacer efectiva la misma. La receta no parece nada fácil ante una tendencia social y política de utilizar el Derecho Penal con objetivos de educación colectiva, con finalidades de pedagogía social o de preocupaciones hiperpaternalistas, como nos recuerda Fiandaca³. Cada vez

* Catedrática de Derecho Penal. Universidad de Salamanca.

¹ Para muestra reseñar su último trabajo: CORCOY BIDASOLO, M., «¿Es posible limitar la intervención penal en el siglo XXI?», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez. Protocolo I*, 2021, pp. 89-105.

² Ob. ult. cit., p. 93.

³ FIANDACA, G., *Prima lezione di diritto penale*, Bari (Laterza & Figli), 2017, p. 190.

más, existe un alejamiento del Derecho Penal teórico de la dogmática penal que se enseña en las aulas, con una serie de principios y categorías desarrolladas durante siglos, de la práctica cotidiana de la aplicación del Derecho Penal, muchas veces jaleada por los medios.

Las propuestas de la homenajeadora no pueden más que compartirse: una vuelta a la teoría del delito y a los principios limitadores del Derecho Penal, especialmente «a la idea del bien jurídico, con la terminología que se quiera utilizar»⁴. Preocupación y propuestas que comparten muchos otros penalistas, como el Profesor Eduardo Demetrio, para quien el «giro punitivo» suele interpretarse como una «modernización», algo que no es más que una «involución»⁵. Este autor realiza también una apuesta por el modelo garantista, pues «si las garantías pueden considerarse la expresión de un modelo normativo, pero también epistemológico, en tiempos recientes hemos asistido a la crisis y, en cierto modo, a una «deconstrucción» de dicho paradigma»⁶.

Sin duda, la globalización ha propiciado transformaciones significativas en lo económico, en lo político y en lo jurídico, por lo que la Política Criminal y el Derecho Penal no podía dejar de ser menos, especialmente en aquellos sectores interconectados de la criminalidad organizada transnacional que se perciben como peligros para los Estados, la Economía y la Sociedad, como la corrupción, el terrorismo, ataques informáticos, con una tendencia a incriminar los estados previos a la lesión de bienes jurídicos. Como nos recuerda Vogel en un luminoso artículo, en estos campos se coloca de modo excesivo el acento en los intereses de punición y de persecución penal, partiendo de la idea de que el ordenamiento jurídico-penal nacional es impotente frente a la criminalidad transnacional⁷ y se soslaya los aspectos de prevención social necesarios para hacer frente a fenómenos criminales que tienen distinta raigambre cultural en los diferentes países.

Pero el afán punitivo no alcanza sólo a la «moderna» criminalidad, sino también a los «delitos clásicos», como así sucede con los delitos contra la vida, con el aumento de penas para el homicidio o el asesinato de la reforma de 2015, o contra

⁴ CORCOY BIDASOLO, 2021, p. 96. Con razón, la autora prescinde de la terminología de «bien jurídico», rescatando la idea de daño a intereses valiosos para la Sociedad, o el contenido material de delito. Algo que, en sociedades pluralistas, no resulta nada fácil, pero ciertamente hay o debe haber límites infranqueables como son el respeto a la dignidad humana de toda persona, base del modelo de Estado que nos hemos dado.

⁵ DEMETRIO CRESPO, E., *El Derecho Penal del Estado de Derecho entre el espíritu de nuestro tiempo y la constitución*, Madrid (Reus), 2020, p. 17.

⁶ Ob. ult. cit., p. 198.

⁷ VOGEL, J., «Derecho Penal y globalización», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 9, 2005, pp. 118-119.

la libertad sexual, como se proyecta en la pretendida propuesta de reforma de 2021. Por tanto, no es sólo cuestión de las nuevas formas de criminalidad, sino es más bien, una constante que parece reflejar el espíritu del tiempo.

En lo que sigue intentaré reflexionar sobre esta tensión permanente entre teoría y práctica, eficacia y garantías, prevención y represión, el «Derecho Penal como Carta Magna del delincuente» y el «Derecho Penal como Carta Magna de la Víctima», pensamiento problema y pensamiento sistema, que es el signo de los tiempos, para finalmente proponer opciones metodológicas que permitan conciliar dichos extremos dentro del modelo de sociedad que nos hemos dado, el Estado social y democrático de Derecho.

II. EL POPULISMO PUNITIVO O DERECHO PENAL DE LA SEGURIDAD

No es posible empezar cualquier análisis del Derecho Penal y de la Política Criminal sin reconocer el signo de los tiempos. La ola punitivista que nos invade como Sociedad, en la que parece que todo conflicto ha de ventilarse con el Derecho Penal, en una constante tensión hacia más delitos y mayores penas, a ser posible, privativas de libertad. La Sociedad demanda castigos más severos, determinados colectivos demandan mayor sanción, mientras que los políticos acceden a dichas demandas con reformas penales punitivistas. Por otro lado, los políticos, a sabiendas que estas propuestas son populares y les rinden votos, fomentan ese auge de la utilización de la pena para fungir que solucionan cualquier problema social, llevando en su agenda *políticas de seguridad* como políticas criminales, con clara omisión de políticas sociales, más complicadas de programar y más costosas de realizar⁸.

En casi todos los países del mundo se aprecian gran cantidad de leyes penales y exorbitantes niveles de castigo, en un afán por criminalizar conductas no siempre correspondientes al grado de desviaciones soportables en un Estado

⁸ En muchos casos avaladas por planteamiento ideológicos neoliberales, de privatización de los servicios públicos, pero no siempre, pues la ola populista tiene un signo de derechas, pero también de izquierdas. Cfr. FIANDACA, 2017, p. 187: «esta obsesiva represión es tanto de fuerzas de derecha como de izquierda; mientras que las fuerzas de derecha se encuentran más preocupadas por la criminalidad común, las de izquierda enfatizan en la lucha contra la criminalidad de cuello blanco y la mafia». Con razón se pregunta GARCÍA FIGUEROA, A., «La génesis populista del feminismo punitivo», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez. Protocolo I*, 2021, p. 16: «¿cómo es posible que incluso cierta cultura jurídica de izquierdas, que a menudo se reclama legítima heredera de la Ilustración, haya transitado desde el abolicionismo penal hacia la promoción de la máxima expansión del Derecho penal?».

democrático de Derecho⁹. Las tasas de encarcelamiento en países como Estados Unidos o Inglaterra, y en otras partes del mundo, demuestran empíricamente que efectivamente hay una *sobrecriminalización* en nuestras sociedades, difícil de justificar¹⁰. Si la pena se ha concebido como un mal sólo justificable como una necesidad para salvaguardar bienes sociales mayores, parece que esta máxima no siempre se cumple, pues se advierte como un primer recurso, privilegiando la pena a otras formas de control social.

Este fenómeno social no es propiamente penal, trasciende el ámbito de lo jurídico, pues se comprende como un uso electoralista del Derecho Penal. El *populismo punitivo*, como se le conoce a partir de finales del siglo xx y comienzos del XXI, describe como «determinadas élites políticas occidentales agravaban sistemáticamente las penas de los delitos para dar respuesta a las presiones de la opinión pública sin cuestionarse las causas estructurales de los delitos; sin tener en cuenta los datos empíricos de los índices de criminalidad; obviando el enorme grado de subjetividad existente en la opinión pública debido a la truculencia (económicamente interesada) de algunos medios de comunicación de masas, alcanzándose, puntualmente, situaciones de pánico moral/alarma social; y despreciando las autorizadas opiniones de los expertos en la materia»¹¹.

En el ámbito propiamente penal, este fenómeno ha dado lugar a un *Derecho Penal de la Seguridad*, caracterizado por la anticipación en la intervención penal a etapas previas a la lesión del bien jurídico, incluso al peligro concreto, como sucede con el principio de precaución, configurando injustos penales centrados en la prevención de conductas de riesgo. El concepto de seguridad se erige así como idea-fuerza capaz de orientar las definiciones y los conceptos

⁹ Discutibles, al menos, son la criminalización de los *delitos de opinión*, como las apologías, los delitos de enaltecimiento, odio o contra los sentimientos religiosos, negacionismos, etc. Su colisión con un derecho fundamental de la Democracia que es la libertad de expresión (¡y de pensamiento!) parece evidente. Si nuestras sociedades democráticas se autodefinen como respetuosas del pluralismo ideológico deberían ser consecuentes y aceptar la disidencia, de todo tipo y de todo color. Se trata de convencer y no imponer unas ideas sobre otras con la sanción penal. Cfr. GÓMEZ MARTÍN, V., «Daño, ofensa y discurso del odio», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez. Protocolo I*, 2021, pp. 235-256. Y los trabajos en CARPIO DELGADO, J de, y HOLLGADO GONZÁLEZ, M., *Delitos de opinión y libertad de expresión: un análisis interdisciplinar. Cuestiones de la Parte General de los delitos de opinión*, Pamplona (Aranzadi), 2021, *passim*.

¹⁰ Cfr. HUSAK, D., *Sobrecriminalización. Los límites del Derecho penal*, Madrid (Marcial Pons), 2013. Según este autor, p. 42: «Personas razonables deberían anticipar que niveles tan masivos de penas y leyes penales serán imposibles de justificar». Efectivamente, ni en los países más avanzados se realizan reformas penales sustentadas en planteamientos empíricos, esto es, en evidencias sociales que justifiquen los aumentos de penas. *Vid.*

¹¹ Excelente descripción de ANTÓN-MELLÓN, J., y ANTÓN CARBONELL, E., «Populismo punitivo, opinión pública y leyes penales en España (1995-2016)», *Revista Internacional de Pensamiento Político*, núm. 12, 2017, p. 134.

básicos, así como las funciones del Derecho Penal¹². La idea de seguridad, paradójicamente en una sociedad de la incertidumbre, ha permeado las diversas disciplinas que se ocupan de la criminalidad. Como apunta Pith, desde principios de los años ochenta, la Criminología deja de investigar las causas de la criminalidad para *defenderse de ella*. Deja de interesarse por el pasado, para ocuparse del futuro: *disminución de riesgos de victimización*¹³.

III. PRINCIPALES CONDICIONANTES DEL POPULISMO PUNITIVO

No es posible adentrarme en los condicionantes económico, sociales y políticas que han llevado a esta situación, pues existen trabajos excelentes al respecto como el de Garland¹⁴ que analiza los profundos cambios culturales producidos en los últimos decenios que han conllevado que la ciudadanía, las instituciones y los saberes se hayan alejado del paradigma resocializador para centrarse en un paradigma retributivo, orientado a la protección de las víctimas, cercenando los derechos de los infractores. Esta cultura del control dominante, explicaría el aumento de la criminalización y el uso y abuso de la pena privativa de libertad, del encarcelamiento, en los países post-industrializados.

Lo que parece indudable es que existe una correlación entre este populismo punitivo y las coordinadas políticas de la sociedad de primacía del control social y la utilización del Derecho Penal para obtener cohesión social. Los especialistas no dudan en sostener que esta comprensión del control social es un pilar estructural del modelo socioeconómico neoliberal/neoconservador hegemónico en los últimos decenios del siglo xx y primeros del XXI¹⁵, propio del sistema económico post-fordista donde las relaciones económicas son en red, flexibles y en las que reina la incertidumbre. La liberalización del modelo económico contrasta con un control social fuerte para aquellos que el sistema expulsa, excluye o no es capaz de absorber, normalmente pobres e inmigrantes. La referencia a la seguridad en el sentido de *safety* acaba dejando de lado políticas sociales, haciendo prevalecer aquellas de tipo represivo¹⁶.

¹² RUIZ RODRÍGUEZ, L., «El papel de la seguridad en la ciencia penal: de la categoría científica a la condición de guía de la Política Criminal», en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 124, 2018, p. 118.

¹³ PITCH, T., «El tema de la seguridad», 2016, p. 80, en http://www.softpowerjournal.com/web/wp-content/uploads/2016/09/SPJ05_05_TamarPitch.pdf.

¹⁴ GARLAND, D., *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, Madrid, Gedisa, 2001, *passim*.

¹⁵ ANTÓN-MELLÓN, y ANTÓN CARBONELL, 2017, p. 147.

¹⁶ PITCH, 2016, p. 86.

Se produce así el círculo perfecto: unos votantes desafectos con la política y con el Derecho y «unos representantes políticos que encuentran en el Derecho Penal un instrumento para mostrar su legitimidad e interés por los problemas sociales, politizando las leyes penales y otorgándoles un carácter de mágico que, obviamente, no tienen. Son políticas de final de la cañería, reactivas y no proactivas, vengativas y no preventivas»¹⁷. Se trata de políticas a corto plazo, realmente simbólicas que finalmente alimentarán el descontento por no cumplir con las expectativas, puesto que todo fenómeno criminal al que realmente se pretenda hacer frente requiere de políticas sociales, educativas, asistenciales, etc. de largo plazo (una Política Criminal integral). En esta dinámica populista tanto en lo político, como en lo penal, se prevé una erosión de los lazos ciudadanos democráticos de solidaridad y una lamentable polarización social.

IV. ¿QUÉ PREVENCIÓN?

El populismo punitivo y el Derecho Penal de la seguridad han reforzado la idea de la prevención, pero no como la concebía Von Liszt en el sentido del predominio de la prevención especial y general frente a la retribución, de defensa real de la sociedad, de una Política Criminal basada en la Política Social. En el eje del Derecho Penal de la Seguridad predominante se encuentra una nueva Criminología: el «paradigma victimario», el control y gestión de los riesgos, la *prevención* prácticamente como criterio absoluto. Ya no se trata, por tanto, de remover las causas pasadas que llevaron al delincuente a delinquir, normalmente sociales y personales, sino de proteger a las posibles víctimas de previsibles males futuros (delitos). Se trata, según Pitch, de la *Sociedad de la prevención*, una definición que resume otras: sociedad de la información, sociedad del riesgo, sociedad de la vigilancia, sociedad de la inseguridad¹⁸. Los imperativos de prevención y seguridad se configuran como justificación de los métodos de represión, segregación, exclusión de determinados grupos sociales (marginales/inmigrantes), en suma, del control social moderno, centrandone normalmente la desviación en la delincuencia callejera, de tipo violento, olvidando que hoy en día muchas de las formas de criminalidad económica se cometen en contextos normalizados, camuflados dentro de «negocios lícitos».

Esta lógica del Derecho Penal de la Seguridad divide a la sociedad y a la definición de la criminalidad que ella construye entre delinquentes y víctimas,

¹⁷ ANTÓN-MELLÓN, y ANTÓN CARBONELL, 2017, p. 147.

¹⁸ PITCH, T., *La società della prevenzione*, Carozzi, 2008, *passim*.

buenos y malos, amigos y enemigos, sin tener en cuenta que la delincuencia es una construcción social pluridimensional, que está vinculada a la condición humana que es poliédrica, donde no se puede realizar divisiones tajantes ni maniqueas, salvo en los extremos¹⁹. Como apunta García Figueroa, precisamente los populismos se nutren de la división *shmitiana* de amigos/enemigos, retrotrayendo las respuestas al «estado de naturaleza» retribucionista demandada por el pueblo. Más bien, la realidad suele plantearnos *hard cases*, situaciones controversiales, conflictos de derechos, intereses contrapuestos, conflictos entre bienes jurídicos, donde las soluciones suelen ser difíciles²⁰ y, normalmente, exigen una toma de postura del intérprete o del juez. Estos asuntos controversiales suelen ser más propios de sociedades pluralistas donde conviven diversas demandas sociales y diversos sistemas de valores²¹.

Desde el punto de vista epistemológico, los conceptos de seguridad y prevención son idóneos para seleccionar como delitos determinadas conductas (en desmedro de otras), pues la seguridad es un «concepto paraguas o sombrilla», que encubre una serie nociones, como amenaza, riesgo o peligro, todos ellos conceptos ambiguos o multidimensionales, fundamentados en *predicciones* que hace el grupo dominante de acuerdo a sus valores o bienes considerados preciados (normalmente la vida y la propiedad). Además, de convocar emociones ancestrales del ser humano como *el miedo*, en nombre del cual las personas son capaces de ceder sus derechos y entrar en una lógica insaciable de demanda de mayor protección con la amenaza de la pena.

Como apunta Torrente, el miedo es un sentimiento que puede tener una base irracional. «En ocasiones es resultado de una percepción correcta de una amenaza real, En otras, surge de una percepción deformada de la realidad o el sentimiento es desproporcionado en relación con el riesgo. El miedo y la sensación de inseguridad tiene importancia en la vida colectiva. El miedo debilita los lazos comunitarios: las personas se cierran más en su privacidad, se evitan

¹⁹ Cfr. RODRÍGUEZ MESA, M. J., «La redefinición del crimen como propuesta de una Criminología global», *Archivos de Criminología, seguridad privada y Criminalística*, núm. 18, 2017, p. 103, «El crimen es un concepto socialmente construido». Siguiendo a Morrison, para quien el crimen es un concepto complejo, multidimensional que ha de ir más lejos que el estudio de las figuras tipificadas como delito y la realidad que nos muestran las cifras oficiales de criminalidad.

²⁰ Como apunta SILVA SÁNCHEZ, J., «Retos científicos y retos políticos de la ciencia del derecho penal», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 9, 2002, p. 91: La existencia de casos-límite que se resisten a una estructuración binaria (0-1), no es más que la constatación de que la realidad no puede ser sometida a una clasificación rígida.

²¹ Por poner como ejemplos, simplemente la renovada discusión sobre el aborto o la eutanasia. Pero también los conflictos más generales entre desarrollo económico y medio ambiente, libertad de expresión y derecho al honor, o los controvertidos «delitos de odio» (nota 9).

ciertos lugares y actividades, y aumenta la intolerancia... También deslegitima a las instituciones y favorece políticas reaccionarias»²².

La cuestión es miedo a qué delitos y frente a qué posibles actores. Si se trata de predicciones de futuro, con un abanico de posibilidades de ser víctima, de acuerdo a los diversos delitos del panorama criminal, ese concepto de prevención parece focalizado hacia determinados delitos: callejeros, violentos, agresiones sexuales, patrimoniales, vinculados al tráfico de drogas, fundamentalmente. El miedo al delito no es más que la construcción social del sentimiento de preocupación por la supuesta amenaza de sufrir un delito, en la que suelen intervenir los políticos y los medios de comunicación, de acuerdo a determinados intereses, normalmente económicos²³. Prueba de ello es que «los delitos que más temor ocasionan son los violentos»²⁴. Es decir, en la representación estereotipada de ser en un futuro víctima de un delito, el sujeto normalmente piensa en un delito violento no, por ejemplo, en un delito socioeconómico.

Si *securitas* significa a salvo del peligro, riesgo o amenaza de sufrir un mal o daño a bienes jurídicos, el concepto como efecto coincide en buena medida con el concepto de *prevención*, en tanto acción de evitar el mal. De ahí que las políticas *prevencionistas* sean en realidad *políticas securitarias* en la actualidad. Especialmente desarrollada es la *prevención de la criminalidad*, pero determinado tipo de criminalidad. De ahí que se perciba la prevención como un concepto elástico que admitiría una definición o muy estricta o muy amplia. Por tanto, es un concepto elástico que debería ser delimitado cada vez que se hace alusión y, también por ello, debe tener contrapesos, como son las garantías penales²⁵.

Efectivamente, *prevención supone anticipar o evitar algo*. Los desacuerdos provienen precisamente cuando se intenta precisar lo que se pretende evitar y los instrumentos idóneos para tal objetivo²⁶. Los desacuerdos se presentan cuando se trata de precisar una Política Criminal para determinados fenómenos criminales, puesto que los diagnósticos pueden ser distintos o los medios para hacerle frente también.

Desde un punto de vista estricto, entonces, la prevención se ha identificado con una Política Criminal centrada en la utilización de la pena como prima

²² TORRENTE, D., *Desviación y delito*, Madrid (Alianza), 2001, p. 147.

²³ Ya sea de rating o para ganar votos, lo cierto es que finalmente se traducen en intereses económicos.

²⁴ TORRENTE, 2001, p. 150.

²⁵ Sobre este aspecto la Profesora Corcoy llama continuamente la atención en Corcoy Bidasolo, 2021, pp. 96 y 103.

²⁶ RICO, J. M., y SALAS, L., *Inseguridad ciudadana y policía*, Madrid (Tecnos), 1988, pp. 170-171. También MEDINA ARIZA, J., «Inseguridad ciudadana, miedo al delito y policía en España», *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, núm. 03-05, 2003, <http://criminnet.ugr.es/recpc/recpc05-03.pdf>.

ratio, tal cual la percibimos en el populismo punitivo, la cual, como se puede observar empíricamente no ha dado muchos frutos.

Ahora bien, desde un punto de vista amplio, la prevención implica ineludiblemente a la Política Social, como lo pregonaba Von Liszt. Esto es, si se trata de prevenir realmente la delincuencia –no simbólicamente como lo hacen las políticas securitarias–, debe pensarse tanto en estrategias penales como en estrategias sociales. Estrategias a corto plazo tienen normalmente alcance limitado. En cambio, las estrategias a mediano o largo plazo, que convocan al control social informal, la educación, los medios, los cambios más duraderos, han de tener mayor incidencia en la prevención, especialmente cuando se trata de fenómenos criminales complejos como la criminalidad organizada. Política Criminal y Política Social no son disyuntivas, sino más bien correlacionadas. En un Estado social de Derecho la Política social juega un papel importantísimo en la Política Criminal, en el sentido de la prevención de los fenómenos criminales. En efecto, «la Sociedad genera constantemente la imagen de que las políticas y las instituciones contra la delincuencia y contra la marginación (prisiones, centros de menores, residencias, centros de día) responden a lógicas distintas. Pero los condicionantes económicos, sociales, ideológicos y políticos de ambas son los mismos, y sus clientes suelen coincidir: pobres, emigrantes, marginados, desempleados, enfermos»²⁷.

Por tanto, si la mejor Política Criminal es una buena Política social a largo plazo, también la mejor Política Criminal es aquella integral para cada fenómeno criminal.

V. HACIA UNA POLÍTICA CRIMINAL INTEGRAL

Si la Política Criminal es la disciplina que estudia cuáles son los mecanismos más idóneos para hacer frente a una determinada criminalidad, desde un punto de vista preventivo y no sólo represivo, y que para seleccionarlos se rige por una serie de principios que se derivan de las características del Estado Social y Democrático de Derecho en que se inscribe, de ello se colige que la Política Criminal no puede pertenecer simplemente al ámbito de la Política Jurídica o la Política Penal, sino que tiene que pertenecer al ámbito más amplio de la Política Social de un Estado determinado²⁸.

²⁷ TORRENTE, 2001, p. 209, quien recuerda: «Barbara Hudson sostiene que, aparte del propósito de castigo, las políticas penales tienen una doble función *redistributiva* y *rehabilitativa* que les conecta con la política social».

²⁸ Vid. más ampliamente ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Política Criminal*, Madrid (Cólex), 2001, pp. 63-66.

El artículo 9.2 de la Constitución española establece que «corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas», se entiende que el fenómeno criminal es un problema social, que la prevención debe entenderse en términos amplios, que el principio de proporcionalidad obliga a la utilización de otros mecanismos de control social además de la pena, necesariamente una Política Criminal integral que tendrá que recalar en la Política Social.

Es propio del Estado Social el que asuma la función de Estado protector, esto es, un modelo de Estado en el que la protección y la obtención de seguridad por parte de todos los ciudadanos es una de las tareas más importantes que, incluso, legítima su ejercicio. A partir de esta premisa, la prevención de la delincuencia como función social encomendada al Estado, adquiere particular relevancia, pero la protección de todos los ciudadanos, desde el respeto de la dignidad de todas las personas, inclusive el infractor. El Estado no sólo está obligado a luchar contra la criminalidad de manera represiva (*postdelictum*), sino de manera preventiva (*antedelictum*).

Esta tarea va a adquirir una enorme complejidad. No sólo significará que es misión del Estado utilizar los instrumentos jurídicos de prevención de la delincuencia, sino que también será su función diseñar todos los mecanismos de prevención y protección sociales para contrarrestar las situaciones que pueden desencadenar la criminalidad. Por tanto, una política criminal preventiva necesariamente tendrá que preguntarse por las causas de la delincuencia e intentar removerlas, para ello tendrá que hacer acopio del conocimiento de la *Criminología*, estudiar el por qué de los fenómenos criminales, los perfiles de delincuentes, perfiles de víctimas, contextos culturales, estadísticas etc. En este ámbito el papel de los estudiosos sociales de la desviación y el crimen, el funcionamiento real de los aparatos del Estado, el papel de los medios de comunicación, etc., esto es, los conocimientos del «ser» del crimen, son imprescindibles.

Pero seguidamente, se producirá el paso siguiente, la selección de los instrumentos para hacer frente a ese fenómeno criminal. La selección de los medios para hacer frente a las amenazas depende del diagnóstico sobre la entidad y calidad de las amenazas; esto es una cuestión de Política Criminal. Como toda decisión política, se trata de establecer estrategias para determinados fines. En un Estado social y democrático de Derecho los fines ni los instrumentos pueden ser ilegítimos, esto es, deben respetar la legalidad sustancial, que no es otra que el respeto a los derechos fundamentales consagrados en la Constitución, especialmente la dignidad humana y la proporcionalidad. Mención especial merece el *principio de proporcionalidad*.

Siguiendo a Aguado, puede sostenerse que los principios de justicia y libertad son pilares básicos del principio de proporcionalidad. Justicia significa moderación, medida justa, equilibrio. Y libertad denota la vigencia del principio *favor libertatis*, esto es, que en caso de duda tiene que prevalecer la efectividad de los derechos fundamentales. Además, el artículo 9.3 CE, al consagrar el principio de subordinación del Estado al derecho, prohíbe la arbitrariedad en la actuación política; arbitrariedad que debe entenderse como la falta de proporción entre los fines perseguidos y los medios empleados²⁹. Se trata de un principio que tiene poder no solo en el ámbito de la jurisprudencia, es decir de aplicación de la ley penal, sino incluso en el ámbito de producción legislativa, pues toda autoridad debe someterse al principio de proporcionalidad, justificando la limitación de un derecho fundamental en aras de un bien social mayor. Es el *justo medio* que propugnaba Aristóteles.

La ponderación permite el diálogo entre conocimientos empíricos y conocimientos normativos, porque lo primero que habrá que preguntarse quién pondera para establecer la adecuación es qué características posee la criminalidad que se trata, qué causas la alimentan, cuáles son los perfiles de los autores y víctimas, esto es *conocimientos criminológicos*, para luego evaluar la necesidad de la intervención (Política Criminal), con el fin de plantear una propuesta penal (proporcionalidad estricta).

La ponderación permite encontrar la pena justa, necesaria. Acercar la realidad a la práctica, conciliar el ser y el deber ser, plantear propuestas posibilistas que intenten conciliar garantías y eficacia.

Una vez realizada la selección de los instrumentos para hacer frente al fenómeno criminal, es posible ubicar la pena legítima en un Estado social de Derecho: el Derecho Penal como límite con su edificio teórico y garantías. El Derecho Penal se configura como el instrumento jurídico para la prevención general de comportamientos. Su carácter comunicativo, como instrumento reconocido de control social último, tiene una función de prevención aún importantísimo, ante la carencia de referentes religiosos e ideológicos de las sociedades modernas, sobre las conductas tolerables e intolerables, lo que está bien y lo que está mal.

Estos tres pasos seguidos: estudio de fenómeno criminal (Criminología), selección de los instrumentos para hacerle frente (Política Criminal) y legitimidad del uso de la pena (Derecho Penal), era el ideal de Von Liszt: la ciencia total del Derecho Penal (*Gesamte Strafrechtswissenschaft*).

²⁹ AGUADO CORREA, T., *El principio de proporcionalidad*, Madrid (Edersa), 1999, pp. 135-136. En el mismo sentido CORCOY BIDASOLO, 2021, p. 94.

La complejidad del fenómeno criminal, más aún en sociedades pluralistas, cada vez más complejas, en las que el uso de las nuevas tecnologías favorece las interrelaciones, implican necesariamente la interdisciplinariedad, la utilización de equipos de trabajo transdisciplinarios y transprofesionales. Esto solo se puede realizar desde una visión holística del crimen y de la condición humana³⁰. Como apunta Vogel, la realidad criminal de la globalización impone una «apertura metodológica», esto es, una discusión en torno a los *problemas materiales* del Derecho Penal, en donde los métodos deben demostrarse por su valía, a través de la calidad de los argumentos. La ciencia del Derecho Penal hoy no puede ocuparse exclusivamente de cuestiones dogmáticas, sino que debe tratar con el mismo peso problemas de política criminal, como siempre lo han hecho los grandes (Von Lizst y Ancel)³¹.

VI. A MODO DE CONCLUSIÓN: SÓLO UNA POLÍTICA CRIMINAL INTEGRAL PARA CADA FENÓMENO CRIMINAL ES POSIBLE

Si se busca realmente una propuesta de prevención de los fenómenos criminales y no las demagógicas y simbólicas propuestas de los gobernantes que son sólo políticas criminales con minúsculas, es necesario pensar en un diálogo entre las ciencias sociales y las ciencias de la naturaleza, entre el ser y el deber ser, entre teoría y práctica, que es la única fórmula para conciliar principios y eficacia. Una propuesta de un programa de Política Criminal integral para cada fenómeno criminal, la *Gesamte Strafrechtswissenschaft* de Von Lizst, la conciliación entre la Criminología, la Política Criminal y el Derecho Penal se presentan como imprescindibles para hacer frente a los fenómenos criminales complejos y globales que se nos presentan en este siglo XXI.

Entonces, o se realiza una Política Criminal integral para cada fenómeno criminal, o no será realmente una Política Criminal democrática, eficiente, garantista.

³⁰ Sobre la complejidad de los problemas globales y la necesidad de un diálogo entre los conocimientos científicos de las ciencias de la naturaleza y las ciencias sociales Cfr. MORIN, E., *La cabeza bien puesta: repensar la reforma, reformar el pensamiento*, Nueva Visión, Buenos Aires, 1999, p. 14: «el desafío de la globalidad es, por lo tanto, al mismo tiempo el desafío de la complejidad. En efecto, existe complejidad cuando no se pueden separar los componentes diferentes que constituyen un todo (como lo económico, lo político, lo sociológico, lo psicológico, lo afectivo, lo mitológico) y cuando existe tejido interdependiente, interactivo e interretroactivo entre las partes y el todo, el todo y las partes».

³¹ VOGEL, 2005, pp. 124-125.

BLOQUE II

TEORÍA DEL DELITO Y DE LA PENA

BIENES JURÍDICOS COLECTIVOS Y DELITOS DE LESIÓN: LO PRIMERO, EL BIEN JURÍDICO

MERCEDES ALONSO ÁLAMO*

I. INTRODUCCIÓN

En diferentes publicaciones se ha ocupado Mirentxu Corcoy de la función político criminal del bien jurídico. Su monografía sobre los delitos de peligro y los bienes jurídico-penales supraindividuales¹ puede considerarse un hito en el estudio de una compleja y controvertida cuestión. Sobre ello queremos escribir en su homenaje.

Con el paso del tiempo, y no sin discusión, los bienes jurídico-penales colectivos han ido alcanzando un reconocimiento amplio, no restringido a los tradicionales bienes jurídicos supraindividuales institucionalizados. Los bienes jurídicos colectivos son una exigencia del Estado social y democrático de Derecho. Su reconocimiento y protección penal autónoma pasa por delimitarlos y por dar respuesta a la cuestión de si pueden ser lesionados y protegidos mediante delitos de lesión, con independencia de la técnica de los delitos de peligro.

La discusión sobre los bienes jurídicos colectivos de nueva generación se vincula por lo general a los delitos de peligro abstracto. Ello puede haber generado el espejismo de que primero es la técnica de los delitos de peligro abstracto y después la aparición de los modernos bienes jurídicos colectivos o,

* Catedrática de Derecho Penal. Universidad de Valladolid.

¹ CORCOY BIDASOLO, M., *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, Valencia (Tirant lo Blanch), 1999.

mejor, que los delitos de peligro abstracto han propiciado la aparición de los cuestionados bienes jurídicos colectivos, pero que estos no son propios bienes jurídicos –no son reales, sino aparentes–, que son una ficción y que, bajo la apariencia de un bien jurídico colectivo (la salud pública, por ejemplo), se protegen bienes jurídicos individuales de manera anticipada o, incluso, muy anticipada.

En las páginas que siguen vamos a sostener, de modo diverso, la preeminencia de los bienes jurídicos colectivos respecto de la técnica de incriminación de los delitos de peligro abstracto, por entender que, aun en el caso de admitir la prioridad cronológica del recurso a la técnica del peligro abstracto (puro o hipotético) incriminándose acciones presunta o hipotéticamente peligrosas para bienes jurídicos individuales cuando aún no se hallaba delimitado de manera clara el objeto de protección de naturaleza colectiva, la anticipación cronológica no desplaza ni anula la prioridad lógica y la preeminencia material del bien jurídico colectivo que emerge en la historia a medida que avanza y se consolida el Estado social y democrático de Derecho.

Si se evidencia, como vamos a tratar de mostrar, la emergencia histórica de los bienes jurídicos colectivos y se afirma su *existencia* real, importará examinar también si el ataque a los mismos coincide con su lesión y si su protección mediante la técnica de los delitos de peligro abstracto debe dar paso al reconocimiento de que los delitos contra bienes jurídicos colectivos son delitos de lesión.

En el derecho positivo se contemplan delitos de peligro abstracto (puro e hipotético) y de peligro concreto. Los supuestos en que el peligro aparece incorporado al tipo, es decir, los delitos de peligro concreto, van a quedar fuera de nuestra atención. Los delitos de peligro concreto no plantean problemas técnicos en la protección de bienes jurídicos individuales, colectivos, o individuales y colectivos.

Importa fijar la atención en las técnicas legislativas apropiadas para la protección penal de los bienes jurídicos colectivos. Como veremos, *de lege lata*, hay tipos penales que requieren expresamente que la acción que atenta contra un interés colectivo origine un peligro posible o hipotético para bienes jurídicos individuales; también hay supuestos en que el peligro posible puede considerarse implícito en la regulación; hay asimismo supuestos en que la regulación no parece requerir ese peligro posible (explícito o implícito) y da entrada a puros delitos de desobediencia (peligro abstracto puro) que son político-criminalmente cuestionables y a los que el derecho penal debería renunciar en aras de la vigencia del principio de intervención mínima. Pero hay también supuestos de protección penal directa y autónoma de bienes jurídicos

colectivos. *De lege ferenda*, se hace necesario simplificar la regulación, volver hacia los postulados del derecho penal mínimo, rechazar los delitos de peligro abstracto puro, delimitar los contornos de los bienes jurídicos colectivos, reconocerles su propia sustantividad y proceder a su protección penal autónoma (como delitos de lesión) frente a las acciones más intolerables dejando la protección en los demás casos a otras ramas del ordenamiento jurídico.

II. BIENES JURÍDICOS COLECTIVOS: RECONOCIMIENTO EN SÍ

El principio político criminal de intervención mínima no excluye la protección penal de intereses colectivos; al contrario, la protección de intereses colectivos es una exigencia del Estado social y democrático de Derecho. En el Prólogo al libro de Corcoy Bidasolo antes citado, recordaba Mir Puig que la necesidad de conciliar los principios limitadores del *ius puniendi* con la protección de intereses sociales es una exigencia del Estado social y democrático de Derecho de las modernas sociedades occidentales². En efecto, el Derecho penal liberal se orientaba fundamentalmente a la protección de bienes jurídicos individuales pero, a medida que avanza y se afianza el Estado social y democrático de Derecho y van cristalizando los derechos sociales y de solidaridad, emergen intereses colectivos que requieren protección penal frente a las conductas más intolerables. En la base de los bienes jurídicos colectivos se hallan los derechos sociales y de solidaridad reconocidos constitucionalmente y/o pertenecientes a las últimas generaciones de derechos humanos.

Los bienes jurídicos colectivos no son una ficción, una abstracción conceptual o una «metáfora conceptual», como a veces se ha pretendido³. No son el resultado de una «creación artificiosa»⁴. Son intereses reales, no aparentes, y autónomos, incluso si se trata de bienes jurídicos con referente individual⁵.

² MIR PUIG, S., Prólogo a Corcoy Bidasolo, M., 1999, p. 12.

³ PADOVANI, T., «La problematica del bene giuridico e la scelta delle sanzioni», *Dei delitti e delle pene*, n. 1, 1984, p. 117.

⁴ Así habla Moccia de «la subrepticia utilización de la intervención penal para la tutela de la funcionalidad de los mecanismos de intervención de la administración pública, mediante la creación artificiosa de bienes jurídicos de referencia», MOCCIA, S., «De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujos liberales», traduc. Ragués Vallés, R., *Política Criminal y nuevo Derecho Penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*, Silva Sánchez, J. M. (ed.), Bosch, Barcelona, 1997, p. 116.

⁵ Crítico con la autonomía de los bienes jurídicos colectivos de referente individual DOVAL PAIS, A., «Estructura de las conductas típicas con especial referencia a los fraudes alimentarios», *Intereses difusos y Derecho penal. Cuadernos de Derecho Judicial* (Consejo General del Poder Judicial), Madrid, 1994, p. 69.

Tampoco los bienes jurídicos colectivos pueden considerarse una invención interesada a fin de explicar el recurso creciente del legislador a la técnica de los delitos de peligro abstracto. Con razón dice Corcoy a propósito de los bienes jurídicos protegidos en los delitos de peligro abstracto que «no se trata de inventarse bienes jurídico-penales para legitimar determinados delitos»⁶. Se trata, antes bien, de reconocer la existencia de genuinos intereses colectivos necesitados de protección penal. Los bienes jurídicos colectivos no se inventan, sino que existen y el legislador se limita a reconocerlos. Por tanto, no son el resultado de una derivación y mutación arbitraria o caprichosa de conductas de peligro abstracto de las que se extraería el interés colectivo a fin de simular el respeto al principio político criminal de necesaria protección de bienes jurídicos, sino que preexisten a la intervención penal incriminadora de la conducta.

¿Cuáles son esos intereses colectivos? ¿Cómo se identifican? ¿Dónde se hallan y cómo se fundamentan? ¿Cuáles son sus contornos, cómo se delimitan? ¿Cuál es su propia sustantividad? ¿Cómo se deben proteger?

No podemos conformarnos con una concepción formalista del bien jurídico y entender que los bienes jurídicos colectivos son bienes creados por el legislador. Las concepciones formalistas del bien jurídico no pueden hacer del bien jurídico un límite político criminal a las intervenciones del legislador, y no las compartimos. Pero, con independencia de ello, los bienes jurídicos colectivos no son meras creaciones del legislador, no son bienes formalizados, sino que tienen una existencia real: son realidades valiosas resultado de conquistas históricas.

La realidad de los bienes jurídicos colectivos remite a y se fundamenta en los derechos sociales y de solidaridad que se han ido abriendo camino a lo largo del tiempo y que vienen siendo reconocidos, ya en las Constituciones modernas, ya en Convenios y Declaraciones internacionales de derechos, dando lugar a sucesivas generaciones de derechos humanos. Por ejemplo, la emergencia de intereses colectivos, sectoriales, difusos, de los consumidores, así como la conveniencia y necesidad de su protección penal, hay que ponerla en relación con el capitalismo avanzado, el poder de los medios de comunicación y el desarrollo del Estado social. Asociados al desarrollo económico, al desarrollo industrial, a los avances tecnológicos e informáticos, surgen nuevos intereses colectivos necesitados de protección penal frente a conductas que pueden llegar a ser, sí, de alta potencialidad lesiva para intereses individuales *pero que, y esto es lo que importa destacar, lesionan emergentes intereses colectivos*.

⁶ CORCOY BIDASOLO, M., 1999, p. 218.

A propósito de la salud pública y, en particular, de la seguridad en el consumo, bien jurídico protegido en los delitos contra la salud de los consumidores, distingue Corcoy en sentido semejante entre un fundamento sociológico que tiene su base en la estructura del mercado, y un fundamento constitucional «derivado de la configuración del Estado como social»⁷.

Tanto los bienes jurídicos colectivos de reciente generación –como el medio ambiente, la salud pública o la seguridad vial–, como los bienes jurídicos supraindividuales atinentes a funciones –como la función pública, la función jurisdiccional o las funciones recaudatoria y de gasto de la Hacienda Pública–, remiten a derechos sociales y de solidaridad y encuentran en ellos un marco fuerte en que apoyarse: decisiva es la realidad social y económica que se halla en su base y que los hizo nacer.

En último término, todos los bienes jurídicos colectivos responden a la necesidad de proteger a las personas; incluso si se protegen sin referente individual, los bienes jurídicos colectivos llevan siempre implícita la protección de las personas en cuyo beneficio emergen. Pero los bienes jurídicos colectivos son realidades supraindividuales *valiosas en sí*, distintas de los intereses individuales, y responden a exigencias sociales y económicas.

Como si de un fenómeno holístico se tratase, el bien jurídico colectivo es algo más y distinto a la suma de intereses individuales (holismo ontológico). El bien jurídico colectivo no se puede descomponer y dividir entre los individuos que integran la colectividad, o un sector de la colectividad, porque son distintos de los eventuales intereses individuales a su protección que pudieran hallarse en su base. Único titular del bien jurídico colectivo es la colectividad⁸. Pero, con independencia de la titularidad, el propio bien es diferente de posibles bienes jurídicos individuales que pudieran verse afectados por la acción: la salud pública es una realidad independiente, nueva, diferente de la salud de los individuos particulares, aunque esta sea la razón de la aparición de aquella, la *ratio legis*; el medio ambiente es asimismo una realidad independiente de los intereses individuales que pudieran verse afectados por el ataque a aquel o del interés de cada persona a su preservación (la biodiversidad, por ejemplo, merece ser en sí misma protegida y es en cuanto tal un bien jurídico-penal colectivo, aunque protegiendo la biodiversidad se proteja la trama de la vida y

⁷ CORCOY BIDASOLO, M., «Delitos alimentarios y protección penal de la salud pública», *Revista de Bioética y Derecho*, 2018, pp. 7 ss.

⁸ Para una caracterización general de los bienes jurídicos colectivos, aunque no compartamos su concepción restringida de los mismos, sigue siendo fundamental SOTO NAVARRO, S., *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, Granada (Comares), 2003, pp. 193 ss. y 231 ss.

con ello las condiciones que posibilitan la vida en la tierra de las generaciones presentes y futuras).

Partiendo de estas consideraciones, pierde su razón de ser la división de los bienes jurídicos colectivos atendiendo a si tienen o no un referente individual, pues en puridad todos lo tienen. Incluso los clásicos bienes jurídicos institucionales o institucionalizados, como la función pública o la función jurisdiccional, no se consideran hoy referidos a la preservación del prestigio de las instituciones sino al ejercicio correcto de una función que ha de estar impregnada del contenido de los derechos y al servicio del ciudadano. Esto fue ya visto por Mirentxu Corcoy cuando se oponía –oposición que compartimos– a la diferenciación entre delitos de peligro abstracto de referente individual y delitos en los que se protegen bienes jurídicos supraindividuales «no reconducibles a bienes jurídicos individuales»⁹.

Fundamentados los bienes jurídicos atendiendo a su emergencia asociada al desarrollo económico y social, a los derechos sociales y de solidaridad y a las nuevas generaciones de derechos humanos que les sirven de referencia y, por otra parte, afirmada su independencia y sustantividad respecto de bienes jurídicos individuales, procede delimitarlos y establecer los términos de su protección penal.

Partimos de que los bienes jurídicos colectivos merecen protección penal directa, libre y autónoma, y de que cuando se diferencia entre bienes jurídicos colectivos de referente individual y bienes jurídicos colectivos sin referente individual no es infrecuente que se termine reconociendo que en los de referente individual el bien jurídico colectivo es un bien evanescente o, sin más, inexistente, y que se protege en tales supuestos bienes jurídicos individuales de forma anticipada o, incluso, muy anticipada frente a conductas remota o muy remotamente peligrosas para los mismos¹⁰. Frente a las posturas diferenciadoras cabe oponer, de un lado, la sustantividad real del interés colectivo (bien que emerge con autonomía y que es algo más y distinto a la suma de los intereses individuales, como antes señalamos) y, de otro lado, que en los llamados delitos de referente individual la eventual exigencia típica de un peligro posible o hipotético para bienes jurídicos individuales no es más que un recurso técnico-jurídico de incriminación que permite delimitar la materia de la prohibición.

⁹ CORCOY BIDASOLO, M., 1999, pp. 206 s.

¹⁰ Al respecto, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Madrid (Publicaciones de la Universidad Complutense), 1994, pp. 299 ss., DOVAL PAIS, A., 1994, pp. 26 ss., SOTO NAVARRO, S., 2003, pp. 179 s.

III. LOS DELITOS CONTRA BIENES JURÍDICOS COLECTIVOS COMO DELITOS DE LESIÓN

1. Lesión del bien jurídico colectivo

Los bienes jurídicos colectivos son susceptibles de protección penal directa mediante delitos de lesión. El peligro para el bien jurídico colectivo coincide con su lesión. Para ello se requiere, de un lado, dotar al bien jurídico colectivo de la suficiente concreción y, de otro, mantener la diferencia conceptual entre lesión del bien jurídico (objeto de protección penal) y destrucción o menoscabo del objeto material del delito.

Respecto de la primera exigencia, esto es, la de la necesaria delimitación del bien jurídico colectivo, hay que proceder diferenciadamente ya que los bienes jurídicos colectivos no responden a un único modelo, si bien todos remiten en último término a la persona y pueden definirse, como propone Bustos Ramírez, «*a partir de una relación social basada en la satisfacción de necesidades de cada uno de los miembros de la sociedad o de un colectivo y en conformidad al funcionamiento del sistema social*»¹¹.

Hay bienes jurídicos supraindividuales generales, como la función pública, o la función jurisdiccional, o la función recaudatoria o de gasto de la Hacienda Pública, o el interés en preservar la biodiversidad, la cual tiene contornos propios dentro de los delitos medioambientales; y hay bienes jurídicos colectivos sectoriales, más o menos difundidos en particulares ámbitos, y vinculados en mayor o menor medida a la preservación de intereses individuales sin perder por ello sus propios contornos y su autonomía como, entre otros, la salud pública, la seguridad del consumo, los intereses económicos del colectivo de los consumidores, la seguridad vial, o el medio ambiente protegido, por ejemplo, frente a conductas de contaminación.

Los diferentes bienes jurídicos colectivos han de ser delimitados caso por caso, atendiendo a su singularidad. Por poner solo un ejemplo ilustrativo, pues no procede aquí un examen exhaustivo, la protección de la función recaudatoria y de gasto de la Hacienda Pública remite al deber de contribuir al mantenimiento de las cargas públicas en aras de una justa redistribución de los recursos. Tal interés, elevado a bien jurídico penal protegible frente a las conductas más intolerables, no puede ser reducido a infracción de un deber de fidelidad

¹¹ BUSTOS RAMÍREZ, J., «Los bienes jurídicos colectivos (Repercusiones de la labor legislativa de Jiménez de Asúa en el Código Penal de 1932)», *Estudios de Derecho Penal en homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa*, Revista de la Facultad de Derecho. Universidad Complutense, Madrid, núm. 11, 1986, p. 159.

al Estado; ni tampoco puede formalizarse y reducirse al incumplimiento de las normas que regulan el sector. Tal interés, que emerge en el marco de los derechos sociales y de solidaridad, se halla a caballo entre lo material y lo inmaterial. No es una mera *función* lo que se protege. Entender que se protegen funciones en sí constituye un reduccionismo, una simplificación, que desconoce lo que subyace a la función, el interés que la constituye y que es consustancial a los derechos sociales y de solidaridad. Por ello no puede aceptarse que se elevan a bienes jurídicos *rationes* de tutela¹².

¿Pueden ser *lesionados* los intereses o bienes jurídicos colectivos? Méndez Rodríguez considera que la respuesta a tal pregunta «depende en gran medida del grado de concreción alcanzado en la definición del bien jurídico»¹³. Es indudable que cuanto más delimitado y bien definido esté el bien jurídico colectivo con más claridad se pueden establecer las acciones lesivas para el mismo y definir en qué consiste su lesión. Pero esto no impide sostener que cualquier bien jurídico colectivo, también los considerados vagos o imprecisos, puede ser lesionado. Así se ha admitido desde antaño respecto de aquellos bienes jurídicos individuales que forman parte del elenco de bienes jurídicos que por su naturaleza «inmaterial» han sido considerados vagos, como el honor: el honor puede ser lesionado, aunque no pueda ser destruido ni desaparecer del todo¹⁴. *Diferenciar entre objeto de la protección penal y objeto de la acción es, a este respecto, fundamental.*

Esto enlaza con la segunda exigencia, antes apuntada, la de mantener separados y en sus respectivos ámbitos la lesión del bien jurídico (antijuridicidad material) y el problema de la acción y del objeto de la acción. Como señala Corcoy Bidasolo siguiendo a Kargl, «la lesividad no puede interpretarse naturalísticamente como «daño» en cosas, puesto que lo que realmente se protege y, por consiguiente, lo que, en su caso se lesiona, es el interés en esa cosa», por lo que se hace preciso liberar al bien jurídico-penal de limitaciones causal-naturalistas y medir el desvalor del injusto y la lesividad, no «con criterios naturalísticos de gravedad del «daño», sino con criterios normativos sobre la mayor o menor relevancia jurídico penal del comporta-

¹² Al respecto, MOCCIA, S., 1997, pp. 118 y 121.

¹³ MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, Madrid (Publicaciones de la Universidad Complutense), 1993. p. 160.

¹⁴ Sobre la intelección del bien jurídico honor normativamente como «legítima expectativa de reconocimiento a que toda persona tiene derecho» y la consideración de injurias y calumnias como delitos de lesión, DE PABLO SERRANO, A., *Honor, injurias y calumnias. Los delitos contra el honor en el Derecho histórico y en el Derecho vigente español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 246 ss.

miento –desvalor de injusto– y de la mayor o menor gravedad de la afectación del bien jurídico –lesividad–»¹⁵.

La delimitación de las conductas lesivas posee especial importancia cuando se trata de proteger intereses colectivos. La protección penal ha de quedar reservada a las acciones de cierta entidad, sin que en ningún caso baste la mera desobediencia a la norma: los delitos de peligro abstracto puro, de mera desobediencia, son políticamente-criminalmente rechazables¹⁶. Como observó Bustos Ramírez, en relación con los bienes jurídicos colectivos se pueden construir delitos de lesión o delitos de peligro concreto: «no hay necesidad de recurrir a delitos de peligro abstracto –que van en contra de los principios garantistas del Derecho penal–, ya que desde una debida caracterización del bien jurídico colectivo se pueden construir en relación a él –y no al bien jurídico complementado– delitos de lesión o de peligro concreto»¹⁷. A ello habría que añadir que la protección del bien jurídico colectivo puede realizarse también acudiendo a una técnica mixta que contemple el peligro hipotético para bienes jurídicos individuales, pero donde el peligro para estos bienes sería mero indicio de la potencialidad lesiva de la acción para el bien jurídico colectivo, genuino objeto de la protección penal.

La potencialidad lesiva de la acción para un bien jurídico colectivo puede ser establecida, de acuerdo con la *ratio legis*, atendiendo al peligro que la acción comporta para otros bienes o intereses.

El derecho penal debe limitarse a incriminar solo las acciones que, en atención a sus propiedades materiales, presenten la *alta peligrosidad que es lesión del bien jurídico colectivo*. Fuera de tales casos, la acción debe quedar al margen del Derecho penal, de conformidad con los principios de lesividad y de intervención mínima¹⁸. Por consiguiente, los bienes jurídicos colectivos se deben proteger solo fragmentariamente. Frente a los delitos de peligro abstracto puro o de mera desobediencia, en los delitos de lesión de un bien jurídico colectivo la acción ha de ser objetivamente peligrosa/lesiva del interés colectivo protegido (en su caso también una acción de peligro hipotético para bienes

¹⁵ CORCOY BIDASOLO, M., 1999, pp. 221 ss.

¹⁶ Sobre ello, reclamando que la intervención penal se reserve a los delitos de peligro abstracto-hipotético que requieren, no un peligro concreto, pero sí una acción apta para producir el peligro como elemento integrante del tipo de delito, TORIO LÓPEZ, A., «Los delitos de peligro hipotético (contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto)», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1981, pp. 828 ss.

¹⁷ BUSTOS RAMÍREZ, J., 1986, p. 160. Se refieren también a la lesión de los bienes jurídicos colectivos, DOVAL PAIS, A., 1994, p. 47, RUEDA MARTÍN, M.ª A., «El bien jurídico protegido en los delitos relativos a productos de consumo masivo», *Estudios Penales y Criminológicos*, XXX, 2010, pp. 438 ss.

¹⁸ Ampliamente sobre el principio de intervención mínima en relación con los bienes jurídicos penales colectivos, SANTANA VEGA, D. M.ª, *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*, Madrid, Dykinson, 2000, pp. 105 ss.

individuales, *ratio legis* y no objeto de protección). La exigencia de una alta potencialidad lesiva de la acción permite dejar fuera del derecho penal las acciones de bagatela. Los llamados delitos con «bien jurídico intermedio espiritualizado» no son, en consecuencia, delitos de peligro abstracto, sino de lesión: la punibilidad no descansa en el desvalor de acción (solo), sino en el desvalor del resultado: la lesión del bien jurídico colectivo presente en la acción significativamente peligrosa¹⁹.

Como ha quedado indicado, criterio informador de la potencialidad lesiva de la acción para el bien jurídico colectivo puede ser que dicha acción comporte un peligro posible para bienes jurídicos individuales. Pero esto no significa que en los casos en que legislativamente se recurra a ello se dé entrada a un delito pluriofensivo.

En consecuencia, la protección penal de los bienes jurídicos colectivos debe llevarse a cabo restrictivamente y atendiendo a los siguientes criterios. En primer lugar, no recurriendo a la rechazable técnica de los delitos de peligro abstracto puro o de mera desobediencia. En segundo lugar, no diluyendo el bien jurídico colectivo en el peligro posible para intereses individuales: el comportamiento lesivo del bien jurídico colectivo puede delimitarse típicamente atendiendo a la peligrosidad potencial de la acción para intereses individuales, pero ello será solo al efecto de restringir la intervención penal a las acciones más graves e intolerables para el bien jurídico colectivo, sin que ello implique dar entrada a un delito pluriofensivo.

2. Lesión del bien jurídico colectivo y peligro abstracto-hipotético, explícito o implícito, para bienes jurídicos individuales

Detrás de los intereses colectivos, informándolos, se hallan siempre intereses individuales, pero tales intereses individuales no son necesariamente objeto de protección, ni directo ni mediato; pueden ser mera *ratio legis*²⁰.

Puede suceder que la acción lesiva para el bien jurídico colectivo se establezca y mida atendiendo exclusivamente a las propiedades intrínsecas de la

¹⁹ Diferente, ROXIN, C., *Derecho Penal. Parte General, T. I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, traduc. de la 2.^a ed. por Luzón Peña, D. M.; Díaz y García Conlledo, M., y De Vicente Remesal, J., Madrid, Civitas, 1997, § 11, n. 126, pp. 410 s. Sobre su consideración como delitos de lesión, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, 1994. Crítica con dicha postura, SOTO NAVARRO, S., 2003, pp. 181 ss.

²⁰ Sobre la peligrosidad de la acción para la salud o el patrimonio como «motivo del legislador» en el injusto contra los consumidores, TORÍO LÓPEZ, A., «Reflexión sobre la protección penal de los consumidores», *Estudios sobre Derecho de consumo*, 2.^a ed., Bilbao, Iberdrola, 1994, pp. 152 s. A propósito de los delitos relativos a productos de consumo masivo, RUEDA MARTÍN, M.^a A., 2010 p. 437.

acción respecto del bien jurídico colectivo protegido. Por ejemplo, una acción puede ser altamente lesiva para el correcto funcionamiento de la función pública y sin embargo no requerir un peligro posible para determinados intereses individuales; o puede atentar contra la biodiversidad sin que esa acción suponga a la vez un peligro posible o hipotético para intereses individuales.

Pero también puede suceder que la potencialidad lesiva de la acción para el bien jurídico colectivo se mida por el peligro que comporte para intereses individuales (u otros intereses colectivos) y que, expresa o implícitamente, el tipo penal requiera que la acción lesiva para el bien jurídico colectivo sea una acción apta o apropiada para generar un peligro (posible) para tales intereses. Esto no significa, sin embargo, que haya de mantenerse la clasificación de los bienes jurídicos colectivos según tengan o no referente individual pues, como antes dijimos, en último término todos lo tienen. Significa tan solo que la lesividad de la acción para el bien jurídico colectivo se mide o establece atendiendo a su peligrosidad hipotética para intereses individuales, y que tal peligrosidad deviene en indicador de la potencialidad lesiva de la acción para el bien jurídico colectivo objeto de protección penal.

En estos casos, cabe diferenciar dos modalidades o posibles técnicas de incriminación según que el peligro para los bienes jurídicos individuales fuera explícito o implícito.

La primera modalidad vendría dada porque el tipo penal exigiera expresamente el peligro posible, hipotético, no concreto sino abstracto, para intereses diferentes del bien jurídico colectivo protegido, como sucede, por ejemplo, con el delito de publicidad falsa que requiere que la acción sea apta para generar un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores²¹. Esta exigencia cumple la función de limitar la protección del interés colectivo de los consumidores a la veracidad, protegiéndolo solo fragmentariamente. Cabe hablar entonces de *peligro hipotético explícito*. En apoyo de esta modalidad hay que destacar sus ventajas desde la perspectiva de la seguridad jurídica. El bien jurídico colectivo, objeto de protección penal, se protege fragmentariamente frente a las conductas más graves: las que generan un peligro posible para determinados intereses individuales, de acuerdo con la *ratio legis*.

²¹ El grave y manifiesto peligro para los consumidores se entiende referido, por lo general, a los consumidores individuales o individualizables, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, 5.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, p. 292. Si bien nada impide entenderlo referido a un colectivo de consumidores. Sobre el particular nos permitimos remitir a ALONSO ÁLAMO, M., «Los consumidores como portadores de bienes jurídicos colectivos», *La intervención penal en la protección de los intereses económicos de los consumidores*, Hernández Plasencia, J. U. (coord.), Madrid, Marcial Pons, 2020, pp. 63 s.

La segunda modalidad vendría dada por la protección del bien jurídico colectivo frente a determinadas conductas sin que el tipo penal incorpore de manera expresa el peligro posible para ulteriores intereses, como sucede, por ejemplo, en los delitos de detracción del mercado de materias primas o productos de primera necesidad, de facturación ilícita, del fraude de inversores, o los relativos a sustancias nocivas para la salud que puedan causar estragos²². En estos casos, en los que el peligro posible para un bien jurídico individual no aparece incorporado expresamente al tipo, dicho peligro posible para intereses individuales puede requerirse por vía interpretativa de acuerdo con la *ratio legis* y con base en la teoría de la imputación objetiva, como una exigencia implícita a la acción *lesiva* para el bien jurídico colectivo. Es decir, se trataría de supuestos en que la potencialidad lesiva de la acción para el interés colectivo pasaría por atender a si la acción es apta para poner en peligro determinados intereses individuales, de acuerdo con la siguiente línea argumental: según la teoría de la imputación objetiva, la acción ha de ser peligrosa para el bien jurídico protegido en una consideración *ex ante*; bien jurídico protegido es el interés colectivo; la peligrosidad *ex ante* de la acción presenta perfiles propios cuando se trata de bienes jurídicos colectivos; el juicio sobre la peligrosidad-lesividad de la acción para el bien jurídico colectivo puede requerir atender al peligro hipotético que la acción haya podido generar para intereses individuales. Cabe hablar entonces de un *peligro hipotético implícito* para intereses individuales que, sin ser objeto directo o indirecto de la protección penal, permiten restringir el marco del tipo, de acuerdo con su *ratio legis*.

Por ambas vías se reconoce a los bienes jurídicos colectivos el puesto que les corresponde en un Estado social y democrático de Derecho.

²² ALONSO ÁLAMO, M., 2020, pp. 60 ss., 67 ss. y 79 s.

LA ATRIBUCIÓN DE «DÉFICIT DE CONOCIMIENTO» EN EL MARCO DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE PERSONAS JURÍDICAS COMO PROBLEMA DE IMPUTACIÓN «SUBJETIVA»

OSVALDO ARTAZA VARELA*

I. INTRODUCCIÓN: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Cualquier homenaje a la obra de Mirentxu Corcoy supone, inevitablemente, adentrarse en los debates más complejos del Derecho penal moderno, ya que, sin duda alguna, una de las principales contribuciones de la homenajeada ha sido la de propender a la comprensión de los grandes problemas que aún siguen siendo objeto de preocupación para la dogmática penal, sin olvidar, a su vez, las importantes consecuencias prácticas que estos conllevan –sobre todo para el proceso penal–. Por eso, estoy convencido que la mejor forma de homenajear –o al menos la más honesta– a quien se considera «maestra», es la de explorar nuevas formas de aplicar su vasta obra a aquellos problemas que podrían tener impacto en la práctica y que han sido objeto de investigación por parte de quien se considera así mismo como «discípulo». En este sentido, me parece especialmente pertinente «volver» a revisar algunos criterios fundamentales para la atribución de responsabilidad penal que descansan sobre la base de la «exigibilidad» en el ámbito del conocimiento y

* Doctor en Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Barcelona. Profesor asociado de la Universidad de Talca (Chile).

el control de riesgos¹, para dar cuenta cómo una aproximación normativa de aquello que entendemos por «imputación subjetiva» –que reconoce que esta opera como un proceso de atribución de conocimiento o, en su caso, un déficit respecto al conocimiento esperado–, podría resultar de enorme utilidad –con las *reservas* que ya se desarrollarán– para construir un modelo de imputación de responsabilidad penal a *personas jurídicas* (en adelante RPPJ) en forma tal que se evite así, toda forma de responsabilidad objetiva aun para este ámbito.

Debido al objeto de esta contribución, se torna imprescindible clarificar algunas cuestiones previas referidas a qué es aquello que entendemos por «imputación subjetiva». Como es bien sabido, en el ámbito de la *responsabilidad penal individual* una vez se constata que el hecho del que se trate puede subsumirse en determinado tipo de delito –desde un punto de vista objetivo– se torna relevante el *problema subjetivo*, esto es, si se cumplen los requisitos asociados al «vínculo subjetivo» que se desprenden del propio tipo penal². Por lo general, y simplificando el problema, se puede partir de la base que, en el ámbito de la responsabilidad penal individual, el problema de imputación subjetiva es el siguiente: el de si puede *atribuírsele* al autor «dolo» respecto a su conducta o, en su defecto –y si el ordenamiento jurídico-penal lo admite y si se cumplen sus propios requisitos– «imprudencia». De lo anterior se extrae una importante consecuencia en sede de satisfacción del principio de culpabilidad: resulta legítimo atribuir responsabilidad –subjetiva– tanto en el caso de que se pueda atribuir dolo al agente –por tanto, conocimiento o, excepcionalmente si el tipo lo exige, un componente intencional «adicional»³–, pero también en aquellos supuestos en que, si bien el agente carece de estos tal déficit

¹ Utilizo expresamente la nomenclatura utilizada por CORCOY M., «Exigibilidad en el ámbito del conocimiento y control de riesgos: teorización», *RCSP*, núm. 13, 2003, pp. 31 ss., obra fundamental para comprender por qué en el ámbito de las «nuevas formas de criminalidad» y la forma como se protegen los bienes jurídicos supraindividuales se torna imprescindible abordar el problema de la exigibilidad respecto al control de riesgos de la actividad –sobre todo económica– desarrollada. Respecto a su vínculo con la «responsabilidad subjetiva» la autora señala, en p. 39: «En este contexto la idea de exigibilidad es esencial ya que, en tanto en cuanto en derecho penal rige el principio de responsabilidad subjetiva, los únicos peligros que pueden llegar a ser relevantes para el derecho penal serán aquellos que debían ser conocidos por el sujeto en cuyo ámbito de dominio se encuentren».

² Respecto a la relación entre tipo objetivo y subjetivo, ver KINDHÄUSER, U., «El tipo subjetivo en la construcción del delito», Mañalich, J. P. (trad.), *InDret*, núm. 4, p. 5: «los elementos del tipo subjetivo se encuentran referidos, precisamente, a los elementos del tipo objetivo».

³ Como explica CORCOY, M., «Responsabilidad subjetiva en la delincuencia socioeconómica», *Ius et Veritas*, núm. 58, 2019, p. 70: «La intención puede ser relevante respecto de algunos delitos concretos, en los que, por su naturaleza, requieran una actuación del autor que implique una finalidad». Ver también, KINDHÄUSER, U., «Acerca de la delimitación entre dolo e imprudencia», *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, vol. 4 núm. 1, 2012, pp. 14-16.

se le pueda atribuir a el mismo, en la medida que se haya colocado en situación de no poder cumplir con determinadas normas de comportamiento⁴.

Una comprensión acabada de la «imputación subjetiva» supone entender también que esta no supone una especie de «acreditación psicológica» del estado mental de un sujeto, sino que, en realidad, se trata más bien de un «proceso normativo de atribución»⁵. Como muy bien explica Corcoy, el conocimiento –en el caso del dolo– y el «déficit de conocimiento» se *atribuyen* a través de un proceso «personalizado» en donde debe ser considerado el «contexto personal» del sujeto de la imputación, ya sea para concluir que conocía o que, en su defecto, no conoció debiendo hacerlo⁶. Obviamente lo anterior es una simplificación del problema de la imputación subjetiva para poder comprender cuál es la *función* que cumple en el marco de la estructura del delito y cómo opera en tanto «paso lógico» en la resolución de casos.

Ahora, y en lo que respecta el ámbito propio de la RPPJ, resulta fácil predecir que las opciones que se le plantean al adjudicador dependerán del modelo al que se adhiera y, por tanto, a la forma cómo se comprenda esta institución. Una aproximación superficial a los criterios de imputación de responsabilidad penal a estas podría hacer pensar que para este caso la etapa o nivel de imputación subjetiva no tiene sentido alguno, ya que se trataría más bien de un supuesto de responsabilidad objetiva⁷. Por lo que, en un extremo, se podría considerar que lo más sensato es renunciar al principio de dolo o culpa, bajo la

⁴ Como señala CORCOY, M., *Ius et Veritas*, núm. 58, 2019, p. 70: «no puede castigarse por resultados no imputables objetivamente a una conducta dolosa o imprudente».

⁵ Como bien señala CORCOY, M. *Ius et Veritas*, núm. 58, 2019, p. 76. Fundamental, HRUSCHKA, J., «Sobre la difícil prueba del dolo», Ragués, R. (trad.), en Sánchez-Ostiz, P. (coord.), *Imputación y Derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*, Navarra (Thomson Aranzadi), 2005, p. 155; RAGUÉS, R., «El dolo y su prueba en el proceso penal», Barcelona (José María Bosch, editor), 2002, p. 191.

⁶ Corcoy, M. *Ius et Veritas*, núm. 58, 2019, p. 76.

⁷ El problema de la aplicación y alcances del principio de culpabilidad para el ámbito de la RPPJ no puede ser abordado acá por exceder con creces el objeto de esta contribución. Para una responsabilidad penal de personas jurídicas «sin culpabilidad», ver CIGÜELA, J., «El injusto estructural de la organización», *InDret*, núm. 1, pp. 5-7. En Chile, HERNÁNDEZ, H., «La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile», *Política criminal*, vol. 5, núm. 9, 2010, p. 213, de acuerdo con el cual: «pareciera que el alcance del principio de culpabilidad que razonablemente pueden reclamar para sí las personas jurídicas, atendida su propia naturaleza, consiste en la proscripción de la *responsabilidad objetiva*, esto es, de una responsabilidad que no admite que el sujeto pueda eximirse de la misma observando un cierto tipo de comportamiento». Con todo, es importante reconocer que, por lo general, quienes niegan la posibilidad de construir un modelo de imputación «sin culpabilidad», lo que están haciendo es negar que se pueda predicar culpabilidad de personas jurídicas en el sentido y con el alcance que lo hacemos a propósito de la responsabilidad penal individual, lo que, en estricto rigor, parece bastante razonable. Sin embargo, de acá *no se sigue*, que el principio de culpabilidad no pueda cumplir función alguna en el ámbito de la RPPJ, ya que perfectamente esta categoría puede construirse en sus propios términos y en forma tal que cumpla la misma función que en el ámbito de la responsabilidad penal individual. Al respecto, ARTAZA, O., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Santiago (DER ediciones), 2021, pp. 100-109.

premisa de que aquello que entendemos por imputación subjetiva no resulta aplicable al ámbito de las personas jurídicas⁸. A lo más, y para evitar una responsabilidad «a todo evento» o «automática», podría admitirse una especie de aplicación del principio de culpabilidad «matizado» y que, en definitiva, solamente supondría evitar que la persona jurídica sea condenada por el mero hecho de que uno de sus integrantes haya cometido un «delito corporativo», sin posibilidad de defensa alguna⁹. Por otra parte, se podría defender una absoluta equiparación de los criterios de atribución de responsabilidad penal entre la responsabilidad penal individual y la de las personas jurídicas por lo que, frente a la pregunta de la pertinencia por la imputación subjetiva, se sostenga que no se presenta diferencia alguna entre ambos sistemas de responsabilidad penal. Como trataré de demostrar, es posible ofrecer una alternativa a ambos extremos sobre la base de una concepción de la imputación subjetiva para el ámbito de la RPPJ que, como se podrá apreciar, será construida en sus propios términos y en forma coherente con los fundamentos de esta institución, sin perjuicio de que *parcialmente* pueda coincidir respecto a la función que cumple en el marco de la resolución de problemas de atribución de responsabilidad penal individual.

II. EL INTRINCADO CAMINO PARA JUSTIFICAR Y CONSTRUIR UNA IMPUTACIÓN SUBJETIVA PARA PERSONAS JURÍDICAS

Resolver el problema planteado supone, previamente, analizar brevemente las alternativas que podrían ofrecerse para explicar un eventual contenido «subjetivo» o exigencias subjetivas en el ámbito de la RPPJ. Como de lo que se trata es de legitimar este régimen específico de responsabilidad penal desde el punto de vista de las exigencias emanadas del principio de culpabilidad, se describirán solo algunos ejemplos de propuestas que busquen, precisamente, identificar un nivel subjetivo autónomo para las personas jurídicas y no respondan al problema simplemente traspasando o transfiriendo a esta el vínculo subjetivo del integrante con el delictivo corporativo cometido por este último. Un buen ejemplo para comprender cómo se ha intentado legitimar tal responsabilidad subjetiva autónoma es la propuesta de Foerschler en el ámbito

⁸ Según entiendo, tal alternativa parecería vedada en la medida que el Tribunal Supremo en Sentencia núm. 514/2015 ha dispuesto que: «cualquier pronunciamiento condenatorio de las personas jurídicas habrá de estar basado en los principios irrenunciables que informan el Derecho penal».

⁹ Para una revisión crítica a esta tendencia que pareciera negar cualquier diferencia entre el Derecho administrativo sancionador y el penal para el ámbito de la RPPJ, ver, ARTAZA, O., 2021, pp. 71-79.

angloamericano y que está encaminada a defender la posibilidad de imputar a la empresa una verdadera «*intención criminal*». Tal propuesta solo será abordada con el objeto de ejemplificar una vía de solución que, como se podrá apreciar más adelante, resulta completamente innecesaria para comprender modelos de atribución de responsabilidad penal que no se basen en la transferencia de la responsabilidad del integrante.

De acuerdo con la postura de Foerschler, para que en este ámbito se cumplan los límites de la responsabilidad penal asociados a la exigencia de *mens rea*, no resultaría adecuado remitirse a los parámetros propios de la responsabilidad penal individual, sino que debiera construirse una nueva categoría de imputación subjetiva –el *corporate intent*–. Como señala la autora, esta nueva forma de imputación subjetiva debiera construirse en base a parámetros propios, esto es, sin equiparar la intención de la corporación a la de sus integrantes, y debiera centrarse en aspectos organizacionales y, específicamente de acuerdo con la autora, en lo que denomina como «*institutional intent*», mediante la cual el elemento subjetivo se podría constatar en las propias políticas de la empresa¹⁰. Al respecto, plantea tres alternativas distintas que permitirían comprender mejor su propuesta. Por un lado, el delito podría haberse cometido debido a que determinada política o práctica de la organización es derechamente delictiva. Esto demostraría, según la postura analizada, una *verdadera intención corporativa* para delinquir. Por otra parte, se podría constatar que la corporación ha adoptado políticas o prácticas que en modo previsible podrían derivar en la comisión de delitos. En este sentido, se satisface el elemento subjetivo en la medida que se constate que, de acuerdo con el conocimiento disponible relativo a buenas prácticas asociadas a la prevención de delitos o vinculadas a la auto organización de las personas jurídicas, resultare previsible para esta el hecho de que sus propias prácticas y políticas pudieran originar o fomentar delitos. La última forma de vinculación subjetiva que podría presentar la organización con el delito en cuestión es a través de su aceptación o aprobación. En este caso el elemento subjetivo estaría asociado a una especie de «conformidad» corporativa con el delito en cuestión¹¹.

¹⁰ FOERSCHLER, A., «Corporate Criminal Intent: Toward a Better Understanding of Corporate Misconduct», *California Law Review*, vol. 78, 1990, pp. 1288 ss.

¹¹ FOERSCHLER, A., *California Law Review*, vol. 78, 1990, p. 1306. También FISSE, B., «The Attribution of Criminal Liability to Corporations: A Statutory Model», *Sydney Law Review*, vol. 13, 1991, pp. 279 ss., de acuerdo con el cual, para sancionar criminalmente a una corporación se debe detectar un elemento de imputación subjetiva en la empresa que puede manifestarse de diversas maneras: a) La presencia de políticas internas que, en forma expresa o implícita, autoricen o permitan la comisión de tal delito o delitos del mismo tipo; b) Fallen o yerren al tomar las debidas precauciones para prevenir la comisión de tales conductas delictivas; c) Presenten políticas que yerren en el cumplimiento de sus obligaciones de

Una alternativa a la anterior es la que propone en este mismo ámbito, Bucy, para quien tal vínculo subjetivo no debe verificarse en atención a las políticas o prácticas de la empresa en concreto, sino que más bien en aquello que denomina «ethos corporativo», concepto que está evidentemente vinculado al de «cultura organizacional», lo que al menos permitiría diferenciar aquellos supuestos en que el delito debe comprenderse como un mero accidente –en el sentido de algo excepcional, ajeno a la persona jurídica de la que se trate–, o si se trata de un *hecho cometido a propósito*. Para el caso de la RPPJ, de acuerdo con la autora, podrían constatarse casos en que es la empresa la que promueve tales delitos, lo que permitiría hablar entonces de «intencionalidad»¹².

La pregunta que debiera plantearse de inmediato es si resulta realmente necesario –al menos para el caso de la RPPJ– responder al problema de la imputación subjetiva en tales términos y colocar el énfasis en la idea de «intencionalidad». Es importante considerar, en primer lugar, que tales propuestas provienen del ámbito angloamericano, en donde la persona jurídica responde derechamente –simplificando el punto– porque se le transfiere la responsabilidad del integrante que comete un delito corporativo. Por lo mismo, se entiende que un sector de la doctrina especializada haya tratado de dotar de cierta legitimidad a la pena en forma coherente con los presupuestos esenciales de esta institución, exigiendo un vínculo subjetivo –o *mens rea*– de la propia organización *respecto* al delito por el que responde –el del integrante, sin perjuicio que tal vínculo subjetivo pueda construirse en forma diversa, en atención a parámetros específicos de este sujeto de imputación–.

Con todo, y, en primer lugar, tal esfuerzo resulta innecesario si se asume como correcto que la persona jurídica no responde penalmente, sin más, por el delito cometido por el integrante y se identifique un injusto autónomo por parte de la persona jurídica –aunque esté irremediablemente vinculado o, más bien, resulte accesorio al delito cometido por el integrante–. Si se está dispuesto a aceptar que la persona jurídica responde por un injusto autónomo –aunque accesorio al del integrante–, la pregunta por el vínculo subjetivo *con el delito del integrante* no tiene mucho sentido por sí sola. Si alguna relevancia presenta el problema de la imputación subjetiva debe ser en relación con la infracción específica que podría atribuírsele a la persona jurídica y que está vinculada

reacción, referidas a las medidas preventivas en respuesta a la comisión de los elementos de la conducta externa de un tipo delictivo; d) Que omitan tomar las precauciones debidas, para cumplir con sus obligaciones de reacción y medidas preventivas en respuesta a la comisión actual, en el marco de su actividad, de los elementos de la conducta externa de un tipo delictivo.

¹² BUCY, P., «Corporate Ethos: A Standard for Imposing Corporate Criminal Liability», *Minnesota Law Review*, vol. 75, 1991, p. 1099.

estrechamente con la omisión –por parte de esta– de deberes de gestión de los riesgos que genera con el desarrollo de su propia actividad económica, en forma tal que el delito cometido por el integrante haya sido posible, favorecido o facilitado por tal «defecto de organización»¹³.

Pero, en segundo lugar, para entender la eventual pertinencia de la pregunta por una atribución de clase «subjetiva» es conveniente considerar una importante diferencia con la responsabilidad penal individual y que está dada por cierta predisposición, en esta última, a elaborar y comprender la imputación subjetiva colocando el comportamiento doloso en un lugar absolutamente central¹⁴. Esto sucede por razones obvias: luego de la constatación de que se está frente a un comportamiento típico-en un sentido objetivo– se debe determinar si este puede atribuírsele –subjetivamente– al autor o partícipe como comportamiento doloso. Si esto no resulta posible y se cumplen los requisitos de tal atribución podría imputársele a título imprudente. Es más, desde el punto de vista de la imputación subjetiva se puede decir que la regla general en el ámbito de la responsabilidad penal individual está dada por la atribución de dolo, ya que la imputación subjetiva a título de imprudencia es más bien una *excepción*.

Sin embargo, *tal distinción* –entre las posibilidades de atribución de intención, conocimiento efectivo o, si el sistema lo permite, un déficit de conocimiento–, *no tiene ningún sentido en el ámbito de la RPPJ*. La razón es muy simple: desde el punto de vista del injusto por el que responde la persona jurídica no hay ningún antecedente en el propio ordenamiento jurídico del cual se extraiga la necesidad de constatar algo así como un conocimiento efectivo de la persona jurídica ni mucho menos una especie de «intención» por parte de esta. Por lo que todo esfuerzo para atribuir dolo resulta completamente innecesario y debe ser obviado como exigencia para la RPPJ. Pero esto no significa que se deba prescindir completamente del «paso lógico» conocido como «imputación subjetiva», ya que como se podrá apreciar, al menos desde un punto de vista estrictamente funcional, resulta igualmente imprescindible para el ámbito de la RPPJ.

¹³ En un sentido similar –aunque un tanto oscuro– STS 514/2015. Respecto a la posibilidad de comprender el modelo español como uno de «autorresponsabilidad», y no como un supuesto de responsabilidad objetiva por la actuación de otros, GÓMEZ, V.; VALIENTE, V. y CIGÜELA, J., «Responsabilidad penal de la Persona Jurídica», en CORCOY, M. Y GÓMEZ, V. (Dir.) *Derecho penal económico y de empresa. Parte General y Parte Especial*, tomo 2, 2.ª edición, Valencia (Tirant lo Blanch), 2020, pp. 163-164.

¹⁴ Lo que, a lo mejor, explica la tendencia a tratar de ofrecer, en primer lugar, una alternativa al comportamiento «intencional», aun para el ámbito de la RPPJ.

III. PROPUESTA DE CONTENIDO DE LA IMPUTACIÓN SUBJETIVA PARA PERSONAS JURÍDICAS Y CRITERIOS PARA SU ATRIBUCIÓN

Es importante partir de la base que en este sistema de responsabilidad penal parece suficiente, desde el punto de vista de su legitimidad, atribuir responsabilidad –desde un punto de vista «subjetivo»– en tanto que el sujeto de la imputación –una organización en particular– se colocó en situación de no poder gestionar adecuadamente sus propios riesgos *pudiendo haber conocido* que sus procesos eran riesgosos o pudiendo haber conocido los mecanismos de control o de respuesta exigibles frente a tales procesos riesgosos¹⁵. Esto es, toda la responsabilidad «subjetiva» de las personas jurídicas a lo más podría construirse a partir de *la atribución de déficit de conocimientos* que, como se podrá apreciar, están asociados a las expectativas relativas a la gestión de sus riesgos penales. Valga la siguiente advertencia o aclaración para evitar un malentendido: acá no se está presuponiendo cierta «capacidad de conocimiento» de las personas jurídicas, como presupuesto para la toma de decisiones y la capacidad de acción y, por tanto, para el seguimiento de normas, como se hace a propósito de la responsabilidad penal individual¹⁶. Es decir, es fundamental considerar la evidente diferencia respecto al *sustrato propio* de cada uno de estos regímenes de atribución de responsabilidad penal. Para el ámbito de la RPPJ el «conocimiento» se debe entender en el único sentido posible para las organizaciones, a saber, como «conocimiento organizacional»¹⁷ o, más bien, como el conjunto de información que ha *aprendido e incorporado* una organización para la gestión de sus respectivos procesos¹⁸.

Si se observa bien, y guardando las diferencias ya advertidas, este nivel de atribución puede construirse perfectamente tomando como *referencia o guía* ciertos criterios de atribución propios de la imprudencia, debido a que este régimen de responsabilidad penal y el injusto propiamente tal se satisfacen, desde el punto de vista del principio de culpabilidad, con la mera constata-

¹⁵ En un sentido similar, GÓMEZ-JARA, C., «La culpabilidad de la persona jurídica», en BAJO, M.; FEIJOO, B., y GÓMEZ-JARA, C. (Dir.), *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Pamplona (Thomson Reuters), 2012, pp. 123-124.

¹⁶ Al respecto, ver KINDHÄUSER, U.; *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, vol. 4 núm. 1, 2012, p. 11.

¹⁷ Nuevamente, la RPPJ debe ser construida sobre sus propios términos y fundamentos. Para tales efectos, en lo que respecta a este nivel de atribución, se puede recurrir a los avances en la teoría organizacional y justamente a la idea de «conocimiento organizacional». Respecto a su naturaleza de «constructo», ver BRATIANU, C., *Organizational Knowledge Dynamics: Managing Knowledge Creation, Acquisition, Sharing, and transformation*, Hershey (IGI Global), 2015, p. 127.

¹⁸ Sobre la idea de «aprendizaje organizacional», vinculado a la capacidad de adquirir e incorporar conocimiento, ver WATKINS, K., «Definig an Creating Organizational Knowledge Performance», *Educar*, vol. 53, núm. 1, 2017, pp. 213-215.

tación del déficit de conocimiento asociado al comportamiento esperado por parte de la organización y que están vinculados a la previsibilidad del riesgo –en el sentido de los deberes de advertencia o deberes de cuidado «internos», y a un nivel de exigibilidad relativo a la adopción de respuestas frente al riesgo –o deberes de cuidado «externos». Es decir, lo que parece extraerse del propio sistema de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas, como vínculo o exigencia «subjética» es que pudiendo haberse puesto en situación de *advertir sus riesgos* y pudiendo colocarse en situación o posición de responder adecuadamente a los mismos –a través de la *adopción de medidas de control*– no lo hizo por causas atribuibles a esta misma¹⁹. Sin este paso en la atribución de responsabilidad penal –aun a una persona jurídica– se corre el riesgo de caer en responsabilidad objetiva.

Esto quiere decir que un primer grupo de déficit cognitivo podría verse fundado en el hecho de que, pese a que resultaba previsible que en el marco de determinados procesos inadecuadamente gestionados se pueda cometer o ver favorecido o facilitado un delito, la persona jurídica no advirtió el peligro²⁰. Para tales efectos se debe considerar, al menos, un nivel de conocimiento –organizacional– que es de orden metodológico –por ejemplo, cómo identificar procesos riesgosos– y otro nivel que responde a tipologías de riesgo ya conocidas por «clase de delitos». Un buen ejemplo podría estar dado por el caso chileno contra Corpesca S.A., donde se condena a la persona jurídica, dedicada al rubro de la pesca industrial, por su responsabilidad en el delito de cohecho cometido por uno de sus gerentes al sobornar al menos a dos parlamentarios para que votaran una Ley –de Pesca y Acuicultura– de acuerdo a las directrices que expresamente emanaban de la compañía²¹. Los pagos respectivos, con recursos de la persona jurídica, se ocultaron en el sistema contable haciéndolos pasar como asesorías realizadas por familiares o relacionados con los funcionarios, las que evidentemente fueron ficticias. Imagínese que durante el juicio se verifica que la persona jurídica respectiva, en su «matriz de

¹⁹ Lo que además es coherente con el fundamento de los programas de cumplimiento o prevención. Ver, GALLEGO, J. I., «*Criminal Compliance* y proceso penal: Reflexiones iniciales», en HORTAL, J. C. y VALIENTE, V., *Responsabilidad de la empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*, Madrid (editorial B de f), 2014, p. 196.

²⁰ Se debe recordar que, como ya advirtiera CORCOY, M., *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, 2.ª edición, Buenos Aires (B de F), 2008, p. 178: «el peligro es, por tanto, siempre calificativo de un comportamiento. Un comportamiento es peligroso cuando el autor no está en situación de evitar o impedir con seguridad un daño que se tiene por posible». Como señala la misma autora, esta situación debe ser complementada con el aspecto subjetivo –lo que resulta imprescindible para la imputación–, ya que «al Derecho penal, lo que le interesa es el peligro en cuando conocido o cognoscible por el autor».

²¹ Sentencia del Tercer Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, causa RIT 309-2018, de 2021.

riesgos», no tenía contemplado como «riesgoso» el lobby con parlamentarios en medio de la tramitación de una importante Ley para los intereses económicos de la compañía. No parece erróneo afirmar que en tal caso no se advirtió la peligrosidad de tal actividad pese a que le resultaba exigible hacerlo.

Un segundo grupo de déficit cognitivo está asociado al nivel del conocimiento esperado respecto a la adopción de controles y su adecuada supervisión, nivel en el que, a su vez, se pueden distinguir una serie de situaciones relevantes como, por ejemplo, supuestos en que no se implementa control alguno existiendo información disponible sobre buenas prácticas o directrices específicas para prevenir que en tal clase de procesos se termine facilitando o favoreciendo la comisión de un delito, o errores respecto a la modalidad de control implementado para contrarrestar –dentro de lo exigible– el riesgo, por ejemplo, se implementa un control preventivo debiendo haber implementado, además, controles detectivos o reactivos y, por último, déficits asociados a cómo supervisar la ejecución de determinados controles²². Por ejemplo, y volviendo al caso «Corpesca», una de las cuestiones de hecho que resultó determinante para la condena es que, habiéndose implementado un programa de cumplimiento, la alta dirección no estaba sometida a control alguno. En este sentido, el déficit cognitivo atribuible a la persona jurídica es el de no haber conocido que en el marco de determinados procesos riesgosos –previamente identificados– la plana superior es la primera que debe estar sometida a controles respecto a sus interacciones con funcionarios públicos.

Si se observa bien, desde un punto de vista estrictamente «objetivo», para fundar la condena bastaría acreditar lo siguiente: la omisión respectiva –por ejemplo, no haber controlado efectivamente los recursos destinados a pagar asesorías– efectivamente favoreció el delito del integrante o hizo mas «atractiva» la posibilidad de delinquir, ya sea al facilitar los recursos o porque se generaron condiciones favorables para ocultar el ilícito haciendo pasar los pagos de corrupción como una actividad lícita²³. A su vez, *desde un punto de vista* «subjetivo», relativo al examen del conocimiento –organizacional– exigible,

²² Respecto a la clase de controles y objetivos ver, ARTAZA, O. y ALBERTZ, P., «Desafíos actuales para el *compliance* penal y los sistemas de gestión antisoborno en el ámbito público y privado», *La Ley Compliance penal*, núm. 2, 2020, pp. 17-18.

²³ Como señalan, LORD, N.; VAN WINGERDE, K., y CAMPBELL, L., «Organizing the Monies of Corporate Financial Crimes via Organizational Structures: Ostensible Legitimacy, Effective Anonymity, and Third-Party Facilitation», *Adm. Sci.*, vol. 8, núm. 17, 2018, p. 3, estos delitos se cometen a través de estructuras de negocios legítimas. Respecto a cómo la propia organización puede hacer más atractiva la oportunidad delictiva, ver BENSON, M.; MADENSEN, T., y ECK, J., «White-Collar Crime from an Opportunity Perspective», en Simpson, S., y Weisburd, D. (Edit.), *The Criminology of White-Collar Crime*, New York (Springer), 2009, p. 183.

para fundar la condena basta arribar a la convicción de que *la persona jurídica en concreto debió haber conocido que la falta de control respectiva aumentaba la «oportunidad delictiva»*. De acá se desprende, por el contrario, que en caso de que se verifique objetivamente que se facilitó por parte de la persona jurídica la oportunidad delictiva, *pero en forma tal que no resultaba previsible para esta, no resultaría legítima la condena*.

Se ha de advertir, eso sí, que el proceso atributivo recientemente descrito no resulta sencillo. Uno de los principales problemas que se deben abordar es el de los parámetros normativos a los cuales se debe recurrir para tal atribución, relativos a la delimitación de la exigencia o exigibilidad respecto al conocimiento esperado *ex ante* por el sujeto de la imputación. Se debe advertir desde ya, que este problema se debe resolver en forma coherente a uno de los principales fundamentos y pilares de la RPPJ, a saber, el reconocimiento de la capacidad de autorregulación de estas y las expectativas que surgen de tal realidad²⁴. Con todo, de acá no se desprende, en un extremo, que se espere que las personas jurídicas «creen» nuevo conocimiento, al menos, en lo que respecta a las causas que inciden en el origen de la criminalidad empresarial y cómo prevenirla. Esto es, no resulta exigible, *ex ante*, el conocimiento del criminólogo del *corporate crime*. Si bien es cierto se debe negar este estándar de exigibilidad, esto no implica que en definitiva este no deba ser sumamente exigente. El fundamento de este «estándar elevado» radica en una serie de expectativas respecto a la capacidad de autorregulación de las organizaciones, de acuerdo con las cuales se espera que, dependiendo del contexto y realidad de estas –complejidad, recursos, entre otros factores– *desplieguen todos los esfuerzos necesarios para estar en condiciones de conocer cómo se cometen los delitos por los que pueden responder penalmente, qué factores aumentan la probabilidad de comisión y qué clase de controles debieran adoptarse en atención al riesgo previamente identificado, de acuerdo al conocimiento preexistente y que ha sido desarrollado, preferentemente, por lo que se conoce como compliance penal*. Además, igual se debe reconocer cierto nivel de exigibilidad de «conocimiento autónomo», porque si bien es cierto la persona jurídica debe aprender aquel conocimiento existente, como primer paso imprescindible, una mirada en profundidad de las principales directrices dirigi-

²⁴ Resulta imposible abordar el desarrollo que ha recibido el concepto de autorregulación a propósito de la RPPJ, para más referencias ver, COCA, I., «¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada?», en Silva, J. (Dir.), *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*, Barcelona (Atelier), 2013, pp. 43 ss.

das a prevenir los delitos en general o ciertos delitos específicos²⁵, permitirá constatar que estas son insuficientes por sí solas, ya que solo responden a un nivel de conocimiento «abstracto» –aplicable a tipos de delitos o tipos de actividad para cualquier organización-. En este sentido, no se puede negar que de los propios fundamentos de la autorregulación se desprende también la exigencia de un nivel de conocimiento «en concreto», esto es, la *capacidad de concreción de tal conocimiento abstracto para la propia realidad de la persona jurídica de la que se trate*. En términos sencillos, no solo se espera que la persona jurídica conozca qué tipos de procesos son riesgosos y cómo deben ser controlados desde un punto de vista teórico, sino que adquieran la capacidad de detectar tales procesos en el desarrollo de su propio negocios, identificar particularidades de estos e implementar de la forma más eficiente posible los potenciales controles en su propio sistema de control.

Por último, resulta fundamental determinar si tal exigencia de conocimiento se satisface con la externalización –muy habitual– del servicio de diseño e implementación de un programa de cumplimiento. Al respecto, puede mirarse nuevamente el ejemplo del caso «Corpesca», la que alega en juicio que efectivamente había implementado un programa de cumplimiento –asesorada por una importante empresa auditora– e incluso habían obtenido la certificación de su modelo de prevención de delitos. El tribunal, pese a lo anterior, concluye que tal programa era evidentemente ineficiente. Imagínese que la defensa de la persona jurídica sostiene –en juicio– que la compañía *no estuvo en condiciones de conocer que su modelo era defectuoso debido a que incluso habían obtenido la certificación respectiva y se habían hecho asesorar por profesionales del compliance*. ¿Qué tratamiento debiese darse a tal pretensión de la defensa? Creo que en este ámbito no puede defenderse en forma plausi-

²⁵ Los ejemplos son inabarcables, solo a propósito de la prevención de la corrupción se pueden considerar: Guía del Ministerio de Justicia del Reino Unido de 2011, *The Bribery Act 2010*. «Guidance. About procedures with relevant commercial organizations can put into place to prevent persons associated with them from bribing», la norma BS 10500 de 2011 –publicado por la British Standards Institution– cuyo objeto es detallar los componentes de un sistema de gestión antisoborno y la norma ISO 37001, sobre sistemas de gestión antisobornos. Asimismo, Transparency International UK ha elaborado el documento «The 2010 UK Bribery Act. The Adequate Procedures. Guidance on good practices procedures for corporate anti-bribery programmes». En el ámbito de las directrices dictadas por el sector público en el ámbito comparado destaca también el documento emanado de la Criminal Division of the U. S. Department of Justice and the Enforcement of the U. S. Securities and Exchange Commission, titulado como «A resource Guide to the U. S. Foreign Corrupt Practices Act», de 2012, en la cual se otorga una serie de recomendaciones para la adaptación de un programa de cumplimiento corporativo vinculado a la prevención de la corrupción. A su vez, el instrumento que emana de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), «Anti-Corruption Ethics and Compliance Handbook for Bussines», de 2013, así como el «Programa anticorrupción de ética y cumplimiento para las empresas: Guía práctica», emanado de las Naciones Unidas, el año 2013.

ble una especie de *delegación excluyente de la competencia* de la propia persona jurídica respecto al conocimiento esperado, en la medida que es de su exclusiva responsabilidad la adopción de medidas de gestión de sus riesgos y, por tanto, en caso de asesoría defectuosa, tal déficit de conocimiento podría venir justificado justamente por el hecho de haber asumido como suficiente una asesoría externa efectuada sin las competencias requeridas. Es evidente, por una parte, que el conocimiento esperado en lo que respecta a la gestión de riesgos penales puede obtenerse a través de asesoría externa pero, por otra, también resulta innegable que la competencia final sigue siendo de la persona jurídica, por lo que no puede escudarse en que no le resultó exigible acceder a este conocimiento debido a que fue mal asesorada. Lo anterior resulta evidente en supuestos en que, por ejemplo, se diseñan programas de cumplimiento sin contar con la perspectiva jurídico-penal correspondiente, en lo que respecta a la detección de procesos riesgosos, o no se cuenta con la mirada del «ambiente de control» que resulta imprescindible para el diseño y supervisión de medidas de respuesta frente al riesgo.

En definitiva, me parece necesario seguir contando con un «paso atributivo» que responde adecuadamente a un «orden subjetivo», en el entendido que se satisface con el examen del conocimiento esperado para el ámbito de la gestión de riesgos penales. Tal proceso, al igual que para el caso de la imputación subjetiva de la responsabilidad penal individual, debe hacerse en un sentido «personalizado», esto es, desde lo esperado para esa clase de organización, su complejidad, recursos, entre otros factores. Esto es, puede hacerse desde parámetros estrictamente *corporativos*, sin confundir entonces «conocimiento esperado» para clases de organizaciones –de acuerdo con la actividad, complejidad y el lugar donde la desarrollan– con el conocimiento esperado para quienes en un momento en particular la dirigen o administran. *Lo que quiero decir con esto es que no me parece artificial o arbitrario, asumir como posible que un tribunal razone sobre la base de valoraciones relativas al conocimiento exigible a organizaciones de acuerdo con su propio contexto y realidad.* Por ende, si tal clase de persona jurídica pudiendo haber conocido que sus procesos eran riesgosos o que adoptando cierta clase de respuesta frente al riesgo podría haber disminuido la probabilidad del delito, no lo hizo, o se conformó con un nivel de conocimiento insuficiente, se satisfacen los parámetros que son propios del principio de responsabilidad subjetiva de cara a la evitación de responsabilidad «objetiva». Para este ámbito, lo que interesa, para satisfacer este filtro, es evitar la responsabilidad a todo evento sin atender a los conocimientos esperables relativos a la previsibilidad del riesgo o la adopción de cierto margen de medidas de gestión. En síntesis, de esta forma se respeta

–como paso metodológico para la resolución de casos en el proceso penal– al menos un parámetro de valoración asociado a los deberes de conocimiento o expectativas de conocimiento en un nivel de valoración asociado al comportamiento esperado por parte de las personas jurídicas en lo que respecta a la gestión de sus riesgos penales.

EL CAMBIO DEL PARADIGMA DE LA GOBERNANZA EMPRESARIAL: SU INCIDENCIA EN LOS DEBERES DE LOS ADMINISTRADORES Y EN LA RESPONSABILIDAD PENAL

PROF. DRA. SILVINA BACIGALUPO SAGGESE*

I. INTRODUCCIÓN

En 2020 se cumplió un lustro desde que Naciones Unidas aprobara la *Agenda 2030 sobre Desarrollo Sostenible*¹. Más de cinco años de vigencia y un largo recorrido anterior en agendas sectoriales en diversos aspectos de responsabilidad social corporativa, cambio climático y sostenibilidad hasta culminar en esta *agenda* programática con un alcance mucho mayor no solo para las políticas públicas de los Estados, sino también para la empresa. Los cambios estratégicos para las políticas públicas que se proponen tienen un amplio alcance y abren un escenario que supone un replanteamiento del orden global de los asuntos sociales y económicos. Los compromisos asumidos por los Estados para emprender un nuevo camino e implementación de nuevas (o diferentes) políticas públicas que van desde la pobreza hasta el cambio climático y la defensa del medio ambiente, pasando por la igualdad, la educación, la justicia, la corrupción, el empleo pleno y decente, entre otros temas, ponen sobre la mesa de análisis el *mapa* de los problemas y déficits sociales y económicos más acuciantes, así como los grandes retos futuros ante los que se enfrenta la sociedad del siglo XXI. Estos

* *Catedrática de Derecho penal. Universidad Autónoma de Madrid.*

¹ https://www.undp.org/sustainable-development-goals?c_src=CENTRAL&c_src2=GSR

compromisos, no solo interpelan a los Estados, sino a todos los actores de la sociedad. Un programa estructurado, como es sabido, en *17 Objetivos* y sus respectivas *Metas* (169, en total) que cubren los ámbitos e hitos indispensables para avanzar hacia un mundo mejor, requerirán una revisión profunda de los ordenamientos jurídicos que regulan las dichas materias, así como una adaptación de las empresas y de sus modelos productivos y, consecuentemente, también de los de gobierno corporativo para lograr un crecimiento social alineado con los distintos objetivos y las políticas públicas.

El Derecho penal, como rama del ordenamiento jurídico, no es ni puede ser ajeno a los cambios sociales y requerirá también una revisión alineada con dicho escenario social y económico. En este trabajo quiero abordar en particular dos cuestiones que tienen, a partir de este escenario, una incidencia directa en dos cuestiones esenciales del Derecho penal económico contemporáneo: en primer lugar, *cómo afecta este escenario al propio concepto y definición del Derecho penal económico* y, en segundo lugar, *cómo afecta a aquellos ámbitos en los que se vislumbran cambios trascendentales para la gobernanza de las empresas y, en definitiva, cómo afecta a los deberes de garante de los órganos de administración y directivos*. En cuanto a la primera cuestión solo cabe esbozar por ahora una primera hipótesis o avanzar una primera reflexión, pues su desarrollo requiere otra dimensión que la que permite este trabajo: parece evidente que si la *Agenda 2030* tiene una repercusión directa y trascendental en la economía, en la sociedad, en los modelos de producción y de consumo, ello repercutirá también en la protección penal del orden socioeconómico y es el momento de abordar una revisión detenida sobre los tipos penales que hoy protegen el orden socioeconómico y valorar si se ajustan a las necesidades de protección de un orden socioeconómico, cuyas coordenadas están afrontando cambios estructurales y, en ocasiones, radicalmente opuestos al orden existente. Si bien el Código penal de 1995 supuso una importante reforma de los delitos económicos y contra el orden socioeconómico, es más que oportuno una revisión en profundidad tras casi 30 años desde aquella importante reforma². En relación a la segunda cuestión, teniendo en cuenta la implicación directa que tienen los diversos ODS en la gestión empresarial y, consecuentemente, en la relación de los propios deberes

² Excede la extensión de este trabajo, abordar de forma pormenorizada todos y cada uno de los delitos económicos que protegen en la actualidad el orden socio-económico, pero no cabe duda que los distintos ámbitos de protección también requerirán una revisión profunda: las distintas formas de defraudaciones, la propiedad intelectual e industrial, el mercado, los consumidores, las insolvencias, los delitos societarios. El Derecho penal económico deberá ofrecer respuesta para la protección de ese nuevo orden socioeconómico. Existen algunos trabajos doctrinales que han esbozado ya algunas reflexiones a lo largo de estos años, pero éstas se han referido a la expansión del Derecho penal o a la administrativización del Derecho penal.

de los órganos de administración, la cuestión se vincula directamente con el alcance y límites de los deberes de garante de los administradores y, en última instancia, con su posible responsabilidad penal. En este sentido, parece oportuno revisar cómo la Agenda 2030 (en particular, en materia de sostenibilidad y gobierno corporativo) afectará a la responsabilidad de las empresas y a la de sus administradores. La tesis se puede avanzar: todo cambio que afecte a los deberes de los administradores y al modelo de gobernanza empresarial, afecta de forma directa al ámbito de la responsabilidad penal de éstos en tanto garantes de los riesgos que se pueden derivar de la actividad empresarial y de la forma de su organización interna. Lo mismo sucede con la propia responsabilidad penal de la empresa y los riesgos derivados de las actividades empresariales afectando no solo a su responsabilidad penal, sino también a los ámbitos de prevención de los riesgos de su actividad en el contexto del *compliance* (civil, administrativo y, en última instancia, penal).

II. ESCENARIO DE LA GOBERNANZA CORPORATIVA RESPONSABLE Y SOSTENIBLE

Para poder delimitar el alcance que pueda tener el marco de la Agenda 2030³ en el ámbito del Derecho penal económico y, en particular, en el de la responsabilidad penal de los administradores y de la empresa misma, es necesario analizar, en primer lugar, un elenco de temas que, en apariencia, parecen situarse lejos del Derecho penal y que, sin embargo, en mi opinión, requieren un análisis más detenido en cuanto a su trascendencia. El marco de la Agenda 2030 y los ODS es un *programa* de profunda reorganización social, económica y empresarial del sistema productivo y del orden socioeconómico. Este nuevo orden económico y social al que se han comprometidos los Estados firmantes, implica también grandes cambios en el *rol* que desempeñan *las empresas* como *sujetos del Derecho*. Una redefinición del rol que han de cumplir las empresas en sociedad conlleva una primera necesaria revisión de sus *modelos de gobernanza* y, por tanto, también nuevos o más *deberes para los administradores*.

En este contexto, no se puede dejar de lado el importante *paquete prelegislativo europeo* alineado con los compromisos de la Agenda 2030 que se encuen-

³ La Agenda 2030 es un marco de debate que comienza mucho antes y aquí se expone a grandes rasgos. Antecedentes: *Declaración de Río sobre el medioambiente y el desarrollo* (1992), en la que se plasman 27 principios esenciales con el objetivo de establecer una alianza mundial nueva y equitativa mediante la creación de nuevos niveles de cooperación entre los Estados; en el año 2000, se desarrollaron *Los 8 Objetivos del Milenio* (ODM) por UN; en 2010 se lanza por UN el *Pacto Mundial*.

tra aún pendiente, incidirá de forma muy considerable una redefinición del *modelo de gobierno corporativo*, en los *deberes de los administradores*, en los *deberes diligencia* que, no solo configuran deberes de gobernanza, sino que determinan el rol de la empresa. Singularmente hay tres hitos legislativos para un futuro próximo que tendrán un impacto importante: a) *Propuesta de Directiva Europea del Parlamento y el Consejo sobre due diligence de la sostenibilidad corporativa y modificación de la Directiva (EU) 2019/1937 COM/2022/71 final*, de 23 de febrero 2022⁴; b) *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifican la Directiva 2013/34/UE, la Directiva 2004/109/CE, la Directiva 2006/43/CE y el Reglamento (UE) n.º 537/2014, por lo que respecta a la información corporativa en materia de sostenibilidad, COM/2021/189 final*⁵, y c) *Iniciativa Legislativa sobre gobierno corporativo sostenible*⁶, en fase de texto pre-legislativo, concluido el proceso de consulta pública y cuya presentación estaba prevista para el 3.º trimestre de 2021.

Sin poder entrar detenidamente en todas y cada una de estas propuestas de Directivas en todo caso se puede afirmar que contienen modificaciones esenciales que suponen una revisión importante del tradicional modelo de gobernanza y afectarán de forma directa a los deberes de los administradores. En particular, afectarán al contenido del deber de *diligencia*⁷ y, con ello, determinarán también el alcance y los límites los deberes de los administradores (arts. 225 ss. LSC) y al ámbito de su propia posición de garante frente a los riesgos que pudieran concretarse en el ámbito penal.

III. EL ROL DE LAS EMPRESAS Y EL MARCO DE GOBERNANZA RSE-RSC-ESG/ASG-ODS 2030

La Agenda 2030 y sus ODS constituyen una elaborada y profunda síntesis de muchas otras *agendas sectoriales*⁸ previas que se han venido discutiendo en

⁴ https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/1_1_183885_prop_dir_susta_en.pdf

⁵ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:52021PC0189>

⁶ https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12548-Sustainable-corporate-governance_en

⁷ SEQUEIRA MARTÍN, A., «El desarrollo de la responsabilidad social corporativa versus sostenibilidad y su relación con el gobierno corporativo en las directivas comunitarias y en el derecho español de las sociedades cotizadas», *Revista de Derecho de Sociedades*, 61/2021.

⁸ A nivel internacional y multigubernamental se ha ido desarrollando un extenso elenco de normas en materia de responsabilidad social empresarial y corporativa que va desde OCDE, UN y la UE, hasta los desarrollos legislativos que han ido plasmando alguna de estas normas en las legislaciones nacionales, véase entre las fundamentales: *Líneas Directrices para Empresas Multinacionales*, OCDE (1976); *Normas de derechos Humanos para Empresas*, UN (2003) *Informe Ruggie*, UN (2008); *Libro Verde de*

las últimas décadas, al menos desde del último cuarto del siglo XX, inherentes al rol del Estado y las políticas públicas, con una enorme trascendencia también sobre el *rol de las empresas como sujetos* en sociedad.

Desde un punto de vista jurídico la definición de la empresa como *sujeto* afecta a sus derechos y obligaciones. Ello tiene particular trascendencia en el propio derecho mercantil de sociedades, pues afecta al marco de los deberes y obligaciones que se les puede imponer en relación a su organización, a los deberes de los administradores y a los de los socios así como a la propia persona jurídica. Estos deberes y su alcance trascienden a otras ramas del ordenamiento jurídico y tienen especial relevancia, como se ha dicho, en el Derecho penal. Es por ello que resulta importante analizar el contexto del nuevo orden socio-económico marcado por el *programa* de los ODS2030, el rol que dentro de dicho orden deben cumplir las empresas y cómo deben desarrollar su actividad empresarial para poder configurar el marco de los deberes y obligaciones que el Derecho deberá estipular para definir las reglas que ese sujeto ha de cumplir en el mercado. Hoy nos encontramos ante un escenario legislativo altamente complejo para la actividad empresarial y, sobre todo, para el ya amplio elenco de deberes de los administradores dispersos en ese extenso escenario legal y que resultan, por ende, previsiones legales que determinan la posición de garante de éstos.

En el ámbito del *sector privado y de la actividad empresarial* encontramos los primeros movimientos de una revisión del rol de las empresas, como es sabido, en los años 50' y 60' cuando en EEUU surgen, bajo el concepto de *Responsabilidad Social Empresarial* (RSE o RS), las primeras ideas vinculadas a la necesidad de que las empresas se vinculen con la sociedad de otra forma, en particular en su responsabilidad en materia social, económica y medioambiental. Posteriormente, se amplió dicho concepto al de *Responsabilidad Social Corporativa* (RSC)⁹ para referirse a la responsabilidad no solo de

la Comisión Europea para Fomentar un marco europeo para la responsabilidad de las empresas, COM (2001) 366 final. *Comisión Europea, Estrategia renovada de la UE para 2011-2014 sobre la responsabilidad social de las empresas* (2011), COM/2011/0681 final. Directiva 2014/95/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2014 por la que se modifica la Directiva 2013/34/UE en lo que respecta a la divulgación de información no financiera e información sobre diversidad por parte de determinadas grandes empresas y determinados grupos. En este sentido, y a nivel estatal, se ha dictado la Orden ESS/1554/2016, de 29 de septiembre, por la que se regula el procedimiento para el registro y publicación de las memorias de responsabilidad social y de sostenibilidad de las empresas, organizaciones y administraciones públicas; Ley 11/2018, de 28 de diciembre, de información no financiera y diversidad; Ley 18/2018, de 13 de julio, para el fomento de la responsabilidad social corporativa; etc. Más información sobre las fuentes normativas, véase, *Observatorio de Responsabilidad Social Corporativa*, <https://observatoriorsc.org/>

⁹ CAROLL, A. B., «A History of Corporate Social Responsibility. Concepts and Practice», en *Oxford Handbook of Corporate Social Responsibility*, Oxford (Oxford University Press), 2008, pp. 24 ss. En Espa-

las empresas, sino también de las corporaciones. Se trataba de poner en valor la *contribución activa y voluntaria de las organizaciones al mejoramiento de la sociedad, la economía y el medioambiente*, entendiendo que ello contribuiría al mismo tiempo a la mejora del sistema competitivo añadiendo un valor adicional a la actividad empresarial. Dicho con otras palabras, se intentaba introducir un modelo de empresa que no solo tuviera por finalidad generar beneficios económicos a sus socios, sino definir un modelo de empresa que no descuidara otros beneficios considerados importantes para la sociedad. La RSE/RSC pretendía ir más allá del cumplimiento normativo y de las normas poniendo su especial valor, se decía, en el cumplimiento voluntario. En la práctica, las políticas RSE o RSC se traducían en una suerte de misión filantrópica de las empresas para la promoción de actividades sociales. No obstante, dentro de aquellos ámbitos muy regulados, como el del derecho laboral o el del medioambiente, las empresas debían demostrar un compromiso que fuera más allá del estricto obligado cumplimiento legal para demostrar su verdadero compromiso social. La esencia de los programas RSE/RSC reside en la implementación de compromisos de *voluntario cumplimiento*, basado en la autonomía de la libertad y de la voluntad de las partes. De esta forma las políticas de RSE/RSC adquirirían relevancia como marco de *soft law*¹⁰ vinculada sustancialmente a la forma de gestión empresarial basada en un elenco de valores éticos *de la empresa* y de su *cultura empresarial* en el ámbito social, económico y medioambiental¹¹. Todos estos aspectos, sin duda, se convierten en los elementos configuradores de la empresa como *sujeto del Derecho*, pero en la medida en que no estaban configurados como deberes jurídicos de obligado cumplimiento no trascendían al ámbito de la responsabilidad jurídica ni de la propia empresa ni de la de sus administradores y directivos.

Paralelamente, se avanzaba en otro escenario que marcó la actividad empresarial en otra dirección. En los años 80' se avanzó hacia una creciente des-

ña véanse, ESTEBAN VELASCO, G., «Responsabilidad social corporativa: delimitación, relevancia jurídica e incidencia en el Derecho de sociedades y en el Gobierno Corporativo», en VV. AA. *Estudios sobre órganos de las sociedades de capital: liber amicorum*, Fernando Rodríguez Artigas, Gaudencio Esteban Velasco, vol. 2., 2017, pp. 555 ss.; EMBID IRUJO, J. M./DEL VAL TALENS, P., *La responsabilidad social corporativa y el derecho de sociedades de capital: entre la regulación legislativa y el soft law*, Madrid 2016; MEGÍAS LÓPEZ, J., «Tendencias normativas para un gobierno corporativo sostenible a través del propósito empresarial», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, Año XI, Octubre-Diciembre 2021, pp. 11 ss.

¹⁰ EMBID IRUJO, J. M./DEL VAL TALENS, P., 2016.

¹¹ BACIGALUPO, S., «Ética empresarial y responsabilidad penal de las empresas», en *Encuentros Multidisciplinares*, n.º 39 – Vol. XIII, Sept.-Dic. 2011, pp. 2-10; LA MISMA, «Cultura de cumplimiento e integridad: elemento clave en la prevención de riesgos penales», *Revista Internacional de Transparencia e Integridad*, n.º 2, Sept.-Dic. 2016; ALFARO ÁGUILA, J., «Cultura empresarial y gobierno corporativo», en *Almacén de Derecho*, abril 2016 (<https://almacendederecho.org/cultura-empresarial-y-gobierno-corporativo>).

regulación de los mercados financieros propiciado, fundamentalmente, por el *programa económico de la globalización*. Su finalidad era impulsar el comercio internacional eliminando trabas legales que frenaban el desarrollo productivo y empresarial, que limitaban la expansión de las empresas y limitaban así el crecimiento económico global. Sin duda, todo ello tuvo unos primeros efectos positivos: dio lugar a empresas globales, a directivos globales, a consumidores globales (o globalizados). La deslocalización permitía, además, abaratar costes de producción aprovechando las políticas laborales, fiscales y medioambientales más favorables a las existentes en otros territorios. Los finales de los '80 y principio de los '90 nos dejaban las primeras imágenes que acompañaron aquellos primeros pasos de la globalización: asistíamos al establecimiento de los primeros *McDonald's* y *KFC* en Taipei o Moscú. En este escenario es evidente que los temas inherentes a la RSE/RSC –una forma de dirigir de la actividad empresarial de manera sostenible y disminuyendo el impacto sobre sus grupos de interés- se convirtió más en un programa filantrópico de las empresas que en un verdadero programa de responsabilidad sobre una mejora social, económica y del medioambiente.

Como resultado de las posibilidades que abrió la globalización también asistimos a finales de los 90 y mediados de los 2000 a las primeras consecuencias negativas del programa de la globalización, originadas precisamente por la ausencia de normas que se había impuesto y que –lejos de propiciar un libre mercado que favoreciera la competitividad, el libre establecimiento de la empresa y las personas– hizo aflorar los mayores escándalos empresariales del siglo XX –*Enron*, *Parmalat*, *Worldcom*, entre tantos otros. Éstos habían sido consecuencia, según las opiniones mayoritarias, no tanto por la falta de normas como por la *falta de ética en los negocios* en la gestión de las organizaciones que distaba mucho de los principios que se habían venido publicitando en el marco de los programas de responsabilidad social corporativa de esas empresas.

Como resultado de todo ello, en el último cuarto del siglo xx, se dio paso al rápido desarrollo de un intenso proceso para reconducir la gobernanza corporativa dando lugar a un incremento y proliferación de *normas de voluntario cumplimiento* y *guías de estándares y/o recomendaciones* para mejorar la *gobernanza*, aquella mala gobernanza que, por falta de ética, se decía, habría sido causada por los excesos de los administradores produciendo las quiebras de las empresas. Los Códigos de Buen Gobierno corporativo¹² intentaban dar respuesta con recomendaciones para mejorar la gobernanza que precisaban los deberes de los administradores más allá de la ley mercantil. Hoy gran parte de

¹² Vid. <https://www.cnmv.es/Portal/Legislacion/COBG/COBG.aspx>.

todas aquellas recomendaciones que siguen vigentes e imponen el deber de un Informe Anual de BGC para las sociedades cotizadas, se encuentran recogidos y desarrollados en la propia Ley de Sociedades de Capital; es decir, forman parte de las normas de obligado cumplimiento.

La evolución brevemente reseñada nos permite ver que la actividad empresarial se encuentra hoy ante un complejo escenario de normas de *obligado cumplimiento* y un elenco de estándares, guías, recomendaciones de *voluntario cumplimiento*, así como ante importantes cambios normativos que están marcando no solo una nueva dimensión del gobierno corporativo, sino que están definiendo las coordenadas de un debate va más allá: un cambio del paradigma de la gobernanza *empresarial* y de la empresa como sujeto del *Derecho*.

Las organizaciones y las empresas han adquirido una dimensión como *sujeto* sin precedentes hasta el punto de que en la actualidad la mayor parte de los ordenamientos jurídicos las consideren sujetos, incluso, del Derecho penal¹³. La actividad empresarial no solo se ve expuesta a responsabilidad derivada del ordenamiento jurídico mercantil, laboral, fiscal, administrativo, sino también al penal. Es este el complejo escenario, dentro del cual las organizaciones tienen el reto de definirse como *sujeto* frente al cumplimiento normativo y desarrollar su cultura empresarial, deberán abordar también las coordenadas de una *gobernanza corporativa responsable*.

Definirse como *sujeto* desde el marco de las normas de voluntario cumplimiento constituye hoy parte de los rasgos que caracterizarán a las empresas y el desempeño de su actividad empresarial. Sin embargo, las normas de voluntario cumplimiento no han logrado asentarse.

A la discusión sobre la RSC se añade a mediados de 2000 los denominados criterios ESG/ASG que hace referencia a los aspectos medioambientales, sociales y de gobernanza. Se trata de criterios para evaluar la propia RSC. Es decir, evaluar en qué medida la empresa integra en sus políticas de responsabilidad social corporativa en la protección del medioambiente, en el ámbito social cuestiones tales como como la diversidad, igualdad e inclusión, y en buen gobierno corporativo. Todo ello, impulsado para promover además la inversión responsable (ISR). En menos de 20 años todo el movimiento ESG/ASG ha evolucionado desde el marco RSC a formar parte del núcleo duro de la Agenda 2030 y los ODS. Un modelo no solo centrado en la obtención de rendimien-

¹³ La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los ordenamientos jurídicos fue, esencialmente, por el impulso del *Convenio para la prevención del soborno de funcionarios extranjeros* (OCDE, 1997). Vid. Relación actualizada de la legislación comparada, *Guía de Derecho comparado sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, WORLD COMPLIANCE ASSOCIATION, 2022. Extensamente, Bacigalupo, S., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Barcelona, 1998.

tos económicos, sino un modelo que además debe contribuir a minimizar los impactos sobre el medioambiente, la creación de empleo inclusivo, la sostenibilidad de sus productos, entre otros. Un modelo de negocio que persiga impacto medioambiental y social, será no solo un modelo de negocio responsable y sostenible, sino una empresa que podrá participar en el mercado y desarrollar su actividad empresarial alineada con las políticas públicas de fomento. De aquí que los compromisos que el sector privado asuma en materia ESG/ASG, en particular, y en el marco de los ODS definirán no solo su *rol social como sujeto*, sino también su propia estructura de organización interna, de funcionamiento, sus deberes, su modelo de negocio y de gobernanza.

Transformar el modelo de negocio, no solo pasa por cambios estructurales internos ni por normas de voluntario cumplimiento, sino por una transformación y cambio del *modelo de gobernanza* y de la *cultura empresarial*. Precisamente todo el escenario de la responsabilidad social corporativa y los ámbitos de gestión ESG/ASG, se conectan directamente con el debate jurídico existente desde hace años en el ámbito del Derecho de sociedades sobre las exigencias del *gobierno corporativo* y el *modelo de gobernanza*¹⁴. La responsabilidad social corporativa se presentaba como un modelo concreto de gobernanza para promocionar actividades sociales y medioambientales responsables que afectan a la sociedad, a los distintos grupos de intereses o *stakeholders*¹⁵. En la actualidad se discute la propia esencia de la definición de la empresa y su modelo de gobernanza corporativa¹⁶.

Esta discusión llegaba en la actualidad incluso a los ámbitos económicos y empresariales más influyentes y ha dado lugar a dos importantes declaraciones: por un lado, la declaración en agosto de 2019 de la *Business Roundtable*¹⁷ que daba un cambio radical a la definición clásica del propósito de las empresas inspirada en Milton Friedman, según el cual la responsabilidad social de las empresas es incrementar sus beneficios, siempre y cuando se respeten las reglas del juego, y

¹⁴ BAJO FERNÁNDEZ, M./BACIGALUPO SAGGESE, S./GÓMEZ-JARA, C., (Coords.), *Gobierno corporativo y Derecho penal*, Madrid, 2008, *passim*.

¹⁵ FREEMAN, E./MARTIN, K./PARMAR, B., *The Power of And. Responsible Business Without Trade-Offs*, New York (Columbia Business School Publishing), 2020, pp. 8 ss.

¹⁶ Por todos, PAZ-ARES, C., «La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo», InDret, *Working Paper* 162/2003.

¹⁷ *Business Roundtable* es la Asociación de los directores ejecutivos (CEOs) de las empresas estadounidenses más importantes que desde 1978 promueve políticas públicas favorable a los intereses empresariales. En 2019 dio una nueva definición al *propósito empresarial* cerrando una época marcada por las empresas llamadas a la creación y maximización del beneficio para sus accionistas. Véase sus perspectivas de políticas (*Policy Perspectives*), que son una copia del decálogo de los ODS: <https://www.businessroundtable.org/purposeanniversary> y *Statement on the Purpose of a Corporation to Promote 'An Economy That Serves All Americans'*, 2019 (<https://www.businessroundtable.org/business-roundtable-redefines-the-purpose-of-a-corporation-to-promote-an-economy-that-serves-all-americans>).

declaraba la necesidad de redefinir el propósito de las empresas y, por tanto, también de la gestión empresarial, como un compromiso con todos los grupos de interés, incluyendo a los consumidores, los trabajadores, los proveedores, la sociedad y, finalmente, los accionistas. Por otro lado, el *Manifiesto de Davos 2020*¹⁸, en que también se hacía una declaración a favor del propósito de la empresa en la creación de valor compartido y sostenido. Ambas declaraciones fueron el reconocimiento de la insostenibilidad del modelo de gobernanza y de negocio anterior. Las voces críticas manifestando que estas declaraciones llegaban tarde o como consecuencia de un reconocimiento tardío del cambio que ya estaba ocurriendo, no se hicieron esperar¹⁹. Fuera cual fuera la motivación, lo cierto es que, sin lugar a dudas, estas declaraciones conllevarán importantes cambios del sector empresarial, aunque éstos no se puedan apreciar aún de forma inmediata.

De ahí que los *criterios* que han formado parte a lo largo de los años de la denominada RSE/RSC y de los ESG/ASG, formen parte ahora –en su versión más evolucionada– de los ODS de la Agenda 2030 constituyendo el verdadero reto para la cultura empresarial de las corporaciones del siglo XXI y definiendo a la empresa como sujeto del Derecho. Sin duda, hoy hay que añadir una sigla más para agrupar todos estos ámbitos de riesgos: ESG-T. La tecnología y la digitalización, así como sus riesgos, deben estar integrados en este ámbito²⁰.

IV. CAMBIO DE PARADIGMA DE LA GOBERNANZA EMPRESARIAL: LOS DEBERES DE LOS ADMINISTRADORES Y SU INCIDENCIA EL ÁMBITO DEL DERECHO PENAL

Los *Códigos de Buen Gobierno Corporativo* para las sociedades cotizadas, Recomendaciones y *Guidelines* de organismos multigubernamentales (fundamentalmente de la OCDE) han sido el marco dentro del cual se han intensificado los deberes jurídicos para mejorar la gobernanza corporativa. Desde recomendaciones de creación de comisiones delegadas del Consejo de administración hasta la pormenorización de los *subdeberes* integrantes de los tradicio-

¹⁸ *Declaración de Davos 2020*, WEF, <https://es.weforum.org/agenda/2019/12/manifiesto-de-davos-2020-el-proposito-universal-de-las-empresas-en-la-cuarta-revolucion-industrial/>

¹⁹ WANG, CH. C. Y/MIGDAL, A., «Business Roundtable 2019 Statement: A New Paradigm or Business As Usual?», Harvard Business School, Case 122-023, 2022 (<https://www.hbs.edu/faculty/Pages/item.aspx?num=61738>); PIERCE, M., «Analysis of the Business Roundtable Statement», 2019, Harvard Law Forum on Corporate Governance (<https://corpgov.law.harvard.edu/2019/09/26/analysis-of-the-business-roundtable-statement/>).

²⁰ BONIME-BLANC, A., *The ESGT Megatrends Manual, 2022-2023*, Diplomatic Courier/ GEC Risk Advisory.

nales deberes de lealtad y de diligencia. Hoy la mayoría de estas recomendaciones se encuentran recogidas como normas de obligado cumplimiento en la *Ley de Sociedades de Capital* (RD-Leg. 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de capital).

También pasaron del escenario del *soft law* al ámbito del *hard law* los temas de responsabilidad social corporativa y de gobernanza ESG-ASG como se puede ver, por ejemplo, desde la *Ley de divulgación de información no financiera y diversidad* (L 11/2018, de 28 de diciembre)²¹ que ha implicado modificaciones importantes inherente a los deberes de las sociedades del Código de Comercio, de la propia Ley de Sociedades de Capital y de la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas. Hace unos años hubiera sido impensable que la estrategia o las políticas de responsabilidad social corporativa pudieran ser un *deber no delegable* del órgano de administración en las sociedades cotizadas como se dispone en el art. 529 ter a) LSC. Hoy la RSC forma parte de los deberes que afectan a la posición de garante de la empresa (*cotizada*) como sujeto y a la de sus administradores²².

Aún no se ha añadido al marco de obligado cumplimiento todos los ámbitos estructurales de los 17 Objetivos y las 169 Metas de la Agenda ODS 2030 que se encuentran en fase de implementación en las políticas públicas, pero constituyen esencialmente las directrices programáticas de las políticas públicas a la que se han comprometido los Estados. Un número importante de éstos ya están presentes, con mayor o menor intensidad, en el extenso paquete legislativo de la UE en materia de transición ecológica y medioambiente, así como en las propuestas mencionadas de gobierno corporativo sostenible y en el propio Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (PRTR, 2022).

En este sentido, todo este elenco normativo se puede estructurar en, al menos, tres grandes elementos nucleares de los *deberes de la gobernanza de las corporaciones: integridad (I) – sostenibilidad (S)- compliance (C) (ISC)*. La *integridad* se compone de los valores éticos que forman parte de la cultura empresarial y que se plasman en las políticas del buen gobierno corporativo. En ámbito de la *sostenibilidad* se integra por el extenso ámbito de las políticas estratégicas en materia ESG/ASG-T (riesgos medioambientales, sociales, de gobernanza y tecnológicos en la actividad empresarial). Y, por último, los pro-

²¹ La Ley 11/2018, de 28 de diciembre, tiene su origen en la transposición de la Directiva 2014/95/UE del Parlamento y el Consejo, por la que se modificaba la Directiva 2013/34/UE, y que se modificará próximamente como consecuencia de la nueva Directiva Sobre Sostenibilidad Empresarial (CSRD).

²² ESTEBAN VELASCO, G., «Responsabilidad social corporativa: delimitación, relevancia jurídica e incidencia en el Derecho de sociedades y en el Gobierno Corporativo», en VV. AA. *Liber amicorum: Juan Luis Iglesias*, Madrid, (Civitas-Thomson Reuters), 2014, pp. 275 ss.

gramas de *compliance* deben contener las políticas de prevención de todos esos riesgos (I y S) en relación a la eventual la responsabilidad civil, administrativa y penal de la empresa y de sus órganos de administración.

En este sentido, derechos y obligaciones de una persona jurídica no solo determina su rol en el ámbito mercantil. El ámbito de los deberes de los administradores –su alcance y límites- determina el marco de las obligaciones de administración y el cumplimiento de la finalidad de empresa. Pero estos deberes tienen un alcance mayor toda vez que condicionan o son la fuente generadora de la posición de garante (art. 11 CP) para la evitación de los riesgos que pudieran ser constitutivos de delitos en el marco de la actividad empresarial. Dicho con otras palabras: los delitos que pueden ser imputados a los órganos de administración dentro de la actividad empresarial, así como a la propia empresa, se encuentran vinculados a las obligaciones derivadas de los deberes de los administradores que se establezcan en el ámbito mercantil y en las políticas internas de la empresa que rigen la actividad empresarial.

En la medida en que la definición de los deberes de los administradores se amplíe o incluya otro alcance como consecuencia de un nuevo modelo de gobernanza (*stakeholder model, enlightened shareholder model, etc.*), ello afectará también al alcance y a los límites que tendrá la posición de garante de los administradores en el marco del Derecho penal. Por esta razón, la elección de un determinado modelo de gobernanza no es solo un asunto que implique consecuencias en el ámbito del Derecho mercantil, sino que afectará a todos los ámbitos del ordenamiento jurídico en el que la empresa debe cumplir y organizarse como *sujeto* para asegurar el cumplimiento de la normativa vigente y prevenir los riesgos de su actividad empresarial.

En el ámbito del debate sobre los modelos de gobernanza se inserta también en la actualidad el novedoso debate sobre las denominadas *empresas de propósito*. Recientemente se ha introducido con fuerza en el debate sobre los modelos de gobernanza y, en particular, en el debate sobre el *stakeholder model*, el concepto de *propósito empresarial o corporate purpose* como finalidad de la actividad empresarial²³. En varios países ya se ha introducido esta perspectiva en la legislación con diversos alcances: así en EE. UU. las *benefit corpo-*

²³ Extensamente y muy ilustrativo, con ulteriores referencias bibliográficas, MEGÍAS LÓPEZ, J., «La creación de valor tolerante: un modelo de compatibilidad jurídica entre interés social y responsabilidad social corporativa», en VV. AA. *Estudios sobre órganos de las sociedades de capital: liber amicorum. Fernando Rodríguez Artigas, Gaudencio Esteban Velasco*, vol. 2., 2017, pp. 555 ss.; EL MISMO, «Tendencias normativas para un gobierno corporativo sostenible a través de propósito empresarial», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 164/2021, pp. 18 ss. Vid., CUMMINGS, B., «Benefit corporations: How to enforce mandate and promote the public interest», *Columbia Law Review* 112/2012, pp. 578 ss.; WHITE, T., «Benefit corporation commission», *Journal of Legislation*, 41 (2)/2015, pp. 329 ss.

rations, en Italia las *società benefit* y en Francia la *société a mission*²⁴. Se trata, fundamentalmente, de introducir *un fin social adicional* al exclusivo ánimo de lucro o al modelo de una empresa solo generadora de beneficios a los accionistas. Es decir, introducir bajo la denominación de *empresas de propósito* un compromiso de la empresa con un modelo de gobernanza orientado a una actividad empresarial responsable y sostenible. Es decir, se trata de un modelo de gobernanza que tendría como ejes centrales el marco ESG/ASG. A partir de aquí, se abren cuestiones que condicionarán también el alcance y los límites de los deberes de los administradores y la posición de garante de los administradores respecto de los riesgos por los que puedan llegar a responder en el marco de sus deberes de administración.

En España se puede afirmar que rige, según la doctrina dominante mercantil, el modelo de gobernanza basado en la generación de beneficios para el accionista²⁵, es decir, un concepto de sociedad y un modelo de gobernanza marcado por una administración y gestión que debe estar orientada por el *interés social*, entendido éste como aquél que procura la obtención del máximo beneficio (económico) para el accionista. La reciente modificación del deber de diligencia regulado en el art. 225. 1 LSC y modificado por la 5/2021, de 12 de abril -por la que se modifica la LSC como consecuencia de la incorporación al ordenamiento español de la Directiva (UE) 2017/828 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de mayo de 2017, respecto del fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas de sociedades cotizadas- tampoco cambia este modelo de gobierno corporativo, aunque haya incluido en el texto legal que el desempeño del cargo de administrador deberá estar siempre «*subordinado al interés de la empresa*»²⁶. No solo la Ley de Sociedades de Capital enfoca los deberes de los administradores en ese sentido, sino que así también lo sigue haciendo el *Código de Buen Gobierno de las sociedades cotizadas*²⁷ en su última revisión de junio de 2020. En este sentido, siendo el CBG un

²⁴ MEGÍAS LÓPEZ, J., Revista de Derecho Bancario y Bursátil, Año XI, Octubre-Diciembre 2021, pp. 11 ss., p. 29 s.; FLEISCHER, H., «Corporate Purpose: A Management Concept and its Implications for Company Law», EGGI Working Paper, 561/2021, pp.9 ss.

²⁵ Por todos, PAZ-ARES, C., «La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo», InDret Working Paper 162/2003. «La sociedad en general: caracterización del contrato de sociedad», en URÍA, R./MENÉNDEZ, A., (Dirs.), *Curso de Derecho mercantil*, vol. 1, 2.ª ed., Madrid (Civitas), 2006; MEGÍAS LÓPEZ, J., Revista de Derecho Bancario y Bursátil, Año XI, Octubre-Diciembre 2021, p. 46, con ulteriores referencias.

²⁶ Véase, MEGÍAS LÓPEZ, J., Revista de Derecho Bancario y Bursátil, Año XI, Octubre-Diciembre 2021, p. 18; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «La modificación del deber de diligencia», Revista de Derecho Bancario y Bursátil, 163/2021.

²⁷ https://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/CodigoGov/CBG_2020.pdf Véase, Principio 9: otorga a Consejo de administración la responsabilidad directa sobre la administración y supervisión con el propósito común de promover el interés social.

elenco de recomendaciones de *soft law*, llama la atención la afirmación tan contundente que se hace de la *promoción de la administración en el interés social* (Principio 9), sin la misma mínima alusión al debate existente en torno al cuestionamiento de este modelo de gobernanza, sobre todo cuando al mismo tiempo que se estaba llevando a cabo la reforma del CBG asistíamos a las declaraciones tan significativas como las de la *Business Roundtable* (agosto 2019) y a la *Declaración de Davos* (enero 2020)²⁸.

El proceso de cambio que se observa en torno al rol de la empresa ha ido configurando un *nuevo paradigma de gobernanza*: un proceso que se inicia con el establecimiento de normas de voluntario cumplimiento y suele concluir con una posterior consolidación en normas de obligado cumplimiento. Desde esta perspectiva no parece arriesgado afirmar que el *deber general de un ordenado empresario* consistiría en tener muy presente la evolución de todas las normas que se van desarrollando en el marco del *soft law* en materia de gobernanza, pues tarde o temprano terminarán siendo integradas en el ámbito normativo de obligado cumplimiento. Es precisamente este complejo escenario normativo el que requiere la existencia de consejos de administración cada vez más profesionalizados y la necesidad de contar con comisiones delegadas también especializadas. Los riesgos inherentes a la actividad empresarial y a la gobernanza van hoy mucho más allá de una gestión centrada esencialmente en la creación de beneficios económicos para sus socios. Esta complejidad deriva no solo de los riesgos concretos de la propia actividad empresarial, sino de la complejidad del funcionamiento y de los riesgos que enfrenta la sociedad misma. En la medida en que el Derecho el instrumento para regular precisamente esa complejidad social, sus riesgos y dar respuestas a los conflictos que se puedan plantear, es evidente que la empresa como sujeto del derecho no queda al margen.

Actualmente, este escenario ya no es *de lege ferenda* sino una realidad *de lege lata*: la ley integra entre los *deberes especiales de administración de las sociedades cotizadas*²⁹ y entre las *facultades de decisión no delegables* del consejo de administración la política de responsabilidad social corporativa (art. 529 ter a) LSC), así como la determinación de políticas de control y gestión de riesgos (art. 529 ter b) LSC). Los riesgos que se puedan derivar de todo el ámbito ESG/ASG-T se encuentran, por tanto, dentro del ámbito del *deber de di-*

²⁸ Es más, en una presentación del CBG revisado que hizo el entonces presidente de la CNMV, Sebastián Abella, en un acto público organizado por la Asociación *Emisores Españoles*, hizo especial énfasis en el mantenimiento de este modelo de gobernanza y en la innecesariedad de revisar el modelo.

²⁹ Teniendo en cuenta la existencia del art. 31 bis CP y la responsabilidad penal de la empresa, estos deberes deberían establecerse con carácter general a todas las sociedades. El riesgo no es una cuestión del tamaño de la empresa, sino del que se deriva de la actividad empresarial.

ligencia (art. 225 LSC) y de los deberes no delegables en el marco de los *deberes especiales* del art. 529 ter LSC, limitados por el ámbito de la regla de discrecionalidad empresarial (*business judgement rule*) prevista en el art. 226 LSC que define el *riesgo permitido* de las decisiones estratégicas del consejo de administración.

V. CONCLUSIONES

Los ámbitos de gestión y estrategias de la denominada RSC y ESG-T forman parte de los deberes legales de los administradores (art. 225 y 529 ter LSC). Estos deberes integrarán, por tanto, la posición de garante de los administradores (art. 11 CP) y, en la medida en que los riesgos medioambientales, sociales y de gobernanza pueden dar lugar a la concreción de éstos en delitos que precisamente protegen expectativas medioambientales, sociales y de gobernanza, podrán dar lugar también a responsabilidad penal de los administradores y de la propia empresa. Dicho con otras palabras: el cambio del paradigma de la gobernanza corporativa incide de forma directa en los deberes de los administradores que condicionan su posición de garante frente a los riesgos penales³⁰.

Desde la perspectiva de la persona jurídica el cambio de paradigma de gobernanza corporativa no solo condiciona su definición como sujeto del derecho, sino que expande el ámbito dentro del cual deberá desarrollar sus políticas internas de prevención de riesgos y el marco del su cultural empresarial. En este sentido, un *programa de compliance* no sólo debe tener en cuenta los riesgos estrictamente penales, sino también los civiles y administrativos. En un ámbito importante de delitos económicos los riesgos comienzan con aquellos que pueden dar lugar a infracción administrativa, por lo que prevenir el riesgo penal implica, en muchos casos, primero prevenir el riesgo administrativo y el que pueda dar lugar también a responsabilidad civil.

En suma, a partir de la Agenda 2030 y el paquete normativo europeo se avecinan transformaciones sustanciales del modelo económico y social que afectarán de forma directa al marco de deberes de los administradores ampliando los ámbitos dentro de los cuales deberán desplegar su deber de diligencia, ampliando a la vez también el ámbito de su posición de garante para prevenir los riesgos penales de la actividad empresarial. En otras palabras, la responsabilidad social corporativa y los aspectos ESG-T (medioambientales,

³⁰ BACIGALUPO SAGGESE, S., «Posición de garante del órgano de control y supervisión de riesgos penales en el ámbito societario», Diario La Ley n.º 9632, 14 de mayo, 2020, con ulteriores referencias.

sociales, de gobernanza y tecnológicos) abandonan el escenario de las recomendaciones y normas de voluntario cumplimiento, para entrar de lleno en el ámbito de las normas de obligado cumplimiento que configurarán el alcance y los límites los deberes de diligencia y, con ello, también los deberes de garante con su consecuente repercusión en la responsabilidad civil y penal de los administradores y de la empresa.

BREVE APROXIMACIÓN AL ERROR DE PROHIBICIÓN CULTURALMENTE CONDICIONADO

JOAQUIM BAGES SANTACANA*

Esta contribución pretende constituir un sentido y merecido homenaje a la Prof. Dra. Mirentxu Corcoy Bidasolo, en reconocimiento a la brillantísima trayectoria académica que ahora culmina con todos los honores. Sus discípulos sabemos de primera mano que su excepcional y afilada inteligencia siempre ha estado formidablemente acompañada de una no menos extraordinaria calidad humana.

I. CONCEPTUALIZACIÓN DEL ERROR DE PROHIBICIÓN CULTURALMENTE CONDICIONADO

Según la concepción dominante, el conocimiento de la prohibición se configura como un presupuesto del delito de carácter subjetivo-psicológico relativo a un determinado estado mental del sujeto¹. Por lo tanto, desde este

* Doctor en Derecho por la Universidad de Barcelona, profesor asociado de Derecho penal de la misma universidad.

¹ La doctrina mayoritaria fundamenta el reproche de culpabilidad en la capacidad de motivarse conforme a la norma y, por lo tanto, en la posibilidad de actuar de otra manera. Sin embargo, determinados sectores se muestran críticos con esta postura sobre la base de la pretendida indemostrabilidad de la capacidad de motivarse conforme a la norma en el caso particular. Entre estas visiones críticas, destaca la de JORGE CÓRDOBA, F., *La evitabilidad del error de prohibición*, Madrid (Marcial Pons), 2012, pp. 35 ss. Expone como las concepciones preventivas basadas en la evitabilidad del error de prohibición tratan, al menos parcialmente,

punto de vista, el juicio de culpabilidad se fundamenta en la posibilidad del individuo de actuar de otro modo, es decir, de ser (normalmente) motivado por la norma jurídica para observar una actuación adecuada a la por ella prescrita². Ahora bien, en algunos supuestos las posibilidades de la norma jurídica de predeterminar el comportamiento de su destinatario pueden experimentar una notable reducción como consecuencia de la internalización por parte de éste de pautas culturales no asimilables a las del modelo jurídico estatal. Según ello, la interiorización de normas consuetudinarias propias de culturas sustancialmente distintas de la oficial, estatal o socialmente predominante puede dar lugar a error de prohibición en los términos del artículo 14.3 CP.

Sentado lo anterior, el error de prohibición culturalmente condicionado se configuraría como una modalidad específica de error de prohibición caracterizada por ser el mismo imputable a la propia identidad cultural del sujeto. Así pues, la posibilidad de identificar un estado de error de prohibición culturalmente condicionado dependería, entre otros factores, de la coexistencia en el caso concreto de al menos dos normas con un contenido imperativo distinto o, incluso, antitético: por un lado, la norma consuetudinaria internalizada por el sujeto a partir de las vivencias personales experimentadas en el seno de la comunidad cultural a la que pertenece; y, por otro, la norma jurídica positiva cuyo contenido desconoce o no puede comprender por no coincidir el sustrato valorativo de la misma con el propio de su identidad cultural. Desde esta perspectiva, la diversidad cultural puede suscitar situaciones de desconocimiento de la norma jurídica por más que esta última tutele valores considerados esenciales en el sistema axiológico en el que se inserta, sobre todo cuando la cultura no asimilada se manifiesta a través de costumbres ancestrales practicadas en el interior de comunidades reducidas con escaso o nulo contacto con el exterior.

Partiendo de esta inicial delimitación del fenómeno analizado, en las sociedades occidentales el problema del error de prohibición culturalmente condicionado ha incidido especialmente sobre el colectivo de personas inmigradas, sin perjuicio de su capacidad para afectar también a otros grupos sociales minoritarios –como podría ser el formado por los miembros de la etnia gitana– con una cosmovisión particularmente arraigada y diferenciada de la hegemónica, socio-

de des-subjetivar el contenido del mismo a través de la normativización de su contenido, ARIAS EIBE, M. J., *El error en Derecho Penal en el Código de 1995*, Madrid (Dykinson), 2007, pp. 109 ss.

² Sobre como la doctrina sostiene de forma prácticamente unánime que el error de prohibición no afecta al dolo –que no es *dolus malus*, al no incluir la conciencia de la antijuridicidad–, sino a la culpabilidad (teoría de la culpabilidad), DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., *El error sobre elementos normativos del tipo penal*, Madrid (La Ley), 2008, pp. 167 ss. Por su parte, en cuanto al grado de conciencia de la antijuridicidad necesario para excluir el error de prohibición, OLAIZOLA NOGALES, I., *El error de prohibición. Especial atención a los criterios para su apreciación y para la determinación de su vencibilidad e invencibilidad*, Madrid (La Ley), 2007, pp. 68 ss.

lógicamente dominante o institucionalizada³. Dónde con más intensidad ha aparecido el problema del error de prohibición culturalmente condicionado ha sido en países en los que todavía subsisten comunidades indígenas u originarias, como ocurre en buena parte de los Estados latinoamericanos⁴. Entre estas comunidades indígenas u originarias se incluyen las llamadas «tribus no contactadas», es decir, las que permanecen completamente aisladas del exterior al no haber mantenido jamás ningún tipo de comunicación o intercambio con el llamado «hombre blanco»⁵. La situación de total aislamiento de las tribus no contactadas determina que los errores de prohibición en los que puedan incurrir sus miembros sean particularmente invencibles o inevitables.

Al hilo de lo anterior, en numerosos países latinoamericanos existe, junto al Derecho penal occidental propio del Estado, una suerte de Derecho penal indígena de carácter consuetudinario, como estructura normativa diferenciada de la oficial mediante la que se prohíben y sancionan conductas. De hecho, la mayoría de constituciones de estos países, no solo reconocen la diversidad cultural como un valor a preservar, sino que además se refieren expresamente a la necesidad de tutelar la identidad cultural de los pueblos originarios. Lo anterior permite que en el interior de estas comunidades el Derecho consuetudinario propio de las mismas sea de aplicación preferente respecto el Derecho positivo emanado del Estado⁶.

³ Como advierte DE MAGLIE, C., *Los delitos culturalmente condicionados. Ideologías y modelos penales*, Madrid (Marcial Pons), 2012, p. 51, «el conflicto entre los valores de la cultura de origen y los nuevos, no asimilados, puede crear un fuerte malestar interno, una desorientación psicológica que hace saltar por los aires los mecanismos de autocontrol que aseguran normalmente un comportamiento conforme a la Ley (...). Este trastorno puede manifestarse de modos distintos, desde simples señales de desadaptación o inseguridades en el carácter a formas más graves como la marginación, la enfermedad mental, la criminalidad».

⁴ A título de ejemplo, en el año 1960 varios mapuches de la región chilena de Puerto Saavedra asolada por un fuerte terremoto sacrificaron un niño para calmar la furia del mar. O en el año 1953, en la región también chilena de Valdivia, una mujer de la misma comunidad mató a su abuela, una bruja conocida en su entorno, al considerar que era la causa directa de sus desgracias y ante el temor a sufrir males mayores. Asimismo, la justicia chilena ha conocido de casos de adultos mapuches que han mantenido relaciones sexuales con menores de 13 años de la misma comunidad, en el interior de la cuál las mismas se consideran lícitas. De igual manera, en la comunidad indígena ecuatoriana situada en Sant Luís de Otavalo, en la provincia de Imbabura, a 110 kilómetros al norte de la ciudad de Quito, es habitual entregar a las hijas para el matrimonio antes de los catorce años con el objeto de forjar alianzas familiares entre los miembros del grupo. Todas estas conductas tienen como denominador común el hecho de que no alteran el orden social en el que se insertan al no configurarse como una práctica perturbadora o lesiva del mismo.

Reflexiona sobre como algunas conductas definidas como penalmente antijurídicas con arreglo a los parámetros de la cultura occidental pueden no implicar una alteración de la convivencia social en una determinada comunidad indígena, CHIMBO VILLACORTE, D. F., «El error de prohibición en la justicia indígena», *Revista Derecho Penal y Criminología*, vol. XXXVII, núm.103, 2016, pp. 38 ss.

⁵ Así, por ejemplo, en la frontera entre Perú y Brasil se ha constatado la existencia de tribus no contactadas como los isconahuas, los matsigenkas, los matsés, los mashco-piros, los mastanahuas, los murunahuas (o chitonahuas), los nantis, los sapanawas o los nahuas.

⁶ Sobre la necesidad de considerar las distintas culturas que conforman la comunidad política en los procesos de producción normativa, a fin de alcanzar un diálogo legislativo intercultural que pueda dar lu-

En consecuencia, en el plano de la eficacia personal y territorial del Derecho positivo del Estado, en estos países el legislador debe resolver las tensiones dialécticas surgidas entre dos principios jurídicamente reconocidos y potencialmente contrapuestos: por un lado, el de respeto a la diversidad o pluralismo cultural, concretado en el derecho de los miembros de las minorías a ver respetada su identidad cultural; por otro, el de protección de un núcleo esencial de derechos individuales, los cuales se reputan inalienables o indisponibles por ser inherentes a la condición de persona⁷. En el caso particular de las tribus no contactadas, la imposición coactiva de normas jurídicas protectoras de estos derechos individuales –a través de la aplicación del Derecho penal occidental a sus miembros o en el interior de sus territorios– puede resultar especialmente conflictiva puesto que el contacto de tales comunidades con el exterior puede entrañar incluso un peligro de desaparición física de las mismas (por ejemplo, por el riesgo de propagación de enfermedades).

Como se ha indicado, la mayoría de constituciones de los países latinoamericanos establecen como objetivo programático la preservación de la identidad cultural de los miembros de las comunidades indígenas radicadas dentro de su ámbito de eficacia territorial. Y, en algunos casos, siempre que se den determinadas condiciones, el Estado incluso renuncia a aplicar su sistema legislativo a los miembros de estas comunidades –o en las zonas geográficas habitadas por esta últimas– a fin de no forzar su integración o asimilación. Sin embargo, incluso en estos supuestos puede resultar necesario someter al Derecho penal a indígenas no socializados de acuerdo con el sistema axiológico que subyace a él: por ejemplo, cuando el sujeto realiza la conducta típicamente antijurídica fuera de su comunidad o cuando la víctima es una persona ajena a la misma.

gar a un Derecho multicultural, VILLEGAS DÍAZ, M., «Entre la exculpación y la justificación. Apuntes de legislación comparada latinoamericana sobre pluralismo jurídico y Derecho penal», *Revista de Derecho*, vol. XXV, núm. 2, 2012, pp. 179 ss.

⁷ Por ejemplo, en Colombia se consagran, por mandato constitucional, dos jurisdicciones paralelas: por un lado, el sistema jurídico nacional, compuesto por la Constitución y el resto de leyes nacionales que se aplican a los indígenas en cuanto son considerados «ciudadanos» colombianos; y, por otro, la legislación indígena, asumida por aquellas comunidades indígenas no occidentalizadas, la cual dispone de autoridades, sistema de control y órganos decisorios propios. Así, el artículo 30 CP exceptúa de la jurisdicción penal ordinaria los asuntos de los que pueda conocer la jurisdicción indígena. En esta línea, el artículo 12 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, determina que las autoridades de los territorios indígenas previstas en la ley ejercen sus funciones jurisdiccionales únicamente dentro del ámbito de su territorio y conforme a sus propias normas y procedimientos, los cuales no pueden ser contrarios a la Constitución y a las leyes. Asimismo, se declara que estas últimas establecerán las autoridades llamadas a ejercer el control de la constitucionalidad y legalidad de la actuación de las autoridades de los territorios indígenas.

Partiendo de lo anterior, en mayor o menor medida todos los países latinoamericanos en cuyo territorio habitan comunidades indígenas u originarias admiten que en algunos supuestos puedan suscitarse situaciones de inculpabilidad por ausencia de conocimiento de la prohibición. En esta línea, en el Derecho penal latinoamericano pueden identificarse dos grandes sistemas de fundamentación de la falta de culpabilidad del sujeto que comete un hecho punible de acuerdo con la legislación del Estado obedeciendo las normas sociales que le impone la cultura indígena a la que pertenece: en uno se le considera personalmente inimputable (modelo colombiano)⁸, mientras que en el otro se aprecia error de prohibición invencible (modelos peruano y ecuatoriano)⁹.

En los modelos peruano y ecuatoriano no se considera al indígena personalmente inimputable a pesar de su diversidad sociocultural. En cambio, en el modelo colombiano puede apreciarse una cierta subvaloración del indígena al ser equiparado con el inimputable por trastorno mental, por cuanto en ambos supuestos la inculpabilidad del sujeto vendría motivada por su inmadurez (psicológica en un caso; cultural en el otro). Desde este punto de vista, el indígena se considera un sujeto «anormal» o inadaptado (a la cultura dominante) por el simple hecho de no haber sido occidentalizado. Así pues, el tratamiento de la cuestión en el Derecho penal colombiano no resulta satisfactorio por cuanto no se trata de sujetos nula o defectuosamente socializados, sino socializados de acuerdo con las pautas culturales de una cosmovisión distinta de la oficializada a través del Derecho positivo.

II. INCIDENCIA DEL ERROR DE PROHIBICIÓN CULTURALMENTE CONDICIONADO EN ESPAÑA

Dentro del colectivo de personas inmigradas, las situaciones de error de prohibición que se producen son frecuentemente imputables a la diversidad

⁸ La Constitución colombiana reconoce la diversidad étnica y cultural de la nación (art. 7) y el derecho a la jurisdicción indígena (art. 246). Asimismo, el Código Penal colombiano contiene algunas normas que incorporan la diversidad indígena como un valor a preservar. Entre éstas destaca especialmente la prevista en el art. 33 CP, según la cual la no comprensión de la ilicitud de la conducta o de determinarse conforme a esa comprensión por diversidad sociocultural se configura como una causa de inimputabilidad personal. De esta forma el sistema jurídico colombiano abre la puerta a declarar penalmente irresponsable al indígena.

⁹ Así, por ejemplo, el Código Penal peruano reconoce expresamente en su art. 15 el error de prohibición culturalmente condicionado en los siguientes términos: «el que por su cultura o costumbres comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo con esa comprensión, será eximido de responsabilidad. Cuando por igual razón, esa posibilidad se halla disminuida, se atenuará la pena».

cultural del sujeto. En esta línea, las posibilidades de acceder cognitivamente al imperativo de conducta contenido en la norma jurídica pueden reducirse especialmente cuando el comportamiento enjuiciado no constituye delito en el país de origen del sujeto o cuando, a pesar de ser constitutivo de delito, los preceptos legales que lo incriminan no se aplican (o se aplican poco) o el contenido valorativo que subyace a éstos no está interiorizado por la mayoría de la población¹⁰. En España, al igual que en el resto de países europeos, los casos en los que se alega error de prohibición culturalmente condicionado normalmente afectan a delitos directa o indirectamente relacionados con la violencia de género (delitos contra la libertad sexual, de matrimonios forzados, de lesiones, contra la libertad ambulatoria, etc.). En concreto, uno de los ámbitos en el que han sido registrados más casos de error de prohibición condicionado culturalmente es en el de la llamada mutilación genital femenina o ablación, la cual se configura como una modalidad agravada del delito de lesiones de conformidad con el artículo 149.2 CP.

Según el Fondo de Población de las Naciones Unidas (UNFPA), organismo encargado de proteger la salud sexual y reproductiva de la población mundial, la mutilación genital femenina representa una práctica ampliamente extendida en múltiples regiones del mundo. En África, se considera una práctica común en comunidades de al menos 29 países distintos, como Camerún, Chad, Egipto, Etiopía, Eritrea, Gambia, Ghana, Nigeria, Senegal, Somalia o Sudán. Por su parte, algunos grupos étnicos de países asiáticos también la practican, como ciertas comunidades de India, Indonesia, Malasia, Pakistán o Sri Lanka. En Oriente Medio la práctica se mantiene en Emiratos Árabes Unidos, Omán, el Yemen, Iraq y en el Estado de Palestina. En Europa del Este, también consta que se practica en algunas comunidades de Georgia y Rusia. Asimismo, en América del Sur la practican ciertas comunidades en Colombia, Panamá, Ecuador y Perú. En algunos países, como Egipto y Sudán, la mutilación genital femenina es casi universal.

Generalmente, la mutilación suelen realizarla personas mayores de la comunidad, normalmente mujeres, designadas para desempeñar esta tarea (como parteras, curanderos, barberos, herboristas o parientes). En algunos casos –según estimaciones, en uno de cada cinco casos– son incluso profesionales médicos quienes practican la mutilación, en lo que se conoce como medicalización de la

¹⁰ Con todo, como recuerda NIETO MARTÍN, A., *El conocimiento del Derecho. Un estudio sobre la vencibilidad del error de prohibición*, Barcelona (Atelier), 1999, pp. 187 ss., la necesidad de disculpar el error de quien no conoce con seguridad la antijuridicidad de su comportamiento (eventualmente, por estar en desacuerdo con el castigo de la conducta en cuestión) no puede confundirse con una especie de derecho a la desobediencia de la norma.

mutilación genital femenina. Algunos profesionales médicos aducen que acceden a realizar la ablación para minimizar el daño a las mujeres que la sufren, al practicar una modalidad menos invasiva, la cual puede ser incluso reversible en algunos supuestos.

Según la UNFPA, en las zonas en las que la mutilación genital femenina constituye una práctica más frecuente, cuenta con el apoyo tanto de hombres como de mujeres, de manera que quien se aparta de la norma puede enfrentarse al acoso u ostracismo social. A muchas familias les resulta difícil abandonar la práctica por la presión que ejerce el resto de la comunidad. De hecho, el daño infligido a las menores como consecuencia de la ablación suele aceptarse al considerarse que los beneficios sociales que reporta son muy superiores a los inconvenientes para su salud e integridad física.

Las razones usualmente esgrimidas para justificar esta práctica son, fundamentalmente, de cinco clases: psicosexuales (para controlar la sexualidad de la mujer, que se considera insaciable si no se extirpa el clítoris); socio-culturales (rito de iniciación para marcar la transición de la niña a la edad adulta); higiénicas o estéticas (en algunas comunidades los genitales femeninos externos se consideran sucios y feos); religiosas (a pesar de que ni el islam ni el cristianismo aprueban la ablación, se invocan supuestas doctrinas religiosas para legitimar la práctica); y socioeconómicas (en muchas comunidades, la ablación es un requisito previo al matrimonio o a la obtención del derecho de herencia). En las zonas en las que existe una mayor dependencia de la mujer respecto del hombre, la necesidad económica puede operar como un potente catalizador del procedimiento.

La singular trascendencia de la ablación dentro de los casos de error de prohibición culturalmente condicionado registrados en España se debe a que, con arreglo al artículo 23.4.1 LOPJ, los jueces y tribunales españoles son territorialmente competentes para conocer de los delitos de mutilación genital femenina cometidos en el extranjero, con el único requisito de que el procedimiento se dirija contra un español o extranjero que resida habitualmente en España. En virtud de esta cláusula han sido sometidos a la justicia española múltiples supuestos de ablaciones cometidas fuera de nuestras fronteras.

Así, por ejemplo, en la SAN 31/2019, de 15 de noviembre, se enjuicia el caso de una mujer por la mutilación genital practicada a su hija en Gambia, tras ser detectada la correspondiente lesión por los servicios médicos españoles cuando la familia fijó su residencia en nuestro país. Se declara probado que en la fecha en la que ocurrieron los hechos la ablación era una práctica habitual

en ese país en niñas de hasta doce años. En el juicio la acusada afirmó que las mujeres a las que no se les había practicado la mutilación eran mal vistas en su sociedad y que incluso podían llegar a ser repudiadas o maltratadas en el futuro por sus esposos. Asimismo, manifestó que se trata de una tradición religiosa y cultural muy antigua y arraigada en el país, de modo que no pudo evitar su práctica a pesar de estar en contra de la misma.

En la sentencia se establece como hecho probado que aproximadamente en el año 2008 la acusada dio a luz a su primera hija en Gambia, a quien le practicó la ablación su abuela materna. Y que posteriormente, en el año 2011, nació también en Gambia la segunda hija, a quien la abuela materna también practicó la ablación en las dos primeras semanas de vida. La sentencia señala que en ambos casos la acusada fue engañada por su madre y que en el segundo ésta habría aprovechado un momento en el que aquella habría ido al mercado para practicar a la segunda de las hijas la mutilación genital. Según la sentencia, la acusada vivía en una especie de comunidad de cincuenta personas en la que las decisiones familiares importantes las tomaban las abuelas maternas.

En este supuesto, el Tribunal deduce la existencia de error de prohibición invencible de circunstancias tales como que en la fecha en la que ocurrieron los hechos la mutilación genital femenina no estaba expresamente incriminada como delito en Gambia (no lo estuvo hasta noviembre de 2015); que dicha práctica conforma una tradición cultural y religiosa muy extendida y aceptada en este país; o que la acusada nunca había estado en el extranjero con anterioridad a la fecha en la que ocurrieron los hechos. Así pues, a partir de un análisis conjunto de las circunstancias descritas se infiere que la acusada tenía la firme creencia de que la mutilación genital femenina no era delito, incluso a pesar de estar ella personalmente en contra de esta práctica. Por otro lado, se descarta que pueda adquirirse el convencimiento de que la acusada conocía la ilicitud de su conducta por la vigencia en su país de una serie de convenios internacionales suscritos previamente, como la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (conocida como Carta de Banjul, capital de Gambia), el Protocolo de Maputo (Mozambique) o el Protocolo Adicional a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.

III. TOMA DE POSTURA

Ciertamente, determinados fenómenos específicos de las sociedades occidentales contemporáneas como el multiculturalismo o el desvanecimiento de determinados consensos sociales básicos pueden favorecer la aparición de su-

puestos de error de prohibición culturalmente condicionado. En cierta medida, cualquier error de prohibición implica un fracaso en la labor comunicativa del Estado en virtud de la cual éste debe dar a conocer a la ciudadanía las normas de conducta que aprueba¹¹. Cuando la actuación del sujeto supone un ataque contra intereses individuales especialmente esenciales, los efectos de este fracaso son particularmente graves, como ocurre con los delitos que encierran algún componente discriminatorio por razones de género (de los que la mutilación genital femenina podría ser un ejemplo paradigmático). Así pues, el necesario respeto a la diversidad cultural debe ser compatible con alcanzar las cuotas de integración u homogenización cultural necesarias para minimizar los supuestos de error de prohibición culturalmente condicionado. Para ello resulta imprescindible servirse de los distintos medios de control social en aras a fomentar una cultura de respeto a los derechos humanos. O, en otros términos, en orden a potenciar al máximo las posibilidades de conocimiento de las reglas de convivencia social consideradas básicas, a cuya tutela en principio debe destinarse el sistema penal. Según ello, para reducir al máximo los supuestos de error de prohibición culturalmente condicionado debe generalizarse tanto como sea posible el conocimiento de las normas jurídicas protectoras de los intereses sociales más valiosos, como los en principio tutelados a través de los bienes jurídico-penales¹².

En coherencia con lo anterior, en un plano legislativo la garantía de los derechos humanos debe configurarse como un límite a la incorporación de la visión de las minorías en los procesos de producción normativa y, por lo tanto, al respeto de las identidades culturales distintas de la dominante. De hecho, cualquier sistema social se orienta a la construcción o conservación de una determinada identidad cultural. También a través del Derecho penal positivo se expresa y tutela una específica identidad cultural (de signo liberal), manifestada sobre todo en los procesos de selección de los intereses, principios o valores llamados a ser amparados por el sistema¹³. En cualquier caso, cualquier juicio de inferencia sobre el conocimiento de la prohibición debe incluir un examen

¹¹ Sobre la conveniencia de que los poderes públicos promocionen el conocimiento de las leyes más básicas de la convivencia, y como en determinados supuestos puede existir un deber de informarse previamente (antes de actuar) del que se desprenda un deber de conocer el Derecho, DE LA CUESTA AGUADO, P. M., *Conocimiento de la ilicitud. Aproximación al conocimiento de la antijuridicidad del hecho desde las teorías psicológicas del pensamiento intuitivo*, Madrid (Dykinson), 2007, pp. 133 ss.

¹² Cfr. DE MAGLIE, C., 2012, pp. 257 ss. Para la autora jamás estaría justificado reducir la diversidad ético-cultural a través de una mayor socialización ya que con ello se denigraría a los sujetos y a los grupos portadores de «otras» culturas desde una óptica asimilacionista.

¹³ Resalta que la «protección de bienes jurídicos» equivale en cierta medida a la «protección de identidades culturales», CASTILLO ARA, A., «La ponderación de las valoraciones culturales en el error de prohibición», *Revista de Derecho*, vol. XXVII, núm. 2, 2014, pp. 245 ss.

de las eventuales interacciones entre las valoraciones culturales particulares del sujeto y la normativa vigente.

Ahora bien, no obstante lo anterior, factores como el progreso tecnológico o el avance de los procesos de globalización –también cultural, es decir, de occidentalización de la población mundial– constituyen una fuente de homogenización de las distintas identidades culturales (o de gradual desvanecimiento de la diversidad cultural), la cual debe comportar necesariamente una paulatina disminución de los casos de error de prohibición culturalmente condicionado. En esta línea, desde un prisma sociológico cada vez puede constatarse una mayor influencia o presión de la cultura occidental sobre las otras.

Desde una concepción universalista de los derechos humanos en virtud de la cual los mismos dispongan de valor absoluto, parece totalmente legítima la opción adoptada por la mayoría de países latinoamericanos en los que existen pueblos indígenas u originarios –como Bolivia, Nicaragua, Perú, Ecuador o Brasil–, según la cual el respeto a las tradiciones y costumbres de estos últimos se supedita a la no afectación de derechos fundamentales. Por lo demás, en el campo de la aplicación del Derecho al caso concreto, lo anterior no excluye que cuanto mayor sea la falta de contacto del sujeto con los valores de la cultura dominante, mayores sean las razones para inferir que no alcanzó el mínimo grado de conocimiento de la prohibición necesario para poder ser eficazmente motivado por la norma jurídica, con los consiguientes efectos eximentes o atenuantes de la responsabilidad penal que ello puede implicar.

ACERCA DE LAS PENAS INTERDICTIVAS EN EL SUBSISTEMA PUNITIVO DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

JESÚS BARQUÍN SANZ*

1. La ocasión y, sobre todo, el corazón imponen comenzar con palabras de afecto y admiración hacia la Prof.^a Corcoy Bidasolo. Conocí a Mirentxu Corcoy en Pamplona en octubre del año 2000, cuando todavía era el siglo xx y existían las pesetas, hace lo que podría parecer una eternidad a cualquier joven aún cándidamente ignorante de la ligereza del tiempo. Fue una reunión académica memorable, organizada por ella y sus colegas de la Universidad Pública de Navarra, que contribuyó decisivamente a la creación de la Sociedad Española de Investigación Criminológica. A lo largo de estas décadas, en mi percepción transcurridas en poco más que un abrir y cerrar de ojos, Mirentxu se ha convertido en una de mis penalistas favoritos, tanto por la finura de sus análisis como por lo agradable y estimulante de su compañía. Confío en que el destino me tenga reservadas las suficientes salud y energía para seguir disfrutando de los escritos y de la conversación con la Prof.^a Corcoy Bidasolo durante mucho tiempo aún.

2. El sintagma *subsistema punitivo* usado en el título de esta aportación debe ser matizado. Estamos ante un subsistema incompleto, en cierto sentido escasamente sistemático, que deja amplias zonas grises y también, directa-

* Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Granada.

Este trabajo se ha elaborado en el marco del Proyecto –Proyectos del Plan Nacional 2019– PID2019-110864GB-I00 «Transparencia, control de la gestión pública y respuestas jurídico-penales en relación a la corrupción privada».

mente, zonas en blanco¹, además de que genera un buen número de discordancias y paradojas. La expresión «subsistema» se justifica, no porque se trate de una construcción particularmente coherente y ordenada, sino porque es un subconjunto dentro del sistema de penas español, que por cierto también muestra notables carencias de coherencia organizativa. Reténgase, por tanto, en particular la connotación inherente al prefijo «sub», ya que un verdadero sistema apenas si lo es².

3. Las llamadas penas interdictivas³ o restrictivas de derechos⁴ son, junto a las multas, las sanciones que protagonizan la respuesta penal en materia de

¹ En la estructura de las penas que se pueden imponer a las personas jurídicas hay aspectos relevantes sin regular. En particular y como varios autores han señalado críticamente, está por completo ausente un mecanismo de suspensión y/o sustitución de las sanciones (DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español», *Revista electrónica de la AIDP*, 2011, A-05, p. 23; BAUCCELLS LLADÓ, J., «Las penas previstas para la persona jurídica en la reforma penal de 2010. Un análisis crítico», *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIII, 2013, pp. 217 ss.; GALLEGO DÍAZ, M., «Las penas aplicables a las personas jurídicas en el código penal español», *Revista penal*, núm. 31, 2013, p. 94), al menos en el sentido de benevolencia cuando se cumplen ciertos requisitos de prevención especial en que se suelen utilizar las alternativas a las sanciones. Sería fácil caer en el estereotipo de que, puesto que la persona jurídica no tiene la estructura psico-biológica de la persona física, los objetivos de resocialización y de orientación de la conducta a prácticas respetuosas de la legalidad aquí no tendrían cabida. Pero esta perspectiva es difícilmente defendible desde el mismo momento en que se está sancionando *penalmente* a estos entes colectivos, con las implicaciones que ello conlleva en cuanto al principio de culpabilidad; además, se trata de un acercamiento corto de vista, porque precisamente en el ámbito corporativo es posible imaginar supuestos de muy especial interés público tales como inversiones, recuperación y generación de empleo, objetivos medio-ambientales y otros que pueden ser útiles alternativas a la suspensión de actividades o la clausura de locales, por mencionar tan sólo dos de las penas enumeradas en el artículo 33.7 CP. A propósito de esto, hay que tener en cuenta que casi todas las penas son facultativas, lo cual relativiza la operatividad de un eventual mecanismo de suspensión de su ejecución (FARALDO CABANA, P., «Las penas», en *Memento Experto Responsabilidad Penal y Procesal de las Personas Jurídicas*, coords. Cortés Bechiarelli, De la Mata Barranco y Juanes Peces, Madrid (Lefebvre), 2015, marg. 990), pero no la cancela del todo, ni siquiera cuando la suspensión estuviera condicionada al cumplimiento de penas sustitutivas (antigua sustitución), ya que no es lo mismo la ausencia de imposición de una pena que su imposición suspendida bajo la condición de cumplimiento de diversos requisitos y con amenaza de ejecución en caso contrario.

² Con más detalle, *vid.* BARQUÍN SANZ, J., «Notas acerca del subsistema punitivo de las personas jurídicas», en *Persuadir y razonar: estudios jurídicos en homenaje al José Manuel Maza Martín*, coord. Gómez-Jara Díez, tomo II, Cizur Menor (Aranzadi), 2018, pp. 123 y 130-132.

³ Así, entre otros, DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., «Responsabilidad penal de personas jurídicas», en *Memento Experto. Reforma Penal 2010*, coord. Ortiz de Urbina, Madrid (Lefebvre), 2010, marg. 230; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la reforma del código penal», *Diario La Ley*, 7534, 2010, p. 11; BAUCCELLS LLADÓS, 2013, pp. 202 ss.; FUENTES OSORIO, J. L., «La determinación de la pena en las personas jurídicas», en *Estudios jurídico penales y criminológicos. En homenaje al Prof. Dr. Dr. H. C. Mult. Lorenzo Morillas Cueva*, dirs. Suárez López, Barquín Sanz et al. vol. II, Madrid (Dykinson), 2018, pp. 249 s. «Sanciones interdictivas»: FEIJÓO SÁNCHEZ, B., «Las consecuencias jurídicas del delito», en *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas: adaptado a la Ley 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal*, coords. Bajo Fernández et al., Madrid (Civitas), 2016, pp. 280 ss.

⁴ Alternativamente «penas privativas o restrictivas de derechos», «penas privativas de derechos» y «sanciones interdictivas»: FARALDO CABANA, 2015, margs. 770, 771, 991. DÍEZ RIPOLLÉS establece más distinciones: muerte societaria, privaciones o restricciones de la libertad societaria y privaciones de otros

responsabilidad criminal de las personas jurídicas. Uno de los rasgos más destacados⁵ del conjunto de penas asignadas a las personas jurídicas a lo largo del Código Penal consiste en que la pena protagonista, de obligada imposición en prácticamente todos los supuestos típicos (con una excepción⁶), es la multa, sea por cuotas o proporcional (o la alternativa más grave de entre estas dos), lo que va siendo seleccionado por el propio legislador a lo largo de veintiséis disposiciones del CP, más la legislación especial en materia de contrabando, con un criterio no siempre comprensible. En casi todos los supuestos⁷, la multa viene acompañada de las penas interdictivas de las letras b) a g) del artículo 33.7 CP: disolución de la empresa, suspensión de actividades, clausura de locales, prohibición de realizar actividades, inhabilitación para recibir subvenciones y beneficios, intervención judicial. Este elenco de sanciones del artículo 33.7 CP – donde la referida pena de multa encabeza y completa el listado – resulta de imposición facultativa con algunas excepciones menores.

4. Una cuestión de fondo que planea de continuo sobre la consistencia del derecho penal corporativo es la intercambiabilidad de la atribuida naturaleza de penas o consecuencias accesorias dependiendo de si nos hallamos ante un supuesto de aplicación del artículo 33.7 CP o ante uno del artículo 129 CP. En relación con un elenco básicamente coincidente de respuestas jurídicas que se corresponde en lo esencial con el enumerado en las letras b) a g) del artículo 33.7 CP, la evolución del Código Penal de 1995 a lo largo de los años ha sido la siguiente:

A. Desde el texto inicial hasta la reforma de 2010 (con una pequeña modificación intermedia en 2003), se trataba exclusivamente de «consecuencias accesorias» enumeradas en el artículo 129.

B. Desde 2010 en adelante, la enumeración y descripción se contiene en el artículo 33.7 CP, donde institutos básicamente coincidentes con los anteriores pasan a denominarse «penas» siguiendo un criterio meramente de cambio de ubicación en lugar de atender a la naturaleza de cada una de las medidas en cuestión. Al mismo tiempo, el artículo 129 sigue vigente pero no enumera ni describe esas medidas, sino que las integra mediante referencia expresa al

derechos (además de la multa). *Vid.* DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «Las penas de las personas jurídicas, y su determinación legal y judicial: regulación española», *Jueces para la democracia*, 73, marzo/2012, p. 48. Sencillamente «otras penas»: MANZANARES SAMANIEGO, J. L., «Las penas de las personas jurídicas», *Diario La Ley*, 7920, 2012, p. 9.

⁵ Para un análisis, de orientación netamente preventivista, de los fines de las penas aplicadas a las personas jurídicas, *Vid.* BAUCELLS LLADÓ, 2013, pp. 176 ss.

⁶ La heterodoxa cláusula del artículo 570 quater.1 CP.

⁷ Hay única excepción, que además es solo aparente: artículo 386 CP (falsificación de moneda).

contenido del artículo 33.7, bien que con la notable paradoja de que en su seno las denomina expresamente «consecuencias» (además de que el art. 129 sigue enmarcado en el Título VI «De las consecuencias accesorias»). Hay una excepción formal en relación con la pena de disolución prevista en la letra b) del artículo 33.7 CP, la cual no está incluida en la remisión del artículo 129; la justificación material se encuentra en las dudas acerca del alcance de una eventual *disolución* de un ente sin personalidad jurídica, por lo que el legislador la sustituye por la medida equivalente⁸ de «prohibición definitiva de llevar a cabo cualquier actividad, aunque sea lícita».

Para ser exactos, el número primero del artículo 129 es cuidadoso al tratar este tema, puesto que modifica la perspectiva normativa al poner en relación estas «consecuencias» con aquellas «penas», de tal modo que no expresa que las penas de allí sean aquí consecuencias⁹, sino algo jurídicamente más sofisticado: «consecuencias accesorias a la pena que corresponda al autor del delito, con el contenido previsto en las letras c) a g) del apartado 7 del artículo 33». Es problemático que esta precaución normativa pueda alterar el fondo del asunto: se trata de casi exactamente las mismas medidas (tan solo la disolución no coincide en términos estrictos), que en un caso tienen la consideración de «penas» y en otro de «consecuencias», siendo así que su contenido y alcance, en uno y otro caso, es exactamente coincidente¹⁰ en una perspectiva primaria. Sin embargo, es preciso asumir a todos los efectos las implicaciones de la incorporación al ordenamiento jurídico de un subsistema de responsabilidad criminal corporativa cuyos fundamento y naturaleza no coinciden con los del sistema general de responsabilidad criminal personal. Piénsese en la relevancia estructural que para el derecho penal tuvo históricamente la incorporación del subsistema de medidas de seguridad; la privación de libertad cambia

⁸ Así, ORTIZ DE URBINA GIMENO, Í., «Responsabilidad penal de las personas jurídicas», en *Memorato penal y económico de la empresa*, coord. Ortiz de Urbina Gimeno, Madrid (Lefebvre), 2016, marg. 1625.

⁹ Sobre la intercambiabilidad de penas y medidas de seguridad en este contexto, *Vid.* CUELLO CONTRERAS, J., «El significado de la acción (u omisión) de la persona física para la responsabilidad penal de la persona jurídica», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 15-03, 2013, pp. 23 s.

¹⁰ En congruencia con su oposición, ya apuntada, a que esté vigente en derecho penal español un sistema de verdadera responsabilidad penal de las personas jurídicas, un sector de la doctrina subraya la naturaleza no punitiva de estas medidas. *Vid.* GRACIA MARTÍN, L., «Consecuencias jurídicas no penales derivadas de la comisión del delito (I): las consecuencias accesorias generales y las específicas para personas jurídicas y antes sin personalidad jurídica», en *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, coord. Gracia Martín, 5.ª ed., Valencia (Tirant lo Blanch), 2016, pp. 245 ss.; GIL NOBAJAS, M. S., «Consideraciones en torno a la imposición y determinación de penas interdictivas a personas jurídicas», en *Prisión y alternativas en el nuevo Código Penal tras la reforma 2015*, dir. Landa Gorostiza, Madrid (Dykinson), 2016, p. 288; GÓMEZ MARTÍN, V., «Penas para personas jurídicas: ¿ovejas con piel de lobo?», en *Prisión y alternativas en el nuevo Código Penal tras la reforma 2015*, dir. Landa Gorostiza, Madrid (Dykinson), 2016 p. 281.

de consideración y de etiqueta según se imponga como pena o como medida, pero su contenido material no varía. Algo similar puede que suceda aquí, si bien estamos aún en una fase temprana de la transición, lo cual impide tener una perspectiva lo suficientemente alejada de los hechos que facilite la claridad de la visión y, por otra parte, favorece las incongruencias normativas.

5. Hay un curioso bucle legal que reafirma el difícil equilibrio del presente estado de cosas. La estructura «multa (vinculante) + otra u otras de las *penas* del artículo 33.7 (facultativa/s)» que aparece ya en el artículo 156 bis CP se reitera con ligeras variantes¹¹ en todos los demás tipos, con las únicas excepciones de los artículos 386 y 570 quater CP. Interesa fijarse en el primero de ellos, puesto que en relación con los delitos de falsificación de moneda se aprecia una singular y, en buena medida, torpe estructura en la que, de las penas del artículo 33.7 CP, tan sólo se asigna multa (proporcional) a los supuestos de responsabilidad penal corporativa del artículo 31 bis. Esta asignación se establece en el número 5 del artículo 386 CP, que viene precedido de un número 4 en el que se faculta al órgano judicial para imponer una o varias de las *consecuencias* del artículo 129 a la «sociedad, organización o asociación» dedicada a realizar estas actividades a la que pudiera pertenecer el autor de la falsificación. El problema que se plantea es que el tenor literal del propio artículo 129.1 CP restringe la aplicación de las consecuencias en él aludidas (de hecho, por remisión al artículo 33.7 CP) a los entes que carecen de personalidad jurídica, lo cual puede interpretarse como un obstáculo para poder aplicarlas a entidades con personalidad jurídica en el contexto de los delitos del artículo 386 CP. Pero semejante interpretación incurriría a mi juicio en un exceso de formalismo, que por lo demás puede ser circunvalado a su vez con una lectura formal. Lo relevante no es el ámbito de aplicación del artículo 129 CP, sino el contenido material de las consecuencias jurídicas a imponer, que es a todas luces idéntico, al margen de la excentricidad del legislador que las denomina *penas* en un sitio y *consecuencias* en otro. Y lo cierto es que el artículo 386.4 CP no remite literalmente a la aplicación del artículo 129 CP, sino a la aplicación de las consecuencias en él previstas, que a su vez son las mismas del artículo 33.7 CP. En consonancia con la precedente argumentación, a la persona jurídica que resulte responsable de un delito de falsificación de moneda no sólo se le deberá imponer la pena de multa conforme a lo previsto por el número 5 del artículo 386, sino que también se le podrán imponer una o varias de las *penas* del artículo 33.7.c) a g), que coinciden con las consecuencias del artículo 129. En resumen, la heterodoxa redacción del artículo 386 CP

¹¹ Variantes que atienden en particular a la selección de *penas* aplicables: no siempre es el elenco completo del artículo 33.7 CP, sino que en ocasiones se excluyen algunas de ellas.

conduce a una interpretación materialmente coincidente con el contenido básico del resto de cláusulas en materia de responsabilidad penal corporativa, bien que con exclusión de la pena de disolución.

6. Según se enuncia de forma terminante en el inciso inicial del artículo 33.7 CP, *todas* las penas aplicables a las personas jurídicas tienen la «consideración de graves»¹². Y lo expresa de esta manera inmatizada a pesar de que la multa, que es la única de ellas de vinculante imposición con carácter general – además de la que tiene más notoria naturaleza sancionadora-penal si se pone en relación con el elenco de las demás penas aplicables a las personas jurídicas–, nunca es pena grave en el sistema punitivo general o troncal, es decir el aplicable a los individuos. Las multas, bien por cuotas o proporcional, como sanciones penales impuestas a personas físicas, son casi siempre pena menos grave, incluso en los supuestos no escasos en que se prevé una multa a personas físicas de hasta el séxtuplo (hasta en nueve tipos penales) o el décuplo (hasta tres tipos penales para las personas físicas) del perjuicio causado o del beneficio obtenido¹³.

No es descartable que en la base de esta decisión normativa haya un punto de simbolismo punitivo en el sentido menos noble, algo así como: «esté tranquila la ciudadanía, que nosotros los políticos nos tomamos este asunto muy en serio: es un tema grave y por supuesto las penas que se impondrán serán todas graves». Sospecha que no deja de ser compatible con que la consideración de *todas* estas penas como graves podría también estar orientada a alguna de las principales consecuencias técnicas que se derivan de que un tipo tenga asignada una pena grave: la infracción automáticamente se convierte a su vez en delito grave. Si así fuera, entonces la primordial de dichas consecuencias habría en todo caso quedado al margen, puesto que, con carácter general, la principal repercusión de la identificación de una infracción penal como delito grave es de carácter procesal y competencial; sin embargo, sucede que en esta materia la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de Medidas de Agilización Procesal determinó que la competencia para enjuiciar la responsabilidad penal de una persona jurídica, incluso si el procedimiento se dirige en exclusiva contra ella, se fijará en atención no a la gravedad de las penas previstas para las personas jurídicas

¹² Críticamente, DE LA MATA BARRANCO, N. *et al.*, «La atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas y su exención: instrumentos de prevención en el seno corporativo», *La Ley Penal*, núm. 87, 2011, p. 11: «para aquellos casos en que se entienda posible la atribución de responsabilidad a la persona jurídica, no se acierta a comprender por qué se da el calificativo de graves a todas ellas, ya que ello debiera depender del delito al que se aplique, la duración o entidad de la pena y, en su caso (aunque en realidad habría de ser a la inversa), la competencia que corresponda para su conocimiento».

¹³ No obstante, la marca más alta la «ostentan» las personas jurídicas: hasta doce veces el valor del perjuicio causado (art. 264 quater).

sino a la gravedad de «la pena legalmente prevista para la persona física» (art. 14 bis LECrim). Por tanto, la determinación del órgano judicial competente y del procedimiento a seguir para el enjuiciamiento de cualquier imputación de responsabilidad criminal a una persona jurídica en nada dependerá de que las penas específicas se consideren graves, menos graves o leves; estará en función de la consideración que tenga el delito del que se le acusa de acuerdo con las penas asignadas para los humanos.

En cambio, la atribución del carácter de graves a todas estas penas sí que resulta relevante al menos en otros dos aspectos no desdeñables, si bien de menor importancia: la prescripción de las penas y la cancelación de antecedentes¹⁴. En ambos casos los artículos 133.1 y 136.1 CP determinan respectivamente un plazo de diez años, tanto para la prescripción de las penas graves como para la cancelación de los antecedentes por penas graves¹⁵, frente a plazos de cinco años o incluso menor para las penas menos graves. No es algo del todo irrelevante, pero resulta poco convincente que, para tan magros efectos, se rompa la consistencia del sistema, en tanto que no parece lógico que una misma y exacta pena de multa (por ejemplo, del tanto al doble de la cantidad defraudada) se considere menos grave si está prevista para los seres humanos y grave si para los entes con personalidad jurídica.

La sospecha de incoherencia se ve reforzada en aquellos casos paradójicos en los que se asignan límites máximos de la multa a la persona jurídica notoriamente inferiores a la que se puede imponer a la persona física responsable del mismo delito. Especialmente, siendo así que en tales casos la pena menos grave es considerada grave y la más gravosa es considerada menos grave¹⁶.

7. Las penas restrictivas de derechos se desgranán en las letras b) a g) del artículo 33.7 CP, a saber:

«b) Disolución de la persona jurídica, que implica la pérdida definitiva de su personalidad jurídica y la prohibición de realizar cualquier clase de actividad, incluso lícita.

¹⁴ Vid. otras implicaciones en FARALDO CABANA, 2015, marg. 757.

¹⁵ Son excepciones, en el contexto de las penas aplicables a los entes colectivos con personalidad jurídica, las definitivas disolución y prohibición de actividades, para las que se establece la cancelación de las anotaciones registrales a los cincuenta años (art. 136.3 CP).

¹⁶ Esto es, expresándolo de forma aún más transparente: la pena menos grave es considerada grave, mientras que la más grave es considerada menos grave. La única escapatoria sería introducir en la ecuación el monto de la cuota diaria, cuyos márgenes son notablemente más altos para las personas jurídicas; la debilidad de este razonamiento se puede acreditar con varios argumentos. Por mencionar un par de ellos: a) que esto es algo que no se puede conocer hasta el momento de la efectiva imposición de la pena, siendo así que los criterios de clasificación de las penas en nuestro derecho penal se basan siempre en la comparación de los respectivos marcos punitivos abstractos; b) que la paradoja se da igualmente en torno a la multa proporcional, en la que no hay diferencias.

- c) Suspensión temporal de actividades por un plazo de hasta cinco años.
- d) Clausura temporal de locales y establecimientos por un plazo de hasta cinco años.
- e) Prohibición, temporal o definitiva, de realizar las actividades relacionadas con el delito del que se responde. Si temporal, por no más de quince años¹⁷.
- f) Inhabilitación para obtener subvenciones, ayudas públicas, beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, y para contratar con el sector público, por un plazo de hasta quince años.
- g) Intervención judicial por un plazo de hasta cinco años. Esta medida se prevé con una finalidad tasada en el artículo 33.7.g) CP: “para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores”, si bien el artículo 53.5 también la prevé con objeto de asegurar el pago de la multa cuando esta no haya sido satisfecha por la persona jurídica. La intervención podrá ser total o parcial y estará controlada por el órgano judicial, si bien el desempeño de la función de interventor debería estar regulado por un reglamento del que no hay noticias¹⁸ cuando ya han transcurrido diez años desde la entrada en vigor de esta previsión normativa. Este hecho negativo debería ser motivo de escándalo, pero pasa casi desapercibido en nuestro país.»

8. Se trata de penas principales de imposición facultativa¹⁹ que emulan parcialmente el modelo que el artículo 57 CP establece (con errónea ubicación entre las «penas accesorias») para las penas de alejamiento espacial y personal, y prohibición de comunicarse²⁰. Ya la primera de las disposiciones de la parte especial que establecen la posibilidad de responsabilidad criminal de las personas jurídicas, el artículo 156 bis CP (tráfico de órganos), marca el modelo que se reiterará una y otra vez en el resto de preceptos concordantes del Código; después de fijar la multa, se añade un inciso que hace aplicables las demás penas del artículo 33.7 CP: «(a)tendidas 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.» Esta fórmula se va reiterando en términos

¹⁷ Tienen razón los autores que critican la ausencia de esta «prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito» en el breve listado del artículo 33.7 *in fine* CP («clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial») en el que se señalan las medidas que pueden ser acordadas cautelarmente durante la instrucción de la causa. *Vid.* por todos MORALES PRATS, F., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas, artículos 31 bis., 31.2 supresión, 33.7, 66 bis, 129 y 130.2 CP», en *La reforma penal de 2010: Análisis y Comentarios*, dir. Quintero Olivares, Cizur menor (Aranzadi), 2010, p. 63; BAUCCELLS LLADÓ, 2013, pp. 216 s.

¹⁸ El origen de esta previsión está en el accidentado devenir de la aprobación de la reforma de 2010 en el Congreso de los Diputados, con abundancia de transacciones que dieron en una redacción que, al menos en este punto en concreto, el ejecutivo parece claro que no tenía ninguna intención de poner en práctica, ni posteriormente hasta la fecha le han sobrevenido las ganas.

¹⁹ FARALDO CABANA, 2015, marg. 877; FUENTES OSORIO, 2018, p. 250.

²⁰ El artículo 57 CP, en el contexto de las penas a las personas físicas, merece las mismas críticas que se verterán en el texto sobre este modo genérico de asignación de penas a las personas jurídicas.

exactamente literales²¹ en los artículos 156 bis, 177 bis, 189 bis, 197 quinquies, 251 bis, 258 ter, 261 bis, 264 quáter, 288, 302, 304 bis, 318 bis, 319, 328, 343, 348, 366, 369 bis, 399 bis, 427 bis, 430, 510 bis y 576 CP.

9. El principio de legalidad en su vertiente de taxatividad se ve desafiado por la imprecisión de la rutinaria asignación punitiva en todos los tipos relevantes que el Código va desgranando. Se trata de un expediente técnico-legislativo «a bulto» que, a mi juicio, denota cuando menos pereza, además de que prescinde de la discreta selección, con la precisión del bisturí de un cirujano, que debería ir asociada a la idea de taxatividad en la legislación penal.

Hay una notable excepción en la que el autor de la norma se detiene a precisar las penas concretamente imponibles y el alcance de cada una de ellas. Se encuentra fuera del Código Penal, en el artículo 3.3 de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando. En él se detallan las penas aplicables a aquellas personas jurídicas a las que se declare criminalmente responsables por delitos de contrabando:

«3. Cuando proceda la exigencia de responsabilidad penal de una persona jurídica de acuerdo con lo establecido en el artículo 2.6, y tras aplicar los criterios establecidos en los apartados 1 y 2 de este artículo, se impondrá la pena siguiente:

a) En todos los casos, multa proporcional del duplo al cuádruplo del valor de los bienes, mercancías, géneros o efectos objeto del contrabando, y prohibición de obtener subvenciones y ayudas públicas para contratar con las Administraciones públicas y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social por un plazo de entre uno y tres años.

b) Adicionalmente, *en los supuestos previstos en el artículo 2.2, suspensión por un plazo de entre seis meses y dos años de las actividades de importación, exportación o comercio de la categoría de bienes, mercancías, géneros o efectos objeto del contrabando; en los supuestos previstos en el artículo 2.3, clausura de los locales o establecimientos en los que se realice el comercio de los mismos»* (cursiva añadida).

Es este un ejercicio de precisión normativa que, en mi opinión, debería hacerse en todos los demás delitos a propósito de los cuales se establece la potencial responsabilidad penal de las personas jurídicas. La situación legislativa actual es anómala; sería como si, en relación con las personas físicas, la mayor parte de las penas a imponer por la comisión de un delito fueran genéricas e imprecisas, además de facultativas.

²¹ Las únicas excepciones son el irrelevante cambio de un participio: «recogidas» por «previstas») en el artículo 576 CP y, por el motivo que se desarrollará más adelante, una leve alteración en cuanto al elenco de penas interdictivas habilitadas en el artículo 310 bis CP.

10. Además de esta notoria excepción, encontramos otras de menor alcance en el propio Código cuando establece la obligatoriedad de algunas penas interdictivas en ciertos delitos: las inhabilitaciones forzosas de los artículos 310 bis y 424 CP²², y la disolución obligatoria de la asociación, organización o grupo de los artículos 520, 569 y 570 quáter CP²³. De esas disposiciones interesa especialmente el párrafo segundo del artículo 310 bis CP, que asigna con carácter vinculante la pena de inhabilitación para obtener subvenciones e incentivos [art. 33.7.f) CP] en los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, por un período de entre tres y seis años. Se trata de una previsión introducida por la LO 7/2012 y plantea en la práctica algunos problemas específicos, entre ellos de sucesión temporal de leyes penales²⁴.

11. Indirectamente, el contenido del artículo 310 bis.2 CP pone sobre la mesa la cuestión de la escindibilidad de las diferentes medidas agrupadas en la letra f) del artículo 33.7 CP, cuando establece la obligatoria imposición de la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas, así como de la pérdida del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social, mientras que mantiene el carácter facultativo de la prohibición para contratar con las Administraciones Públicas [«inhabilitación para contratar con el sector público» en el art. 33.7.f) CP]. El tratamiento disímil que se da a las diferentes inhabilitaciones en esta sede parece un argumento de peso para entender que se trata de penas diferentes; al menos: por un lado la inhabilitación para obtener subvenciones e incentivos, por otro lado la inhabilitación para contratar con el sector público. En la práctica jurisprudencial los tribunales condenan sistemáticamente solo por la primera en los delitos contra la Hacienda Pública, y no por la segunda, incluso en asuntos en los que no sería aplicable la actual previsión del artículo 310 bis.2 CP por no estar en vigor en el tiempo de los hechos²⁵.

12. Para concluir esta necesariamente breve aportación se examina el artículo 66 bis CP, que establece reglas específicas de determinación de las penas impuestas a las personas jurídicas. De su contenido interesa destacar

²² Vid. FUENTES OSORIO, J. L., «Juntos, pero no revueltos. La pena de referencia de la persona física en el modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas», *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 133, 2021, p. 77.

²³ Vid. FUENTES OSORIO, 2018, pp. 249-250.

²⁴ Problemas que suelen ser mal afrontados en la jurisprudencia. Vid. BARQUÍN SANZ, J., «Responsabilidad criminal corporativa en el marco de la corrupción política. Penas aplicables: normativa y jurisprudencia», en *Respuestas jurídicas frente a la corrupción política*, dir. Morillas Cueva, Madrid (Dykinson), 2021, pp. 365, 367 y 370.

²⁵ En la práctica hay varios ejemplos de sentencias que evidencian despreocupación de los órganos judiciales por estas cuestiones de retroactividad de las normas penales. Vid. la referencia citada en la nota precedente.

algunas cuestiones relativas a las penas interdictivas, a las cuales está dedicado casi todo el contenido del artículo, con la única excepción del primer párrafo, que es también aplicable a las multas:

A. La regla 1.^a fija requisitos para la imposición de todas las penas interdictivas habilitadas por las específicas cláusulas de la parte especial. El carácter facultativo de estas penas alcanza tanto a la decisión de si se impone alguna (o algunas) cuanto a la decisión de cuál (o cuáles) de ellas; asimismo, las disposiciones de la parte especial que van habilitando al órgano judicial para imponer estas penas a personas jurídicas siempre instruye al juzgador de que, para tomar estas decisiones, debe atender a «las reglas establecidas en el artículo 66 bis». Esta primera regla exige que el órgano judicial deberá tener en cuenta sus efectos preventivos, sus consecuencias económicas y sociales (especialmente para los trabajadores) y el puesto ocupado por la persona física u órgano que incumplió el deber de control. Esto es importante, no tanto porque suponga un límite sustantivo a la posible imposición de estas penas, sino porque lo supone procesal: sobre la base general del deber de motivar las sentencias penales y, en particular, de lo previsto en el artículo 72 CP²⁶, parece razonable esperar que, cada vez que en una sentencia se aplique una de estas penas a las personas jurídicas, deberá haber una motivación, aunque sea sucinta, en torno a los criterios indicados en esta regla 1.^a Sin embargo semejante razonamiento no suele estar presente en la jurisprudencia²⁷.

B. La regla 2.^a comienza por establecer una conexión punitiva con la pena de referencia correspondiente a las personas físicas, y continúa previendo requisitos específicos para la imposición de penas interdictivas por períodos de más de dos o cinco años, o con carácter permanente. Estos requisitos giran en torno a la reincidencia y la naturaleza instrumental de la persona jurídica y son de difícil aplicación en la práctica, en parte por lo que se verá en el punto D. En cualquier caso, de nuevo debe obligar a un esfuerzo de motivación por parte del órgano judicial siempre que aplique al menos una de estas penas por un tiempo superior a dos años.

C. Se contempla el «incumplimiento de los deberes de supervisión, vigilancia y control que no tenga carácter grave» como fundamento de que la duración de las penas de las letras c) a g) no pueda superar los dos años. Esta previsión solo podría ser congruente con el presupuesto de hecho para la atribución de responsabilidad criminal a una persona jurídica que está previsto en

²⁶ Artículo 72 CP: «Los jueces o tribunales, en la aplicación de la pena, con arreglo a las normas contenidas en este capítulo, razonarán en la sentencia el grado y extensión concreta de la impuesta.»

²⁷ Vid. BARQUÍN SANZ, 2021, pp. 359 ss.

el artículo 31 bis.1.a) CP: hechos cometidos por personas físicas con facultades de organización y control dentro de la persona jurídica. El problema es que obviamente este no puede ser el caso, puesto que la disposición comentada se refiere expresa y exclusivamente a los supuestos del artículo 31 bis.1.b)²⁸. Y sucede que esta cláusula resulta materialmente inaplicable por inconsecuente, ya que el incumplimiento de los deberes de supervisión, vigilancia y control ha de ser necesariamente grave en tales casos.

D. Se incurre en un *bis in idem* punitivo para las sociedades instrumentales –al menos en un nivel formal, ya que la jurisprudencia vigente ha desprovisto de relevancia a estas previsiones– cuando, primero, se señala el hecho de que la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales como uno de los presupuestos alternativos que han de concurrir para poder imponer una de las sanciones de las letras c) a g) del artículo 33.7 por plazo superior a dos años. A continuación, segundo, se establecen los presupuestos alternativos que pueden fundamentar la imposición de algunas de estas sanciones –en concreto las de las letras e) y f)– por plazo superior a cinco años; son dos los presupuestos y uno de ellos es exacta y literalmente el mismo de antes: «Que la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales. Se entenderá que se está ante este último supuesto siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal.» Esta defectuosa reiteración constituye un ejercicio de impericia legislativa seriamente criticable.

En las interpretaciones iniciales de estas últimas previsiones en lo referente a la pena de disolución, una conclusión ampliamente compartida por los intérpretes era la relevancia del criterio de instrumentalidad de la empresa como fundamento de esta pena capital o pena de muerte corporativa²⁹, pero la

²⁸ Con buen criterio, por lo demás, puesto que, estructuralmente y en una perspectiva *a priori*, la responsabilidad de la corporación parece en general más directa y evidente en los supuestos del apartado a) del artículo 31 bis.1 que en los del apartado b) –en palabras de DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas», en *Derecho penal económico y de la empresa*, auts. de la Mata *et al.*, Madrid (Dykinson), 2018, p. 156: «cuanto más arriba en la estructura jerárquica haya tenido lugar dicha infracción, más grave será la conducta»-. Por ello, se entiende que la limitación punitiva de los dos años esté formalmente restringida a los supuestos del artículo 31 bis.1.b) CP; el problema es que, como se señala en el texto, la cláusula está mal construida y resulta incongruente.

²⁹ *Corporate death penalty*, expresión acuñada [así lo sugiere FARALDO CABANA, P., «¿Es la multa una pena apropiada para las personas jurídicas?», en *Armonización penal en Europa*, European inklings (EUi) II, dirs. de la Cuesta Arzamendi *et al.*, País Vasco (Instituto Vasco de Administración Pública), 2013, p. 84, quien no obstante se refiere literalmente a «pena capital»] por RUSH (RUSH, F. L., «Corporate Probation: Invasive Techniques for Restructuring Institutional Behavior», *Suffolk University Law Review*, vol. 21 (1), 1987, pp. 42, 85) que ha hecho fortuna en la literatura anglosajona. La literatura es inabarcable en el presente contexto. *Vid.* por todos, recientemente: KREINER RAMIREZ, M. y RAMIREZ, S. A., *The Case for the Corporate Death Penalty: Restoring Law and Order on Wall Street*, New York, 2017; HULPKE, J. F., «If all else fails, a corporate death penalty?», *Journal of Management Inquiry*,

evolución de la jurisprudencia obliga a matizar este enfoque. Los supuestos de sociedades pantalla, cuya existencia responde exclusivamente a la actividad delictiva, se entendían como principales candidatos a la disolución; así, por ejemplo, FARALDO CABANA: «(s)i el ente se utiliza únicamente para la actividad delictiva no cabe duda de que se ha convertido en un instrumento para la comisión de ilícitos penales»³⁰. Este criterio ha dejado de ser relevante en sus manifestaciones extremas desde que, inspirada en la Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado, la doctrina jurisprudencial de la *inimputabilidad* de las sociedades instrumentales se impuso a partir de la STS de 29 de febrero de 2016³¹.

vol. 26 (4), 2017, pp. 433-439 (<https://doi.org/10.1177/1056492617706545>); PADFIELD, S. J., «Killing Corporations to Save Humans: How Corporate Personhood, Human Rights, and the Corporate Death Penalty Intersect», 2018, pp. 1-36 (<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3625929>); SARCH, Alex. «Skepticism About Corporate Punishment Revisited», en *The Palgrave Handbook of Applied Ethics and the Criminal Law*, eds. Alexander y Kessler Ferzan. Cham, 2019, pp. 213-238.

³⁰ FARALDO CABANA, 2013, pp. 84-85.

³¹ ECLI: ES: TS:2016:613. *Vid.* también la STS de 22 de octubre de 2020, ECLI: ES: TS:2020:3430.

LA «PRIVACIÓN DEL EJERCICIO DEL DERECHO DE SUFRAGIO PASIVO» COMO CONSECUENCIA DE UNA SENTENCIA PENAL DESVINCULADA DEL DELITO COMETIDO. LOS DEVASTADORES EFECTOS EXTRAPENALES DE UNA SANCIÓN QUE NO REQUIERE MOTIVACIÓN

IGNACIO F. BENÍTEZ ORTÚZAR*

I. INTRODUCCIÓN

Hace ya unos años, a colación de una sentencia de una Audiencia de «provincias»¹ me acerqué al estudio de los efectos de la «privación del ejercicio del Derecho de sufragio pasivo», que aparece como pena privativa de derechos –art. 39.b) CP– de forma multidireccional en el Código penal y en la LO del Régimen Electoral General: a) Como pena principal en el Código penal – artículos 404, 419, 420, 428, 430, 432, 436, 437, 439 y 442 CP–; b) como pena accesoria en el Código penal –art. 56.1.2 CP–; c) Como pena principal y/o accesoria en los delitos electorales tipificados en la LO del Régimen Electoral General –art. 137 LOREG–; d) Como consecuencia extrapenal respecto de la inelegibilidad de los condenados a pena de prisión por Sentencia firme –art. 6.2.a) LOREG–; e) Como consecuencia extrapenal respecto de la inelegibilidad de los condenados por determinados delitos, aunque la Sentencia no

* Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Jaén.

¹ Sentencia de la AP de Jaén 240/2015, de 27 de octubre.

sea firme –art. 6.2.b) LOREG-; f) desarrollando efectos como causa de incompatibilidad para el ejercicio de cargo público electo –art. 6.4 LOREG–².

La cuestión vuelve a ser de máxima actualidad con la ejecución de la STS 750/2021, de 6 de octubre, que castiga a un Diputado del Congreso de la Nación como autor de un delito de atentado a agentes de la autoridad, con la atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas, a la pena de 1 mes y quince días de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. La pena de prisión se sustituye por la multa de 90 días con cuota diaria de 6 euros.

La resolución que, al ser emitida por el Tribunal Supremo por mantenerse aún el siempre discutido aforamiento de los diputados, deriva directamente firme en primera instancia, vuelve a poner de actualidad la necesidad de redimensionar el alcance de «la privación del ejercicio del derecho de sufragio pasivo», especialmente respecto de los efectos extrapenales de la ejecución de resoluciones penales. En resumidas cuentas, en el caso tomado como ejemplo de partida, la sustitución de la pena principal –de 45 días de prisión– por la pena de multa, no suspende la pena accesoria de privación del derecho del ejercicio del derecho de sufragio pasivo, de un lado; y, de otro lado, la aplicación de las causas de inelegibilidad para cargo público electo como causas de incompatibilidad para su ejercicio –tal y como, extrapenalmente, recoge la LO del Régimen Electoral General– da lugar a una confundibilidad de los efectos de la resolución penal que, *de lege ferenda*, debería evitarse. De un lado, aparecen los efectos de la pena de privación del derecho del ejercicio de sufragio pasivo como pena accesoria a la privativa de libertad, con unos efectos determinados de futuro –inhabilitación para ser elegible en procesos electorales que tengan lugar durante el tiempo que dure la condena, pero sin efectos en el cargo electo que ya ostenta el condenado-; y, de otro lado, aparecen los efectos de la incompatibilidad de la LOREG para los condenados a pena de prisión, que como efecto «extrapenal» si impide continuar con el cargo electo que se ostenta en el momento de que la sentencia penal alcanza el grado de firmeza. Todo ello la convierte en una consecuencia del delito absolutamente desproporcionada y, sobre todo, de carácter netamente afflictivo, que no necesita ni motivación, ni vinculación al ilícito cometido. Una medida que desarrolla sus efectos incluso en aquellos casos en los que, por razones preventivo especiales o generales, la pena privativa de libertad haya sido suspendida o sustituida, como es el caso recogido en la STS 750/2021.

² BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F., «Acerca de la privación del ejercicio del Derecho de sufragio pasivo como consecuencia, directa o indirecta, del delito», *CPC*, núm. 120, 2016, pp. 5 ss.

II. LA PENA DE INHABILITACIÓN PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO DE SUFRAGIO PASIVO. CONTENIDO Y ALCANCE DEL ARTÍCULO 44 CP

La pena de inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo se incluye dentro del catálogo de penas privativas de derechos del artículo 39.b) junto al resto de inhabilitaciones especiales. Como tal pena podrá ser impuesta con carácter de principal o con carácter accesorio a otra (art. 32 CP). La misma será considerada como pena grave si su duración es superior a cinco años, y como pena menos grave si su duración es inferior a cinco años. En ningún caso es considerada pena leve. Respecto a su duración, tratándose de pena principal, la misma irá de tres meses a veinte años (art. 40.1. CP); si bien, cuando se prevé como pena accesorio de la pena de prisión su duración vendrá marcada por la pena principal (art. 33.6 CP).

De acuerdo con el artículo 44 CP, «La inhabilitación especial para el ejercicio del sufragio pasivo priva al penado durante el tiempo de la condena, del derecho para ser elegido para cargos públicos». Afecta a la elección de cualquier cargo electivo, independientemente que el penado sólo ejerciera alguno de ellos en concreto o, incluso, cuando no ejerciera ninguno de ellos³. Y cómo tal pena, al menos en teoría, priva del derecho de sufragio pasivo, pero no afecta al cargo electivo que se ostentase, mientras continúe su vigencia, y no impide tampoco que pueda ocupar durante la condena cargos públicos de representación u otros a los que se acceda por concurso oposición⁴. Es decir, la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de sufragio pasivo únicamente priva al penado del derecho a ser elegido para cargos públicos durante el tiempo de la condena⁵. Esto es, la pena de inhabilitación especial para el ejercicio del sufragio pasivo incapacita al sujeto para el acceso al cargo público electo al que aspira, pero que aún no ejerce. Tendrá incidencia, por tanto, hasta el mismo momento de la elección, teniendo efectos incluso si la misma se decreta con posterioridad al plazo de presentación de candidaturas. Ahora bien, cuando la pena de inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo ha sido impuesta al sujeto que ya ocupa el cargo público electo, aún cuando no haya tomado posesión del mismo, no le impide continuar con su

³ REY HUIDOBRO, L. F., «Problemas de aplicación de las penas accesorias de inhabilitación y de suspensión», *Actualidad penal* 45/46, 2003 (versión online, Laleydigital360), p. 6.

⁴ REY HUIDOBRO, L. F., *Actualidad penal* 45/46, 2003; p. 6; BOLDOVA PASAMAR, M. A., en GRACIA MARTÍN, L. (dir.), *Lecciones de Consecuencias Jurídicas del Delito*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2016, p. 67.

⁵ En este sentido la Consulta 2/2000, de 14 de diciembre de 2000, de la Fiscalía General del Estado, sobre la aplicación de las penas accesorias previstas en el artículo 56 del Código Penal.

ejercicio (o, incluso, que tome posesión del cargo electo), esto es, la ejecución de esta pena privativa de derechos «no supone que deba abandonarlo»⁶.

III. LA INHABILITACIÓN ESPECIAL PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO DE SUFRAGIO PASIVO COMO PENA ACCESORIA

Exceptuando la previsión como pena principal en los delitos contra la Administración Pública del Capítulo XIX del Libro Segundo del Código Penal, tras la reforma operada por LO 1/2015, de 30 de marzo, la inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo, en el Código penal, adquiere su auténtica dimensión con su consideración como pena accesoria a la pena de prisión inferior a diez años del artículo 56.1 CP.

Al respecto, el artículo 56.1 CP establece que la pena de prisión inferior a diez años necesariamente conllevará alguna (o algunas) pena accesoria que deberá imponerse por el Juez o Tribunal, atendiendo a la gravedad del delito, eligiendo de entre la «suspensión de empleo o cargo público», la «inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena» y la «inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria, comercio, ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento o cualquier otro derecho, la privación de la patria potestad, si estos derechos hubieran tenido relación directa con el delito cometido, debiendo determinarse expresamente en la sentencia esta vinculación»⁷.

Tres son los parámetros a tener en cuenta: a) La pena de suspensión del cargo público, aunque no requiera para su imposición una vinculación directa entre el empleo o cargo público que se suspenden y el delito cometido, sí exige necesariamente que dicho empleo o cargo público lo detente en ese momento el condenado; b) Con la redacción que la LO 15/2003 da al artículo 56.1 CP, el legislador exige, para imponer como pena accesoria a la pena de prisión inferior a 10 años otra inhabilitación distinta a la del ejercicio del derecho de sufragio pasivo, que los derechos de los que se priva al penado con la pena privativa de derechos tengan una relación directa con el delito cometido⁸; y c) La

⁶ FARALDO CABANA, P., «La privación del derecho de sufragio pasivo por delito electoral», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 101, 2014, p. 170.

⁷ Al respecto vid en profundidad, DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E., «Cuando la pena accesoria de inhabilitación especial requiere relación directa con el delito cometido: el contenido del art. 56.3. del Código penal», *CPC*, núm. 112, 2014, pp. 137 ss.

⁸ Interpretación que ya venía haciendo la Jurisprudencia con anterioridad a la entrada en vigor de la LO 15/2003, de reforma del CP. En este sentido, por ejemplo, las de 23 de marzo de 1999, de 28 de enero de 1999, de 25 de septiembre de 1999 o de 18 de octubre de 1999.

obligatoriedad de imponer como accesoria a la pena principal de prisión igual o menor a diez años –al menos– una de las tres penas recogidas en el artículo 56.1 CP. De la conjunción de todos ellos fácilmente se concluye con que la pena de inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo se convierte en la pena accesoria más común en la práctica, aplicable de forma generalizada⁹.

Con la redacción anterior a la LO 15/2003, el TS ya se venía pronunciando en esta línea. Así, por ejemplo, la STS 548/2003, de 9 de abril, señalaba lo siguiente: «Por tanto, la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena debe quedar subsistente al ser obligatoria su imposición según reiterada jurisprudencia de esta Sala –SSTS de 4 de enero de 2002, 6 de marzo, 9 de mayo y 14 de julio de 2000, entre otras–»¹⁰. En la misma línea, la propia Circular 2/2004 de la Fiscalía General del Estado afirmaba lo siguiente: «la reforma deja también claro que puede imponerse más de una pena accesoria y que cuando el reo no ejerza función pública y el delito no tenga relación con su profesión, habrá necesariamente de imponérsele inhabilitación del derecho de sufragio pasivo»¹¹.

La pena accesoria a la pena de prisión es aquella que, no estando prevista directamente en una infracción de la parte especial, viene aplicada como consecuencia de la imposición de la pena principal, a la que vincula su duración. Supone una privación de derechos políticos, civiles, profesionales y personales, limitando la capacidad de participación del penado en la vida social¹². Al respecto, el artículo 79 CP dispone que «siempre que los Jueces o Tribunales impongan una pena que lleve consigo otras accesorias, condenarán también expresamente al reo a estas últimas».

⁹ En esta línea, BRANDARIZ GARCÍA, J. A., «La pena de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo», en FARALDO CABANA, P., *Las penas privativas de derechos y otras alternativas a la privación de libertad*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2013, p. 6; CARDENAL MONTRAVETA, S., en Corcoy Bidasolo, M., y Mir Puig, S. (dirs.), *Comentarios al Código Penal, reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2016, p. 220; BAUCCELLS I LLADÓS, J., en Córdoba Roda, J., y García Arán, M. (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte General*, Madrid (Marcial Pons), 2011, p. 561; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I., en Gómez Tomillo, J. (dir.), *Comentarios prácticos al Código penal, Tomo I*, Pamplona (Thomson Reuters), 2015, p. 537; VALEJE ÁLVAREZ, I., «La reforma del régimen de la accesoriadad penal. Especial referencia al proyecto de LO de reforma del Código penal de 2007», en Álvarez García (dir.), *La adecuación del Derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2009, p. 189; FARALDO CABANA, P., 2010, p. 160.

¹⁰ Así, también las STS 1585/2002, de 30 de septiembre, 1309/1999, de 25 de septiembre, 1574/2000, de 9 de junio, 1716/2000, de 9 de noviembre.

¹¹ Circular 2/2004, de 22 de diciembre, sobre aplicación de la reforma del Código Penal operada por LO 15/2003, de 25 de noviembre.

¹² REY HUIDOBRO, L. F., *Actualidad penal* 45/46, 2003, p. 1.

Sin embargo, en un gran número de casos, en la práctica, las penas accesorias en su ejecución superan con creces la gravedad de la pena privativa de libertad principal. Debe advertirse que el artículo 56 CP no establece un umbral mínimo de la pena principal para su imposición, ni distingue entre delitos dolosos o imprudentes¹³. Lo cual lleva a afirmar que estos supuestos, por su imposición automática y obligatoria, alejada por completo del delito cometido, aparecen con un corte infamante¹⁴, en detrimento de los principios de proporcionalidad¹⁵ y de reinserción social¹⁶, que deben regir en la determinación y aplicación de las consecuencias jurídicas del delito.

Otro problema que se plantea es respecto de la incidencia de la suspensión de la pena principal en la pena accesoria. El legislador penal sólo regula en los artículos 80 CP y siguientes la suspensión de la pena privativa de libertad, sin que exista tal previsión para las penas privativas de otros derechos, aun cuando las mismas vengan vinculadas a la pena de prisión como accesoria. Al respecto el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección novena) 202/2005, de 5 de abril, señala lo siguiente: «El artículo 80 en su apartado tercero, establece que se mantiene la declaración de que la suspensión no será extensiva a la responsabilidad civil, pero no se alude a las penas accesorias, si bien, visto que el Código Penal se refiere expresamente a «suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad», parece innecesaria aclaración alguna respecto a tal limitación»¹⁷. En la misma línea se pronunciaba la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2005, oponiéndose, en todo caso, a la suspensión de la pena accesoria cuando se ha suspendido la principal, rompiendo de este modo la relación de accesoriedad¹⁸.

La ruptura de la relación de accesoriedad es pacífica en la Jurisprudencia, no obstante, la misma deriva de una práctica asentada con la vigencia del Có-

¹³ VALEJE ÁLVAREZ, I., «La regulación de las penas accesorias en el Código Penal de 1995», *ADPCP*, 2007, p. 246.

¹⁴ STC 166/1993: «Por ello, la remisión de la principal no conlleva en ningún caso la suspensión paralela de las accesorias».

¹⁵ GUTIÉRREZ CASTAÑEDA, A., «Sobre la suspensión condicional de la ejecución de las penas accesorias», *LL* 2308/2004 (versión online), p. 6.

¹⁶ DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E., *CPC*, núm. 112, 2014, p. 139; en sentido similar, REY HUIDOBRO, L. F., *Actualidad penal* 45/46, 2003; p. 2; SANZ MULAS, N., *Alternativas a la pena privativa de libertad. Análisis crítico y perspectivas de futuro en las realidades española y centroamericana*, Madrid (Colex), 2000, pp. 359 ss.

¹⁷ Así lo viene haciendo también la Junta Electoral Central: «La pena de inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo continúa ejecutándose, ya que, a tenor de lo dispuesto en el auto de suspensión del Juzgado de lo Penal «se suspende.... la ejecución de la pena de nueve meses de prisión...., quedando subsistentes los demás pronunciamientos de la sentencia condenatoria» (acuerdo de la Junta Electoral Central 144/2003)

¹⁸ Circular 1/2005, de la Fiscalía General del Estado, sobre aplicación de la reforma del Código Penal operada por LO 15/2003, de 25 de noviembre (segunda parte).

digo Penal texto refundido de 1973, la cual fue conocida por el TC, quien consideró la decisión de vincular –o no– la ejecución de la pena accesoria a las vicisitudes que corra la pena principal como una opción político criminal propia del legislador ordinario. Así, –en relación al artículo 97 del antiguo Código Penal¹⁹– en su Sentencia 209/1993, establecía lo siguiente: «El distinto tratamiento al respecto de las penas privativas de libertad y de las restrictivas de derechos ofrece pues, un fundamento objetivo y racional de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados. Siendo diferentes las situaciones del recluso y de quien, aun privado de sus derechos cívicos o de un cargo, se encuentra libre, diferentes pueden ser también sus efectos en lo bueno y en lo malo, si existe una proporcional adecuación a la finalidad que en cada caso se persigue»²⁰.

Ahora bien, el Código Penal de 1995 no incluye un artículo similar al artículo 97 del derogado texto legislativo²¹, lo cual permitiría plantear una interpretación en sentido distinto al que hace la jurisprudencia. Al respecto, las opciones doctrinales aparecen enfrentadas: a) de un lado, un sector doctrinal considera que, a pesar de no incluir un artículo similar al antiguo artículo 97, parece que ni la literalidad del artículo 80.1 CP²² ni el hecho de que su finalidad no sea la resocialización y reeducación, facilitan la interpretación de que puedan ser suspendidas²³; b) por otro lado, otro sector plantea que la no prohibición expresa en la Ley, unida a la vinculación directa con la pena de prisión principal y la necesidad de evitar efectos desocializadores con la ejecución aislada de la pena accesoria que obstaculizaran el logro de los fines reeducativos y de reinserción en el condenado, podría fundamentar su suspensión²⁴.

Ciertamente, la no suspensión de la pena accesoria puede encontrar sentido en aquellos casos en los que el fundamento de la pena privativa de dere-

¹⁹ El artículo 97 del Código Penal-Texto refundido de 1973– disponía lo siguiente: «La condena condicional no será extensiva a las penas de suspensión de derecho de sufragio y de cargo o función de carácter público, si éstas figurasen como accesorias, ni alcanzará a las responsabilidades civiles».

²⁰ STC 209/1993, de 8 de junio.

²¹ Aun cuando no hace referencia alguna a la sustitución de penas diferentes a la pena privativa de libertad. Al respecto, el Capítulo III, del Título II, del Libro primero del Código penal se rubrica «de las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad y de la libertad condicional»:

²² «Los jueces o tribunales, mediante resolución motivada, podrán dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a dos años cuando sea razonable esperar que la ejecución de la pena no sea necesaria para evitar la comisión futura por el penado de nuevos delitos»

²³ En este sentido, VALEIJE ÁLVAREZ, I., *ADPCP*, 2007, p. 247.

²⁴ A favor de la suspensión de la pena accesoria, 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 ss.; MAZA MARTÍN, J. M., «Las penas privativas de derechos y accesorias en el nuevo Código Penal», en Pozas Cisneros, M. (dir.), *Penas y medidas de seguridad en el nuevo Código penal*, CDJ, núm. 24, Madrid, 1996, pp. 139 ss.

chos se encuentre en la relación entre el derecho inhabilitado y el delito cometido. Desde esta perspectiva estaría justificado que suspendiéndose la pena de prisión no se suspendiera la pena privativa de derechos accesoria a ella²⁵. Así tendría sentido mantener su autonomía en los delitos electorales y en aquellos otros delitos comunes en los que –no imponiéndose como pena principal– puede establecerse una relación con el delito cometido. Ahora bien, en los casos de aplicación generalizada de la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio del sufragio pasivo sin que exista vinculación alguna ni con el autor del delito ni con el delito cometido, no parece justificado mantener la vigencia de la pena accesoria una vez suspendida la pena principal²⁶. En esta línea se pronunciaba el informe que hacían los letrados del Congreso de los Diputados «relativo a la forma en que procede ejecutar la STS 750/2021, de 6 de octubre»²⁷, considerando que con la suspensión de la pena de prisión por la de multa se elimina la pena privativa de libertad por otra de distinta naturaleza, de forma que no existiendo una pena privativa de libertad no concurre una pena accesoria. Si bien, la jurisprudencia mantiene la autonomía entre la pena principal y la accesoria de forma unánime en todos los casos, impidiendo de esta forma la suspensión de la pena accesoria a la pena de prisión²⁸.

IV. EFECTOS EXTRAPENALES DERIVADOS DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA DE PRISIÓN EN EL EJERCICIO DEL DERECHO DE SUFRAGIO PASIVO

Situación de naturaleza jurídica muy diferente, pero con unos efectos prácticos mas intensos, no obstante, es la que se presenta en la delimitación legislativa del derecho de sufragio pasivo con la ejecución de las sentencias penales. Así, por vía extrapenal, la existencia de una Sentencia penal que no priva del ejercicio del derecho de sufragio pasivo, en la práctica, en vía administrativa, va a impedir al sujeto tanto el derecho de acceder al mismo como el de mantenerse en él.

²⁵ En este sentido, considerando que, en estos casos, desde una perspectiva político criminal no es recomendable la suspensión de la pena accesoria cuando se ha suspendido la principal, MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, 5.ª ed., Pamplona (Thomson Reuters), 2011, p. 125.

²⁶ Así, MAPELLI CAFFARENA, B., 2011, p.125; GUTIÉRREZ CASTAÑEDA, A., *LL* 2308/2004, pp. 8 ss.

²⁷ Informe relativo a la forma en la que procede ejecutar la STS 750/2021, de 6 de octubre de 2021, dictada contra el Excmo. Sr. D. Alberto Rodríguez Rodríguez en la Causa Especial 3/21019/2019.

²⁸ Así, por ejemplo, la STS 950/1999, de 19 de julio.

1. La inelegibilidad de los condenados a pena de prisión en Sentencia firme

La LOREG, independientemente de que el sujeto concreto esté condenado o no en una Sentencia penal a la pena de inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo (ya sea como consecuencia de la comisión de un delito electoral, ya sea impuesta por como pena principal por la comisión de un delito contra la Administración Pública, ya sea por su imposición judicial como pena accesoria a la pena principal de prisión), por medio de su artículo 6.2.a), impide su ejercicio si el sujeto ha sido condenado por sentencia firme a una pena de prisión, durante el periodo que dure la condena. Es decir, independientemente de que la privación del derecho fundamental a ser elegido para el desempeño de la actividad pública se establezca –como principal o como accesoria– en una Sentencia penal, la Ley Electoral, al configurar el derecho fundamental, impone dicha privación, al margen de la conexión que la inhabilitación especial para el ejercicio del cargo público tenga –incluso cuando la misma sea inexistente– con el hecho que dio lugar a la imposición de la pena privativa de libertad. De esta forma la Junta Electoral General adquiere competencia –de Derecho administrativo– para privar del derecho fundamental al ejercicio de la actividad pública por la comisión de un delito, con independencia de su previsión o no como pena en el Código penal²⁹.

2. La inelegibilidad de los condenados en determinados delitos, aun cuando la sentencia no sea firme

Tras la redacción dada por L. O. 3/2011, de 28 de enero, el artículo 6.2.b) de la LOREG, queda así: son inelegibles: «Los condenados por sentencia, aunque no sea firme, por delitos de rebelión, de terrorismo, contra la Administración Pública o contra las Instituciones del Estado cuando la misma haya establecido la pena de inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio

²⁹ En este sentido son constantes los acuerdos de la Junta Electoral Central, incluso en aquellos casos en los que la Condena de Prisión ha sido recurrida ante el TC. Así, por ejemplo, el Acuerdo de la Junta Electoral Central 178/2006 disponía lo siguiente: «Trasladar al Ayuntamiento que, de no obrar en el mismo, deberá solicitar de la Audiencia Provincial de Granada copia del auto de ejecución de la sentencia de referencia. De haberse dictado dicho auto, dado que no corresponde a la Administración Electoral suspender la ejecución de las sentencias, se deberá de forma inmediata tomar conocimiento por la Corporación de la sentencia condenatoria y proceder a la sustitución del concejal afectado, trasladando el acuerdo a esta Junta Electoral Central a los efectos de expedición de la oportuna credencial al concejal sustituto, sin perjuicio de lo que en su caso pudiera proceder si se produjera la suspensión del cumplimiento de la condena».

pasivo o la de inhabilitación absoluta o especial o de suspensión para empleo o cargo público en los términos previstos en la legislación penal» 30.

Este precepto, de carácter administrativo, en sus efectos va mucho más allá de la propia sanción penal. La consecuencia que produce en el derecho al sufragio pasivo es irreparable, dando lugar –por un precepto de carácter administrativo– a la ejecución anticipada de una sanción derivada de una infracción penal que aún no es firme. Al respecto, en el ámbito administrativo, la STSJ de Aragón, 519/2014, de 31 de Octubre, ante la solicitud de una medida cautelar de no aplicar dicho precepto hasta la resolución del recurso de casación interpuesto respecto de una condena por prevaricación administrativa, argumentaba del siguiente modo: a) El recurrente solicitaba la suspensión cautelar de la aplicación del artículo 6.2.b) de la LOREG, en tanto que de lo contrario el Ayuntamiento ejecutante estaría atribuyéndose funciones jurisdiccionales vaciando de contenido el recurso de Casación interpuesto frente a la Sentencia Penal, en trámite; b) El Tribunal Contencioso Administrativo de instancia consideró que «la adopción de la medida cautelar solicitada supondría una clara inaplicación de la LOREG, la cual en su reforma operada por LO 3/2011, introdujo un supuesto de inelegibilidad en el artículo 6.2.b), extendida a supuestos de incompatibilidad sobrevenida como el presente, por el que, la condena penal, aun no firme, por delito contra la Administración –en el presente supuesto un delito de prevaricación administrativa– impone de manera automática el cese del cargo»; c) El TSJ de Aragón, desestima las pretensiones del solicitante denegando la medida cautelar, afirmando que la dimensión del derecho de participación política que reconoce el artículo 23.2 CE es un derecho de configuración legal y que lo que está pidiendo cautelarmente «supone una perturbación de los intereses generales, cuya evitación debe prevalecer sobre un derecho fundamental que se pretende vulnerado y que, como decíamos es de configuración legal».

Por otra parte, la afectación que el artículo 6.2.b) de la LOREG hace al derecho fundamental recogido en el artículo 23.2 CE, aún desproporcionada y

³⁰ La causa de inelegibilidad del sujeto condenado a determinados delitos, aún cuando la misma no es firme, ha sufrido diferentes modificaciones a lo largo de la vigencia de la Ley Electoral:

Con la entrada en vigor de la LO 5/1985, del Régimen Electoral General, este precepto disponía lo siguiente: «Aunque la Sentencia no sea firme, los condenados por un delito de rebelión o los integrantes de organizaciones terroristas condenados por delitos contra la vida, la integridad física o la libertad de las personas»; Posteriormente, la LO 1/2003, de 10 de marzo, le da la siguiente redacción: «Los condenados por sentencia, aunque no sea firme, por delitos de rebelión, de terrorismo, o contra las Instituciones del Estado cuando la misma haya establecido la pena de inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo en los términos previstos en la legislación penal». Finalmente la LO 3/2011, de 28 de enero, le da la redacción vigente.

arbitraria, al ser éste un derecho de configuración por el legislador ordinario, queda fuera del ámbito de Recurso de Amparo ante el TC por «especial trascendencia constitucional». En este sentido el TC en el Auto 49/2011, de 5 de mayo, inadmite el recurso de súplica interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la providencia del mismo Tribunal de 22 de mayo de 2011, contra la Sentencia dictada por el Tribunal Contencioso Administrativo n. 1 de Santiago de Compostela de 28 de abril de 2011, que confirmaba los acuerdos adoptados por la Junta Electoral de Zona de Santiago de Compostela de 22 y 25 de abril de 2011, que había excluido a un sujeto de las candidaturas presentadas a las elecciones municipales por considerar que en el mismo concurría causa de exclusión de las previstas en el artículo 6.2.b), en su texto vigente desde el 29 de enero de 2011, ya que éste había sido condenado por sentencia de 8 de octubre de 2010, del Juzgado de lo Penal número 1 de la Coruña como autor de un delito de desobediencia cometido por autoridad con la atenuante analógica de dilación indebida a la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público durante el tiempo de seis meses.

3. La incompatibilidad para el ejercicio del cargo público electo

El artículo 6.4 de la LOREG, a pesar de ser normativa administrativa, si bien con el carácter de Ley Orgánica, extiende los efectos de las Sentencias Penales más allá de lo dictado por el órgano jurisdiccional penal, al considerar que «las causas de inelegibilidad lo son también de incompatibilidad». De tal modo que directamente el cargo público electo condenado a pena privativa de libertad en sentencia firme automáticamente debe cesar en el cargo, por estar inmerso en una causa de inelegibilidad. Más discutible aún es la ampliación de los efectos en la limitación de un derecho fundamental no recogidos expresamente en la Sentencia penal que se hace por una norma no penal, cuando los efectos del artículo 6.4 de la LO 5/1985, del Régimen Electoral general, se proyectan en los casos en los que la inelegibilidad se fundamenta en virtud de una Sentencia que aún no es firme por remisión al artículo 6.2.b).

Se parte de la regla general de que el derecho de ejercer cargos públicos por elección es notoriamente incompatible con la pena de prisión³¹, aún cuando el condenado pudiera acceder al desempeño de otros cargos públicos por oposición o por designación directa. La realidad es que el resultado parece algo paradójico, en tanto que un sujeto condenado a pena prisión de 45 días,

³¹ BOLDOVA PASAMAR, M. A., 2016, p. 68.

suspendida por pena de multa, por un delito que no tenga ninguna relación con la gestión pública, se ve privado del ejercicio de un cargo público cuyo acceso se hace por elección, mientras que un sujeto condenado a una pena de prisión grave –no condenado expresamente a pena de inhabilitación para el ejercicio del empleo o cargo público concreto– si podría acceder a un cargo público por oposición o incluso por designación directa, aun cuando este cargo público sí tuviese alguna relación con el delito cometido³².

V. NECESIDAD DE TUTELAR EL DERECHO AL SUFRAGIO PASIVO

La confusión existente entre las causas de inelegibilidad y de incompatibilidad para el ejercicio del cargo público electo derivadas de la condena a una pena de prisión, de un lado, y la pena de inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo –ya sea esta pena principal o accesoria–, por otro, resulta patente.

En la práctica, de nada sirve que la doctrina penal sea unánime en afirmar que la pena de inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo prive al penado exclusivamente del acceso a cualquier cargo público electo y no afecte al que ya esté desempeñando (puesto que para ese cometido el CP prevé la pena de inhabilitación para el desempeño de empleo o cargo público), en tanto que por vía administrativa se están ampliando los efectos de las sanciones penales a situaciones no previstas ni por la Ley penal ni, por ende, sus efectos están determinados en la Sentencia penal³³.

En definitiva, la afección a un derecho fundamental tan esencial en la sociedad democrática como es el derecho de participación política del artículo 23.2 CE, mediante el acceso al desempeño de cargos públicos electos (ya sea en virtud de la ejecución de las sentencias penales, ya sea como consecuencia de los efectos extrapenales de dichas sentencias penales) que se recoge en el Ordenamiento Jurídico Español parece desproporcionado, sin responder en todos los casos a una fundamentación coherente. Su previsión expresa en los delitos electorales, así como instrumento de lucha contra la corrupción pública en los delitos contra la Administración Pública, adquieren sentido si se

³² En este sentido, VALEJE ÁLVAREZ, I., *ADPCP*, 2007, p. 246.

³³ Al respecto, *Vid.* el Auto del TSJ de Andalucía (Sala de lo Civil y Penal) 29/2002, de 15 de abril, ante una denuncia por prevaricación que presenta un concejal cesado como consecuencia por el órgano administrativo competente por haber sido condenado con la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo, cuando debió haberse hecho como consecuencia de la pena principal de prisión.

tienen en cuenta los principios básicos del Derecho penal y los fines preventivo especiales y generales de la pena, debiendo aparecer como pena principal, al margen de otra pena privativa de libertad con la que pudiera concurrir. Ahora bien, los efectos sobre un derecho fundamental esencial para el buen desarrollo democrático como es el derecho de acceso a la participación política se vuelven desorbitados en los otros casos: de un lado, cuando la pena de inhabilitación para el ejercicio de derecho de sufragio pasivo se convierte automáticamente en la pena accesoria a toda pena de prisión, sin necesidad de motivación ni de conexión con el delito cometido; y, de otro lado, cuando el legislador administrativo, al configurar el derecho fundamental de acceso a la participación política, extiende desmesuradamente las consecuencias de la ejecución de las Sentencias penales a supuestos no recogidos expresamente en ellas, mediante la extensión de los casos de inelegibilidad a los casos de incompatibilidad para el ejercicio del cargo público que ya se ostenta por elección.

De lege ferenda es imprescindible una reformulación del problema, garantizando en todo caso el derecho fundamental a la participación política a través de la tutela del derecho al sufragio pasivo. En esta línea: a) Debe replantearse la obligatoriedad de la imposición de una pena accesoria en todos los casos en los que se imponga una pena privativa de libertad, debiendo –en caso de imponerse– garantizar su vinculación con el delito cometido; b) Debe limitarse la pena de inhabilitación para el sufragio pasivo a los delitos electorales y a los delitos de corrupción pública; c) Se debe redimensionar el alcance de las causas de incompatibilidad para el desempeño de un cargo público electo, limitándolo a los condenados por sentencia firme por delitos contra la Constitución o por delitos de corrupción pública.

NOTAS SOBRE LA CONVERGENCIA DE UNA PLURALIDAD DE ATENUANTES EN EL CÓDIGO PENAL*

MARTÍN BESIO HERNÁNDEZ**

I. EL ARTÍCULO 66.1.2.^a DEL CÓDIGO PENAL

La vigente regla 2.^a del artículo 66.1, norma que recoge y regula los efectos sobre el marco penal de la presencia de una pluralidad de circunstancias atenuantes ordinarias o muy cualificadas y de una singularidad tratándose de estas últimas, es el resultado de varias modificaciones relevantes a su versión original en el CP de 1995¹, introducidas todas por la LO 11/2003, de 29 de septiembre. Así, en primer lugar, al margen de su traslación formal como regla 2.^a (antes regla 4.^a), dicha normativa introdujo –como una de sus enmiendas importantes– a la presencia de una pluralidad de atenuantes muy cualificadas («o varias muy cualificadas») como presupuesto alternativo que posibilita la reducción de san-

* Sirva este texto como contribución al merecido homenaje de mi querida Maestra, Prof. Dra. Mirentxu Corcoy Bidasolo, en reconocimiento de su trayectoria docente y destacada labor intelectual, que tan decisivamente ha influido en tantos de nosotros, de uno y otro lado del Atlántico; y en especial agradecimiento –que reitero una vez más aquí– por, para expresarlo en pocas palabras, siempre haber creído en mí.

** Profesor de Derecho penal de la Universidad Diego Portales (Chile); Doctor en Derecho (Universitat de Barcelona).

¹ El contenido original de la regla que contemplaba los efectos sobre el marco penal asociados a una pluralidad de circunstancias atenuantes ordinarias y a una atenuante muy cualificada en el CP de 1995, en su versión primaria como regla 4.^a, era el siguiente: «[c]uando sean dos o más las circunstancias atenuantes o una sola muy cualificada, los Jueces o Tribunales, razonándolo en la sentencia, podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley, aplicándola en la extensión que estimen pertinente, según la entidad y número de dichas circunstancias».

ción de uno o dos grados que dicho precepto contempla, extensión de degradación que se mantuvo inalterada junto a los entonces existentes supuestos de concurrencia de una sola de ellas y de una pluralidad de atenuantes ordinarias, que se mantuvieron en el texto. La modificación pretendió subsanar, por una parte, la ausencia de una regulación explícita de tal supuesto de concurrencia de atenuantes –en plural– muy cualificadas, que de todos modos tanto la doctrina como la jurisprudencia entendían tácitamente como comprendido en el precepto² y, por la otra, evitar acumulaciones sucesivas de disminuciones de grado de la pena en razón de tal pluralidad al contemplarse explícitamente tal concurrencia asociándola al efecto máximo de dos grados de aminoración previsto en la regla³.

Adicionalmente, mediante la incorporación de la expresión «aplicarán la pena inferior en uno o dos grados» (en reemplazo de la anterior «podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados»), la LO 11/2003 resolvió definitivamente la problemática asociada a la naturaleza facultativa o imperativa de la decisión judicial de reducción en grados para los supuestos de concurrencia de atenuantes que prevé la regla, decantándose positivamente por su carácter obligatorio en un grado y reservando la posibilidad discrecional de optar por el máximo de dos grados de degradación al tenor de los baremos –explicitados en la norma– de número y de entidad de las atenuantes concurrentes, posición legislativa que contó con el antecedente y respaldo material del Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 1998, orientado en el mismo sentido (y que alcanzó, además, en la misma línea, a la eximente incompleta reglada por el art. 68 CP).

La reforma también trastocó marginalmente la distribución secuencial en que se situaban al interior de la regla los criterios a los que se subordina el ejercicio de la facultad –ahora de corte discrecional– de disminución de dos grados (directrices cuya incidencia imperativa en ese ámbito, en tanto arbitrio reglado, suele ser olvidada en la práctica judicial⁴), alineando el componente cuantitativo (número de las atenuantes) con antelación al factor cualitativo (entidad); invirtiendo, en suma, el

² CASTELLÓ NICÁS, N., *Arbitrio judicial y determinación de la pena en los delitos dolosos (art. 66.1 del Código Penal)*, Granada (Comares), 2007, p. 109 s.

³ BOLDOVA PASAMAR, M., «Aplicación y determinación de la pena», en Gracia Martín, L. (coord.), *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, 3.ª ed., Valencia (Tirant lo Blanch), 2004, p. 249.

⁴ Aunque, por cierto, no con carácter absoluto, es posible constatar en la práctica judicial española una tendencia a obviar la ponderación de los baremos de número y de entidad de las atenuantes concurrentes (previstos de forma explícita al efecto por la regla 2.ª) en la decisión discrecional de disminución de dos grados, ya sea para ejercer o no dicha facultad. Sólo como evidencia marginal (pues una revisión casuística al efecto es imposible y excede con creces los límites de este texto), la reciente STS 20/2021, de 18-01, que, sobre la base de la concurrencia de dos circunstancias atenuantes ordinarias, en aplicación explícita del artículo 66.1.2.ª y ante la alternativa de disminución en uno o dos grados, decide «hacer la rebaja en un solo grado, dada la recalcitrante conducta mostrada por el acusado con su persistente actividad delictiva».

orden en que aparecían en el texto reformado. Dicha alteración, de todos modos, no implicó consecuencias relevantes en la aplicación del precepto ni tampoco, en especial, modificó el nivel de incidencia que éste adscribía y adscribe actualmente a cada uno de tales criterios en la decisión de disminución en dos grados, en tanto –al margen de su posición formal en el texto con respecto al otro– ambas directrices se prevén de modo copulativo al efecto. En todo caso, debe precisarse que tanto en la versión original como regla 4.^a y también en la vigente regla 2.^a el baremo de *entidad* de las atenuantes sólo tiene influencia –y siempre en equivalencia al de su número, por lo tanto un influjo atenuado– en el ámbito de la decisión potestativa de disminución del máximo discrecional posible de dos grados de pena, más carece de toda incidencia (siendo intrascendente) en el contexto de la degradación imperativa en un solo grado, que se encuentra condicionada exclusivamente a la verificación del presupuesto base de aplicación de la regla, a saber, por el *número* de atenuantes: por la existencia de una pluralidad de atenuantes ordinarias (de dos o más), o de una o varias atenuantes muy cualificadas. Por ello, el criterio predominante que recoge la regla 2.^a del artículo 66.1 para normar los efectos sobre el marco penal de los supuestos atenuatorios que contempla es cuantitativo (número de las circunstancias, ya ordinarias, ya muy cualificadas) y sólo marginalmente –exclusivamente para los efectos de la decisión discrecional de reducción máxima en dos grados y siempre en conjunto con su número– se atiende a la dimensión cualitativa de las circunstancias (entidad); que, además, sólo parece adquirir relevancia práctica respecto de atenuantes ordinarias por devenir en formalmente redundante para el caso de las muy cualificadas, constituidas como tales precisamente en razón de su (mayor) *entidad* como elemento diferencial y constitutivo y, por ello, intrínseco.

Asimismo, y en coherencia con la atribución de un carácter imperativo a la disminución de un grado, se eliminó del precepto la expresión «aplicándola en la extensión que estimen pertinente», que era usualmente interpretada antes de su exclusión como una habilitación normativa de discrecionalidad judicial amplia que alcanzaba no sólo a la decisión de rebaja en grado o grados en razón de las atenuantes concurrentes, sino que también –en función de las mismas atenuantes: de su entidad y número– a la elección de la pena exacta al interior del marco penal ya depurado por tal disminución, al desvincular al tribunal de las restantes reglas en la aplicación posterior de la pena⁵. Probable-

⁵ Así, antes de la vigencia de la LO 11/2003, SALINERO ALONSO, C., *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y artículo 66 del Código Penal*, Granada (Comares), 2000, p. 176; con posterioridad, pero en retrospectiva, CASTELLÓ NICÁS, N., 2007, p. 110, con múltiples referencias; BORJA JIMÉNEZ, E., *La aplicación de las circunstancias del delito (actualizado a la reforma 2015)*, Valencia (Tirant lo Blanch), p. 110 ss.; LLORCA ORTEGA, J., *Manual de determinación de la pena*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2005, p. 98.

mente la discrecionalidad judicial amplia que se adscribía a tal expresión del precepto justificó al menos en parte, dada su supresión, el contenido de la vigente regla 8.^a que la LO 11/2003 asimismo introdujo en el artículo 66.1 de modo relativamente congruente con tal eliminación, en la medida que la nueva regla pasó a recoger –al menos literalmente– el mismo ámbito formal de arbitrio judicial para el caso de una reducción de dos grados, de acuerdo a la interpretación tradicional de dicha norma⁶.

Otra de las modificaciones de la regla 2.^a consistió en la eliminación de la obligación explícita de motivación que contenía en su versión primaria la regla 4.^a («razonándolo en la sentencia»), cuya justificación material puede adscribirse a razones de coherencia interna con el texto reformado; en concreto, con el carácter imperativo de la disminución de un grado de sanción que se incorporó a la disposición («aplicarán» en reemplazo de «podrán imponer»), en tanto la motivación judicial que la expresión suprimida demandaba devino posteriormente en superflua como consecuencia precisamente de dicho carácter obligatorio de la rebaja en un grado, al subordinarse tal degradación sólo a la verificación de la presencia del número y clase de atenuantes exigidos por la norma, careciendo por ello de sentido la necesidad de motivación a su respecto. De todos modos, lo que es evidente, no obstante tal supresión, la exigencia de motivación judicial de la decisión de reducción en dos grados al tenor de los baremos previstos al efecto (número y entidad de las atenuantes) se mantiene vigente por mandato del artículo 72 CP, que la impone con expresa referencia al «grado» y extensión concreta de la pena impuesta, sin perjuicio del imperativo general de justificación de toda decisión judicial que es posible de derivar de los artículos 24.1 y 120.3 CE⁷, como lo ha destacado la jurisprudencia. Así, entre otros pronunciamientos, el ATS 1037/2019, de 31 de octubre, advierte que «puesto que la rebaja en un grado lo es por imperativo legal, lo que resulta obligado motivar es la reducción en dos grados»; afirmando, asimismo, la STS 123/2021, de 11 de febrero, que «[l]a conveniencia de motivación sobre la determinación de la pena se transmuta en necesidad en determinados supuestos», entre ellos, «cuando la norma legal permite reducir la penalidad bien en uno bien en dos grados, en cuyo caso dicha opción debe ser motivada con referencia a los criterios legales [...]».

Por último, como última alteración relevante, la LO 11/2003 incorporó al contenido de la regla 2.^a la previsión expresa de ausencia de una o más agra-

⁶ Al respecto, *infra*, en el texto principal.

⁷ Sobre el deber de motivación de las decisiones judiciales en el ámbito de individualización de la pena, con múltiples referencias dogmáticas y jurisprudenciales, entre otros, BESIO HERNÁNDEZ, M., *Los criterios legales y judiciales de individualización de la pena*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2011, p. 487 ss.

vantes como presupuesto (de carácter negativo) de su aplicación («y no concurrirá agravante alguna»), que no existía en la versión primaria del precepto (regla 4.^a) y que planteaba entonces dudas respecto de su operatividad para el escenario de concurrir alguno de los presupuestos de atenuación que contemplaba junto a una o más agravantes, existiendo posiciones disímiles tanto en la doctrina como en la jurisprudencia⁸.

II. EL DISEÑO VIGENTE DEL ARTÍCULO 66.1.2.^a DEL CÓDIGO PENAL: EL RÉGIMEN FORMAL DE ALTERNATIVIDAD EXCLUYENTE DE SUPUESTOS ATENUATORIOS Y LA TESIS DE VALORACIÓN CONJUNTA DE TODA PLURALIDAD DE ATENUANTES

Desde una óptica estrictamente formal la vigente regla 2.^a se estructura sobre la base de dos presupuestos diferenciados y alternativos, asociado cada uno de ellos a la diferente clase⁹ de circunstancia atenuante que regula, a los que el precepto asigna, por una parte, el mismo efecto de depuración del marco penal y, por la otra, como condicionante negativo, la misma exigencia de ausencia de al menos una agravante de responsabilidad para la producción de tal efecto de degradación¹⁰. En concreto, del tenor literal de la regla 2.^a se desprende que ésta contempla como primer presupuesto positivo de aplicación la concurrencia de una pluralidad de atenuantes ordinarias («cuando concurren dos o más circunstancias atenuantes») y, adicionalmente, como una hipótesis distinta que la disposición consigna de forma alternativa y excluyente del anterior (separación y alternatividad excluyente entre tales presupuestos formulada positivamente en su texto por medio de la disyunción «o» que se intercala

⁸ Sobre el estado de la discusión antes de la LO 11/2003, SALINERO ALONSO, C., 2000, p. 171 ss.; CASTELLÓ NICÁS, N., 2007, p. 112 ss.

⁹ La expresión «clase» referida a las circunstancias atenuantes, expresión cuyo objetivo en el texto es diferenciar entre atenuantes ordinarias y atenuantes muy cualificadas, se utiliza desde la óptica de los diferentes efectos que éstas generan sobre el marco penal y –obviamente– no desde la perspectiva de su condición normativa de «circunstancias» (de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal), pues tanto atenuantes ordinarias como atenuantes muy cualificadas lo son.

¹⁰ También, como propone SANTANA VEGA, D., «art. 66», en Corcoy Bidasolo, M., y Mir Puig, S. (dirs.), *Comentarios al Código Penal*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2015, p. 191, pueden diferenciarse cuatro supuestos (en vez de dos) en la regla 2.^a, pero ya no utilizando como parámetro la clase o naturaleza de las circunstancias, sino que su adscripción formal al precepto, a saber, la concurrencia de dos atenuantes ordinarias, de tres o más atenuantes ordinarias, de una atenuante muy cualificada y de dos o más atenuantes muy cualificadas.

entre ambos), la presencia tanto singular como plural de atenuantes muy cualificadas («o [cuando concurren] una o varias muy cualificadas»).

Ambos escenarios autónomos de convergencia de atenuantes se encuentran condicionados para su operatividad por la ausencia de –al menos– una agravante y son dotados por la regla del mismo efecto sobre el marco penal, a saber, la reducción imperativa de un grado y potestativa de dos grados como máximo, dependiendo en este último caso del número y de la entidad con que se presenten «dichas circunstancias atenuantes». Que el mismo efecto abstracto de disminución de la sanción sea previsto –sin distinciones– para ambos supuestos no obstante el número de circunstancias que el precepto demanda sea disímil para uno u otro, se explica por la diferente entidad de las atenuantes que se adscriben a cada uno de ellos: mientras las atenuantes ordinarias sólo generan –al menos, como base– una disminución de un grado en razón exclusiva de su pluralidad (más de una o, si se quiere, dos o más), basta con una sola atenuante muy cualificada, circunstancia de entidad superior a una ordinaria¹¹, para la producción del mismo efecto mínimo de degradación. Las inconsistencias en clave de proporcionalidad que pueden endosarse a la regla se sitúan más bien en los contornos asociados al máximo potencial de disminución de pena que ésta prevé, en tanto uniforme para una variedad de escenarios cuantitativa y valorativamente diversos. Así, por ejemplo, es el mismo efecto de dos grados de rebaja de pena el que pueden adquirir tanto dos atenuantes ordinarias, ponderación de su entidad mediante, como dos o tres atenuantes muy cualificadas.

Esta previsión de escenarios atenuatorios alternativos que se consignan formalmente en la estructura de la regla como compartimientos estancos (estructura formal cuya explicación sólo puede encontrarse en un problema de diseño, de técnica legislativa, en la formulación positiva del precepto), no ha sido objeto de una especial atención ni desarrollo por parte de la doctrina y de la práctica judicial española en el análisis y aplicación de la regla 2.^a, en tanto el principal problema que tal dualidad disyuntiva teóricamente imprime a su

¹¹ Si bien el legislador penal no refiere positivamente a un concepto de atenuante muy cualificada, existe un consenso relativamente consolidado tanto en la literatura como en la jurisprudencia en entenderla como aquellas que «alcanzan una intensidad superior a la normal» (MUÑOZ RUIZ, J., *Las circunstancias atenuantes muy cualificadas. Régimen jurídico y análisis de los criterios jurisprudenciales para su estimación*, Cizur Menor (Aranzadi), 2016, p. 27), esto es, paso a precisar, superior a la intensidad de una atenuante ordinaria tanto desde la óptica de la satisfacción de los elementos típicos que la constituyen como, en consecuencia, de sus efectos relativos sobre el marco de sanción. Desde esta última perspectiva, la STS 108/2020, de 11-03, sostiene que «la circunstancia atenuante puede y debe estimarse como cualificada cuando los elementos que configuran la razón atenuatoria concurren de manera relevante e intensa en la hipótesis concernida, esto es, superando en mucho lo que sería la normal exigencia para que la atenuación se considere estimable con carácter genérico».

operatividad (en principio, excluir la ponderación y producción de efectos a la presencia conjunta de atenuantes de diferente clase o entidad, en tanto constitutivas de supuestos atenuatorios que se consignan, sin justificación, de forma excluyente entre sí) ha sido superado a través de una interpretación material del precepto que, en definitiva, lo neutraliza. Esa aproximación a la regla, que con buenas razones prescinde de su estricto tenor literal y que –en lo relevante– incluye a su alero a todas las circunstancias atenuantes con independencia de su categoría normativa para admitir una valoración conjunta de todas ellas, ha propiciado, no obstante, otro tipo de inconvenientes en su aplicación, que son los que interesa destacar aquí (*infra*).

El diseño formal de la regla 2.^a –estructurado sobre la base de supuestos atenuatorios autónomos e incompatibles– resulta objetivamente deficiente en tanto inhibe la producción de efectos sobre el marco penal de aquellas circunstancias atenuantes que son desplazadas en razón de la alternatividad excluyente que literalmente consagra el precepto. Así, desde una óptica exclusivamente formal, al alero de la regla 2.^a sólo es posible incluir, por una parte, a dos o más atenuantes ordinarias o, por la otra, a una o más atenuantes muy cualificadas, encontrándose –en principio, sólo formalmente– vedados los escenarios de concurrencia copulativa de unas y otras (por ejemplo, la presencia conjunta de dos atenuantes ordinarias y una atenuante muy cualificada), con la consecuente privación potencial de los efectos de degradación de sanción de aquellas circunstancias que, adscritas formalmente a uno de los supuestos de atenuación de la regla, no serían susceptibles de valoración en razón de la incompatibilidad que generaría su concurrencia adicional a aquellas constitutivas del otro supuesto que se prevé de forma excluyente. El problema, como se advertirá, se podría traducir en un déficit relevante de efectos atenuatorios en tanto las circunstancias no valoradas en función de la directriz formal de alternatividad impidan a aquellas sí ponderadas la generación del máximo efecto posible de disminución de dos grados de sanción que la regla contempla (pues si ya una o cualquiera de las hipótesis de atenuación que se presentan, por sí solas, permite alcanzar individualmente ese máximo efecto de degradación del marco, el problema deviene en irrelevante); escenario que, en todo caso, es posible de proyectar en abstracto como regla general, dado que por definición la o las atenuantes excluidas de valoración hubiesen tenido siempre incidencia al menos al alero del *número* de las atenuantes presentes, y eventualmente al tenor de su *entidad* global, criterios estos últimos a los que se subordina explícitamente la decisión de reducción de dos grados.

No obstante, la carencia de todo soporte lógico del diseño de alternatividad excluyente que formalmente consagra la regla 2.^a ha generado que, en la

práctica, se prescinda del mismo en su aplicación, simplemente obviándolo. En la literatura suele no encontrarse una referencia a dicha estructura dual diferenciada, acotándose tangencialmente en algunos casos –y con razón– que se trata de supuestos compatibles¹², y la práctica judicial opera en la aplicación de la regla sobre la base de una valoración conjunta y acumulativa de todas las atenuantes concurrentes, con independencia de si se trata de atenuantes ordinarias o muy cualificadas. Así, entre otras, lo advierte la STS 211/2014, de 18-03: «[...] la regulación del Código Penal en el artículo 66.1.2.^a permite al Tribunal valorar el conjunto de los elementos de atenuación que concurran en el hecho, sea como atenuantes ordinarias o sea como atenuantes muy cualificadas, y sean en cada caso una o varias, para reducir la pena en uno o dos grados, atendiendo a su número y entidad»¹³.

III. LA (SUPUESTA) INCOMPATIBILIDAD DE LAS REGLAS 1.^a Y 2.^a AL INTERIOR DEL ARTÍCULO 66.1 CP COMO COROLARIO DE LA TESIS DE VALORACIÓN CONJUNTA DE TODA PLURALIDAD DE ATENUANTES

Esta interpretación dominante de la regla 2.^a no presenta reparos en lo sustancial, en tanto elude la barrera formal que el texto impone sin justificación plausible a la ponderación de las atenuantes que, en distintas variantes, dependiendo de las particularidades de cada caso, puedan converger respecto de un hecho determinado y de su autor. Sin embargo, en tanto se ha formulado como un imperativo de inclusión general –sin distinciones– de toda pluralidad de circunstancias atenuantes concurrentes, con independencia de si éstas constituyen o no alguno de los presupuestos atenuatorios adscritos formalmente como base de aplicación de la regla 2.^a, ha propiciado algunas distorsiones en el régimen de individualización de la pena, en especial, neutralizando la operatividad de la regla 1.^a ahí donde resulta, en principio y formalmente, aplicable.

En efecto, la regla 2.^a suele entenderse como comprensiva no sólo de los presupuestos atenuatorios base que expresamente consigna (dos o más atenuantes ordinarias, o una o más atenuantes muy cualificadas), sino que, adicionalmente, como depositaria de todo supuesto de convergencia de pluralidad de atenuantes con carácter general, esto es, con independencia de si la variedad de

¹² Así, por ejemplo, MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, 5.^a ed., Cizur Menor (Civitas), 2011, p. 299; tácitamente, CASTELLÓ NICÁS, N., 2007, p. 117.

¹³ También, las sentencias que se reseñan *infra*, en el texto principal.

circunstancias que se adscribe a la regla puede o no ser reconducida a alguno de los escenarios atenuatorios que ésta formalmente contempla. Así, en concreto, se incluye al alero de la regla 2.^a la circunstancia que, en principio, individualmente considerada, podría ser subsumida bajo la regla 1.^a del artículo 66.1 (a saber, una atenuante ordinaria), pero que en razón de su presencia conjunta con otras circunstancias atenuantes formalmente adscritas a la regla 2.^a termina siendo captada exclusivamente por esta última, bajo la lógica de que ésta admitiría con carácter universal una valoración global de toda pluralidad de atenuantes.

Se afirma, entonces, tácitamente, no sólo una relación normativa de exclusión entre las reglas 1.^a y 2.^a ahí donde se verifican sin interferencias los presupuestos de aplicación de ambos preceptos (por ejemplo, la concurrencia de una atenuante ordinaria junto a una atenuante muy cualificada), sino que, como consecuencia, se impone una rigidez absoluta a la operatividad del artículo 66.1 que dicha norma no contempla (al menos no expresamente).

Dado que la regla 1.^a refiere a la presencia de una atenuante ordinaria y la regla 2.^a a los casos de convergencia de dos o más atenuantes ordinarias o de una o varias muy cualificadas, los únicos supuestos de una pluralidad de circunstancias atenuantes susceptibles de ser captados simultáneamente y sin interferencias por ambas reglas se circunscriben a la concurrencia acumulativa de una atenuante ordinaria y una atenuante muy cualificada; y, adicionalmente, de una atenuante ordinaria y de dos o más atenuantes muy cualificadas. En estos escenarios resulta aplicable tanto la regla 1.^a, precepto al que se adscribe la presencia singular de la atenuante ordinaria, como también la regla 2.^a, a la que se reconduce la existencia de una o más atenuantes muy cualificadas. Y se trata, como se advertirá, de hipótesis no regladas de convergencia conjunta de atenuantes (no reguladas globalmente, pero sí individualmente a través de las reglas 1.^a y 2.^a) en que los ámbitos de aplicación de cada una de las reglas no se intersecan o solapan.

En la práctica judicial tales supuestos problemáticos (una atenuante ordinaria que se verifica junto a una o varias muy cualificadas) suelen ser incluidos al alero de la regla 2.^a, entendida ésta a la luz de un imperativo de valoración conjunta de toda pluralidad de atenuantes que se presente, con la consecuen- cial inhibición de aplicación de la regla 1.^a y la pérdida de los efectos que ésta pudo potencialmente imprimir en la depuración del marco penal (efectos de corte imperativo y no facultativo, cabe destacar).

Así, por ejemplo, se aprecia en el razonamiento contenido en la STS 119/2020, de 12-03, frente al escenario de presencia conjunta de una atenuante ordinaria y una atenuante muy cualificada, que la sentencia incorpora

al alero de la regla 2.^a, atribuyéndoles a todas al tenor de la misma disposición (sin mención ninguna a la regla 1.^a) el efecto de disminución de solo un grado, en contra de la pretensión del recurso: «[n]o le asiste la razón al recurrente cuando afirma que la concurrencia de una atenuante muy cualificada y otra ordinaria obligan a la imposición de la pena inferior en dos grados. El artículo 66.1.2.º CP permite la imposición de la pena inferior en uno o en dos grados. En este caso la rebaja en un grado es procedente ya que sólo concurre una atenuante muy cualificada y otra ordinaria».

Sobre la base del mismo supuesto (convergencia de una atenuante ordinaria y de una atenuante muy cualificada a las que se otorga el efecto de degradación de un grado), la STS 108/2020, de 11-03, subraya la relación de exclusión que advierte existe entre las reglas 1.^a y 2.^a en favor de esta última, descartando expresamente la posibilidad de una aplicación sucesiva de ambas (como pretendía el recurso: primero la regla 2.^a respecto de la atenuante muy cualificada y posteriormente la regla 1.^a en relación a la atenuante ordinaria), bajo una comprensión explícita de la regla 2.^a como mandato de valoración universal de toda pluralidad de atenuantes concurrentes, sin distinciones: «[l]a pena ha sido correctamente impuesta por el Tribunal. No se trata de aplicar, como pretende el recurrente, primero la regla del artículo 66.1.2.^a por la concurrencia de la atenuante cualificada, y después la regla 1.^a del citado artículo por la concurrencia de una atenuante simple, sino que el Tribunal debe tener en cuenta el total de las atenuantes concurrentes y su entidad, para rebajar la pena en uno o dos grados, y para individualizarla, por aplicación del artículo 66.1.2.^a».

La consecuencia directa de tal aproximación a la regla 2.^a, en tanto adjudicataria de toda pluralidad de atenuantes que se presente incluso fuera de su ámbito formal de aplicación, se traduce en su primacía excluyente con respecto de la regla 1.^a (descartándose una aplicación sucesiva entre ambas, cada una respecto del supuesto atenuatorio que particularmente prevé), con el consecuencial déficit de efectos de degradación del marco penal que cabe afirmar como regla general, en concreto, en tanto pérdida de los efectos de disminución de sanción propios de la inaplicada regla 1.^a (la fijación imperativa del marco en su mitad inferior). De todos modos, esa merma de efectos atenuatorios adscritos a la regla 1.^a sólo se produce en el evento de que al interior de la regla 2.^a la atenuante ordinaria no haya incidido –en su ponderación conjunta con la atenuante o las atenuantes muy cualificadas concurrentes– en la generación de una reducción de dos grados, ya al tenor del baremo del número (criterio respecto del que por definición incidirá al adicionarse a aquellas propias de la regla 2.^a) o en razón de su entidad; pues de haber influido en una disminución efectiva de dos grados ha posibilitado un efecto de degradación de la

sanción que, como proyección general, será superior al que a su respecto asigna individualmente la regla 1.^a (mitad inferior). Al margen, de tratarse de una rebaja de dos grados de pena resultaría formalmente aplicable la regla 8.^a del artículo 66.1, que –de acuerdo con su interpretación tradicional– impediría la operatividad sucesiva de la regla 1.^a.

En los supuestos asociados a las sentencias referidas precedentemente, ambos constitutivos de una atenuante ordinaria que se presenta en conjunto con una atenuante muy cualificada y respecto de los que se decidió la disminución de un solo grado, se constata objetivamente (al contrario de si se hubiese rebajado el marco en dos grados; *supra*) dicho déficit de efectos atenuatorios, toda vez que una aplicación sucesiva de las reglas hubiese determinado en razón de la regla 1.^a la fijación preceptiva del marco en su mitad inferior una vez que ya ha sido reducido en un grado por la regla 2.^a. Lo mismo en un escenario estándar de concurrencia de una o dos atenuantes muy cualificadas junto a una atenuante ordinaria en que el tribunal haya optado por la degradación base imperativa de un grado.

La relación de exclusión entre las reglas 1.^a y 2.^a del artículo 66.1 (fuera del ámbito de incidencia de la regla 8.^a, no obstante lo expuesto *infra*) para los casos de convergencia conjunta de supuestos atenuatorios adscritos formalmente a cada una (así, una atenuante ordinaria y una atenuante muy cualificada), que se afirma en razón de la regla 2.^a entendida ésta como receptáculo normativo que cobija toda pluralidad de atenuantes y que, por ello, primaría por sobre la aplicación de la regla 1.^a, puede ser controvertida. Por de pronto, porque dicho régimen de exclusión no tiene sustento normativo alguno, al menos no explícito, en tanto ninguna de tales reglas prevé su aplicación preferente con respecto de la otra; ni tampoco se advierte un escenario de solapamiento entre ambas que pueda justificar entonces, por vía interpretativa, la necesidad de resolver una eventual convergencia conjunta desplazando a una en favor de la otra. Además, pues bajo cada uno de tales preceptos se subsumen hipótesis atenuatorias disímiles (una atenuante ordinaria al alero de la regla 1.^a, y una o más atenuantes muy cualificadas en la 2.^a) que, una vez configuradas, no obstante su presencia simultánea, deben producir sus efectos sobre el marco penal, sobre todo si ambas reglas contemplan a su respecto una incidencia imperativa de reducción de la sanción (ya la mitad inferior del marco, ya –como mínimo preceptivo– una disminución de un grado). Si el objetivo del sistema de individualización de la pena es proveer de una respuesta –la imposición de una sanción– que sea proporcionada al delito y adecuada a su autor, y para ello contempla un conjunto de normas a través de las cuales se moldea y perfecciona la misma de modo congruente con tal finalidad, lo lógico entonces es que cada uno de los preceptos que integran el

sistema deba necesariamente recibir aplicación cada vez que se verifiquen los presupuestos que habilitan su operación.

La consecuencia de impedir la concurrencia sucesiva de las reglas 1.^a y 2.^a para el escenario de una pluralidad de atenuantes cuyo contenido es captado separada e individualmente por cada uno de tales preceptos sin interferencias (así, una atenuante ordinaria que se presenta junto a una atenuante muy cualificada), se traduce en un déficit relevante de efectos de depuración del marco penal, de merma de los efectos atenuatorios que pudo imprimir al marco la circunstancia que no es ponderada y que, por ello, no incide en la respuesta penal concreta asociada al hecho y a su autor. La aplicación secuencial de las reglas 1.^a y 2.^a aparece, entonces, no solo como admisible, sino que, además, obligada.

IV. LA REGLA 8.^a COMO EVENTUAL OBSTÁCULO FORMAL A LA APLICACIÓN SUCESIVA DE LAS REGLAS 1.^a Y 2.^a ¿ORDEN ESPECÍFICO DE LA SECUENCIA?

La regla 8.^a del artículo 66.1 fue introducida, asimismo, por la LO 11/2003, estableciendo un margen de discrecionalidad amplia en la aplicación de la pena («podrán hacerlo en toda su extensión») para los casos de una operación previa de reducción de dos grados («en más de un grado»). No obstante que de su ubicación sistemática –situada al interior del art. 66.1– y de disposiciones especiales que a dicha norma se remiten (art. 68) se deriva que su ámbito de aplicación se circunscribe exclusivamente a las reglas del propio artículo 66.1¹⁴, cuestión de todas formas controvertida¹⁵, la única disposición que entre ellas constituye su referente objetivo es la regla 2.^a en tanto sólo ésta permite una disminución en más de un grado.

Aunque no es del todo evidente el sentido u objetivo específico que asume la regla 8.^a en el sistema de individualización judicial de la pena, su introducción al artículo 66.1 puede explicarse, preliminarmente, por la eliminación por parte de la misma LO 11/2003 del margen de discrecionalidad amplia que preveía expresamente la anterior regla 4.^a para la decisión de rebaja en uno o dos grados y que se entendía usualmente como extendida también a la fijación de la pena exacta dentro de la extensión resultante, margen de arbitrio que la regla 8.^a pasó entonces a recoger para el supuesto de reducción de dos grados,

¹⁴ MAPELLI CAFFARENA, B., 2011, p. 298.

¹⁵ Así, entre otros, BOLDOVA PASAMAR, M., 2004, p. 253; también MUÑOZ RUIZ, J., 2016, p. 56.

según una vertiente de interpretación de la norma¹⁶, en coherencia con el carácter imperativo que la regla 2.^a instauró expresamente para la disminución en un grado. De todos modos, el arbitrio que la entonces regla 4.^a concedía al juzgador podía entenderse conferido también para la decisión cuantitativa de pena pese la existencia de la entonces regla 1.^a, dado que su texto habilitaba directamente a su aplicación –en conjunto con la decisión discrecional de rebaja en uno o dos grados– «en la extensión que estimen pertinente» en función de los baremos que expresamente consignaba al efecto, a saber, la entidad y número de las atenuantes concurrentes. Pero no cabe entender que la discrecionalidad que la regla 8.^a consagra al posibilitar la fijación de la pena –luego de la disminución en dos grados– en toda la extensión del marco resultante alcance también, de modo absoluto, a la decisión de cuantía exacta de sanción, debiendo ésta sujetarse a los baremos de circunstancia personales del responsable y a la gravedad del hecho, no sólo porque la regla 8.^a no provee de criterios explícitos –al contrario de la anterior regla 4.^a– que condicionen dicha operación cuantitativa, sino porque la regla 6.^a se erige al efecto como la norma de clausura de todo el sistema de individualización de la pena¹⁷. También, por otra parte, puede justificarse la introducción de la regla 8.^a en función de la problemática que suscitaba antes de su entrada en vigor la posibilidad de acumulaciones de rebajas sucesivas en el escenario de concurrencia de una exigente incompleta en conjunto con una o varias circunstancias atenuantes y, por ello, por la plausibilidad –que se debatía, sin un acuerdo consolidado– de aplicación posterior de las reglas de reducción de sanción asociadas a las circunstancias atenuantes, todo bajo la idea matriz de la imposición de un condicionamiento injustificado al juez en la fijación de la pena con posterioridad a una disminución sustancial de dos grados; problemática que fue resuelta positivamente por la reforma del artículo 68 por parte de la LO 15/2003, de 25 de noviembre, casi coetáneamente con la introducción de la regla 8.^a al artículo 66.1.

Al margen, existe un relativo consenso en que la regla 8.^a excluye la aplicación de todas o algunas de las restantes disposiciones del artículo 66.1 en el supuesto de que previamente se haya reducido la pena en dos grados, por lo que, entonces, subsiste la vinculación posterior a tales reglas en el escenario de

¹⁶ Por todos, GALLEGO DÍAZ, M., «El sistema general de reglas para la aplicación de las penas del Código Penal de 1995 y las últimas reformas», en Octavio, E.; Gurdíel, M., y Cortés, E. (coords.), *Estudios Penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2004, p. 337.

¹⁷ No obstante la regla 6.^a circunscribe formalmente su operatividad a la ausencia de circunstancias, es evidente que también recibe aplicación una vez que unas y/u otras, presentándose, ya han producido sus efectos, supuesto que equivale, entonces, en esa fase de individualización de la pena, al de su ausencia.

rebaja de un solo grado¹⁸; no obstante no exista total nitidez respecto de la densidad específica que la regla 8.^a concede a la discrecionalidad judicial que contempla en la aplicación de la pena al permitirla «en toda su extensión», entendiéndose ésta ya como absoluta¹⁹, ya como relativa²⁰.

La presencia de una atenuante ordinaria junto a una o más muy cualificadas, escenario de convergencia conjunta de las reglas 1.^a y 2.^a que permitiría su aplicación consecutiva al no superponerse sus presupuestos respectivos de aplicación, escapa del ámbito de incidencia de la regla 8.^a (del mandato de desvinculación posterior de las restantes reglas del art. 66.1) siempre que el efecto de depuración del marco penal que se asigne a la concurrencia de una o más circunstancia atenuantes muy calificadas sea de un solo grado (o no de «más de un grado»), persistiendo entonces la posibilidad de reconducción del marco resultante de la aplicación preferente de la regla 2.^a (ya reducido en función de esa regla en sólo un grado por la atenuante muy calificada o varias de ellas) a la regla 1.^a, que determinará a su turno la fijación imperativa del marco penal en su mitad inferior (sin poder situarse la sanción dentro de su mitad superior, en tanto efecto legal preceptivo), de acuerdo a una primera posibilidad de ordenación de la secuencia de operatividad de ambas reglas.

Pero no es la única posibilidad de alineación entre ambas disposiciones, puesto que también resulta teóricamente plausible –en un contexto no reglado de presencia conjunta de tales circunstancias: una atenuante ordinaria junto a una o más muy calificadas– la aplicación primaria de la regla 1.^a, que sitúa el marco en su mitad inferior, y posteriormente de la regla 2.^a, que prevé a su turno una disminución imperativa de ese marco en un grado y potestativa en dos grados; posibilidad esta última (reducción de dos grados de corte discrecional) que sólo entonces dará lugar a los efectos de la regla 8.^a y a la fijación de la pena en toda la extensión del marco ya degradado tanto por la presencia de la atenuante ordinaria (regla 1.^a: mitad inferior) como por la concurrencia

¹⁸ MAPELLI CAFFARENA, B., 2011, p. 290; GALLEGO DÍAZ, M., 2004, p. 337. También la STS 193/2016, de 08-03: «[r]especto a la individualización de la pena [...] concurriendo dos atenuantes, ha suscitado polémica doctrinal su interpretación, dado que el párrafo octavo del art. 66 CP establece que cuando se aplique la pena inferior en más de un grado el Tribunal podrá imponer la pena en toda su extensión, lo que permite entender, *a sensu contrario*, que esta facultad no se concede cuando se reduce la pena solo en un grado. Por tanto, el Tribunal estará vinculado al resto de las reglas del art 66 [...]».

¹⁹ Así, entre otras, la STS 507/2020, de 14-10, afirma que «cuando se opta por reducir la pena en dos grados, la discrecionalidad es absoluta y se propaga a todo el dispositivo, permitiendo la fijación de la pena en cualquier punto dentro de los márgenes impuestos por este segundo grado libre de las reglas del artículo 66».

²⁰ BOLDOVA PASAMAR, M., 2004, p. 253 s., quien sostiene que operada una rebaja de dos grados «no habrán de atenderse a las reglas que operan sobre la extensión de la pena, aunque sí a aquellas reglas que comportan otra modificación del grado de la pena» (p. 254).

de la atenuante muy cualificada o, en todo caso, de más de una de ellas (regla 2.^a: dos grados)²¹. Como se advertirá, este último orden de convergencia (regla 1.^a y 2.^a) supone la determinación de una pena inferior en comparación con aquella que provee la secuencia contraria (regla 2.^a y 1.^a) únicamente en el evento de una reducción de dos grados en razón de la regla 2.^a, dada la coincidencia que existe entre el límite mínimo de la mitad inferior del marco (una vez que ha operado la regla 1.^a en función de la atenuante ordinaria) y el punto a partir del que se realiza luego la degradación en virtud de la regla 2.^a (el límite mínimo de la mitad inferior del marco penal en que ya ha incidido la atenuante ordinaria es el mismo límite mínimo del marco original y, además, el mismo límite desde el que se disminuye posteriormente un grado dada la presencia de una atenuante muy cualificada), por lo que una aplicación ulterior de la regla 2.^a elimina el efecto que ya ha imprimido a la pena la regla 1.^a (esto es, la fijación provisional del marco en la mitad inferior). Sin embargo, pese a mantenerse esa misma coincidencia y consecuencial pérdida de efectos atenuatorios (de los efectos de la atenuante ordinaria) para el supuesto de rebaja de dos grados, la pena definitiva resultará menor precisamente en razón de esa mayor cuantía de degradación, que permitirá luego –en virtud de la regla 8.^a– imponerla en toda la extensión del marco así reducido en conformidad con los criterios que provee la regla 6.^a.

²¹ Aun cuando normalmente la división de la pena en mitades surja con posterioridad a una alteración en grado (inferior o superior), la versatilidad del sistema de marcos penales permite también la operación inversa. Como advierte BOLDOVA PASAMAR, M., 2004, p. 238, la división en mitades «puede entrar en juego en cualquiera de las fases de concreción legal de la pena, tantas veces como sea posible y necesario, e independientemente de las variaciones en grado que sea menester aplicar en ésta».

¿RESPONSABILIDAD PENAL POR CONTAGIOS INDIVIDUALES DE CORONAVIRUS? ALGUNOS PROBLEMAS DE IMPUTACIÓN

MANUEL CANCIO MELIÁ Y MARTA PANTALEÓN DÍAZ*

Mirentxu Corcoy Bidasolo, como es sabido, ha dedicado desde el inicio de su carrera académica una parte importante de sus publicaciones a la transformación de la teoría del tipo y de los criterios de imputación del resultado en las últimas décadas. Por ello, quizás pueda ser adecuado contribuir a este libro editado en su honor un texto que, pisando la huella de la homenajeadada, aborda cuestiones analizadas por la profesora Corcoy hace ya más de treinta años.

I. INTRODUCCIÓN

En primer lugar, hemos de plantear en relación con la transmisión del Coronavirus cuáles son las hipótesis fácticas que pueden dar lugar a posible responsabilidad penal, cuáles podrían ser los delitos que resultarían de eventual aplicación, y cuáles son los problemas de imputación que cabe prever que se generarán en el plano de la tipicidad.

* Respectivamente, Catedrático y Profesora Ayudante en el Área de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. Parte del presente texto ha sido publicada en: «Derecho Penal y Coronavirus: algunos problemas de imputación», en: Derecho y política ante la pandemia: reacciones y transformaciones. Tomo I: reacciones y transformaciones en el Derecho Público, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, número extraordinario, ed. Boletín Oficial del Estado, 2021, pp. 239 a 254.

1. Puntos de partida

Por las noticias que han ido apareciendo en España sobre posibles procedimientos penales en marcha en relación con los efectos adversos del virus SARS-Cov-2 que genera la enfermedad COVID-19, cabe pensar que se tratará sobre todo de dos clases de constelaciones de casos las que se discutan ante los tribunales penales: por un lado, supuestos en los que en un contacto persona a persona, una de ellas le transmite a otra el coronavirus. Por otro lado, supuestos en los que en el marco del sistema socio-sanitario, se produce un contagio del virus o no se evita un curso lesivo derivado del contagio respecto de un paciente. En el primer ámbito hay que pensar en casos en los que quien contagia lo hace infringiendo una norma administrativo-sanitaria. En el segundo ámbito, puede tratarse, por un lado, de supuestos en los que la gestión de una institución socio-sanitaria no incorpora, como hubiera sido preceptivo, determinadas medidas de prevención de los contagios, y estos se producen. Por otro lado, cabe imaginar casos en los que, estando en curso la enfermedad, no se toman las medidas de tratamiento disponibles que podrían haber evitado un curso grave.

Nos ocuparemos en el breve espacio del que aquí disponemos tan sólo de la transmisión de persona a persona del virus: de situaciones concretas en las que las actuaciones concretas de personas concretas llevan posiblemente a lesiones en otras personas igualmente concretas. También quedan fuera de análisis –porque no podrían dar lugar a responsabilidad penal, a nuestro juicio– las políticas públicas que han creado el marco general en el que pueden desarrollarse posibles cursos lesivos concretos, en particular, por un lado, las medidas que se hayan tomado u omitido que pudieron hacer llegar el virus hasta territorio español o potenciar su difusión inicial, o, por otro lado, las decisiones que hayan determinado que el sistema sanitario no contara con los medios materiales y humanos necesarios para poder haber ofrecido una respuesta más efectiva a la pandemia y evitar así muertes y cursos graves de la enfermedad.

Como se verá, la constelación de casos básica a analizar genera en el plano de la tipicidad el siguiente problema: se trata de la determinación de si una determinada conducta, o el resultado que causa (o no evita), puede integrar la definición general de una conducta delictiva. Obviamente, para siquiera pensar en una posible responsabilidad penal, en primer lugar, la transmisión debe ser susceptible de prueba; en segundo lugar, es necesario que la transmisión genere algún impacto en la persona que resulte contagiada, esto es, que desarrolle la enfermedad, de modo que pueda producirse un resultado que in-

tegre una infracción criminal, y, en tercer lugar, es necesario que el contagio causado sea –digamos de momento– penalmente ilícito.

2. Infracciones criminales de posible aplicación

a. LADO OBJETIVO

En primer lugar, es necesario tener en cuenta que no todos los contagios por coronavirus redundan necesariamente en la producción de un resultado penalmente típico. Esto no será así, para empezar, si –como parece ser lo más habitual en la práctica– la persona contagiada por el autor no llega siquiera a desarrollar la enfermedad (el caso de los llamados «asintomáticos»): incluso el tipo más leve de lesiones¹ (el tipo atenuado del art. 147.2 CP) exige que se haya «menoscabado la integridad corporal o la salud física o mental de la víctima». La pena del tipo básico de lesiones (art. 147.1 CP) se reserva para los casos en que «la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico». Cabe suponer, por tanto, que la inmensa mayoría de infecciones por coronavirus hayan causado, a lo sumo, lesiones del artículo 147.2 CP; con la importante limitación que supone, en este contexto, el que este tipo de conductas no se castiguen a título de imprudencia (art. 152 CP).

En los casos más graves (todos los que requieren hospitalización) resultaría aplicable, según las circunstancias concretas del caso, el tipo básico de lesiones del artículo 147.1 CP o agravado por provocar una «grave enfermedad somática» (art. 149.1 CP); tipo en el que probablemente encajarían todos los supuestos de ingreso prolongado en la UCI y los casos de *long-covid*. La modalidad imprudente de estas dos clases de lesiones sí que resulta punible (art. 152 CP). Por supuesto, si la enfermedad condujera finalmente a la muerte, resultaría aplicable el tipo de homicidio (art. 138 o, más frecuentemente, 142 CP)². En determinados casos, podrían incluso resultar de aplicación los

¹ Vid. sobre lo que sigue CANCIO MELIÁ, M., «Lesiones», *Memento Penal 2021*, Madrid (Francis Lefebvre), 2020, núms. 7354-7362, 7382-7400, 7422-7435.

² En estos supuestos, el único problema de delimitación típica entre la «grave enfermedad» (art. 149.1 CP) y el homicidio tendría lugar si la muerte se produjera años más tarde del contagio, si bien como consecuencia (directa o indirecta) de la infección por coronavirus; algo que, por razones más que evidentes, todavía pertenece al terreno de las hipótesis. Respecto de este grupo de casos, que se han discutido con especial intensidad –aunque no solo– en relación con el VIH, Vid., por todos, SILVA SÁNCHEZ, J. M., «Sobre la relevancia jurídico-penal de la no-inmediatez en la producción del resultado», *Estudios penales en memoria del Profesor Agustín Fernández-Albor*, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Com-

tipos agravados de homicidio y lesiones introducidos a través de la LO 2/1029 en los arts. 142 bis y 152 bis CP, reservados expresamente para supuestos en los que una conducta de «notoria gravedad» –en atención a la «singular entidad y relevancia del riesgo» y del «deber normativo de cuidado infringido»– da lugar a una pluralidad de víctimas.

b. LADO SUBJETIVO

Parece claro que –ya por cuestiones de prueba– en el lado subjetivo de las conductas relevantes habrá que hablar normalmente de comportamientos imprudentes. Sin embargo, lo cierto es que en algunos supuestos de especial intensidad del conocimiento del riesgo (el sujeto activo conocía que estaba infectado con el virus, y que se encontraba en la fase de mayor capacidad de contagio) y de especial intensidad objetiva de la génesis de riesgo conocida por el autor –el sujeto activo mantuvo un contacto especialmente estrecho y prolongado con la persona que resulta contagiada (por ejemplo, pasando la noche con ella en un mismo lecho y manteniendo relaciones sexuales con intercambio de fluidos corporales), o la persona contagiada es especialmente susceptible de resultar contagiada (por ejemplo, es una persona inmunodeprimida)–, no cabe descartar que concurra al menos dolo eventual, esto es, conforme a la definición mayoritaria, que conociera el riesgo objetivo que estaba generando y que, a pesar de ello, llevara a cabo la conducta. De este modo, se abre una puerta para una posible responsabilidad a título de tentativa, esto es, a responsabilidad penal, aunque no se produzca el resultado lesivo (muerte o lesiones), o no pueda acreditarse la relación entre la conducta y éste.

3. Problemas de imputación

Una vez presentados los supuestos de hecho que pueden llegar a ser jurídico-penalmente relevantes y vistas cuáles pueden ser las infracciones criminales a aplicar, cabe plantear cuáles serán los problemas jurídico-dogmáticos que podrán presentarse en la imputación de comportamientos y resultados que forman parte de los delitos relevantes. Tales problemas pueden agruparse en dos

postela, 1989, pp. 677-687; CANCIO MELIÁ, M., *Líneas básicas de la Teoría de la Imputación Objetiva*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2001, pp. 98-99; PEÑARANDA RAMOS, E., «Homicidio», *Memento Penal 2021* (2020), núms. 6957-6961; ROXIN, C., y GRECO, L., *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I: Grundfragen. Der Aufbau der Verbrechenlehre*, 5.ª ed., Múnich (C. H. Beck), 2020, pp. 1198-1199.

grandes categorías, a las que nuestra homenajeadas se ha referido como «presupuesto de la imputación objetiva» e «imputación objetiva en sentido estricto»³.

En primer lugar, deberá examinarse si, más allá de haber causado el contagio, el comportamiento enjuiciado supone un riesgo típicamente relevante del delito de lesiones o de homicidio. También una conducta que se atenga perfectamente a todas las normas de cuidado establecidas por el Derecho sanitario puede causar un contagio. Por otra parte, puede ser que un comportamiento infrinja una norma sanitaria, pero el *telos* de esta no esté orientado a la evitación de contagios concretos. En ambos casos, no podrá hablarse de que concurra un comportamiento objetivamente imputable; se tratará de una mera causación que no genera responsabilidad criminal. Tampoco habrá un comportamiento típicamente relevante si, habiéndose generado un riesgo en principio relevante por el posible sujeto activo, la persona que resulta lesionada asumió de modo autorresponsable el riesgo generado por el otro sujeto.

En segundo lugar, también en el plano de la tipicidad, puede suceder que habiéndose causado el contagio creando un riesgo típicamente relevante, en cambio, el curso causal que lleva al resultado lesivo no sea objetivamente imputable.

II. CONTAGIOS INDIVIDUALES

1. Problemas de tipicidad e imputación objetiva

Los tipos penales que resultan aquí relevantes son muy pobres en su descripción típica, son tipos prohibitivos de causar en los que los verbos típicos no circunscriben, en realidad, el ámbito de la infracción en cuestión, su alcance típico. En consecuencia, es obviamente necesaria una aproximación normativa que restrinja el alcance de los comportamientos relevantes (y de los resultados a ellos asociados) en el plano de la tipicidad a lo que es el significado social y jurídico de «matar» o «lesionar».

En el momento actual, esta tarea es llevada a cabo en la doctrina científica y en la jurisprudencia españolas (y en las de muchos países de nuestro entorno, en Europa y América) a través de la teoría de la imputación objetiva⁴. Esta doctrina

³ CORCOY BIDASOLO, M., «Eficacia de la imputación «objetiva». Su aplicación a la solución de casos tradicionales y actuales», *Themis: Revista de Derecho*, 2015, p. 14. Para referirse a estos mismos elementos, la doctrina mayoritaria suele emplear más bien las expresiones «imputación del comportamiento» e «imputación del resultado».

⁴ Vid. solo JAKOBS, G., *La imputación objetiva en Derecho penal*, Madrid (Civitas), 1996, *passim*; MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, 10.ª ed., Barcelona (Reppertor), 2016, pp. 241 ss.; ROXIN y GRECO, *AT*⁵ [2020], § 11.

suele condensarse en la siguiente fórmula: el tipo de un delito de resultado solo queda cumplido cuando la conducta sometida a análisis i) ha generado un «riesgo jurídicamente desaprobado» y ii) este riesgo se ha «realizado en el resultado». Partiendo de esta fórmula de aplicación, a pesar de concurrir una relación de causalidad entre conducta y resultado, hay que negar la concurrencia de la tipicidad, por ausencia del primero de los elementos –una creación desaprobada (penalmente típica) de un riesgo–, por ejemplo, en los casos en los que se trata de un riesgo general de la vida (por ejemplo, causar la muerte por la transmisión del virus que causa un resfriado común) o cuando se ha cumplido mediante la conducta con las normas primarias –jurídicas, técnicas o sociales– que circunscriben la génesis de un riesgo permitido (por ejemplo, cuando el contagio se produce a pesar de haberse respetado todas las normas sanitarias aplicables). En cuanto al segundo elemento –la realización del riesgo–, este falta, por ejemplo, cuando es otro curso causal distinto del sometido a análisis el que acaba de generar el resultado lesivo.

En el primero de estos niveles de análisis, ha de comprobarse que la conducta en cuestión responde a los parámetros normativos generales del tipo objetivo. Desde el punto de vista aquí adoptado, estas características generales pueden resumirse en tres instituciones dogmáticas: *riesgo permitido*, *prohibición de regreso e imputación al ámbito de responsabilidad de la víctima*. Estas instituciones deben entenderse no como puntos de vista aislados, sino como verdaderos escalones sucesivos de análisis: el orden de examen responde a una clasificación progresiva de lo más genérico a lo más específico; en cada una de las instituciones van introduciéndose más datos del contexto del comportamiento enjuiciado. La comprobación sucesiva de estos escalones de análisis conduce, en caso negativo (no hay ni riesgo permitido, ni prohibición de regreso, ni imputación al ámbito de responsabilidad de la víctima), a la afirmación de la tipicidad del comportamiento. De estas tres instituciones, solo la primera y la tercera merecen un análisis más o menos detallado a los efectos que aquí interesan.

2. Riesgo típico

Puede decirse que hay un consenso fundamental –si bien con múltiples diferencias en la configuración concreta– a la hora de aceptar que en el marco de la realización de actividades arriesgadas existen determinados espacios que ya desde un principio no se hallan abarcados por las normas penales de comportamiento por responder a una configuración vital que es tolerada de modo general; las conductas realizadas en ese marco están cubiertas por un *riesgo permitido*.

Bajo este rótulo se agrupan dos grandes grupos de casos⁵: *por un lado*, aquellos supuestos en los que una actividad generadora de riesgos es permitida en determinadas circunstancias, bien existiendo una reglamentación expresa (por ejemplo: el tráfico rodado, el funcionamiento de industrias, la realización de competiciones deportivas, etc.) o sin tal reglamentación jurídica (las «normas de cuidado» conocidas del delito imprudente: los supuestos de *lex artis* en la actividad médica, en la construcción, etc.). *Por otro lado*, sin embargo, también deben incluirse aquí aquellos supuestos en los que el elemento preponderante es la normalidad social de la conducta generadora de riesgo, sin que exista una reglamentación en términos cuantitativos de «niveles de riesgo» medidos en velocidades, emisiones, estándares explícitos de conducta, etc. En este contexto, se suele hablar, según los casos, de que no concurre un «riesgo jurídicamente relevante» –especialmente, en las actividades socialmente normales o con una conexión muy débil con el posterior resultado– o que se trata de un «riesgo permitido» –especialmente, cuando se trata de una actividad que genera riesgos, pero está permitida de modo general–, de manera que la conducta en cuestión, en última instancia, conlleva un riesgo que no es típicamente relevante.

En el ámbito que aquí interesa, puede haber muchos supuestos de transmisión en los que la conducta que la produce no forma parte de un riesgo típicamente relevante. Desde luego, cuando el sujeto ha respetado todas las normas de precaución establecidas por la normativa sanitaria, y, a pesar de ello, se produce un contagio. Y tampoco la infracción de normas administrativas determina necesariamente la existencia de un riesgo penalmente relevante. A diferencia del sector de regulación en los que los ordenamientos primarios generan la misma definición del delito (*mala prohibita*), como los delitos contra el medio ambiente, en los que el tránsito de lo administrativamente prohibido a lo prohibido por la ley penal suele ser más sencillo, en las infracciones que afectan a bienes jurídicos individuales como las que aquí interesan (*mala in se*), de acuerdo con la opinión dominante, la infracción de normas administrativas, aquí, sanitarias, no supone más que *un indicio* de una posible relevancia penal del riesgo en cuestión⁶. Así, por ejemplo, si un sujeto infringe una norma sanitaria

⁵ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J.-M., «Riesgo permitido y leyes penales en blanco», en: Acevedo, N.; Collado, R. y Mañalich, J. P. (coords.), *La Justicia como legalidad. Estudios en homenaje a Luis Ortiz Quiroga*, Santiago de Chile (Thomson-Reuters), 2020, pp. 29 ss.

⁶ Al respecto, *Vid.*, por todos, CORCOY BIDASOLO, M., *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, Barcelona (PPU), 1989, pp. 104-112, 121-122, 218-219; la misma, «Homicidio y lesiones en el ámbito del tráfico viario. Problemática concursal entre los delitos contra la seguridad en el tráfico y los resultados lesivos a ellos imputables», *Seguridad vial y Derecho penal*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2008, p. 88.

de cierre perimetral, pero, por lo demás, observa las reglas de distanciamiento y ubicación, y se produce un contagio, no podrá afirmarse que el *telos* de la norma administrativa (control epidemiológico) integre el riesgo típico (matar, lesionar) del tipo penal. Infringiéndose una norma que de modo aparente está directamente dirigida a la evitación de contagios, como, por ejemplo, la relativa a la limitación de comensales en una misma mesa dentro de un local, también puede suceder que –respetándose las demás normas de distanciamiento social, etc.– el fin de protección de la norma administrativa no sea más que de limitación de las probabilidades de contagio, de manera que la génesis de los aerosoles que produce el concreto contagio también podría haberse producido de haberse sentado la persona en cuestión en la mesa contigua. En este caso, tampoco puede decirse que la conducta ilícita para la normativa sanitaria integre un riesgo típicamente relevante en el plano del Derecho penal.

3. Autorresponsabilidad

La tercera y última institución de la imputación del comportamiento se refiere a la relevancia que puede tener para la tipicidad de la conducta de un sujeto que en su realización haya intervenido de algún modo el sujeto que resulta lesionado posteriormente, la «víctima» (al menos aparente) de ese comportamiento. Bajo determinadas circunstancias, esta intervención puede afectar a la calificación que merece la conducta del primer sujeto, eliminando su carácter típico, al entrar lo sucedido en el ámbito de responsabilidad de la víctima⁷.

Realizando una primera ordenación del material de casos, puede decirse que en los últimos tiempos han atraído la atención de la doctrina jurídico-penal en este contexto sobre todo dos grupos de casos. *Por un lado*, supuestos en los que en la génesis del riesgo que acaba lesionando a la víctima han intervenido tanto la víctima como el autor. A este respecto, se han planteado, por ejemplo, los casos en los que se hace entrega a alguien de una determinada cosa o sustancia –por ejemplo, de un medicamento, de una máquina o de una sustancia estupefaciente–, y el receptor resulta lesionado al hacer uso del objeto o consumir la sustancia. También han despertado mucho interés los supuestos en los

⁷ Vid. CANCIO MELIÁ, M., *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*, 2.ª edición, Barcelona (J. M. Bosch), 2001, pp. 19 ss., 284 ss. También, aunque desde una perspectiva teórica diferente –la de la diferenciación entre supuestos de «participación (impune) en una autopuesta en peligro de la víctima» y «puesta en peligro (punible) de la víctima con su consentimiento»– CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente* (1989), pp. 317-318, 354, 358-359, 540-541, 550-560.

que se produce un contagio de una persona a otra de un agente que provoca una enfermedad grave (en particular, del VIH) o las numerosas constelaciones de casos en las que en el tráfico rodado quien resulta lesionado por una colisión se ha comportado de alguna manera de modo descuidado. *Por otro lado*, se han debatido numerosos supuestos en los que la conducta descuidada de la víctima se produce después de un comportamiento del autor que lesiona o pone en peligro los bienes de ésta. Así, por ejemplo, en los casos en los que una víctima lesionada por un ataque doloso del autor descuida sus heridas o se niega a recibir tratamiento médico.

Para abordar el significado de la conducta de la víctima en este contexto, hay que preguntarse, en primer lugar, qué relevancia puede tener que precisamente sea el titular de los bienes afectados el que intervenga junto al autor. La fundamentación de la especial relevancia de la víctima que aquí interesa suele plantearse bajo el rótulo del «principio de autorresponsabilidad». Entre los extremos metodológicos de una pura deducción de tal «principio de autorresponsabilidad» de premisas axiológicas prejurídicas y una determinación puramente funcional de tal principio dentro del sistema de imputación jurídico-penal, existe también la vía intermedia de constatar las decisiones normativas del ordenamiento jurídico como punto de partida material de la reconstrucción dogmática. En este sentido, el contenido del artículo 10.1 de la Constitución, que establece el «libre desarrollo de la personalidad» como fundamento de la organización social, no puede ser entendido fuera de un sistema en el que está consagrada implícitamente una noción del ciudadano como sujeto autónomo.

Además de la genérica atribución de autonomía a cada sujeto, con el correlativo principio de responsabilidad personal que ésta conlleva, al titular de los bienes jurídicos personales debe atribuírsele una posición especial. Puesto que el sacrificio por parte del propio titular de esos bienes no es reprimido por el Derecho penal, y las intervenciones de terceros en actividades autolesivas es incriminada de modo excepcional por normas especiales, queda al albedrío del titular de esos bienes configurar su actividad vital de tal modo que se genere un riesgo para sus propios bienes. Como correlato de esa libertad de organización arriesgada, será también el titular quien deba asumir de modo preferente los daños que puedan derivar de ella. Como punto de partida previo a la construcción dogmática, por lo tanto, el principio de autorresponsabilidad consiste en el reconocimiento de libertad de organización, y, correlativamente, en la atribución de una responsabilidad preferente al titular de los bienes.

La institución que traduce en términos dogmáticos esta necesidad de tener en cuenta el valor normativo de la autorresponsabilidad en el marco de la teoría de la imputación objetiva puede denominarse *imputación al ámbito de*

responsabilidad de la víctima. Esta institución opera en los supuestos en los que el titular de un bien jurídico («víctima») emprende conjuntamente con otro («autor») una actividad que puede producir una lesión de ese bien jurídico. La actividad generadora del riesgo debe ser imputada al ámbito de responsabilidad preferente de la víctima, en la medida en que –en primer lugar– la actividad permanezca en el ámbito de lo organizado conjuntamente por autor y víctima, –en segundo lugar– la conducta de la víctima no haya sido instrumentalizada por el autor, por carecer ésta de la responsabilidad o de la base cognitiva necesarias para poder ser considerada autorresponsable, y –finalmente, en tercer lugar– el autor no tenga un deber de protección específico frente a los bienes de la víctima⁸.

En el ámbito que aquí interesa, puede haber, en primer lugar, supuestos en los que quien resulta contagiado ha asumido, conociendo la condición de portador del virus de la otra persona, un contacto estrecho susceptible de producir el contagio. En este caso, parece claro que los tribunales españoles afirmarán que concurre una autopuesta en peligro y que no hay conducta típica por parte de quien contagia a la otra persona. Menos claro puede ser el caso en el que el sujeto que contagia conoce su condición de positivo, la persona contagiada no, pero esta consiente en un contacto de riesgo (por ejemplo: relaciones sexuales en el marco de un encuentro casual, no en el marco de una relación). Desde el punto de vista aquí asumido, también puede excluirse la tipicidad de la conducta. Si se parte de que Coronavirus y Covid-19 son perfectamente conocidos en nuestras sociedades, puede llegarse a afirmar que, en un contacto casual, poco intenso, como el referido, no hay en el hecho de mantener relaciones sexuales una afirmación implícita en el sentido de «y, además, esto no genera ningún riesgo que parta de mí»: lidiar con los riesgos de contagio implícitos en tal contacto sexual es asunto de cada cual. Quien piense que no puede ser correcto que el tipo de homicidio no prohíba la génesis consciente de un riesgo potencialmente mortal, debe hacer el experimento mental correspondiente a la imprudencia inconsciente: si el riesgo de transmitir el virus es sólo asunto del portador, deberá afirmarse la posible responsabilidad por homicidio imprudente (o, al menos, por lesiones corporales graves por imprudencia) de quien, debiendo sospechar que puede ser portador (por su vida social previa; por ser originario de un determinado país con alta prevalencia de la enfermedad, etc.), a pesar de ello mantiene relaciones sexuales u otro contacto que genera riesgo de transmisión.

⁸ En una línea muy similar, nuestra homenajeadada defiende la atipicidad de las conductas de «coautoría» con la propia víctima del delito: Vid. CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente* (1989), pp. 552-553.

4. Imputación del resultado

Aun en el caso de que, superadas las dificultades anteriores, logre establecerse la creación por parte de un contagiado de un riesgo típico de lesiones u homicidio al tener alguna de las formas de contacto mencionadas con otra persona, su responsabilidad penal presupondrá normalmente⁹, además, (i) que se produzca el resultado típico (que la persona en cuestión muera o resulte lesionada de forma subsumible en los artículos 147 ss. CP), (ii) que pueda demostrarse la conexión causal entre el contacto y el contagio, y (iii) que el resultado resulte objetivamente imputable a la conducta típica. Las tres cuestiones son altamente problemáticas. Respecto del primero de los aspectos mencionados, ha de tenerse en cuenta todo lo señalado en el apartado I.2 de este trabajo: las consecuencias lesivas a las que puede conducir un contagio por coronavirus son extremadamente variables, de manera que el hecho en cuestión podrá merecer calificaciones que irán desde la atipicidad (el caso de los «asintomáticos»), hasta los supuestos más graves de homicidio o de lesiones.

Aun cuando se constatare la producción de un resultado típico, el problema quizás más espinoso que se plantearía en la práctica sería el de establecer la relación de *causalidad* entre el contacto de riesgo en cuestión y las consecuencias lesivas: determinar si la interacción objeto de enjuiciamiento fue *una de las condiciones* del contagio y, por ende, del resultado típico (teoría de la equivalencia). No obstante, cuando se combinan con la presunción de inocencia y el principio *in dubio pro reo*, la incertidumbre actualmente existente en torno a los concretos mecanismos de transmisión del virus y la imposibilidad (todavía) de detectar de forma mínimamente certera el origen de cada contagio conducen, en este punto, a problemas probatorios prácticamente insoslayables¹⁰.

Probada más allá de toda duda razonable la relación de causalidad entre contacto de riesgo, contagio y resultado típico –si es que ello resulta posible en el futuro, como lo ha sido respecto del VIH– todavía quedaría superar un esco-

⁹ Es decir, salvo en el supuesto –francamente excepcional, como se ha visto– de que pueda afirmarse que el autor actuó con dolo de producir el resultado típico, caso en que podrá responder penalmente por tentativa.

¹⁰ Las dificultades se vuelven especialmente intensas si, como parece suceder (aunque no hay todavía evidencia científica al respecto), no resulta posible adquirir el virus por el contagio cumulativo de varios portadores –sobredeterminación que permitiría afirmar la causalidad respecto de todos ellos–, sino que se plantea, más bien, un supuesto de causalidad *alternativa*: existe certeza sobre que el contagio ha procedido de *uno* de los contactos infectados de la víctima, pero es imposible determinar de cuál. Sobre la necesidad de absolver penalmente en este grupo de casos, *Vid.*, p. ej., SANCINETTI, M. A., *Teoría del delito y disvalor de acción. Una investigación sobre las consecuencias prácticas de un concepto personal de ilícito circunscripto al disvalor de acción*, Buenos Aires (Hammurabi), 1991, pp. 486, 668-669.

llo final para la apreciación de un delito consumado de homicidio y de lesiones: la imputación objetiva del resultado. Excepciones aparte¹¹, los casos que aquí interesan no van a plantear problemas de realización del riesgo en sentido estricto: el resultado de lesiones o de muerte será, de ordinario, la materialización precisamente del riesgo en virtud del que la conducta típica se considera jurídicamente desaprobada.

Las dificultades son mucho mayores si se admite, con la inmensa mayoría de la doctrina, que la imputación objetiva del resultado presupone, además de la realización del riesgo en sentido estricto, que aquel se hubiera podido evitar de haber obrado correctamente el autor; es el problema del llamado «comportamiento alternativo conforme a Derecho». Dejando al margen las posiciones, hoy extremadamente minoritarias, que rechazan de plano conceder relevancia a esta consideración (teoría del fin de protección de la norma)¹², actualmente existen dos posturas teóricas en liza en relación con este problema: la teoría de la evitabilidad, mayoritaria en la doctrina¹³; y la teoría del incremento del riesgo, minoritaria¹⁴, pero célebremente asumida por la Sala Segunda del Tribunal Supremo en su sentencia sobre el caso «Madrid Arena»¹⁵.

De acuerdo con la primera, el resultado solo puede imputarse si se prueba que, con una probabilidad rayana en la certeza, se habría impedido si el autor hubiera obrado correctamente. Ni que decirse tiene que, en contextos como el actual, en el que un contagio por coronavirus es un riesgo *ubicuo*, que no desaparece por mucho que todos los implicados respeten las medidas de seguridad, esta prueba resulta prácticamente imposible. La alternativa es acoger la teoría del incremento del riesgo, conforme a la que ha de imputarse el resultado siempre que no se pruebe que, con práctica seguridad, la conducta alterna-

¹¹ Piénsese, por ejemplo, en el paciente contagiado de Coronavirus que muere en un accidente de tráfico de camino al hospital o, una vez ingresado, como consecuencia de un incendio en el edificio, una infección nosocomial o (más cuestionablemente) un error burdo en el tratamiento médico.

¹² Así, señaladamente, SPENDEL, G., «Conditio-sine-qua-non-Gedanke und Fahrlässigkeitsdelikt», *Juristische Schulung*, 1964 (1), pp. 17-19; MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., *La imputación objetiva del resultado*, Madrid (Edersa), 1992, pp. 193-257 (esp. pp. 234-239); y, en sus primeros trabajos, GIMBERNAT ORDEIG, E., *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Reus, Madrid, 1966, pp. 136-143, 156-157, que de un tiempo a esta parte se ha adherido, sin embargo, a la teoría del incremento del riesgo (Vid. GIMBERNAT ORDEIG, E., *El comportamiento alternativo conforme a Derecho. De la causalidad a la imputación objetiva*, Montevideo (Buenos Aires (BdeF)), 2018, *passim*, esp. pp. 50-51, 76, 83).

¹³ Vid., p. ej., JORGE BARREIRO, A., *La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica*, Tecnos, Madrid, 1995, pp. 88-90; CANCIO MELIÁ, *Líneas básicas* (2001), pp. 95-98; LUZÓN PEÑA, D. M., *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 3.ª ed., Valencia (Tirant lo Blanch), 2016, pp. 208, 218; MIR PUIG, S., *PG*¹⁰ (2016), pp. 309-310.

¹⁴ Su artífice y más famoso defensor es ROXIN (Vid., p. ej. ROXIN y GRECO, *AT*⁵ [2020], pp. 496-502) y en España la sigue, señaladamente, nuestra homenajead: Vid. CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente* (1989), pp. 475, 521-528.

¹⁵ STS (2.ª) 805/2017, de 11 de diciembre, FD 20.

tiva lícita no habría servido para evitarlo. Pero, como ha puesto de manifiesto buena parte de la doctrina, la compatibilidad de esta postura con el principio *in dubio pro reo* resulta francamente cuestionable¹⁶.

III. CONCLUSIONES

En atención a todo lo dicho, puede concluirse que la atribución de responsabilidad penal por las consecuencias derivadas de un contagio por coronavirus se presenta, hoy por hoy, como una verdadera carrera de obstáculos. No hay que olvidar, en primer lugar, que la inmensa mayoría de los contagios de los que se tiene constancia no han dado lugar a resultados lesivos penalmente típicos; no, al menos, de aquellos que permiten una punición a título de imprudencia. En segundo lugar, aun cuando la persona contagiada haya padecido lesiones de cierta entidad –o, incluso, haya fallecido– como consecuencia del virus, no será en absoluto sencillo establecer la conexión causal entre un determinado contacto social y el contagio; al menos, hasta que no se desarrollen mecanismos de «trazabilidad» del coronavirus como los que existen respecto del VIH.

Pero la atribución de responsabilidad penal en este ámbito no solo plantea problemas probatorios, sino también importantes dificultades de índole normativa (jurídica). No todas las medidas de contención del virus establecidas administrativa y gubernamentalmente tienen como finalidad la prevención de contagios individuales, por lo que la infracción de estas reglas tiene –a lo sumo– un valor indiciario para determinar si la conducta de la persona originalmente contagiada (que transmite el virus a otra) crea un riesgo jurídicamente desaprobado abarcado por los tipos de homicidio o lesiones. Además, la responsabilidad preferente de la persona que se somete a un contacto con otra (posiblemente) contagiada sobre los riesgos que afectan a su propia vida o integridad física obliga a ser especialmente restrictivos a la hora de calificar, respectivamente, como «autor» y como «víctima» de un delito a las personas que participan en una interacción arriesgada. Finalmente, aun cuando llegue a calificarse como típica la conducta, la imputación del resultado

¹⁶ Vid., p. ej., CANCIO MELIÁ, *Líneas básicas* (2001), p. 36; LUZÓN PEÑA, *PG*³ (2016), p. 218; MIR PUIG, *PG*¹⁰ (2016), pp. 209-210; PEÑARANDA RAMOS, E., «Tipo objetivo: causalidad e imputación objetiva», *Memento Penal 2021* (2020), núm. 1435. No lo ha entendido así el Tribunal Constitucional en su sentencia 18/2021, de 15 de febrero, recientemente comentada por SILVA SÁNCHEZ, J. M., «La no disminución del riesgo en el caso «Madrid Arena»: dogmática, casación y Constitución. Comentario a la STC 18/2021, de 15 de febrero», *Revista Crítica de Jurisprudencia Penal InDret*, 2/2021, pp. 405-417.

lesivo requerirá –de acuerdo con la opinión mayoritaria– la difícilísima prueba de que este no se habría producido de todas formas si se hubieran respetado todas las medidas de seguridad.

LA VALORACIÓN DE LA SITUACIÓN ECONÓMICA DEL PENADO AL DETERMINAR EL IMPORTE DE LA MULTA

SERGI CARDENAL MONTRAVETA*

I. INTRODUCCIÓN

No es necesario extenderse aquí sobre la importancia de la pena de multa en el derecho penal moderno. Permite evitar el recurso a la pena de prisión o limitar su duración. Pero, para que la multa pueda cumplir satisfactoriamente la función preventiva del derecho penal, es esencial que la determinación de su cuantía se realice atendiendo a la gravedad del delito y, también, a la situación económica del reo¹. Sólo así –y valorando dicha situación también al fijar las condiciones de cumplimiento– se garantiza que el penado pueda disponer de los recursos económicos necesarios para abonar la multa y que su situación económica no impide o limita injustamente el contenido afflictivo de dicha pena. Además, se intenta que el sacrificio asociado a su cumplimiento sea el

* Profesor Titular de Derecho Penal. Universidad de Barcelona.

Esta contribución es parte del proyecto de I+D+i DER 2017-85334-P, financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033/ y FEDER «Una manera de hacer Europa»

¹ Ver MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, 10.ª ed., Barcelona (Reppertor), 2015, p. 751; ROLDAN BARBERO, H., *El dinero, objeto fundamental de la sanción penal. Un estudio histórico de la moderna pena de multa*, Madrid (Akal), 1983, *passim*; FARALDO-CABANA, P., *Money and the Governance of Punishment*, Nueva York (Routledge), 2017, *passim*; DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *Derecho Penal Español. Parte General*, 5.ª ed., Valencia (Tirant lo Blanch), 2020, pp. 748 a 752; ROCA AGAPITO, L., *La responsabilidad personal subsidiaria por impago de la pena de multa*, Valladolid (Lex Nova), 2003, pp. 81 a 81 y 84 a 85; ALBRECHT, H.-J., en Kindhäuser, U.; Neumann, N., y Paeffgen, H. U (eds.), *NomosKommentar. Strafgesetzbuch*, t. I, 5.ª ed., Baden-Baden (Nomos), 2017, § 40, n. m. 11.

mismo –o, por lo menos, no varíe injustamente– en relación con todos aquellos que han realizado el mismo delito. En este sentido, se alude en la doctrina a la igualdad de sacrificio o de los efectos de la multa².

En las próximas páginas nos proponemos analizar la interpretación y aplicación práctica de la exigencia de que el importe de las cuotas de la multa se fije en la sentencia «teniendo en cuenta para ello exclusivamente la situación económica del reo, deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones y cargas familiares y demás circunstancias personales del mismo» (art. 50.5 CP)³. Queremos rendir así un merecido homenaje a la Profa. Mirentxu Corcoy, y seguir su ejemplo en el intento de aproximar la teoría y la aplicación práctica del derecho.

II. LA VALORACIÓN DE LA SITUACIÓN ECONÓMICA DEL PENADO

Como indicábamos antes, la pena de multa sólo puede cumplir satisfactoriamente su función preventiva si su cuantía se determina tomando en consideración la situación económica del penado. Ello exige que el juez competente conozca dicha situación. Y también depende de los criterios que se utilicen para su valoración. Se trata de dos cuestiones conceptualmente distintas. Aquí sólo nos interesa la segunda. Al respecto, la doctrina alemana parte de la contraposición entre el principio de los ingresos netos y el principio de la disminución o menoscabo (*Einbußprinzip*)⁴. De acuerdo con el primer principio, el importe de las cuotas de la multa coincide con los ingresos netos que, por tér-

² Ver SSTS 434/2021, de 20 mayo y 688/2020, de 14 diciembre. En la doctrina, ver, p. ej., RADTKE, H., en Joecks, W., y Miebach, K. (eds.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. 2, 4.^a ed., Múnich (C. H. Beck), 2020, § 40 n. m. 2; KINZIG, J., en SCHÖNKE, A.; SCHRÖDER, H. et al, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 30.^a ed., Múnich (C. H. Beck), 2019, § 40 ns. ms. 1 y 6; Wolters, G., en WOLTER, J. (ed.), *Systematischer Kommentar zum Stragesetzbuch*, t. II, 9.^a ed., Colonia (Carl Heymanns), 2016, § 40 n. m. 2; GRACIA MARTÍN, L., «La pena de multa», en el mismo autor (coord.), *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2006, pp. 178 a 183.

³ Me he ocupado más detalladamente de esta y otras cuestiones del régimen jurídico de la pena de multa en CARDENAL MONTRAVETA, S., *La pena de multa. Estudio sobre su justificación y la determinación de su cuantía*, Madrid (Marcial Pons), 2021; el mismo autor, *Ejecución y prescripción de la pena de multa*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2021; el mismo autor, «La pena de multa prevista para los delitos relacionados con el consumo ilegal de drogas», *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, 2021/1.

⁴ En relación con los criterios propuestos para valorar la capacidad económica del reo, ver, p. ej., MANZANARES SAMANIEGO, J. L., *La pena de multa*, Madrid (Excm. Mancomunidad de Cabildos), 1977, pp. 115 a 129, 143 a 148 y 167 a 169; GREBING, G., «Die Geldstrafe im deutschen Recht nach Einführung des Tagessatzsystems», en JESCHECK, H. H., y GREBING, G. *Die Geldstrafe im deutschen und ausländischen Recht*, Baden-Baden (Nomos), 1978, pp. 98 a 100.

mino medio, el penado obtiene o puede obtener diariamente⁵. Su determinación debería ser relativamente sencilla y, en principio, se garantiza así que el penado pueda pagar la multa. Pero, cuando carece de ahorros y de capacidad de crédito suficientes, este criterio puede impedir que el penado disponga de los medios necesarios para subsistir y generar, así, un efecto criminógeno, un problema que se intensifica en la medida en la que aumenta el número de cuotas⁶ y que dependerá, también, de la forma en la que deba pagarse la multa. Tras debatir la cuestión, al introducir el sistema de días-multa el legislador alemán decidió finalmente que, por regla general, la cuantía de las multas debe determinarse de acuerdo con el principio de los ingresos netos, que no es el que se utiliza en el derecho escandinavo y comporta que el importe de las cuotas sea más elevado que si se determinara mediante otros principios como el de la disminución. Pero, consciente de la diversidad de las situaciones económicas en las que pueden encontrarse los penados, y de que el principio de los ingresos netos no consigue valorarlas siempre de la forma más adecuada desde el punto de vista de la función preventiva del derecho penal, el propio legislador alemán admitió la posibilidad de introducir los ajustes que puedan estar justificados desde esta perspectiva.

El principio de la disminución parte de la idea de que debe garantizarse al condenado lo necesario para su propia subsistencia y, por lo tanto, la multa sólo puede extenderse a los ingresos restantes y al patrimonio que pueda realizarse en dinero efectivo⁷. La valoración de la capacidad económica del penado de acuerdo con este principio conduce a cuotas más moderadas pero difíciles de determinar, que vendrían a coincidir con las cantidades de las que sí puede exigirse al penado que prescindan, porque disminuyen su capacidad patrimonial sin llegar a comprometer su subsistencia. Lo esencial aquí no es únicamente la cantidad que el penado pueda pagar. El importe de las cuotas se vincula al dinero del que podría disponer el penado, una vez han quedado ya cubiertas sus necesidades básicas. El acento no se pone en los ingresos, sino en los gastos necesarios para subsistir o aquellos cuya satisfacción se considere que ya debe quedar garantizada al fijar el importe de las cuotas, que vendría a coincidir con el dinero que le queda disponible al penado una vez que esos gastos han quedado cubiertos.

⁵ Ver RADTKE, H., 2020, § 40 n. m. 5.

⁶ Ver ALBRECHT, H. J., 2017, § 40 n. m. 16; KINZIG, J., 2019, § 40 n. m. 8.

⁷ Así RADTKE, H., 2020, § 40 n. m. 4. Ver también KÜHL, K., y HEGER, M., *Strafgesetzbuch Kommentar*, 29.^a ed., Múnich (C. H. Beck), antes del § 40 n. m. 2.

1. Definición general y justificación del criterio que se propone

El artículo 50.5 CP rechaza que se tome en consideración la gravedad del hecho al fijar el importe de las cuotas de la multa, y menciona expresamente algunos de los elementos relacionados con la situación económica del reo que sí deben ser considerados. Pero no otorga a ninguno de ellos más importancia que al resto, ni indica en qué medida son relevantes al determinar el importe de las cuotas de la multa, ni descarta la consideración de otras circunstancias personales, ni realiza ninguna referencia al método que debe seguirse para su valoración y, en definitiva, a la forma en la que debe valorarse la situación económica del reo.

Ante el silencio del legislador español sobre la forma en la que ha de valorarse la situación económica del reo, entendemos que ello debe determinarse partiendo de la relación entre esta cuestión y la función preventiva de la pena de multa⁸. El fundamento de la exigencia de tomar en consideración la situación económica del reo, las circunstancias que la determinan y que el legislador menciona, la regulación sobre las condiciones de cumplimiento de la multa y sobre la correspondencia entre el número de cuotas impagadas y los días de responsabilidad personal subsidiaria, junto con el principio de seguridad jurídica y el hecho de que la simplicidad del proceso de determinación del importe de las cuotas de la multa también contribuye a su aplicación y, en definitiva, a la función preventiva de la multa, nos lleva a considerar que, por regla general, el importe de cada una de las cuotas debe coincidir con la cifra correspondiente a *la mitad de los ingresos netos que, por término medio, el penado obtiene (o puede obtener) diariamente*. El importe de las cuotas deberá determinarse partiendo de esa correspondencia, sin excluir la eventual necesidad de matizarla atendiendo a la escasez o abundancia de los ingresos netos –en el sentido de que lo primero pudiera impedir o dificultar excesivamente el pago de la multa y lo segundo podría llegar a comprometer su eficacia preventiva–, al patrimonio del penado y/o a la escasez o abundancia de sus obligaciones y al contenido de las mismas. En principio, bastará que la cuota diaria coincida con la mitad de los ingresos netos diarios para que la multa tenga el contenido afflictivo que exige su función preventiva y, además, ello permitirá al penado satisfacer las obligaciones relacionadas con su subsistencia y la de los

⁸ Ver KINZIG, J., 2019, § 40 n. m. 6; RADTKE, H., 2020, § 40 ns. ms. 5, 45, 51 y 52, 56, 92 y 93; ALBRECHT, H. J., 2017, § 40 n. m. 18; WOLTERS, G., 2016, § 40 ns. ms. 5, 13 y 15.

familiares que dependan de él, aunque pueda ser necesario aplazar el principio del pago o fraccionarlo, conforme a lo dispuesto en los artículos 50.6 y 51 CP⁹.

El criterio propuesto también me parece satisfactorio atendiendo al módulo establecido en el artículo 53.1 CP para sustituir la pena de multa y determinar la responsabilidad personal subsidiaria, cuando el penado no satisface aquella por falta de recursos: atendiendo a la función preventiva del derecho penal y sus límites, el legislador ha considerado que, en estos supuestos, el sacrificio asociado a dos cuotas diarias corresponde a un día de privación de libertad. La correspondencia entre un día de responsabilidad personal subsidiaria y uno de multa parece adecuada cuando –como sucede en Alemania– su cuantía se determina partiendo, con carácter general, del principio de los ingresos netos. Creo que la decisión del legislador español de que cada día de responsabilidad personal subsidiaria se corresponda con dos cuotas de multa aconseja que su importe se determine con arreglo a un criterio menos severo o exigente, sin perjuicio de que la correspondencia que el legislador establezca repercuta, a su vez, en los límites y extensión de los marcos penales de las multas previstos por el legislador, y en su concreción por parte de los jueces y tribunales.

Lo más discutible del criterio que propongo es que el sacrificio asociado al pago de la multa no es tan homogéneo como el que resultaría de utilizar otros criterios para valorar la situación económica del penado y determinar el importe de las cuotas como, p. ej., el criterio que remite a todos los ingresos o todos los que el penado no necesita para subsistir. Las siguientes palabras de Pellegrino Rossi, extraídas de su Tratado de Derecho Penal, muestran las consecuencias de fijar la cuantía de la multa atendiendo a una parte proporcional de los ingresos o del patrimonio del reo, y los inconvenientes de tales criterios cuando no se admite la posibilidad de matizarlos: «Se ha propuesto fijar la multa en una parte alícuota del patrimonio. Así se ha esperado conservar una justa proporción en la aplicación de la pena. [...] Es un error. Quitar la décima parte del capital al poseedor de 10.000.000, es una pena mucho más leve que quitar 1.000 reales al que no tiene más que 10.000. Hay entre lo uno y lo otro la misma diferencia que entre lo necesario y lo superfluo. [...] Si se limita uno a gravar la renta, subsiste la misma dificultad ¿Qué le importa a quien tiene 200.000 pesos de renta pagar 20.000 por una vez? Pero aquel que sostiene

⁹ Concretando más ampliamente el criterio general aquí propuesto, ver CARDENAL MONTRAVE-TA, S, 2021 a, pp. 85 ss., especialmente pp. 92 ss.

a su familia con la módica cantidad de 200 pesos, sí pierde la décima parte de lo necesario pagando 20, no tendrá con qué vivir durante cinco semanas»¹⁰.

2. La determinación del importe de las cuotas en la jurisprudencia española

La reciente STS 134/2021, de 15 de febrero, alude expresamente al criterio antes propuesto. Entre los argumentos con los que justifica la desestimación de la impugnación de la cuota de multa impuesta al condenado por un delito de apropiación indebida, el Tribunal afirma: «aún partiendo de las cifras de ingresos que esgrime el recurrente y no constando cargas familiares especiales, la cantidad mensual resultante (750 €) se ajusta a lo que algún cualificado monografista aventura a fijar como módulo razonable para una cuantificación de la multa que, sin hacerla desproporcionadamente grave, mantenga su efecto preventivo: un cincuenta por ciento de los ingresos netos, en porcentaje incrementable en virtud de otros marcadores de capacidad económica como los derivados de un previo ahorro» (FJ 6). Pero, con carácter general, en la jurisprudencia española no encontramos una propuesta tan precisa. El escaso conocimiento de la situación económica del penado por parte de los jueces y tribunales que dictan la sentencia condenatoria explica en parte la «interpretación flexible del artículo 50.5» que viene realizando la jurisprudencia¹¹, pero no puede justificarla. En cualquier caso, el Tribunal Supremo admite abiertamente que lo dicho en el artículo 50.5 CP «no significa que los Tribunales deban efectuar una inquisición exhaustiva de todos los factores directos o indirectos que puedan afectar a las disponibilidades económicas del acusado, lo que resulta imposible y es, además, desproporcionado, sino únicamente que deben tomar en consideración aquellos datos esenciales que permitan efectuar una *razonable ponderación* de la cuantía proporcionada de la multa que haya de imponerse»¹².

¹⁰ ROSSI, M. P., *Tratado de Derecho Penal* (trad. de Cayetano Cortés), 3.ª ed., Madrid (Establecimiento tipográfico de Eduardo Cuesta), 1883, pp. 414 a 415.

¹¹ La STS 230/2019, de 8 mayo, y otras muchas reconocen expresamente que, ante «la frecuente penuria o insuficiencia de datos sobre la capacidad económica del acusado, en evitación de que resulte inaplicable el precepto, [la Sala] ha ensayado una interpretación flexible del artículo 50.5 CP».

¹² STS 175/2001, de 12 febrero (cursiva añadida). El fragmento transcrito se reproduce en numerosas resoluciones judiciales posteriores. En relación con la aplicación práctica de la regulación vigente, ver también BARQUÍN SANZ, J., «La pena de días multa en la práctica judicial española», en Vicente Remesal, J. de et al. (dirs.), *Libro Homenaje al profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario*, vol. 2, Madrid (Reus), 2020a, pp. 1245 ss.; el mismo autor, «Day Fines in Spain», en Kantoroicz-Reznichendko, E., Faure, M. (eds.), *Day Fines in Europe*, Cambridge (Cambridge University Press), 2020b,

Cuando resuelve recursos de casación en los que se cuestiona el importe de las cuotas, normalmente el Tribunal Supremo analiza la estimación de la situación económica realizada en la sentencia recurrida, su relación con el importe de las cuotas, así como la motivación de ambos extremos y, en definitiva, de la propia cuantía de la multa. En lo que ahora nos interesa, el Alto Tribunal suele limitarse a analizar si la información sobre la situación económica del reo que consta en la resolución recurrida permite justificar el modestísimo importe de las cuotas allí establecido, atendiendo a los siguientes criterios:

- a) La cuota mínima de 2 euros queda reservada para los casos extremos de indigencia, miseria o similares¹³.
- b) La insuficiencia de datos sobre de la situación económica del reo no debe llevar automáticamente y con carácter generalizado a fijar el importe de las cuotas en el mínimo legal (2 €).

Cuando *pueda entenderse que el acusado no se encuentra en esa situación extrema de indigencia o miseria*, el importe de las cuotas se fijará teniendo en cuenta la información disponible sobre su situación económica y la función preventiva de la multa¹⁴, tomándose también a veces como referencia el salario mínimo interprofesional¹⁵ y/o la cuantía de las sanciones administrativas previstas para conductas similares¹⁶. Así mismo, se alude a veces a la duración de la pena de multa¹⁷, a la posibilidad de fraccionar el pago¹⁸, y otras veces al hecho de que se imponga junto con una pena de prisión, sugiriendo en ocasiones que ello dificultará que aquella llegue a pagarse y otras que la duración de la pena de prisión y lo dispuesto en el artículo 53.3 CP excluyen

pp. 246 ss. Barquín llega a la conclusión de que, en el sistema judicial español, la pena de días multa no toma en serio la capacidad económica del condenado y su aplicación no es muy distinta de la del antiguo sistema de multa global.

¹³ En este sentido, ver, p. ej., AATS 453/2018, de 22 febrero; 1492/2017, de 11 octubre; 1047/2017, de 1 junio; 243/2017, de 19 enero; 739/2016, de 31 marzo; 1207/2015, de 30 julio; 610/2015, de 16 abril; 1291/2014, de 4 septiembre; 997/2013, de 30 abril; SSTS 743/2016, de 6 octubre; 419/2016, de 18 mayo; 17/2014, de 28 enero; 1377/2001, de 11 julio.

¹⁴ Ver, p. ej., ATS 1492/2017, de 11 octubre, que remite a lo dicho en la STS 797/2005, de 21 junio. Ver también ATS 610/2015, de 16 abril; SSTS 722/2018, de 23 enero 2019; 17/2014, de 28 enero; 146/2006, de 10 febrero; 996/2007, de 27 noviembre.

¹⁵ Ver, p. ej., SSTS 704/2018, de 15 enero; 1265/2005, de 31 octubre; 582/2005, de 6 mayo; 1/2004, de 12 enero.

¹⁶ Ver, p. ej., STS 1729/2001, de 15 octubre y SAP Barcelona (sec. 9) 299/2016, de 22 abril, que confirma el importe de las cuotas de la multa impuesta por un delito de conducción sin haber obtenido nunca licencia (art. 384 CP).

¹⁷ Ver, p. ej., SSTS 512/2006, de 5 mayo; 1152/1998, de 3 octubre.

¹⁸ Ver, p. ej., SSTS 434/2021, de 20 mayo; 688/2020, de 14 diciembre; 677/2020, de 11 diciembre.

que el penado quede sujeto a responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago¹⁹.

Si la cuantía de la cuota que se acuerda está muy próxima al mínimo legal, no se exige una fundamentación adicional. Al respecto, siguiendo la propuesta formulada en la STS 1207/1998, de 7 abril de 1999, se alude a menudo a cuotas que no superan el primero de los 10 tramos en los que puede dividirse la distancia que va entre el importe mínimo de la cuota prevista en el artículo 50 (2 €) y el importe máximo (400 €); la cuantía de cada uno de esos diez tramos o escalones sería de 39,8 euros (398/10) y el primero iría entre los 2 y los 41,8 euros. Sólo «para cuotas más elevadas es absolutamente necesario que se contrasten datos más completos sobre la situación económica del acusado»²⁰.

Me parece muy difícil justificar que el importe de las cuotas supere los 2 euros cuando nada se sabe sobre la situación económica del reo con una mínima certeza y, por lo tanto, no debería hablarse de insuficiencia de datos sino de *ausencia* de los mismos. Pero el nivel de exigencia de los juzgados y tribunales para considerar que el penado no se encuentra en una situación de indigencia o similar –y, por ello, está justificado que el importe de las cuotas sea superior al mínimo pero no muy alejado de este– parece haber ido evolucionando, hasta el punto de llegar actualmente a admitir que las cuotas próximas al mínimo legal no requieren una fundamentación expresa, y partir de la presunción de que el acusado no se encuentra en una situación de indigencia que justifique fijar en 2 € el importe de las cuotas, correspondiendo, por lo tanto, al propio acusado la carga de aportar los medios de prueba que permitan desvirtuar aquella presunción cuando no lo hayan hecho ya las actuaciones practicadas y los medios de prueba disponibles. En este sentido, tras reconocer que «ha habido pronunciamientos no siempre coincidentes», la STS 230/2019, de 8 mayo, afirma que «la postura de esta Sala se ha ido decantando hacia el criterio de que la imposición de una cuota en la zona baja, cercana al mínimo legal, no requiere de expreso fundamento». Pronunciamientos como este contrastan, p. ej., con lo dicho en las SSTS 1800/2000, de 20 de noviembre, y 1729/2001, de 15 de octubre, que allí se citan y con otras muchas resoluciones que imponen multas en las que el importe de las cuotas es muy modesto, pero sí se justifica que el penado no se encuentra en una situación de indigencia o similar. Y no faltan supuestos en los que, sin llegar a afirmar que el penado se encuentra en una situación de indigencia o similar, partiendo seguramen-

¹⁹ Ver, p. ej., STS 797/2005, de 21 junio.

²⁰ AATS 753/2020, de 22 octubre; 108/2021, de 28 en.; SSTS 146/2021, de 18 febrero; 146/2006, de 10 febrero; 1265/2005, de 31 octubre; 1489/2001, de 23 julio; 1377/2001, de 11 julio.

te de que existen datos que impiden descartar tal hipótesis y corresponde a la acusación aportar los elementos que permitan hacerlo o indicar los que puedan tener tal efecto, aludiendo a lo dispuesto en el artículo 50.5 CPE y a la exigencia de motivación de la pena, el Tribunal Supremo estima el recurso y reduce al mínimo el importe de la cuota de la multa.

Atendiendo a lo dispuesto en el artículo 50.5 CP, la afirmación –que encontramos en numerosas resoluciones judiciales– según la cual «en los casos ordinarios en que no concurren circunstancias extremas, resulta adecuada la imposición de una cuota prudencial situada en el tramo inferior», no excluye que el importe de las cuotas deba ser más elevado cuando pueda considerarse acreditada una situación económica acomodada. Pero, más allá de vincular el incremento del importe de las cuotas con la acreditación de una situación, actual o potencial, de mayor holgura económica, nada (o muy poco) se dice en la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la justificación de importes elevados, como los que superan el primero de los diez posibles escalones o tramos (39,8 €), y ya no se consideran justificados con la sola afirmación de que el reo no se encuentra en una situación de indigencia. Sin una justificación más precisa o elaborada, el importe de la cuota se fija entonces mediante la sola remisión al número y solidez de los indicios que permiten entender que el reo disfruta de una situación económica más o menos acomodada o, dicho de otro modo, mediante la mera alusión a la cantidad y solidez de la información disponible sobre la situación económica del reo y/o su capacidad para obtener recursos²¹.

La STS 438/2018, de 3 octubre («caso de las tarjetas black») es un lamentable ejemplo del desinterés por fijar la situación económica del reo y darle la relevancia que merece al determinar el importe de las cuotas²². El Tribunal Supremo confirmó la condena por un delito continuado de apropiación indebida de más de doce millones de euros a 65 acusados, que habían sido presidentes, consejeros o directivos de Caja Madrid y Bankia. A pesar de las importantes diferencias en cuanto a su situación económica –entre ellos se encontraba Rodrigo Rato, que poco antes había sido ministro–, todas las acusaciones solicitaron multas con cuotas de idéntico importe –el Ministerio Fiscal solicitó que el importe de las cuotas fuera de 300 euros y las acusaciones particulares solicitaron que fuera de 15 euros–. Y también tenían el mismo importe (20 €) las cuotas de las multas que se impusieron. Ninguna justificación ofreció al respecto la SAN (sec. 4) 4/2017, de 23 de febrero, y el Tribunal

²¹ Ver, p. ej., AATS 453/2018; 746/2014, de 13 noviembre y 434/2014, de 3 junio.

²² También lo destaca BARQUÍN SANZ, J., 2020 a, p. 1250.

Supremo se limitó a señalar que aquella cuantía está próxima a la mínima y que «de la propia sentencia se desprende que la cuantía no es desproporcionada con la posición económica de quien ha sido miembro del consejo de administración de una Caja de Ahorros» (FFJJ 52.3, 72 y 133).

La ambigüedad y escasa precisión de los criterios que se mencionan en la mayoría de las resoluciones del Tribunal Supremo –y que luego reproducen los juzgados y tribunales inferiores– se advierte también al comparar el importe de las cuotas impuestas en la STSJ Cataluña de 13 de marzo 2017 (confirmada luego, en relación con la multa, por la STS 722/2018, de 23 de enero de 2019) y la STS 177/2017, de 22 de marzo, que juzgaron los mismos hechos, relacionados con la celebración de un «proceso de participación ciudadana sobre el futuro político de Cataluña» que tuvo lugar el 9 de noviembre de 2014. La STSJ Cataluña de 13 de marzo de 2017 condenó a quien era Presidente de la Generalidad de Cataluña y a dos de sus consejeras por un delito de desobediencia cometido por autoridad o funcionario público, a una pena de inhabilitación especial para el ejercicio de cargos públicos electivos y una multa con una cuota de 100 euros y una duración que oscilaba entre los 12, los 10 y los 8 meses. El Ministerio Fiscal solicitaba que el importe de las cuotas fuera de 200 euros, pero el Tribunal catalán acogió la petición de la acusación popular, limitándose a decir, para justificarlo, que «ninguna impugnación de contrario se ha desplegado en el juicio frente a ella y que, atendiendo a la formación y cualificación profesional de todos ellos [los acusados], estimamos de imposición justa, a riesgo de hacer perder a la pena su eficacia preventiva». Tras la única impugnación de los condenados, la STS 722/2018, de 23 de enero de 2019, afirma que no es correcto hablar de presunción de inocencia en relación con la fijación del importe de las cuotas de la multa, que es correcta la alusión al fin preventivo y que «[l]as acusaciones basándose en deducciones muy simples y que no precisan de excesivo aparato discursivo (uno de los acusados ha sido el presidente de la Generalitat; las otras dos desempeñaban puestos políticos relevantes) solicitaron la multa con unas cuotas razonables. Las defensas no han hecho el más mínimo esfuerzo por desmentir esa inferencia de cierta holgura económica que cualquier persona haría. Cien euros, una cuota que está por debajo de la mitad de todo el arco posible, es cifra ponderada y suficientemente justificada con la referencia escueta pero rotunda de la sentencia». A su vez, la STS 177/2017, de 22 de marzo, condenó a quien en el momento de los hechos era Consejero de la Presidencia y portavoz del Gobierno de la Generalidad de Cataluña –y luego fue Diputado en las Cortes Generales– como autor de un delito de desobediencia grave cometido por autoridad administrativa, imponiéndole una pena de multa de 5 meses con una cuota diaria de 200 euros,

además de la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de cargos públicos electivos. En relación con el importe de las cuotas, el tribunal afirma: «la Sala no puede desbordar la petición del Ministerio Fiscal, que ha instado para el acusado la pena de multa de 5 meses con una cuota diaria de 200 euros [...]». En la individualización de la pena que finalmente imponemos partimos de la misma cuota de multa interesada por el Fiscal. La dilatada permanencia del acusado en el desempeño de cargos públicos –nacionales y autonómicos–, su formación universitaria y su plena integración social, avalan su solvencia. Entendemos, por tanto, que una cuota diaria de 200 euros es una referencia cuantitativa ajustada a las circunstancias personales y económicas del acusado». En la llamada «sentencia del procés» (STS 459/2019, de 14 de octubre) también se impuso a los tres condenados por un delito de desobediencia la pena de multa (aquí de 10 meses) con una cuota diaria de 200 euros²³. En cambio, la STSJ de Cataluña 10/2020, de 19 de octubre, condenó por un delito de desobediencia a varios exmiembros de la mesa del parlamento catalán a las penas de 10 meses de multa con una cuota diaria de 100 euros (la acusación popular solicitaba que la cuota fuera de 300 euros). La misma cuota que se fijó (de acuerdo con lo solicitado por las acusaciones) en la STS 301/2021, de 8 de abril, para la pena de multa impuesta a J. Ll. Nuet por los mismos hechos. A su vez, la STSJ Cataluña 149/2019, de 19 de diciembre, condenó a J. Torra por un delito de desobediencia cometido cuando era Presidente de la Generalidad de Cataluña, a 10 meses de multa con una cuota de 100 euros, como solicitaba el Ministerio Fiscal (la acusación popular solicitaba una multa de 12 meses con una cuota de 200 euros).

Sin desconocer las limitaciones derivadas del principio acusatorio y de la conformidad de las partes, la ambigüedad e imprecisión de los criterios mencionados en la jurisprudencia del Tribunal Supremo también se advierten al comparar las cuotas de 100 y 200 euros a las que acabamos de referirnos con, p. ej., las cuotas de 20 euros y, excepcionalmente, 50 euros de las multas impuestas en sentencias que condenan a magistrados, diputados o senadores –empleos públicos cuya retribución también es fácil de conocer– por negociaciones prohibidas o por conducir bajo la influencia de bebidas alcohólicas. O si comparamos estas cuotas con otras similares impuestas a otros funcionarios públicos peor retribuidos, como policías o bomberos²⁴. Hemos de destacar, igualmente, la incertidumbre sobre el importe de las cuotas cuando sólo pueda

²³ La STC 67/2021, de 17 marzo, desestimó la denuncia de que el Tribunal Supremo no había motivado debidamente el importe la cuota de la multa impuesta al recurrente (C. Mundó).

²⁴ Ver, p. ej., SSTS 530/2016, de 16 junio; 1122/2012, 21 junio; 1/2011, de 17 enero; 2/2011, de 1 diciembre; 963/2006, de 2 octubre; 1265/2005, de 31 octubre.

entenderse acreditado que el penado no se encuentra en una situación de indigencia o similar que justifique que aquel coincida con el mínimo legal. En estos casos, no es nada fácil saber por qué el importe de las cuotas se fija en 6 euros, en 10 euros, en 12 euros o en 15 euros, y no en cifras superiores pero que la jurisprudencia sigue considerando «próximas al mínimo legal». En cualquier caso, el hecho de que pocas veces sea la acusación quien impugna el importe de las cuotas revela la modestia de sus pretensiones, que también se advierte en las sentencias dictadas con la conformidad del acusado.

La situación que hemos intentado describir es sumamente decepcionante. La apuesta del legislador por ampliar el protagonismo de la pena de multa, y la relevancia de dicha pena en la práctica diaria de nuestros jueces y tribunales, plantean el difícil reto de conseguir que su cuantía se determine valorando la situación económica del reo, de modo que se haga así efectivo el principio de igualdad de sacrificio y, en definitiva, la multa cumpla su función preventiva y vaya desplazando a las penas privativas de libertad. Ante semejante reto, nos encontramos con una legislación excesivamente imprecisa y unos operadores jurídicos que, a pesar de los cambios legislativos y tecnológicos, continúan sin impulsar ni realizar una investigación mínimamente sólida sobre la situación económica del acusado, ni ofrecer una explicación suficientemente detallada sobre la valoración de esa situación y el importe de las cuotas de la multa. A ello se suma una jurisprudencia del Tribunal Constitucional cada vez menos exigente con el deber de motivación del importe de las cuotas y una jurisprudencia del Tribunal Supremo cada vez más dispuesta a «subsananar» en vía de recurso las carencias de las que adolezca la resolución recurrida desde el punto de vista de su motivación. El panorama se completa con una legislación y una jurisprudencia cada vez más limitadas por (y condescendientes con) las peticiones formuladas por la acusación y los acuerdos alcanzados por las partes. El coste de todo ello en relación con la función preventiva del derecho penal y la credibilidad del propio sistema de justicia es —esta sí— difícil de evaluar, pero nada despreciable.

EL TRATAMIENTO JURÍDICO-PENAL DE LAS LESIONES CAUSADAS POR INTERVENCIONES QUIRÚRGICAS*

JAVIER DE VICENTE REMESAL**

Con todo afecto aporto esta contribución al Libro Homenaje a mi querida colega y amiga, la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo, con motivo de su 70.º cumpleaños. Muchos de sus trabajos se han referido, al igual que éste, a temas médicos. En él expongo –de forma necesariamente muy resumida, por las comprensibles razones de espacio requeridas a la contribución– mi posición sobre el tratamiento jurídico-penal de los inevitables menoscabos a la integridad corporal del paciente, o la afectación a su salud, que implican las intervenciones quirúrgicas.

I. LAS INTERVENCIONES QUIRÚRGICAS PRACTICADAS CON EL CONSENTIMIENTO DEL PACIENTE

El origen de la responsabilidad derivada de la práctica de intervenciones quirúrgicas (IQ)¹ –sean curativas, o satisfactivas o estéticas–, puede radicar

* Investigación realizada en el marco de los proyectos *Revisión de cuestiones polémicas en la ciencia penal a comienzos del siglo XXI* (Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, RTI2018-101401-B-I00) IP Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Diego-Manuel Luzón Peña, Prof. Dra. Raquel Roso Cañadillas, y *La progresiva relajación de garantías penales en la elaboración del sistema y en diversos sectores. Vindicación del refuerzo de los límites al ius puniendi*» (PID2019-108567RB-C21). IP 1: Prof. Dr. Dres. h. c. Miguel Díaz y García Conlledo. IP2: Prof. Dra. María A. Trapero Barreales.

** Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Vigo. (España). IP del Grupo de Investigación *Práctica Médica & Derecho (PM&D)/Medical Practice & Law (MP&L)*, Instituto de Investigación Sanitaria Galicia Sur (IIS Galicia Sur), SERGAS-UVIGO. Presidente de la FICP (Fundación Internacional de Ciencias Penales): www.ficp.es

¹ En adelante, a veces emplearé la abreviatura IQ con el significado, según los casos, de intervención quirúrgica o intervenciones quirúrgicas.

tanto en la propia intervención, precedida de una información y consentimiento adecuados, cuanto en la ausencia de información y consentimiento previos a una intervención incluso técnicamente correcta. Me referiré en este apartado al primer aspecto (y posteriormente a los casos de IQ sin consentimiento del paciente), distinguiendo a su vez entre intervenciones quirúrgicas con resultado positivo y con resultado fallido.

1. Las intervenciones quirúrgicas curativas, consentidas, con resultado positivo o favorable

Las IQ curativas, consentidas, con resultado positivo o favorable no entrañan indicio de injusto alguno porque constituyen un proceso absolutamente normal en el marco del orden social establecido. En consecuencia, de acuerdo con la posición, que comparto, de *Luzón Peña*², son impunes por resultar excluida en ellas la antijuridicidad, por exclusión de la tipicidad indiciaria. Pero la ausencia de indicio de injusto requiere, además de dicho resultado, que en el profesional que las practica concurren las condiciones legales requeridas para ello, pues sólo así puede afirmarse que son social y jurídicamente adecuadas³. Por ejemplo, la histerectomía practicada por el cirujano a la paciente tras informarle que eso era inevitable para extraerle los miomas. El ineludible y necesario menoscabo de la integridad corporal por las incisiones en el cuerpo de la paciente para acceder al mioma constituye sin duda una lesión, cuando menos de acuerdo con el tipo básico, del artículo 147 CP. Y la propia histerectomía, la extracción del útero, una lesión grave (e irreversible) de las descritas en el artículo 149 CP. Ahora bien, el hecho de que estas intervenciones, aparte de reunir los demás requisitos, tengan un resultado curativo positivo o favorable, esto es, no dañen finalmente la salud, sino, al contrario, supongan su mejora, significa que sólo en éstas (a diferencia de en las fallidas, o en las realizadas sin el consentimiento del paciente) falta todo indicio de injusto, son social y jurídicamente adecuadas, coincidentes con lo exigido por el Derecho y valoradas positivamente.

Por no concurrir en ellas indicio de injusto alguno que integre siquiera la antijuridicidad general, son asimismo causa de exclusión del tipo indiciario. O quizá con mayor precisión, quedan excluidas de antemano de la posible realización del tipo porque, más que excluirse, está ausente ya desde un principio

² Cfr. LUZÓN PEÑA, D. M., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, s/a, [en preparación], 25/91 ss.

³ Cfr. GISBERT CALABUIG, J. A., *Medicina Legal y Toxicología*, 7.ª ed., Barcelona (Elsevier), 2019, pp. 69-75.

la circunstancia que fundamenta el surgimiento del injusto penal, esto es, del tipo de lesiones, porque la redacción del tipo llevaría ya implícita la exclusión de su aplicación a las conductas socialmente adecuadas⁴ Por este motivo ni siquiera se abre sobre ellas una investigación judicial⁵.

2. Las intervenciones quirúrgicas curativas, consentidas, con resultado fallido, desfavorable o negativo

La doctrina que defiende que las IQ curativas, consentidas, con resultado positivo o favorable no lesionan el bien jurídico protegido en el tipo de lesiones porque mejoran la salud, deben enfrentarse con el problema de si estas IQ, con resultado fallido, realizan también, o no, el tipo de lesiones⁶.

Para quienes entendemos que las IQ curativas, consentidas, con resultado positivo o favorable realizan en principio el tipo de lesiones, no sólo no resulta discutible, sino evidente, que también lo realizan las IQ curativas, consentidas, con resultado fallido, desfavorable o negativo. Sin embargo, en éstas, a diferencia de en las primeras, no es posible excluir la tipicidad ya indiciaria, por falta de indicio alguno de injusto a pesar de los menoscabos en la integridad corporal, sino apreciar a lo sumo una causa de justificación, por el ejercicio legítimo de la profesión médica, que excluye todo el desvalor de la acción, pese a que subsista el desvalor del resultado⁷. Y esto será lo que ocurra prácticamente en todos los casos, pero siempre que el médico lleve a cabo la intervención de acuerdo con la *lex artis*, que incluye el cumplimiento de los requisitos del consentimiento informado, y no sólo la realización técnicamente correcta de la intervención.

3. Las intervenciones quirúrgicas satisfactivas (estéticas), consentidas, con resultado positivo o favorable

La medicina curativa se diferencia en muchos aspectos de la denominada medicina satisfactiva, e igualmente las intervenciones quirúrgicas en ambos

⁴ En el mismo sentido, PAREDES CASTAÑÓN, J. M., «Consentimiento y riesgo en las actividades deportivas: algunas cuestiones jurídico-penales», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1990, p. 643.

⁵ En el mismo sentido y con más detalle, cfr. LUZÓN PEÑA, D. M., *Tratado, s/a*, 25/92.

⁶ Cfr. MUÑOZ CONDE, F., y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, 10.^a ed., Valencia (Tirant lo Blanch) p. 119.

⁷ Posición ésta, asimismo, que comparto, de LUZÓN PEÑA, D. M., *Tratado, s/a*, 25/94.

casos. Sin embargo, su diferenciación no siempre es tajante ni sencilla, pues existen IQ satisfactivas que no son ajenas a la finalidad terapéutica, y cuyo tratamiento jurídico es en principio similar al de las IQ curativas. Por eso me centro aquí en las IQ meramente estéticas o cosméticas, esto es, en las que se llevan a cabo sin que concurra en ellas una indicación terapéutica, que no repercuten en la salud, o cuando menos, no en la misma medida que las intervenciones curativas.

La característica de que estas IQ, meramente estéticas, con resultado positivo o favorable no supongan una mejora de la salud constituye un problema para la doctrina que fundamenta en la «mejora en la salud» el rechazo a calificar de lesiones las IQ curativas, consentidas, con resultado positivo o favorable. Para solucionar ese problema, dicha doctrina recurre al argumento de que la mejora en la salud equivale, a esos efectos, a la producción de un resultado que socialmente se considere positivo. Así, para Mir Puig⁸, «en las intervenciones médicas no curativas, como las efectuadas por razones meramente estéticas, sin indicación terapéutica, habrá que negar que realicen un tipo de lesiones siempre que produzcan un resultado que socialmente se considere *positivo*, porque no cabrá hablar entonces de “lesión”, aunque no supongan una mejora de la salud».

Pues bien, la calificación de un resultado como positivo o favorable para el paciente en las IQ meramente estéticas debe determinarse en función de las prioridades o preferencias del propio paciente, y no de lo que socialmente se considere positivo. Y asimismo, también en las IQ estéticas los inevitables menoscabos de la integridad corporal que implica su práctica son indudablemente lesiones y realizan en principio el tipo de lesiones. Quien se deja practicar una operación cosmética, permite temporalmente un menoscabo más o menos importante de su integridad corporal⁹.

Por otra parte, en cuanto a lo que significan los calificativos al uso (estético, cosmético o incluso embellecedor) de ese resultado positivo, éste hay que considerarlo como tal no sólo en los casos en que el paciente consiente en que el cirujano estético, por ejemplo, le transforme su enorme nariz y de giba prominente en otra prácticamente perfecta según los cánones de belleza, sino también –en virtud del respeto al derecho de autodeterminación del paciente sobre la propia integridad del cuerpo, y asimismo de su apariencia física– en aquellos otros, semejantes a la inversa, en que, por alguna razón o mero capricho, el paciente solicita al médico que le transforme su nariz normal en una

⁸ MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, 10.ª ed., Barcelona (Reppertor), 2016, 18/52.

⁹ JESCHECK, H. H., *Lehrbuch des Strafrechts*, 3.ª ed., Berlin (Duncker & Humboldt), 1978, § 34, I, c.

enorme nariz aguileña. Si la valoración es positiva tanto por parte del paciente como socialmente (sin duda así en el ejemplo de la elegante reconstrucción de la nariz), dichas IQ se considerarán social y jurídicamente adecuadas, esto es, normales y carentes de entrada de toda relevancia jurídica. Ni el paciente ni un tercero emprenderán acción judicial alguna por ello. El ejercicio legítimo de la profesión médica daría lugar a apreciar una causa de exclusión ya de la tipicidad indiciaria. Por el contrario, si el resultado –en el ejemplo, de transformar la nariz normal en una enorme nariz aguileña– no se percibe socialmente desde el punto de vista estético como positivo, sino más bien como anormal e incomprensible, no es improbable que se inicie un procedimiento para indagar las causas técnicas de tal resultado y la auténtica concurrencia de un consentimiento tan anómalo. Dejaría de ser un resultado normal y aproblemático. Ahora bien, si se verifica positivamente lo anterior, el ejercicio legítimo de la profesión médica se apreciaría como causa de justificación de las lesiones.

No obstante, es discutible hasta qué punto el consentimiento del paciente y la valoración positiva del resultado por él es suficiente para excluir la antijuridicidad del hecho en los casos más extremos, en los que, por ejemplo, al paciente que quiere convertirse físicamente en un alien se le ha amputado la nariz, las orejas, los labios, deformado horriblemente su rostro, etc., en un proceso de transformación que pretende continuar¹⁰. La razonabilidad o sensatez del motivo¹¹ no es suficiente para afirmar la punibilidad del hecho en estos casos u otros semejantes. Es preciso que para ello que resulten contradichas objetivamente las propias bases que inspiran el respeto al principio de autonomía individual en relación con la integridad corporal y la salud, y particularmente la libertad. Es decir, verificar la comprensibilidad del consentimiento como expresión de una decisión autónoma sobre la integridad física¹². Si ésta existe, las lesiones causadas serán impunes, pues el Derecho también protege la libertad de los capaces para tomar decisiones irracionales o insensatas¹³. Pero no es extraño que decisiones tan drásticas y graves puedan responder a estados anímicos o alteraciones psíquicas, incluso circunstanciales, que elimi-

¹⁰ El ejemplo refleja el caso real, conocido como *The black alien project*, https://www.elconfidencial.com/alma-corazon-vida/2020-09-24/hombre-transformacion-alien-anthony-loffredo_2760799/

¹¹ Alega este criterio ROXIN, C., y GRECO, L., *Strafrecht Allgemeiner Teil Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 5. Auflage, München (C. H. Beck), 2020, 13/42, poniendo como ejemplos, quien pide que le dejen ciego o que le amputen una pierna.

¹² En sentido semejante, cfr. FRISCH, W., «Zum Unrecht der sittenwidrigen Körperverletzung (§ 228 StGB)», *Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag am 11. April 1999*, Berlin/New York (Walter de Gruyter), 2011, pp. 506.

¹³ En el mismo sentido, LUZÓN PEÑA, D. M., *Tratado*, s/a, 18/142.

nen la capacidad de comprensión requerida sobre el verdadero alcance de la intervención, en cuyo caso el consentimiento dejaría de ser jurídicamente válido. E incluso cabe pensar, finalmente, y sólo lo dejo planteado, que en casos muy extremos (difícilmente imaginables y describibles), aun afirmada la libertad del paciente respecto de ellos, quepa fundamentar su punibilidad en la propia dignidad humana.

4. Las intervenciones quirúrgicas satisfactivas (estéticas), consentidas, con resultado fallido, desfavorable o negativo

Al igual que en las IQ curativas, también en las IQ estéticas no son infrecuentes los casos de resultado fallido, con la peculiaridad de que en éstas dicho carácter de fallido puede ser más preciso en cuanto comprende lo que no se corresponde con lo que se ha ofrecido (y en definitiva contratado) como resultado, generalmente cosmético o embellecedor, al paciente. Por ejemplo, la mastopexia o *lifting* de senos, que es una de las prácticas más comunes recientemente en cirugía estética, y a su vez una de las mayores causas de litigio por resultado fallido, o la hidrolipoclasia (o liposucción para reducir la celulitis), cuya aplicación por otra parte no es infrecuente que se realice en centros clandestinos.

El tratamiento jurídico-penal de las IQ estéticas consentidas, con resultado fallido, desfavorable o negativo es similar al de las curativas del mismo carácter. Son indudablemente lesiones y en absoluto carentes del indicio de injusto que permita considerarlas socialmente adecuadas.

Si el resultado fallido se produce a pesar de haber actuado el médico plenamente de acuerdo con la *lex artis*, el ejercicio legítimo de la profesión médica constituye una causa de justificación que excluye el desvalor de acción, o de la conducta, dejando subsistente el desvalor del resultado. Estos casos, en los que se excluye la responsabilidad penal por no concurrir dolo ni imprudencia, frecuentemente dan lugar a responsabilidad extrapenal. La excepcionalidad de la apreciación de responsabilidad penal suele basarse en el incumplimiento de la *lex artis*: por vicios de información que afectan a los aspectos esenciales y determinantes (los posibles riesgos y complicaciones), por realizarse por quien carece de los conocimientos y capacidades requeridos por la especialidad, o por llevarse a cabo en un centro que no reúne los recursos técnicos y humanos exigidos.

II. LAS INTERVENCIONES QUIRÚRGICAS NO CONSENTIDAS, PRACTICADAS SIN O CONTRA EL CONSENTIMIENTO DEL PACIENTE

En el contexto de las IQ, afortunadamente son pocos los casos en los que el médico realiza la intervención sin haber obtenido del paciente el consentimiento legalmente requerido, y realmente excepcionales las que se practican en contra de su voluntad expresa.

Quienes consideran que en las IQ consentidas falta en algunos casos la tipicidad del delito de lesiones por ausencia de `lesión`, se plantean la cuestión de si esas IQ pueden constituir «lesión» si se realizan sin o contra la voluntad del paciente. O si –solamente, en general, o de forma restringida– pueden dar lugar a otro tipo penal (fundamentalmente el de coacciones, o a veces también el de detenciones ilegales). La problemática es claramente distinta para quienes consideramos que incluso en las IQ curativas consentidas, con resultado positivo, hay en principio lesiones típicas. También las hay en todas las IQ practicadas sin o contra el consentimiento del paciente, y esa circunstancia de no contar con, u oponerse a, la voluntad del paciente sólo plantearía la cuestión de si –además– se realiza alguno de esos otros tipos penales antes mencionados.

La posibilidad de apreciar en las IQ no consentidas únicamente un delito contra la libertad se basa en unos presupuestos, ciertamente discutibles, que no considero convincentes. Por una parte, en la consideración global de la salud del paciente como único bien jurídico protegido en los delitos de lesiones; por otra, en la opinión de que las IQ realizadas sin el consentimiento del paciente, e incluso en contra de su voluntad expresa, no son contrarias a la *lex artis* médica y, finalmente, en que la autodeterminación sobre la propia integridad del cuerpo no es bien jurídico coprotegido en el tipo de lesiones.

Los inevitables menoscabos de la integridad corporal que causan las IQ, así como sus efectos –sean positivos o sean negativos– sobre la salud del paciente, constituyen en todo caso lesiones, cuando dichas IQ se realizan sin haber obtenido del paciente el consentimiento legalmente requerido. Cabe asimismo afirmar la realización del tipo ya sobre la base de las (1) exigencias de la *lex artis* correctamente entendida, y porque (2) la autodeterminación sobre la propia integridad del cuerpo es bien jurídico coprotegido en el tipo de lesiones. Ahora bien, es preciso en todo caso (3) diferenciar entre intervención sin consentimiento e intervención con meros vicios de información.

1. Con la denominación *lex artis* se hace referencia a los criterios valorativos que, sobre la base de las decisiones que llevaría a cabo la generalidad de una

profesión, determinan la exigibilidad de su cumplimiento en la realización de un acto concreto¹⁴. La denominada *lex artis* médica (*standard of care*, en el mundo anglosajón) comprende no sólo la realización correcta del hecho desde el punto de vista técnico (al cual lo restringe la doctrina mayoritaria), sino también el cumplimiento de los requisitos del consentimiento informado¹⁵. El médico que no informa, miente o engaña al paciente sobre intervención que le va a practicar –o sobre una ampliación de aquélla, que va más allá o es distinta de lo que ha informado– actúa con malas artes profesionales, con mala praxis, y por tanto incumpliendo lo requerido por la *lex artis* médica. La decisión del paciente, en tanto afecte a su integridad, debe contemplarse como parte irrenunciable de la *lex artis*, pues el concepto mismo de salud es relativo y, como tal, no puede disociarse de la voluntad del sujeto¹⁶. La concurrencia del consentimiento del paciente es lo que permite calificar de *legítimo* el ejercicio de la profesión médica¹⁷.

Por otra parte, suele utilizarse tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, y con bastante frecuencia, la expresión *lex artis ad hoc*¹⁸. Dicha expresión es, sin embargo, innecesaria, redundante e incluso equívoca, pues el juicio sobre el cumplimiento de la *lex artis* siempre debe ser necesariamente *ad hoc*. Es decir, teniendo en cuenta todos los factores concurrentes: las especiales características del médico (entre ellas, sus conocimientos o capacidades espe-

¹⁴ Cfr. CORCOY BIDASOLO, M., voz «Lex artis», *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, Granada (Comares), 2011.

¹⁵ En el mismo sentido, entre otros, PANTALEÓN DÍAZ, M., «Ausencia de consentimiento, defecto de información y responsabilidad médica: perspectiva penal y civil (1)», *Diario La Ley*, núm. 9277, 2018, p. 1; LUZÓN PEÑA, D. M., *Tratado*, s/a, 25/92 ss.; PEÑARANDA RAMOS, E., «El consentimiento en las lesiones y el tratamiento médico-quirúrgico», en Cancio Meliá, M.; Maraver Gómez, M.; Fakhouri Gómez, Y.; Guérez Tricarico, P.; Rodríguez Horcajo, D., y Basso, G. (dirs.), *Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, Volumen II, Editores, Madrid (UAM Ediciones), 2019, pp. 697 ss.; PANTALEÓN DÍAZ, M., «Responsabilidad penal y civil médica por defectos de consentimiento informado», en Cancio Meliá, M.; Maraver Gómez, M.; Fakhouri Gómez, Y.; Guérez Tricarico, P.; Rodríguez Horcajo, D., y Basso, G. (dirs.), *Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, Volumen II, Editores, Madrid (UAM Ediciones), 2019, p. 683; GUTIÉRREZ SANTIAGO, P., *Negligencias médicas en anestesiología y responsabilidad civil del anestesta. (Bases teóricas y análisis jurisprudencial)*, Madrid (Reus), 2020, pp. 223 ss. Esta es asimismo la posición que mantiene recientemente la jurisprudencia española. Cfr. STS de 26 de octubre de 1995 [ECLI: ES: TS: 1995:5310]; STS de 12 de abril de 2016 [ECLI: ES: TS:2016:1624].

¹⁶ Cfr. HIRSCH, H. J., «Zur Frage eines Straftatbestand der eigenmächtigen Heilbehandlung», *Gedächtnisschrift für Heinz Zipf*, Heidelberg (Müller), 1999, pp. 353 ss.; GIESEN, D., *Arzthaftungsrecht. Die zivilrechtliche Haftung aus medizinischer Behandlung in der Bundesrepublik Deutschland, in Österreich und der Schweiz*, Tübingen (Mohr), 1990, p. 308; KRAUSS, D., «Zur strafrechtlichen Problematik der eigenmächtigen Heilbehandlung», *Festschrift für Paul Bockelmann*, München (Beck), 1979, p. 563 ss.

¹⁷ En el mismo sentido, MOYANO GARCÍA, R., «Consentimiento del paciente e imprudencia médica», *CDJ*, 1993-I, p. 481.

¹⁸ En la jurisprudencia, SAP Tarragona, núm. 372/2005 (Sección 2.ª), de 11 de abril. ECLI: ES: APT:2005:655. En la doctrina, cfr. BENÍTEZ ORTÚZAR, I., y CRUZ BLANCA, M. J., «La imprudencia punible en el ámbito de la actividad médico-quirúrgica», *Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios*, Madrid (Dykinson), 2009, p. 179, n. 64.

ciales, que debe utilizar)¹⁹, del paciente, del centro y circunstancias en que se realiza la intervención, y, en suma, cualesquiera otros factores endógenos o exógenos²⁰.

2. La realización del tipo de lesiones no sólo cabe afirmarla, como se ha indicado, por no practicarse la IQ de acuerdo con las exigencias de la *lex artis* correctamente entendida, sino también por el papel que debe reconocerse a la autodeterminación del paciente. La autodeterminación sobre la propia integridad del cuerpo es bien jurídico coprotegido en el tipo de lesiones. Al igual que observa *Roxin*²¹ respecto del Derecho alemán, también en el nuestro, en cuanto el Código Penal no contiene un tipo de «tratamiento curativo arbitrario», existe una incontestable necesidad políticocriminal de considerar asimismo coprotegido por el tipo de lesiones el derecho de autodeterminación sobre la propia integridad corporal y, por tanto, de castigar por lesiones en caso de no haber consentimiento.

Por otra parte, la autodeterminación sobre la propia integridad del cuerpo, como bien jurídico co-protegido en el tipo de lesiones, se corresponde asimismo con el diferente tratamiento jurídico que respecto del hecho «matar a otro» otorgan los artículos 138 y 143 CP (o en las lesiones los arts. 155 y 156), con el reconocimiento del principio de autonomía o autodeterminación del paciente como principio fundamental en las IQ y con la exigencia legal de consentimiento –informado– del paciente.

3. Ahora bien, a los efectos de determinar qué atenta contra la autonomía o autodeterminación del paciente es preciso en todo caso diferenciar la intervención sin consentimiento o contra la expresa voluntad del paciente, y la intervención con vicios de información²². No se atenta contra la autodeterminación cuando dichos vicios no sean básicos o esenciales a esos efectos. Esto es, cuando se puede afirmar que el paciente, a pesar de todo, ha accedido libre y voluntariamente a la intervención. La delimitación no siempre es, sin embargo, sencilla.

¹⁹ Ampliamente al respecto, cfr. VICENTE REMESAL, J. DE (2020), «Fundamento y límites de la exigibilidad del empleo de las capacidades especiales del autor (a la vez, una referencia paralela a los conocimientos especiales)», *RECPC*, 22-03 (2020), p. 1-52.

²⁰ De la misma opinión, aportando el término «Medisprudencia», cfr. REYES, M. DE LOS., y ARIMANY, J., «Capítulo 6. Aspectos éticos y legales», *Cardiología Clínica*, Barcelona (Masson), 20093, p. 73.

²¹ ROXIN, C., y GRECO, L., 2020, § 13 nm. 26 respecto del § 223 StGB. En sentido similar, ESER, A., «Medizin und Strafrecht: Eine schutzgutorientierte Problemübersicht», *ZStW*, 97-1985, Heft 1, p. 1-46 (19).

²² Sobre esta diferenciación y las distintas consecuencias derivadas de ello, cfr. DE VICENTE REMESAL, J. (2017d), «Prohibición del ejercicio de una especialidad o actividad médica versus prohibición de la medicina en general: consideraciones dogmáticas y de política criminal», *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, Buenos Aires (B. de F.), 2017, p. 949-961. Establece también esta diferenciación PANTALEÓN DÍAZ, M., 2019, p. 684.

1. Las intervenciones quirúrgicas no consentidas, con resultado positivo o favorable

El tratamiento jurídico-penal de las IQ no consentidas, con resultado positivo o favorable²³, es en principio similar en las IQ curativas y en las estéticas. Cuando en la IQ falta el consentimiento legalmente requerido, la actuación médica deja de ser conforme a la *lex artis*, y no es ni social ni jurídicamente adecuada aunque el resultado de la intervención sea médicamente positivo. Asimismo, no es posible calificar de legítima la actuación del médico y, en consecuencia, el ejercicio de la profesión no amparará la intervención ni como causa de atipicidad de adecuación social ni como causa de justificación²⁴.

1. Las IQ curativas, sin o contra el consentimiento del paciente, con resultado curativo positivo o favorable, son constitutivas de delito de lesiones dolosas²⁵, y no meras coacciones únicamente. Por el contrario, para un amplio sector de la doctrina, estas IQ –por ejemplo, la histerectomía practicada mediante engaño a la paciente, que sólo había consentido para que le extirparan un mioma, o la salpingectomía en contra de la voluntad expresa de la paciente– no pueden dar lugar a responsabilidad por lesiones, sino únicamente, a lo sumo, por coacciones, porque con la producción de ese resultado, médicamente correcto falta ya la tipicidad del delito de lesión por ausencia de «lesión», y por tanto no hay desvalor de resultado, y asimismo falta el desvalor de comportamiento o de acción porque el médico actúo, con la finalidad de curar, de acuerdo con la *lex artis*²⁶. Ambas conclusiones –la de excluir las lesiones y la de castigar por coacciones– son difíciles de sostener.

²³ Puede decirse que son de este carácter (y no, por el contrario, fallidas) si se valoran exclusivamente desde un criterio médico. Pero no puede calificarse de positivo o favorable el resultado de las IQ practicadas sin o contra la voluntad del paciente, porque sólo el que consiente puede decidir qué sirve a su verdadero bienestar. Cfr. ROXIN, C., y GRECO, L., 2020, 13/21. En el mismo sentido, CANCIO MELIÁ, M., «Autonomie und Einwilligung bei ärztlicher Heilbehandlung. Eine Skizze aus spanischer Perspektive», *Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011: Strafrecht als Scientia Universalis*, Berlin/New York (Walter de Gruyter), 2011, p. 515.

²⁴ En el mismo sentido, LUZÓN PEÑA, D. M., *Tratado, s/a*, 18/97.

²⁵ En esta misma línea, entre otros, CORCOY BIDASOLO, M., «Consentimiento y disponibilidad sobre bienes jurídicos personales. En particular: la eficacia del consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico», en Cerezo Mir, J., Suárez Montes, R. F., Beristain Ipiña, A., Romeo Casabona, C. M. (dirs.), *El nuevo CP: presupuestos y fundamentos*, Granada (Comares), 1999, pp. 273 ss.; LUZÓN PEÑA, D. M., *Lecciones de Derecho penal, Parte General*, 3ª. ed., Valencia (Tirant lo Blanch), 2016, 25/80; CANCIO MELIÁ, M., 2011, p. 513 ss.; PEÑARANDA RAMOS, E., 2019, pp. 705 ss.; PANTALEÓN DÍAZ, M., 2019, p. 689 s.; ROXIN, C., y GRECO, L., 2020, 13/26; LUZÓN PEÑA, D. M., *Tratado, s/a*, 25/97.

²⁶ Cfr., entre otros, ROMEO CASABONA, C. M., *El médico y el derecho penal. Volumen I. La actividad curativa (licitud y responsabilidad penal)*, Barcelona (Bosch), 1982, p. 203 ss.

Por una parte, la calificación por coacciones se enfrenta a graves problemas para resultar admisible. Es prácticamente inverosímil que una IQ se imponga con violencia al paciente, que es el requisito exigido por el tipo del artículo 172.1. CP. Los casos más normales de IQ no consentidas son los que radican en engaño o en vicios de información²⁷. Si se descarta la primera posibilidad, la única vía que queda es la del apartado tercero del artículo 172: coacción de carácter leve, castigada con pena de multa de uno a tres meses. Esa es la pena que, en los ejemplos, habría que imponer, al médico por la extirpación de útero y por ligadura de trompas. Esta inaceptable consecuencia sirve para algunos de argumento para reclamar, la introducción de un tipo de tratamiento médico arbitrario²⁸, o la agravación de la pena del delito de coacciones para estos casos²⁹. Pero más que (o antes que) para eso debe servir para reafirmar que en estos casos se cometen delitos, y muy graves, de lesiones, del artículo 149 CP.

Por otra parte, aunque se considere que el resultado curativo final es positivo (lo cual es cuestionable, como he indicado), la extirpación del útero y la ligadura de trompas causan –aunque fueran consentidas– un gravísimo daño a la integridad corporal, bien jurídico protegido en el tipo de lesiones, y un indudable daño (cuando menos inicial) a la salud, también bien jurídico protegido en el tipo. Y la ausencia de consentimiento del paciente, o su expresa voluntad contraria, en absoluto anulan ni son capaces de hacer desaparecer la lesión de esos bienes jurídicos. Antes al contrario, lo que sí originan, sin embargo, es (aparte de un evidente atentado contra la libertad) que el ejercicio de la profesión médica se convierta en ilegítimo e imposibilite por ello que opere, ni como causa de exclusión de la tipicidad por adecuación social (que sería lo procedente si éstas IQ hubieran sido consentidas) ni como causa de justificación (que como tal actuaría en las lesiones con resultado fallido, pero consentidas, porque aquí el médico sí habría actuado de acuerdo con la *lex artis*). Es posible asimismo que, según las circunstancias, en las IQ sin consentimiento

²⁷ Y esto lo reconocen incluso quienes defienden la calificación por coacciones. Cfr. entre otros, VILLACAMPA ESTIARTE, C., *Responsabilidad penal del personal sanitario. Atribución de responsabilidad penal en tratamientos médicos efectuados por diversos profesionales sanitarios*, Navarra (Thomson. Aranzadi), 2003, p. 70 s.

²⁸ Cfr., entre otros, especialmente ZIPF, H., «Probleme eines Straftatbestandes der eigenmächtigen Heilbehandlung (dargestellt an Hand von § 110 öStGB)», *Festschrift für Paul Bockelmann*, München (Beck), 1979, p. 577 ss.; ZIPF, H., «Problemas del tratamiento curativo realizado sin consentimiento en el Derecho penal alemán y austriaco. Consideración especial del trasplante de órganos», *Avances de la medicina y Derecho penal*, Barcelona (PPU), 1988, p. 153 s.

²⁹ Sobre esta posibilidad, cfr. ROMEO CASABONA, C. M., *El médico y el derecho penal. Volumen I. La actividad curativa (licitud y responsabilidad penal)*, Barcelona (Bosch), 1982, p. 289; JORGE BARREIRO, A. «La relevancia jurídico-penal del consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico», CPC, núm. 16, 1982, pp. 17 s.

se pùdiera apreciar un un error de permisión (error de prohibición) por estimar el médico que concurre una causa de justificación inexistente (piensa, por ejemplo, que la finalidad curativa es suficiente para justificar su decisión) o por extender demasiado los límites de una existente³⁰. Finalmente quiero indicar –pero no puedo incluir aquí su desarrollo– que las IQ practicadas por el no titulado, aceptadas por el paciente –que la doctrina los considera en general como IQ curativas consentidas³¹–, son IQ no consentidas y deben tratarse como tales. Pues sólo pueden calificarse de consentidas aquellas en que quien las practica informa al paciente de que carece de la condición legal requerida, y el paciente, aun así, consiente en la intervención.

2. Las mismas observaciones y conclusión expuestas sobre la IQ curativas son aplicables, *mutatis mutandis*, a las IQ satisfactivas (estéticas), sin o contra el consentimiento del paciente, con resultado curativo positivo o favorable³². Son constitutivas de delito de lesiones dolosas, incluso en el caso –extraño, ciertamente– del cirujano que, por mero capricho, sin el consentimiento del paciente transforma a éste su nariz grande y aguileña –de la que el paciente se sentía muy orgulloso– en una nariz perfecta conforme a los cánones de belleza. El respeto a la autodeterminación del paciente respecto de su salud personal comprende también la intangibilidad de su apariencia física sin su consentimiento³³.

2. El tratamiento jurídico-penal de las intervenciones quirúrgicas no consentidas, con resultado fallido, desfavorable o negativo

El resultado fallido de las IQ no consentidas (sean curativas o estéticas, y sean sin el consentimiento del paciente o contra su voluntad expresa) no supone –en cuanto a la calificación de delito de lesiones– ningún cambio frente a las IQ no consentidas, con resultado positivo. También son constitutivas de lesiones típicas, dolosas, pero el resultado fallido puede dar lugar a una responsabilidad penal más grave. Por el contrario, para la doctrina que califica únicamente de coacciones las IQ no consentidas, con resultado positivo, el resultado fallido implica la realización del tipo de lesiones, si bien esa doctrina

³⁰ Así, por ejemplo, en el caso de la Cesárea: BGH Urteil vom 25.3.1988, *Kaiserschnitt-Fall* (BGHSt 35, 246; NJW, Heft 37/1988, 2310; BGH, Urteil vom 25-03-1988 – 2 StR 93/88.

³¹ Cfr. MIR PUIG, S., 2016, 18/57.

³² En el sentido de que en ellas no cabe hablar de lesión, MIR PUIG, S., 2016, 52.

³³ Cfr. PEÑARANDA RAMOS, E., 2019, p.705.

apunta ciertas dudas acerca de si la calificación de lesiones debe restringirse a los casos de expresa oposición del paciente.

1. En los casos de IQ curativas sin el consentimiento del paciente, con resultado fallido, desfavorable o negativo –por ejemplo, la paciente a quien mediante engaño se le practicó la histerectomía murió como consecuencia de una hemorragia vaginal postquirúrgica–, aunque desde el punto de vista técnico el médico haya actuado de acuerdo con la *lex artis*, ni las lesiones causadas por la propia intervención (la histerectomía), ni los resultados negativos de la misma (la muerte de la paciente) pueden estar justificados por el ejercicio de la profesión médica, pues éste ya no es un ejercicio legítimo por faltar el consentimiento legalmente requerido del paciente³⁴. La responsabilidad del médico en este supuesto sería, por una parte, la misma que correspondería a esa IQ con resultado positivo –esto es, lesiones dolosas del artículo 149 CP– y, por otra parte, la que se añadiría a ella, en concurso ideal, por la muerte de la paciente: la de homicidio, normalmente doloso eventual. Si el médico, como se ha indicado, actuó técnicamente de acuerdo con la *lex artis*, la apreciación de homicidio imprudente sólo podría radicar en imprudencia inconsciente, por no prever la hemorragia postquirúrgica que causó la muerte³⁵.

En nada cambia las cosas el hecho de que estas IQ curativas se hayan realizado sin respetar la oposición expresa del paciente. Por ejemplo, si la paciente a quien se le practicó la ligadura de trompas, a la que se opuso expresamente antes de ser atendida para la práctica de una cesárea, muere como consecuencia de la intervención.

2. Finalmente, las IQ satisfactivas (estéticas), sin o contra el consentimiento del paciente, con resultado fallido, desfavorable o negativo tienen igual tratamiento que las curativas del mismo carácter. Así, retomando el ejemplo ya expuesto, si el paciente de la gran nariz aguileña a quien sin su consentimiento se la transformaron en una preciosa nariz, muere posteriormente como consecuencia de una infección causada en la intervención, el médico responderá por lesiones y homicidio.

³⁴ Lo mismo sería aplicable en los casos, ciertamente extremos, en los que, como he indicado, la actuación del médico es aún peor que la del navajero, por aprovecharse de su condición para realizar el hecho. *Cfr.*: VICENTE REMESAL, J. DE, «La representación subjetiva del hecho típico en la tentativa frente a la representación de la justificación: un criterio para determinar el elemento subjetivo de justificación en el consentimiento presunto», *ForoFICP*, 2017-2, p. 89 s.

³⁵ En el mismo sentido, de apreciar ese concurso ideal, *cfr.* LUZÓN PEÑA, D. M., *Tratado*, s/a, 25/98.

EL FUNDAMENTO DE LA IRRELEVANCIA PENAL DE LA ACTUACIÓN MÉDICO-SANITARIA

ANDRÉS FELIPE DÍAZ ARANA*

Como es fácil de advertir para cualquiera que conozca su obra, rendirle homenaje a la profesora Corcoy Bidasolo en relación con cualquier asunto concerniente al deber de cuidado o al derecho médico-sanitario es ya una tarea atrevida. ¿Qué decir ahora, que se pretende ofrecerle un tributo mediante un escrito que se ocupa de la intersección entre ambos asuntos? Sin lugar a duda, cualquier intento por homenajearla de esta forma se quedará corto. Consciente de lo anterior, y a pesar de ello, las líneas que aquí se presentan se escribieron a modo de una sencilla, pero sentida, contribución a la celebración de una vida de aportes en esta materia¹. A su honor y buen porvenir, querida profesora.

* Abogado y filósofo de la Universidad de los Andes (Bogotá, Colombia). Doctorando en Derecho de la Universidad Pompeu Fabra (Barcelona, España). Profesor titular de la Universidad del Norte (Barranquilla, Colombia).

¹ CORCOY BIDASOLO, M., «Resultados de muerte y lesiones como consecuencia de un delito contra la salud pública», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Fascículo I, enero-abril, 1989; Ídem, «Relevancia del consentimiento, el conocimiento y la competencia para la imputación objetiva y subjetiva (a propósito de la STS de 20 de febrero de 1993)», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, T. XLIX, Fascículo I, enero-abril, 1996; Ídem, «Libertad de terapia versus consentimiento», en Casado González, M. (coord.), *Bioética, derecho y sociedad*, Madrid (Trotta), 1998; Ídem, «Consentimiento y disponibilidad sobre bienes jurídicos personales. En particular: eficacia del consentimiento del paciente en el tratamiento médico quirúrgico», en *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Torío López*, Granada (Comares), 1999; Ídem, «Aspectos penales de la muerte asistida», en *Derecho a morir dignamente*, Asociación Derecho a Morir Dignamente, Ajuntament de Barcelona, Boletín núm. 45, febrero de 2000; Ídem, «Límites y controles de la investigación genética. La protección penal de las manipulaciones genéticas», en *El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Pamplona (Aranzandi), 2001; Ídem, «Medicina predictiva y discriminación», en *Medicina predictiva y discriminación*, núm. 4, Barcelona (Fundación Víctor Grifolis i Lucas), 2001; Ídem, «Ética y prio-

I. INTRODUCCIÓN

Para cualquiera resulta claro que la actividad médico-sanitaria, ejercida en debida forma, jamás podría constituir delito alguno. La razón específica de por qué ello es así y, en concreto, a qué elemento de la teoría material del delito atañe la discusión, genera, en cambio, un complejo debate. En su marco, distintas explicaciones se han presentado desde las varias categorías de la dogmática jurídico-penal tradicional, la gran mayoría referidas a ausencia de tipicidad, objetiva o subjetiva, o a la concurrencia de alguna causal de justificación². A continuación, se presenta un breve recuento de las principales elaboraciones sobre la materia y se toma postura en relación con la cuestión.

II. PANORAMA GENERAL DE LA CUESTIÓN

Las posturas acerca del porqué de la irrelevancia de la actuación médico-sanitaria parecen ser tantas cuantos autores escriben sobre la materia.

ridades en salud y servicios sanitarios», en Cabasés, J., Aibar, C. Y Villalbí, J. (eds.). *Invertir para la salud, prioridades en salud pública*. Vol. II. II. Informe. (Escuela valenciana de estudios para la salud), 2002; Ídem, «Aspectos jurídicos de la limitación del esfuerzo terapéutico», en Cabré Pericas, L. (coord.), *Medicina Crítica Práctica. Decisiones terapéuticas al final de la vida* Barcelona (Edikamed), 2003; Ídem, «Problemas jurídico-penales de la objeción de conciencia en el ámbito de las actividades sanitarias», en Casado González, M. (Comp.), *Estudios de Bioética y Derecho*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2000. También en: *Dogmática y Ley penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, Tomo I, Madrid (Marcial Pons), 2004; Ídem, «Les conductes il·lícites relatives a la genètica», *Bioètica i Dret*, Generalitat de Catalunya. Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Barcelona, 2004; Ídem, «Política criminal en el ámbito de la disponibilidad de la vida humana (eutanasia)», en Mir Puig, S. y Corcoy Bidasolo, M. (dirs.), *Política criminal y reforma penal*, Madrid (Edisofer), 2007; Ídem, «Lex Artis», en Romeo Casabona, C. (dir.), *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, T. II. Granada (Comares), 2010; Ídem, *Consentimiento por representación*, Barcelona (Ed. Fundació Víctor Grifols i Lucas), 2010; Ídem, «La regulación penal de la eutanasia en el Código Penal español. Propuestas de reformas legislativas», en Mendoza Buergo, B. (coord.). *Autonomía personal y decisiones médicas. Cuestiones éticas y jurídicas*, Navarra (Thomson Reuters), 2010; Ídem, «Problemática bioética y político criminal de la regulación de la violencia de género y doméstica», *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, núm. 34, 2010, pp. 305 – 347. Disponible en: https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512010000100009; Ídem, «Protección penal de la intimidad genética», en Casado, M., Guillén, M. (coords.), *ADN forense: problemas éticos y jurídicos*, Barcelona (Ediciones de la Universitat de Barcelona), 2016; Ídem, «Delitos alimentarios y protección penal de la salud pública», *Revista de bioética y derecho*, núm. 58, 2018, pp. 5 – 22; Ídem, «El consentimiento por representación en la actividad médico-quirúrgica», en Cancio, M. et al. (eds.). *Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*. Madrid (UAM Ediciones), 2019.

² Al respecto: CORCOY BIDASOLO, M., «Consentimiento y disponibilidad de bienes jurídicos personales. En particular: eficacia del consentimiento del paciente en el tratamiento médico quirúrgico», Cerezo Mir, Suárez Montes, Beristain Piña y Romeo Casabona (eds.), *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro homenaje al doctor don Ángel Torio López*, Granada (Comares), 1999; CORCOY BIDASOLO, M., «El consentimiento por representación en la actividad médico-quirúrgica», en Cancio, M. et al. (eds.), *Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, Madrid (UAM Ediciones), 2019, entre otras publicaciones en las que la ahora homenajeada se ha ocupado, expresamente, de esta cuestión.

Una de las más difundidas es aquella defendida por Mezger, según la cual la razón de ser de la irrelevancia penal de la actividad médico-sanitaria se constata objetivamente en «el abandono consciente de los intereses por parte del que legítimamente tiene la facultad de disposición sobre el bien jurídico»³. Otra parte importante de la doctrina argumenta, desde otra perspectiva, que «el tratamiento médico quirúrgico, al menos cuando es realizado con la finalidad curativa respecto del afectado [...] es atípico en relación con estos delitos [de lesiones] aunque falte el consentimiento del paciente. Esta atipicidad sería evidente [...] pues entonces faltaría la parte subjetiva del tipo, esto es, el dolo o la imprudencia [...]»⁴. De hecho, en relación con la exclusión del dolo típico de lesiones, en especial tratándose de actividades terapéuticas, es común encontrar la razón de su irrelevancia penal en finalidad terapéutica⁵.

Por su parte, autores como Noll explican que el fundamento se encuentra en la caracterización del injusto desde una perspectiva de ponderación de valores: «[c]uando el derecho conceda prelación al valor de la libertad de actuación de la voluntad frente al desvalor de la acción y del resultado de la agresión o lesión del bien jurídico»⁶. Algún sector de la doctrina, incluso, separa la actividad médica exitosa de la fracasada, advirtiendo que en ambos casos se trata de una cuestión relativa a la tipicidad, aunque con distinto tratamiento específico⁷. En este contexto, Mir Puig, por ejemplo, ha defendido en alguna oportunidad que la razón de ser de la irrelevancia jurídico-penal de la actividad médica curativa, cuando es exitosa, resulta de la ausencia de la antijuridicidad material de la conducta⁸.

Para otra corriente, la actividad médico-sanitaria ordinariamente supone la comisión de una conducta típica, pero justificable⁹. Según explica Eser, toda intervención es, por lo común, relevante y «será preciso obtener en cada caso

³ MEZGER, E., *Tratado de derecho Penal. T. I*, Buenos Aires (Hammurabi), 2010, p. 344.

⁴ PEÑARANDA RAMOS, E., «El consentimiento en las lesiones y el tratamiento médico-quirúrgico», en CANCIO, M. et al. (eds.), *Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, Madrid (UAM Ediciones), 2019, p. 699.

⁵ Con más detalle: CORCOY BIDASOLO, M., 1996, p. 296 ss.

⁶ NOLL, P., «Tatbestand und Rechtswidrigkeit: Die Wertabwägung als Prinzip der Rechtfertigung», *ZStW*, núm. 1, 1965, pp. 15-16. Cit. GÓMEZ PAVÓN, P., 2013, p. 25.

⁷ GÓMEZ PAVÓN, P., 2013, p. 89.

⁸ MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte General*, 10.ª ed., Barcelona (Reppertor), 2016, p. 164: «si los delitos de lesiones atacan al bien jurídico de la salud o la integridad física de una persona, en cuanto sirve de base a sus posibilidades de participación social, la intervención quirúrgica curativa realizada con éxito no puede dar lugar al tipo de lesiones, porque no agrede en aquel sentido a la salud ni la integridad física, sino todo lo contrario. Falta, por ello, la antijuridicidad material de la conducta».

⁹ ROMEO CASABONA, C., *El médico y el derecho Penal. T. I. La actividad curativa*, Buenos Aires (Rubinzal), 2011, p. 89: «Durante años [...] se entendía que el hecho estaba obviamente justificado, al actuar estos profesionales en el ejercicio legítimo de su profesión y/o al contar con el consentimiento del interesado para su práctica».

una justificación que normalmente habrá que buscar en el consentimiento del afectado»¹⁰. Ello parece ser concordante con el tratamiento generalmente dado por la jurisprudencia alemana¹¹. Sin embargo, en relación con la naturaleza, ubicación y efectos del consentimiento en la teoría material del delito, lo cierto es que no parece existir un claro consenso en la doctrina¹².

Empezando por lo primero, algún sector distingue entre consentimiento y acuerdo, alegando que «[...] el acuerdo excluye de antemano la lesión del bien jurídico protegido; [...] por el contrario, el consentimiento, en sentido estricto, cuando es prestado por el portador del bien jurídico, sólo tendría el efecto de justificación, pero no el de excluir la realización del tipo»¹³. Aunque no es pacíficamente aceptado que haga falta admitir la existencia de dos conceptos distintos¹⁴ que no son enteramente distinguibles entre sí¹⁵, lo cierto es que, para algún grupo de pensadores, el consentimiento podría justificar en algunos casos y el acuerdo o conformidad¹⁶, directamente, excluir la tipicidad en otros¹⁷.

¹⁰ ESER, A. «Problemas de justificación y exculpación en la actividad médica», Mir Puig, S. (ed.), *Avances de la Medicina y Derecho Penal*, Barcelona (Instituto Criminológico de Barcelona), 1988, p. 7.

¹¹ Según explica ROXIN, C., *Derecho penal: parte general*, 2.^a edición, Trad. Diego-Manuel Luzón Peña *et al.*, Madrid (Civitas), 1997, p. 514: «la intervención médica se estima por la judicatura [alemana] como lesión corporal típica, pero justificada por el consentimiento del paciente».

¹² REYES ALVARADO, Y., *La imputación objetiva*, 3.^a ed., Bogotá (Temis), 2005, p. 173: «La ubicación sistemática del consentimiento sigue siendo ampliamente discutida en la doctrina, donde una corriente de opinión se inclina por mantener su consideración tradicional como causal de justificación, un segundo grupo de autores se muestra partidario de tratar al consentimiento como una excluyente de la tipicidad, y, finalmente, hay quienes consideran que existen casos en los que el consentimiento excluye la tipicidad, pero también hipótesis en las cuales actúa como causal de justificación».

¹³ ROXIN, C., 1997, p. 512 ss., desarrolla con detalle esta idea.

¹⁴ Algo que, en definitiva, Roxin descarta aduciendo que «de este modo se separa lo inseparable». Cfr. ROXIN, C., 1997, p. 517. Para Reyes Alvarado no se trata de conceptos distintos, sino de una «modalidad de consentimiento». Cfr. REYES ALVARADO, Y., 2005, p. 171.

¹⁵ Roxin recapitula las principales diferencias entre acuerdo y consentimiento presentes en la discusión en la doctrina alemana, como que este hace referencia a una «voluntad interna» mientras que aquel requiere su exteriorización o que el primero supone una voluntad «natural» en tanto el segundo obliga a considerar el «juicio y equilibrio mental» de la persona, entre otras igualmente oscuras. Cfr. ROXIN, C., 1997, pp. 513-514: «el acuerdo se trataría sólo de la voluntad interna de quien asiente [...], en el consentimiento se exige como mínimo que la voluntad sea reconocible en el mundo exterior [...]. El acuerdo presupondría para su eficacia sólo la voluntad «natural» de la víctima, incluso cuando a esta le falte la capacidad de comprensión por su edad juvenil o por una perturbación mental. En el consentimiento, por el contrario, es presupuesto de su eficacia que el afectado «goce del juicio y equilibrio mental necesarios para comprender el alcance de su manifestación y para sopesar razonablemente los pros y los contras»».

¹⁶ Reyes Alvarado se refiere a la «conformidad», en contraste con el consentimiento. En: REYES ALVARADO, Y., 2005, pp. 171-172.

¹⁷ REYES ALVARADO, Y., 2005, p. 171: «La conformidad surge de la estructura misma de la norma penal, en cuanto existen descripciones típicas que suponen una conducta del autor contra o sin la voluntad del titular del bien; como en dichos eventos la falta de voluntad del sujeto pasivo es un elemento del tipo, su ausencia (vale decir, la aquiescencia del titular del bien) impide el surgimiento de la conducta típica».

Así, por ejemplo, se alega que, mientras que en los tipos de coacción esta figura anularía cualquier afectación al bien jurídico¹⁸, en tipos como los de daños y lesiones, «el consentimiento no remedia que la cosa resulte dañada ni la propiedad típicamente lesionada [...] excluye sólo la antijuridicidad»¹⁹. Algo similar podría decirse respecto de la violación de domicilio, hurto y acceso carnal, «en cuanto ellas solo pueden existir como hechos delictivos sobre el supuesto de que se haya actuado en contra o sin la voluntad del titular del bien»²⁰.

Al respecto, conviene tener presente que cualquier afectación jurídico-penalmente relevante a la salud (no entendida como una prolongación de la existencia física, sino como expresión de la propia autonomía del paciente), necesariamente, debe partir de una coacción²¹. Si, en relación con otro bien jurídico, acertadamente se ha destacado que «la propiedad que sólo puede ser ejercida mediante la voluntad del propietario y sin referencia a él es un concepto sin sentido [...]»²², esto también (y más) debería ser cierto para el que ahora nos ocupa²³.

En ese sentido, es cierto que el consentimiento del paciente, por lo general, torna la intervención médico-sanitaria irrelevante desde el punto de vista del derecho penal, aunque se presentan circunstancias extraordinarias que obligan a recurrir a esquemas propios de la justificación basada en la ponderación de intereses enfrentados (algo que, como se verá más adelante, se traduce en unas especiales exigencias para el consentimiento informado)²⁴. Desde esta

¹⁸ ROXIN, C., 1997, p. 512: «[...] si alguien está de acuerdo con la pretensión de otro, no existe una coacción justificada, sino ninguna coacción en absoluto (§ 240); cuando una mujer consiente en el yacimiento, la conducta del varón ya no puede ser típicamente una violación (§ 177), etc.».

¹⁹ ROXIN, C., 1997, p. 512.

²⁰ REYES ALVARADO, Y., 2005, p. 172.

²¹ En ese sentido, alguna forma de coacción necesariamente estaría presente en cualquier forma jurídico-penalmente relevante de afectación a la salud, como, de modo más general, propone JAKOBS, G., *Coacciones. Explicación de la raíz común a todos los delitos contra la persona*, Bogotá (Universidad Externado de Colombia), 2018.

²² ROXIN, C., 1997, p. 517. De acuerdo: OTTO, G., § 38, núm. marg. 7. Citado por: PASTOR MUÑOZ, N., «Tema 11: delitos contra el patrimonio (II)», en Silva Sánchez, J. (dir.), *Lecciones de derecho penal: parte especial*, Barcelona (Atelier), 2006, p. 45, nota 98 y OTTO, V., p. 63. Citado por: DE LA MATA BARRANCO, N., *Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación: el dinero como objeto material de los delitos de hurto y apropiación indebida*, Barcelona (PPU), 1994. Con más detalle, sobre este tema: DÍAZ ARANA, A., «El interés jurídicamente protegido por el Título VII del Código Penal colombiano desde una perspectiva funcional-personal», *Revista General de derecho Penal*, núm. 23, mayo, 2015.

²³ Verdaderamente, «[e]l peluquero, podólogo, e incluso el cirujano plástico no menoscaban la libertad del cliente en el trato de su cuerpo, sino que le ayudan en la realización de su imagen corporal». Cfr. ROXIN, C., 1997, p. 517. Por eso, admitir que la salud tiene una protección jurídico-penalmente distinta (previa e independiente) a la de la libertad de la persona –a fin de apreciar relevancia típica a una intervención médica consentida, que luego es justificada precisamente por el consentimiento– extiende infundadamente el ámbito del derecho penal y desgasta innecesariamente a la justicia y al pensamiento.

²⁴ De acuerdo: REYES ALVARADO, Y., 2005, p. 174.

perspectiva, la conducta médico-sanitaria consentida debería ser ordinariamente atípica por ausencia de desvalor objetivo alguno²⁵, precisamente, por no crear un riesgo jurídicamente desaprobado.

Indudablemente, hoy en día, el tratamiento dado al consentimiento informado, de manera mayoritaria, tiene sus raíces en las consideraciones propias de la imputación objetiva de la conducta y, en concreto, en la ausencia de creación de riesgo jurídicamente desaprobado²⁶. Así, se considera que, cuando el consentimiento se emite válidamente, la interacción con el bien jurídico en su marco se constituye como una conducta socialmente adecuada que, por lo tanto, excluye de forma objetiva la imputación de cualquier conducta típica²⁷.

En efecto, la doctrina²⁸ y jurisprudencia²⁹ colombiana, en sintonía con un importante sector de la doctrina española³⁰, suelen referirse al asunto como uno de estricta imputación objetiva en la cual la actividad médico-sanitaria de ordinario no supone la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado. Específicamente, en relación con el ámbito de la práctica médico-sanitaria, Corcoy Bidasolo explica que «[e]l deber objetivo de cuidado es aquello que en ese tiempo y lugar se estima adecuado socialmente»³¹. En similar sentido, Schmidt lo refiere al «sentido social de la conducta de un médico, en atención al valor de la función que cumple la actividad médica en la sociedad»³².

En definitiva, parece ser que la mayoría de la doctrina contemporánea acepta que la irrelevancia de la actuación médico-sanitaria ordinariamente deriva de su adecuación a las normas que rigen nuestra estructura y dinámica

²⁵ ROXIN, C., 1997, p. 519: «con un consentimiento eficaz no tiene lugar el desvalor de resultado y con él el desvalor de acción y el tipo delictivo».

²⁶ Así CORCOY BIDASOLO, M., 1996, p. 301 ss.

²⁷ De acuerdo: CORCOY BIDASOLO, M., «Lex Artis», en Romeo Casabona, C. (dir.), *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*. T. II, Granada (Comares), 2010.

²⁸ REYES ALVARADO, Y., «Fallo III – «Medán, Carlos Daniel». Relación causal e imputación objetiva en los delitos de omisión», en Ziffer, P. (dir.), *Jurisprudencia de Casación Penal*, vol. 4, Buenos Aires (Hammurabi), 2011; BERNATE OCHOA, F., *Imputación objetiva y responsabilidad médica*, Bogotá (Universidad del Rosario), 2010; MONTEALEGRE LYNETT, E., *La culpa en la actividad médica: imputación objetiva y deber de cuidado*, Bogotá (Universidad Externado de Colombia), 1988; y SOLÓRZANO GARAVITO, C., *Derecho Penal y Responsabilidad Médica Penal en Colombia*, Bogotá (Ediciones Nueva Jurídica), 2014, p. 65 ss., entre otros.

²⁹ CSJ, SCP, 41245, 29.06.16; CSJ, SCP, 40319, 29.05.13; CSJ, SCP, 38904, 26.06.13; CSJ, SCP, 32606, 24.10.12; CSJ, SCP, 33920, 11.04.12; CSJ, SCP, 27357, 22.05.08, entre varias otras.

³⁰ CEREZO MIR, J., *Curso de derecho Penal. Parte General. II. Teoría jurídica del delito*, Madrid (Tecnos), 2004, p. 316; MIR PUIG, S., 2016, p. 507; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal: parte general*, 8.^a ed., Valencia (Tirant lo Blanch), 2010, p. 133.

³¹ CORCOY BIDASOLO, M., *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, 2.^a ed., Buenos Aires (B de F), 2005, p. 98.

³² SCHMIDT, E., *Der Artz im Strafrecht*, Verlag Theodor Weicher in Leipzig, 1939, p. 69. Citado por: GUÉREZ TRICARIO, P., *El tratamiento médico curativo y su licitud. El papel del consentimiento del paciente*, Madrid (Civitas), 2012, p. 31.

social³³. Ello, sin desconocer que las particularidades acerca de su efecto en la teoría material del delito o el elemento dogmático concretamente comprometido con dicha consideración son algo que permanece en discusión.

III. TOMA DE POSTURA

La relevancia de considerar a la sociedad como fundamento primitivo de todo juicio de desvalor radica en que esta es la que, materialmente, fija el alcance de las conductas jurídico-penalmente relevantes³⁴. En este contexto, parece ser que la adecuación social³⁵ y, en consecuencia, la ausencia de desaprobación de la actividad médico-sanitaria tienen como fundamento la obtención previa del consentimiento informado. Esta es, en esencia, la cuestión que determina cuándo la actividad médico-sanitaria es irrelevante jurídico-penalmente: se trata de una asunción de un riesgo en el marco del ejercicio autónomo de la propia libertad³⁶. Por lo tanto, el fundamento de la irrelevancia jurídico-penal de la actividad médico-sanitaria radica, en definitiva, en el ejercicio de autonomía del propio paciente³⁷.

³³ Cfr. GUÉREZ, P., *El tratamiento médico curativo y su licitud*, 2012, Navarra (Civitas – Thomson Reuters), p. 103 ss.: «[I]a institución de la adecuación social ha sido utilizada también con alguna frecuencia para excluir el tratamiento médico del ámbito típico de los delitos de lesiones». Tal es el caso de Kauffmann, Krauß, Engisch y Hisch, en la doctrina alemana, Bettiol y Fiore, en la italiana, y Cobo del Rosal, Muñoz Conde y Bacigalupo, en la española (*Ibid.*, p. 104 ss.), por ejemplo.

³⁴ La forma de expresar en concreto esta idea varía entre los autores, pero su fundamento sigue siendo, en esencia, el mismo. Así, por ejemplo, Jakobs recurre a la noción de riesgos tolerados o espacios de interacción social permitida. Cfr. JAKOBS, G., *La imputación objetiva en derecho penal*. Trad. de Cancio Meliá, Bogotá (Universidad Externado de Colombia), 1996, p. 18: «si a la hora de todo contacto social todos hubiesen de tener en cuenta todas las consecuencias posibles desde el punto de vista cognitivo, la sociedad quedaría paralizada», mientras que Welzel originalmente lo relacionaba con el carácter «dinámico» de los bienes jurídicos, perpetuamente deformados por la interacción social. Cfr. WELZEL, H., «Studien zum System des Strafrechts», *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, Berlin/New York (Walter de Gruyter), 1975, p. 140. Citado por: GRACIA MARTÍN, L., «El finalismo como método sintético real-normativo para la construcción de la teoría del delito», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RE-CPC 06-07, 2004, p. 17-18. Sin embargo, ambos coinciden, como la vasta mayoría de la doctrina actual, en que solamente lo que es «socialmente inadecuado» –con independencia de cómo doten de contenido a esta expresión– puede constituirse como delito. Cfr. REYES ALVARADO, Y., 2005, p. 89 ss.

³⁵ Con más detalle: DÍAZ ARANA, A., «Sobre la figura de la adecuación social y su relevancia en el ordenamiento jurídico colombiano», en Correa Flórez, M., Posada Maya, R. y Velásquez Velásquez, F. (coords.), *Estudios críticos de jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, VII*, Bogotá (Unianandes), 2019.

³⁶ Así, MAÑALICH RAFFO, J., «Volenti non fit iuria. Sobre la función y la estructura del consentimiento como categoría jurídico-penal», en Cancio, M. et al. (eds.), *Libro Homenaje al Profesor Agustín Jorge Barreiro*, Madrid (UAM Ediciones), 2019, p. 597.

³⁷ PEÑARANDA RAMOS, E., 2019, pp. 705-706: «[...] es precisamente el consentimiento del afectado lo que de un modo general determina la imposibilidad de considerar y sancionar como delito de lesiones gran parte de las alteraciones del estado de salud físico o mental de la integridad corporal de una persona producidas con tal consentimiento por terceros; entre ellas, muy destacadamente, las modificaciones, no

Esto es de la mayor importancia: en general, la razón por la cual la mala praxis es jurídico-penalmente relevante es que ella comporta una elevación del riesgo *no consentida*. En otras palabras, el paciente asume los riesgos inherentes a la actividad médico-sanitaria respectiva, no así a aquellos que resultan de una desviación del deber de cuidado. Por eso, cuando se determina este deber, no se está haciendo nada más que determinar la entidad del riesgo consentido por el paciente.

Como bien lo explica Corcoy Bidasolo, «cualquier actividad médica realizada sin el consentimiento del paciente tiene relevancia penal aun cuando mejore su salud física o disminuya el riesgo de muerte»³⁸. Esta postura, que a nuestro juicio resulta acertada, ha sido defendida por la ahora homenajeadada desde hace más de dos décadas³⁹. Sin embargo, no es unánime.

Para Romeo Casabona, por ejemplo,

«[...] para la calificación de una actuación médica como conforme o no con el cuidado debido, es decir, como prudente, es irrelevante que el paciente haya prestado o no su consentimiento a la misma [...] por lo que es innecesario acudir aquí a la exclusión de la imputación objetiva del resultado en el caso de que el acto se haya realizado de acuerdo con la *lex artis*, pero sin contar con el consentimiento del paciente, puesto que falta ya el desvalor de la acción»⁴⁰.

Según explica este autor, si una actividad médica promueve efectivamente la salud del paciente, cumpliendo a cabalidad con la *lex artis*, es irrelevante su consentimiento, pues no podría objetivamente desvalorarse la conducta⁴¹. Creemos que esta interpretación del desvalor en la actividad médico-sanitaria parte de una visión paternalista en la cual la beneficencia prima sobre la autonomía, que distorsiona la verdadera naturaleza de la relación entre el profesional médico-sanitario y el paciente. Consideramos, en cambio, acertada la perspectiva de Peñaranda Ramos sobre esta cuestión, al concebir la libertad del paciente como «la facultad de toda persona, siempre que tenga las condiciones

siempre inequívocamente favorables, que se ocasionan en el curso de un tratamiento médico-quirúrgico, tenga este o no un carácter curativo».

³⁸ CORCOY BIDASOLO, M., 1999, p. 272.

³⁹ Recientemente, ha precisado que «no se protege la vida y la salud en sí mismas, sino el interés que por su vida y su salud tiene el titular. Por consiguiente, en el supuesto de que su interés por la vida o la salud no exista, automáticamente, decae el deber de proteger que incumbe al Estado». Cfr. CORCOY BIDASOLO, M., 2019, p. 387.

⁴⁰ ROMEO CASABONA, C., «Los delitos contra la salud pública: ¿ofrecen una protección adecuada de los consumidores?», *Revista de Derecho, Criminología y Ciencias Penales*, núm. 3, 2001, p. 92.

⁴¹ Directamente en contra: CORCOY BIDASOLO, M., 2019, p. 389: «En consecuencia no concurriendo consentimiento está prohibida cualquier intervención médica, aun cuando su pretensión sea mejorar su salud, entendida ésta como algo puramente objetivo, es decir, como tradicionalmente se ha defendido la salud en el sentido de alargamiento de la vida y aun cuando se realice conforme a la *lex artis*».

de capacidad necesarias, para decidir libremente sobre el estado de salud que entienda más conveniente para el desarrollo de sus planes de vida, y rechazar cualquier intervención destinada a preservar o a mejorar dicho estado»⁴².

En verdad, parece ser que existen numerosas razones jurídico-dogmáticas⁴³ y ético-filosóficas⁴⁴ para oponerse a una perspectiva paternalista de la actividad médico-sanitaria. En el caso colombiano, la Corte Constitucional ha sentenciado que tal visión de la medicina «parte de la imposición de un modelo de vida que se vea como «bueno» [y] sacrifica de forma irrazonable la autonomía personal de los individuos, quienes tienen derecho a asumir de manera auto responsable ciertos riesgos»⁴⁵. Por eso, «La actual arquitectura de los derechos impide la aplicación general de un concepto paternalista que reniegue de la posibilidad que tiene el sujeto de controlar su propio destino»⁴⁶.

Por supuesto, el consentimiento, como cualquier otro ámbito de expresión de la personalidad, se encuentra limitado por el ejercicio de configuración legislativa, fruto de decisiones de carácter político-criminal⁴⁷. Pero, incluso, la razón por la cual la conducta tendiente a prestar una ayuda eficaz para la terminación de la vida de un tercero es actualmente delictiva, parte de que ello escapa al ámbito de consentimiento del titular del bien jurídico⁴⁸. Irremediablemente, entonces, la cuestión sigue estando referida al consentimiento.

Ello explica también por qué una intervención médico-quirúrgica que termina en la muerte del paciente puede ser, sin embargo, jurídicamente irrelevante cuando ella es la realización de un riesgo contemplado en la *lex artis*. Alguien podría pensar que, en la medida en que no se puede consentir la disposición de la vida por parte de un tercero, otro debe ser el fundamento de la ausencia de carácter delictivo en este caso. No obstante, al reparar sobre el

⁴² PEÑARANDA RAMOS, E., 2019, p. 706.

⁴³ MAÑALICH RAFFO, J., 2019, p. 603.

⁴⁴ Al respecto, con todo detalle: DWORKIN, G., «El paternalismo», en Betegón, J. y De Páramo, J. (eds.), *Derecho y moral*, Barcelona (Ariel), 1990.

⁴⁵ COLOMBIA. C. Const., Sent. C-246, abr. 26/2017. M. P. GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO.

⁴⁶ COLOMBIA. C. Const., Sent. T-1021, oct. 30/2003. M. P. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO.

⁴⁷ MIR PUIG, S., 2016, p. 449: «el consentimiento solo podrá resultar eficaz en cuanto pueda entenderse que impide la realización del tipo de la parte especial». En el mismo sentido: BACIGALUPO, E., *Principios de derecho Penal. Parte General*, Madrid, 1990, p. 156. Recientemente, en la doctrina colombiana, Reyes Alvarado se ha ocupado del consentimiento en el delito de ayuda al suicidio en REYES ALVARADO, Y., «Ayuda al suicidio», *Derecho Penal Contemporáneo*, 63, abril-junio, 2018, p. 3.

⁴⁸ Recientemente, Corcoy Bidasolo ha destacado sobre este particular que: «La relativa eficacia del consentimiento en relación con la disposición sobre la vida y la salud se ha fundamentado, tradicionalmente, a partir de concebir estos derechos fundamentales como bienes jurídicos en los que existe un componente supraindividual que determina una obligación del Estado de protegerlo en contra incluso de la voluntad de su titular. Esta explicación carece de fundamento, por cuanto, si son bienes jurídicos personalísimos, el deber constitucional del Estado de protegerlos decae en el momento en que el titular del derecho declina esa protección». Cfr. CORCOY BIDASOLO, M., 2019. p. 387.

asunto, resulta patente que consentir el riesgo para la vida y consentir el suicidio asistido son dos cosas totalmente diferentes⁴⁹. Si ello no fuera así, actividades de alto riesgo en las que, en esencia, se deja la vida «en manos de un tercero» (como lanzarse en paracaídas atado a un instructor) estarían irremediablemente prohibidas. Por supuesto, ello no ocurre y la razón tiene que ver en la diferencia entre *consentir el riesgo* y *consentir el suicidio asistido*⁵⁰.

Desde esta perspectiva, basada en la disponibilidad de los bienes jurídicos, puede entenderse por qué una intervención médico-sanitaria no consentida que, sin embargo, resulte en una mejoría del estado de salud del paciente sería, de todos modos, penalmente relevante. Además de la obvia relevancia desde la afectación a la autonomía –en la forma de una coacción–, si se interpreta el objeto de protección de los tipos penales de lesiones no como el mantenimiento de la integridad personal, sino como la garantía de disponibilidad de la propia personalidad *en relación* con su integridad⁵¹, resulta evidente que tal intervención no consentida es una afectación, también, en este sentido.

En definitiva, el consentimiento, como expresión del principio de autonomía, se encuentra en el núcleo de la valoración de la actividad médico-sanitaria y, en concreto, en la determinación de la (des)aprobación del riesgo al cual el paciente es sometido. En tal sentido, cuando se logra determinar que el resultado desvalorado se derivó de un riesgo no consentido por el paciente, habría lugar a imputarlo objetivamente al profesional respectivo. Cuando no –es decir, cuando se concluye la irresponsabilidad de este por un resultado asociado al ejercicio de su profesión–, inevitablemente ha de aceptarse que el riesgo que se realizó hace parte de aquellos propios de la actividad y, en ese orden de ideas, consentidos por el paciente en su decisión de someterse a ella.

Consentimiento y deber de cuidado son, entonces, un binomio inseparable.

IV. PALABRAS DE CIERRE

En las anteriores líneas he querido rendir un homenaje a la profesora Corcoy Bidasolo mostrando cómo el consentimiento del paciente es esencial a la valoración de la praxis médico-sanitaria. Con ello, he buscado expresar que no es coincidencia su inagotable devoción por el derecho médico y el delito

⁴⁹ Cfr. CANCIO MELIÁ, M., *La exclusión de la tipicidad por la responsabilidad de la víctima. Imputación a la víctima*, Bogotá (Universidad Externado de Colombia), 1998, p. 18 ss.

⁵⁰ De acuerdo: REYES ALVARADO, Y., 2018, pp. 14-15.

⁵¹ PEÑARANDA RAMOS, E., 2019, pp. 701-702.

imprudente: en la consideración de la autonomía del paciente radica el fundamento y límite del deber de cuidado.

He asumido la atrevida tarea de escribir sobre lo que, en mi opinión, es el punto de intersección natural en la obra de esta bióloga abogada que ha dedicado décadas a producir bibliografía de obligatoria referencia en el vasto mundo del deber de cuidado médico-sanitario. Por supuesto, desde un principio, he sabido que cualquier esfuerzo mío resultará en un escueto homenaje a su obra. Pero si este escrito ha despertado el interés de algún lector por conocer con mayor profundidad este campo, sé que habré complacido así a mi profesora.

A VUELTAS CON EL DOLO

MIGUEL DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO*

I. INTRODUCCIÓN Y DEDICATORIA

Solo en trabajos de una obra reciente a la que me siento especialmente vinculado¹, Viana² entona una «Misa de Réquiem para el elemento volitivo del dolo», mientras que Pérez Manzano³ vuelve a pronunciarse «a favor de una concepción dual del dolo, que no renuncia a un cierto elemento volitivo» y explica cómo este resulta compatible con el principio del hecho y con el de responsabilidad subjetiva.

Rodríguez Mourullo⁴, en coincidencia con otros autores, tras un minucioso análisis jurisprudencial, considera que la doctrina de la ignorancia deliberada es innecesaria, «porque nuestra tradicional figura del dolo eventual

* Catedrático de Derecho Penal. Universidad de León (España). Este trabajo se inscribe en las tareas del Proyecto de Investigación PID2019-108567RB-C21 (AEI), del que soy investigador principal con la Prof. Dra. María A. Trapero Barreales, y en las de la UIC 166 de Castilla y León y del Grupo de Investigación DP ULE, que dirijo. Por razones de espacio, las referencias bibliográficas son drásticamente limitadas, pese a que la bibliografía existente es inabarcable, quedando sin cita incluso obras muy importantes y que suponen aportaciones en temas centrales aquí tratados [no me resisto a poner dos ejemplos de obras de hace ya años que son de referencia en nuestro país: DÍAZ PITA, M. M., *El dolo eventual*, Valencia (Tirant lo Blanch), 1994; LAURENZO COPELLO, P., *Dolo y conocimiento*, Valencia (Tirant lo Blanch), 1999].

¹ Se trata del vol. I. de Vicente Remesal, J. de., Díaz y García Conlledo, M.; Paredes Castañón, J. M.; Olaizola Nogales, I.; Trapero Barreales, M. A.; Roso Cañadillas, R., y Lombana Villaba, J. A. (dirs.), *Libro Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario*, Madrid (Reus), 2020. Las notas siguientes comparten esta información, que se ofrece aquí separada para ahorrar espacio.

² VIANA, E., «Misa de Réquiem para el elemento volitivo del dolo», pp. 1161 ss.

³ PÉREZ MANZANO, M., «Elemento volitivo del dolo, responsabilidad por el hecho y responsabilidad subjetiva», pp. 939 ss. (el entrecomillado en p. 940).

⁴ RODRÍGUEZ MOURULLO, G., «La doctrina de la ignorancia deliberada en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo», pp. 997 ss. (entrecomillados en pp. 1008 y 1009 respectivamente).

permite afrontar los problemas que la mencionada doctrina importada dice resolver», y peligrosa, «porque ... el propio TS advierte de manera explícita que su aplicación práctica puede comprometer seriamente principios básicos de nuestro sistema penal».

En Paredes Castañón leemos: «Ello significa, en suma, que cuando hablamos sobre el dolo, o intentamos probarlo, usando el vocabulario de la psicología de sentido común, nada garantiza que nuestras afirmaciones o nuestras pruebas realmente hagan referencia a auténticos estados mentales del agente. Lo cual debería preocupar a quien mantenga –como es mi caso– que la naturaleza intencional de una conducta debe seguir siendo un criterio relevante para enjuiciar la responsabilidad del agente. Tomarse en serio este presupuesto valorativo supone, a día de hoy, aceptar que debemos cambiar por completo nuestro lenguaje y nuestro aparato conceptual a la hora de definir el concepto de dolo y de intentar probarlo: que debemos fundamentar la atribución de responsabilidad penal por delito doloso en algo más que en puros juicios psicosociales de atribución (que es lo único que permite el vocabulario de las actitudes proposicionales). Y que ello exige abandonar el discurso de la psicología de sentido común y acoger, en cambio, los conceptos y categorías propios de la ciencia cognitiva»⁵. Mientras que Ragués i Vallès⁶, reconociendo la dificultad de renunciar a hechos psíquicos en relación con el dolo, va a proponer una normativización del dolo sobre todo en el ámbito procesal y no en el sustantivo, señalando, eso sí, que «si algún día la ciencia logra reconstruir de modo tan seguro como sucede con algunas pericias sobre ADN cuál fue el estado de la psique del acusado en el momento del hecho difícilmente los tribunales podrán ignorar tal información»⁷.

Si en una sola obra penalistas tan solventes (y especialistas en el tema) como los citados manifiestan esa diversidad de posiciones, ¿qué podemos hacer con el dolo? Si es imposible conocer y probar hechos psíquicos como se hace habitualmente, ¿nos ofrecen las ciencias cognitivas elementos suficientes para hacerlo de otro modo? ¿Hasta dónde debe llegar la normativización del dolo?

⁵ PAREDES CASTAÑÓN, J. M., «Dolo y psicología de sentido común», p. 884, en un trabajo (pp. 875 ss.) en que incide en uno de los aspectos que ya señaló en otro bastantes años antes: «Problemas metodológicos en la prueba del dolo», *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 18, 2001, pp. 67 ss.

⁶ RAGUÉS I VALLÈS, R., «Irracionalidad de la confianza y dolo eventual», pp. 975 ss. (el entrecomillado en p. 985).

⁷ No son solo estos los análisis problemáticos dedicados al dolo en esta obra; así, PÉREZ BARBERÁ, G., reflexiona sobre «Dolo como *plus* o *aliud* de la imprudencia», pp. 917 ss., llegando a la conclusión de que ello depende del plano (semántico o sintáctico) en el que se mueva la discusión, resultando además que una cosa y otra no son excluyentes (y, claro, independientemente de ello, de la necesidad de definir los conceptos de dolo e imprudencia de que se parte, donde, naturalmente, las discrepancias serán bastantes).

¿Hay que renunciar a un elemento volitivo en el dolo, especialmente en el eventual? ¿Esa normativización y renuncia pueden llegar tan lejos como para admitir la ignorancia deliberada o la ceguera ante los hechos como supuestos de dolo (eventual) o, más aún, como sustitutiva de este o nueva forma de tipo subjetivo? Ello por citar solo algunos aspectos sobre los que me pronunciaré en este trabajo, eso sí, «sobrevolándolos» nada más⁸, dado el espacio de que se dispone⁹.

Pues bien, Mirentxu Corcoy Bidasolo, nuestra homenajead, es una de las notorias voces críticas respecto del concepto tradicional de dolo, tanto en lo que se refiere a la exigencia de un elemento volitivo en el dolo, como a la prueba de este (de lo que pensaba y quería un sujeto), así como a la importancia de la actitud interna (de lo «malvado»), llega a decir en esas concepciones, poco compatible con un Derecho penal del hecho, protector de bienes jurídicos, mostrándose comprensiva con una cierta normativización del dolo¹⁰, aunque no con algunos extremos a que llega, especialmente, la jurisprudencia española¹¹.

⁸ Soy consciente de que, con ello, la discusión con otras posiciones y la fundamentación de la que sustento son claramente insuficientes, por lo que deben tomarse mis apuntes como pronunciamientos meditados, pero precisados de ulterior desarrollo, por lo que incluso son parcialmente provisionales. Espero poder desarrollar al menos alguno de ellos como merece en el futuro.

⁹ Naturalmente, los problemas y debates sobre el dolo no acaban aquí, sino que se extienden a otros muchos aspectos, incluidos los más clásicos, como su ubicación o su carácter de dolo subjetivamente malo, neutro o natural u objetivamente malo [respecto de esta última cuestión, por todos LUZÓN PEÑA, D. M., *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 3.ª ed., Valencia (Tirant lo Blanch), 2016, Cap. 16, núm. 23 ss. (pp. 226 ss.), autor cuya concepción comparto]. Por cierto, que sigan discutiéndose estos temas demuestra que en nuestra disciplina difícilmente puede darse nada por muerto [cuánto erraba yo, por ejemplo, al augurar poco futuro a la llamada pugna de teorías en materia de error de prohibición! –DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., «El error de prohibición: pasado, presente y futuro», en: Cerezo Mir, J.; Suárez Montes, R. F.; Beristain Ipiña, A., y Romeo Casabona, C. (eds.), *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López*, Granada (Comares), 1999, pp. 349 ss., donde, eso sí, creo que acertaba al advertir que la discusión en España debía abrirse a otros temas, como de hecho ha sucedido ampliamente]. Además, las limitaciones de este trabajo impiden analizar nuevas perspectivas interesantes, como la propuesta, dentro de una concepción que exige elemento cognitivo y volitivo del dolo, de enfocar el problema desde el lenguaje (con fundamento sobre todo en Wittgenstein, y en una línea que ya apuntaban autores cercanos a Vives Antón), de LEITE FERREIRA CABRAL, R., *Dolo y lenguaje. Hacia una nueva gramática del dolo desde la Filosofía del lenguaje*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2017, especialmente pp. 211 ss.

¹⁰ No es posible precisar aquí hasta qué punto la normativización del dolo coincide con su «objetivización» [sobre esta, en buena medida en el terreno probatorio, BACIGALUPO ZAPATER, E., «Problemas actuales del dolo», en: *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Madrid (Thomson-Civitas), 2005, pp. 79 ss., quien, con todo, llega –pp. 77 s., 81– a señalar que la nueva dogmática del dolo se fija en las razones que justifican la pena para la forma más grave de la realización del tipo y de ellas extrae las características del tipo subjetivo del delito doloso, pasando el eventual a ser la forma básica del dolo, entendiendo que esta concepción supera la tradicional discusión entre las teorías cognitivas y volitivas, y caracterizando cualquier clase de dolo en que el sujeto obra con conocimiento del peligro concreto de la realización del tipo; también, en el sentido del paso de lo psicológico (intuitivo) a las consideraciones normativas –pp. 63 s.–, y hablando de normativización del dolo –pp. 76 s.]. En todo caso, el grado de normativización que se adopte hace, según creo, mayor o menor la objetivización del dolo.

¹¹ Así, con amplio desarrollo, entre otros lugares, CORCOY BIDASOLO, M., «Concepto dogmático y jurisprudencial de dolo. Su creciente aproximación a la imprudencia en nuestra jurisprudencia», *Libertas*, núm. 0, 2012, pp. 98 ss.

Como se verá, aunque comparto en buena medida la concepción del Derecho penal de Corcoy Bidasolo, no estoy tan seguro (más allá de la crítica a excesos como –con excepciones– la aplicación jurisprudencial de la figura de la ignorancia deliberada y la preocupación por no desvincular el dolo del desvalor del hecho) de compartir algunas de sus críticas. Pero esto es bastante irrelevante, pues lo que de verdad me importa aquí es rendir un sentido homenaje a una penalista importante, a una académica integral y a una muy querida amiga mía: Mirentxu Corcoy. Aunque ella llega al momento de su jubilación (seguro que solo administrativa y formal) y a mí aún me falta un poco, nuestras carreras académicas han ido muy en paralelo (téngase en cuenta que Mirentxu Corcoy ya había cursado otra carrera antes de emprender los estudios de Derecho). La conocí con motivo de la defensa de la tesis de Jesús M. Silva Sánchez en Barcelona en octubre de 1985, dentro de la estrecha vinculación académica y personal de nuestras respectivas escuelas, la de su maestro (también lo hago mío), el añorado Santiago Mir Puig, y el mío, Diego-Manuel Luzón Peña. Y desde entonces, además de estrechar cada vez más los lazos académicos, hemos fraguado una fuerte amistad. Además de estudio, debates, seminarios, congresos, concursos y demás acontecimientos académicos, hemos compartido ratos muy buenos, hablando de lo divino y lo humano (claro, a mí me fascina escucharla hablar de arte contemporáneo), compartiendo mesa y mantel, alegrías (Mirentxu me transmite optimismo) y ... también algunos momentos duros, que siempre los hay y en ellos los amigos son fundamentales. Estoy seguro de que ello va a seguir siendo así. Ojalá por muchos años. Mi querida Mirentxu, ¡te deseo de todo corazón muchos años más de anhelos y trabajos académicos de los que podamos seguir beneficiándonos, pero, sobre todo, de disfrute y felicidad!

II. DEL PESIMISMO RESPECTO DE LA PRUEBA DE LOS ESTADOS MENTALES

Incluso sin entrar en la cuestión del elemento volitivo del dolo, ¿es imposible, hoy por hoy, una prueba «científica» del dolo como estado mental¹²?

¹² Las posiciones respecto a la propia existencia de estados mentales y la capacidad de percibirlos por terceros (y, por lo tanto, de probarlos) son diversas y ni mucho menos todas (ni las más «científicas») parten de la inexistencia de tales estados o de la imposibilidad de terceros de percibirlos; v., al respecto, con amplia explicación de cada tesis, múltiples referencias y valoración propia, GONZÁLEZ LAGIER, D., «La prueba de la intención y el Principio de Racionalidad Mínima», *JpD*, núm. 50, 2004, especialmente 43 ss; y, sobre todo, «Filosofía de la mente y prueba de los estados mentales: Una defensa de los criterios de 'sentido común'», manuscrito aún inédito a punto de concluir para envío a publicación (cit. 2022), *passim* (agradezco muy sinceramente al autor el envío del manuscrito en su estado actual). Por otra parte, evitar

Además, como hemos visto, Paredes Castañón (confeso partidario de la relevancia del elemento intencional en la determinación de la responsabilidad penal) nos pedía abandonar el discurso (al uso) de la psicología del sentido común para acercarse al de la ciencia cognitiva (de momento propone relativizar el valor de testimonios y observaciones y dar mayor entrada a las pruebas periciales sobre características psicológicas concretas del acusado como sobre las generalizaciones que puede proporcionar la ciencia cognitiva¹³), mientras que y de Ragués i Vallès nos anima más bien a «la llamada (impropiamente) “normativización” del dolo... fundamentalmente en el ámbito procesal y no tanto en el sustantivo, donde son más elevados los riesgos de acabar cayendo en soluciones esquemáticas que lleven a un mayor punitivismo innecesario y, por tanto, ilegítimo»¹⁴.

¿Debemos atenernos entonces exclusivamente a lo (seguramente insuficiente) que la ciencia cognitiva nos permite saber de los estados mentales –en nuestro caso, el dolo– o podemos, mientras, utilizar criterios menos científicos para acercarnos a ellos y considerarlos probados?

Reconociendo las dificultades, me inclino por lo segundo, entre otras cosas por evitar una parálisis operativa ante la necesidad de afirmar o negar el dolo para establecer la responsabilidad penal, aunque siempre con límites. Para empezar, frente a quienes niegan la existencia de estados mentales o consideran que no pueden percibirse o probarse «científicamente», creo que, si bien la evolución de la ciencia cognitiva (de la ciencia, en general) podrá aportar en el futuro luz a este tema, mientras, es un hecho social casi evidente, si se quiere, una «aserción normativa» que, al menos entre los humanos, nos reconocemos todos estados mentales, conocimientos, intenciones, propósitos, aceptaciones, conformidades, etc., que damos por buenas en nuestras relaciones sociales e incluso en nuestra percepción sobre nosotros mismos en cada momento. No se trata, nótese, de una mera atribución normativa en abstracto,

tener en cuenta estados psíquicos puede llevar a paradojas valorativas incuestionables: v. solo el ejemplo que ofrece RAGUÉS Y VALLÈS, R., 2020, p. 984 (habla de «frontal conflicto con la percepción colectiva sobre la muy distinta gravedad de cada supuesto»; por cierto que en este trabajo se refiere al riesgo o consecuencia de prescindir de las particularidades «psíquicas», mientras que en otra versión de esta parte del trabajo habla más crudamente aún de la pretensión de no ser esclavo de los «hechos psíquicos»: «¿Dolo sin conocimiento? Reflexiones en torno a la condena por defraudación fiscal de Lionel Messi», *En Letra: Derecho Penal*, núm. 11, 2021 de noviembre de 2020, p. 85).

¹³ PAREDES CASTAÑÓN, J. M., 2020, p. 884, en conclusión, fruto de sus interesantes reflexiones en pp. anteriores.

¹⁴ RAGUÉS I VALLÈS, R., 2020, p. 985. En general, sobre la prueba del dolo, es ineludible citar la obra de este autor *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Barcelona (J. M. Bosch), 1999. Y, aunque no pueden ser citados todos aquí, este especialista se ha ocupado de problemas de imputación subjetiva en múltiples trabajos.

sino basada en la experiencia. Por ello, más allá de prueba científica o empírica, creo que ello es suficiente para admitirlos¹⁵.

No quiero decir con ello que ese reconocimiento o atribución sea absolutamente «limpio y perfilado», es decir, que no influyan en él, cuando los referimos al dolo, factores en principio ajenos a los elementos de este y de sus distintas clases, como, por ejemplo, emociones, sentimientos, deseos, esperanzas, valoraciones morales, etc., ni que la atribución sea tan precisa como luego reflejan las distintas definiciones de dolo o de las clases de dolo (por ejemplo, que se distinga con absoluta precisión intención de conocimiento de la eventual producción de un hecho y aceptación de esta –lo que por cierto, hará seguramente más complicada la prueba del estado mental propio del dolo eventual que del directo–), pero creo que suponen una base suficiente que será «filtrada» por las concretas exigencias que entendamos deben darse en el dolo y sus distintas clases (por ejemplo, en mi caso, la de que junto a un elemento cognoscitivo exista siempre otro volitivo –del que, por cierto, excluirémos, en una especie de «limpieza», las esperanzas o creencias sin base racional alguna).

Porque, además, como señala González Lagier, precisamente frente a observaciones de Paredes Castañón (que, por lo demás, como yo, considera valiosas y razonables), «hay que advertir, por un lado, que la prueba nunca es tan concluyente como para poder considerarse una “demostración absoluta” que excluya totalmente el resto de posibilidades alternativas y, por otro lado, que si la prueba de los estados mentales nunca puede superar un estándar de prueba aceptable, entonces se complica también la prueba de cualquier acto humano, porque la prueba de la intención es necesaria (a) para determinar que se trata realmente de una acción, y no de un acto reflejo o involuntario (en el sentido de no dirigido por los estados mentales proposicionales del sujeto) y (b) para identificar qué acción realizó el sujeto. Nada de esto sería posible si las gene-

¹⁵ El tema recuerda a la discusión sobre el libre albedrío, sobre la libertad, en materia de culpabilidad, en la que, si bien no parece haber (mucho menos aún que en los estados mentales) prueba empírica, resulta claro que los seres humanos nos la suponemos en nuestras interacciones cotidianas y de su existencia parten las más diversas normas jurídicas (y otras sociales), que, además, la consideran un valor supremo. v., al respecto, solo ROXIN, C., *Strafrecht. Allgemeiner Teil I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenlehre*, 4.^a ed., Múnich (Beck), 2006, § 19, nm. 36 ss. (pp. 868 ss. (*Derecho Penal. Parte General I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*, Madrid–Thomson-Civitas–1997, trad. de la 2.^a ed. alemana por Luzón Peña, D. M.; Díaz y García Conlledo, M., y De Vicente Remesal, J., § 19, nm. 34 ss. –pp. 807 ss.); ROXIN, C./GRECO, L., 5.^a ed., 2020, § 19, nm. 36 ss. (pp. 980 ss.), considerando ahora combinable con esta concepción la propuesta anteriormente por el segundo de los autores concibiendo la «culpabilidad como falta de prudencia o como inevitabilidad planificable de la propia punición» (§ 19, nm. 35j ss. –p. 979–, 49a –p. 986); LUZÓN PEÑA, D. M., 2016, cap. 26, especialmente nm. 32 ss. (pp. 484 ss.).

ralizaciones empíricas ‘de sentido común’ o alguna otra estrategia que sea factible en el proceso judicial no fueran mínimamente fiables»¹⁶.

Ahora bien, que se tengan en cuenta reglas de experiencia o sentido común en la prueba del estado mental (aquí del dolo¹⁷), con las necesarias excepciones a la regla, por tanto, no es lo mismo que dar un salto lógico y deducir la existencia de dolo automática y únicamente de la propia configuración típica de la conducta en un automatismo normativo que prescindiría en realidad de la prueba de un elemento *subjetivo*¹⁸. Mayores precisiones son imprescindibles, pero imposibles aquí.

III. SI EL DOLO EXIGIERA UN ELEMENTO VOLITIVO, ¿ELLO CONTRADIRÍA EL PRINCIPIO DEL HECHO?

Dice Corcoy Bidasolo¹⁹: «... podemos avanzar que desde un Derecho penal que pretende castigar hechos que lesionen o pongan en peligro bienes jurídico-penales, la gravedad del injusto no puede concretarse a partir de la bondad o maldad del carácter del sujeto, que pertenece a su intimidad. Atribuyendo una función de motivación a la norma primaria, el mayor desvalor de los hechos dolosos se fundamenta en la mayor contradicción de la norma que supone el actuar con plena conciencia del riesgo que con la conducta se está creando respecto del bien jurídico penal protegido, no en el carácter del sujeto ni en el móvil que le ha llevado a actuar de esa forma. Respecto de la actitud interna la gravedad del injusto sólo aumenta cuando esos pensamientos «malvados» se traducen en una mayor peligrosidad y desvalor del hecho, como sucede, por ejemplo, cuando el autor actúa con alevosía o con ensañamiento»²⁰.

Matices al margen, se puede estar de acuerdo con nuestra homenajeada en lo anterior, aunque no tanto en la medida en que posteriormente va a vincu-

¹⁶ GONZÁLEZ LAGIER, D., 2022, p. 22 (del manuscrito).

¹⁷ En la parte final de estas breves reflexiones me referiré a algunas opiniones que afirman el dolo incluso en ciertos supuestos de ausencia de conocimiento (hablan también de insuficiente conocimiento) y que, claro, consideran que el dolo no es un estado mental (este sería el conocimiento), sino un concepto jurídico relacionado con la teoría de la imputación y no con datos psíquicos [especialmente claro entre ellos PÉREZ BARBERÁ, G., *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*, Buenos Aires (Hammurabi), 2011, a lo largo de su obra –y ya en el título–, y también en otros trabajos].

¹⁸ Con razón, PÉREZ MANZANO, 2020, pp. 946 ss.

¹⁹ CORCOY BIDASOLO, *Libertas*, núm. 0, 2012, pp. 100 y 102.

²⁰ Otros autores, cuya cita es imposible aquí, consideran que la fundamentación del dolo en una voluntad supone en determinados casos el castigo de la actitud interna; así, por citar un ejemplo, GRECO, L., «Dolo sin voluntad», *Nuevo Foro Penal (NFP)*, núm. 88, 2017, pp. 21 ss., considera que ello ocurre en supuestos clásicos discutidos (o variantes de estos) en que se acaba afirmando el dolo directo, pese a la falta de dominio del sujeto.

lar esa idea con la de la irrelevancia del elemento volitivo del dolo, pero sobre ello me pronunciaré un poco más adelante. Baste ahora preguntarnos: ¿es que hay concepciones del dolo, en especial las que exigen un elemento volitivo, que lo entienda como esa «actitud interna» o «pensamientos “malvados”»? Hasta donde alcanzo a ver, no²¹, y, en todo caso, mostrándome personalmente a favor de exigir un elemento volitivo en toda clase de dolo, rechazo que este tenga que ver con actitudes internas (más allá de que el dolo se trate de un fenómeno psíquico, aunque con los matices vistos, o psicológico-normativo) y, desde luego, con ningún pensamiento malvado. Pues, ni siquiera la forma más evidente de dolo, el directo de primer grado o intención, existe o deja de existir porque el pensamiento sea malvado o loable (como le puede parecer al autor de un asesinato terrorista, por ejemplo, la independencia de su «patria» o la liberación de los oprimidos o el fin de una dictadura, pensamiento que puede parecerle bien incluso, en su caso, a una buena parte de la sociedad, que, sin embargo, repudie los métodos), igual que es irrelevante que al autor intencional le agrade lo que hace o le desagrade profundamente (imagínese al terrorista pío y sensible que sufre por tener que quitarle la vida a otra persona próximamente y, tras asesinar a la víctima, vomite por lo que ha hecho y se postre a rezar pidiendo sincero perdón a su dios por lo que ha hecho exigido por la causa), lo «desea» o no lo «desea»²².

²¹ Seguramente sí o algo cercano a ellas en algunas posiciones relativas a la ceguera ante los hechos fuertemente normativizadoras y hasta objetivadoras del dolo, como las de Jakobs o Pawlik, de las que me ocuparé brevemente más adelante. Precisamente un autor en buena medida cercano a su concepción (especialmente a la de Pawlik), PÉREZ BARBERÁ, G., «¿Dolo como indiferencia? Una discusión con Michael Pawlik sobre ceguera ante los hechos e ignorancia deliberada», *En Letra*, núm. 11, 2021, pp. 96 ss., 100 ss., critica que estos autores den valor decisivo a la motivación reprochable de la ceguera del sujeto, llegando a decir (p. 113): «En un derecho penal liberal no es viable, en principio, que el dolo tenga su fundamento en la motivación del autor, en particular no en su motivación reprochable por razones morales. Ya la idea misma de «*enemistad* con el derecho», fuera de que es vaga en exceso, tiene una vinculación fuerte con un derecho penal de autor. Porque, aunque desde ese lugar se tome en cuenta también lo que el agente hace (ignorar crasamente), lo cierto es que se evalúa eso en función de una toma de postura interna de aquel frente al orden jurídico. Y es esto precisamente lo que no casa bien con un derecho penal de acto» (v. también 112 s.); también RAGÜES I VALLÈS, R., *En Letra*, núm. 11, 2021, p. 84, apunta a la posibilidad (aunque deja abiertas otras) de relacionar tales concepciones con la actitud interna o la personalidad del sujeto, rasgos de Derecho penal de autor.

²² Por ello, algunas de las críticas más serias y duras a la teoría del consentimiento se refieren solo a sus versiones más clásicas: así, por ejemplo, la importante de VIANA, E., *Dolo como compromiso cognitivo*, Madrid/Barcelona/Buenos Aires/São Paulo (Marcial Pons), 2017, pp. 102 ss., con su ejemplo [muy similar al también planteado en tono crítico por FEIJOO SÁNCHEZ, B. J., *El dolo eventual*, Bogotá (Universidad Externado de Colombia), 2003, p. 35] del sujeto que sabotea los frenos del coche del marido de su amante para librarse de él, siendo así que finalmente, al perder el marido el control del vehículo y chocar contra un muro, muere también la esposa de este y amante del saboteador, quien «deseaba» la muerte del marido, pero «no deseaba» la de la mujer, con lo cual, dice, según la teoría del consentimiento «de primera generación», habría que afirmar dolo eventual respecto de la muerte del marido e imprudencia consciente respecto de la de la mujer. Naturalmente, este resultado no se produce en versiones «de segunda gene-

Pero seguramente lo señalado por Corcoy Bidasolo no va tan lejos, sino que apunta a si tiene sentido basar el castigo doloso especialmente en un elemento volitivo difícil de conocer y probar o si con ello se deja de lado el principio de responsabilidad por el hecho. Pues bien, telegráficamente: precisamente la exigencia de un elemento volitivo también en el dolo eventual se basa en buena medida en la necesidad de justificar la existencia de un injusto doloso en algo que aparece también en las otras clases de dolo y, sin lo cual, estaríamos exigiendo un castigo por hecho doloso sin un requisito fundamental en las otras formas de dolo. La existencia de un elemento volitivo en el dolo directo o intención parece difícil de discutir y también resulta complicado desligar el desvalor del hecho²³ (y la sanción correspondiente) de ese elemento, si se sigue, por ejemplo, la idea general (sin entrar en el elemento volitivo) de Mir Puig²⁴ de que el que un hecho sea querido o no, con voluntad o sin ella, marca su sentido social su «*significado simbólico* de hecho negador del bien lesionado», le daría una «distinta estructura fáctica» a la del hecho imprudente supondría «una *oposición al bien jurídico más intensa e imputable al sujeto*, lo cual, en parte, explica su mayor gravedad desde el punto de vista de los principios de protección de bienes jurídico-penales y de culpabilidad». Por lo tanto, el «querer» es considerado algo ligado al hecho por un autor tan cercano a la homenajeadada. Y me parece claro. Volviendo a las clases de dolo, pese a lo que se diga a veces, en el dolo directo de segundo grado, el elemento volitivo me parece también clarísimo (ciertamente asociado al conocimiento de un peligro o lesión seguros para el bien jurídico), pues si una persona sabe que, si hace A, ocurrirá seguro (o casi) B, y decide hacer A, no puede, salvo superstición o similar (y entonces ya es otra cosa), decir que no quería B si hizo A. Solo una comprensión del querer o voluntad como «gusto», «maldad» o cosas similares²⁵ podría permitir aseverar que quien hace A no quería (no le gustaba, le

ración», como la que yo mismo acojo; a ellas dedica otras críticas (pp. 105 ss., en primer lugar, respecto de la posición del Tribunal Supremo Federal alemán –BGH–, pero también a lo largo de toda la obra). Sin embargo, VIANA, E., 2020, p. 1164 (resumidamente) toma el mismo ejemplo para probar que la intención no aumenta el nivel objetivo de peligro para el bien jurídico.

²³ Hablo del desvalor del hecho en sentido amplio, sin entrar en la cuestión del desvalor de la acción y del resultado, aunque considero que ambos forman parte del desvalor de injusto; en el caso del dolo, es una forma de desvalor subjetivo de acción (v. LUZÓN PEÑA, 2016, cap. 13, núm. 38 ss. –p. 173 ss.–), aunque también, citando a Mir Puig, considera que supone, por la mayor peligrosidad, una forma superior de desvalor objetivo de acción (cap. 16, núm. 34, p. 229).

²⁴ MIR PUIG, «Límites del normativismo en Derecho penal», *REPCP*, núm. 7, 2005, p. 19 (en pp. ss. lo desarrolla para las distintas clases de dolo y señala además que la peligrosidad objetiva de la conducta dolosa –con cualquier clase de dolo– es mayor que la de la conducta imprudente), entre otros lugares.

²⁵ Como el fin último u objetivos que persiga el sujeto que, por ejemplo, CORCOY BIDASOLO, *Libertas*, núm. 0, 2012, p. 102, califica de intención. En todo caso, nuestra homenajeadada realiza una distinción (pero en diferente sentido que aquí) entre «querer» y «desear» (pp. 54 s.), realizando una crítica a la exigencia al

parecía malísimo) B. No es esta la voluntad o «querer» de que aquí hablamos. Pues bien, en el dolo eventual creo que hay que exigir algo similar que tñia la conducta de esa especial significación frente al bien jurídico²⁶.

IV. A FAVOR DE LA EXIGENCIA DE ELEMENTO VOLITIVO EN EL DOLO

Como puede deducirse de lo hasta aquí dicho, en el dolo (en sus aspectos materiales y procesales) concurren elementos psicológicos y normativos (limitados). Soy, como ya he dicho, partidario de la exigencia de un elemento volitivo en el dolo, sin duda presente en el directo de primer y segundo grado y, por ello, en tanto lo califiquemos de dolo, lo desvaloremos como dolo y lo castigemos como dolo, exigible también en el eventual, como elemento distintivo de la imprudencia²⁷.

Es cierto que, frente a lo señalado anteriormente (especialmente con la cita de Mir Puig), hay diversos autores que rechazan con muy variados argumentos la exigencia de voluntad en el dolo, con algunas críticas especialmente duras e interesantes, entre las que destacaré (aunque no son las únicas), las de Greco²⁸ o, en conexión con él y ampliamente, Viana²⁹, que no es posible valorar aquí como merecen. Simplemente apuntaré aquí, esperando a la posibilidad

uso de elemento volitivo en el dolo, subrayando, eso sí, la exigencia de «comportamiento voluntario» como presupuesto de todo delito y relacionándolo además con el conocimiento del sujeto sobre la relevancia del riesgo de su conducta (que sería distinto en los hechos dolosos y en los imprudentes) (pp. 106 ss.).

²⁶ Por razones de espacio, resulta imposible argumentar aquí con mayor precisión y debatir o apoyarse en otras opiniones. Sin embargo, dado que fue mencionado al principio de este pequeño trabajo y dado que creo que constituye un muy buen esfuerzo de argumentar y sintetizar las razones por las que la exigencia de un elemento volitivo del dolo en absoluto supone una intromisión infundada en la esfera interna del individuo y es plenamente compatible con el principio de responsabilidad por el hecho, deseo citar aquí el trabajo de PÉREZ MANZANO, 2020, pp. 939 ss., que se basa también en la contemplación del dolo como decisión contraria al bien jurídico (especialmente pp. 948 ss.).

²⁷ Téngase en cuenta que la diferencia entre dolo eventual e imprudencia no solo tiene la relevancia general de suponer castigo o impunidad cuando una conducta imprudente no está tipificada o la de suponer un castigo mayor cuando sí lo está, sino otras, incluso en los casos en que la conducta dolosa (y la doloso-eventual) y la imprudente están tipificadas: así, por ejemplo, para quienes consideramos que es posible y punible la tentativa con dolo eventual [en mi caso: LUZÓN PEÑA, D. M.; VICENTE REMESAL, J. DE., Y DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., «¿Conductores suicidas o conductores homicidas?», en: LUZÓN PEÑA, D. M., *Derecho Penal de la Circulación (Estudios de la jurisprudencia del Tribunal Supremo)*, 2.ª ed, Barcelona (PPU), 1990, pp. 239 ss. (el trabajo se publicó antes en *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha* 7, 1989, pp. 361 ss.)], en caso de no consumación, también supondrá castigo o impunidad, o, para quienes consideramos que la participación imprudente no es punible [en mi caso, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., «Autoría», en: LUZÓN PEÑA, D. M. (dir.), *Enciclopedia Penal Básica*, Granada (Comares), 2002, pp. 150 ss.); «Un diálogo crítico con Claus Roxin y su teoría de la autoría», *CPC*, núm. 123, 2017, p. 16, entre otros lugares], sucederá lo mismo.

²⁸ GRECO, L., *NFP*, núm. 88, 2017, especialmente pp. 20 ss.

²⁹ VIANA, E., 2017, pp. 91 ss. y *passim*.

de un desarrollo futuro, que la idea (central) de dominio que maneja Greco (a la que me referiré más adelante), al contrario de lo que él sostiene³⁰, seguramente se refuerza en los casos de «querer» (¡pero no en un sentido de «desear» o «sentir satisfacción», sino de aceptar, asumir, no descartar, con motivos mínimamente racionales!).

Naturalmente, como también he apuntado, el elemento volitivo del dolo (eventual) no puede confundirse con un «querer» en el sentido de «desear», con un «gustar» ni con una actitud interna o pensamiento «malvado»³¹. Entiendo, por ello, que la mejor expresión de ese elemento volitivo es el de la «aceptación» de la producción del hecho típico cuya posibilidad se ha conocido, el «no descartar» esa producción, el «confiar» en la no producción.

En esa exigencia sigo la posición que explica, como «teoría restringida del consentimiento o aceptación» Luzón Peña³², en concordancia también con otros autores, que incluye la restricción de que «la aceptación o consentimiento sólo se excluye por una confianza mínimamente fundada objetivamente, aunque errónea, en que no se produzca el hecho», restricción que Luzón Peña, en mi opinión con razón, deriva de la pertenencia del dolo al injusto típico (valoración objetivo-general). No es una verdadera confianza en el sentido que interesa al Derecho penal, la que no tiene una mínima base racional, sino que eso sería una mera esperanza irracional³³. Esto es evidente cuando, sin ningún dato objetivo, el sujeto confía supersticiosamente que no se producirá el hecho

³⁰ GRECO, L., *NFP*, núm. 88, 2017, pp. 23 ss. Como he dicho, las críticas de este autor no quedan ahí y requieren otro lugar para ser atendidas y, en su caso, respondidas (sobre todo las referidas al según él fracaso de las concepciones volitivas en la explicación del tratamiento más severo –en extensión y gravedad– del dolo frente a la imprudencia en el Derecho positivo –pp. 25 ss.–, donde me parece que debe incidirse sobre todo en discutir su opinión –muy hábilmente planteada– de que la voluntad no hace más peligrosa la acción –donde maneja los ejemplos de dolo directo sobre todo, pero que seguramente podrían verse de otra manera si fueran de dolo eventual: si el sujeto acepta la realización del hecho o confía en su no producción sin fundamento mínimamente racional posee menor control o dominio y su conducta es más peligrosa, según creo– ni al sujeto; v. también, en la misma línea, sobre la no incidencia de la *intención* en la peligrosidad para el bien jurídico, VIANA, E., 2020, p. 1164; y sobre la no influencia de la *volición* en la reprochabilidad del sujeto, pp. 1164 ss).

³¹ Por ello creo que no es contundente el ejemplo manejado por GRECO, L., *NFP*, núm. 88, 2017, 22 ss., del sujeto que asfixia a la novia que lo ha abandonado para dejarla inconsciente y asume que pueda morir, como efectivamente sucede (dolo eventual, sin discusión), frente al mismo supuesto en que la finalidad del sujeto es dejar inconsciente a la víctima para después violarla (sin «querer» matarla, como ocurre finalmente, porque ello frustra su plan de violación), supuesto en que, dice, la doctrina criticada debería afirmar imprudencia consciente. No lo es, al menos, frente a las versiones de la teoría del consentimiento actuales (como la que defiendo: en el ejemplo no se ofrece razón que sustente de manera mínimamente racional la confianza del sujeto en la no producción de la muerte) y no las más antiguas, igual que vemos unas notas más arriba que sucedía con el ejemplo del sabotaje de frenos que planteaba VIANA, E., 2017, 104, quien efectivamente lanzaba el ejemplo contra la teoría del consentimiento «de primera generación».

³² LUZÓN PEÑA, 2020, Cap. 17, nm. 76 ss. (pp. 240 ss).

³³ La diferencia entre confianza y mera esperanza se pone de manifiesto, entre otros, por ROXIN, C., 2006, § 12, nm. 27 (p. 448) (1997, § 12, nm. 27, p. 427); ROXIN, C., y GRECO, L., 2020, § 12, nm. 27 (pp. 549 ss).

(por ejemplo, porque es viernes y los viernes son su día de suerte) o solo por sus profundas creencias religiosas (se dice: «Mi Dios no va a permitir que eso suceda» o, peor aún, «Seguro que Dios manda a un ángel del cielo a apartar de mi trayectoria al peatón» al que prevé que puede fácilmente atropellar)³⁴ o con una «confianza» genérica en su buena suerte («Soy un tipo con baraka»), pero también en general cuando «confía» sin saber si existen pocas o muchas posibilidades, controladas, controlables en mayor o menor grado o incontrolables, con posibilidades de contrarrestar la peligrosidad de la acción y la producción del hecho (que sí existirían, por ejemplo, si el sujeto cree que los efectivamente magníficos frenos de su coche de alta gama le permitirán impedir el atropello, aunque finalmente no lo consigue).

En todo caso, hay que subrayar que no se habla aquí de una normativización conducente a un *dolus ex re*, sino que se debe evaluar la situación concreta, las circunstancias y posibilidades del sujeto, etc.³⁵

Que las posibilidades de confianza mínimamente racional disminuyen cuanto mayor es el riesgo real conocido por el sujeto es bastante claro. El supuesto extremo se produce en el dolo directo de segundo grado, en el que, ante la total o prácticamente total seguridad conocida por el sujeto de que, si hace A, sucederá B, cualquier esperanza («confianza») en que B no se produzca resultará irracional. Ello supone una aproximación de esta concepción del elemento volitivo del dolo a otras que se dicen cognoscitivas³⁶, pero, en todo

³⁴ Todo ello al margen de que esas «creencias» puedan o no tener repercusión en la culpabilidad del sujeto.

³⁵ Creo por tanto que a la concepción que defiendo no se le puede achacar lo que atribuye PÉREZ MANZANO, M., 2020, pp. 944 s., a las teorías de la representación (yo creo que no a todas o no a todas en la misma medida): «Partiendo de una concepción tan amplia de la prohibición de sanción del fuero interno, en el intento de conseguir un planteamiento limpio, sin riesgo de sanción del fuero interno, las teorías de la representación acaban creando una versión moderna de las teorías del *dolus ex re*, con pérdida total de subjetivación de la responsabilidad penal». Interesante en este y otros sentidos resulta el trabajo de SOTOMAYOR ACOSTA, J. O., «Fundamento del dolo y ley penal: una aproximación crítica a las concepciones cognitivo/normativas del dolo, a propósito del caso colombiano», *Política Criminal*, núm. 22, 2016, pp. 675 ss., con una fuerte crítica a la conocida Sentencia de la Corte Suprema de Colombia de 25 de agosto de 2010, y una defensa de la exigencia de elemento volitivo del dolo fundada (además de en otras razones), correctamente según creo, en la definición de dolo en el artículo 22 CP colombiano: «La conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización. También será dolosa la conducta cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar». Es claro que la situación en el Derecho español no es igual, como, entre otros, subrayan CORCOY BIDASOLO, *Libertas*, núm. 0, 2012, pp. 101 ss.; o FEIJOO SÁNCHEZ, B. J., *Dolo eventual*, Santiago-Chile (Ediciones Olejnik), 2018, pp. 23 ss.

³⁶ La aproximación no se produce, desde luego, frente a cualquier versión de la teoría de la probabilidad ni otras que rechazan el elemento volitivo en el dolo, pero, desde luego, tampoco con las que prescinden incluso del elemento cognitivo, que menciono brevemente a continuación. Por lo demás, la aproximación entre ciertas concepciones recientes ha sido destacada con frecuencia; solo a modo de ejemplo, hablando de matizaciones lingüísticas más que materiales o de discusión prácticamente nominal:

caso, creo que eso debe saludarse como un encuentro positivo, aunque me sigue pareciendo preferible, aunque solo sea por la carga de significado, hablar de elemento volitivo del dolo.

V. Y, ¿QUÉ HAY DE LA IGNORANCIA DELIBERADA Y DE LA CEGUERA ANTE LOS HECHOS?

Antes de terminar, dos palabras con mi opinión (una vez más sin posibilidad de verdadera fundamentación) sobre dos figuras que tendrían básicamente en común el prescindir, al menos aparentemente, no ya del elemento volitivo del dolo, sino de la propia necesidad de que exista un auténtico conocimiento³⁷.

En cuanto a la ignorancia (o ceguera) deliberada (*willful blindness*), como es sabido, se trata de una construcción procedente del mundo anglosajón³⁸ (donde, por cierto, el sistema de elementos subjetivos no coincide con el binario de dolo e imprudencia de nuestro Derecho y de los sistemas jurídicos en que se encuadra), que, con mayor o menor fidelidad y con distinto sentido, ha adoptado una parte de la jurisprudencia española desde hace unos años, aunque de manera decreciente en los últimos tiempos³⁹, aunque en diversos sentidos (cuando la acepta, pues hay sentencias que la rechazan). Muy simplificada, con la construcción, se equipararía al dolo (se apreciaría delito doloso) la situación en que un sujeto no conocería la concurrencia de algún o algunos elementos típicos en su hecho porque previa y deliberadamente quiere

ROXIN, C., 2006, § 12, nm. 29 (pp. 448 s.) (1997, § 12, nm. 29 –pp. 428 s.); ROXIN, C., y GRECO, L., 2020, § 12, nm. 29 (pp. 550 s.); LUZÓN PEÑA, D. M., 2016, cap. 16, nm. 70 (p. 239).

³⁷ Nuestra homenajeadada muestra una aceptación limitada de alguna de estas construcciones: CORCOY BIDASOLO, *Libertas*, núm. 0, 2012, p. 104, n. 8, 114 (algunos supuestos de ignorancia deliberada serían «casos que, en la terminología tradicional, se incluirían en el ámbito del dolo directo de segundo grado o en el dolo eventual, a partir de afirmar que ‘no podía confiar racionalmente en la no producción del resultado’»). Subraya expresamente esos límites en pp. 124 ss.

³⁸ Sobre este origen, ampliamente, RAGUÉS I VALLÈS, R., *La ignorancia deliberada en Derecho penal*, Barcelona (Atelier), 2007, pp. 63 ss.; resumidamente en «La doctrina de la ignorancia deliberada en Derecho Penal», en: Gimbernat Ordeig, E.; Gracia Martín, L.; Peñaranda Ramos, E.; Rueda Martín, M. Á.; Suárez González, C., y Urquiza Olaechea, J. (eds.), *Dogmática del Derecho penal material y procesal y política criminal contemporáneas. Homenaje a Bernd Schünemann por su 70.º aniversario*, Tomo I, Lima (Gaceta Penal & Procesal Penal, Gaceta Jurídica), 2014, pp. 380 ss.

³⁹ Sobre esta recepción y su evolución, v. RAGUÉS I VALLÈS, R., 2007, pp. 21 ss., 100 ss., 210 ss.; 2014, pp. 385 ss.; FEIJOO SÁNCHEZ, B., «La teoría de la ignorancia deliberada en Derecho penal: una peligrosa doctrina jurisprudencial», *InDret* 3/2015, 1 ss.; RODRÍGUEZ MOURULLO, G., 2020, 997 ss. En este último trabajo se puede ver un resumen actualizado de las tendencias sobre la ignorancia deliberada en el Tribunal Supremo, con cita de las concretas sentencias que hay que tener en cuenta, cita a la que me remito aquí, pues es imposible reproducirla en el espacio disponible.

no saber (nótese que no es que el sujeto no «vea» sin más, sino que se niega a «ver», es decir existe un acto voluntario de ignorar).

Pues bien, a mi criterio, esta construcción, en el mejor de los casos, no aporta nada a la solución de los problemas relacionados con el dolo o, en el peor, conculca principios básicos de nuestro sistema⁴⁰. Inaceptable es si se usa para presumir sin más el dolo, obviando su (desde luego, en ocasiones, difícil) prueba. Inaceptable resulta, desde luego, conforme a nuestro Derecho positivo, que, en el artículo 10 CP solo contempla como delito las acciones y omisiones dolosas o imprudentes (pero creo que también incluso *de lege ferenda*), cuando se pretende como una tercera forma de comisión subjetiva de un injusto típico. Y, cuando lo que viene a suponer es que el sujeto sospecha que puede realizar los elementos de un tipo y se niega a saber, las construcciones acerca del dolo eventual solucionan mejor la cuestión que la figura de la ignorancia deliberada, pues, en este supuesto, parece que no es cierto que falte todo elemento cognitivo, ya que el sujeto conoce la posibilidad (sospecha) de realización típica. A partir de ahí, habrá que comprobar si se dan los requisitos del dolo eventual que se consideren exigibles (conocimiento de la probabilidad – alto grado de posibilidad– o concurrencia de voluntad –consentimiento, aceptación–, si se adopta una de las dos posiciones clásicas, con los matices o restricciones que procedan). En este caso, detener el análisis de los elementos exigibles al dolo eventual solo por la concurrencia de esa decisión de no saber parece reducir las exigencias del dolo y resulta insatisfactorio⁴¹.

Más problemáticos parecen los menos frecuentes casos que un especialista tan cualificado como Ragués i Vallès considera de «ignorancia deliberada *stricto sensu*»⁴², en los que «de forma intencionada un sujeto consigue evitar incluso la propia obtención de aquellos conocimientos mínimos necesarios para apreciar una actuación dolosa-eventual, logrando así, pese a la realización del tipo objetivo, eludir el tratamiento propio de los delincuentes dolosos y beneficiarse de la pena más moderada para los delitos imprudentes o, incluso, de la impunidad en aquellos casos en que la modalidad culposa es atípica». En

⁴⁰ De manera muy resumida, al hilo de reflexiones sobre la responsabilidad penal en relación con el deporte y, más en concreto, de los delitos contra la Hacienda Pública y el caso Messi, me he pronunciado en contra de la aplicación (y del nombre) de la construcción de la ignorancia deliberada en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., «Criminalidad y deporte», en: Gamero Casado, E., y Millán Garrido, A. (dirs.), *Manual de Derecho del deporte*, Madrid (Tecnos), 2021, pp. 956 ss.

⁴¹ Para una crítica detenida de la figura de la ignorancia deliberada y su aplicación en España, v. RAGUÉS I VALLÈS, R., 2007, especialmente 163 ss., con matices, y entre otros trabajos; FEJOO SÁNCHEZ, B., *InDret 3/2015*, pp. 1 ss. (*passim*); RODRÍGUEZ MOURULLO, G., 2020, especialmente pp. 1003 ss.

⁴² RAGUÉS I VALLÈS, R., 2007, pp. 109 ss. (el entrecomillado, en p. 109), entre otros trabajos.

una publicación reciente expone⁴³ el siguiente ejemplo: «Un sujeto coloca en la lista de ‘correo basura’ la dirección electrónica de la administración de tráfico, de tal modo que no le lleguen nunca las notificaciones de posibles sanciones por su conducción. Varios años más tarde se le notifica electrónicamente la retirada de su licencia sin que, por las razones expuestas, llegue a tomar conocimiento de ello». El citado autor duda de lo correcto de la absolucón por un delito de conducción sin licencia en ese supuesto y cree que, en todo caso, apreciar dolo aquí supondría la «ampliación de este concepto en un número muy limitado de casos».

Pues bien, en mi opinión, pese a que la conducción sin licencia se ha producido años después de que el sujeto haya cerrado la vía para conocer los avatares de tal licencia y podríamos decir que no hay un conocimiento cierto y actualizado de que le ha sido retirada, el que deliberadamente cierre las vías de ese conocimiento actualizado significa en realidad que no posee un conocimiento claro, propio del dolo directo, de esa situación, pero ello no descarta el conocimiento eventual, es decir, de la posibilidad de que el hecho se produzca: precisamente por ello cierra el canal de comunicación, porque sabe que es posible que le notifiquen retiradas de licencia en un futuro y no descarta de manera razonable que ello sea así. Aunque es peculiar, no creo determinante para la exclusión del dolo eventual que el conocimiento (y aceptación) de la posibilidad (o hasta probabilidad) se extiendan a momentos más o menos lejanos en el tiempo (sin ignorar las dificultades de prueba que ello puede suponer)⁴⁴. Esa sería la diferencia

⁴³ Parece que considerándolo de los de verdadera ignorancia deliberada: RAGUÉS I VALLÈS, R., *En Letra*, núm. 11, 2020, p. 88. Lo que sigue, en pp. 86 ss.

⁴⁴ Creo que, entre otras cosas, por ello no puede hablarse de un error, como reconoce el propio RAGUÉS Y VALLÈS, R., *En Letra*, núm. 11, 2021, p. 87 («nadie diría que se trata de situaciones de error»). En los diversos ejemplos que plantea en RAGUÉS Y VALLÈS, R., 2007, pp. 110 ss., creo que seguramente se puede decir lo mismo, especialmente en los que ordena como a) y b), en los que habla incluso de «sospecha». Los casos de representación o asesoramiento que menciona (más allá del concreto que trata en su último trabajo, en el que creo que seguramente tiene razón) pueden revestir distintas formas y habrá que estar a su configuración en concreto. En todo caso, creo que en algunos de ellos es muy posible la ausencia de dolo, bien porque efectivamente el sujeto no sepa nada y solo lo sepa el representante o asesor o bien porque, aunque sospeche o se plantee la posibilidad de un hecho delictivo, tenga buenas razones para pensar precisamente que el asesor o representante tomará medidas para que no suceda. Ejemplos también en RAGUÉS Y VALLÈS, R., 2014, p. 385 (el primero, muy similar al citado en el texto). Hay otras propuestas de admitir la ignorancia deliberada en determinados casos. Así, por ejemplo, RIZZI, F. T., *La ignorancia deliberada en Derecho penal*, Montevideo/Buenos Aires (Bdef), 2020, alude, citándolo, a los que Ragués y Vallès considera de ignorancia deliberada *stricto sensu*, en los que «el sujeto activo carece de la representación mínima de los hechos necesaria para la aplicación de las figuras de dolo tradicionales» (p. 112), realizando su propia propuesta (pp. 111 ss.); pero me llama la atención que, al definirla, acaba incluyendo datos o indicios de conocimiento (dice de su antijuricidad, pero dejaremos esto de lado): «Se encuentra en ignorancia deliberada todo aquel que tenga el deber jurídico penal de conocer determinadas circunstancias relevantes de su conducta y que, pese a tener conocimiento de indicios de su antijuricidad, se mantenga en su ignorancia para el caso de que se produzca un hecho típico».

con el (caricaturesco) caso en que supongo que nadie negaría el dolo del sujeto que se pone a los mandos de un coche con una antifaz en los ojos para «no saber», más bien no ver, si pasan peatones en la calle cuando conduce a ciegas y, efectivamente, atropella mortalmente a uno o varios⁴⁵.

Por fin, me pronunciaré, con la brevedad y simplificación aquí obligadas, sobre el tratamiento como dolo por algunos autores de la llamada ceguera ante los hechos. Esta guarda algún parecido tal vez con la ignorancia deliberada, pero se diferencia claramente de esta en la inexistencia de un acto de voluntad de «no querer» o «no ver». Aquí, simplemente el sujeto, ante hechos evidentemente peligrosos, ni siquiera tiene consciencia de ellos, aunque debiera, por, digámoslo simplificando al máximo, una gran falta de interés (una indiferencia, egoísmo o similar) o bien capacidad de dominio para evitar. No puedo detallar aquí las peculiaridades de la posición de cada uno de los autores más emblemáticos de esta concepción, Jakobs⁴⁶, Pawlik⁴⁷ y Pérez Barberá⁴⁸, por lo demás, bastante conocidas.

En todo caso, no me parece compatible tal equiparación de estos supuestos al dolo, ni siquiera en la mejor hipótesis⁴⁹ de que se trate de una objetiviza-

⁴⁵ ROSO CAÑADILLAS, R., «Algunas reflexiones sobre los nuevos fenómenos delictivos, la teoría del delito y la ignorancia deliberada», en: *Dogmática del Derecho penal material y procesal y política criminal contemporáneas. Homenaje a Bernd Schünemann por su 70.º aniversario*, Tomo I, Lima (Gaceta Penal & Procesal Penal, Gaceta Jurídica), 2014, especialmente pp. 423 ss., en un trabajo (pp. 413 ss.) que analiza distintos aspectos de la delincuencia a través de Internet, en especial el de la responsabilidad de testafierros y cibermuleros digitales (con ulteriores referencias a doctrina y jurisprudencia), parece llegar a menudo a la misma conclusión que sostengo en el texto: la posibilidad de afirmar dolo eventual a partir de la teoría restringida del consentimiento (p. ej. pp. 434, 436), pero me parece que no generaliza la solución, pues habla de reinterpretar y adaptar el concepto de dolo, eso sí, sin desnaturalizarlo (p. 436), y señala en ocasiones que ciertos indicios de conocimiento de la situación en que se encuentra por el sujeto serían suficientes «para afirmar el dolo eventual o la imprudencia» (p. 436; v. también, por ejemplo, p. 435).

⁴⁶ En numerosos trabajos. Citaré solo uno, que contiene múltiples ulteriores referencias: JAKOBS, G., «Dolus Malus», en: ROGALL/PUPPE/STEIN/WOLTER (Hrsg.), *Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi zum 70. Geburtstag*, Neuwied (Luchterhand-Wolters Kluwer), 2004, pp. 107 ss. En español (trad. de Fakhouri Gómez): «Dolus malus», *Indret 4/2009*, pp. 4 ss.

⁴⁷ PAWLIK, M., *Das Unrecht des Bürgers. Grundlinien der Allgemeinen Verbrechenlehre*, Tübingen (Mohr Siebeck), 2012, pp. 362 ss.

⁴⁸ PÉREZ BARBERÁ, G., 2011; *En Letra*, núm. 11, 2021, pp. 91 ss., entre otros trabajos. Peculiar en este autor frente a los otros dos citados es, entre otras cosas, que no da el valor que los otros a los motivos moralmente reprochables de la ignorancia: v., con ulteriores referencias a otras obras, *En Letra*, núm. 11, 2021, pp. 96 ss., 100 ss., 112 s., entre otras. Por su parte, él basa ahora el tratamiento de esos supuestos como dolosos en la suficiente capacidad de dominio del sujeto sobre su comportamiento, de modo que, objetivamente, se pueda decir que le era sencillo evitar (p. 100), sobre la base de un fundamento común de todo dolo (incluyendo supuestos de ignorancia deliberada y de ceguera ante los hechos), del que la forma básica sería el eventual, y que explica en pp. 113 ss. La posición de este autor resulta especialmente interesante y ha experimentado una cierta evolución, pero desgraciadamente no puede ser valorada aquí como merece, más allá de la crítica general a la contemplación como dolo de los supuestos de ceguera ante los hechos.

⁴⁹ Las otras que apunta o resume RAGUÉS I VALLÈS, R., *En Letra*, núm. 11, 2021, p. 84, relacionando la indiferencia con una decisión del individuo (en cuyo caso, no estaríamos lejos de la ignorancia delibe-

ción basada en la valoración que merece el que el sujeto no advirtiera la concurrencia de un grave peligro, pese a tener fácil acceso al conocimiento de los elementos que debieron haberle hecho darse cuenta (un juicio normativo, por tanto)⁵⁰. Lo que hacen estas posiciones es en buena medida (pues, insisto, serían precisas múltiples matizaciones) convertir en dolo imprudencias especialmente burdas (basadas en deberes obvios –para cualquiera– de representación) o, si se quiere, graves, lo que, en un sistema binario de dolo/imprudencia resulta criticable, pues no existe una gravedad igual⁵¹; en mi opinión, esta crítica se acrecienta, si cabe, en un sistema como el español, cuyo Código Penal solo castiga hechos gravemente imprudentes, con solo dos excepciones en que basta imprudencia menos grave⁵². ¿Por qué equiparar al dolo solo las imprudencias graves derivadas de ceguera ante los hechos y no otras, cuya gravedad se derive de otros elementos? Y, si se equiparan todas, naturalmente, se estaría contradiciendo la letra (y la valoración) de la ley⁵³. En todo caso, parece difícil tomar una decisión o posición contra el bien jurídico sin conocimiento de la situación. Por lo demás, incluso si se considera que la referencia a la existencia de una imprudencia grave no es un argumento definitivo, pues parte de un apriorismo: decir que se trata de imprudencias y no de dolo, cuando eso es precisamente lo que se tiene que demostrar (creo que no es así, pero no es posible explicarlo aquí), pueden compartirse (al menos parcialmente) otras razones, como las que, por ejemplo, invoca Greco⁵⁴, al señalar que solo con conocimiento hay dominio⁵⁵ o control, lo que justifica una mayor sanción (en extensión y en intensidad) de los hechos con conocimiento por razones preventivas (que atienden a la mayor peligrosidad para bienes jurídicos y a las mayores posibilidades de reconsideración por quien va a practicarlos) y deontológicas (las mayores posibilidades de decisión de quien conoce implicarían una mayor responsabilidad por la puesta en práctica de esa decisión). Naturalmente, atiendo solo parcialmente la explicación de Greco, en el sentido que el

rada, además de no evitar la referencia a hechos psíquicos que la posición pretende) o, peor aún, de una actitud interna o un rasgo de personalidad de este (lo que conduce a un inaceptable elemento de Derecho penal de autor) la hacen aún más claramente rechazable, si cabe.

⁵⁰ Así, aproximadamente el resumen de RAGUÉS I VALLÈS, R., *En Letra*, núm. 11, 2021, p. 84.

⁵¹ Con mayor detalle, entre otros, RAGUÉS I VALLÈS, R., *En Letra*, núm. 11, 2021, pp. 84 ss., demostrando con un ejemplo significativo la diferencia de gravedad y la importancia del elemento psíquico en el sujeto.

⁵² Como es sabido, se trata del homicidio (art. 142.2 CP) y ciertas lesiones (art. 152.2 CP).

⁵³ No entraré tampoco aquí en si estas posiciones (que he expuesto necesariamente sin matices) resultan compatibles con la regulación del error de tipo en España (art. 14.1 CP) o en Alemania (§ 16 StGB).

⁵⁴ GRECO, L., *NFP*, núm. 88, 2017, pp. 18 ss.; siguiéndole en los argumentos preventivo y deontológico, resumidamente, VIANA, E., 2020, pp. 1166 ss (resumen de su interesante concepción en pp. ss).

⁵⁵ Aunque pueden establecerse conexiones, quiero desvincular aquí esta idea de lo que dominio del hecho significa en la teoría de la autoría y el carácter objetivo-subjetivo que se le otorga al criterio: v. simple y resumidamente DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., *CPC*, núm. 123, 2017, pp. 14 ss.

conocimiento es indispensable para el dolo, pero no su opción por una teoría mejorada de la probabilidad, es decir, de que el dolo es conocimiento de la probabilidad (según él en todos los casos, pues propone no distinguir entre clases de dolo), sin elemento volitivo⁵⁶.

VI. REFLEXIÓN FINAL

Una vez apuntado (¡solo apuntado!) todo lo anterior, no se puede negar que los problemas relacionados con el dolo eventual, en concreto el relativo a la exigencia o no de elemento volitivo (no tanto el de la prueba, aunque, indirectamente, también se ve lastrado por esta circunstancia), tienen que ver con el tremendo salto punitivo que en nuestro Derecho supone la afirmación de dolo frente a la imprudencia (en todos los casos en que no se tipifiquen conductas correspondientes imprudentes o en que la imprudencia no sea grave o, excepcionalmente para dos supuestos menos grave, la diferencia es nada menos que castigo o impunidad; en los casos de imprudencia tipificada, en general, un muy distinto grado de penalidad) y, por qué no decirlo (aunque se requerirían matices que aquí no son posibles), por la mayor «debilidad» del dolo eventual frente al dolo directo, sea de primero o de segundo grado, lo cual se puede expresar de distintas formas: voluntad más débil, probabilidad conocida menos alta, enfrentamiento al Derecho o posición contra el bien jurídico menos intensa, incluso estado mental menos «nítido», etc.

Ello conduce a la consideración, tantas veces planteada⁵⁷, de si no sería conveniente una graduación de responsabilidad según la clase de dolo concu-

⁵⁶ V. GRECO, L., *NFP*, núm. 88, 2017, especialmente pp. 30 ss. Es lógico que exija algo más que conocimiento (psicológico) en general, pues creo que, de lo contrario, se tomaría imposible la distinción entre dolo e imprudencia consciente (con sus diferentes consecuencias penológicas), pero, a la vez, ello debilita algo sus argumentos relativos al dominio o control que confiere el conocimiento (salvo que los refiera ya al conocimiento de la probabilidad), en lo que se refiere a la justificación de la mayor sanción, pues también en la imprudencia consciente hay conocimiento y, sin embargo, su pena no difiere de la de la imprudencia en que no hay conocimiento. Por ello creo que la exigencia añadida de un elemento volitivo es fundamental.

⁵⁷ A título de meros ejemplos (eso sí, cualificados), MOLINA FERNÁNDEZ, F., «La cuadratura del dolo, problemas irresolubles, sorites, y Derecho penal», en *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Madrid (Thomson-Civitas), 2005, pp. 739 ss., sobre la idea de gradualidad, que desarrolla a lo largo de su interesantísimo trabajo (entre dolo e imprudencia, especialmente pp. 733 ss., proponiendo marcos penales «no solo graduales, sino contiguos», p. 740); TORÍO LÓPEZ, Á., «Teoría cognitiva del dolo y concepto de temeridad (Recklessness)», en: PÉREZ ÁLVAREZ, F. (ed.), *Universitas Vitae. Homenaje a Ruperto Núñez Barbero*, Salamanca (Universidad de Salamanca, 2007, pp. 833 ss.; ROMEO CASABONA, C. M., *Sobre la estructura del dolo*, México D. F. (Ubijus), 2009, pp. 63 ss. (aunque señala que no se pronuncia de manera definitiva); RAGUÉS Y VALLÈS, R., 2007, pp. 298 ss.; 2014, 396 ss., quien apunta como posibilidad el sistema del *Model Penal Code*; *En Letra*, núm. 11, 2021, pp. 87 ss. Contrario a la

rente (al menos una diferencia entre dolo directo y eventual), igual que se establecen diferencias entre grados de imprudencia⁵⁸, o, más aún, una escala más flexible de apreciación del elemento subjetivo concurrente en la realización de tipos penales. Tiendo a pensar que sí, que un cambio del sistema solucionaría algunos problemas y podría conducir a una mayor proporcionalidad de la responsabilidad penal en relación con el elemento subjetivo, aunque veo algunas dificultades o eventuales problemas, como el de una posible mayor imprecisión o indeterminación (dependiendo, claro, del sistema alternativo que se adoptara). No obstante, ese debate no puede desarrollarse aquí.

incorporación a nuestros sistemas de un elemento como la *recklessness* anglosajona, PÉREZ BARBERÁ, G., *En letra*, núm. 11, 2021, p. 114 (con ulteriores referencias a obras suyas anteriores y también a autores favorables de la introducción de esa categoría en n. 83), pues considera que, tratando como propone los supuestos de «conocimiento insuficiente» (ignorancia deliberada y ceguera ante los hechos), sin rigidez en cuanto al conocimiento de los hechos en dolo e imprudencia se consigue un «*continuum*» satisfactorio, frente a categorías rígidas como la *recklessness*.

⁵⁸ Aunque, en los dos únicos casos en que el Código Penal español castiga supuestos de imprudencia menos grave, el salto penológico entre ellos y los mismos cometidos por imprudencia grave es muy importante (no demasiado gradual): en el homicidio, si es por imprudencia grave (art. 142.1 CP), pena de prisión de uno a cuatro años (además de las privativas de derechos en caso de darse los supuestos de los tres últimos párrafos de ese número), mientras que si es por imprudencia menos grave (art. 142.2 CP), pena de multa de tres a dieciocho meses (además, en su caso, de las privativas de derechos del segundo y el tercer párrafo de ese número). En el caso de las lesiones (y dejando al margen las privativas de derechos correspondientes, si se da el caso), si se cometen por imprudencia grave (art. 152.1 CP), pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a dieciocho meses si son (objetivamente) lesiones del artículo 147.1, de prisión de uno a tres años, si son del artículo 149, y de prisión de seis meses a dos años, si son del 150, mientras que, si la imprudencia es menos grave (art. 152.2 CP), corresponderá la pena de multa de tres a doce meses en cualquiera de los tres casos (solo se observa, por tanto, una relativa graduación «suave», incluso con posible solapamiento, en el caso de las lesiones imprudentes que se corresponden con las dolosas del art. 147.1).

EVOLUCIONES MÁS RECIENTES DE LAS CATEGORÍAS Y POLÍTICAS DE LA CULPA PENAL

MASSIMO DONINI*

I. DE LA CULPA COMO ELEMENTO SUBJETIVO A LA CULPA COMO RIESGO

1. Los tiempos en los que a Enrico Altavilla se le ocurrió escribir una obra sobre la culpa plagada de contenidos psicológicos y criminológicos han quedado atrás aunque no tan lejos¹.

A quien desee disponer de un marco realmente «enciclopédico» de las teorías sobre la culpa, aún prevalentemente psicológicas a nivel internacional, dominantes entre finales del siglo XIX y mediados del XX, incluidas las italianas hoy en día abandonadas, si no desconocidas, por nuestra propia doctrina contemporánea dominante, digamos hasta las monografías de Francesco Alimena² y Luciano Pettoello Mantovani³, le resultará siempre útil consultar una publicación... extranjera: el *Tratado* de Jiménez de Asúa⁴.

2. En su lugar, el punto de vista más contemporáneo y general sobre el delito imprudente es el relativo al riesgo: una categoría que ya no es sociológica o doctrinal (o dogmática) sino también legislativa y europea. Es aquí donde

* Catedrático de Derecho penal. Università degli Studi «La Sapienza» di Roma. Traducción del original realizada por Alejandro Turienzo Fernández.

¹ E. ALTAVILLA, *La colpa*, 2 vols. Turín (Utet), 1956.

² F. ALIMENA, *La colpa nella teoria generale del reato*, Palermo (Priulla), 1947.

³ L. PETTOELLO MANTOVANI, *Il concetto ontologico del reato. Struttura generale. La colpa*, Milano (Giuffrè), 1954

⁴ L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de derecho penal*, tomo V, Buenos Aires (Losada), 1963, pp. 738-846.

se originan los derechos y los deberes: la autorización de actividades productivas, sociales, laborales y peligrosas y, al mismo tiempo, su estricta limitación en clave de seguridad colectiva e individual. Muchos son los destinatarios de estas obligaciones y a menudo son sólo ejecutables por entidades capaces de organizar la seguridad, como son las empresas, mientras que la responsabilidad penal queda reservada a las personas físicas.

La culpa tiene mucho que ver con la regulación de los derechos y no sólo de los deberes (o cargas): las actividades, que son lícitas, permitidas, y toda la amalgama de derechos son regulados, dirigidos, pero igualmente promovidos. Surgen aquí los límites del sistema que poseen un valor general: es una parte verdaderamente general del sistema que regula los riesgos que, para ser ahora permitidos, ahora no permitidos, determina los umbrales de relevancia de lo lícito, llegando a regular las conductas ilícitas como lugares de posible «culpa» (y ya no de responsabilidad objetiva) compartida con las actividades autorizadas y permitidas: no sólo de la culpa específica que les atañe. Si bien la conducta dolosa es a menudo ilícita, en muchos casos se inserta en actividades reguladas y, por ende, su quebrantamiento es el que ofrece indicios sobre su existencia legal, mientras que su observancia representa una *defense*.

La experiencia procesal, por ejemplo en los delitos de empresa o contra la Administración Pública, y en los delitos dolosos más normativizados, avala la convicción de que siempre es útil y aconsejable, en la discusión respecto al dolo, recurrir a una defensa basada en la prueba (como *defense*, más allá de las cargas probatorias de la acusación) de una conducta objetivamente correcta, es decir, el cumplimiento de las cautelas, reglamentos, modelos, estándares, directrices, *best practices*, etc. La observancia de las precauciones y disciplinas desmonta o agota los indicios en torno al dolo porque sólo la contraprueba de su «elusión» pone en jaque una acusación que no puede apoyarse en elementos internos del sujeto. Y en cualquier caso, el incumplimiento puede seguir siendo «culpa» en ausencia de esos elementos. La normativización de la culpa ha conllevado la normativización del dolo, cuando menos, en muchos sectores. Por esta razón, ya no conforma una comprensión del ordenamiento con un tratamiento por separado, al que se añade luego el del delito doloso.

Incluso en lo que a manuales y enseñanza universitaria respecta, parece mucho más acorde al rol actual del delito imprudente tratarlo antes que el delito doloso, habida cuenta de que el dolo ha perdido su protagonismo como paradigma general del delito.

El delito doloso se analiza de forma separada en los estupros, las extorsiones o tal vez los abusos de mercado, pero siempre posee niveles de riesgo comunes a las hipótesis fronterizas, sobre todo cuando se inserta en activida-

des ordinarias y lícitas (las relaciones sexuales consentidas, la solicitud de cumplimiento con amenaza de represalias, la sobrevaloración de valores en la gestión de una crisis bancaria), hasta el punto de que sólo en el plano motivacional o de culpabilidad consigue en estas hipótesis (como en el dolo eventual) separarse realmente de la conducta imprudente.

3. Nos hallamos ante el tema de la relación entre la culpa como *minus* en comparación con el dolo en tanto *aliud*⁵, que dispone de *un significado procesal preciso*: precisamente porque la culpa es un *minus* de tipo escalar en el plano objetivo, en caso de duda sobre si concurre dolo, es posible, aunque no *de plano*, pero sí en varios casos, cuestionar la culpa al menos implícitamente⁶: de lo contrario, en caso de existir diferencias radicales, ello no sería posible, por tratarse de cuestiones alternativas. Por otro lado, como la culpa es una *aliud* respecto al dolo en el plano subjetivo, dicha diferencia, aunque no incida en la cuestión del riesgo, influye en las modalidades de conducta, por lo que la «escalabilidad» yace en el plano del desvalor (de menos a más), no es de tipo puramente cuantitativo⁷.

En términos de evolución científica, hay algunas obras cumbre de la doctrina alemana de principios del siglo XX que deben ser recordadas por la memoria histórica de una *Wirkungsgeschichte*, de un pasado que todavía influye en el presente. Las monografías de Hermann Mannheim sobre la medición objetiva de la culpa⁸, las investigaciones de Karl Engisch sobre el dolo y la culpa⁹, así como sobre la causalidad según las leyes científicas, pero también

⁵ En nuestra doctrina véase a RONCO, M., *Dolo, preterintenzione e colpa: fondamento e struttura*, en Ronco, M. (dir.), *Commentario al codice penale, Il reato*, tomo I, Bologna (Zanichelli), 2011, pp. 483 ss.; y previamente MARINUCCI, G., *Non c'è dolo senza colpa*, en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, pp. 3 ss. Sin embargo, la relación *minus-plus* es de valor («ordinal»), no puramente cuantitativa o clasificatoria (del tipo género/especie). Véase FORTI, G. *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano (Giuffrè), 1990, pp. 383 ss.

⁶ Una actualizada exposición de la doctrina alemana sobre este punto puede encontrarse en ROXIN, C., GRECO, L., *Strafrecht*, AT, Bd. I, ³Munich (Beck), 2020, § 24/77-80. La concepción de la relación escalar en el plano objetivo es totalmente dominante. Para una reciente reinterpretación («neofinalista») de la relación dolo/culpa como *aliud*, y no como *plus/minus*, véase asimismo SCHLADITZ, P., *Normtheoretische Grundlagen der Lehre von der objektiven Zurechnung*, Tübingen (Mohr Siebeck), 2021, p. 485, y ampliamente pp. 107 ss, 209 ss, 383 ss.

⁷ Para una defensa de la concepción (minoritaria) de que el dolo equivale a la culpa + el elemento intencional, de modo que en el plano objetivo no existirían diferencias, véase ROXIN, C., GRECO, L., *Strafrecht*, AT, Bd. I, cit., § 24/80. El objetivismo de la culpa profesado por AA., refleja, sin embargo, la paradoja de la tesis puramente cuantitativa: si fuese cierto que el dolo = la culpa + X, el elemento típico de la culpa, idéntico al del dolo en su vertiente objetiva y modal, no podría contener la violación de la diligencia (que el dolo no demanda): ésta es una conclusión verdaderamente contraintuitiva a la que llegan los autores citados.

⁸ MANNHEIM, H. *Der Maßstab der Fahrlässigkeit im Strafrecht*, Breslau (Schletter), 1912.

⁹ ENGISCH, K., *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, Berlín, 1930, repr. Aalen, Neudruck (Scientia Verlag), 1964.

acerca del tema de la realización del riesgo¹⁰, se sitúan en el origen de una evolución científica y de un debate que cruzaron luego todo el siglo pasado. Los estudios de Giorgio Marinucci sobre la culpa¹¹, las importantes investigaciones de Wolfgang Münzberg sobre las relaciones entre la culpa y el conjunto del ordenamiento civil y penal¹²y, después, en la doctrina italiana, algunas monografías de finales de los años 90 del siglo xx¹³, pusieron al día y profundizaron en el universo de la culpa, sentando las bases de lo que hoy es *communis opinio*. En la doctrina española este momento históricamente decisivo en la recuperación de la imputación objetiva como aspecto central de la responsabilidad por imprudencia se encuentra ejemplarmente reflejado en el libro de Mirentxu Corcoy Bidasolo¹⁴ a cuya figura de eminente académica se dedica este trabajo con afecto y amistad.

4. A su vez, en esos años surgieron nuevas categorías y nuevos lenguajes de valor más general: riesgo y aumento de riesgo¹⁵; imputación objetiva del hecho, causalidad de la culpa, nexo de riesgo, tipicidad subjetiva y culpabilidad culposa, las causas de exculpación como núcleo de una culpabilidad distinta al universo subjetivo o psicológico, la relación entre culpabilidad y prevención general, el ilícito penal construido sobre el paradigma *nullum crimen sine culpa*¹⁶; lenguajes que no se han convertido en patrimonio¹⁷ común hasta tiempos recientes y que pueden encontrarse dispersos en el vocabulario de la doctrina y la jurisprudencia actuales¹⁸.

¹⁰ ENGISCH, K. *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, Tübingen (Mohr), 1931.

¹¹ MARINUCCI, G., *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano (Giuffrè), 1965; y del mismo autor la obra *La colpa. Estudios*, Milán (Giuffrè), 2013.

¹² MÜNZZBERG, W., *Verhalten und Erfolg als Grundlagen der Rechtswidrigkeit und Haftung*, Frankfurt a. M. (Klostermann), 1966.

¹³ CASTALDO, A. R., *L'imputazione oggettiva nel delitto coloso d'evento*, Nápoles (Jovene), 1989; FORTI, G., *Colpa ed evento nel diritto penale*, cit; GIUNTA, F., *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa. I. La fattispecie*, Padova (Cedam), 1993.

¹⁴ CORCOY BIDASOLO M. *El delito imprudente. Criterios de imputación de resultado*, Buenos Aires, Montevideo (BdeF), 2014.

¹⁵ MILITELLO, V., *Rischio e responsabilità penale*, Milán (Giuffrè), 1988; CANESTRARI, S., *L'illecito penale preterintenzionale*, Padua (Cedam), 1989; CASTALDO, A. R., *La teoria dell'aumento del rischio e l'illecito coloso*, en *Studi Urbinati*, 1985-86/1986-87, 1987-88, pp. 127 ss.

¹⁶ DONINI, M., *Illecito e colpevole nell'imputazione del reato*, Milán (Giuffrè), 1991.

¹⁷ En relación con los puntos de vista objetivistas, véase CORNACCHIA, L., *Concorso di colpa e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, Turín (Giappichelli), 2004, pp. 310 ss, 423 ss; BLAIOTTA, R., *Causalità giuridica*, Turín (Giappichelli), 2010; LONGOBARDO, C., *Causalità e imputazione oggettiva*, Napoli (Esi), 2011; MEZZETTI, E., *Autore del reato e «divieto di regresso» nella società del rischio*, Napoli (Jovene), 2021.

¹⁸ Sobre aquella parte de la academia que ha adoptado los nuevos lenguajes vinculados con estas temáticas, con amplias referencias, véase D. CASTRONUOVO, D., *Colpa penale*; SUMMERER, K., *Evitabilità dell'evento e comportamento alternativo lecito*; PERIN, A., *Concretizzazione del (nesso di) rischio*; BLAIOTTA, R., *Sicurezza del lavoro e reati colposi*; DOVERE, S., *Giurisprudenza della Corte Suprema sulla colpa*, in *Enc. dir., I tematici*, vol. 2, DONINI, M. (cur.), *Reato colposo*, 2021; nonché vglí AA., cit. in

El riesgo, fuente de tantas posibles culpas, ha cruzado así todas las categorías del delito: de la conducta a la tipicidad, la causalidad, el peligro, el hecho, la imputación objetiva, las atenuantes y el propio dolo. Hoy en día no es fácil definir el dolo en tantos sectores regulados, salvo cuando ya no resulta posible defenderse objetando el cumplimiento de las normas de referencia: porque mientras que las normas hayan sido respetadas en el plano objetivo, es evidente que se ha permanecido dentro del ámbito de legalidad, a no ser que hayan mediado manipulaciones y evasiones de las normas o reflexiones improbables sobre interpretaciones propias.

II. LEGITIMACIÓN DE LA CULPA EN EL PLANO DE LA RESERVA DE LEY

1. Ya no nos referimos a ella como la «cenicienta» del derecho penal, tal como cabía concebir a la culpa a principios del siglo xx: ahora ocupa las bases de la construcción conceptual de categorías comunes así como de la política criminal (distribuida de manera distinta) de legisladores y judicatura.

Algo así se desprende de los temas más frecuentes en la *praxis* que han revolucionado la imagen, los propios contenidos y la aplicación de las normas codificadas en la culpa. Las cláusulas generales sobre la culpa y la causalidad han sido objeto de una profundización impensable a mediados del siglo xx: las «normas» cotidianas (y el *ius* relativo) han suplantado y sustituido gran parte del contenido aparente de las disposiciones originales (la *lex*): a pesar de todas las mitologías sobre la determinación de las reglas de la parte general y la confianza en renovarlas proponiendo que las medidas de cuidado sean en todo caso usos sociales preestablecidos.

2. Aquí surge un problema vinculado con la propia *legitimidad de la culpa* en lo que concierne a sus fuentes.

Medidas de cuidado en un delito imprudente hay miles, algunas de las cuales son de origen privado. Sin embargo, el homicidio imprudente no cuenta

DONINI, M., *Imputazione oggettiva dell'evento (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, Annali, III, 2010, pp. 635 ss., nota 1; PERINI, C., *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Milano, Giuffrè, 2010. En cuanto a manuales, Vid. CANESTRARI, S., CORNACCHIA, S., DE SIMONE S., *Manuale di diritto penale*, parte gen.² Bologna (Il Mulino), 2017; por lo que a introducciones didácticas respecta VIGANÒ, F., MIEDICO, M., TRINCHERA, T., *Studiare sui casi*, Torino (Giappichelli), 2020, pp. XVI ss. *passim*. Para una puesta al día acerca del recorrido histórico de las teorías del riesgo y de la imputación objetiva del hecho, véase el amplio resumen ofrecido por GOECKENJAN, I., *Revision der Lehre der objektiven Zurechnung*, Tübingen (Mohr Siebeck), 2017, pp. 63 ss., 206 ss.

con un elemento objetivo distinto al del homicidio doloso, excepto en lo que respecta a la «modalidad de conducta». Sin embargo, dichas modalidades de conducta no consisten en elementos fijos de un tipo penal, sino que son completamente cambiantes – el homicidio imprudente previsto en el artículo 589 del Código Penal puede cometerse quebrantando miles de medidas de cuidado escritas, y no existen miles de delitos ex artículo 589 del Código Penal, hay un solo tipo penal –. Siendo así, debe concluirse que no existe un problema de reserva de ley como el que se daría en el caso de un tipo verdaderamente autónomo, por ejemplo, una contravención en materia de seguridad laboral, que encomienda al juez o al empresario a concretar la regla cuya inobservancia, además, constituye de por sí la infracción o el ilícito penal sancionado autónomamente en clave de delito de peligro abstracto. En tal caso, se vulneraría la reserva de ley porque la medida de cuidado se convertiría en un «hecho típico» explícito del delito de peligro que a su vez puede ser cometido imprudente o dolosamente. ¿Por qué, en cambio, esa infracción cuya concreción es confiada a una fuente privada o judicial no viola la reserva de ley si encaja en un delito imprudente y sólo satisface la cláusula general «por culpa»?

La respuesta iría como sigue: porque no forma parte del elemento objetivo del delito (a diferencia de cuando se incardina en un tipo de peligro castigado como tal). Pero, ¿es entonces un elemento objetivo? No. Sin embargo, ¿es un hecho típico? Desde luego. Aún se podría objetar: ¿acaso no es un hecho objetivo, una medida «objetiva» de la culpa, tipicidad «objetiva»? Podría decirse que es tipicidad, pero tipicidad subjetiva, es decir, tipificación de modos de culpa¹⁹.

3. Estas normas no están sujetas a la reserva de ley siempre y cuando se refieran únicamente a la culpa. Por otro lado, se exigirá una preconstitución, pero también el respeto a la reserva de ley, si estas normas pasan a formar parte del ámbito típico de un delito autónomo de peligro.

Ello no excluye la necesaria preconstitución de las normas al hecho: porque para atribuir a una conducta causante de un daño también la culpa que tales infracciones reflejan resulta preciso emplear parámetros circunstanciales (las medidas de cuidado) que sean *efectivamente* exigibles *ex ante*: cosa que no ocurriría si las medidas de cuidado escritas no estuvieran preconstituidas, no fueran cognoscibles, etc. No habría ninguna «culpa».

¹⁹ Ampliamente DONINI, M., *L'elemento soggettivo della colpa*, en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, pp. 124 ss.

III. EL ÉXITO EN LA PRAXIS DE LA CULPA COMO IMPUTACIÓN OBJETIVA Y CON EL TIEMPO TAMBIÉN COMO ELEMENTO SUBJETIVO

1. Puede que en ningún otro ámbito del derecho penal sustantivo el diálogo de la jurisprudencia, en particular de la Sección Cuarta del Tribunal Supremo, con la doctrina y la producción científica haya sido tan fructífero y decisivo para producir cambios culturales y aplicativos impensables décadas atrás. Esto se debe a la clarividencia de algunos jueces pero también a la capacidad de la doctrina científica en encontrar argumentos y soluciones que han tenido éxito también en los tribunales. Ciertamente, la mencionada «normalidad» de los delincuentes imprudentes ha calmado el clima político-judicial de las evaluaciones y ha propiciado un nivel de atención y sensibilidad a las garantías que no siempre cabe encontrar en otros ámbitos del derecho penal «criminal».

2. La jurisprudencia, en parte, ya no sigue la teoría del agente modelo o del *homo eiusdem professionis et condicionis*²⁰: las razones son de garantía, ligadas a la sensibilidad adquirida por la Corte de Casación no sólo respecto a todas las cuestiones ya mencionadas relativas a la realización del riesgo a valorar *ex post facto* junto a la causalidad en sentido estricto, sino también a las teorías sobre la cognoscibilidad *ex ante* de las medidas de cuidado que no tienen que coincidir con el presunto bagaje de un agente modelo y, por tanto, han de ser a tales fines objetivadas con tal de hacerlas (como) reconocibles.

La madura conciencia sobre la importancia del punto de vista *ex ante*, no sólo para el conocimiento de las medidas de cuidado sino también para el conocimiento de las situaciones de riesgo concretas y fácticas, es un dato de gran relevancia, y debería permitir, de un lado, superar aquel tradicional objetivismo que terminaba por categorizar la responsabilidad por culpa, en la *praxis*, como una responsabilidad cuasi objetiva; y viceversa, de otro lado, prestar atención a los aspectos subjetivos: es aquí donde la narración empieza a desplazarse en dirección a las muchas ventanas abiertas en torno a la culpa como elemento subjetivo y como medida subjetiva.

3. Existe un discurso cultural sobre la culpa olvidado desde hace ya tiempo. La culpa es, en efecto, incumplimiento (la contradicción con las medi-

²⁰ Así, DOVERE, S. *Giurisprudenza della Corte Suprema sulla colpa*, cit., § 3. En esto existe cierta asonancia con las tesis de GIUNTA, F., *La normatività della colpa penale. Lineamenti di una teorica*, en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, pp. 96 ss.; ID., *La legalità della colpa*, en *Criminalia*, 2009, pp. 149 ss.; MICHELETTI, D., *La colpa del medico Prima lettura di una recente ricerca sul campo*, en *Criminalia*, 2008, pp. 171 ss., spec. 191 ss.

das de diligencia o prudencia) pero también culpabilidad. Culpabilidad *culposa*, cabe señalar, no culpabilidad *tout court*.

El mero incumplimiento suele identificarse con un dato objetivo-normativo, externo a la psique. Al menos desde la época de la clásica publicación de Marcello Gallo²¹: un elemento objetivo de imputación subjetiva. Esta infracción de la cautela debida puede verificarse *ex post*, pero su génesis es *ex ante*: la persona es culpable porque en el momento de llevar a cabo la conducta (*ex ante*) podía y no sólo debía haber actuado de otro modo. Sin embargo, durante mucho tiempo, las necesidades de prevención general orientaron la práctica a aplanar la valoración sobre lo que es objetivamente debido: de culpabilidad en la culpa no había más que la antijuridicidad de la conducta. Todo era imputación objetiva.

En cambio, la atención puesta sobre la óptica *ex ante*, que se centra, en primer lugar, en la reconstrucción del riesgo (el riesgo precede a la culpa y es también producto de ella), permite entender que si un riesgo objetivo ya constituye el primer paso del juicio de culpa, ello significa que la culpa debe ser algo más: toda contravención en materia de prevención de accidentes, castigada tanto por imprudencia como por dolo, es un delito de peligro. Pero si se comete imprudentemente no puede reducirse a la violación de la cautela que ya define un aspecto puramente objetivo: ¿y en qué consiste el elemento subjetivo? ¿Existe un elemento subjetivo? ¿O es sólo una eventualidad que se establece cuando la conducta era inexigible por la presencia de alguna suerte de causa de exculpación?

IV. LA CULPA COMO CULPABILIDAD

1. Es paradigma dominante que la culpa es una medida objetiva y subjetiva²², donde se configura la clara enucleación de una categoría de la culpabilidad culposa, irreductible a los puntos de vista subjetivos que, sin embargo, son internos al hecho imprudente.

En la historia más reciente del derecho penal italiano, la valorización de la culpabilidad culposa, tras la monografía de Donato Castronuovo²³ que siguió

²¹ GALLO, M., *Gupa penale (dir. vig.)*, en *Enc. dir.* VII, 1960, pp. 624 ss., 636-640.

²² PIERGALLINI, C., *Colpa (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, Annali, X, 2017, pp. 222 s. e ora D. CASTRONUOVO, *Colpa penale*, in *Enc. dir.*, I tematici. Ciot.

²³ CASTRONUOVO, D., *La colpa penale*, Milán (Giuffrè), 2009, cap. VIII y IX, espec. pp. 560 ss. (y pp. 365 ss., 511 ss. sobre la culpa como elemento subjetivo).

a un largo olvido en torno al problema²⁴, ha traído consigo varios estudios centrados en el aspecto subjetivo, en el sentido amplio del término²⁵.

Su terreno más transitable es el de las conductas antijurídicas pero subjetivamente inexigibles. Por lo tanto, nos situamos en el campo de las *reglas de juicio*, como las *causas de exculpación*, antes que en el de las *reglas de conducta*, como las *normas-preceptos*.

Sin embargo, se ha tratado de una recuperación de la culpabilidad en clave no retributiva, pero ante todo de *extrema ratio*, en el momento en el cual se ha concebido la culpabilidad culposa sobre todo como culpa grave.

De hecho, se ha empezado a plantear que la culpa leve es casi como la responsabilidad objetiva: prácticamente nada más que la inobservancia de una norma unido a la causación de un hecho.

Por el contrario, el hecho imprudente, aunque es un *minus* en el plano del injusto en comparación con el dolo, y un *aliud* en el plano subjetivo, podría fundamentarse en una culpabilidad culposa tangible y ser objeto de prueba si al menos es grave.

2. No obstante, la experiencia comparada ofrece un marco muy variado de las más relevantes valoraciones sobre la culpa grave. Por ejemplo, los estudios más recientes acerca de la *Leichtfertigkeit* (para el derecho alemán)²⁶, la *Recklessness* (para el derecho inglés y de *common law*)²⁷, la *imprudencia grave* (para el derecho penal español)²⁸ y la *Mise en danger délibérée de la personne d'autrui* (para el derecho francés),²⁹ así como de la *Negligence*,³⁰ presente en una obra colectiva muy reciente dedicada al delito imprudente, confirman sólo

²⁴ Después del *seminal paper* de DE FRANCESCO, G. V., *Sulla misura soggettiva della colpa*, en *Studi urbinati*, 1977/78, pp. 275 ss.

²⁵ CANEPA, A., *L'imputazione soggettiva della colpa. Il reato coloso come punto cruciale nel rapporto tra il illecito e colpa*, Torino (Giappichelli), 2011, pp. 147 ss., 195 ss. y *passim*; GROTTO, M., *Principio di colpa, rimproverabilità soggettiva e colpa specifica*, Torino (Giappichelli), 2012, pp. 338 ss., 357 ss.; DI LANDRO, A. R., *Dalle linee guida e dai protocolli all'individualizzazione della colpa penale nel settore sanitario. Misura oggettiva e soggettiva della malpractice*, Torino (Giappichelli), 2012, pp. 230 ss., 266 ss.; véase también CANESTRARI, S., *La doppia misura della colpa nella struttura del reato coloso*, en *Studi in onore di Franco Coppi*, vol. I, Turín (Giappichelli), 2011, pp. 73 ss.; PIERGALLINI, C., *Colpa (diritto penale)*, cit., pp. 243 ss.; DE FRANCESCO G., *In tema di colpa. Un breve giro di orizzonte*, in *Leg. pen.*, 3 febbraio 2021, pp. 1 ss., 21 ss. Nos remitimos también a DONINI M., *L'elemento soggettivo della colpa*, cit. 124 y ss.; ID. *Prassi e cultura del reato coloso, La dialettica tra personalità della responsabilità penale e prevenzione generale*, in *Dir. pen. contemp.*, 13 maggio 2019, pp. 1 ss.

²⁶ STAFFLER, L., voz *Leichtfertigkeit*, en *Enc. dir., I tematici*, vol. 2, DONINI, M. (cur.), *Reato coloso*, 2021 y otros.

²⁷ CALETTI, G. M., voz *Recklessness*, *Ibidem*, y otros.

²⁸ CAPPELLINI, A., voz *Imprudencia grave*, *Ibidem*, y otros.

²⁹ VENTUROLI, M., voz *Mise en danger délibérée de la personne d'autrui*, *Ibidem*, y otros.

³⁰ DI LANDRO, A., voz *Negligence*, *Ibidem*, y otros.

parcialmente la confianza depositada en una política criminal de verdadera selección de la negligencia grave como tendencia internacional de *extrema ratio*. La indeterminación se denuncia en todas partes, pero no la injusticia. La situación es más compleja, más política y menos dogmática, si se nos permite expresarnos de este modo, como lo son los diferentes parámetros de distinción entre las clases de culpa grave o consciente y las hipótesis de dolo indirecto o eventual.

3. La aparición del tema del «delito imprudente» (o, más en general, de la responsabilidad en virtud de culpa) en los estudios, también filosóficos, angloamericanos³¹ nos recuerda que la realidad humanista de la culpa puede consistir también en una mera ceguera: la de no haber visto y comprendido, por un momento, incluso tras una vida diligente y prudente, un riesgo, un peligro o la importancia de un expediente técnico. En realidad, el discurso sería más amplio, porque la culpabilidad como tal, en tanto posibilidad transparente de explicar algo personalmente «reprochable», no parece hoy en día verdaderamente *accountable* ni siquiera en el caso del dolo, donde a menudo el autor desconoce el camino que le llevó a no comprender lo que realmente hizo u omitió³².

4. La diversidad del fenómeno imprudente, además, abarca no sólo la culpa inesperada y súbita, la estupidez o el descuido insuperable y fatal, sino también la trazabilidad de algunos estadios que preceden al acto inconsciente, de la adhesión consciente a un hacer u omitir arriesgados: un «rastreo» que el debate norteamericano ha reconducido a formas de culpabilidad consciente «anticipada» o con adhesión consciente a la peligrosidad de un acto voluntario previo³³; también existen actitudes más graves de habituación e insensibilidad al riesgo, o manifestaciones masivas e industriales para las que ciertamente no opera el tema de la «suerte moral» (*moral luck*) que, en cambio, ha ocupado páginas más o menos conocidas de filósofos y juristas (B. Williams, T. Nagel, T. Honoré, M. Zimmermann) y que ha sido igualmente promovido por nosotros como el tema básico de la responsabilidad imprudente³⁴. En estos casos,

³¹ Aporta una instructiva reconstrucción STOPPENBRINK, K., *Verantwortung für unabsichtliches Handeln. Rechtsphilosophische und handlungstheoretische Grundlagen der Fahrlässigkeit*, Baden-Baden (Nomos), 2013.

³² DONINI, M., *Responsabilità e pena da Kant a Nietzsche. La decostruzione del rimprovero*, en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, pp. 1699 ss.

³³ MOORE, M., y HURD, H., *Punishing the Awkward, the Stupid, the Weak and the Selfish: the Culpability of Negligence*, en *Criminal Law and Philosophy*, 2011, pp. 147 ss., espec. 176 ss.; y, en el debate angloamericano, STARK, F., *Culpable Carelessness. Recklessness and Negligence in the Criminal Law*, Cambridge (Cambridge University Press), 2016, pp. 192 ss.

³⁴ CASTRONUOVO, D., *La colpa penale*, cit., 105 ss.; MANTOVANI, M., «Diritto penale del caso» e prospettive «de lege ferenda», en *Studi in onore di Mario Romano*, vol. II, Nápoles (Jovene), 2011, pp. 1061 ss.

la culpabilidad culposa puede ser incluso más grave que la de un hecho doloso con el que se tiene poca conciencia del significado antisocial del acto.

5. Es revelador hallar en el debate de *common law* discusiones en torno a las cuestiones humanísticas centrales de una verdadera «culpabilidad de la culpa»³⁵. La culpa por el carácter es una forma habitual de rechazar la culpabilidad en ese continente³⁶.

Sin embargo, el derecho penal del hecho, que nos ha alejado del derecho penal del autor, justifica por encima de todo culpa respecto a hechos concretos, que además son procesalmente más manejables, donde el autor aparece sólo excepcionalmente con sus motivaciones y hábitos.

Lo que sugiere una comparación con experiencias que han hecho mucho hincapié en el tema de la culpa grave, como la angloamericana, la alemana y la española, es que si en nombre de la *extrema ratio* se refuerza el desvalor de la culpa punible, al mismo tiempo, se «criminaliza» mayoritariamente a su autor, tras el estadio de la normalización de la culpa (considérese el ejemplo del homicidio automovilístico). Algo así no debe producirse al precio de recuperar argumentos, autores o el reproche moral que el derecho penal del hecho siempre ha tratado de contener aunque a menudo a costa de una objetivación y despersonalización del juicio.

³⁵ Véase MOORE, M., y HURD, H., *Punishing the Awkward*, cit., 1 pp. 47 ss., 150 ss.; ampliamente STOPPENBRINK, K., *Verantwortung für unabsichtliches Handeln*, cit.; y el más reciente y técnico STARK, F., *Culpable Carelessness*, cit., *passim*.

³⁶ Además de STARK, F., *Culpable Carelessness*, cit., pp. 224, 225 ss., 247 ss., 271 ss, con amplia discusión y referencias MOORE, M., *Placing Blame. A Theory of the Criminal Law*, Oxford (Oxford University Press), 2010, pp. 562 ss., 574 ss.

**¿RESPONSABILIDAD PENAL DE PERSONAS
JURÍDICAS POR ABSORCIÓN DE SOCIEDADES?
A LA VEZ, ALGUNAS CONSIDERACIONES
CONSTITUCIONALES AL HILO DEL CASO
SANTANDER-POPULAR
(SAN N.º 246/2019, DE 30 DE ABRIL)**

JACOBO DOPICO GÓMEZ-ALLER*

I. CHOQUES DE TRENES, JAQUECAS PANDÉMICAS

En enero de 2019 un choque de trenes estaba a punto de producirse en el Juzgado Central de Instrucción núm. 4. Una de las entidades de crédito más grandes de Europa, el Banco Santander, se veía investigada por diversos delitos, y el motivo para ello era *haber absorbido otro banco al que la acusación atribuía esos delitos*. Es decir: se dirigía el procedimiento penal contra una persona jurídica por hechos reprochables a *otra* persona jurídica, por el simple hecho de que la primera había absorbido a la segunda. Ello era posible en virtud del artículo 130.2 CP, que bajo ciertas circunstancias determina el *traslado de responsabilidad penal en virtud de la sucesión de empresas por absorción*.

La simple idea de un «traslado de responsabilidad penal» (i.e., que la responsabilidad penal sea trasladada de un sujeto A a un sujeto B) produce al jurista un irresistible dolor de cabeza. Si en medio de ese dolor de cabeza el jurista tiene un segundo para imaginar el incontrolable nivel de riesgos que

* Catedrático de Derecho Penal. Univ. Carlos III de Madrid.

esto introduce en el mercado de fusiones y adquisiciones societarias, la jaqueca amenaza con cobrar dimensiones pandémicas.

Antes de analizar la cuestión jurídica repasemos los antecedentes del caso que nos servirá de guía para analizar esta cuestión.

II. ANTECEDENTES

1. Los hechos

1. Por sospechas de supuestos fraudes en una ampliación de capital del Banco Popular del año 2016, diversas personas físicas y la propia persona jurídica del Banco estaban siendo investigadas penalmente desde octubre de 2017¹.

2. Poco antes, en junio de 2017, y debido a la situación de inviabilidad del Banco Popular, se había aprobado en el seno del Mecanismo Único Europeo de Resolución de Entidades Bancarias la *resolución* de este banco, que pasaría por la adquisición de todas sus acciones por el Banco Santander por el precio de 1 €. Ello permitiría que el Banco Popular continuase con su operativa bajo el amparo de una entidad bancaria estable².

3. Con ello el Banco Popular mantenía su personalidad jurídica y seguía operando, aunque la entidad pasaba a tener un nuevo y único accionista: el Banco Santander, que asumía los compromisos en liquidez y continuidad de negocio del banco adquirido, y que nombró además un nuevo Consejo de administración para aquel.

4. Al año siguiente, los consejos de ambos bancos acordaron la *absorción* del Banco Popular por el Banco Santander, que se culminó el 28 de septiembre de 2018. En ese momento el Banco Popular desapareció como persona jurídica y su red se integró en el Banco Santander.

5. En diciembre de 2018 las acusaciones particulares solicitaron al Juzgado Central de Instrucción que, en aplicación del artículo 130.2 CP, dirigiese el procedimiento penal contra la entidad *absorbente*. El informe del Ministerio Fiscal fue favorable a esta pretensión.

¹ El Auto de 3 de octubre de 2017 del JCI núm. 4 admitía a trámite la querrela contra el Banco Popular y 22 personas físicas por diversos delitos (el único por el que cabría responsabilidad penal para la propia entidad sería el del art. 282 bis CP), ordenaba el traslado de la querrela y su citación a declarar como investigados.

² Véase el comunicado de la Junta Única de Resolución: <https://www.srb.europa.eu/en/node/315n.º>.

2. Los Autos del Juzgado Central de Instrucción núm. 4

El JCI núm. 4, en un breve auto de 15 de enero de 2019, decidió declarar «*la sucesión procesal por fusión por absorción de sociedades, teniendo por dirigido el presente procedimiento contra BANCO SANTANDER, S. A.*». Comoquiera que la representación de dicho banco presentó un recurso de reforma, en un auto más extenso de 20 de marzo de 2019 el Juzgado confirmaba su decisión y la motivaba con mayor extensión.

En este segundo auto el Juzgado analiza la regulación del artículo 130.2 y hace un apretado resumen del debate doctrinal, con extensas citas de distintos autores. Tras este análisis, concluye que el precepto no da cabida a las excepciones que aducía la defensa, por lo que confirma que el procedimiento que abierto contra el Banco Popular debe dirigirse contra el Banco Santander³.

3. El Auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (secc. 4.^a) núm. 246/2019, de 30 de abril

La defensa del Banco Santander apeló esta resolución con base en distintos argumentos, logrando que la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional la revocase. Los que nos interesan aquí son los siguientes:

– Violación del principio constitucional de culpabilidad y de uno de sus principales corolarios, el principio de personalidad de las penas. En este punto, la defensa formulaba una solicitud del máximo interés: «*Si la Sala entiende que el artículo 130 CP no admite una interpretación conforme a los preceptos [constitucionales] invocados... habría de plantear una **cuestión de inconstitucionalidad** del citado artículo*» (FJ 1.^o).

– Violación de la interdicción constitucional de responsabilidad penal objetiva, producida por un traslado de la responsabilidad penal *automática* de las entidades absorbidas a las entidades absorbentes.

³ FJ 4.^o: «El legislador penal dice lo que dice, pudiendo haber dicho otra cosa o haber detallado más los términos de dicha traslación de la responsabilidad penal en los supuestos recogidos en el precepto. O incluso, haber excluido expresamente de su ámbito de aplicación determinadas operaciones societarias enmarcadas en las reestructuraciones bancarias, en base a razones de diversa índole. Pero no ha sido así. Y como es sabido: ‘ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus’».

La extensa argumentación de este Auto puede resumirse muy sintéticamente como sigue:

a) La Sala *rechaza* la petición de la defensa de plantear una cuestión de inconstitucionalidad porque en su opinión el modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas no es *como tal* inconstitucional (FJ 2.º).

Este argumento es problemático y será autorrefutado a lo largo de la resolución, porque en efecto la Sala *sí* considera que hay aspectos que pueden ser inconstitucionales (y, en concreto, *precisamente* el que subraya la defensa: el régimen de transmisión de responsabilidad penal en casos de absorción). Como veremos, este es el *punctum dolens* de la resolución: no tramitar una cuestión de constitucionalidad, y en su lugar vaciar de contenido un precepto (el art. 130.2 CP) aduciendo una contradicción con la Constitución.

b) No existe una «conducta dolosa o imprudente grave» del Banco Santander que pueda servir de base para la atribución de una responsabilidad penal. Sin ese elemento, nos encontraríamos con una «*responsabilidad penal meramente objetiva, proscrita por nuestro Tribunal Constitucional ... que ahora sí⁴, desde este punto de vista, podría vulnerar los principios de culpabilidad y de personalidad de las penas*» (FJ 4.º).

c) Finalmente, en el FJ 5.º, la Sala desarrolla la *ratio decidendi*: el artículo 130.2 no debe aplicarse a entidades que «*nada tienen que ver con los hechos cometidos por las sociedades fusionadas*», i.e. que no están vinculadas con los hechos según los criterios del artículo 31 bis.

«El precepto está pensando claramente, en la elusión de la responsabilidad penal a través de operaciones fraudulentas. Es decir, supuestos en los que la operación societaria, trata de encubrir o de eludir las responsabilidades penales civiles derivadas del delito de la empresa sucedida, *en los que sea posible afirmar la concurrencia de los elementos subjetivos pertinentes en la persona jurídica que responda en última instancia. No se puede hacer responder por ello, a entidades que nada tienen que ver con los delitos cometidos por las sociedades fusionadas.*»

«Se podría dar el caso extremo, de que las entidades resultantes no sólo pretendieran encubrir las actividades ilícitas de las sucedidas, sino que persigan una especie de *continuidad delictiva*, más propia de aquellas entidades que nacen con vocación criminógena, y cuya actividad es exclusivamente delictiva, a las que no sólo se podría aplicar el artículo 130.2 CP, *sino una responsabilidad ex novo respecto de los nuevos delitos así cometidos sobre la base del artículo 31*

⁴ Nótese cómo la posible inconstitucionalidad que debería abrir la puerta a una *cuestión de inconstitucionalidad*, que la Sala expulsaba por la puerta en el FJ 2.º, vuelve a entrar por la ventana en el FJ 4.º... si bien sin consecuencias prácticas de ningún tipo.

bis CP, siempre y cuando figuren en el listado de *numerus clausus* que generan responsabilidad penal de las personas jurídicas.»

«La responsabilización a la persona jurídica por la comisión de un hecho delictivo exige respetar principios básicos del Derecho Penal, como la no responsabilidad por el hecho de otros y la exclusiva responsabilidad por hechos propios, *sobre la base de un defecto estructural en los modelos de gestión, vigilancia y supervisión, que constituye el fundamento de la responsabilidad del delito corporativo.*»

«El Banco Santander, S. A., ninguna imputación, ni responsabilidad penal tenía como consecuencia de los hechos que se investigan. *No se pueden trasladar, sin más a aquella, los posibles defectos de organización de la entidad absorbida, ni la inexistencia de una cultura de cumplimiento de la norma, susceptibles de reproche penal, porque de ser así, sí se estaría produciendo una vulneración del principio de personalidad de las penas y del de culpabilidad, ya que se haría responder a aquél por hechos ajenos en los que ninguna intervención ni dolosa, ni culposa hubiere tenido.*»

Es decir: dado que *no tuvo nada que ver con los hechos*, dado que *no concurrían los requisitos del artículo 31 bis CP*, dado que *no existía un defecto estructural en los modelos de gestión vigilancia y supervisión y no había una cultura de cumplimiento*, no sería conforme a la Constitución trasladar la responsabilidad al Banco Santander por la vía del artículo 130.2.

III. INTERPRETATIO ABROGANS. EN VEZ DE SUSCITAR UNA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD, UN TRIBUNAL ORDINARIO VACÍA DE CONTENIDO POR VÍA INTERPRETATIVA UNA NORMA POSCONSTITUCIONAL POR CONTRAVENIR PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

La *ratio decidendi* del Auto de la Sala parece sólida y razonable: no sólo en el plano de los principios, sino en el de las consecuencias para el tráfico societario. Solo surge un grave problema: que *la Sala no era competente para dictar tal resolución*.

En realidad el núcleo de todo el argumento es: *si no se dan los requisitos que el artículo 31 bis establece para atribuir responsabilidad a las personas jurídicas (estos, sí, conformes con la Constitución), no es posible aplicar ningún otro expediente que permita condenar a una persona jurídica, pues sería inconstitucional* (contradictorio con los principios de personalidad de las penas, interdicción de la responsabilidad por hecho ajeno y, en general, con diversas exigencias constitucionales emanadas del principio de constitucionalidad). *El artículo 130.2 sólo puede determinar la transmisión de responsabilidad*

penal allá donde se den los requisitos de responsabilidad penal subjetiva (que son los que recoge el artículo 31 bis CP).

Pero el argumento prescinde de un hecho rocoso e ineludible: *que el legislador, en una norma postconstitucional, ha establecido DOS vías de atribución de responsabilidad a las personas jurídicas.*

1. La del artículo 31 bis, que la Sala considera respetuosa con la Constitución.

2. La del artículo 130.2, que la Sala considera inconstitucional.

Por ello, exigir para la aplicación del artículo 130.2 la concurrencia de los requisitos del artículo 31 bis CP («defectos de organización», «inexistencia de una cultura de cumplimiento», etc.) supone una *derogación por vía interpretativa de un precepto posconstitucional apelando a argumentos de inconstitucionalidad*: una expediente que en un modelo como el español está *vetado a los tribunales ordinarios*, y que –como con razón planteaba la defensa– *debía haber suscitado una cuestión de constitucionalidad* para que pudiera decidir al respecto el órgano encargado del control centralizado de constitucionalidad de las leyes penales: el Tribunal Constitucional⁵.

Esta *finta* a la competencia del TC lamentablemente nos ha dejado en una situación precaria respecto de una norma muy problemática en términos constitucionales, y que requiere con urgencia de una toma de posición *vinculante* para todos los órganos jurisdiccionales: una necesidad que una interlocutoria de un tribunal ordinario no solo lo puede colmar, sino que ha impedido que sea satisfecha por su correcto cauce.

IV. MOSCAS Y CAÑONAZOS EN EL ARTÍCULO 130.2 CP

1. **Como nos preocupan las sucesiones de empresas fraudulentas, dispararemos a *todas* las sucesiones de empresas**

¿Qué función cumple el artículo 130.2? El preámbulo de la LO 5/2010 nos dice: «evitar que la responsabilidad penal de las personas jurídicas pueda ser burlada». Se trataba de impedir que mediante vías fraudulentas los admi-

⁵ Tímidamente se aduce también en el FJ 5.º que en realidad esta norma debería aplicarse solo en casos de *absorciones fraudulentas* dirigidas a *auxiliar a eludir la responsabilidad de la entidad absorbida*. Sin embargo, en el desarrollo de la resolución es un argumento de apoyo que nunca llega a integrar la *ratio decidendi*: ésta se centra en que *no se puede imponer responsabilidad penal a las entidades que no han incurrido en defecto de organización, falta de «cultura de cumplimiento», etc.*

nistradores de una empresa amenazada por un procedimiento penal pudiesen instrumentar una especie de «alzamiento de empresas para evitar penas» extinguiéndolas formalmente pero manteniendo su realidad económica⁶.

Como señalamos en su momento, «si lo que se pretendía era... evitar que la responsabilidad penal pudiese ser “burlada”, entonces deberían haberse arbitrado mecanismos que permitiesen la retroacción y anulación de la absorción o fusión, para procesar y sancionar a la persona jurídica verdaderamente infractora»⁷, o incluso su *prohibición* ante posibles indicios de delito⁸; o eventualmente prever del elemento *fraudulento* tal como se hace en otros ordenamientos de nuestro entorno. Sin embargo, el legislador decidió disparar a moscas con cañonazos: para evitar extinciones *fraudulentas* de la responsabilidad penal, dispararía a *todas* ellas.

¿Cómo no surgió la alarma ante una norma que amenazaba con afectar muy negativamente a supuestos absolutamente inocentes? Los sucesos posteriores han venido a dar la razón a quienes en su momento jugamos el agorero papel de Casandra.

2. Las previsiones menos problemáticas del artículo 130.2: las que se limitan a subrayar la continuidad de la empresa. Perspectiva económica material sobre la perspectiva formal jurídico-privada

Desde un inicio se advirtió que el artículo 130.2 contenía al menos dos tipos de previsiones distintas.

En primer lugar, las relacionadas con la *extinción aparente* y la *transformación* de personas jurídicas. Estas previsiones buscan atender, como es habitual en el Derecho Penal de Empresa, a la *realidad material económica*, prescindiendo de modificaciones formales que no afectan a la continuidad del ente colectivo (extinciones o transformaciones en la forma societaria que encubren su *continuidad* bajo otra apariencia).

⁶ Dependiendo de las circunstancias concurrentes, ese fraude puede constituir, además, delitos de frustración de la ejecución (DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., en AAVV, *Derecho Penal Económico y de la Empresa*, p. 161). Subrayan esta finalidad de lucha contra el fraude CORCOY BIDASOLO, M., en Corcoy Bidasolo, M., y Mir Puig, S. (dirs.), *Comentarios al Código Penal, Reforma LO 5/2010*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2011, p. 307; MORALES PRATS, F., en *Comentarios al Código Penal*, comentario al artículo 130.

⁷ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., «Responsabilidad de personas jurídicas», en Ortiz de Urbina Gimeno, I. (coord.), *Memento Experto Reforma Penal 2010*, Madrid (Francis Lefebvre), 2010, p. 37 (marginal 318).

⁸ Por ejemplo, el artículo 91 del Código Procesal Penal belga autoriza al juez de instrucción a suspender procedimientos de disolución o liquidación, descapitalizaciones, etc. ante indicios de delito.

Estas previsiones son aporéticas desde el punto de vista del principio de culpabilidad y sus corolarios, pues en realidad se limitan a declarar que el sujeto responsable (la persona jurádica «transformada» y la «aparentemente disuelta»⁹) en realidad *no ha cambiado*, sino que sólo ha sido sometido a modificaciones inesenciales¹⁰. En puridad no es un *traslado* de la responsabilidad penal, sino un modo de impedir la desvinculación artificiosa entre el sujeto responsable y su responsabilidad penal mediante cambios formales. Así, se podría decir que se trata de un «levantamiento del velo parcial»: el legislador levanta, por así decirlo, *un poco* el velo societario, comprueba que sigue existiendo la misma realidad empresarial... y «lo vuelve a dejar caer», constatando que el ente colectivo en realidad sigue siendo el mismo e impidiendo de ese modo la elusión de la responsabilidad penal¹¹.

3. Las previsiones más problemáticas del artículo 130.2. El traslado de la responsabilidad penal

a. ¿TRASLADO DE LA PENA O DE LA RESPONSABILIDAD PENAL?

Por otra parte, nos encontramos con las previsiones relacionadas con la *fusión* y, sobre todo, con la *absorción* de personas jurádicas¹². En ellas pronto se pudo percibir que podían ser fuente de innumerables problemas.

En primer lugar debe notarse la dualidad terminológica del artículo 130.2, que habla por un lado de traslado de la *responsabilidad penal* y por otro de

⁹ Pronto se vio que la denominación «disolución *encubierta* o meramente aparente» era incorrecta: lo encubierto en estos casos es la *subsistencia o continuidad* de la empresa, pese a la apariencia de disolución (DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., 2010, p. 36, marginal 311).

¹⁰ Refiriéndose únicamente al caso de la *transformación*, ver ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., y SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J., en *Memento Penal Económico y de la Empresa 2016-2017*, Madrid (Francis Lefebvre), 2016, p. 197, marginal. 1609; y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y Programas de Cumplimiento*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2020, pp. 266 ss.

¹¹ Por supuesto, existen numerosos problemas de concreción y aplicación en previsiones tan poco detalladas (ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., *La responsabilidad criminal de las personas jurádicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2011, p. 155, crítica los términos en que se formula la regla de disolución aparente, como presunción *iuris et de iure*; ver también GALÁN MUÑOZ, A., 2015, p. 293). Sin embargo, lo que señalo aquí es que no son normas objetables desde el punto de vista de los corolarios del principio de culpabilidad.

¹² Los problemas que se plantean en la *escisión* son muy distintos a los aquí analizados, y se centran con frecuencia en la *distribución* de la sanción entre las entidades resultantes de la escisión. En su día (DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., 2010, p. 37, marginal. 314) sugerí como criterio que alguna de las claves tendría que ver con la *ubicación del defecto de organización* en una u otra entidad escisionaria. Actualmente entiendo que ese criterio es determinante a los efectos de penas *interdictivas*, pero no a los efectos de penas de multa.

traslado *de la pena*. Si la cuestión se tratase únicamente de una eventual sucesión en el pago de una *multa* por parte de la entidad absorbente (i.e. la sucesión en un crédito de Derecho público y de naturaleza *sui generis*¹³), los problemas serían mucho menores¹⁴.

Sin embargo, hablamos de una sucesión en la *responsabilidad penal*. Nótese que la condena no tiene como consecuencias únicamente la *pena*: entre ellas, y más allá del reproche penal, se encuentran consecuencias extrapenales como pueden ser la prohibición de contratar con administraciones públicas¹⁵; limitaciones para intervenir en sectores especialmente regulados¹⁶, etc.

b. LA ATRIBUCIÓN A UN SUJETO DE HECHOS QUE NO PUDO CONTROLAR VIOLA EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD.

Todo ello trae causa de una grave violación de diversas implicaciones del principio de culpabilidad, como son el principio de personalidad de las penas y la interdicción de responsabilidad objetiva¹⁷, y que se puede concretar en el siguiente extremo: atribuir a un sujeto colectivo un hecho que *nunca pudo evitar* porque no estuvo bajo el control de sus facultades de gobierno.

No es preciso gran esfuerzo argumental para explicar que no puede atribuirse un hecho *incontrolable* a un sujeto –individual o colectivo– a efectos sancionadores¹⁸, pues en ese caso desaparece el sustrato de responsabilidad subjetiva (lo que los clásicos llamarían la posibilidad de «haber actuado de modo distinto» o *Andershandeln*, sin la cual desaparece la posibilidad de una infracción subjetiva y, con ello, el delito). De hecho, y en el colmo, podríamos incluso hablar de atribuir a una persona jurídica hechos *previos a su nacimiento*¹⁹.

¹³ De modo similar al que excepcionalmente prevé, por ejemplo, el artículo 40 LGT.

¹⁴ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., 2010, p. 37 (marginal. 316); CORCOY BIDASOLO, M., 2011, p. 308.

¹⁵ Artículo 71 Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en este sentido, LUZÓN CAMPOS, E., «La imputación penal del Banco Santander por actividades del Banco Popular y la necesidad de reformar o replantear la interpretación del artículo 130.2 del Código Penal», *DLL*, núm. 9377, 2019, p. 5).

¹⁶ Normativa sectorial como la de aseguradoras (Orden ECC/664/2016, de 27 de abril); entidades de crédito (art. 30 RD 84/2015, de 13 de febrero), etc.

¹⁷ Tal como recoge la STC 246/1991 (FJ 1.º), la interdicción de la responsabilidad sancionadora objetiva afecta a las personas jurídicas, si bien lógicamente de un modo diverso a como afecta a las personas físicas.

¹⁸ Si de lo que hablásemos fuese únicamente de consecuencias jurídicas *asegurativas* o *supervisoras*, no sancionadoras, las conclusiones podrían ser totalmente distintas.

¹⁹ Ejemplo: La mercantil GRANDESA es constituida en 2018. En 2019 absorbe a la sociedad PEQUESA, resultando esta última extinguida. En 2021, se notifica a GRANDESA que se dirige un procedi-

La única posibilidad de rechazar que nos hallemos ante una violación de estos principios sería la de admitir que *el sujeto resultante de la absorción es, al menos en parte, coincidente con el sujeto absorbido*. No obstante, esta afirmación en el caso de las fusiones por absorción por lo general no resulta admisible. El hecho de que en la sociedad absorbida se integren unidades de negocio, locales o carteras procedentes de otra empresa no afecta a la identidad del sujeto²⁰.

c. LA «RESPONSABILIDAD PENAL POR ABSORCIÓN» CAUSA UN RIESGO INCONTROLABLE AL MERCADO DE ABSORCIONES.

Uno de principales problemas que derivan de esta regulación es el *riesgo incontrolable que puede suponer para el mercado de fusiones y absorciones la posibilidad de «contraer» responsabilidad penal por hechos tan lícitos como una absorción o una fusión*.

La retracción del mercado de absorciones societarias que puede implicar este nuevo riesgo es evidente, y la legislación no prevé expresamente vías de evitación. No obstante, cabe imaginar algunos paliativos. El primero podría ser, y permítaseme el paralelismo, la más eficaz de las medidas contra las enfermedades de transmisión sexual: *la abstinencia*. Si una sociedad se limita a *adquirir* todas las acciones de otra, pero manteniendo su personalidad jurídica y sin proceder a su absorción formal, el *contagio* de responsabilidad penal no tiene lugar. No obstante –y retomando de nuevo el paralelismo–, en muchas ocasiones esta posibilidad *frustra* la lógica de la operación²¹.

En el plano jurídico privado son varias las posibles cautelas que, sobre todo en la *adquisición de las acciones o participaciones* (i.e.: en un momento previo a la absorción) pueden instrumentarse. La inclusión en los contratos que instrumenten dicha adquisición de cláusulas que adveren la no comisión de delitos atribuibles a la persona jurídica en un determinado plazo refuerza la posición del comprador, pues si estas garantías fuesen falseadas, el contrato resultaría *viciado* por dolo.

Bastante más se ha hablado de en qué medida una suerte de *due diligence penal* podría evitar los riesgos de traslado de la responsabilidad penal a la sociedad absorbente. A ello dedicaremos algunas consideraciones a continuación.

miento contra ella por un delito de cohecho cometido por directivos de PEQUESA en 2017: antes incluso de que GRANDESA hubiese sido constituida.

²⁰ El argumento para responder a ello es enormemente sencillo: en caso contrario, *la venta de unidades de negocio determinaría también la sucesión de responsabilidad penal*.

²¹ Por otra parte: ¿por cuánto tiempo debería mantenerse esta absorción suspendida, en términos de *casto noviazgo por mera adquisición de acciones*? ¿Hasta que la última e hipotética posibilidad de comisión de un delito atribuible a la empresa absorbida hubiese prescrito?

V. LA «TRANSMISIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL» NO PUEDE SER UNA VÍA PARA CASTIGAR ACTOS DE OBSTRUCCIÓN A LA JUSTICIA (DOLOSOS O IMPRUDENTES) CON LA PENA DEL DELITO CUYA CONDENA SE OBSTRUYE. NO CABE UNA LECTURA *VERFASSUNGSKONFORME* DE ESTOS PRECEPTOS ORIENTÁNDOLOS A LA *DUE DILIGENCE* PENAL O LIMITÁNDOLOS A LOS CASOS DE «ABSORCIÓN PARA FRUSTRAR PROCEDIMIENTOS PENALES»

Buena parte de la doctrina sostiene que el traslado de responsabilidad penal debe limitarse a los casos en que hay una (permítaseme por ahora la expresión deliberadamente vaga) *culpa* de la entidad absorbente: sin ese elemento culpabilístico, cualquier intento de atribuirle responsabilidad penal sería inconstitucional. La idea es sencilla y puede exponerse en forma de silogismo:

i. La interdicción de responsabilidad objetiva impide atribuir responsabilidad penal sin una base culpabilística.

ii. Si una persona jurídica absorbe a otra *después de un estudio diligente que revele que la entidad absorbida no mostraba indicios de haber sido responsable de delito alguno*, entonces la absorción no podrá ser tachada de negligente ni dolosa.

iii. Sin dolo ni imprudencia, i.e. en ausencia de elemento culpabilístico, no podrá transmitirse la responsabilidad penal.

Así, parte de la doctrina ha propuesto *constitucionalizar a la fuerza* este precepto con ayuda del expediente de las comprobaciones de *due diligence* que se realizan habitualmente en el mercado de absorciones y adquisiciones. De modo muy conciso, Ortiz de Urbina y Cigüela Sola²² exponen técnicamente el argumento que sustentaría esta posible solución.

«Si una gran empresa absorbe a otra persona jurídica sin informarse de que estaba imputada, o sin atender indicios que apuntaban que podría serlo, de resultar finalmente condenada podría justificarse el traslado de responsabilidad a la gran empresa atendiendo a que infringió su deber de cuidado al no informarse sobre la situación de la persona jurídica que absorbía. El efecto potencialmente expansivo de esta interpretación puede evitarse introduciendo un apartado de

²² ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., y CIGÜELA SOLA, J., en Silva Sánchez, J. M. (dir.), Robles Planas, R. (coord.), *Lecciones de Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte General y especial*, Barcelona (Atelier), 2020, p. 94. La idea se hallaba ya en ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., y SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J., 2016.

análisis de riesgos penales en los procedimientos de “due diligence” que de forma usual se llevan a cabo en los procesos de absorción y fusión.»

En ocasiones anteriores he dado la bienvenida a expedientes como este, solo en la medida en que permitan limitar el pernicioso alcance de la norma. Pero debe subrayarse que se trata de meros remedios *ad casum*, que no resuelven la grave cuestión que subyace. Intentaré sintéticamente explicar los motivos.

1. Para evitar una inconstitucional responsabilidad objetiva, se crea por vía interpretativa el delito de «absorber sin cuidado una empresa que podría haber cometido un delito». Este delito es castigado con la pena del delito que habría cometido la empresa absorbida

El primer obstáculo es evidente: el argumento entiende que el CP pretende impedir ciertas «obstrucciones a la justicia» que, por la vía de la absorción, impedirían el enjuiciamiento y punición de una persona jurídica; y que para impedirlo castiga tal supuesta infracción con la pena que correspondería, en su caso, a la entidad absorbida.

Así, toda la construcción se basa en *presuponer* un tipo penal

- que no existe en la legislación vigente;
- del que, por ello, no sabemos si es doloso o imprudente;
- que contradice toda la lógica de los delitos contra la Administración de Justicia: nuestro ordenamiento no conoce una suerte de *pena talionar* que imponga a quien auxilia al reo a eludir la pena... *la pena que le habría correspondido a ese reo*.

Es obvio que a quien ayuda a un asesino a eludir la pena no se le puede condenar con la pena del asesinato; y que por el mismo motivo no se puede castigar a quien mediante una *absorción indebida* (*¿dolosa o negligente?*) impide que se castigue a una empresa por un fraude fiscal con la pena de ese fraude fiscal.

Si a todo ello se añade que, si el argumento lo que busca es *resolver un problema de constitucionalidad mediante una interpretación conforme a Constitución*, el intento no parece llegar a buen puerto, ya que a tal efecto incurre en un problema de constitucionalidad *aún mayor*²³.

²³ Ciertamente existen en el Derecho administrativo sancionador mecanismos remotamente similares, pero relacionados con el traslado de una *sanción administrativa*, nunca de una *condena penal*. Es evidente la diversa intensidad de las garantías penales en uno y otro caso.

2. El expediente no logra evitar la tacha de responsabilidad penal objetiva

Como se ha dicho, el expediente aquí criticado busca evitar una inconstitucional responsabilidad penal objetiva buscando un momento culpabilístico para colmar ese inconstitucional vacío de elemento subjetivo. Dado que en el momento de los hechos delictivos no había base culpabilística para atribuírseles a la entidad posteriormente absorbente, el argumento busca una culpa *ex post facto* de dicha empresa. Permítasenos formularlo así:

– *Ciertamente, no hubo culpabilidad de la empresa absorbente en el momento de la comisión del delito.*

– *Pero si en el momento de la absorción no se prestó la diligencia debida, ahí sí habría habido un momento subjetivo infractor.*

– *Eso permitiría atribuir responsabilidad penal por absorción sin tacha de inconstitucionalidad.*

– *Si por el contrario la absorción hubiese sido diligente y cuidadosa, no podría haber traslado de responsabilidad penal por ausencia de base culpabilística».*

El argumento cae por su base dado que la prohibición de responsabilidad objetiva no requiere que haya *una base culpabilística cualquiera* para una condena penal, sino *la base culpabilística correspondiente al hecho que se pretende reprochar*: la base culpabilística *de ese delito*. No es necesario remontarse a los debates decimonónicos sobre principio de coincidencia e interdicción de *dolus subsequens* para explicar que los requisitos derivados del principio de culpabilidad deben *coincidir temporalmente* con la vertiente objetiva de los hechos. Lo contrario sería tanto como pretender que unos hechos realizados sin dolo ni culpa *devendrían delictivos* porque el sujeto *tiempo después* adquiere conciencia de ellos; o que si un enfermo mental realizase unos hechos en 2020 pero posteriormente en 2021 sanase de su trastorno, podríamos poder ver *colmado* su déficit culpabilístico y pasar a castigarle por los hechos de 2020.

En resumen: si a la empresa 1 se le puede atribuir una estafa cometida en 2018, y la empresa 2 absorbe a aquella en 2019, no cabe concluir que, si la entidad fue «negligente» en el momento de la absorción, esa negligencia ya permite condenar a la sociedad absorbente por el delito de la absorbida y que además ello aleja la tacha de inconstitucionalidad por responsabilidad objetiva. Y ello, porque se trata de dos momentos subjetivos distintos: no se puede intentar suplir la falta de responsabilidad subjetiva de la empresa absorbente en el delito de *estafa*, colmándolo con la infracción de un hipotético deber de cuidado cometida en la *absorción... años después* de la consumación de la estafa.

A todo ello deben sumarse otros problemas dogmáticos y constitucionales, como por ejemplo:

– La idea de tomar como base del traslado de una responsabilidad penal *lo que no es un deber jurídico-público*. La realización de una *due diligence* para detectar problemas legales en una absorción no deriva de un deber jurídico-público sino de una simple *competencia de autoprotección* o, como diría la doctrina italiana, un *onere (caveat emptor!)*²⁴.

– ¿Y si tras un análisis detenido la empresa absorbente detectase que la empresa que desea adquirir había cometido años antes un delito y, *pese a ello*, decidiese absorberla? La función de «colmar vacíos culpabilísticos» desaparece aquí. La entidad absorbente ha comprobado diligentemente el alcance de la situación legal de la absorbida y procede a su absorción: ¿qué base constitucionalmente admisible hay para condenar al ente absorbente por el delito que *nunca fue controlable por él*²⁵?

– Finalmente: la utilidad de las prácticas de *due diligence* en este campo varía mucho y depende de numerosas contingencias. Son claras sus limitaciones a la hora de detectar prácticas criminales cuya dinámica se basa en la ocultación. Así, en no pocas ocasiones la realización de este tipo de actuaciones se justifica más bien como un modo de demostrar que la entidad absorbente hizo *lo que estaba en su mano* para evitar una responsabilidad penal (por más que lo que estaba en su mano fuese muy poco).

VI. LA PELOTA EN EL TEJADO CONSTITUCIONAL: «CONSTITUCIONALIZAR» EL ART. 130.2

Ante una norma con una programación tan extraordinariamente problemática en términos constitucionales la intervención del TC en este punto es especialmente urgente. No obstante, en tanto no llegue, debe ofrecerse alguna solución interpretativa.

Como ya se ha señalado *supra*, una cosa es el traslado de la responsabilidad penal (de una condena penal, con todas sus consecuencias penales y extra-penales) y otra cosa es el traslado de una pena de multa: la simple sucesión en un crédito de derecho público de naturaleza *sui generis*, en términos similares

²⁴ Permítaseme: el comprador *tiene derecho* a comprar sin un análisis detenido.

²⁵ Por supuesto, concluir «pues entonces *sabe a qué se expone*» sería un argumento inane: precisamente lo que se debate es si *eso a lo que se expone es compatible con la Constitución*.

a los de cualquier otro crédito en una sucesión de empresas, como se admite sin problemas en ámbitos de Derecho administrativo sancionador.

Una interpretación restrictiva del artículo 130.2 debe llevar a entender que lo que se traslada es únicamente la obligación de pago de la cuantía de la multa²⁶, y no la plena atribución de responsabilidad penal. Esta lectura restrictiva impediría el traslado de otras consecuencias negativas de la condena penal por unos hechos no atribuibles a la entidad absorbente que, como hemos visto, parecen incompatibles con diversos corolarios del principio de culpabilidad (antecedentes penales y sus consecuencias en la legislación de contratos con el sector público o en la de sectores regulados como seguros y entidades de crédito; la afectación reputacional; el contenido y consecuencias de la comunicación de hechos relevantes a la CNMV, etc.).

Estos son los términos que ya nos ha mostrado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su Sentencia (Sala Quinta) de 5 de marzo de 2015 en relación con las multas administrativas. En esa sentencia se enfrentó en su momento a la cuestión de si una fusión por absorción implica la obligación de *pagar una multa* impuesta por resolución firme *después de la fusión*. La STJUE considera que no hay objeción alguna a ese traslado a la entidad absorbente del deber de pago de la multa; y (a pesar de que se refiere únicamente a una sanción administrativa) dedica un especial cuidado a la hora de especificar que se refiere únicamente al traslado del deber de pago, y no de otros aspectos de la condena (en especial párrafos 22 («obligación de pagar una multa»), 28 (transmisión «a la sociedad absorbente la responsabilidad por infracciones, como elemento del patrimonio pasivo de la sociedad absorbida»), 32 (transmisión «a la sociedad absorbente la responsabilidad por infracciones de la sociedad absorbida consistente en el pago de una multa por dichas infracciones») y 35 («una «fusión por absorción», en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la mencionada Directiva, supone la transmisión, a la sociedad absorbente, de la obligación de pagar una multa impuesta mediante resolución firme posterior a dicha fusión»)).

Finalmente, esto debería venir acompañado una doble intervención legislativa:

– Por una parte, una relectura de la posición procesal de la entidad absorbente en estos supuestos: una cosa es que pueda ejercer su derecho de defensa frente a esa «sucesión en el deber de pago de la multa» con la mayor de las

²⁶ Y nunca una pena interdictiva o de disolución, que en virtud del artículo 66 bis atienden a la situación de la persona jurídica en el momento de la condena: a la necesidad de interrumpir la continuidad delictiva iniciada con el delito juzgado o sus efectos, etc.

amplitudes, y otra que deba ser considerada formalmente *investigada* o *acusada* en los mismos términos que las personas físicas y jurídicas sospechosas de la comisión del delito.

– Por otra, esta interpretación restrictiva debería ser complementada con una reforma legislativa para reaccionar con contundencia, pero con respeto a las garantías penales, contra las operaciones societarias *fraudulentas* que busquen frustrar la acción punitiva del Estado: tanto en el plano de la posible tipificación como delito contra la Administración de Justicia como en el de consecuencias mercantiles de este tipo de fraudes.

EL TRASTORNO MENTAL SOBREVENIDO. ANTECEDENTES, PROBLEMAS Y PREVISIONES DEL ANTEPROYECTO DE LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

ANTONIO DOVAL PAIS*

I. INTRODUCCIÓN

La naturaleza de los diversos momentos en los que puede manifestarse un trastorno mental con respecto a un hecho tipificado como delito ha determinado desde tiempos históricos la respuesta jurídica condicionándola a aquello relevante para las consecuencias jurídicas correspondientes¹. Tres han sido los lapsos fundamentales: el instante de la ejecución del hecho descrito como delito, el periodo del juicio hasta la sentencia firme y la fase que abarca desde la sentencia firme hasta la ejecución de la pena.

En el primero, la presencia de la enfermedad mental ha determinado desde tiempos remotos la exención de responsabilidad porque, como expresaba el CP de 1822, la «privación del uso de la razón» hace que no se pueda tener

* Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Alicante. Es un honor y una gran satisfacción contribuir a este homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy, a quien deseo manifestar también así todo mi afecto y mi reconocimiento y gratitud por sus fundamentales trabajos para alcanzar un mejor Derecho penal.

¹ Véase, con un análisis basado, precisamente, en las razones que subyacen a los distintos momentos, PUENTE RODRÍGUEZ, L., «Algunos problemas procesales derivados de la alteración mental del acusado antes, durante y después del procedimiento penal», *Diario La Ley*, núm. 9699, 2020, pp. 3 y 4. También incidiendo en esto, GÓMEZ-ESCOLAR MAZUELA, P., «El deficiente y el enfermo mental que ha delinquido: alternativas a la prisión o al hospital psiquiátrico», *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal*, núm. 5, 2002, p. 871.

al sujeto «por delincuente ni culpable»². En el segundo y en el tercero, la enfermedad impone unas condiciones poco aptas para que el sistema penal siga adelante con sus previsiones ordinarias.

En la actualidad, el CP contempla los efectos del trastorno mental «al tiempo de cometer la infracción penal» (arts. 20.1.º y 95 ss.) y señala qué debe hacerse si se aprecia «después de pronunciada sentencia firme» (art. 60). La LECr refiere brevemente lo que procede ante la observación por el juez de indicios de trastorno mental en el procesado durante la tramitación de la causa (arts. 381 y 383). Y el Reglamento Penitenciario especifica los casos en los que puede producirse el ingreso en un establecimiento o en una unidad psiquiátrica penitenciaria (art. 184). Este breve conjunto de disposiciones reúne la totalidad del régimen previsto en el Ordenamiento jurídico español en esta materia.

Aunque en la práctica esta regulación tan fragmentaria da lugar a numerosos problemas, en estas líneas me limitaré a exponer alguno de los que se plantea con respecto a los trastornos mentales tradicionalmente conocidos como «sobrevenidos». Se trata de situaciones cuya no detección incide directamente en la cifra de prevalencia de los trastornos mentales en prisión. Aquí se abordará exclusivamente la solución prevista legalmente para los casos apreciados tras la sentencia firme.

II. ANTECEDENTES

Todos los códigos penales de la historia legislativa española contemplaron las consecuencias de la manifestación de la enfermedad mental después de cometido el delito. Una revisión de estos antecedentes ilustra sobre las soluciones dadas a este problema, así como acerca de las dificultades que plantearon³.

Bajo el CP de 1822 el estado de falta de razón sobrevenido a la sentencia firme impedía notificar la condena al reo hasta que sanase. Si continuaba por más de quince días tras la sentencia, se había de notificar esta al curador nombrado al demente, ejecutándose en sólo lo relativo a resarcimientos, indemnizaciones, pago de alimentos y costas⁴.

² Artículo 26.

³ Para más detalles sobre el desarrollo que sigue puede verse DOVAL PAIS, A., «Las consecuencias jurídico-penales de la enajenación y el trastorno mental transitorio: Perspectiva histórica», *CPC*, núm. 39, 1989, pp. 627-702.

⁴ Artículo 96.

El Código de 1848, contempló con mayor detalle los efectos de la «locura o demencia» sobrevenida⁵. Distinguió su manifestación después del delito, tras la sentencia y durante el cumplimiento de la condena. En el primer caso, la solución fue análoga a la prevista en el CP 1822. En el segundo y tercero, se ordenaba su observación dentro de la cárcel y, una vez confirmada la demencia, su traslado a una «habitación solitaria» en un «hospital»; ello, salvo que en la sentencia se impusiere una «pena menor», caso en el que el Tribunal podía acordar la entrega del sujeto a su familia o la reclusión en un hospital. Recordado el juicio, la sentencia se debía ejecutar⁶.

Es importante resaltar que este régimen podía resultar más grave que el correspondiente cuando se realizaba el hecho bajo la enfermedad, ya que el tribunal acordaba el internamiento en un hospital, de estimarlo conveniente, sin dar al reo ocasión alguna para su defensa⁷. Ya con ocasión de lo dispuesto en este Código, la doctrina se planteó si la suspensión de la pena debería tener lugar cuando esta fuera pecuniaria, ya que su satisfacción no se vería obstaculizada por el estado psíquico del sujeto ni por el mal efecto que, en el caso de la ejecución de una pena corporal, tendría en la conciencia pública⁸. Esta cuestión iría recibiendo en los distintos códigos diferentes enfoques.

El esquema del régimen descrito instaurado con el CP de 1848, sensible a los obstáculos del sujeto para comprender el sentido del proceso o de la pena, y a sus necesidades asistenciales y curativas, se mantuvo prácticamente invariable en códigos penales siguientes.

El Texto de 1870 precisó más la regulación de estas situaciones. Si el delincuente caía en «locura o en imbecilidad» después de pronunciada sentencia firme se debía ordenar la suspensión de la ejecución de la «pena personal» y la reclusión en hospital, si el hecho fuera calificado de delito grave. Esta misma solución operaba como alternativa si el delito fuera menos grave⁹, pues en este caso se podía disponer la entrega a la familia siempre que diera la suficiente garantía para la custodia de la persona enferma. Igualmente se había de proceder cuando la afección sobreviniera hallándose el sentenciado cumplien-

⁵ Autores como Pacheco o Salillas destacaron el gran acierto del régimen general de las eximentes de este texto. Véase SALDAÑA, Q., *La Reforma del Código penal*, 2.ª ed., Madrid, 1920, p. 108.

⁶ Artículo 88.

⁷ El artículo 88, con respecto a los hechos castigados con una «pena menor» dejaba abierta la posibilidad a que el tribunal le recluyera a la persona con la enfermedad en un hospital «según lo estimare». Sin embargo, esta posibilidad solo quedaba abierta conforme al artículo 8.1.º en el caso de que los parientes que pudieran encargarse de la custodia no prestaran la oportuna fianza.

⁸ Véase CÁRDENAS, F., *El Derecho moderno. Comentarios y observaciones sobre los artículos más importantes del Nuevo Código penal*, T. IV, Madrid, 1849, p. 210.

⁹ Se tenían por «graves» los delitos castigados con penas clasificadas como afflictivas y por «menos graves», los castigados con penas que en su grado máximo fueran correccionales (art. 6.º).

do la condena¹⁰. La referencia expresa a la suspensión de la ejecución de la «pena personal», que abarcaba las privativas de libertad y las privativas de derechos, constituía toda una novedad con la que la ley disipaba las dudas con respecto a la suspensión de la ejecución de la pena pecuniaria.

Pero, pese al conjunto de precisas previsiones que proporcionaban a fines del siglo XIX tanto la ley penal sustantiva como también la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882¹¹, el destino que a menudo aguardaba a la persona con un trastorno mental era la propia cárcel. Todavía en 1925, el preámbulo de una disposición manifestaba: «Cárceles y presidios alojan locos presos y presos locos, que de ambas modalidades existen ejemplos»¹².

Pocos años más tarde, el CP de 1928 previó con detalle la «perturbación o incapacidad mental» sobrevenida tras la sentencia condenatoria firme, iniciada o no su ejecución. La pena privativa de libertad o de muerte –no se aludía a la pecuniaria– se debía suspender y decretarse el internamiento del penado en un manicomio (judicial o particular, con los mismos criterios que los previstos para el destino de los declarados irresponsables)¹³. La permanencia del reo en el establecimiento psiquiátrico le era de abono para el cumplimiento de la pena. Recobrada la normalidad, se iniciaría o proseguiría el cumplimiento de la condena, salvo que esta hubiera prescrito o fuera una condena a muerte, en cuyo caso le sería conmutada por la de treinta años de privación de libertad¹⁴.

En el CP de 1932 las disposiciones dedicadas a la enajenación sobrevenida al pronunciamiento de la sentencia firme y al inicio del cumplimiento de la condena fueron copia casi literal, como en otras partes, de las del Código de 1870¹⁵.

Por último, el CP de 1944 conservó en esta materia el contenido del código precedente¹⁶. Y, por su parte, tampoco las reformas de 1963 y de 1973 alteraron prácticamente nada al respecto, ordenando la suspensión de la pena y estableciendo sobre las consecuencias una remisión a lo procedente con respecto a los sujetos que realizaban el hecho en estado de enajenación¹⁷.

¹⁰ Artículo 101.

¹¹ En sus artículos 991 a 994.

¹² Se trata de la Real Orden de 28 de julio.

¹³ Artículo 184. De modo que el destino dependía del carácter grave o no de la pena. En el primer caso, un «manicomio judicial adecuado para el tratamiento de su enfermedad»; en el segundo, un «manicomio judicial o en uno particular, que a su juicio ofrezca suficientes garantías, si la familia lo reclama, obligándose a satisfacer los gastos y prestar caución de custodia».

¹⁴ Proseguía el artículo 184.

¹⁵ Artículo 86.

¹⁶ Artículo 82.

¹⁷ La modificación de la referencia «observándose en sus casos respectivos [...]» (CP 1932, CP 1944) por «observándose en su caso» (CP 1944, CP 1973) ...lo establecido en el párrafo tercero

Con la entrada en vigor de la Constitución de 1978, uno de los temas que requerían la urgente adaptación a los presupuestos constitucionales era, precisamente, el de las consecuencias penales aplicables a las personas con trastorno mental o discapacidad intelectual. De ello se ocupó el Proyecto de Código penal de 1980.

Para los casos de enajenación sobrevenida a la sentencia firme todo se mantuvo igual que en el Código de 1973, salvo en lo que se refiere al cómputo del tiempo que hubiese durado la medida para la reducción de la pena, así como a la posibilidad de que el tribunal, una vez recobrado el juicio y por razones de equidad, pudiera dar por extinguida la condena o reducir su duración¹⁸. A ello hay que añadir la importante previsión de una enajenación sobrevenida incompleta, ante la cual el tribunal debería sustituir la pena privativa de libertad impuesta por la medida de internamiento, sin perjuicio de cumplir íntegramente, reducir, sustituir o extinguir la condena pendiente, una vez recuperada la normalidad¹⁹.

Sobre las bases que inspiraron aquel proyecto, la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal de 1983 ahondó decisivamente en la transformación del régimen de las medidas de seguridad equiparándolas a las penas en sus garantías mínimas características del Estado de Derecho. La gran novedad vino constituida por la garantía de sentencia firme²⁰ y, sobre todo, por la acotación temporal de las medidas. La enajenación sobrevenida se reguló con iguales consecuencias a las previstas por el Proyecto de Código Penal de 1980²¹.

La reforma *urgente y parcial* del CP, debida a la L. O. 8/1983, incorporó cambios fundamentales ya apuntados en el Proyecto de 1980 y la Propuesta de 1983. Pero el régimen del trastorno mental sobrevenido continuó igual.

El CP de 1995, avanzando en la línea de proyección de las garantías constitucionales a las personas con enfermedad mental o discapacidad intelectual estableció, como se sabe, todo un nuevo sistema basado en la peligrosidad postdelictual y un nuevo régimen de las medidas de seguridad. En lo que se refiere al objeto específico de estas páginas describió la problemática situación «sobrevenida» aludiendo, no ya a la «enajenación», como fue tradicional, sino a «una situación duradera de trastorno mental grave que le impida conocer el

núm. 1.º del artículo 8.º (internamiento en uno de los hospitales destinados a los enfermos de aquella clase), debió de deberse a un defecto de transcripción, y no al deseo de hacer depender la imposición del internamiento de las circunstancias del sujeto.

¹⁸ Artículos 70 y 71.

¹⁹ Artículo 71.

²⁰ Si bien con algún defecto, como el derivado de reconocer la posibilidad de decretar la medida correspondiente cuando el proceso penal terminara por auto de sobreseimiento libre (art. 94).

²¹ Artículos 55 y 56 de la Propuesta.

sentido de la pena». De este modo, se incorporó el efecto psicológico que el trastorno debería producir. Y una cosa más: a diferencia de la histórica expresión de nuestros códigos «cayere en enajenación», el nuevo artículo pasó a decir «se aprecie en el penado». Este cambio hacía posibles escenarios antes excluidos del alcance de las correspondientes regulaciones de los trastornos *sobrevenidos*²².

La consecuencia subsiguiente a la suspensión de la pena –solo de la privativa de libertad– también constituyó toda una novedad muy importante del Código de 1995 pues se disponía la garantía por el juez o tribunal de «la asistencia médica precisa»; sin recurrirse al reenvío tradicional a lo establecido en el Código con respecto a quienes realizaban el hecho en estado de enajenación mental, sin aludir a las medidas de seguridad e incidiendo en la necesidad asistencial que plantean estos casos.

Recobrada la salud mental del penado, se ordenó ejecutar la sentencia. Esta también había sido hasta entonces la solución, pero el Código incorporó la nueva posibilidad de que el Juez o Tribunal no acumulara la pena a la medida asistencial adoptada, conforme a principios del sistema vicarial, bien dándola por extinguida, bien reduciendo su duración, «en la medida en que el cumplimiento de la pena resulte innecesario o contraproducente»²³.

Unos años más tarde, el tenor original del artículo 60 fue modificado sustancialmente por la L. O. 15/2003 para añadir una serie de previsiones que concretaron este régimen y también lo ampliaron. Respectivamente, la decisión sobre la suspensión de la pena, hasta entonces en manos del órgano sentenciador, correspondería en adelante al juez de vigilancia penitenciaria²⁴. Y se dispuso que este, con el fin de garantizar que el sujeto «reciba la asistencia médica precisa», pudiera imponer, bien una medida privativa de libertad, bien la medida de seguridad que estimase necesaria si la pena no fuere privativa de libertad.

²² Observándolo, véase GÓMEZ-ESCOLAR MAZUELA, P., *Estudios Jurídicos*, 2002, p. 897.

²³ Artículo 60 CP. Sobre las novedades más significativas de este Código en el ámbito de las medidas de seguridad, véase la excelente síntesis crítica de JORGE BARREIRO, A., «Reflexiones sobre la regulación de las medidas de seguridad en el nuevo Código Penal español», *JpD*, núm. 25, 1996.

²⁴ El acierto de este cambio fue discutido considerando, por un lado, las funciones de ejecución propias del juez de vigilancia (excedidas claramente, no solo con la competencia para suspender la pena, sino también para imponer medidas de seguridad) y, por otro, la clarificación del órgano y la garantía de proximidad al caso que aportaba. Véase sobre ello, URRUELA MORA, A., *Las medidas de seguridad y reinserción social en la actualidad*, Granada (Comares), 2009, p. 285. También, GÓMEZ-ESCOLAR MAZUELA, P., «Las medidas de seguridad tras las últimas reformas», *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal*, 2012, p. 27; VIZUETA FERNÁNDEZ, J., «Tratamiento penal del trastorno mental sobrevenido a la sentencia firme en la regulación española», *Revista de Derecho Penal*, núm. 18, 2009, pp. 287-288; y ORTEGA MATESANZ, A., «Trastornos mentales apreciados durante la ejecución de la pena. La suspensión de la ejecución de la pena por la vía del artículo 60 CP», en Mata y Martín, R. (dir.), *Salud mental y privación de libertad*, Madrid (Bosch), 2021, pp. 142-143.

Hasta esta reforma, la referencia del artículo 184 del Reglamento Penitenciario al ingreso en Establecimientos o Unidades Psiquiátricas penitenciarias de los penados con enfermedad mental sobrevenida a quienes se les hubiera impuesto una medida de seguridad conforme al Código Penal (art. 184.c) había suscitado muy razonables dudas acerca, precisamente, de la posibilidad de imponer medidas de seguridad. Se consideró, con razón, directamente «nula» por su incompatibilidad con lo dispuesto en el artículo 60 CP²⁵. Y la situación dio pie a que, instada la cuestión, la Fiscalía General del Estado se pronunciara en la Consulta 5/1999, advirtiendo que, sobre el juicio de incapacidad de comprensión del sentido de la pena por el sujeto, «no se puede sustentar la imposición de una medida de seguridad que venga a sustituir a la pena impuesta»²⁶.

Además, la reforma de 2003 extendió el régimen del artículo 60 a los condenados a penas de cualquier naturaleza, tanto por razones de dignidad humana como por razones de naturaleza preventiva²⁷. El carácter estrictamente personal de todas las penas hace que la ejecución de cualquiera de ellas sobre un sujeto privado de conciencia y voluntad carezca de sentido²⁸.

Por último, la reforma de 2003 también previó la necesidad de comunicar por el juez de vigilancia al Ministerio Fiscal la proximidad del vencimiento del internamiento a efectos de la declaración de incapacidad ante la jurisdicción civil.

III. PROBLEMAS DEL RÉGIMEN VIGENTE

Las modificaciones de 2003 del artículo 60 terminaron por modelar el régimen vigente del trastorno *sobrevenido*, pero la situación de las personas en esta situación sigue planteando graves problemas en la práctica. Muchos de ellos se deben directamente a la escasez de medios humanos y materiales destinados a la atención, en general, de la enfermedad mental en el medio penitenciario. Esto provoca, entre otros serios problemas, la no detección del trastorno

²⁵ Así, SANZ MORÁN, A., *Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho Penal*, Valladolid (Lex Nova), 2003, p. 287.

²⁶ Sobre esto, véase GÓMEZ-ESCOLAR MAZUELA, P., *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal*, 2012, p. 6.

²⁷ Véase, en esta línea, PUENTE RODRÍGUEZ, hallando en estos casos ausencia de «necesidad de pena (en sentido amplio)», en *Diario La Ley*, núm. 9699, 2020, p. 7. También, Fiscalía General del Estado, Consulta 5/1999 sobre problemas que plantea el internamiento de quienes tienen suspendida la ejecución de una pena privativa de libertad por trastorno mental grave sobrevenido a la sentencia firme.

²⁸ Incidiendo en esto, GÓMEZ-ESCOLAR MAZUELA, P., *Estudios Jurídicos*, 2002, p. 873. El proyecto de Código Procesal Penal de 2013 previó, sin embargo, que «Las penas de multa y de comiso no serán suspendidas por el trastorno mental del penado» (art. 699.4).

mental en momentos decisivos para adecuar la intervención jurídica a las necesidades que presentan estos casos y al padecimiento por las personas de los rigores de un régimen penitenciario que ni comprenden, ni tienen sentido alguno en estas circunstancias.

Pero aquí únicamente quisiera centrarme brevemente en las dificultades que presenta la aplicación de medidas de seguridad conforme al artículo 60 CP. La solución legal es perfectamente comprensible porque ofrece una posible garantía de tratamiento («garantizando que reciba la asistencia médica precisa») y un modo de aseguramiento frente al peligro que puedan representar las personas en esta situación²⁹. Y, como se entiende unánimemente, el pronóstico de peligrosidad debe concurrir para la aplicación de la medida y no se puede interpretar que meramente deriva *ex lege* del trastorno mental grave apreciado en el penado³⁰.

Sin embargo, es muy dudoso que la imposición de medidas de seguridad en casos de trastornos sobrevenidos pueda considerarse por alguna vía conforme con el modelo de peligrosidad y medidas de seguridad establecido por el CP, y ello por varios motivos. El problema fundamental se halla en que la razón de la eventual imposición de las medidas está desligada de la peligrosidad «exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito», como requiere el artículo 6.1 CP. La posibilidad de imponer medidas de seguridad en estas condiciones ya fue rechazada antes de 2003 no solo por la Fiscalía General del Estado, sino también por diversos autores, señalando la discordancia que se produciría en la base del juicio de peligrosidad en caso de proceder así³¹. Pero, tras la reforma, un significativo sector de la doctrina, al igual que la Fiscalía General del Estado, estima que los parámetros de la valoración de la peligrosidad criminal han pasado a ser otros, distintos de aquel que se recoge en aquel precepto³².

²⁹ URRUELA MORA, por ejemplo, alude expresamente a razones «de naturaleza pragmática» en *Las medidas de seguridad y reinserción social*, cit., p. 286.

³⁰ Véase la Consulta FGE 2/2004. Además, GARCÍA ALBERO, R., «Artículo 60», en Quintero Olivares, G. (dir.), Morales Prats, F. (coord.), *Comentarios al Código Penal Español*, T. I., 6.ª ed., Cizur Menor (Aranzadi), 2011, p. 488; URRUELA MORA, A., 2009, p. 285.

³¹ Así, por todos, GARCÍA ALBERO, 2011, p. 489, diciendo: «en todo caso, la previsión que examinamos supone la ruptura de múltiples principios consagrados en el Código Penal por lo que debe merecer un juicio crítico o, cuanto menos, la denuncia por no haberse acomodado otras previsiones del Código a este nuevo presupuesto [...]».

³² Así, hablando de un «nuevo presupuesto de aplicación de medidas de seguridad», GARCÍA ALBERO, 2011, p. 489; de una nueva «categoría de estado peligroso», VIZUETA FERNÁNDEZ, J., *Revista de Derecho Penal*, 2009, p. 290. Planeando alternativas a la determinación de la peligrosidad con otros parámetros, véase ORTEGA MATESANZ, A., 2021, p. 139.

A mi juicio, sin embargo, no puede admitirse en modo alguno la orientación de esta reforma, salvo que se entienda que, en realidad, el juicio de peligrosidad va anudado al delito cometido, a modo de una de sus manifestaciones. Pero este camino es claramente impracticable porque ello supondría reconocer que se ha declarado culpable a un sujeto con un trastorno mental grave.

Así, pues, desde 2003 la peligrosidad relevante para decretar las medidas a las que alude el artículo 60 es la que se aprecia tras el delito cometido, pero para valorarla no debe considerarse este antecedente. El pronóstico, pues, insisto, habrá de basarse en la probabilidad de comisión de futuros delitos sin tener en cuenta el hecho delictivo cometido. En suma, bajo el nuevo esquema, el crimen que dio lugar a la condena no se puede tener en cuenta a los afectos de determinar la peligrosidad criminal (cfr. art. 95.1,2.^a CP), sino solo circunstancias del sujeto. Y esta conclusión no se compadece con la más elemental seguridad jurídica, porque la pérdida del referente de la comisión de un hecho previsto como delito como momento de la exteriorización de la peligrosidad criminal debilita por completo el pronóstico³³.

En el modelo de peligrosidad postdelictual concebido en el Código de 1995, el hecho delictivo ha de exteriorizar la peligrosidad precedente³⁴. La ley, en el artículo 60 plantea, pues, una ruptura inadmisibles con la exigencia establecida en artículo 6.1 CP. Este artículo se halla situado en el Título Preliminar del CP y posee una vocación garantista general inderogable. Constituye uno de los «principios generales de las medidas de seguridad», a los que se ha referido ocasionalmente el Tribunal Supremo³⁵. A mi juicio, ello obliga a que la peligrosidad se haya manifestado, precisamente, en la comisión del hecho típico y a que se compruebe la probabilidad de comisión de nuevos delitos en este preciso contexto. Por ello, a pesar de la igualdad del rango de los artículos en conflicto, no es aceptable que el artículo 60 pueda apartarse con un régimen especial del modelo general de intervención ante la peligrosidad concebida exclusivamente para actuar ante la manifestada en la comisión de un hecho previsto como delito³⁶. Además, la necesidad de apreciar la peligrosidad criminal para imponer una medida de seguridad está en contradicción con la exigen-

³³ Véase, en relación con esto, RODRÍGUEZ MOURULLO, G., «Medidas de seguridad y Estado de Derecho», en VV. AA.: *Peligrosidad Social y medidas de seguridad*, Valencia (Universidad de Valencia), 1974, pp. 363. Con referencia a ello, PUENTE RODRÍGUEZ, L., *Diario La Ley*, 2020, pp. 5 y 6.

³⁴ Como, por ejemplo, también han afirmado críticamente GARCÍA ALBERO, R., 2011, p. 489, y PUENTE RODRÍGUEZ, L., *Diario La Ley*, 2020, p. 6.

³⁵ STS 3925/2009, de 11-6.

³⁶ Cfr. PUENTE RODRÍGUEZ, L., *Diario La Ley*, 2020, nota 23 y la referencia de GARCÍA ALBERO a su naturaleza de *lex specialis*, *ibid*.

cia de que las medidas de seguridad sean solo la vía para recibir «la asistencia médica precisa» («para lo cual podrá decretar [...]»), dice el art. 60).

Por otro lado, como también ha señalado el Tribunal Supremo, la medida de seguridad «debe ser establecida en el proceso y puede ser objeto de controversia»³⁷. Sin embargo, nada de esto es tampoco posible conforme al modelo diseñado en 2003. El procedimiento no está previsto³⁸ y, en consecuencia, el sistema queda lejos de la garantía de jurisdiccionalidad que establece, con carácter general, el artículo 3. CP, al comprometer la contradicción y la defensa³⁹.

Otro problema que plantea el artículo 60 es el de su silencio acerca de las situaciones de discapacidad intelectual. Aunque en la práctica se aplica analógicamente a estos supuestos, el Defensor del Pueblo ha solicitado valorar la introducción en el CP de la transformación de penas privativas de libertad en medidas de seguridad para supuestos de discapacidad intelectual inadvertida⁴⁰. Y, en fin, el artículo 60 tampoco contempla, a diferencia de algunos proyectos de reforma del código penal el caso de los trastornos incompletos, que pueden provocar distorsiones significativas para conocer el sentido de la pena. Esta imprevisión es de particular importancia para las situaciones de discapacidad intelectual, que representan cifras altas de prevalencia en prisión. Y también para las personas con trastornos asociados a la drogadicción, que consultando la jurisprudencia se observan a menudo abordados mediante el recurso al artículo 60⁴¹.

IV. LAS PREVISIONES DEL ANTEPROYECTO DE LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

El Anteproyecto de LECr de 2020 contempla un muy novedoso «estatuto de la persona encausada con discapacidad» basado en el reconocimiento de los derechos de defensa, de autonomía y de participación eficaz de la persona con enfermedad mental o discapacidad intelectual en todo el procedimiento penal.

³⁷ STS 3925/2009, de 11-6.

³⁸ Véase, denunciándolo, GÓMEZ-ESCOLAR MAZUELA, P., «Algunas cuestiones sobre la ejecución de las medidas de seguridad», *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal*, 2006, p. 17. A lo que cabe añadir la inexistencia de previsiones para revisar el mantenimiento o la modificación de la medida impuesta, como advierte SÁEZ MALCEÑIDO, E., «Las medidas de seguridad penales: en especial, la anudadura a la interrupción de la condena por inimputabilidad sobrevenida del penado», *Diario La Ley*, núm. 9374, 2019, p. 17.

³⁹ No basta, desde luego, que una sentencia condenatoria sirva de soporte al auto. Véase, así, VIZUETA FERNÁNDEZ, J., *Revista de Derecho Penal*, 2009, p. 10.

⁴⁰ Defensor del Pueblo: «Las personas con discapacidad intelectual en prisión», separata del *Informe Anual 2018*, Madrid, 2019, p. 36.

⁴¹ GÓMEZ-ESCOLAR MAZUELA, P., *Estudios Jurídicos*, 2002, p. 872. Apunta, con razón, que «en una interpretación discutible».

Con respecto al momento de ejecución de la sentencia prevé el supuesto de falta de capacidad para comprender el sentido de la pena una vez incoada la ejecutoria (art. 883.2). En tal caso, el «tribunal encargado de la ejecución», suspenderá su cumplimiento hasta que la persona recobre la capacidad para continuar la ejecución, contando siempre el sujeto con las condiciones del llamado «incidente para la adopción de medidas» (art. 72). Se trata de un expediente destinado a promover y adoptar las medidas de apoyo por razón de la discapacidad necesarias para garantizar los derechos reconocidos conforme al nuevo modelo.

Nada se dispone, sin embargo, con respecto a las consecuencias de la suspensión de la pena. Desde luego, el régimen previsto es aún vago. El Consejo Fiscal en su Informe sobre este Anteproyecto ha observado que resulta insuficiente al no regularse específicamente para este supuesto las medidas que serían aplicables, ni el procedimiento y el órgano competente para adoptarlas⁴². Pero quedan aún más cosas pendientes que habrá que concretar, al igual que habrá que decidir cuál será su sede legal más adecuada, si la ley procesal o el CP, para evitar los solapamientos que se aprecian con el ALECRim.

Con todo, la inercia que arrastra una solución como la prevista en la actualidad en el artículo 60 CP, a cuya modificación no llega la última reforma prevista de la ley procesal penal, hunde sus raíces en una concepción del sometimiento de las personas con enfermedad mental al sistema penal que debe ser revisada profundamente para adecuarla a las exigencias constitucionales de trato digno y humano, que hacen prevalecer las soluciones abiertamente asistenciales sobre las defensitas apoyadas en tan dudosas bases. Entre tanto, la legitimidad del Derecho penal de las medidas está en juego.

⁴² Véase el Informe de fecha 7 de julio de 2021, p. 664.

EL DERECHO PENAL DE LA CULPABILIDAD ANTE EL NEURODETERMINISMO

BERNARDO FEIJOO SÁNCHEZ*

Afirma Mirentxu Corcoy Bidasolo¹ en su reciente contribución al libro en homenaje de su maestro Santiago Mir Puig que «[p]ara la legitimación de la imposición de una pena no es necesario ni debería fundamentarse la responsabilidad personal/imputación personal/culpabilidad en el libre albedrío, en cuanto éste no puede ser probado. Negar el libre albedrío no excluye que la norma primaria tenga capacidad de motivación ni la función de prevención general positiva y negativa de la pena». Añade como «un determinismo total o duro supondría tanto negar las finalidades preventivas de la pena como de legitimación del Estado para castigar», haciendo referencia a pie de página al debate relativo a las neurociencias. Siguiendo a su maestro sostiene «[q]ue el ciudadano, conociendo la norma, decida infringirla no presupone que esa decisión sea libre, sino únicamente que en ese caso tuvo más fuerza realizar esa conducta que el miedo a la posible imposición de una pena», añadiendo que «es necesario, en el nivel de la responsabilidad personal, determinar si ese sujeto era normalmente motivable o no y ello no por las exigencias de prevención sino como límite a la intervención penal en base a las exigencias de un Estado democrático en el que está vigente el principio de igualdad». Es de

* Catedrático de Derecho Penal. Universidad Autónoma de Madrid. Este trabajo se incardina en el Proyecto de Investigación– Programa I+D+i orientada a los retos de la sociedad «*Derecho penal y comportamiento humano*» (RTI2018-097838-B-I00) concedido por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades de España [IP: Prof. Dr. Eduardo Demetrio Crespo] [<https://blog.uclm.es/proyectedpch/>].

¹ «Prevención limitada vs. neo-retribucionismo», *Estudios de Derecho Penal*, Madrid (Bdef), 2017, p. 294.

destacar que establece similitudes entre la teoría de la normalidad motivacional de Mir Puig y la denominada por Roxin «asequibilidad normativa», estableciendo la culpabilidad como límite de una prevención general orientada a la protección de bienes jurídicos.

Por razones de espacio no puedo detenerme en una crítica de las concepciones de la culpabilidad de Mir Puig y Roxin, sino que voy a tratar ciertas cuestiones previas al debate jurídico-penal interno referido al fundamento de la culpabilidad: el alcance de las neurociencias para el debate y la relevancia de la negación del libre albedrío y la constatación del denominado neurodeterminismo, incidiendo en si puede existir una concepción distinta a lo que Corcoy denomina «determinismo total o duro» que entronca con el fatalismo y que pondría en entredicho la legitimación última del Estado para castigar. Se pretende defender la misma posición que la homenajeadada relativa a que para la legitimidad de la imposición de una pena no es necesario el libre albedrío ni tampoco debería servir para fundamentar la culpabilidad, si bien desde una perspectiva diferente.

I. LIBRE ALBEDRÍO Y NEUROCIENCIAS

No son nuevas las objeciones al libre albedrío como ficción científicamente indemostrable. Ya fue un factor decisivo para el tránsito definitivo de modelos penales retributivos a modelos penales preventivos desde finales de los años sesenta. Está extendida una postura agnóstica² o que parte de un *non liquet*³ que impide fundamentar la culpabilidad y legitimar la pena en el libre albedrío.

² Abierta tanto a hipótesis deterministas como indeterministas o que no excluyen el determinismo, intentando ofrecer contenido a la culpabilidad sin probar el libre albedrío o con independencia de que se llegue a probar empíricamente la inexistencia del libre albedrío (MOSCH, S., *Schuld, Verantwortung und Determinismus im Strafrecht*, Baden-Baden (Tectum), 2018, pp. 238 ss., 271 ss.; STRENG, F., «Schuld begriff und Hirnforschung», *FS-Jakobs*, Colonia (Carl Heymanns), 2007, pp. 677 s.).

³ CHIESA, L., «Punishing without free will», *Utah Law Review*, 2011, p. 1460 y *passim*; ENGISCH, K., *Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart*, 2.^a ed., Berlín (de Gruyter), 1965, p. 37; FRISCH, W., «Sobre el futuro del Derecho Penal de la culpabilidad», en Feijoo Sánchez, B. (ed.), *Derecho Penal de la culpabilidad y neurociencias*, Navarra (Civitas), 2012, p. 53; MOSCH, S., 2018, pp. 7, 192 s. y *passim*.

Esta es una solución más extendida en la actualidad que la del «indeterminismo relativo» que definen de un «reducto de libertad» o «resto de libertad» o la «posibilidad de libertad dentro de un espacio de juego determinado» (sobre ello Feijoo Sánchez, B., *Derecho Penal de la culpabilidad y neurociencias*, Navarra (Civitas), 2012, pp. 220 s., con ulteriores referencias; MOSCH, S., 2018, pp. 184 ss.; STRENG, F., 2007, p. 678). De acuerdo con esta concepción, en un mundo determinado quedaría alguna grieta o laguna de indeterminismo. Mediante la búsqueda de una virtuosa posición intermedia entre los extremos del indeterminismo absoluto y del determinismo en sentido fuerte en la segunda mitad del

La cuestión ha sufrido un nuevo estímulo con los avances en la adquisición de datos y conocimientos relativos al funcionamiento del sistema nervioso y, en concreto, del cerebro. Las neurociencias han ido demostrando como es difícil asumir una escisión radical entre cerebro y mente ya que ésta es el conjunto de operaciones que realiza el cerebro, que las facultades mentales o cognitivas superiores son un producto de la actividad cerebral y que la actuación consciente representa una ínfima parte de dicha actividad y hemos sobrevalorado su papel⁴. Nuestras decisiones vienen motivadas en gran medida por procesos inconscientes que racionalizamos o interpretamos *a posteriori* y esos procesos, determinados en gran medida por estructuras subcorticales como nuestro sistema límbico (amígdala, giro cingulado, hipocampo, hipotálamo, etc.), están conducidos por nuestras emociones o nuestra memoria emocional. Se suele recurrir a la imagen del iceberg, que ya fue utilizada por Sigmund Freud, para visualizar que nuestros procesos conscientes serían como la pequeña parte que se ve fuera del agua.

Desde la perspectiva neurobiológica no existe un «yo» central o hegemónico que, como ejecutivo central o supremo (agente inmaterial), controle todos estos procesos que son consecuencia de un largo proceso evolutivo, sino que se trata de una construcción mental que carece de una base estructural definida en el cerebro y deriva del funcionamiento de un sistema o conjunto de módulos especializados con una organización descentralizada (dinámica de sistemas de base material)⁵. Como afirma gráficamente Gazzaniga⁶, «el cerebro funciona más a base de chismorreos vecinales que de planificación central».

La conciencia no es el determinante o agente causal de nuestra conducta ni toma la iniciativa, sino que no es más que una experiencia subjetiva de

siglo xx y hasta la irrupción de las teorías preventivas fue un recurso habitual para mantener teorías retributivas. Por ejemplo, es paradigmática la posición de ARTH. KAUFMANN (*Das Schuldprinzip*, 2.^a ed., Heidelberg (Winter), 1976, p. 280). No se trata sólo de una posición mantenida en la época de postguerra o desde el finalismo, sino que ha llegado hasta nuestros días (HILLENKAMP, T., «Hirnforschung, Willensfreiheit und Strafrecht-Versuch einer Zwischenbilanz», *ZStW* 127 (2015), pp. 72 ss.). Aunque se aleje del indeterminismo absoluto no se trata de una posición compatibilista, sino de una teoría indeterminista basada en una «libertad relativa». ROMEO CASABONA, C. M.^a, «Presupuestos biológicos y culpabilidad penal», Demetrio Crespo, E. (dir.), *Neurociencias y Derecho Penal*, Madrid (Bdef), 2013, p. 437, lo define así en la línea de su maestro CEREZO MIR: «Gozamos de libre voluntad, pero con alcance limitado: indeterminismo limitado; o, si se prefiere, estamos determinados en cierta medida más o menos significativa, pero no totalmente determinados».

⁴ FUSTER, J. M., *Cerebro y libertad: los cimientos cerebrales de nuestra capacidad para elegir*, Barcelona (Ariel), 2014, pp. 24, 42 ss., 125 s., 134, 168. Dentro del monismo existen multitud de posturas, más radicales o moderadas (cfr. PAUEN, M., y ROTH, G., *Lexikon der Neurowissenschaft Geist und Gehirn*, en <https://www.spektrum.de/lexikon/neurowissenschaft/geist-und-gehirn/4140>).

⁵ En una entrevista en *Spiegel Wissen* 1/2009, p. 18 ROTH define el «yo» como la activación de un determinado método de procesamiento neuronal estrechamente vinculado a la memoria autobiográfica.

⁶ *Relatos desde los dos lados del cerebro*, Barcelona (Paidós), 2015, p. 345.

una actividad continua del cerebro en su permanente interacción con el entorno. La actividad cerebral es un proceso continuo que reacciona a los inputs o las informaciones que provienen del exterior y esas reacciones no siempre son conscientes.

Considera Fuster⁷ que entre los grandes especialistas en Neuroética existe un amplio acuerdo en la postura, que él comparte, de que «el dualismo (cerebro/mente) es indefendible, que toda opción humana está determinada biofísicamente –es decir, por acontecimientos físicos en el cerebro–, y que la responsabilidad moral es reducible a estos acontecimientos» y que «el verdadero libre albedrío no existe». Eagleman⁸ considera que para responder a la cuestión de si somos libres de elegir con independencia de las reglas de la biología hay que tener en cuenta que toda actividad cerebral viene impulsada por otra actividad cerebral, en una red enormemente compleja e interconectada. Y esto no parece dejar mucho sitio a nada aparte de la actividad nerviosa; es decir, no hay sitio para una mente separada del cuerpo. Si el libre albedrío ha de tener alguna influencia en los actos del cuerpo, no le queda más remedio que influir en la actividad cerebral en curso. Y para ello necesitaría estar físicamente conectado con al menos algunas neuronas. Pero no se ha encontrado ningún lugar del cerebro que no sea impulsado por otras partes de la red. Todas las partes del cerebro están densamente interconectadas con otras partes del cerebro, e impulsadas por éstas, lo que sugiere que no existe ninguna parte independiente y por tanto «libre». Así pues, según los conocimientos científicos actuales, no hay manera de encontrar el espacio físico en el que colocar el libre albedrío –la causa incausada–, porque no parece haber ninguna parte de la maquinaria que no siga una relación causal con las otras partes. Añade como nadie puede ver una manera clara de sortear el problema de cómo una entidad no física (el libre albedrío) interactúa con una entidad física (el material del cerebro)⁹.

⁷ 2014, p. 308.

⁸ *Incógnito. Las vidas secretas del cerebro*, Epublibre (en papel, Barcelona (Anagrama), 2016), pp. 320 s.

⁹ Este autor insiste en que el libre albedrío, si existiera, tendría muy poco espacio en el que actuar. No sería más que un pequeño factor montado en lo alto de una enorme maquinaria automatizada. El comportamiento humano, según EAGLEMAN, opera en gran medida casi sin atender a la mano invisible de la volición.

Sobre la imposibilidad de que algo inmaterial (voluntad) pueda causar procesos neuronales: DAMASIO, A., *Y el cerebro creó al hombre*, Barcelona (Destino), 2010, pp. 34 ss.; DELGADO GARCÍA, J. M.^a, «Hacia una neurofisiología de la libertad», en Demetrio Crespo, E. (dir.), *Neurociencias y Derecho Penal*, Madrid (Bdef), 2013, p. 11; HÖRNLE T., *Kriminalstrafe ohne Schuldvorwurf*, Baden-Baden (Nomos), 2013, pp. 15 s.; MERKEL, R., *Willensfreiheit und rechtliche Schuld*, 2.^a ed., Baden-Baden (Nomos), 2014, pp. 83 ss.; MOSCH, S., 2018, pp. 188 s.; SINGER, W., *Vom Gehirn zum Bewusstsein*, Fráncfort (Suhrkamp), 2006, pp. 24 ss., señalando como no existe un modelo científico capaz de explicar cómo, dónde y cuándo tiene lugar la interacción mente-cerebro ni se han podido superar los inconvenientes de

De esta manera, lo que hemos venido denominando voluntad humana, se correspondería en realidad con procesos internos inconscientes y conscientes fuertemente determinados por factores neurobiológicos, genéticos y del entorno, así como por experiencias psicológicas y sociales positivas o negativas, especialmente en las etapas más tempranas de la vida. Pero si la conciencia no es más que un producto de nuestra actividad cerebral, las acciones no pueden tener su origen en la conciencia libre. El auténtico «motor» de nuestras acciones es el inconsciente. En este sentido se deben entender afirmaciones de científicos como Prinz, Singer o Roth, alegando «que no hacemos lo que queremos, sino que queremos lo que hacemos» o que «el yo no es el señor de la casa», ni «el gran piloto que se cree», sino un constructo mental. Esto significa que no son los estados mentales (ideas, sentimientos, voluntad, etc.) los que generan los procesos neuronales, sino al revés. No existe un yo inmaterial como centro de mando que se sirva de los procesos neuronales para actuar en el mundo material.

La doctrina jurídico-penal se ha resistido a la pretensión formulada por los últimos científicos citados de que dichos datos obliguen a una transformación radical o sustantiva del Derecho Penal vigente¹⁰. La doctrina dominante viene defendiendo las características esenciales de un Derecho Penal de la culpabilidad por el hecho sin que ello implique la defensa ni del libre albedrío ni del alternativismo (capacidad de haber decidido otra cosa, y, por tanto, haber actuado de otra manera bajo las mismas condiciones o circunstancias). Se ha objetado que la propuesta de estos «neurocientíficos metidos a filósofos sociales» no atendió todos los aspectos en juego. Ciertas inferencias han sido precipitadas, excesivamente simples y no han tenido suficientemente en cuenta la enorme complejidad de la cuestión. Con el tiempo los argumentos contra el Derecho Penal de la culpabilidad se han mostrado débiles y han ido perdiendo fuerza. Si bien el debate ha generado una ingente producción científica y académica en los primeros quince años de este siglo, la intensidad del mismo se ha ido relajando en los últimos años.

Los avances neurocientíficos sólo son aptos para poner en entredicho ciertas concepciones subjetivas o morales de la retribución que basan ésta en

cómo puede interactuar un ente inmaterial con otro material, ya que por su propia naturaleza el ente inmaterial no puede tener energía, pero ésta se necesita para poder actuar en el mundo material, de tal manera que dicha interacción violaría las leyes de la termodinámica.

¹⁰ Un buen resumen de la discusión en ROXIN, C., y GRECO, L., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Tomo I, Múnich (C. H. Beck), 2020, 19/52 a ss. *Vid.*, además, DEMETRIO CRESPO, E. *Fragmentos sobre Neurociencias y Derecho Penal*, Buenos Aires (Bdef), 2017; HILLENKAMP, T., *ZStW* 2015, pp. 71 s.; los trabajos de FRISCH, JAKOBS y FEIJOO en FEIJOO SÁNCHEZ, B., 2012; SANZ MORÁN, A., «El concepto material de culpabilidad: Un balance», en *LH Diego-Manuel Luzón Peña*, Madrid (Reus), 2020, pp. 1090 ss.

la capacidad de actuar con libertad de voluntad y conciben la pena como compensación de la voluntad defectuosa si, como señala Roth, ya no es posible hablar en propiedad de un libre albedrío no sometido a leyes naturales «en que el autor, sobre la base de su conciencia jurídica, hubiera podido decidir actuar de otro modo, esto es, de modo conforme a la ley, del que lo hizo»¹¹. Que no se pueda seguir hablando con respaldo científico de una voluntad entendida como una entidad inmaterial o espiritual que puede iniciar un curso causal por sí misma de forma espontánea e indeterminada (*causa libera* o *causa sui*) afecta en exclusiva a teorías retributivas radicales o en sentido fuerte que ya carecían a principio de siglo de un papel relevante. Basta con remitirse a las palabras de Corcoy recogidas al principio de esta contribución y a los modelos de sus dos referentes: Mir Puig y Roxin. Las críticas llegaron tarde. El Derecho Penal de la culpabilidad por el hecho hace mucho tiempo que se ha alejado de puntos de partida como la teoría kantiana o la teoría de la expiación.

Es de destacar que desde el ámbito neurocientífico tampoco se han aportado en los últimos años nuevos conocimientos que hayan renovado sustancialmente los términos del debate y científicos como Roth han rebajado la radicalidad de sus propuestas iniciales. Es de agradecer su honradez intelectual al haber asumido que ciertos planteamientos de partida pecaban de exagerados, reconociendo que «fuimos ingenuos al pensar que el concepto kantiano de autonomía racional era el concepto general de libre albedrío»¹².

II. EL INDETERMINISMO NO ES UNA OPCIÓN VÁLIDA COMO FUNDAMENTO DEL DERECHO PENAL DE LA CULPABILIDAD

Tradicionalmente se ha entendido que era más fácil defender el Derecho Penal de la culpabilidad asumiendo una posición indeterminista, por lo que muchos de los trabajos de dogmática jurídico-penal que intentan llegar a los fundamentos últimos de la culpabilidad se han visto obligados a adentrarse en el eterno debate metafísico entre el determinismo y el indeterminismo universal. La solución a complejas cuestiones normativas se busca en argumentos a favor o en contra de una cosmovisión determinista en sentido físico¹³. No debemos olvidar,

¹¹ ROTH, G., «Delincuentes violentos: ¿Seres malvados o enfermos mentales?», en Demetrio Crespo, E. (dir.), *Neurociencias y Derecho Penal*, Madrid (Bdef), 2013, p. 670.

¹² *Spiegel Wissen* 1/2009, p. 23.

¹³ Dejo de lado otras variantes de determinismo que creo que tienen menos relevancia para el debate jurídico-penal. Sobre ello MERKEL, R., 2014, p. 19.

sin embargo, que determinismo e indeterminismo son concepciones sobre el fundamento del mundo natural y hay que distinguir entre *Physis* y *Nomos*. Tiene razón Hörnle al señalar que, si se intenta explicar el mundo –tanto físico como social o normativo– como un todo, los problemas epistemológicos se convierten en insalvables¹⁴. Por ello para la defensa del Derecho Penal de la culpabilidad no es imprescindible entender nuestras conductas –en todo o en parte– como ajenas a leyes o patrones susceptibles de explicación científica.

El indeterminismo implica que todo sujeto se podría liberar o desligar voluntariamente de sus determinantes y de su pasado. Las acciones humanas tendrían la capacidad de interrumpir o sobreponerse a cualquier influencia causal y romper con el pasado.

Hace mucho tiempo que la doctrina jurídico-penal no parte de un indeterminismo radical o en sentido fuerte entendiendo que las acciones humanas son libres en el sentido de una capacidad espiritual trascendente e inmaterial al margen de las leyes de la naturaleza. Un numeroso sector doctrinal ha asumido la premisa filosófica de que una imputación basada en una voluntad libre indeterminada o incondicionada que surge espontáneamente y sin pasado en el momento del hecho representa una base endeble para construir un juicio de desvalor, censura, reproche o reprobación de una conducta. El indeterminismo absoluto hace perder al ser humano el control de su destino y, por tanto, le priva de responsabilidad.

La idea de agencia –tanto en términos morales como sociales– tiene que ver con la autonomía, presuponiendo autodeterminación y cierta capacidad de control o influencia interna. Procesos aleatorios, casuales, incontrolables o que no pertenecen o están determinados por nadie no pueden, como ya señaló Leibniz, generar responsabilidad¹⁵. Donde rige la casualidad o el azar no es posi-

¹⁴ HÖRNLE, T., 2013, p. 7. Además MERKEL, R., «Ist, Willensfreiheit» eine Voraussetzung strafrechtlicher Schuld?, AAVV, *Schuld und Strafe*, Múnich (C. H. Beck), 2012, pp. 43 ss. (las discusiones entre teorías de la física no son productivas para el debate sobre la libertad propio del Derecho); SEELMANN, K., «Sind die Grundannahmen einer Rechtsgesellschaft mit den resultaten der modernen Hirnforschung vereinbar?», SENN, M./PUSKÁS, D. (Ed.), *Gehirnforschung und rechtliche Verantwortung*, Stuttgart (ARSP Beiheft núm. 111), 2006, p. 99.

¹⁵ BINDING, K., *Die Normen und Ihre Übertretung*, Tomo II/1, 2.ª ed., Aalen (Scientia), 1965, pp. 18 s.; BRÖCKERS, B., *Strafrechtliche Verantwortung ohne Willensfreiheit*, Baden-Baden (Nomos), 2015, pp. 204 s.; CORTINA, A., *Neuroética y Neuropolítica*, 4.ª ed., Madrid (Tecnos), 2014, p. 181; HERZBERG, R. D., *Willensfreiheit und Schuldvorwurf*, Tubinga (Mohr Siebeck), 2010, pp. 35 ss.; HILLENKAMP, T., *ZStW* 2015, pp. 72 s.; KAUFMANN, A., «Unzeitgemässe Betrachtungen zum Schuldgrundsatz im Strafrecht», *Jura* 1986, p. 226; MAÑALICH, J. P., «La pena como retribución», *Derecho Penal y Criminología* núm. 83 (2007), pp. 60 ss.; MERKEL, R., 2012, pp. 44 s.; el mismo, 2014, pp. 29 s.; MORSE, S. J., «Nueva Neurociencia, viejos problemas», Cortina, A. (ed.), *Neurofilosofía práctica*, Granada (Comares), 2012, p. 254; MOSCH, S., 2018, pp. 20, 22 s., 261 ss.; PÉREZ MANZANO, M., «El tiempo de la conciencia y la libertad de decisión: bases para una reflexión sobre Neurociencia y responsabilidad penal», Demetrio Crespo, E. (dir.), *Neurociencias y Derecho Penal*, Madrid (Bdef), 2013, p. 131; PAUEN, M., «Keine Unschuld ohne Schuldbegriff», AAVV, *Schuld und Strafe*, Múnich (C. H. Beck), 2012, p. 79; ROMEO

ble la responsabilidad. Afirmaba ya en 1932 Roeder que el indeterminismo absoluto que parte de un libre albedrío en sentido fuerte completamente al margen de las leyes naturales carecía ya de partidarios¹⁶. Esto es más obvio hoy en día.

El concepto clave para la culpabilidad no es in-determinación, sino auto-determinación. Ello es lo que permite hablar de una libertad en sentido positivo. Una voluntad libre, entendida como una voluntad absolutamente aleatoria, incondicionada y no determinada por nada, que en todo momento debiera semejarse a un motor no movido que inicia una cadena causal completamente nueva, se trataría de una voluntad sin control y sin propietario que no podría justificar ningún tipo de responsabilidad.

La agencia no precisa acreditar un control absoluto o en sentido fuerte sobre los procesos causales, sino una cierta dependencia¹⁷. No es imprescindible un concepto ontológico de dominio o control, sino que basta con una asignación normativa o a nivel social. La cuestión es si la acción antijurídica tiene su origen en factores que pueden ser imputados al titular de la acción. Se puede estar discutiendo eternamente a nivel filosófico sobre si tenemos un suficiente control sobre nuestro destino, pero la cuestión es si podemos entender que disponemos de posibilidades de control equivalentes (igualdad). Y eso es algo que se fija intersubjetivamente.

Ello nos lleva a preguntarnos si la auto-determinación es compatible con el neuro-determinismo al que se refieren los científicos.

No puedo dejar de mencionar, antes de tratar esta cuestión, que no me parece un argumento relevante para el debate jurídico-penal la referencia a la física cuántica y al principio de incertidumbre de Heisenberg. No veo la relevancia para el debate sobre la libertad humana y mucho menos para la libertad en sentido jurídico (libertad institucional) que sea imposible que ciertos pares de magnitudes físicas observables y complementarias, como la posición y el momento lineal, sean determinados con toda la exactitud que se quiera porque una partícula, además de su naturaleza corpuscular, tiene también un ca-

CASABONA, C. M.^a, 2013, p. 437; ROXIN, C., y GRECO, L., 2020, 19/43; WELZEL, H., *Das Deutsche Strafrecht*, Berlín (de Gruyter), pp. 145 ss.

Desde la perspectiva psicológica PRINZ, W., «Grundlagen und Bezug zum Strafrecht», *MschKrim* 97 (2014), objeto frente a los físicos que pretenden revivir el indeterminismo mediante la mecánica cuántica y la teoría del caos que el libre albedrío no está vinculado a indeterminados procesos casuales o azarosos, sino a la autodeterminación.

¹⁶ *Willensfreiheit und Strafrecht. Versuch einer gesellschaftsphilosophischen Grundlegung*, Leipzig y Viena, 1932, p. 48.

¹⁷ HÖRNLE, T., 2013, pp. 62 s.

rácter ondulatorio. De una teoría física no se pueden deducir conclusiones normativas.

III. EL DETERMINISMO NEUROLÓGICO Y EL DERECHO PENAL DE LA CULPABILIDAD

La defensa de un Derecho Penal de la culpabilidad no tiene que pasar necesariamente por asumir un indeterminismo neurológico que parta de que nuestros procesos neuronales y conductas no se encuentran sometidos a las leyes de la naturaleza, por lo que tendrían siempre su origen en una libre voluntad consciente que carece de pasado o que inicia de manera absolutamente incondicionada o independiente de la causalidad un nuevo proceso causal.

Como señala con razón Merkel¹⁸, el concepto de determinismo es ambiguo y tiene diversas acepciones (físico, lógico, psicológico, metafísico, etc.) con innumerables variantes. Pero de alguna manera todas estas variantes tienen que ver con regularidades causales o naturales.

El término neurodeterminismo es usado como algo diferenciado del determinismo como tesis cosmológica¹⁹. Aquel concepto se limita a los procesos neuronales o cerebrales, por lo que no se enfrenta a la cuestión del determinismo universal, es decir, si es cierto que todo el universo se encuentra determinado. Se ha definido también como un «determinismo actual», que sería un modelo de determinismo complejo: los comportamientos se van determinando paso a paso a lo largo de la vida de una persona, entrecruzándose continuamente factores diversos. Desde esta perspectiva se entendería el cerebro como un sistema altamente complejo que no estaría determinado en sentido fuerte, sino más bien «cuasi-determinado»²⁰. Con esto se quiere poner de manifiesto que los sistemas psíquicos no son máquinas triviales que reaccionen uniformemente a estímulos, sino de forma enormemente diferenciada de acuerdo a su memoria, biografía, socialización y experiencias. Se puede hablar de «multideterminismo» o de procesos neuronales multideterminados que tienen un gran

¹⁸ 2012, p. 42; 2014, p. 19.

¹⁹ FEIJOO SÁNCHEZ, B., 2012, p. 72, con referencia a HERZBERG y MERKEL, R.; MOSCH, S., 2018, pp. 46 ss.

²⁰ ROTH, G., y MERKEL, G., »Freiheitsgefühl, Schuld und Strafe«, en Grün, K. J. (ed.), *Entmoralisierung des Rechts, Massstäbe der Hirnforschung für das Strafrecht*, Gotinga (Vandenhoeck & Ruprecht), pp. 64 s. y PAUEN, M., y ROTH, G., *Freiheit, Schuld und Verantwortung. Grundzüge einer naturalistischen Theorie der Willensfreiheit*, Fráncfort (Suhrkamp), pp. 38, 110 ss.

número de elementos que, mediante su interacción, producen comportamientos no triviales que no pueden explicarse teniendo en cuenta sus componentes por separado (emergencia).

En este sentido señala Fuster²¹ que, si bien «es verdad que tras cada decisión no hay, en última instancia, nada más que causa y efecto termodinámicos en algún lugar del cerebro en un momento u otro» y «por tanto, al parecer queda poco margen para las opciones individuales», «no obstante, este margen se amplía a costa del determinismo si tenemos en cuenta que la mayoría de las transacciones neurales, sobre todo en la corteza cerebral, son no lineales y probabilísticas, no están determinadas exclusivamente por el yo sino por cambios a nuestro alrededor y por decisiones de los demás. En efecto, el margen para la volición libre se amplía si tomamos en consideración la enorme multiplicidad de influencias que intervienen en casi todas nuestras decisiones –si no las condicionan-. Con la experiencia, los grados de libertad se multiplican literalmente, y en consecuencia también las opciones. La libertad para decidir puede permanecer limitada y relativa, pero en niveles tan elevados de flexibilidad que el razonamiento determinista acaba siendo discutible».

Este concepto de determinismo se aparta del concepto clásico de determinismo lineal que parte, en esencia, de la existencia de un universo causalmente cerrado que se puede explicar o reducir a leyes causales generales. Este concepto característico de la física clásica viene representado por el espíritu del matemático francés Pierre Simon de Laplace²²: «hemos de considerar el estado actual del universo como el efecto de su estado anterior y como la causa del que ha de seguirle. Una inteligencia que en un momento determinado conociera todas las fuerzas que animan a la naturaleza, así como la situación respectiva de los seres que la componen, si además fuera lo suficientemente amplia como para someter a análisis tales datos, podría abarcar en una sola fórmula los movimientos de los cuerpos más grandes del universo y los del átomo más ligero; nada le resultaría incierto y tanto el futuro como el presente estarían presentes ante sus ojos».

Se trata de una inteligencia que, conociendo en un determinado momento todos los parámetros y leyes naturales, está en posición de reconstruir el pasado y prever toda la evolución del mundo en el futuro ya que si todo lo que sucede viene determinado por lo que ha pasado antes, sólo puede suceder de una determinada manera. Esta inteligencia representa el determinismo epistemoló-

²¹ 2014, p. 203. En un sentido similar BRAUN, H. A., «Determinismus und Zufall in der Neurophysiologie-Die Frage des freien Willens», Höfling, F., y Tretter, F. (ed.), *Homo neurobiologicus – Ist der Mensch nur sein Gehirn?*, Múnich (Hanns-Seidel-Stiftung), 2013, pp. 59 ss.

²² *Ensayo filosófico sobre las probabilidades*, Madrid (Altaya), 1995 (original 1814), p. 25.

gico, de acuerdo con el cual sería posible predecir todo lo que va a suceder en el mundo. Esta concepción clásica del determinismo está vinculada a las ideas de predecibilidad y necesidad.

Este concepto estricto de determinismo caracterizado por la causalidad lineal y la predecibilidad de conformidad con leyes causales no es el único concepto posible de determinismo. Si se identifica el determinismo con tal concepción es lógico el rechazo por parte de la doctrina jurídico-penal en defensa del Derecho Penal de la culpabilidad, ya que ello implicaría con respecto a las conductas una causalidad lineal que conduciría al fatalismo moral (si X siempre Y) y a una predecibilidad segura que chocan con nuestras intuiciones. Pero, como ya se ha señalado, no es este el concepto de determinismo utilizado desde las neurociencias.

Esto es de gran relevancia ya que, en cuanto el concepto de determinismo se va ampliando con respecto a la concepción clásica, abarcando la mera probabilidad y no quedando reducido a la predecibilidad segura (paradoja del gato de Schrödinger), pierde relevancia para el debate jurídico-penal.

Teniendo en cuenta la física moderna es dudoso que podamos hablar en propiedad de un mundo físico causalmente determinado en el sentido de la mecánica clásica, de tal manera que todos los sucesos del mundo están pre-determinados o son regulares de acuerdo a leyes científicas (la idea de Laplace de que cada cosa se sigue de la anterior de manera predecible). Sin embargo, como ya he señalado, ese es un debate científico y de filosofía de la ciencia que poco afecta a los aspectos esenciales de la imputación jurídico-penal. Cuando un sector de la doctrina recurre a la mecánica cuántica para defender el indeterminismo, en realidad sólo está poniendo en cuestión una determinada concepción clásica del determinismo. Mientras que la física clásica describe un universo que es estrictamente determinista, la física cuántica introduce lo impredecible y la incertidumbre como parte inherente del cosmos, al menos a nivel subatómico. No necesitamos, sin embargo, desarrollar una teoría completa del universo para racionalizar los procesos sociales de imputación²³.

En lo que aquí interesa, cuando hablamos de neuro-determinismo referido a la conducta humana, se está afirmando que son aplicables al funcionamiento del cerebro las leyes de la termodinámica, la física y la química. El determinismo neuronal o neurofisiológico implica que todas las decisiones y acciones se encuentran determinadas completamente por procesos neuronales (cerebro) que a su vez son determinados por otros procesos neuronales. Y todo ello es susceptible de explicación científica.

²³ HÖRNLE, T., 2013, pp. 16 s.

Siendo esto así, queda enormemente relativizada la incompatibilidad de un punto de partida determinista con el Derecho Penal de la culpabilidad. De hecho, cuanto más compleja es la multideterminación, más se acerca a la indeterminación y más difícil es hablar de condiciones o factores determinantes, por lo que la diferencia se convierte en una cuestión terminológica o de matices y en un problema más aparente o terminológico que real. Por otro lado, una determinación compleja impide una predicción con una seguridad del 100 %. De esta manera se rompe la relación establecida por el determinismo clásico entre determinismo y necesidad y predecibilidad segura.

Se podría aprovechar para el presente debate el concepto de «determinismo sistémico» o «determinismo estructural» propuesto por los biólogos Maturana y Varela²⁴. El primero señala como «uno de los obstáculos principales para comprender fenómenos históricos en general, y fenómenos humanos y biológicos en particular, es nuestra tendencia cultural de pensar en términos lineales, causales». Esto es más obvio si se caracteriza el cerebro como un sistema operacionalmente cerrado. Como ha señalado Mosch²⁵, el moderno «determinismo multicausal» o «determinismo sistémico-dinámico» que se basa en determinaciones no lineales y probabilísticas²⁶ y el moderno indeterminismo o libertarismo no se diferencian en la actualidad ya con la misma radicalidad y con el paso del tiempo han acercado posturas. Ambos coinciden en que la conducta humana se encuentra entrelazada con una red compleja.

Lo que nos están demostrando las neurociencias es que los seres humanos estamos multi- o pluri-determinados (neuro-determinismo como modalidad de «determinismo sistémico»). Somos sistemas psicofísicos complejos multi-determinados por multitud de factores, tanto naturales (biológicos, genéticos, epigenéticos, químicos, etc.) como sociales. Ello no tiene nada que ver, sin embargo, con un determinismo mono-causal o lineal (con su simplista si... entonces... o siempre que X el resultado es Y; p. ej., siempre que un varón sufre abusos sexuales en la niñez se convierte en un adulto agresivo) que convertiría en inviable el Derecho Penal de la culpabilidad. Lo que caracteriza a los sistemas complejos –tema de moda tras la concesión de los premios Nobel

²⁴ MATURANA ROMESÍN, H., «Determinismo sistémico contra determinismo genético», en <https://www.iieh.com/index.php/categories/evolucion-ambiente/de-fondo/determinismo-sistemico-contra-determinismo-genetico-sp-777>. Vid. también BAECKER, D., *Neurosoziologie. Ein Versuch*, Berlín (Suhrkamp), 2014.

²⁵ 2018, pp. 28 ss.

²⁶ NEDOPIL, N., «Das Infragestellen der Schuld und die Folgen für das Strafrecht aus forensisch-psychiatrischer Sicht», AAVV, *Schuld und Strafe*, Múnich (C. H. Beck), 2012, p. 67, hace referencia a la relevancia que pueden tener en este ámbito los cálculos estocásticos que tienen en cuenta el azar y los factores aleatorios.

de física del 2021— es que constan de muchas partes diferentes que interactúan entre sí y su unión supone más que la suma de sus componentes, apareciendo propiedades nuevas o dando lugar a un comportamiento emergente que se caracteriza por una aleatoriedad difícil de entender.

Hay que aceptar que no es verosímil partir de un albedrío o una voluntad humana que se pueda liberar de esta pluri— o multi—determinación. La culpabilidad siempre tiene un pasado que se podría explicar científicamente. Las acciones que definimos como culpables y que castigamos para estabilizar normas están más condicionadas por el pasado que lo que pensábamos hace cuarenta años.

Sin embargo, el Derecho Penal de la culpabilidad por el hecho no queda invalidado porque las decisiones y acciones humanas sean fruto de procesos neuronales en el cerebro que dependen o tienen su origen en otros procesos neuronales y todo ello tenga una —cada vez más desarrollada— explicación científica. La conclusión debe ser otra: el Derecho Penal de la culpabilidad, el delito y la pena deben ser fundamentados al margen del libre albedrío.

Para respaldar que desde la perspectiva que se ha defendido en este trabajo no existe incompatibilidad entre los avances científicos y las bases del Derecho Penal vigente me gustaría citar aquí a dos neurocientíficos españoles de primer nivel. Señala Delgado como «nuestros conceptos actuales de libertad y responsabilidad penal son perfectamente sostenibles con los conocimientos disponibles de la neurofisiología cerebral»²⁷. Fuster²⁸, en la línea de Gazzaniga, también afirma que «los neuroéticos no ponen en duda la responsabilidad legal» y las ideas sobre la libertad o la responsabilidad de la neurociencia no tienen que ser incompatibles con la perspectiva jurídica²⁹.

²⁷ 2013, p. 14.

²⁸ 2014, p. 310.

Señala este autor que, si bien «la neurociencia moderna es, por regla general, determinista y reduccionista, contraria a la idea de que en el cerebro haya un lugar para el libre albedrío o cualquier otra clase de entidad «contra-causal»», «gracias a ciertos avances recientes en la neurociencia cognitiva, o sea, la neurociencia del conocimiento, este panorama está a punto de cambiar o está cambiando ya. Si hablamos de cognición humana, el determinismo y el reduccionismo han dejado de ser los faros que guiaban nuestro discurso. Ello no significa que el libre albedrío pueda reivindicar en el cerebro ninguna plaza de soberanía en forma de entidad diferenciada o conjunto de mecanismos neurales. Lo que sí significa es que nuestro conocimiento científico del cerebro humano está abierto a alojar la libertad; es decir, a alojar nuestra capacidad para actuar como agentes causales libres, bien que con limitaciones físicas y éticas» (pp. 21 s.).

²⁹ Más referencias en FEJOO SÁNCHEZ, B., 2012, p. 75; FRISCH, W., 2012, pp. 31 s., 52; HILLENKAMP, T., *ZStW* 2015, pp. 81 s. *Vid.* el Memorandum «Reflexive Neurowissenschaft» de 2014 como respuesta al conocido manifiesto del año 2004 publicado en *Gehirn und Geist* (www.gehirn-und-geist.de/manifest) en el que participaron ROTH y SINGER.

DETERMINACIÓN DE LA CUANTÍA DE LA MULTA AL DICTAR SENTENCIA SEGÚN LA CAPACIDAD ECONÓMICA DE LA PERSONA JURÍDICA

JUAN LUIS FUENTES OSORIO*

I. INTRODUCCIÓN

El modelo de responsabilidad de las personas jurídicas recoge como pena principal y obligatoria la multa desde la reforma que introduce la LO 5/2010 de 22 de junio. Esta puede ser proporcional y por días-multa. Ambas son dos formas de aproximación al siguiente objetivo: obtener una pena limitadora del patrimonio de la persona jurídica en una cuantía que sea disuasoria y proporcional al hecho cometido y a la capacidad de pago¹ (lo que conduce, al mismo tiempo, a una igualdad en el sacrificio²). La obtención de este equilibrio se enfrenta a numerosas dificultades.

En un contexto que acepta que las personas jurídicas son entes cuyo comportamiento criminal responde a un criterio de «elección racional», la efectiva

* Profesor Titular de Derecho Penal. Universidad de Jaén.

¹ Vid. FARALDO CABANA, P., «Towards Equalisation of the Impact of the Penal Fine: Why the Wealth of the Offender was Taken into Account», *IJCJ&SD*, 3(1), 2014, p. 6; CARDENAL MONTRAVETA, S., *La pena de multa. Estudio sobre su justificación y la determinación de su cuantía*, Madrid (Marcial Pons), 2020a, pp. 25 ss.

² Vid. CACHÓN CADENAS, M., y CID MOLINÉ, J., «La pena de días-multa como alternativa a la prisión», *Penas alternativas a la prisión*, Barcelona (Bosch), 1997, pp. 52 ss.; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., «La pena de multa», *Studia Iuridica*, núm. 17, 1999, p. 61; VARONA GÓMEZ, D., «La reforma de las penas no privativas de libertad (LO 15/2003): ¿Un paso adelante en el sistema de penas alternativas a la prisión?», *REIC*, AC-04-04, 2004, p. 6; FARALDO CABANA, F., «Pecuniary Punishments», *Oxford Research Encyclopedia of Criminology*, Oxford, 2018, p. 4; CARDENAL MONTRAVETA, 2020a, pp. 25 ss.; ÍDEM, «La pena de multa prevista para los delitos relacionados con el consumo de drogas», *InDret*, 1-2020b, p. 179.

capacidad disuasoria de la multa exige, en primer lugar, que alcance una dureza mínima, superior a los costes de cumplimiento y al beneficio obtenido con la infracción³. La búsqueda de este mínimo disuasorio puede culminar en una cuantía elevada que genere efectos colaterales no deseados y no tenga un impacto equivalente en la reducción del delito. Así, cuando se sitúe por encima de la capacidad de pago de la persona jurídica su imposición puede poner en riesgo su supervivencia y afectar a terceros inocentes (acreedores, trabajadores y clientes)⁴. La percepción de desproporción de la sanción por las consecuencias negativas sobre terceros puede ser un factor que presione a los tribunales para que no impongan multas elevadas⁵. La concurrencia de todos estos factores desemboca en una celada conocida como *deterrence trap*⁶: si la multa no alcanza una severidad mínima puede no disuadir, pero si se sitúa por encima de la capacidad de pago puede igualmente no ser intimidatoria porque el destinatario sabe que no puede cumplirla o que será «ajustada» con posterioridad.

Se requiere, por tanto, una multa eficiente: disuasoria, adaptada a la gravedad del delito y económicamente asumible por la persona jurídica. La multa por cuotas y proporcional buscan este doble objetivo con diferentes mecanismos. Adaptan la cuantía a la gravedad del delito fijando un número de días o una proporción. La situación económica se tiene en cuenta para concretar la cuota diaria o perfilar el marco de proporcionalidad establecido en un primer momento y la cuantía final. En este trabajo únicamente me voy a detener en una de las diversas cuestiones que surgen en este proceso: ¿qué criterio debemos emplear para determinar la cuantía de la multa al dictar sentencia en función de la capacidad económica de la persona jurídica?

³ Por otra parte, la probabilidad conocida (y sobre todo percibida) de sanción y de la celeridad de su imposición son factores que también condicionan la disuasión (de hecho, se acepta que las sanciones son más eficaces cuanto más segura sea la probabilidad de su imposición tras cometer un delito) y que influyen sobre la cuantía mínima disuasoria de la multa.

⁴ Fenómeno denominado *overspill*, Vid. COFFEE, J. C., «No soul to damn: no body to kick»: an unsandalized inquiry into the problem of corporate punishment», *Michigan Law Review*, vol. 79, núm. 3, 1981, pp. 401 ss.; FARALDO CABANA, P., «¿Es la multa una sanción apropiada para las personas jurídicas?, *Prisión y alternativas en el nuevo Código Penal tras la reforma 2015*, Madrid (Dykinson), 2016, p. 319.

⁵ Efecto denominado *nullification*, Vid. COFFEE, J. C., 1981, pp. 405 ss., Vid. NAGIN, D. S., «Criminal deterrence Research at the Outset of the Twenty-First Century», *Crime and Justice*, vol. 23, 1998, p. 9; HAMDANI, A., y KLEMENT, A., «Corporate Crime and Deterrence», *Stanford Law Review*, vol. 61, núm. 2, 2008, p. 278; FARALDO CABANA, P., 2016, p. 320.

⁶ Vid. COFFEE, J. C., 1981, pp. 389 ss., 407; GREEN, G. S., y BODAPATI, M., «The «Deterrence Trap» In the Federal Fining of Organization: A Research Note», *Criminal Justice Policy Review*, v. 10, issue 4, 1999, p. 548; PARKER, C., «The «Compliance» Trap. The Moral Message in Responsive Regulatory Enforcement», en *The Law & Society Reader II*, New York, Londres, 2014, pp. 84 ss.; FARALDO CABANA, P., «Acerca de la idoneidad de la sanción pecuniaria para personas jurídicas. Una reflexión de Derecho español con apuntes de Derecho italiano», *Economía y Derecho penal en Europa: una comparación entre las experiencias italiana y española*, A Coruña (Universidad da Coruña), 2015a, pp. 263, 267.

II. UN PORCENTAJE DE LOS INGRESOS NETOS ANUALES DE LA PERSONA JURÍDICA CONDENADA

1. La concreción por parte del juez o tribunal de la cuota o de la cuantía total de la multa en función de la situación económica de la persona jurídica exige indagar y conocer cuál es esa situación y fijar unos límites que actúen como baremos mínimos y/o máximos. Sin embargo, hay una tendencia a imponer la multa sin realizar una investigación sobre la situación económica del penado o en todo caso limitada a los datos que declara o a aquello que está a la vista⁷. Además, carecemos de baremos legales y jurisprudenciales que establezcan de manera uniforme el importe de las cuotas y la cuantía final de la multa proporcional adecuada a la situación económica del penado, aunque esta operación sea una exigencia recogida por los artículos 50 y 52 CP para ambos tipos de multas para las personas físicas y jurídicas⁸. No son déficits exclusivos de las multas impuestas a las personas físicas. Por ejemplo, en el análisis de las 15 sentencias condenatorias de las personas jurídicas que he encontrado en el 2020 (sin incluir las que confirman condenas previas), se aprecia que 10 ni justifican la multa impuesta, ni investigan la situación económica. En las 5 sentencias que jus-

⁷ VARONA GÓMEZ, D., *REIC*, AC-04-04, 2004, p. 5, indica que solo en un 10% de los casos se investiga la capacidad económica del condenado para fijar la cuota (en las multas para personas físicas). En el mismo sentido crítico BARQUÍN SANZ, J., «La pena de días multa en la práctica judicial española», *Libro homenaje al Profesor Diego Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario*, Madrid (Reus), 2020, pp. 1244 s.; *idem*, «Responsabilidad criminal corporativa en el marco de la corrupción política. Penas aplicables: normativa y jurisprudencia», *Respuestas jurídicas frente a la corrupción política*, Madrid (Dykinson), 2021, p. 344. Ausencia de investigación que conduce habitualmente a la imposición de las cuotas próximas al mínimo legalmente previsto ya que no se considera necesario fundamentar la cuantía final de la multa en esos supuestos (*Vid.* SSTS 699/2016 de 9 de septiembre, fd. 32; 438/2018 de 3 de octubre, fd. 133; 230/2019 de 28 de mayo, fd. 6.3). Críticamente CARDENAL MONTRAVETA, 2020, pp. 101 ss.; BARQUÍN SANZ, 2021, p. 344.

⁸ *Vid.* críticamente GUIL ROMÁN, C., «El sistema de días-multa y la incorrectamente llamada pieza de responsabilidad civil», *Diario La Ley*, D-137, 2001, p. 4 (paginación según texto *on-line*); CACHÓN CADENAS, M. J., «La pena de días-multa: el difícil juicio sobre la capacidad económica del acusado», *Problemas actuales de la justicia penal*, Barcelona (Bosch), 2001, pp. 202. ROCA AGAPITO, L., «La reforma de la pena de multa. Lo que hace y deja de hacer el Proyecto de 2006 de reforma del Código Penal español con respecto a la pena de multa», *La adecuación del Derecho penal Español al ordenamiento de la Unión Europea: La política criminal Europea*, Valencia (Tirant lo Blanch), p. 159, mantiene que debería establecerse «[...] por ley un porcentaje fijo de detracción de la capacidad económica del sujeto (por ejemplo, una fracción de sus ingresos)». Excepcionalmente alguna jurisprudencia dividió el marco legalmente previsto para la multa por cuotas (2-400 €) en diez tramos para distinguir en el más bajo de ellos entre pena de multa en su grado mínimo y su mínimo absoluto, reservado para las situaciones de indigencia o miseria, *Vid.* SSTS 1207/1999 de 7 de abril (fd. 5); 1377/2001 de 11 de julio (fd. 5); 1265/2005 de 31 de octubre (fd. 8).

tifican la multa, 2 no indagan la situación económica⁹. En las que se atiende a este último aspecto (3) una se remite en exclusiva a la escritura de constitución de la sociedad¹⁰, otra se apoya en que tiene actividad económica¹¹, una última se fundamenta en la precariedad económica contrastada en que se encontraba la empresa¹². Ninguna presenta un criterio expreso para adaptarse a la situación económica.

2. ¿Qué parámetros se deben considerar para evaluar la situación patrimonial? Para las personas físicas el CP señala, solo respecto a la multa por cuotas, que se debe tener en cuenta el patrimonio, ingresos, obligaciones y cargas familiares y demás circunstancias personales (art. 50.5 CP). Se utiliza, por tanto, el patrimonio total¹³. No obstante, también hay autores que prefieren recurrir a los ingresos netos anuales¹⁴.

No hay una indicación para las personas jurídicas¹⁵. Existen diversos conceptos contables que informan sobre la situación de la empresa que se podrían utilizar: volumen de negocios, beneficio bruto, beneficio neto o resultado contable neto, patrimonio neto. Algunos se aplican ya a las personas jurídicas en otros contextos sancionatorios o impositivos. Por ejemplo, las sanciones establecidas en la ley 15/2007 de 3 de julio de Defensa de la competencia se fijan sobre un porcentaje del volumen de negocios totales del ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa (art. 63 LDC). En el impuesto sobre sociedades se habla de renta para concretar el hecho y la base imponible (arts. 4, 10 LIS). Con ello se refiere al resultado contable neto (antes de que se haya cobrado el impuesto).

3. Considero que en la pena de días-multa la situación económica se debería precisar en función de los ingresos o beneficios netos¹⁶ (descontando

⁹ Vid. SAP Lugo 24/2018 de 13 de julio; SAP Huelva 52/2020 de 15 de febrero. Esta ausencia resulta especialmente relevante en esta última, ya que no expone el criterio utilizado para fijar una cuota de 10 € a la persona jurídica, inferior al límite legal.

¹⁰ Vid. SAP Madrid 550/2020 de 19 de noviembre (fd. 15).

¹¹ Vid. SAP Albacete 327/2020 de 14 de diciembre (fd. 15).

¹² Vid. SAN 14/2020 de 6 de octubre (fd. 16).

¹³ Vid. Díez RIPOLLÉS, J. L., *Derecho Penal Español. Parte General*, 5.ª ed., Valencia (Tirant lo Blanch), 2020, pp. 751 ss.

¹⁴ Así para la multa por cuotas para las personas físicas CARDENAL MONTRAVETA, S., 2020a, pp. 87, 94. No obstante, añade que en ocasiones hay que considerar el patrimonio total. No se valorará cuando sea muy reducido, pero si es muy elevado no tomarlo en consideración restaría eficacia preventiva a la multa, CARDENAL MONTRAVETA, S., 2020a, p. 96.

¹⁵ Omisión que crítica Díez RIPOLLÉS, J. L., 2020, p. 760.

¹⁶ Incluyendo los rendimientos que provengan del patrimonio.

todos los gastos por impuestos¹⁷) del año anterior al que se dicte sentencia¹⁸. Este concepto da una imagen actualizada de la situación de la persona jurídica condenada y de su capacidad de pago que permite valorar comparativamente el peso que tendría la inclusión de la multa como un gasto adicional anual. Así mismo, es una información accesible para los órganos judiciales. Sobre este concepto se fijará el ingreso neto diario (para años de 360 días)¹⁹. La cuantía de cada cuota no deberá ser inferior al 25% ni superior al 40% del ingreso neto diario²⁰. Este intervalo supondría sobre los ingresos brutos, sin descontar el tipo de gravamen del impuesto de sociedades²¹, una cantidad equivalente al 18,75-30%. El punto débil de la multa por cuotas reside en que puede tener una cuantía muy baja. El marco porcentual propuesto permite garantizar un nivel de alictividad mínimo. Por otro lado, se requiere un intervalo y no un porcentaje fijo, en primer lugar, para resolver el problema de la percepción subjetiva de las pérdidas que con un mismo porcentaje sería mayor para las personas jurídicas con ingresos más bajos²². En segundo lugar, este marco da un espacio para valorar otros aspectos patrimoniales y gastos no incluidos en los ingresos netos anuales.

Si la cuantía máxima prevista por la ley para cada cuota (5000 €, art. 50.4 CP) fuera inferior a este 25% (porcentaje mínimo) se establecería esta como cuota diaria y de forma suficientemente motivada. Ello sucederá cuando las personas jurídicas tengan unos ingresos netos anuales superiores a los 7.200.000 €. A partir de esta cuantía, la limitación legal de la cuota máxima impide incrementar progresivamente la alictividad de la multa.

¹⁷ Resultado contable después de impuestos (RDI) según la terminología utilizada por la Agencia Tributaria.

¹⁸ CACHÓN CADENAS, M., y CID MOLINÉ, J., 1997, p. 41, sostienen respecto a las multas por cuotas que «los sistemas existentes, normalmente, equiparan capacidad económica a renta neta». En relación con la persona jurídica la SAP Madrid 491/2018 de 9 de julio (fd. 5) se aproxima a este criterio cuando declara: «[...] fijamos [la multa de dos años] en 100 euros al día, teniendo en cuenta los datos de las operaciones que constan en el informe tributario [...]».

¹⁹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., «La regulación de la multa en el Código penal Español de 1995», *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XX, 1997, p. 234, lo denomina promedio diario de ingresos netos reales.

²⁰ Respecto a las personas físicas GUIL ROMÁN, C., *Diario La Ley*, D-137, 2001, p. 4, indica que «en Suecia la multa se fija atendiendo a un tercio de los ingresos netos del penado y sobre la base de un sistema de tablas orientativas anuales»; CACHÓN CADENAS, M., y CID MOLINÉ, J., 1997, pp. 41, 52, mantienen que lo habitual en los sistemas de días-multa es 1/3 de la renta neta diaria; CARDENAL MONTRAVETA, S., 2020a, pp. 86 ss. fija el límite en la mitad de los ingresos netos que el penado obtiene por término medio diariamente.

²¹ Resultado contable antes de impuestos (RAI) según la terminología utilizada por la Agencia Tributaria. El tipo general de gravamen será el 25% (art. 29.1 Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades).

²² Críticos en este sentido CACHÓN CADENAS, M., y CID MOLINÉ, J., 1997, n. 5. *Vid.* también FARALDO CABANA, P., 2018, p. 9.

Tabla 1
Cuantía multa por cuotas (según criterio propuesto)

Duración	Ingresos netos anuales (RDI)	Ingreso neto diario	Intervalo de cuota diaria (25-40%)	Cuantía final
1 año	50.000 €	138,8	34,7 – 55,52	12.492,0 – 19.987,2
	200.000 €	555,5	138,8 – 222,2	49.968,0 – 79.992,0
	3.000.000 €	8333,3	2.083,3 – 3333,32	749.988,0 – 1.199.995,0
	4.500.000 €	12.500,0	3.125 – 5.000	1.125.000 – 1.800.000
	7.200.000 €	20.000,0	5.000,0 – 8.000,0	1.800.000
	10.000.000 €	27.777,7	8.333,3 – 11.111,1	1.800.000

Por último, hay que recordar que existe la posibilidad de fraccionar el pago (durante 5 años para las personas jurídicas, art. 53.5 CP). Se puede, en consecuencia, reducir el impacto de la cuantía que corresponda al porcentaje seleccionado de los ingresos netos diarios al distribuirla entre un mayor número de años.

4. En la multa proporcional partimos igualmente del ingreso neto anual. Ahora no necesitamos un intervalo porcentual, sino un límite porcentual máximo. Ello se debe a que en la multa proporcional no tenemos que garantizar que se imponga un mínimo que sea suficientemente afflictivo. En esta multa la cuantía final es el resultado de multiplicar la proporción (tanto, doble, etc.) por el objeto de referencia establecido en el tipo penal (p.e. el beneficio obtenido). En un segundo momento tenemos que comprobar que la cantidad obtenida mediante esta multiplicación no supera un tope que se adecua a la capacidad económica del penado. Propongo que la cuantía de la multa proporcional final no sea superior al 40% del ingreso neto anual en el año anterior a dictar sentencia multiplicado por 5. Este último número se corresponde con la duración máxima de la multa por cuotas para las personas jurídicas (hasta 5 años). De este modo se consigue que la cantidad resultante coincida con la máxima que se podría obtener durante ese periodo con la multa por cuotas, generando una equivalencia entre ambas clases de multas.

Debo realizar tres precisiones.

i. La modulación en función de la situación económica ya se debe haber tenido en cuenta al elegir una proporción dentro del marco final producto de las modificaciones cualitativas y cuantitativas por la gravedad del injusto y la culpabilidad²³.

²³ Si tras valorar las cuestiones de merecimiento resulta un marco del tanto al doble, la situación económica será el factor para elegir un porcentaje concreto.

ii. La cantidad máxima de la multa proporcional será igual al porcentaje máximo sobre los ingresos netos diarios propuesto para la multa por cuotas durante 5 años²⁴. Ahora bien, esta paridad se pierde a partir de los 9.000.000 €. Esta cuantía es el límite máximo legal para las multas por cuotas (360 x 5 x 5000). La multa proporcional, en cambio, puede ser superior ya que no se ha previsto ningún límite semejante para ella. En concreto, esta equivalencia desaparecerá a partir de ingresos netos anuales superiores a 4.500.000 € (*Vid.* tabla 2). Se confirma así que el problema de la escasa severidad de la pena de días-multa reside en la previsión legal de una cuota máxima. El establecimiento de un porcentaje de los ingresos netos anuales permitiría prescindir de un límite legal en la cuantía de la cuota sin perder afflictividad en relación con los penados con mayores recursos y, al mismo tiempo, garantizar que la cuota no será desproporcionada.

iii. Se puede incluir una regla adicional para evaluar la situación patrimonial de la persona jurídica. Si la cuantía resultante de aplicar la proporción máxima propuesta sobre los ingresos netos anuales (por cinco) fuera inferior a la mitad de la que sigue de multiplicar el porcentaje fijado en el caso concreto por el objeto de referencia (el beneficio obtenido, p.e.) se podría incrementar la cuantía máxima total con un 5% del valor del patrimonio total del año anterior al que se dicte sentencia. Este porcentaje reducido permite un aumento de la cantidad máxima de la multa proporcional de manera proporcional al patrimonio de la persona jurídica y sin que ello tenga necesariamente graves consecuencias económicas.

Tabla 2

Cuantía multa proporcional (según criterio propuesto) comparada con la multa por cuotas

Ingresos netos anuales	Cuantía máxima pena proporcional	Cuantía máxima por cuotas para penas de 5 años	
			Límite legal máximo
50.000 €	100.000	99.936	9.000.000
3.000.000 €	6.000.000	5.999.975	
5.000.000 €	10.000.000	9.995.762	
10.000.000 €	20.000.000	19.999.980	

²⁴ Cuantía que equivale al doble del RDI anual.

III. AJUSTES EN LA CUANTÍA POR DUPLICIDAD DE MULTAS SOBRE LA PERSONA FÍSICA Y JURÍDICA

1. El artículo 31 ter CP añade otro mecanismo de ajuste de la cuantía de la multa impuesta a las personas jurídicas. Nos indica que «cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas [scil. persona física y jurídica] la pena de multa, los jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquéllos»²⁵.

2. Este mecanismo genera dudas. Esencialmente porque la compensación parece propia de una estructura de la responsabilidad penal compartida entre persona física y jurídica que no encaja con la separación entre ambas recogida en el artículo 31 ter.1 y 2 CP²⁶. Es cierto que tiene poco sentido en un modelo de responsabilidad autónoma de las personas jurídicas pues, aunque pueda haber una identidad en el hecho, no la habrá en el sujeto²⁷, ni en el fundamento²⁸, de manera que no se puede producir una infracción del non bis in ídem²⁹. Por ello se especifica que el auténtico objetivo de este artículo, en este modelo autónomo, debe ser evitar una desproporción, por doble sanción, cuando haya una identidad patrimonial entre la persona física (habitualmente el administrador) y la persona jurídica (su titular)³⁰. Ahora bien, en primer lugar, el artículo 31 ter CP no exige esta

²⁵ Vid. al respecto FARALDO CABANA, P., «Las penas», *Memento Experto Responsabilidad Penal y Procesal de las Personas Jurídicas*, Madrid (Francis Lefebvre), 2015b, marg. 833; LEÓN ALAPONT, J., *La responsabilidad penal de los partidos políticos*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2019, pp. 396 ss.

²⁶ Vid. FARALDO CABANA, P., 2015b, marg. 824; BARQUÍN SANZ, J., «Notas acerca del subsistema punitivo de las personas jurídicas», *Persuadir y razonar: estudios jurídicos en homenaje al José Manuel Maza Martín*, tomo II, Cizur Menor (Aranzadi), 2018, p. 127. Para GÓMEZ MARTÍN, V., «Penas para personas jurídicas: ¿ovejas con piel de lobo?», *Prisión y alternativas en el nuevo Código Penal tras la reforma 2015*, Madrid (Dykinson), 2016, p. 266, ello es un ejemplo de la falta de autonomía del injusto de las personas jurídicas.

²⁷ Vid. GALLEGO DÍAZ, M., «Las penas aplicables a las personas jurídicas en el Código Penal español», *Revista Penal*, 31, 2013, p. 98; ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., «Aproximación teórica y práctica al sistema de responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el Derecho penal español», *Derecho penal económico y de la empresa*, Santiago de Chile (Olejnik), 2018, p. 379.

²⁸ La persona física responde por la comisión del delito y la jurídica por el defecto organizativo que ha hecho posible ese delito, FARALDO CABANA, P., «La obligatoria modulación de las multas penales impuestas a la persona jurídica y a la persona física», *La Ley Penal (on line)*, núm. 115, Sección Estudios, 5091/2015, 2015c, p. 4.

²⁹ En este sentido Vid. STS 118/2020 de 12 de marzo (fd. 5).

³⁰ Vid. GÓMEZ MARTÍN, V., 2016, pp. 266 s.; ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., 2018, p. 380; DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas», *Derecho penal económico y de la empresa*, Madrid (Dykinson), 2018, p. 133; GOENA VIVES, B., «Las sanciones y otras consecuencias jurídicas», *Lecciones de Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte General y Especial*, Barcelona (Atelier), 2020, p. 208.

identidad. Por otro lado, a causa de la habitual separación entre los patrimonios de la persona jurídica y física únicamente puede darse esta coincidencia en las sociedades personalistas: colectiva y comanditaria simple³¹. Última reflexión que ha llevado a matizar jurisprudencialmente que la compensación no solo está prevista para situaciones de total identidad, también para aquellas en las que el administrador es socio de la entidad y tiene una participación total o elevada en ella³².

2. Esta reinterpretación del artículo 31 ter CP en un modelo de responsabilidad penal autónoma de las personas jurídicas tendría que dar un paso más y concluir que no se puede medir la desproporción por la gravedad de los hechos en un sentido estricto. Si así fuera no se tendrían que examinar las cuantías, sino el número de cuotas o las proporciones a los que han sido condenados (como hace, desde mi punto de vista erróneamente, la jurisprudencia). Sin embargo, según la exégesis expuesta del artículo 31.1 ter CP la desproporción se debe evaluar por la afectación que la cuantía de las multas tiene en el patrimonio compartido, siendo irrelevante la extensión concreta de ellas, fijadas según la gravedad del injusto y culpabilidad de cada sujeto. A partir de aquí quedaría pendiente por resolver cuándo se produce una desproporción que exija una modulación y cómo se realiza un reajuste en las cuantías de las multas. Mi propuesta para resolver ambas cuestiones es recurrir al modelo anteriormente planteado para adaptar la multa de cada persona a su situación económica. El uso de esta alternativa requiere dos precisiones adicionales para este caso: cuando no haya una identidad total habrá que sumar los ingresos netos «exclusivos» de la persona física a los de la persona jurídica; se tienen que realizar dos cálculos, para cada persona.

3. En las multas por cuotas hay que determinar si la suma de las cuotas diarias impuestas a cada persona es superior al 40% del ingreso medio neto diario (tope máximo propuesto). Si no lo supera no habrá desproporcionalidad y no será necesaria la modulación. Si lo excede se tendrán que ajustar las cuotas. Se reducirá la cuantía sobrante. Se descontará una cantidad a la cuota de cada persona en función del porcentaje que la cuantía de su cuota antes de la modulación represente respecto a la suma total de ambas cuotas.

³¹ Vid. FARALDO CABANA, 2015b, marg. 825; *idem*, 2015c, p. 4.

³² Vid. en esta línea las SSTs 583/2017 de 19 de julio (Segunda Sentencia, fd. 4); 746/2018 de 13 de febrero de 2019 (fd. 5).

Tabla 3
Modulación multas por concurrencia de persona física y jurídica

Persona física	Persona jurídica		Ingresos netos anuales conjuntos INCD	INCD diarios	40% INCD diarios	Desproporción	Descuento	Cuotas modificadas
	Multa	Ingresos netos anuales						
Ingreso neto anual adicional al de la persona jurídica								
1 año a 60 €	1 año a 200 €	200.000 €	210.000 €	583 €	233 €	27 € 60 + 200 (suma multas) - 233	18€ - persona jurídica (67%) 9 € persona física (23%)	51 € PF 192 € PJ

4. En las multas proporcionales se tendrá que comparar la cuantía total de las penas impuestas. Se calcula el 40% de los ingresos netos anuales del año anterior al que se dicta la sentencia. Se incluyen los de la persona jurídica y los adicionales de la persona física. Esta cantidad se multiplica por 5 para conseguir una equivalencia con la duración máxima de la pena de multa por cuotas. Cuando la suma total de las multas proporcionales impuestas es superior a esta cantidad límite habrá una desproporción igual a la diferencia. Esta se compensará según el porcentaje que la multa de cada persona represente respecto a la suma de ambas.

Tabla 4
Modulación multas proporcionales por concurrencia de persona física y jurídica

Persona física		Persona jurídica		Suma multas	40% INAC	Desproporción	Descuento	
Multa proporcional	Ingreso neto anual adicional de la persona jurídica	Multa proporcional	Ingresos netos anuales				PF	PJ
22.000 €	12.000 €	450.000 €	210.000 €	472.000 €	444.000 € (40% de 222.000 por 5)	28.000 €	1.288 € (4,6%)	26.715 € (95,4%)

5. Si las multas impuestas a la persona física y a la jurídica fueran de diferente naturaleza se utilizará el baremo expuesto para la pena proporcional para determinar si la cuantía total es desproporcionada.

Tabla 5

Modulación multas proporcionales y por cuotas por concurrencia de persona física y jurídica

Persona física		Persona jurídica		Suma multas	40% INAC	Modulaciones	
Multa por cuotas	Ingresos netos anuales adicionales a la persona jurídica	Multa proporcional	Ingresos netos anuales			49.000 € desproporción	
2 años a 60 € = 43.200 €	12.000 €	450.000 €	210.000 €	493.200 €	444.000 € (40% de 222.000)	5.586 € (11,4%)	43.414 € (88,6%)

6. Tanto en este modelo como en el desarrollado jurisprudencialmente se pueden modular las cuantías de las dos multas³³, y de forma desigual³⁴. En mi propuesta el reajuste de la desproporción requiere necesariamente la minoración de ambas³⁵, de modo que no será suficiente la rebaja de una de ellas³⁶. Es cierto que conforme con el argumento de la identidad en el patrimonio de la persona física y jurídica lo importante es que se altere el monto total. No obstante, como también he señalado, se admiten numerosas situaciones en las que esta identidad no es plena. En estos casos únicamente la compensación de ambas multas permite reducir sus cuantías manteniendo una afflictividad proporcional a su aportación a la suma total de ambas.

³³ Vid. LEÓN ALAPONT, J., 2019, p. 398; Díez RIPOLLÉS, J. L., 2020, pp. 763.

³⁴ Vid. Díez RIPOLLÉS, J. L., 2020, pp. 763.

³⁵ Así también GALLEGO DÍAZ, M., 2013, p. 98; Díez RIPOLLÉS, J. L., 2020, pp. 763.

³⁶ Considera suficiente la rebaja de una de ellas para FARALDO CAABANA, P., 2015b, marg. 827. Así lo hace STS 746/2018 de 13 de febrero de 2019 (reduce a la mitad la pena de multa de la persona jurídica). Por ese motivo tampoco considero adecuadas otras soluciones como la imputación en exclusiva de la persona jurídica (así AAP LO 464/2019 de 10 de diciembre fd. 2, lo que además, dejaría sin responsabilidad penal a la persona física, que podría evitar incluso una pena privativa de libertad) o de la persona física (cuando haya una identidad «absoluta y sustancial», Vid. Circ. FGE 1/2011 II.1; Circ. FGE 1/2016, 3; ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., «Responsabilidad penal de las personas jurídicas», *Memento penal y Económico de la Empresa*, Madrid (Francis Lefebvre), 2016, marg. 1326 – referidos, empero, al supuesto de sociedades pantalla-; SAP Barcelona 361/2020 de 20 de julio, fd. 2), así como mantener la imputación de la persona física, pero evitando la sanción por la multa. Soluciones que, por otro lado, suponen una infracción del principio de legalidad (el término «modular» del art. 31 ter CP no permite la supresión, STS 118/2020 de 12 de marzo, fd. 5).

7. La jurisprudencia ha dado una respuesta diferente a esta problemática. Utiliza una serie de reglas sucesivas.

Primero, se establece que la multa conjunta es desproporcionada cuando supera la extensión máxima de la pena más grave prevista para la persona física o jurídica para el delito realizado³⁷. Por ejemplo, en un delito de fraude fiscal básico la extensión máxima de la pena prevista para el administrador sería el séxtuplo de la cuantía de la cuota defraudada (art. 305 CP) y para la persona jurídica sería del doble (art. 310 bis CP). De manera que la suma de las multas debería ser modulada siempre que supere el séxtuplo³⁸. Hay que decidir si este límite máximo es el que corresponde en abstracto o es el que resulta de valorar las eximentes, circunstancias modificativas, etc.³⁹.

Segundo, una vez constatada la necesidad de realizar la modulación, esta se debe articular respetando dos reglas derivadas del principio de legalidad. (i) La rebaja que implique la modulación no puede implicar la cancelación de la pena de multa para uno de los sujetos⁴⁰. (ii) La modulación no es una atenuante adicional⁴¹. Es decir, la multa final impuesta no puede ser inferior a la extensión mínima de la pena más leve prevista para la persona física o jurídica⁴². De nuevo hay que decidir si se utiliza para ello el marco legal abstracto o el concreto tras tener en cuenta todas las circunstancias modificativas concurrentes⁴³.

Este planteamiento, aparte de que me parece más complejo que el que propongo, realmente está creando aquello que expresamente rechaza. Se aplica una atenuante que permite reducir las multas, ambas, hasta los límites inferiores de los marcos penales de los delitos imputados. Además, como ya he señalado, ello supone usar un criterio propio de un modelo de responsabilidad heterónoma que determina cuándo hay una desproporción por la relación entre la gravedad de los hechos y de las sanciones impuestas que refleja la extensión de la pena (periodo de tiempo o proporción).

³⁷ Así SSTS 746/2018 de 13 de febrero de 2019 (fd. 5); 118/2020 de 12 de marzo (fd. 5).

³⁸ Vid. STS 746/2018 de 13 de febrero de 2019 (fd. 5).

³⁹ Utiliza el marco concreto STS 746/2018 de 13 de febrero de 2019 (fd. 6).

⁴⁰ Vid. STS 118/2020 de 12 de marzo (fd. 5).

⁴¹ SSTS 746/2018 de 13 de febrero de 2019 (fd. 5); 118/2020 de 12 de marzo (fd. 5).

⁴² Así SSTS 154/2016 de 29 de febrero (fd. 10); 583/2017 de 19 de julio (fd. 8); 746/2018 de 13 de febrero de 2019 (fd. 5); STS 118/2020 de 12 de marzo (fd. 5); SAP Murcia 364/2019 de 7 de noviembre (fd. 7.2). Si bien permiten una disminución por debajo del mínimo con carácter excepcional y cuando lo exija el respeto de la proporcionalidad. Vid. también LEÓN ALAPONT, J., 2019, p. 398.

⁴³ Sigue esta última opción STS 746/2018 de 13 de febrero de 2019 (fd. 6). También hay sentencias que directamente han considerado que hay desproporción por la mera concurrencia de la persona física y jurídica y por ese motivo han reducido un 50% la multa de cada una, Vid. SAP Barcelona 140/2019 de 18 de enero (fd. 2). Criticada por la STS 118/2020 de 12 de marzo (fd. 5) porque la cuantía final se queda por debajo de la extensión mínima de la pena más leve para la persona jurídica.

NOTAS SOBRE LA CONCURRENCIA DE COMPORTAMIENTOS Y LA CONSTRUCCIÓN DEL NEXO DE IMPUTACIÓN EN EL INJUSTO IMPRUDENTE

DIEGO GONZÁLEZ LILLO*

I. OBJETO DEL TRABAJO Y DEDICATORIA

Que el injusto imprudente –al que Binding, lamentándose de la infrateorización que padeciera a la sazón, llamara «hijastro» del Derecho penal¹– haya dado lugar a algunas de las discusiones dogmáticas más complejas a lo largo del siglo XX, en su mayoría de viva e indiscutible actualidad, es mérito de cardinales obras, en cuya prelación *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, tesis doctoral de la profesora Corcoy Bidasolo, ocupa, ciertamente, un sitio privilegiado.

El objeto de esta breve contribución versa sobre la concurrencia de dos o más comportamientos contrarios a cuidado, permanente tópico de debate al interior de la dogmática del injusto imprudente, y a cuya clarificación conceptual también ha aportado notablemente nuestra homenajead². A ella, pues, con enorme afecto y gratitud quisiera dedicar este trabajo.

* Profesor de Derecho penal, Escuela de Derecho, Facultad de Derecho, Universidad Santo Tomás, sede Viña del Mar, Chile.

¹ BINDING, K., *Die Normen und ihre Übertretung*, t. IV, Aalen (Scientia Verlag), 1965 (reimp. de la edición de Leipzig de 1919), pp. 310 s., fundando dicho aserto no en la falta de interés que suscita el delito imprudente, sino en lo esquivo que resulta su tratamiento.

² CORCOY BIDASOLO, M., *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, 2.^a ed., Montevideo-Buenos Aires (BdeF), 2005, pp. 334 ss.; LA MISMA, «Participación y autoría accesoria», en

II. POSIBILIDAD Y LÍMITES DE LA CONCURRENCIA DE COMPORTAMIENTOS CONTRARIOS A CUIDADO

Como en tantos otros problemas dogmáticos, tratándose del concurso de comportamientos contrarios al cuidado exigido, un primer asunto concierne a la propia delimitación de este grupo de casos. En principio, tres hipótesis podrían presentarse como candidatas a ello: los supuestos de intervención delictiva, la concurrencia de dos o más autorías paralelas y la actuación a propio riesgo de parte del ofendido, si esta no redunde en una exclusión de la imputación del hecho al autor. De ellas, solo las dos últimas pueden conducir a lo que tradicional y críticamente se ha discutido bajo el rótulo de «compensación de culpas».

Cuando dos o más sujetos revisten la condición de intervinientes en un mismo hecho, sea que este les resulte imputable a título propio o bien a título de participación, y a cada uno de ellos ese mismo hecho deviene en subjetivamente imputable bajo la estructura de la imprudencia, entonces, ciertamente, concurrirán dos o más comportamientos imprudentes. Sin embargo, en tales casos, dicha concurrencia representa –formulado de manera más precisa– una convergencia de dos o más comportamientos en un mismo hecho delictivo. En la coautoría y en las modalidades de intervención accesoria no alcanza a suscitarse el problema del que se ocupará esta contribución, pues aquellas representan instancias de pluralidad de agentes en una unidad delictiva. Ello explica que los coautores no puedan alegar una rebaja punitiva con el pretexto del comportamiento defectuoso de uno o más codelincuentes; expectativa que fundadamente tampoco podría abrazar un autor al invocar la intervención imprudente de un partícipe, y viceversa³. La existencia de una relación de intervención delictiva ya considera, para la articulación de la respectiva estructura de imputación, principal o accesoria, una referencia al comportamiento de otro sujeto, complementado o favorecido por el propio.

En cambio, los supuestos de autorías paralelas representan uno de los principales ámbitos en los que podrían concurrir dos o más comportamientos imputables a título de imprudencia⁴. Un ejemplo prototípico de ello es el de la

Bacigalupo Saggese, S.; Feijoo Sánchez, B. J., y Echano Basaldúa, J. I. (coords.), *LH-Bajo Fernández*, Madrid (Editorial Universitaria Ramón Areces), 2016, pp. 76 ss. Más recientemente, LA MISMA, «Autoría paralela y concurrencia de riesgos», en Aguado López, S. *et al.* (coords.), *LH-Boix Reig*, Madrid (Iustel), 2021, pp. 107 ss.

³ En esta dirección ya CORCOY BIDASOLO, M., 2005, pp. 338 ss.; LA MISMA, 2021, pp. 112 ss.

⁴ Cfr. RENZIKOWSKI, J., «12. Kapitel. Täterschaft», en MAURACH, R.; GÖSSEL, K. H., y ZIPF, H., *Strafrecht Allgemeiner Teil. Erscheinungsformen des Verbrechens und Rechtsfolgen der Tat*, t. II, 8.^a ed., Heidelberg (C. F. Müller), 2014, § 49, n. m. 83; KRÜGER, M., «§ 222 Fahrlässige Tötung», en Rissing-van Saan, R. *et al.* (eds.), *LK-StGB*, t. VII, 12.^a ed., Berlin (De Gruyter), 2018, n. m. 9.

colisión entre dos vehículos, cuyos conductores han incurrido en sendas infracciones al cuidado exigido en el tráfico viario (v. gr., mientras uno omite un semáforo en rojo, el otro conduce a exceso de velocidad). Si bien la pregunta acerca de una posible incidencia recíproca de tales comportamientos imprudentes solo puede formularse una vez se haya afirmado la posibilidad de que, en efecto, el evento en cuestión resulta imputable a ambos sujetos –afirmación que a su vez presupone haber aquilatado otras incógnitas⁵–, es en los escenarios de pluralidad de agentes imprudentes donde precisamente una potencial compensación o degradación de imprudencias gana mayor plausibilidad. A pesar de lo anterior, cabe advertir que la mera circunstancia de concurrir varios comportamientos imprudentes, por sí misma, no determinará una disminución en la responsabilidad penal de sus respectivos agentes. Especialmente en contextos en los que es previsible que el propio comportamiento pueda converger con el de terceros, ya en la propia concreción de la medida de cuidado habrán de considerarse posibles comportamientos ajenos riesgosos⁶. Por otro lado, que la sola constatación de dos o más comportamientos imprudentes no necesariamente debe conducir a una exclusión o reducción de la imprudencia de alguno de los concurrentes puede certificarse con arreglo a una equiparación estructural entre los casos de potenciales autorías paralelas y aquellos en los

⁵ Por cuestiones de espacio, tales incógnitas aquí solo podrán quedar enunciadas. Tratándose de supuestos de causalidad cumulativa, la primera de ellas interroga sobre la posibilidad de imputar la totalidad del resultado a sujetos cuyos comportamientos, aisladamente considerados, no pueden explicar autónomamente su producción. Esta duda se deja disipar si se reconsidera que, en los delitos de resultado puro, el objeto de imputación no está constituido por la mera causación de un resultado, sino por la ejecución de un comportamiento susceptible de describir como una acción productiva del mismo (o como la falta de ejecución de una acción impeditiva, en los delitos omisivos). En consecuencia, y dado que la explicación causal del acaecimiento de un evento involucra siempre un conjunto de condiciones (positivas y negativas), no es necesario que el comportamiento de cada sujeto explique la totalidad del resultado. Ello permite replicar satisfactoriamente un segundo cuestionamiento que podría suscitar el reconocimiento de sendas autorías paralelas: una supuesta infracción del principio de responsabilidad por el propio hecho. En efecto, su afirmación tampoco requiere que al potencial autor paralelo se impute el comportamiento de otro, en tanto en cuanto la base de su responsabilidad siga descansando en un hecho propio, con respecto al cual el comportamiento ajeno no representará más que un fragmento de un curso causal no previsto, pero previsible para aquel agente. Para un análisis crítico de la posibilidad de una «autoría accesoria», *Vid.*, por ejemplo, SÁNCHEZ LÁZARO, F. G., *Intervención delictiva e imprudencia*, Granada (Comares), 2004, pp. 317 ss. Cfr., sin embargo, El Mismo, «Argumentos consecuencialistas, concurrencia de imprudencias y evaluación de soluciones técnico jurídicas», *EPC*, Vol. XXX, 2010, pp. 464 y 466, ofreciendo, entre otros argumentos, lo que él llama una razón consecuencialista para abandonar su posición inicial: la de dificultar el castigo de supuestos sobre los cuales existe un importante consenso en relación con su punibilidad.

⁶ De ahí también que algunos consideren que ciertas medidas de cuidado en el tráfico viario –como los límites de velocidad, la prohibición de conducir bajo efectos del alcohol o de detenerse ante un semáforo en rojo– tendrían como finalidad la de asegurar las capacidades de evitación del conductor no solo para reaccionar ante descuidos propios, sino también de cara a eventuales comportamientos descuidados de terceros. Al respecto, *Vid.* CORCOY BIDASOLO, M., 2005, pp. 150, 155 ss., 347 ss. Sobre las llamadas «medidas de doble aseguramiento», *Vid.* PUPPE, I., «Vorbemerkungen zu §§ 13ff», en Kindhäuser, U., Neumann, U., y Paeffgen, H.U. (eds.), *NK-StGB*, t. I, 5.^a ed., Baden-Baden (Nomos), 2017, n.m. 236.

que la actuación a propio riesgo del titular del bien jurídico menoscabado no acaba afectando la imputación del hecho al autor⁷. Ello no supondrá forzosa-mente vulnerar el principio de responsabilidad por el propio hecho, pues el reconocimiento de sendas autorías paralelas no depende de que a un sujeto se impute el comportamiento imprudente de otro –con el riesgo de pasar en silencio así la estructura tradicionalmente asociada a la coautoría–, sino más bien de que 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. Ahora bien, justamente porque el sustrato fáctico de estas constelaciones puede dar pábulo a operaciones que revivan el llamado *versari in re illicita*, es necesario que, a pesar de la constatación de una pluralidad de comportamientos contrarios a cuidado, la imputación del hecho a cada agente siga descansando exclusivamente en su propia culpa, y no en la ajena. De ahí que la operación que suele recibir el nombre de compensación de culpas pueda exhibir especial interés en estas constelaciones.

Un tercer grupo de casos que podrían dar lugar a la pregunta por una posible reducción del injusto imprudente fundada en el comportamiento de terceros es el de la actuación a propio riesgo de parte del titular del bien jurídico menoscabado⁸. Desde luego, no se incluyen aquí los supuestos en que la intervención de este último ha sido de tal manera determinante que, aun cuando el tercero hubiese adoptado un comportamiento conforme a cuidado, este no habría dispuesto de las capacidades necesarias para evitar la realización del tipo, como tampoco han de incluirse los supuestos en que el comportamiento descuidado del ofendido deviene irrelevante para la constitución del respectivo nexo de imputación, pues en ambos casos faltaría propiamente una convergencia de comportamientos susceptibles de imputar a título de imprudencia. En consecuencia, el interrogante se circunscribe a los supuestos en que la actuación del titular del bien jurídico no excluye la imputación del hecho a un tercero. Si esto no es del caso, y el sujeto pasivo también ha incurrido en un

⁷ Para esta similitud estructural, *Vid.* CORCOY BIDASOLO, M., 2005, p. 353; JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte general* (trad. Cuello Contreras y Serrano González de Murillo), 2.ª ed., Madrid (Marcial Pons), 1997, 7/83.

⁸ Por ejemplo, para LUZÓN PEÑA, D. M., *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, 3.ª ed., Valencia (Tirant lo Blanch), 2016, cap. 18/90, este grupo de casos incluye a la propia víctima entre los posibles actuantes imprudentes. Por el contrario, TORÍO LÓPEZ, Á., «Significación dogmática de la ‘compensación de culpas’ en Derecho penal», en *Estudios penales en memoria del Profesor Agustín Fernández-Albor*, Santiago de Compostela (Universidade de Santiago de Compostela), 1989, p. 710, opinaba que la expresión «compensación de culpas» debe reservarse para los supuestos designados (de manera imprecisa) como «autoría accesoria».

comportamiento relevante para el establecimiento del respectivo nexo de imputación, entonces, la inclusión de estos supuestos como posible instancia de concurrencia de comportamientos imprudentes dependerá del criterio de reconocimiento que se utilice para identificar a este último grupo de casos. En efecto, si el criterio empleado consiste en reconocer un concurso de culpas, en sentido estricto, parece evidente que ello no podrá tener lugar cuando uno de los sujetos revista la condición de titular del bien jurídico menoscabado: la imprudencia es una estructura de imputación cuyo objeto no alcanzaría a configurarse si se estuviera ante una instancia de autolesión⁹. Con todo, existen buenas razones para suponer que, tanto detrás de la etiqueta «compensación de culpas», como de otras análogas bajo las cuales se trabajan este grupo de casos, en lo fundamental, subyace la pregunta acerca de cómo el comportamiento descuidado de alguien, distinto al autor, podría incidir en el *quantum* de la responsabilidad penal de este, más allá de la posición que aquel sujeto pueda ocupar en la respectiva relación jurídico-penal. Así, desde el punto de vista de las capacidades del autor, el comportamiento del tercero importará no en tanto en cuanto revista la condición de sujeto pasivo o autor paralelo, pues desde una u otra posición podrían verse afectadas la previsibilidad o evitabilidad conforme a cuidado del primero. De hecho, el comportamiento del tercero puede comprometer alguna de tales capacidades del autor, al margen de la operación que fundamente, adicionalmente, con respecto a ese mismo tercero, una imputación del hecho a título doloso o imprudente¹⁰. Por esto, cuando se trata de imputar a un sujeto un hecho a título imprudente, el comportamiento de terceros podrá llegar a exhibir relevancia, pero no *en tanto que* imprudente, ni en tanto que proveniente de un autor paralelo¹¹, más allá del dato contingente de que, ciertamente, las constelaciones en las que acaso más claramente el comportamiento de terceros podría incidir en el grado de responsabilidad de otro sujeto sean las de autorías paralelas imprudentes.

En definitiva, sea bajo la forma de sendas autorías paralelas, o de una actuación a propio riesgo de parte de la víctima que no acaba excluyendo la imputación al autor, interesa analizar cuán plausible es que el descuido de un sujeto impacte en la responsabilidad penal a título imprudente de otro u otros.

⁹ La radicación del hecho en la esfera de responsabilidad preferente de la víctima no es propiamente una *imputación* jurídico-penal, pero sí tiene una *consecuencia* jurídico-penal: la de excluir su imputación a terceros.

¹⁰ Cfr. SERRANO MAÍLLO, A., *La compensación en Derecho penal*, Madrid (Dykinson), 1996, pp. 99 s.

¹¹ Así ya BINDING, K., 1965, p. 589, asignando el mismo tratamiento a la co-causación no acordada, sea que el tercero fuese el propio ofendido o un tercero, sea que actuase de manera dolosa, imprudente o sin culpa.

Los casos tematizados bajo el rótulo del «ámbito de protección de la norma», entre otros aspectos, enseñan que no solo es jurídico-penalmente relevante la falta de adopción de una medida de cuidado, sino también si un determinado suceso se encuentra dentro del elenco de consecuencias causales que, dentro de su razonamiento práctico, un sujeto podría (y tendría que haber) introducido como razón epistémica de cara a la adopción de dicha medida de cuidado. Como en aquel grupo de casos, la concurrencia del comportamiento imprudente de un tercero también podría incidir en el (menor) grado de previsibilidad de un evento. Considérese de nuevo el prototípico ejemplo en donde *A*, conduciendo a exceso de velocidad, colisiona con *B*, quien omite un semáforo en rojo, a raíz de lo cual se produce la muerte de *C*, pasajero del taxi conducido por *B*. Asíumase que, además, *C* no ha utilizado el cinturón de seguridad, lo que ha sido determinante para el desenlace fatal. Desde luego, los límites reglamentarios de velocidad también tienen como objeto resguardar la capacidad de evitación de los conductores ante eventuales descuidos ajenos –y lo mismo rige para la obligación de detener la marcha–, pero eso no significa que para el primer sujeto, por ejemplo, no pueda haber resultado efectivamente menos previsible que, bajo tales circunstancias, su comportamiento convergería con el de otro autor paralelo y el de la propia víctima, condicionando entre todos la muerte de esta última. Como se aprecia, especialmente cuando el nexo de imputación –y no solo la relación causal– entre la infracción de una exigencia de cuidado por parte de un agente y el resultado que le es imputable no es autosuficiente –porque necesita incorporar como factor explicativo el comportamiento (imprudente) de otro u otros sujetos–, se vuelve especialmente oportuno interrogar si dicha circunstancia puede o no incidir en la responsabilidad del primero. A continuación, se expondrá brevemente una de las alternativas actualmente disponibles en la dogmática penal para resolver este grupo de casos, como paso previo al desarrollo de la tesis que aquí se defenderá.

III. ¿«DEGRADACIÓN DE LA IMPRUDENCIA» COMO ALTERNATIVA A LA VIEJA COMPENSACIÓN DE CULPAS?

En la dogmática y jurisprudencia españolas existe una marcada tendencia histórica a rechazar la institución civilista de la «compensación de culpas», pues, efectivamente, el carácter imprudente del comportamiento de un sujeto no se ve disminuido ni suprimido por la imprudencia de un tercero, sea este un

autor paralelo o la propia víctima¹². Por ello, un reconocimiento mucho más amplio ha tenido aquello que un sector de la doctrina penal denomina «concur-rencia de riesgos»¹³, o también «conurrencia de comportamientos impruden-tes», en donde, en principio, ya no se trataría de una operación consistente en compensar imprudencias, sino en determinar si y –en su caso– de qué manera el comportamiento contrario a cuidado de un sujeto podría incidir en la valo-ración jurídica que recaerá sobre el comportamiento (también contrario a cui-dado) de otro.

Es en dicho contexto teórico en que, para conceder relevancia al compor-tamiento imprudente ajeno, ha surgido la alternativa consistente en «degradar» la imprudencia del agente cuya previsibilidad o evitabilidad se ha visto afecta-da por aquel. En esta línea, por ejemplo, hay quienes sostienen que cuando una conducta imprudente, aisladamente susceptible de calificar como una infrac-ción grave al debido cuidado, no se concreta totalmente en la producción del resultado, a raíz de la aportación causal de otra conducta imprudente, ya no cabe considerar a la primera «tan peligrosa respecto de ese concreto curso causal lesivo»¹⁴. La tesis de la degradación de imprudencias parece haber sido acogida también por el Tribunal Supremo español en el llamado *Caso Madrid Arena*¹⁵.

¹² Sobre la incompatibilidad de la figura *iusprivatista* de la compensación de culpas, en tanto que mecanismo de reparto de riesgos y de reparación económica, con la función pública del Derecho penal, *Vid.*, por ejemplo, JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado de Derecho penal*, t. V, 3.ª ed., Buenos Aires (Losada), 1976, p. 1085; MIR PUIG, S., «Sobre el consentimiento en el homicidio imprudente», *ADPCP*, 1991, pp. 261 s. De otra opinión ya QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Derecho penal de la culpa (Impru-dencia)*, Barcelona (Bosch), 1958, p. 321. Ahora bien, cabe notar que el explícito rechazo teórico de la llamada compensación de culpas no siempre se refleja en la *praxis* judicial. Un ejemplo de ello es la juris-prudencia española, que ya desde hace tiempo viene asignando relevancia jurídico-penal a la concurrencia de comportamientos imprudentes. Al respecto, *Vid.* CANCIO MELIÁ, M., *Conducta de la víctima e imputa-ción objetiva en Derecho penal*, 2.ª ed., Barcelona (Bosch), 2001, pp. 98 s.; ROSO CAÑADILLAS, R., *Autoría y participación imprudente*, Granada (Comares), 2002, pp. 445 ss.

¹³ Así, CORCOY BIDASOLO, M., 2016, pp. 76 ss.; CANCIO MELIÁ, M., 2001, pp. 345 ss.

¹⁴ LUZÓN PEÑA, D.-M., 2016, cap. 18/98. Acoge también la posibilidad de una degradación de la imprudencia, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *La autoría en Derecho penal*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2019, pp. 334 s. Por su parte, SERRANO MAÍLLO, A., 1996, pp. 122 ss., 134 ss., ha desarrollado el significado de la concurrencia de culpas como una eventual causa de reducción de lo injusto. Asimismo, para el trata-miento de la contribución culposa del lesionado como problema de injusto, *Vid.* ya FRISCH, W., «Gegen-wärtiger Stand und Zukunftsperspektiven der Strafzumessungsdogmatik», *ZStW*, vol. 99, 1987, pp. 760 s.

¹⁵ En sentencia de 11 de diciembre de 2017, condenó a los coordinadores de una empresa de seguri-dad –superiores jerárquicos encargados de la prevención de riesgos que pudiesen afectar a las instalacio-nes del lugar donde se celebró un evento musical masivo– como autores de cinco delitos de homicidio por imprudencia menos grave dado que «la posibilidad de neutralizar los riesgos de su actuación era menor de la de los otros acusados que resultan condenados, y por lo tanto la influencia que su conducta podría tener en la evitación del resultado, en un supuesto como éste de conductas concurrentes, también era infe-rior [...]». (Fundamento jurídico décimo octavo).

Situar el argumento bajo los términos de una degradación en la imprudencia de uno de los sujetos reviste, sin embargo, la desventaja de duplicar los niveles de análisis: en primer lugar, se examinaría el comportamiento imprudente aisladamente considerado de ese sujeto, y, a continuación, cómo la imprudencia de este eventualmente podría verse afectada por la de otro. La dificultad reside en que ese supuesto primer nivel de análisis justamente constituye un escenario ficticio, ya que no existe un evento que haya sido condicionado únicamente por el comportamiento del agente cuya imprudencia se exhibe como candidata a ser degradada. Como pronto se verá, lo anterior aconseja que, por el contrario, el comportamiento de terceros sea considerado desde ya en la determinación de la gravedad de la infracción del cuidado exigido, pues el nexo de imputación necesita ser construido *hic et nunc*, esto es, por referencia a las circunstancias concretas bajo las cuales se ha configurado el evento en cuestión¹⁶.

Otra objeción en contra de la posibilidad de degradar la imprudencia propia *con base en* la ajena podría erigirse a partir del carácter estrictamente personal de la responsabilidad penal. Pero, según se anticipó, esta aprehensión preliminar podría quedar neutralizada si se reconsidera que, en estricto rigor, no se trata aquí de que la *imprudencia* atribuible a un sujeto incida en la magnitud de la de otro u otros, sino más bien de reconocer que tanto la previsibilidad como la evitabilidad conforme a cuidado representan capacidades para cuya afirmación los comportamientos ajenos no se presentan en absoluto como irrelevantes. Como certifica la extendida aplicación del principio de confianza, en su razonamiento práctico, cada agente tiende a esperar que los demás actúen conforme al cuidado exigido, dando a los comportamientos defectuosos, en cambio, por menos probables. Puesto que las circunstancias que permiten derrotar esa legítima expectativa pueden ser múltiples y variadas, es de pleno factible sostener que el injusto imprudente representa una categoría eminentemente graduable¹⁷. Con todo, de ello no se sigue que las aquí analizadas sean propiamente instancias de *degradación* de un injusto ya configurado.

¹⁶ Cfr. PERIN, A., «Concretizzazione del (nesso di) rischio», en Donini (dir.), *Enciclopedia del diritto. Reato colposo*, Milán (Giuffrè), 2021, pp. 299 ss., 304 ss.

¹⁷ Aprecia nítidamente la posibilidad de degradar la antijuridicidad de un comportamiento por la contribución culposa del propio lesionado, como también por la de un tercero, ya KERN, E., «Grade der Rechtswidrigkeit», *ZStW*, vol. 64, 1952, pp. 284 s. Sobre el carácter graduable de lo injusto, en general, CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español*, t. II, 6.ª ed., Madrid (Tecnos), 2005, pp. 349 ss. Ahora bien, como advierte GUZMÁN DALBORA, J. L., *Elementos de Filosofía jurídico-penal*, Valparaíso (Prolibros), 2021, pp. 141 ss., debe tenerse presente que la gradualidad de lo injusto no implica que el juicio de antinormatividad también revista dicha propiedad. Este último es un juicio de carácter disyuntivo en el que rige el principio del tercero excluido.

IV. EL COMPORTAMIENTO DE TERCEROS Y SU EVENTUAL INCIDENCIA EN LA CONSTITUCIÓN DEL NEXO DE IMPUTACIÓN

Según fuese anticipado, razonar en términos de degradación de imprudencias parece sugerir, de un lado, que el fundamento en que reposa la definitiva valoración jurídica del comportamiento imputable *qua* imprudente a un sujeto sería exógeno a este, al tiempo que, de otra parte, dicha formulación del problema da pábulo a la impresión de que toda imprudencia comenzaría siendo grave, pudiendo modificarse eventualmente su calificación preliminar al ser confrontada con otra u otras, en las que, a su vez, descansaría la imputación del comportamiento de uno u más sujetos distintos. En contra de lo anterior, sin embargo, cabe sostener que la conclusión obtenida no es realmente producto de un ejercicio de comparación. Para ilustrarlo con un conocido ejemplo: aunque en el *Caso Madrid Arena* la imprudencia de los encargados de la seguridad del recinto, en efecto, parecía susceptible de cuantificar como menos grave, el principal argumento en favor de ello no radicaba en una comparación con la imputable a los coordinadores del evento (sin perjuicio de que, por su parte, la imprudencia de estos, efectivamente, fuese factible de considerar como grave), sino en la intensidad intrínseca del comportamiento contrario a cuidado de aquellos sujetos, así como en la forma en que se dejaba establecer concretamente el nexo de imputación entre este y el resultado, que es donde habría reclamado consideración el factor de que, a pesar de incurrir en múltiples descuidos, los superiores encargados del servicio de seguridad solo habrían podido informar a los organizadores de las irregularidades detectadas sobre el exceso de aforo o sobre una situación de riesgo en el acceso, pero no así detener el espectáculo musical. En definitiva, el punto anterior permite ilustrar que, aun cuando en algunos casos la intensidad de la infracción de una exigencia de cuidado se vuelva (más) *reconocible* al ser relacionada con la de otros, ello no significa que la inferior magnitud de la imprudencia en cuestión *resida* específicamente en una tal operación de «compensación» o de «degradación».

Así y todo, la observación recién introducida no debe ocultar el hecho de que el problema en liza, efectivamente, puede comprometer a categorías de lo injusto. Pues si la previsibilidad y la evitabilidad de un sujeto es «inferior» debido a la concurrencia de otros comportamientos (eventualmente imputables también a imprudencia), entonces se tratará de un injusto que –como sostuviera acertadamente ya nuestra homenajeadá– es «menor de lo que aparentemen-

te cabría apreciar»¹⁸. En otras palabras, las constelaciones cuya estructura aquí se analiza no dan cuenta de un injusto que *devenga* en menos grave, sino de uno que –todas las cosas consideradas– se ha *constituido como tal*.

Ahora bien, con el propósito de ofrecer un argumento adicional en apoyo de la tesis recién enunciada, resulta oportuno explicitar una premisa básica del modelo de injusto imprudente que aquí se favorece, y que, al mismo tiempo, se deja presentar como un reparo en contra de una premisa que yace implícita al itinerario analítico en que descansa el modelo tradicional de delito imprudente. En efecto, desde este último punto de vista, en el que se despliega un examen –por así decirlo– prospectivo en la relación entre la infracción del llamado «deber de cuidado» y la producción del resultado, ambos como elementos integrantes del «injusto típico», después de todo, no resulta conceptualmente anómalo hablar de «degradación de imprudencias». Bajo tal óptica, el juicio relativo a la infracción del debido cuidado –que tendría que incluir ya la envergadura de dicha infracción– se exhibe como previo, y, por ello, aunque no pragmática, sí teóricamente independiente del establecimiento de una posible relación de riesgo entre dicho comportamiento y un resultado que, de satisfacerse *ulteriores* condiciones, podría llegar a imputarse objetivamente. Por el contrario, si se asume –como aquí– que la infracción de una exigencia de cuidado representa, más bien, un criterio de imputación¹⁹, podrá advertirse que no es posible determinar –o, al menos, no de manera concluyente– si un comportamiento fundamentará o no la imputación *qua* imprudente de una instancia de realización típica mientras no se produzca, precisamente, el resultado especificado en el correspondiente tipo delictivo²⁰. La pertinencia y relevancia adscriptiva de una *concreta* exigencia de cuidado se obtiene tras concluirse que su adopción, efectivamente, habría permitido que el agente asegurase la *específica* capacidad de evitación de la que, sin embargo, ha carecido de cara a poder evitar un evento que se ha configurado de una determinada forma. En consecuencia, como categoría adscriptiva, la individuación de semejante exigencia de cuidado, junto con la eventual imputación de su infracción, es un análisis

¹⁸ CORCOY BIDASOLO, M., 2005, pp. 156 y 352 ss.; LA MISMA, «Codelincuencia y autoría y participación en el delito imprudente», en Gimbernat Ordeig *et al.* (coords.), *LH-Schünemann*, Lima (Gaceta penal), 2014, t. I, p. 192. En esa misma línea también CANCIO MELIÁ, M., 2001, p. 347.

¹⁹ Vid. MAÑALICH, J. P., «La imprudencia como estructura de imputación», *Revista de Ciencias Penales*, vol. XLII, 2015, pp. 15 ss.; VALIENTE IVÁÑEZ, V., «La imputación extraordinaria como modelo de adscripción de responsabilidad jurídico-penal. El ejemplo de la imprudencia», *RECPC*, Núm. 22, 2020, pp. 14 ss.

²⁰ El juicio relativo a la infracción de una exigencia de cuidado se refiere no a la producción del resultado, sino a la incapacidad del propio autor para evitar la realización del tipo. Para esto, Vid. KINDHÄUSER, U., *Analytische Strafrechtswissenschaft*, Baden-Baden (Nomos), 2021, pp. 934 ss.

necesariamente retrospectivo²¹, pues presupone conocer dos extremos inicialmente desconocidos al momento de ejecutar aquello que representa el sustrato fáctico de la falta del cuidado exigido, a saber: la configuración concreta del comportamiento que constituye el objeto de imputación²², y el déficit específico que ha padecido el agente al momento de ejecutar (o de omitir) dicho comportamiento²³. Ciertamente, la actuación de terceros puede incidir en ambos aspectos, sin embargo, si bien se mira, desde esta perspectiva la incidencia no representará una alteración sobrevenida a un nexo de imputación (o relación de riesgo) supuestamente ya establecido, sino más bien un factor que interesará al momento de la propia constitución del injusto imprudente. De ahí que la necesidad de introducir el comportamiento de terceros ya en la identificación de la exigencia de cuidado aplicable –de nuevo: aquella que habría permitido al agente el aseguramiento de sus capacidades de evitación, no en abstracto, sino de cara a un determinado evento– permita explicar por qué, por una parte, no se trata aquí de degradar una imprudencia todavía no perfilada definitivamente, y por qué, por otro lado, este ejercicio, eventualmente, podría arrojar como resultado una previsibilidad o evitabilidad «inferior», que, en realidad, no será sino expresión del injusto efectivamente configurado.

De este modo, el análisis de la convergencia de comportamientos de dos o más agentes, tanto en la identificación de la exigencia de cuidado que debía ser aplicada por estos, como en la constitución de los respectivos nexos de imputación, puede aparejar consecuencias de alta relevancia. Sin ápice de dudas, la más importante de ellas será la de determinar la impunidad del comportamiento de un agente, en la medida en que la interacción con el de otros suponga, para aquel, la ruptura –*rectius*: impida a su respecto el establecimiento– de un nexo de imputación. Sin embargo, aun cuando esto último no se verifique, la entidad del injusto imprudente así constituido podría decretar igualmente su impunidad, en tanto en cuanto –para ilustrar el punto con las categorías del Código penal español– la norma de sanción no abra el *numerus clausus* ante imprudencias menos graves, o bien, el respectivo injusto

²¹ Nótese que ello no se opone a que su adopción, desde un punto de vista *ex ante*, pueda llegar a exhibir, contingente y adicionalmente, el efecto –que no la función– de configurar el comportamiento de ese sujeto, precisamente de cara a excluir una posterior imputación del hecho a título de imprudencia.

²² En los delitos resultativos: la ejecución de una acción productiva de un resultado de cierta clase, o bien, la falta de ejecución de una acción impeditiva de un resultado de cierta clase. Sobre esto, *Vid.* MAÑALICH, J. P., *Norma, causalidad y acción*, Madrid, Barcelona, Buenos Aires y São Paulo (Marcial Pons), 2014, pp. 27 s.

²³ Un argumento estructuralmente similar esgrimía BINDING, K., 1965, p. 497, en el contexto de su rechazo a la posibilidad de una tentativa en los delitos imprudentes. Pues, sin una referencia al resultado, ni tampoco poder recurrirse –como en el dolo– a una representación concreta de aquel por parte del agente, es extraordinariamente difícil demostrar qué tipo delictivo tendría que venir en consideración.

revista una magnitud que permita caracterizarlo como una instancia de mera imprudencia leve.

Otra vía de asignar relevancia a la concurrencia de dos o más comportamientos imprudentes, cuando ella repercute en la previsibilidad o evitabilidad conforme a cuidado de uno de tales agentes, consiste en reservar su tratamiento al ámbito de la punibilidad. En contraste con las consecuencias radicales y rígidas que comportaría su examen en la constitución del injusto imprudente, analizar este asunto en la determinación de la pena, en principio, exhibiría la ventaja de ofrecer un espectro más amplio de posibilidades al juzgador²⁴.

Las dos vías recién enunciadas no son mutuamente excluyentes, lo que explica una tercera posición que favorece la ubicuidad sistemática de esta pregunta²⁵. Dado que esta cuestión contribuye a perfilar la significación dogmática del grupo de casos analizados, conviene apuntar, siquiera brevemente, algunas notas sobre el particular.

La principal consecuencia de razonar la concurrencia de comportamientos imprudentes como problema de injusto, o bien de punibilidad, concierne al régimen de *numerus clausus* que en la mayoría de los sistemas legales gobierna su disciplina incriminatoria. En efecto, de considerarse que este grupo de casos convoca una genuina operación de «compensación» o «degradación» de una culpa previamente constituida, entonces, sería posible eludir la radical consecuencia del cierre de su incriminación respecto de imprudencias de gravedad inferior a la legalmente requerida, por la vía de atenuarla recién en el ámbito de la determinación de la pena. Con otras palabras, aplicando semejante método podría atribuirse a la imprudencia la condición de «menos grave» en un momento en el que ya operó, de modo improcedente, una apertura de su *numerus clausus*. Por el contrario, si un injusto imprudente, por ejemplo, se calibra como «menos grave» desde el instante de su constitución, evidentemente, un acomodo procedimental como el anterior –esto es, abrir el *numerus clausus* a grados de imprudencia inferiores a los legalmente requeridos– habría de quedar excluido. Pues la pregunta acerca de la entidad de algo presupone la afirmación de aquello por cuya magnitud se interroga. De ahí que, en contraste con aquel modo de proceder, primero haya de averiguarse si el quebrantamiento de una norma de comportamiento resulta o no imputable a título

²⁴ Favoreciendo la aplicación de una atenuante analógica, ROSO CAÑADILLAS, R., 2002, p. 449, nota 42; y CASTIÑEIRA PALOU, M. T.; LLOBET ANGLÍ, M., y MONTANER FERNÁNDEZ, R., «Concurrencia de culpas en accidentes laborales», *ADPCP*, vol. LVIII, 2005, p. 252. Sin descartar esta última alternativa, SERRANO MAÍLLO, A., 1996, p. 127.

²⁵ Contemplando ambas opciones, CORCOY BIDASOLO, M., 2016, p. 77; SÁNCHEZ LÁZARO, F. G., 2010, p. 467.

de imprudencia; de ser ello afirmativo, recién se torna lícito interrogar la gravedad del injusto imprudente, como asunto concerniente a la respectiva norma de sanción jurídico-penal.

Así, según la tesis recién presentada, en los ordenamientos que reconocen diversos grados de imprudencia la pregunta en torno de la magnitud del injusto imprudente no debiera postergarse al ámbito de determinación de la pena, sino que necesita formularse inmediatamente tras afirmar la posibilidad de imputar un hecho a título imprudente, pues de ello depende la aplicación –y no solo el *quantum*– de la norma de sanción en cuestión.

Ahora bien, dado que la diferencia entre imprudencia grave y menos grave solo expresa una *determinada forma* de graduar el injusto imprudente –cuyo objetivo, complementado con un régimen de *numerus clausus*, es hacer verídico el desiderátum de una intervención penal mínima–, nada obsta a la posibilidad de considerar en el ámbito de la determinación de la pena –esta vez, en aras del principio de proporcionalidad– otros «subgrupos de gravedad» con respecto a la infracción de esa misma exigencia de cuidado. En este último aspecto, sin embargo, habría de regir igualmente el límite recién sugerido, consistente en no diferir a dicho nivel de análisis una decisión de la cual depende ya la apertura del *numerus clausus*, así como también la prevención de que, en cualquier caso, tampoco se trataría aquí de una «disminución» del injusto imprudente, a raíz de la intervención de imprudencias ajenas, sino de intentar ajustar la pena a la medida del injusto imprudente efectivamente configurado. Para esto último, a su vez, habrá de considerarse cuán imputable resulta al agente la infracción de la exigencia de cuidado respectiva, y, por ende, qué tan evitable era el estado de inevitabilidad actual en que se ha visto inmerso al momento de realizar el correspondiente comportamiento típico²⁶.

V. CONSIDERACIONES FINALES

Para finalizar esta breve contribución no está demás insistir sobre un argumento que solo ha permanecido implícito hasta el momento. Sea que se conceda emplazamiento sistemático en lo injusto, en el ámbito de la punibilidad, o en ambos lugares, es indispensable reparar en que las connotaciones penológicas del grupo de casos analizados descansan en la posible incidencia

²⁶ Sobre la «inevitabilidad evitable» o el carácter secundario de la evitabilidad que fundamenta la imputación de un hecho a título imprudente. Vid. KINDHÄUSER, U., «El tipo subjetivo en la construcción del delito» (trad. Mañalich), *Indret*, Núm. 4, 2008, p. 24; MAÑALICH, J. P., 2015, p. 18.

del comportamiento (imprudente) de un sujeto en las capacidades de evitación del otro, y no simplemente en el puro hecho de su convergencia. Si, por ejemplo, los comportamientos de cuatro sujetos que actúan de manera paralela condicionan conjuntamente la producción de la muerte de un tercero, no es que, correlativamente, el injusto imprudente imputable a cada uno de tales agentes corresponda a un cuarto del que se habría configurado si no hubiesen intervenido los demás²⁷.

En este sentido, la pluralidad de comportamientos imprudentes podrá influir, bien en la gravedad del injusto de alguno o algunos de los autores paralelos –de nuevo: no como consecuencia sobrevenida a la afirmación del carácter imprudente de su comportamiento, sino en la constitución de este–, bien como factor a considerar en la determinación de la pena, pero, en cualquier caso, lo hará por la vía de reflejar cuál ha sido la concreta capacidad de evitación atribuible a dicho agente y cómo (la falta de) ella contribuye a la *explicación* de lo acontecido, sin que tal operación responda a una supuesta necesidad general consistente en repartir las consecuencias derivadas de un estado disvalioso de cosas solo porque hayan intervenido varios en su producción²⁸. Las objeciones levantadas en contra de la tesis según la cual la imprudencia de un sujeto podría compensar o degradar la de otro se dejan entender, asimismo, como un compromiso irrestricto con la idea de que la responsabilidad penal no tiene por objeto encausar una distribución cuantitativa de resultados indeseables –al

²⁷ En este sentido, decididamente contra la idea de que la «multicausalidad» tenga el forzoso efecto de disminuir la culpabilidad de los agentes, PUPPE, I., y GROSSE-WILDE, T., «Doppeltes Staatsversagen-Das (vorläufige) Ende des Loveparade-Verfahrens», *JZ*, vol. 7, 2019, pp. 337 ss. Desde otra perspectiva, a propósito del «error en matemática moral» al que conduce la suposición de que la incorrección del comportamiento atribuible a un sujeto es *exactamente commensurable* con la medida de lo que este contribuye causalmente a su producción, *Vid.* PARFIT, D., *Reasons and Persons*, Oxford (Clarendon Press), 1984, pp. 78 ss.

²⁸ Con ello, puede replicarse a una sólita objeción que surge en este ámbito, a saber: la de que no parecería *justo* endosar responsabilidad por todo el suceso a un sujeto cuyo comportamiento aparentemente solo sería «causa de una porción de él». En contraste con una impresión inicial, dicha posibilidad no redundaría en un «superávit de responsabilidad», ya que, después de todo, no se trata aquí de una distribución de «cuotas de causalidad». Como advierte WRIGHT, R., «The Logic and Fairness of Joint and Several Liability», *Memphis State University Law Review*, vol. 23, 1992, pp. 55-57, la supuesta injusticia que reporta la posibilidad de responsabilizar a dos o más sujetos por la producción de un mismo resultado reside en una confusión entre las responsabilidades individuales atribuibles a cada agente y los porcentajes de responsabilidad por ese mismo resultado. Por ejemplo, si a la producción de un resultado contribuyen los comportamientos convergentes de dos sujetos, ninguno de ellos –como bien apunta Wright– será «50% imprudente» o «50% responsable». Puede entonces notarse que aquel presunto «superávit de responsabilidad», en realidad, se genera solo al compararse las responsabilidades individuales de los sujetos, como si la suma de ellas debiese corresponderse exactamente con el total del resultado causado. Pero tal forma de razonar es ajena al *telos* de una imputación jurídico-penal, que no mira al reparto de supuestas cuotas de responsabilidad. Sobre la atribución de responsabilidad a dos o más sujetos respecto de «daños no divisibles», cfr. también HART, H. L. A., y HONORÉ, T., *Causation in the Law*, 2.ª ed., Oxford (OUP), 1985, pp. 234 s.

margen de que en ciertos casos quizá sea esta la perspectiva que mejor se corresponderá con la de la víctima-, sino más bien castigar el quebrantamiento imputable de normas de comportamiento jurídico-penalmente reforzadas. Que una significativa dimensión de la legitimidad de esta última operación dependa de que en ella se respete el principio de responsabilidad por el propio hecho, permite explicar por qué, justamente a propósito del injusto imprudente, resulta crucial un adecuado establecimiento del nexo de imputación.

¿IMPUTACIÓN OBJETIVA COMO OBJETO DEL DOLO? REFLEXIONES CON MOTIVO DE LA SENTENCIA DEL BGH SOBRE EL ESCÁNDALO DE LOS TRASPLANTES DE GÖTTINGEN (BGHST 62, 223) *

PROF. DR. LUIS GRECO (LL. M.)**

Mirentxu Corcoy contribuyó de forma decisiva al espectacular triunfo de la doctrina de la imputación objetiva, que consiguió imponerse entre una generación de juristas en casi todas las exposiciones de Parte General del Derecho penal, también en España¹, no solo a través de un gran número de artículos, sino también a través de su monografía sobre «El delito imprudente»². En su largamente esperada sentencia sobre el escándalo de los trasplantes de Göttingen el BGH ha pasado por alto una idea central de este trabajo: que el dolo no tiene que referirse a la conexión causal y de realización del peligro. El Libro-homenaje a Mirentxu Corcoy ofrece una oportunidad idónea para recuperar esta comprensión aparentemente olvidada³.

Tras una breve exposición de la jurisprudencia (I), se distinguen dos versiones de las tesis del BGH (II) y se someten a una revisión crítica (III, IV).

* Título original, «Objektive Zurechnung als Vorsatzgegenstand? Überlegungen aus Anlass des BGH-Urteils zum Göttinger Transplantationsskandal (BGHSt 62, 223)». Traducción a cargo de Carolina Bolea Bardon.

** Catedrático de la Universidad de Humboldt (Berlin).

¹ Esta historia de éxito –incluidos los antecedentes– se describe en SCHROEDER, F. C., *Festschrift für Nikolaos Konstantinos Androulakis*, 2003, pp. 651 ss. (también en: El mismo., *Der Blitz als Mordinstrument*, 2009, pp. 39 ss.); HÜBNER, C., *Die Entwicklung der objektiven Zurechnung*, 2004, *passim*; GOECKENJAN, I., *Revision der Lehre von der objektiven Zurechnung*, 2017, pp. 63 ss.; GRECO, L., en: ROXIN, C., *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*, 2002, pp. 1 ss. (pp. 10 ss., pp. 57 ss., pp. 115 ss.).

² 1.^a ed. 1989; 2.^a ed. 2013. En lo que sigue utilizo la 2.^a ed. publicada en la editorial B de F.

³ Afortunadamente, tras la finalización de este texto, el BGH sí se ha pronunciado a favor de la interpretación correcta: BGH NJW 2021, p. 326, núm. 16.

I. LA IMPUTACIÓN OBJETIVA COMO OBJETO DEL DOLO EN LA LA SENTENCIA DEL BGH 62, 223 (ESCÁNDALO DE LOS TRASPLANTES DE GÖTTINGEN)

Me limitaré a una breve y simplificada descripción de los sumamente complejos hechos del caso⁴. Un médico logró que algunos de sus pacientes consiguieran un mejor puesto en la lista de espera para recibir un riñón, manipulando al alza los valores de medición esenciales para la asignación de plazas. La cuestión era si este médico no debía ser castigado por el homicidio (al menos en grado de tentativa) de los pacientes desplazados que posiblemente murieron en la lista de espera. El BGH rechazó en primer lugar la causalidad de la conducta del médico en relación con el resultado: teniendo en cuenta la multitud de complicaciones asociadas al trasplante de órganos, no es seguro que los pacientes desplazados hubiesen vivido más tiempo⁵. La conexión entre la conducta defectuosa (que el BGH considera de omisión⁶) y el resultado no se da porque no se puede partir con una probabilidad rayana en la seguridad de que el resultado se hubiera excluido.

Este primer paso de la argumentación, que excluye la posibilidad de castigar tanto un delito imprudente de resultado como un delito doloso consumado, podría ya ser cuestionado⁷. Sin embargo, esto nos interesa solo de pasada, para no enturbiar la visión de lo esencial, esto es, el siguiente paso de la argumentación: dado que las complicaciones mencionadas eran conocidas por el médico, el BGH considera que «estas circunstancias deben incluirse en el examen de la decisión de cometer el hecho en el marco de la prueba de la tentativa»⁸. La consecuencia de este segundo paso es que en la resolución de cometer el hecho falta ya el elemento cognitivo del dolo, de manera que ni siquiera es posible un castigo por tentativa.

En realidad el BGH no «abre nuevos horizontes» con esta tesis⁹, sino que adopta un punto de vista que ya está presente en la doctrina relevante sobre el escándalo de Göttingen¹⁰ y que tiene un precedente bien conocido, a saber, «el

⁴ Cfr. la breve descripción de los hechos en BGHSt 62, 223 (pp. 224 ss., núm. 3 ss.).

⁵ BGHSt 62, 223 (pp. 239 ss., párrafo 47 ss.). Mi exposición prescinde de la circunstancia de que el BGH ya aborda esta cuestión en el marco de su examen de la resolución del hecho.

⁶ BGHSt 62, 223 (p. 241 s., párrafo 53).

⁷ Cfr., en particular, la nota 72.

⁸ BGHSt 62, 223 (p. 242, párrafo 55).

⁹ Sin embargo, ROSENAU, H., y LORENZ, H., JR 2018, p. 180.

¹⁰ BÜLTE, J., StV 2013, p. 753; KUDLICH, H., NJW 2013, p. 918 (p. 919); JÄGER, C., en: Kudlich, H.; Jäger, C., y Montiel, J. P. (eds.), *Aktuelle Fragen des Medizinstrafrechts*, 2017, p. 11 (pp. 26 s.); asimismo, LG Göttingen, 6 Ks 4/13, citado en Juris, párr. 2158 ss.

caso del lanzamiento por la ventana»¹¹, al que el BGH se refiere expresamente¹². Este caso de los años 70 tenía por objeto una situación trágica: un padre no se decidía a lanzar a sus hijos por la ventana desde el ático de la casa en llamas en la que se encontraban, por miedo a que los niños pudieran resultar heridos o morir en la caída. Los niños murieron quemados. El BGH negó –a pesar de afirmar la causalidad– el dolo eventual homicida de este padre: no estaba seguro de que el resultado de muerte se hubiera podido evitar si él hubiera actuado. «El autor de la omisión debe ser consciente también en este caso de que la acción que se espera de él evitará el resultado penal con una probabilidad raiana en la seguridad».

Destacable no es tanto la referencia en la sentencia del BGH 62, 223 a la resolución del caso del lanzamiento por la ventana como el hecho de que el BGH omite, primero, abordar el rechazo prácticamente unánime que esta sentencia encontró¹³; y, segundo, citar las resoluciones contrarias que consideran el caso del lanzamiento por la ventana como un caso atípico¹⁴. Cito tres¹⁵.

La primera sentencia no mencionada es la *BGHSt* 32, 367, el conocido caso Wittig. Un médico encontró a su paciente inconsciente, una viuda de 76 años que en plena posesión de sus facultades mentales había decidido despedirse de su vida de sufrimiento. La causa fue la ingestión de una sobredosis de morfina con intención de suicidarse. El médico respetó su voluntad y no emprendió ningún intento de salvamento. Teniendo en cuenta que él no estaba seguro de que las medidas de salvamento hubieran podido evitar el resultado de muerte, el BGH solo consideró el castigo por tentativa.

En segundo lugar cabe recordar la sentencia del *BGH StV* 1985, 229¹⁶: un marido que había maltratado a su mujer poniendo en peligro su vida, abandona la vivienda después de los malos tratos. Su mujer muere. Como no estaba claro que las acciones de salvamento habrían sido exitosas en vista de la gravedad de las lesiones, el BGH mantiene que solo es posible el castigo por tentativa.

¹¹ BGH JZ 1973, p. 173.

¹² BGHSt 62, 223 (p. 242, núm. 55); la sentencia BGH NStZ 2007, 469, citada con precaución («probablemente también») es improductiva para el dolo.

¹³ ENGLÄNDER, A., JuS 2001, p. 958 (p. 961); HERZBERG, R. D., MDR 1971, p. 881 (p. 883); JAKOBS, G., *Strafrecht AT*, 2.^a ed. 1993, § 29/82, nota 168; SPENDEL G., JZ 1973, p. 137 (p. 142); ULSENHEIMER, K., JuS 1972, p. 252 (p. 253) (en el resultado, pero rechazando el elemento volitivo del dolo).

¹⁴ Críticas justificadas al comportamiento citado del Senado en HOVEN, E., NStZ 2017, p. 708 y RISSING-VAN SAAN, R., y VERREL, T., NStZ 2017, p. 57 (p. 65).

¹⁵ Nos recuerdan otras resoluciones HOVEN, E., NStZ 2017, p. 708; KUDLICH, H., y HOVEN, E., *Festschrift für Klaus Rogall*, pp. 209 ss. (pp. 211 ss.).

¹⁶ Por ejemplo, SCHÜNEMANN, B, *ibid.*

No existe ningún indicio de que esto pudiera ser diferente porque el marido advirtiera la naturaleza de la situación.

Además el Tribunal pasa por alto la sentencia *BGH NStZ 2000, 414*¹⁷: después de que el autor hubiera herido primero en legítima defensa a la posterior víctima con puñaladas de cuchillo y la hubiera sometido a su control, le clavó cuatro puñaladas más en las piernas. El autor no buscó ninguna ayuda médica. La víctima se desangró. Debido a las insuficientes comprobaciones del tribunal de instancia, el BGH construyó su argumentación sobre la base de escenarios hipotéticos. Partiendo de que las heridas en las piernas producidas por arma blanca pusieran en peligro su vida, entra en consideración un homicidio por omisión. Aquí el BGH no atribuyó la muerte al autor porque no quedaba claro que el tratamiento médico hubiera evitado el resultado. No obstante, el BGH no duda en cuanto a la posibilidad de castigar por tentativa: «solo el fracaso ciertamente previsible de una acción de salvamento hace desaparecer el deber de actuar». También en el delito de omisión la tentativa inidónea es punible¹⁸.

Quizás exista una razón, o más exactamente, un motivo que explique la ausencia de las últimas sentencias mencionadas en el juicio sobre la donación de órganos. Al viejo caso del lanzamiento por la ventana y al nuevo caso Göttingen les une una cierta tragedia: en ambos casos la voluntad del autor iba dirigida a evitar que se produjera un determinado mal, algo que no ocurre en el caso de las puñaladas en las piernas y, menos aún, en el del marido maltratador. Para el caso Wittig, se encontró una «solución» basada en la decisión a conciencia del médico¹⁹. La cuestión es si esta misma indulgencia, comprensible a la vista de lo trágico de los casos, no interfirió en la fría consecuencia dogmática. Antes de poder aclarar esto es necesario hacer una serie de precisiones.

II. PRECISIONES

La tesis que subyace a la sentencia más reciente, así como en el caso del lanzamiento por la ventana, puede defenderse desde tres versiones distintas, cuando se examina con mayor detenimiento. La primera es *general*: el dolo (o la decisión de cometer el hecho) debe ir referido a la denominada conexión de realización del peligro o de contrariedad a deber., tanto en los delitos de acción como de omisión. La segunda versión es limitada: *solo en los delitos de omi-*

¹⁷ Sobre esto, ENGLÄNDER, A., JuS 2001, p. 958 (que señala con razón la contradicción con respecto al caso del lanzamiento de la ventana, p. 960).

¹⁸ BGH NStZ 2000, p. 414 (p. 415).

¹⁹ BGHSt 32, 367 (pp. 380 s.); con una mejor solución mientras tanto, LG Hamburg NStZ 2018, p. 281.

sión el dolo debe ir referido a esta conexión. Esta interpretación se ve respaldada, por un lado, por el hecho de que en el caso del lanzamiento por la ventana se trata clara e indiscutiblemente de una omisión; y, por otro, que también en el caso del trasplante el BGH admite una omisión²⁰, aunque esto pudiera ser cuestionado²¹. En tercer lugar, se podría asignar a la tesis otro ámbito de aplicación limitado, el de la *interrupción de cursos causales salvadores*. No fue así en el caso del lanzamiento por la ventana, pero sí en el del trasplante²². Dado que la segunda y la tercera versión tratan de una constelación en la que la prueba de la causalidad y de la imputación siguen las mismas reglas²³, estas dos versiones se examinarán conjuntamente.

Sigue siendo importante destacar que las dos o tres interpretaciones a examinar son independientes de la cuestión del contenido de la conexión de contrariedad a deber. Conocido es el debate entre la exigencia por parte de la jurisprudencia de que la conducta ajustada al deber de cuidado hubiera evitado el resultado con una probabilidad rayana en la seguridad (la denominada teoría de la evitabilidad), o si es suficiente con una disminución del riesgo mediante la conducta ajustada al deber de cuidado (la denominada teoría del incremento del riesgo)²⁴. Es cierto que los defensores de la teoría del incremento del riesgo han objetado repetidamente que la postura contraria tendría la consecuencia (inaceptable), de elevar la evitabilidad del resultado a objeto del dolo²⁵. Pero esto es incorrecto²⁶: pues teóricamente, también como defensor de la teoría del incremento del riesgo se podría exigir dolo en relación con el incremento del riesgo, lo que constituiría todo el contenido de la conexión de contrariedad a deber. Aunque estoy totalmente de acuerdo con la toma de postura decidida de la homenajead a favor de la teoría del incremento del riesgo²⁷, aquí solo serán objeto de discusión las dos (o tres) afirmaciones mencionadas, que se mueven en otro nivel lógico.

²⁰ Cfr. nota anterior 6.

²¹ Convincente contra la clasificación como omisión, AST, S., HRRS 2017, p. 500 (pp. 504 s.).

²² ROSENAU, H., en *Festschrift für Bernd Schünemann*, 2014, p. 689 (p. 694 s.); AST, HRRS 2017, pp. 502 ss.

²³ Véase también BGHSt 62, 223 (p. 242, párr. 53), que a este respecto podría incluso haber dejado abierta la cuestión de la delimitación acción vs. omisión.

²⁴ Exposición de la discusión con ulteriores referencias en ROXIN, C., y GRECO, L., *AT*, 5.ª ed. 2015, § 11, núm. 88 ss.

²⁵ STRATENWERTH, G., *Festschrift für Wilhelm Gallas*, 1973, p. 227 (p. 239); el mismo. *Strafrecht AT*, 4.ª ed., 2000, § 13, 55 (desde la 5.ª ed. codirigida por KUHLEN, expresamente corregida, entre otras, con referencia a BGH NStZ 2000, p. 414); BRAMMSEN, J., MDR 1989, p. 123 (p. 125).

²⁶ PUPPE, I., ZStW 95 (1983), p. 286 (p. 303); SCHÜNEMANN, B., StV 1985, p. 229 (p. 232); ROXIN, C., *AT II*, 2003, § 31, núm. 48.

²⁷ Cfr. solo CORCOY, M. (nota 2), p. 519 ss.; para mi propia opinión, GRECO, L., ZIS 2011, p. 674 (pp. 675 ss.).

III. ¿CONEXIÓN DE CONTRARIEDAD A DEBER COMO OBJETO GENERAL DEL DOLO?

1. La primera interpretación imaginable de la tesis que subyace al fallo sobre el escándalo de los trasplantes (y del lanzamiento por la ventana) es, como se ha visto, una general, según la cual, no hay que distinguir entre delitos de acción y de omisión. En consecuencia, en todos los delitos (de resultado) se exigiría que la conexión de contrariedad a deber fuera abarcada por el dolo. ¿Qué debemos hacer con esta tesis?

2. No demasiado. Parece gozar de cierta plausibilidad *prima facie*: si el dolo se define comunmente como el conocimiento (y voluntad) de la realización del tipo objetivo, y la conexión de contrariedad a deber pertenece al tipo objetivo, entonces parece obligado extender el dolo a dicha conexión. A esta conclusión se le podría dar la consagración de lo que la ley exige: según el § 16 I 1 StGB, actúa sin dolo quien «desconoce un elemento del tipo legal». Tal como han expuesto detalladamente, especialmente, Wolter²⁸ y Frisch²⁹, y en España, Corcoy³⁰ con moderada resonancia³¹, esta apariencia es engañosa por varias razones –yo diría cinco³².

a) Un primer argumento, utilizado por Wolter³³, no es del todo convincente si se examina con detenimiento, pero allana el camino a la primera de nuestras cinco razones. Wolter nos recuerda que la punibilidad de la tentativa se mantiene aunque el dolo desaparezca después de la acción pero antes de la consumación. Esto queda especialmente claro en los supuestos de desistimiento fracasado. Sin embargo, el argumento solo demuestra que el dolo debe dar-

²⁸ WOLTER, J. (nota 27), pp. 48 ss.; el mismo, en Schünemann (ed.), *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, 1984, pp. 103 ss. (p. 110); el mismo, en Schünemann, B.; Gimbernat, E., y Wolter, J. (eds.), *Internationale Dogmatik der objektiven Zurechnung und der Unterlassungsdelikte*, 1995, p. 9.

²⁹ FRISCH, W., *Vorsatz und Risiko*, 1983, pp. 65 ss., pp. 68 ss., pp. 94 ss., pp. 115 ss.

³⁰ CORCOY (nota 2), pp. 253 ss.

³¹ RUDOLPHI, «§ 16», *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 7.^a ed., oct. 2002, núm. 38; FREUND, AT, § 7, núm. 41; HOYER, § 16, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 9.^a ed. 2017, núm. 15.

³² Ciertamente, estos autores se esforzaron principalmente por demostrar que el dolo no tiene que referirse al resultado. Sin embargo, parte de este razonamiento era también que el dolo tampoco puede abarcar todo lo que pertenece al denominado «desvalor del resultado», o todo lo que no pertenece a la creación de un peligro no permitido (en el sentido de ROXIN y WOLTER) o a la conducta típica (en el sentido de FRISCH o CORCOY). Y la conexión de contrariedad a deber no es una cuestión de la creación del peligro o de la conducta típica, sino de la realización del peligro o del desvalor del resultado.

³³ WOLTER, J., en: SCHÜNEMANN, B. (nota 28), p. 110; el mismo en: SCHÜNEMANN, B.; GIMBERNAT, E., y WOLTER, J. (nota 28), p. 10.

se al mismo tiempo que la conducta (y hasta el fin de la tentativa³⁴), pero no dice nada sobre el contenido del dolo.

b) No obstante, el argumento va más allá en un doble sentido. Por un lado, como se ha mencionado, contiene un indicio acerca del momento del dolo –al mismo tiempo que la conducta típica– y, por tanto, también una primera y pertinente razón para que el dolo no pueda extenderse al resultado y, menos aún, a la conexión causal y de contrariedad a deber. En realidad, se trata de una *evidencia temporal*: el resultado permanece en el futuro, el dolo en el presente: objeto del dolo nunca puede ser el resultado, sino en todo caso su posibilidad, más concretamente: un peligro, más concretamente aún, la peligrosidad de la propia conducta³⁵. «Nadie exige que el conocimiento del autor abarque un determinado resultado»³⁶.

Esta evidencia se puede expresar también de otro modo. En el lenguaje de la teoría del injusto: la imputación del resultado se juzga desde una perspectiva *ex post*, la creación del riesgo y el dolo desde una perspectiva *ex ante*³⁷, de modo que un dolo vinculado al resultado y a la conexión causal y de contrariedad a deber es algo imposible. Y, formulado en el lenguaje de la teoría de las normas, la misma idea se expresa cuando se dice que la imputación del resultado es una categoría de la norma de sanción, mientras que el dolo es una categoría de la norma de conducta³⁸.

c) Al mismo tiempo, el argumento de Wolter de la tentativa acabada dirige la mirada hacia la cuestión de la ratio del castigo del dolo; por lo tanto, se puede *convertir en un argumento teleológico-funcional*³⁹. Si se ve la ratio del castigo del dolo en el dominio conferido por el conocimiento⁴⁰, es obvio que tal dominio puede extenderse como máximo hasta donde el autor tiene el hecho en sus manos, es decir, hasta la tentativa acabada. Un dominio no puede referirse a cosas futuras. Sin embargo, hay que reconocer que este argumento,

³⁴ WOLTER, J., ZStW 89 (1977), p. 653.

³⁵ Que el dolo no se refiere al resultado, sino a un futuro o posible resultado, lo admite incluso el crítico KÜPPER, G., GA 1987, p. 479 (p. 503), que solo discute la relevancia de esta afirmación. Que es relevante lo demuestra la BGHSt 62, 223.

³⁶ FRISCH, W. (nota 29), p. 57.

³⁷ WOLTER, J., en: SCHÜNEMANN, B.; GIMBERNAT, E., y WOLTER, J. (nota 28), p. 10; FRISCH (nota 29), pp. 76 ss.

³⁸ FRISCH, W. (nota 29), p. 59 ss.

³⁹ Desarrolla detalladamente este argumento FRISCH, W. (nota 29), pp. 94 ss.,

⁴⁰ SCHÜNEMANN, B., *Festschrift für Hans Joachim Hirsch*, 1999, p. 363 (p. 371); GRECO, L., en: Silva Dias, A., et al. (eds.), *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito*, Coimbra, 2009, p. 885 (p. 891 s.); El mismo, «Dolo sin voluntad», en *Reflexiones sobre el derecho penal*, trad. Carrión Díaz, Lima, 2019, pp. 151 ss. (p. 165).

debido a sus controvertidos fundamentos⁴¹, tiene un escaso poder de persuasión en comparación con los otros tres argumentos.

d) El tercer argumento es un argumento a fortiori. Se refiere a la *figura de la desviación causal* y recuerda que su propia existencia evidencia que el dolo no puede abarcar todos los elementos del tipo objetivo⁴². Pues, la razón principal por la que existe esta figura –independientemente de la cuestión de si no se trata aquí en realidad de un problema exclusivamente de imputación objetiva⁴³– es que no sería adecuado aplicar a los errores sobre el curso causal las mismas reglas que rigen para los errores sobre el tipo legal en el sentido del § 16 I 1 StGB. El autor también es responsable de la muerte de su víctima apuñalada si ésta muere de las heridas infligidas en el hospital, y ello independientemente de que el agresor haya considerado siquiera esa hospitalización. No puede invocar un error de tipo. Aquí es donde empieza nuestro argumento a fortiori: si ni siquiera el curso causal real debe ser abarcado por el dolo, no tiene ningún sentido querer elevar una mera hipótesis sobre el curso de los acontecimientos en caso de conducta ajustada a Derecho a objeto del dolo.

Se podría replicar que el curso causal real es el objeto del dolo solo hasta cierto punto: «en sus contornos esenciales», como se suele decir⁴⁴. Sin embargo, el curso causal en sus contornos esenciales no es otra cosa que un peligro cierto, lo dicho antes en b) se aplicaría aquí.

e) En cuarto lugar, se puede recordar el *concepto de dolo*. Más allá de todas las disputas sobre el contenido del dolo, existe un núcleo firme, cuya justificación nadie discute⁴⁵: a saber, que *una representación de la posibilidad es suficiente* para el elemento cognitivo del dolo⁴⁶. Pero si la conexión de contrariedad a deber fuese objeto del dolo, ello no significaría más que la revisión de esta tesis. Para el elemento cognitivo no bastaría con la mera representación

⁴¹ En detalle, sobre la discusión acerca de la ratio del castigo del dolo, STUCKENBERG, C. F. *Vorstudien zu Vorsatz und Irrtum im Völkerstrafrecht*, 2007, pp. 406 ss.

⁴² Vid. ya SCHROTH, U., *Vorsatz und Irrtum*, 1998, pp. 94 ss.

⁴³ WOLTER, J., en: SCHÜNEMANN, B.; GIMBERNAT, E., y WOLTER, J. (nota 28), p. 15.

⁴⁴ En la materia, especialmente, BGHSt 7, 325 (p. 329); tomo la frase de WESSELS, BEULKE, SATZGER, AT, 47.^a ed., 2017, núm. 374.

⁴⁵ Ni siquiera los que cuestionan la exigencia de un elemento de conocimiento (especialmente, JAKOBS, G., *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, p. 56 s.; PAWLIK, M., *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 406 s.), pues en este aspecto se conforman incluso con menos.

⁴⁶ BGH NStZ-RR 2007, 43 (p. 44); NStZ 2007, 639 (p. 640) y también BGH NStZ 2017, 701 (p. 705), todos con el giro de que el elemento de conocimiento del dolo eventual no está presente solo cuando el delincuente cuenta «inevitablemente» con el resultado, sino ya cuando reconoce el resultado «como (solo) posible y no completamente alejado.» En una discusión crítica con la sentencia sobre el lanzamiento de ventanas: HERZBERG, R. D., MDR, 1971, p. 883; ULSSENHEIMER, K., JuS, 1972, pp. 253 s.; JAKOBS, G., AT, § 29/82, nota 168; ENGLÄNDER, A., JuS, 2001, p. 961; para quienes mencionan aquí la problemática de los trasplantes, *infra* nota 70.

de una posibilidad, sino que se exigiría que el autor supiera que el resultado no se daría con una probabilidad rayana en la seguridad o que el riesgo de producción del resultado se reduciría⁴⁷.

f) El quinto y último argumento remite a la capacidad de persuasión de los propios resultados. De requerir seriamente el conocimiento por parte del autor de que sin su comportamiento antijurídico el resultado no se daría con una probabilidad rayana en la seguridad, se suprimiría por completo el dolo eventual en un grupo importante de casos: a saber, cuando el bien jurídico estaba en peligro desde el principio. Así sucede no solo en el caso del lanzamiento por la ventana y en el de los trasplantes, sino también en los tres casos no citados por el BGH, en los que se decidió de forma diferente y correcta. En cuanto el caso carece del componente de tragedia, se reconoce inmediatamente que el resultado –impunidad– no puede ser correcto. O –a partir de otro ejemplo construido por Herzberg⁴⁸: «Quien dispara otra bala sobre la cabeza de la persona aparentemente muerta «por si acaso» actúa con dolo de matar, aunque solo considere posible que la conducta debida (no disparar) salvara la vida del sujeto⁴⁹. Está claro que el resultado contrario sería erróneo⁵⁰.

3. Lo que sigue faltando es una *salvaguarda frente a los siguientes contra-argumentos*:

a) Por un lado, podría pensarse que el tenor literal del § 16 I StGB prohíbe reducir el dolo a determinados elementos del tipo⁵¹. Frente a esto, ni siquiera hace falta invocar una «comprensión fáctica insuperable», a la que ni el legislador podría substraerse⁵². Es suficiente con indicar que la palabra «tipo legal» tiene su origen en una época en que la distinción entre desvalor de la

⁴⁷ Podría pensarse que esto último equivaldría a una revisión del concepto de dolo en el sentido de la teoría de la probabilidad; sin embargo, esto sería incorrecto porque el incremento del riesgo en el sentido de la teoría del incremento del riesgo se determina *ex post*, mientras que el riesgo, que es el objeto del dolo para la teoría de la probabilidad correctamente entendida, debe determinarse desde la perspectiva *ex ante*.

⁴⁸ Más ejemplos en HOVEN, E., NSZ 2017, p. 707; KUDLICH, H., y HOVEN, E., *FS Rogall*, 2018, pp. 214 ss.

⁴⁹ HERZBERG, R. D., MDR 1971, p. 883

⁵⁰ Un rechazo generalizado de la importancia de las intuiciones [así, STUCKENBERG, C. F., ZIS 2017, p. 445 (p. 446)] muestra, por un lado, una insuficiente familiaridad con las normas de la argumentación práctica, que se abordan abiertamente en las disciplinas vecinas, especialmente bajo la palabra clave del equilibrio de las consideraciones [fundamental, RAWLS, J., *A Theory of Justice*, ed. revisada, 1999, p. 18; sobre esto también GRECO, L., ZIS 2016, p. 416 (p. 418)], por otro lado, un deductivismo autosuficiente que cree poder prescindir de un control de resultados desligado de sus propias premisas.

⁵¹ Así, por ejemplo, BLOCK, F., *Atypische Kausalverläufe in objektiver Zurechnung und subjektivem Tatbestand*, 2008, p. 240.

⁵² FRISCH, W. (nota 29), p. 63, después formulado de forma algo más suave (p. 64): sólo se trata de poner de relieve lo que la ley «por sí sola puede razonablemente significar».

conducta y desvalor del resultado apenas había sido trabajada, por lo que el camino para captar la evidencia mencionada en 2. b) aún no aparecía abierto⁵³. Nada prohíbe interpretar esta palabra hoy en día de forma diferente a como se hace en la teoría general del tipo, sobre todo porque los límites del tenor literal son más generosos en la Parte General que en la Parte Especial⁵⁴.

b) Según la concepción aquí defendida, el injusto objetivo se extiende más allá del dolo; ¿no significa esta renuncia a la congruencia entre injusto y culpabilidad⁵⁵ un *desprecio del principio de culpabilidad*? ¿No se convertiría el resultado en una *condición objetiva de punibilidad*?⁵⁶ La salida fácil, hacer de la necesidad virtud y desterrar del injusto todo el ámbito de la imputación del resultado⁵⁷, está prohibida por diversas razones⁵⁸. La respuesta convincente radica en subrayar que el resultado, que no debe ser abarcado por el dolo, sigue siendo indirectamente –es decir, como posibilidad o como peligro– de importancia inalterable e inmutable. El desvalor de la conducta se construye con vistas al posible desvalor del resultado⁵⁹.

c) También próxima queda la objeción de que la concepción aquí defendida conduce a *allanar la diferencia entre dolo de peligro y dolo de lesión*⁶⁰. La objeción es, en todo caso, débil. El hecho de que el dolo de lesión no tenga por objeto la propia lesión no impide hallar elementos diferenciadores en otra parte, sobre todo en su objeto, es decir en la conducta peligrosa, que sean capaces de justificar la distinción con respecto al dolo de peligro. Estos podrían residir, por ejemplo, en la intensidad del peligro⁶¹ –una idea con la que ya he expresado mi simpatía⁶² – o incluso en un elemento volitivo.

4. Conclusión provisional: la tesis de que la conexión de contrariedad a deber es objeto del dolo es insostenible al menos por cinco razones. Objeto del dolo solo pueden ser elementos que fundamentan el injusto de la acción.

⁵³ *Vid.*, también, las observaciones de FRISCH, W. (nota 29), p. 64 nota 44.

⁵⁴ Cfr. ROXIN, C., y GRECO, L., *Strafrecht, AT 5*.ª ed. 2019, § 5, núm. 29b, 41.

⁵⁵ Así, WOLTER, J., en: SCHÜNEMANN, B. (nota 28), p. 110.

⁵⁶ BLOCK, F. (nota 51), p. 240.

⁵⁷ A favor, particularmente conocido, ZIELINSKI, D., *Handlungs- und Erfolgswert im Unrechtsbegriff*, 1973, especialmente. p. 143; en un sentido próximo, Corcoy (nota 2).

⁵⁸ Por todos, WOLTER, J. (nota 27), pp. 110 ss.

⁵⁹ FRISCH, W. (nota 29), p. 75.

⁶⁰ BLOCK, F. (nota 51), pp. 239 s.; en contra ya FRISCH, W. (nota 29), pp. 297 s., cuya anticipación a esta objeción no aborda BLOCK, F.

⁶¹ Así, como es sabido, PUPPE, I., *NK-StGB*, 5.ª ed., 2017, § 15, núm. 86.

⁶² GRECO, L. (nota 40), pp. 902 s.

IV. ¿CONEXIÓN DE CONTRARIEDAD A DEBER COMO OBJETO DEL DOLO SOLO ANTE LA INTERRUPCIÓN DE CURSOS SALVADORES O ANTE OMISIONES?

Ante las dificultades descritas, tendría sentido adoptar una posición de retirada y limitar el alcance de la tesis a determinados ámbitos de aplicación, concretamente: a los delitos de omisión y a la interrupción de cursos causales salvadores. En la doctrina que se ocupó de la sentencia de los trasplantes solo se planteó como una opción respecto a una de estas dos constelaciones⁶³. Tampoco esta retirada resulta convincente.

Por un lado, las cinco consideraciones desarrolladas anteriormente en III.2.b) hasta f) mantienen todo su peso incluso frente a la tesis limitada. Pues tienen un alcance general; no hay razón por la que no se pueden aplicar a un caso particular.

Por otro, –como argumento adicional– resultaría muy extraño que el concepto de dolo en las omisiones o de interrupción de cursos salvadores tuviera un contenido diferente que en los delitos comisivos. Más aún si se tiene en cuenta lo precaria que puede ser la distinción entre acción y omisión⁶⁴. La jurisprudencia no solo parte del criterio intuitivo del punto central del reproche⁶⁵; es igualmente revelador que el BGH en el caso de los trasplantes a pesar de calificarlo como omisión no quisiera renunciar a una protección a través de la referencia a la interrupción de los cursos causales salvadores⁶⁶. También se observa a veces que muchas constelaciones normales podrían describirse como interrupción de cursos causales salvadores⁶⁷: así el disparo al corazón puede verse como una interrupción de un curso salvador, a saber, un corazón que funciona que salva al cuerpo de la falta de oxígeno.

V. CONCLUSIÓN

«Objeto del dolo es, pues, la conducta, no el resultado ni la relación de riesgo (o el curso causal)»⁶⁸. «El dolo es, pues, conocimiento, ex ante, por el

⁶³ Con esta interpretación, HOVEN, E., NStZ, 2017, p. 707; ROSENAU, y H. LORENZ, JR 2018, p. 180, que coincide bajo esta interpretación con el BGH; AST, S., HRRS 2017, p. 501.

⁶⁴ Sobre esta discusión, ampliamente, ROXIN, AT II, § 31, núm. 69 y ss, quien se ve obligado a postular que hay muchas constelaciones conocidas como «omisión por comisión» (núm. 99 ss.).

⁶⁵ Por última vez, BGHSt 59, p. 292 (p. 296, núm. 59), con ulteriores referencias.

⁶⁶ Vid. la nota 6 anterior.

⁶⁷ Cfr. JAKOBS, G., AT, § 7, núm., 23.

⁶⁸ CORCOY, M. (nota 2), p. 253; Vid., también, La misma, «En el límite entre dolo e imprudencia», ADPCP 1985, p. 961 (p. 971).

autor del efectivo riesgo concurrente en su conducta»⁶⁹. Hubiese sido deseable que el BGH se hubiera mostrado abierto a estas ideas. La absolución del médico acusado de manipular las listas, por el rechazo de la resolución de cometer el hecho, no es sostenible dogmáticamente. La conciencia de la posibilidad de la producción del resultado se daba; más no exige el elemento cognitivo del dolo⁷⁰. En particular, la conexión de realización del riesgo no es objeto del dolo⁷¹ –ni en general, ni solo en los casos especiales de omisión o de interrupción de los cursos causales salvadores. Si se acepta, como hace el BGH, que no se realiza el tipo objetivo del homicidio –frente a lo cual habrían razones a considerar que aquí no se pueden detallar, que sin embargo no han pasado inadvertidas en la doctrina en su crítica al caso del lanzamiento por la ventana⁷²– el médico tendría entonces que haber sido castigado, al menos por tentativa de homicidio⁷³. Que no se haya podido llegar a eso demuestra de forma ejemplar el rol racionalizador de la dogmática⁷⁴, ofreciendo una pauta fiable para solucionar casos que contienen una tragedia que enturbia la vista casi de forma inevitable. Solo cabe esperar que el error dogmático permanezca como caso aislado, que –de modo comparable al caso del lanzamiento por la ventana– en el mejor de los casos vuelva a servir como precedente dentro de cincuenta años (como pronto!). Una sentencia reciente parece demostrar que esta esperanza no es injustificada⁷⁵.

⁶⁹ CORCOY, M. (nota 2), p. 256.

⁷⁰ Así, en su toma de posición sobre el caso de los trasplantes, VERREL, T., MedR 2014, p. 464 (p. 467); HAAS, V., HRRS 2016, p. 384 (p. 395 s.); AST, S., HRRS 2017, pp. 501 s.; HOVEN, E., NStZ 2017, p. 707; RISSING-VAN SAAN, R./VERREL, T., NStZ 2017, p. 65; KUDLICH, H./HOVEN, E., *FS Rogall*, 2018, pp. 214 s.; *Vid.*, también, *supra*, nota 46.

⁷¹ Correcto, AST, S., HRRS 2017, p. 502.

⁷² Correcto, HERZBERG, R.D., MDR 1971, p. 882; SPENDEL G., JZ 1973, p. 140, ambos recuerdan que la muerte que efectivamente se produjo fue un «resultado diferente en su forma concreta» a la muerte que podría haberse producido como consecuencia del lanzamiento por la ventana; igualmente (con precisión) GRECO, L., ZIS 2011, p. 680. En este caso podría desarrollarse una argumentación similar: ciertamente no es seguro que los pacientes desplazados seguirían vivos en la actualidad, pero el trasplante habría aplazado, al menos el momento de la muerte, con lo que su impedimento sería causal para la muerte que realmente se produjo. La imputación objetiva puede parecer poco clara, porque es dudoso que un aplazamiento del momento de la muerte quede abarcado por la finalidad de protección de la norma (para más detalles, *Vid.* ROXIN, C./GRECO, L., *AT*, § 11, núm. 34a, 87a).

⁷³ A favor, OLG Braunschweig, NStZ 2013, p. 593.

⁷⁴ Cfr. ROXIN, C./GRECO, L., *ATI*, § 7, núm. 38 ss., siguiendo a GIMBERNAT, E., ZStW 82 (1970), 379 (pp. 405 ss.).

⁷⁵ Cfr. nota 3.

NORMAS Y DIRECTIVAS*

URS KINDHÄUSER

I. INTRODUCCIÓN

G.E.M. Anscombe escribe en su artículo «The Two Kinds of Error in Action»: «A menudo, lo que una regla prohíbe es *el hacer tal o cual cosa*. Sin embargo, cuando has hecho tal o cual cosa, la cuestión de si eres *culpable* de hacer tal o cual cosa no es simplemente una cuestión sobre lo que ha sucedido en el exterior, sino sobre tu voluntad. Naturalmente, una regla, tal como se considera al decidir obedecerla o desobedecerla, no dice: no hagas *voluntariamente* tal o cual cosa, pues no puedes considerar si hacer voluntariamente o no tal o cual cosa. Así, incluso cuando la noción de una *actuación culpable, si la hay*, está incorporada en la descripción de la cosa prohibida (como en el caso del robo o el asesinato...), lo que un hombre toma en consideración es si tomar este caballo o tal dinero, o si matar a este otro hombre, no si hacerlo de manera voluntaria. La voluntariedad se presupone cuando *considera si* hacerlo o no. Por tanto, no entra en sus consideraciones sobre qué hacer, pero sí en un juicio posterior –propio o ajeno– sobre lo que se hizo»¹.

En relación con el Derecho penal, las consideraciones de Anscombe quieren decir lo siguiente: la voluntariedad no pertenece al contenido de la

* Título original: «Normen und Direktiven». Traducción a cargo de Vicente Valiente Ivañez y Diego González Lillo.

¹ ANSCOMBE, G. E. M., «The Two Kinds of Error in Action», en: *Ethics, Religion and Politics*, Oxford, 1981, pp. 3, 7 s.; sobre esto, también, MAÑALICH, J. P., «The Grammar of Imputation», en Jan C. Joerden, Jan C. Schuhr (eds.), *GS für Joachim Hruschka*, 2019, pp. 421, 425 s. y *passim*, con ulteriores referencias.

norma, que su destinatario decide *ex ante* seguir o no seguir, sino al enjuiciamiento del comportamiento prohibido como querido, lo que es objeto del reproche de culpabilidad *ex post*. Esto es algo que difícilmente se puede contradecir: si A está a punto de lanzar una piedra al detestado enano de jardín de su vecino, entonces, si considera la situación normativamente, no se enfrenta a la cuestión de si le está prohibido dañar el enano de jardín de forma voluntaria o involuntaria, sino de si debe abstenerse de lanzar la piedra porque está prohibido dañar la propiedad ajena. E incluso un policía que pasara por allí solo le indicaría que está prohibido lanzar, pero no que está prohibido lanzar voluntariamente. En consecuencia, la «orden» de un legislador personificado sería probablemente: «¡No dañes la cosa ajena!». En cambio, la «orden»: «¡No dañes voluntariamente la cosa ajena!» o «¡No dañes la cosa ajena de manera contraria a cuidado!» suenan ajenas al Derecho.

La prohibición de dañar voluntariamente la cosa ajena estaría formulada de forma incorrecta porque, como bien señala Anscombe, la acción ordenada, el abstenerse de dañar, no puede realizarse de forma no intencionada; la voluntariedad se presupone. Incluso en la vida cotidiana, ¿quién invitaría a alguien con las palabras: «¡Por favor, ven a tomar el té intencionadamente a las 4 de la tarde!»? Las normas (y las exigencias normativas) solo pueden seguirse mediante acciones, esto es, voluntariamente. La voluntariedad no forma parte del contenido de la norma –es decir, lo que se debe hacer u omitir–, sino que es una condición necesaria de la capacidad de seguir una norma. La presuposición, por lo demás, es de carácter pragmático; el objetivo del establecimiento de la norma se vería frustrado si esta no pudiera ser finalmente seguida².

Por supuesto, uno puede dañar un enano de jardín involuntariamente al moverse de manera descuidada por el césped y tropezar con él. Sin embargo, la orden que debe formularse *ex ante actu* –antes de tropezar– no sería: «¡No debes tropezar por descuido con el enano de jardín!». Después de todo, no es que la persona a la que se dirige deba tropezar de forma atenta con el enano de jardín; más bien, debe moverse con cuidado por el césped *para así* poder evitar tropezar con el enano de jardín. Al igual que «voluntariamente», la precaución instada se refiere a la *capacidad* de abstenerse de dañar al enano de jardín, y no al daño en sí mismo, sea cual sea el medio utilizado para ello. Por tanto, la petición de no dañar el enano de jardín de forma accidental también presupone que el daño debe evitarse voluntariamente.

² Sobre la relación entre el concepto de norma y el seguimiento de la norma, KINDHÄUSER, U., «Setzt Unrecht Schuld voraus?», *FS für Reinhard Merkel zum 70. Geburtstag*, 2020, pp. 351 ss.

En este contexto, disposiciones como «atento», «previsor» o «cuidadoso» no se utilizan adverbialmente para prohibir una forma de hacer daño, sino que se refieren a una pauta con la que se determina cómo hay que comportarse para adquirir o asegurar la capacidad de evitar de forma específica un comportamiento dañino. Cuando se enjuicia *ex post* un acontecimiento lesivo, la situación es diferente. En este caso se trata de la adscripción de la responsabilidad por un daño acaecido, es decir, de la constitución de un reproche, para cuya fuerza también puede ser decisiva la forma en que se haya producido —¿consciente o acaso intencionadamente?—.

Este tipo de consideraciones pueden parecer triviales —y lo son—, pero quizás por ello se pasan por alto con facilidad. Por ello, en lo que sigue se mostrará, por medio de algunos problemas básicos de la teoría de las normas, la importancia de la diferenciación entre la función de apelación [*Appellfunktion*] y la función de imputación de las reglas del Derecho penal.

II. NORMA Y SANCIÓN

Según el modelo de hecho punible predominante, en el delito consumado, después de la comprobación de que unas circunstancias fácticas pueden subsumirse bajo todas las características objetivas y subjetivas relevantes de un tipo de delito [*Deliktstatbestand*], se plantea la cuestión de si se han realizado las características objetivas y subjetivas de un tipo de justificación. Si se responde negativamente a esta pregunta, se examina en un tercer nivel si se cumplen los posibles presupuestos bajo los cuales habría que negar la culpabilidad (en el sentido técnico) del autor. Al aplicar este modelo *ex post*, poco puede fallar, pues no se prescinde de ninguna de las características que son constitutivas del reproche de culpabilidad.

Sin embargo, si se cambia la perspectiva con Anscombe y se analiza qué exigencias normativas hay que imponer a un autor *ex ante actu*, es evidente que solo una parte de las características decisivas para la constitución del hecho punible son importantes³. Es completamente irrelevante, por ejemplo, que el autor del delito se considere a sí mismo un enfermo mental. También queda naturalmente vedado para él si acaso incurre en un error de prohibición o incluso si comete un delito putativo. En cambio, ahora se plantea la cuestión de qué presupuestos del tipo son objeto de una posible justificación. Es obvio que

³ Sobre las dificultades que hay que superar aquí, ya BINDING, K., *Die Normen und ihre Übertretung*, I, 2.^a ed. 1890, pp. 46 ss.

al ámbito del objeto de una norma de prohibición solo puede pertenecer lo que también puede considerarse objeto de una permisón; en pocas palabras: solo puede ser prohibido lo que también puede ser permitido, y viceversa.

Ahora bien, la posibilidad de determinar el contenido de las normas de comportamiento con la ayuda del test de justificación presupone que las normas de comportamiento del Derecho penal pueden derivarse semánticamente de los supuestos de hecho de las normas de sanción. Esto se debe a que la justificación en el modelo de hecho punible al uso solo se relaciona con aquellos presupuestos de la antijuridicidad que se mencionan en el respectivo tipo de delito. Si las lesiones corporales están permitidas bajo los presupuestos de una situación de legítima defensa, entonces están prohibidas sin la intervención de esta (u otra) causa de justificación según las características relevantes del correspondiente tipo de delito. De lo contrario, el reproche de culpabilidad tampoco tendría objeto. Este sencillo argumento también ha encontrado su manifestación explícita en el StGB alemán. Según el § 11 (1) núm. 5 del StGB, un «hecho antijurídico es solo aquel que realiza el supuesto de hecho⁴ de una ley»⁵.

Sin embargo, la determinación legal según la cual el tipo legal [*gesetzlicher Tatbestand*] fija lo que está prohibido jurídico-penalmente ha sido cuestionada invocando precisamente a Binding, lo que no deja de ser sorprendente⁶. Pues fue este autor quien pusiera al descubierto un «error» frecuente, consistente en suponer que el autor del delito transgrede la ley penal⁷. De hecho, Binding es citado con sus propias palabras: «lejos de que el delincuente transgreda la ley penal según la cual es enjuiciado, debe siempre, para poder ser castigado, haber actuado de acuerdo con la primera parte de esta ley»⁸.

⁴ Que los tipos penales se entiendan como *ratio cognoscendi* o *ratio essendi* de la materia objeto de la prohibición es irrelevante; según el principio constitucional de garantía, el injusto jurídico-penal debe ser injusto adecuado-al-tipo [*tatbestandsmäßiges Unrecht*].

⁵ El injusto de la tentativa, con independencia de su construcción teórico-normativa, solo puede residir en la realización de las características legales que presupone su punibilidad. Esto no excluye que el injusto del delito consumado y el injusto de la tentativa puedan basarse en evaluaciones jurídicas diferentes; sobre la tentativa acabada e inacabada KINDHÄUSER, U., «Versuch und Vollendung – normtheoretisch betrachtet», en Barton, S.; Eschelbach, R., y Hettinger, M. *et al.* (eds.), *FS für Thomas Fischer*, 2018, pp. 125 ss.

⁶ FREUND, G., y ROSTALSKI, F., «Warum Normentheorie? Zur selbstständigen Bedeutung vorstrafrechtlich legitimierter Verhaltensnormen, auch und gerade im strafrechtlichen Kontext», *GA* 2020, pp. 617 ss.; ROBLES PLANAS, R., «Verhaltensnormen», en Böse M.; Schumann, K., y Toepel F. (eds.), *FS für Urs Kindhäuser*, 2019, pp. 393, 394. Con respecto a la «teoría de las normas» defendida por estos autores sostiene acertadamente Herzberg que «de vez en cuando se encuentran afirmaciones que cruzan la línea del sentido y ya no merecen ser discutidas, HERZBERG, R., «Verhaltensnorm, Sanktionsnorm und Tatbegriff – eine kritische Betrachtung», *ZIS* 7-8/2021, p. 424 con nota 15.

⁷ FREUND, G./ROSTALSKI, F., *GA* 2020, p. 617.

⁸ BINDING, K., 1890, p. 4.

En la medida en que por «leyes penales» se entienden los tipos de delitos de la Parte Especial del Código Penal, se trata de entidades lingüísticas que no se transgreden ni se cumplen como tales. Sin embargo, tales enunciados jurídicos pueden utilizarse para expresar proposiciones que tienen por objeto determinadas formas de comportamiento; en una formulación abstracta, por ejemplo: «hacer p». La forma lingüística con la que se expresa la correspondiente proposición en el contexto del Derecho penal se denomina «tipo» [*Tatbestand*]⁹. Este tipo puede utilizarse de forma pragmática para diversos fines; por ejemplo, para prohibiciones, valoraciones, comprobaciones, etc. Desde el punto de vista lingüístico, el establecimiento de estos fines puede representarse con la ayuda de un operador¹⁰. En combinación con el operador «punible»¹¹, se obtendría –independientemente de otros presupuestos de sanción necesarios– la norma de sanción: «punible: hacer p». Dicha norma de sanción, como afirma acertadamente Binding, conceptualmente no puede ser «transgredida» por la persona que hace p, sino que solo puede ser realizada.

Sin embargo, el tipo «hacer p» también puede combinarse sin más con el operador deóntico «prohibido» para formar la prescripción: «prohibido: hacer p». Con este uso del tipo, el comportamiento de la persona que hace p puede designarse sin más como «transgresión» de la correspondiente norma de comportamiento. Pues, ¿de qué otro modo podría transgredirse una prohibición, por aplicar de forma análoga las palabras de Binding, sino a través de un actuar «conforme» con el tipo de la prohibición? Así, en la medida en que la descripción del comportamiento «hacer p» opera como tipo, tanto de una norma de comportamiento como de una norma de sanción, la persona que hace p actúa de forma contraria a la norma y al mismo tiempo cumple condiciones (necesarias) para la punibilidad de su comportamiento. Ya en la frase que sigue al pasaje citado, Binding afirma: «Esta primera parte (de la ley) tiene por objeto precisamente caracterizar la acción merecedora de pena; si *en ella* se da una transgresión de la ley, la ley penal también la *presenta expresamente*»¹². En otras palabras, Binding parte de que el propio comportamiento que enuncia el tipo de delito es el comportamiento a través del cual

⁹ Siguiendo aquí a BELING, E., *Lehre Die Lehre vom Tatbestand*, 1930, pp. 4 ss.; para más detalles sobre la doctrina del tipo en Belling, véase KINDHÄUSER, U., «Zur Tatbestandslehre Ernst Belings. Versuch einer Rekonstruktion», *Analytische Strafrechtswissenschaft*, 2021, vol. 2, p. 722 con ulteriores referencias.

¹⁰ En el sentido de la teoría de los actos de habla de AUSTIN, J. L., *Zur Theorie der Sprechakte* [*How to do Things with Words*], 1986, pp. 110 ss., 123 ss. y *passim*), el tipo expresa el papel «locucionario» de un enunciado, mientras que el operador indica su papel «ilocucionario». Para más detalles, véase KINDHÄUSER, U., 2020, pp. 356 ss.

¹¹ Cuando se utiliza normativamente en el sentido de «será castigado».

¹² BINDING, K., 1890, p. 4 (énfasis añadido).

el autor transgrede la norma de *comportamiento* y que, por tanto, es merecedor de pena¹³.

Así, Binding representa todo lo contrario de lo que se le atribuye: la norma de comportamiento y la norma de sanción tienen un contenido normativo (al menos parcialmente) idéntico. Ello queda aún más claro cuando Binding explica por qué el imperativo se sustenta en la primera parte de las leyes penales¹⁴. La síntesis que hace Binding en ese lugar merece ser citada literalmente, dada la tergiversación que se hace de su obra: «La pauta vinculante del actuar que es transgredida por el infractor es la prohibición o el mandato jurídico (...). Encontramos este mandato esencialmente transformando la primera parte de nuestras proposiciones jurídico-penales en una orden: no actuar como se designa *allí mismo*, o actuar como se requiere *allí*. Es a esta orden de la ley al que denomino norma. Conceptualmente, la norma precede a la ley penal, ya que esta última amenaza la transgresión de la norma con una pena o la declara exenta de una consecuencia penal.»¹⁵

No obstante, expuesto ahora de manera simple, Binding se enfrentó a un difícil problema con respecto a la norma de comportamiento «prohibido: hacer p», que no se refiere al contenido de la norma, sino a la fundamentación del deber ser imperativo, es decir, el estar prohibido o mandado de «hacer p». En efecto, la «legislación moderna» ya no tiende a formular tal imperativo de forma explícita, sino que solo lo presupone *conceptualmente* —es decir: lógicamente— a la hora de valorar un comportamiento como merecedor de pena¹⁶. Como solución al problema, Binding propuso añadir la característica de la antijuridicidad en el sentido de insubordinación frente a pretensión de obediencia del Estado¹⁷.

¹³ Literalmente: «Solo queda la posibilidad de intentarlo con la primera parte de las leyes penales y convertirlas en una prohibición o en un requerimiento: dependiendo de si es punible una acción o una omisión [...] Tampoco se puede negar que el infractor hace de manera exacta y plena lo que tal prohibición quiere que se abstenga de hacer, es decir, que su acción y el comportamiento que se le ordena se oponen contradictoriamente» (BINDING, K., 1890, p. 42).

¹⁴ BINDING, K., 1890, p. 42.

¹⁵ BINDING, K., 1890, p. 45 (énfasis añadido).

¹⁶ BINDING, K., 1890, p. 45.

¹⁷ Por ejemplo, BINDING, K., 1890, pp. 96 ss.; acertado análisis de HILLIGER, F., «Rechtstheoretische Voraussetzungen der Normenlehre Bindings», en Anne Schneider *et al.* (eds.), *Normentheorie und Strafrecht*, 2018, pp. 11, 16: para Binding, la norma no es «otra cosa... que la proposición jurídica fundante de vinculatoriedad [*verbindlichkeitsbegründende Rechtssatz*] por excelencia, la prohibición o mandato puro». Lo decisivo en Binding es que *no* entiende la sanción *como una condición* de la juridicidad del deber ser —y, en este sentido, tiene que concebir norma y orden de sanción como lógicamente distintas, lo que por supuesto no excluye que una norma concreta y la correspondiente sanción puedan tener un contenido (al menos parcialmente) concordante.

Las dificultades mencionadas pueden superarse si se distingue entre el contenido de un enunciado –su papel locucionario– y la acción que se lleva a cabo a través del enunciado –su papel ilocucionario–¹⁸. La unidad semántica «hacer p», el tipo en el sentido de Beling¹⁹, no es inmanente a valoración alguna; «hacer p» puede ser la descripción de lo que está permitido o prohibido, de lo que es elogiado o punible. La valoración la realiza quien utiliza «hacer p» como proposición de una evaluación. Esta valoración –y no la proposición– puede, a su vez, estar vinculada a, o implicar, presupuestos. En este sentido, la valoración del legislador de que «hacer p» es punible puede implicar el presupuesto de que esta valoración solo sea válida si la persona que hace p ha infringido una norma con el contenido «hacer p»²⁰. No otra cosa significa la afirmación de Binding citada anteriormente: «La norma precede conceptualmente a la ley penal» –la infracción de una norma es una implicación lógica de la valoración de una forma de comportamiento como merecedora de pena–²¹. Cualquier interpretación de la norma de comportamiento que contradiga este hallazgo, o bien se basa en errores lógicos, o bien es incompatible con el modelo de hecho punible al uso.

III. SOBRE EL TIPO DE LA NORMA DE COMPORTAMIENTO

Como ha señalado Anscombe, el juicio valorativo *ex post* del comportamiento difiere considerablemente de la situación decisoria en la que se encuentra el destinatario de la norma al momento de cometer el hecho. En la valoración *ex post* de un comportamiento, incluidas sus consecuencias, que es objeto del reproche de culpabilidad, pueden desempeñar un papel decisivo la intención y los motivos ulteriores del autor, pero también la situación coercitiva en la que, o la indiferencia con la que, se tomó la decisión de realizar un determinado comportamiento; solo así se puede «valorar debidamente» la culpabilidad del autor. Sin embargo, no se aplica lo mismo si la decisión sobre cómo debe ser seguida una prohibición debe tomarse *ex ante*. Aquí, el destinatario de la norma solo se enfrenta a la cuestión de lo que debe abstenerse de hacer para evitar lo que está prohibido. Lo que se prohíbe en cada caso se agota en la

¹⁸ Véase más arriba el texto a la nota 10.

¹⁹ BELING, E., 1930, pp. 4 ss.

²⁰ Al respecto, véase también el razonamiento de HILLIGER, F. (2018, p. 15), de que la punibilidad de un comportamiento en función de si está prohibido o requerido.

²¹ A su vez, con ello se evidencia por qué las normas de permisividad tienen un efecto excluyente de la punibilidad.

descripción del comportamiento externo y debe derivarse del tipo objetivo básico de un *typus* delictivo [*Deliktstypus*].

Las prescripciones son establecidas por una autoridad normativa –en Derecho, por un legislador– con el fin de producir, asegurar o impedir determinados estados. La correspondiente legitimación material se recoge en la dogmática del Derecho penal con la idea rectora de la protección de los bienes jurídicos. En consecuencia, se prohíben –en diferentes manifestaciones de las distintas figuras delictivas [*Deliktstypen*]– las puestas en peligro y las lesiones de bienes jurídicos, así como las actividades peligrosas contrarias a la finalidad protectora. En cambio, la pena como sanción no sirve directamente a la protección de bienes jurídicos, sino solo indirectamente, en la medida en que está destinada a garantizar el seguimiento de las correspondientes prohibiciones de menoscabo de los bienes jurídicos, es decir, su vigencia fáctica.

Un ejemplo extrajurídico: los cálculos matemáticos pueden servir para un fin determinado, como el cálculo de la estática de un edificio. La corrección del cálculo depende únicamente de la aplicación objetiva y correcta de las reglas matemáticas pertinentes. Con independencia lógica y de contenido de esto, se plantea la cuestión de qué expectativas se ponen en las capacidades matemáticas de la persona que realiza el cálculo y en el esfuerzo personal que se requiere para conseguir el resultado correcto. Para asegurar o posibilitar la capacidad de calcular correctamente, se puede prohibir a la persona encargada del cálculo el consumo de alcohol durante las horas de trabajo o prescribir la asistencia a cursos de formación continua. Pero el resultado correcto no depende de que esta persona se haya esforzado al máximo, ni se convierte en incorrecto porque se haya obtenido en estado de embriaguez; en este último caso, podría estar justificado reprender a la persona que ha realizado el cálculo por su falta de disciplina, aunque el resultado sea correcto²². Las reglas de las matemáticas y la capacidad de aplicarlas son dos cosas diferentes. En consecuencia, las normas de comportamiento también especifican lo que es jurídicamente correcto de forma objetiva, mientras que a través de la sanción se pretende imponer su seguimiento en función de las capacidades esperadas de los destinatarios de la norma.

²² Bajo circunstancias diferentes, esta es la situación en la tentativa sin acaecimiento del daño.

IV. NORMA Y RESULTADO

Uno de los argumentos estándar contra la derivación de las normas de comportamiento del Derecho penal de los tipos básicos de las normas de sanción es que el resultado es posterior en el tiempo al comportamiento causante del resultado y, por tanto, no puede formar parte del tipo de la norma de comportamiento. Sin embargo, estos argumentos suelen ignorar incluso simples relaciones lógicas. Robles Planas, por ejemplo, discute la derivabilidad de las normas de comportamiento del Derecho penal de las normas de sanción con el argumento de que de esta forma se equipara la norma a la realización del tipo²³. En primer lugar: las normas son proposiciones de deber ser y, por tanto, no son verdaderas ni falsas; no describen el ser, sino que establecen lo que no debe ser. La realización de los tipos, en cambio, son estados de cosas que, en tanto que hechos, hacen verdadera una determinada descripción. No obstante, el tipo de una norma también puede utilizarse de forma descriptiva. El que hace *p* ejemplifica un estado de cosas bajo la descripción «hacer *p*», que es idéntica a la proposición de la norma: «prohibido: hacer *p*». Pero, ciertamente, de esto no se sigue que el estado de cosas de que alguien haga *p* sea una norma.

Así pues, la prohibición de dañar la cosa ajena no debe ser mal entendida como descripción de un estado de cosas real y, desde luego, no debe identificarse con dicho estado de cosas, lo que a su vez no excluye, naturalmente, la posibilidad de que un estado de cosas real que caiga bajo la descripción del tipo de una norma pueda ser designado como «contrario a la norma» [*«normwidrig»*]²⁴. La prohibición de dañar la cosa ajena tiene validez como un enunciado de deber sin especificación de tiempo y espacio y, de este modo, en el caso del ejemplo, también en el momento en que *A* coge la piedra. En este momento, la prohibición no describe un acontecimiento que ya se ha realizado, sino que nombra el acontecimiento que *no se debe* realizar.

Con ello, se hace virulento el ya problema lógico de que en el caso de las prohibiciones de acciones que –como matar, lesionar o dañar– se definen por su resultado, el comportamiento prohibido no puede determinarse conceptualmente antes de que acaezca el resultado. Dicho de otro modo, desde la perspectiva *ex ante actu*, el comportamiento que realiza el tipo de la prohibición no es todavía subsumible en el tipo de la norma. En este sentido, las normas que se refieren a la producción o impedimento de eventos o estados se diferencian de las normas que simplemente tienen por objeto actividades, como la partici-

²³ ROBLES PLANAS, R., 2019, p. 393.

²⁴ Aclarando el mencionado malentendido, también MAÑALICH, J. P., 2019, pp. 414 ss.

pación en el tráfico rodado en estado de incapacidad para conducir debido al consumo de alcohol. Mientras que los tipos de las normas de actividad se realizan directamente por medio del comportamiento que se puede describir con el verbo correspondiente, en el caso de las normas de resultado los actos de producir o impedir siguen siendo (por necesidad lógica) conceptualmente indeterminados al momento de su ejecución. Por tanto, la subsunción conceptual, con la que se pueden obtener órdenes de comportamiento concretas en el caso de las normas de actividad, debe ser sustituida por un esquema de inferencia adecuado en el caso de las normas de resultado.

V. NORMA Y SEGUIMIENTO DE LA NORMA

A partir de las consideraciones anteriores, puede que ya haya quedado claro que el contenido y el seguimiento de la norma son dos cosas diferentes. Esto se hace evidente bajo la premisa de la separación del ser y el deber ser. Lo debido depende del contenido de la norma, mientras que el seguimiento de la norma debe entenderse como el conjunto de condiciones bajo las cuales lo debido puede realizarse por medio del actuar.

La determinación del actuar o del omitir por medio del cual tiene que seguirse una norma plantea dificultades sobre todo por el limitado alcance conceptual de las normas de comportamiento. Esto se debe a que la descripción de la alternativa de comportamiento que el autor debería adoptar *ex ante* para seguir una norma no puede inferirse de la propia norma. Esto queda ilustrado de nuevo con el ejemplo del comienzo: A se encuentra en la verja de la propiedad de su detestado vecino y quiere lanzar una piedra al enano decorativo que tiene en su jardín. La prohibición de dañar el enano de jardín ajeno puede deducirse conceptualmente de la prohibición de dañar la cosa ajena, pero no la prohibición de lanzar una piedra al enano de jardín ajeno; «lanzar» no está conceptualmente contenido en «dañar». La «norma» de abstenerse de lanzar una piedra –llámese «*d*»– tiene, por tanto, un contenido diferente al de la prohibición de dañar la cosa ajena –llamada aquí «*v*»–. Pero, ¿qué debe entenderse por «*d*»?

El hecho de que una pregunta *así* formulada no tenga respuesta en la dogmática jurídico-penal al uso puede tener que ver con la obviedad de que el destinatario de la norma *tiene que* actuar conforme a «*d*» para cumplir con la prohibición «*v*». Y, por tanto, también puede que sea obvio que «*d*» es precisamente lo que la norma «*v*» prohíbe a su destinatario en este caso. A pesar de ello, hay que tener en cuenta que «*v*» y «*d*» son dos normas diferentes con un

contenido distinto y que, si se observa con detenimiento, «*d*» es también una clase de norma diferente a la prohibición «*v*». La prohibición de dañar «*v*» expresa, por así decirlo, el objetivo a alcanzar, mientras que «*d*» designa –al menos– un medio racional para lograr el objetivo de no dañar la propiedad ajena. Así, al formular «*d*» también parece más apropiado sustituir la palabra deóntica «deber» [«*sollen*»] por la palabra «tener que» [«*müssen*»]. Mientras que la prohibición de daños prohíbe categóricamente dañar la propiedad ajena, no hay ninguna norma que prohíba categóricamente a A lanzar una piedra. El Derecho no le exige que se abstenga de lanzar piedras *per se*, sino solo en el caso de que (le) parezca necesario en la situación concreta abstenerse de lanzar una piedra para evitar daños a la propiedad. De este modo, el tener que abstenerse de lanzar una piedra se desprende del objetivo jurídicamente establecido de no dañar la propiedad ajena y, por tanto, de no dañar el enano de jardín ajeno.

Consecuentemente, el *tener que* surge de una determinación racional de medios-fin, que inicialmente es de naturaleza *descriptiva*. Si el objetivo de A es evitar dañar una cosa ajena y, por tanto, evitar dañar un enano de jardín, *tendrá que* abstenerse de lanzar la piedra si no quiere fracasar en su objetivo. Visto así, «*d*» no es una prescripción autónoma, sino la consecuencia de una deliberación práctica para la realización de un objetivo fijado; en este caso: seguir la prohibición «*v*». O, dicho de otro modo: el *tener que* de «*d*» es una expresión de necesidad práctica.

Una exigencia de comportamiento que se basa en el hecho de que hay que adoptar u omitir una determinada alternativa de comportamiento para alcanzar un objetivo que es *debido* de forma vinculante es lo que V. WRIGHT denomina un «deber técnico»²⁵. Esta designación –en este sentido, también se puede hablar de «directiva»– expresa el carácter instrumental de la relación medios-fin y, por tanto, también la conexión entre el *deber ser* del fin y el *tener que* del medio. Pues la formulación de «*d*» es elíptica; «*d*» está relacionada con «*v*» en términos de contenido. Así, el *tener que* surge de querer lo debido.

Cabe destacar una particularidad más con respecto a «*d*». Mientras que la prohibición del daño en cosa ajena se dirige en general a todas las personas que son destinatarias de las normas del Derecho penal alemán, «*d*» solo se aplica al destinatario de la norma que se encuentra en una determinada situación y dispone de una determinada capacidad de acción y motivación. Es decir, «*d*» es un «deber ser» que *se concreta situacionalmente y se individualiza* con

²⁵ Fundamental v. WRIGHT, G. H., *The Varieties of Goodness*, Londres, 1963, pp. 155 ss.; véase también, el mismo, *Normen, Werte, Handlungen*, 1994, p. 36; AST, S., *Handlung und Zurechnung*, 2019, pp. 175 ss., elabora acertadamente el contexto normativo relevante aquí con la idea de «consistencia teleológica» [«*teleologische Folgerichtigkeit*»].

respecto al actuar/omitir necesarios. Así cobra sentido la afirmación de que «deber» implica un «ser» (poder). A través de «*d*», el *deber ser* de la norma categórica se conecta con el *ser-así* de una persona individual en una situación concreta. O, formulado de otro modo: «*d*» vincula a un determinado destinatario de la norma según la capacidad que le es posible y que se espera de él. Esta vinculación de una persona a una norma se denomina deber [*Pflicht*]. En este sentido, las normas pueden entenderse como *razones obligantes para acciones* [*Verpflichtungsgründe für Handlungen*]²⁶.

VI. NECESIDAD PRÁCTICA

Como formulación estándar para las directivas, v. WRIGHT propone oraciones condicionales, cuyo antecedente indica qué objetivo se persigue y cuyo consecuente indica lo que hay que hacer o dejar de hacer para alcanzarlo²⁷. Una oración de este tipo puede formularse de forma impersonal (objetivada) o de manera subjetiva. Por ejemplo: «Si “z” (no) debe ocurrir, entonces *uno* tiene que hacer (abstenerse de hacer) “h”» o «Si *yo* quiero que “z” (no) ocurra, entonces *yo* tengo que hacer (abstenerme de hacer) “h”». En la formulación impersonal, la necesidad expresada por el «tener que» se basa en el conocimiento general de la experiencia, que puede apoyarse en diferentes fundamentos epistémicos, como los estándares sociales habituales o el conocimiento experto específico, que también puede incluir el conocimiento especial individual²⁸. En la formulación individual, la necesidad se sigue de la actitud epistémica del propio agente, que naturalmente puede estar aquejado de errores. Por ejemplo: H se apresura a llegar a la estación para coger un tren cuya salida, según el horario, está prevista para una hora considerablemente posterior; objetivamente, H no «tendría que» haberse dado prisa.

Formalmente, los aspectos mencionados del *tener-que* pueden presentarse con la ayuda de un silogismo práctico²⁹. Un razonamiento de este tipo, que

²⁶ Al respecto, fundamental, RAZ, J., *Praktische Gründe und Normen*, 2006, p. 33 y *passim*; también, MAÑALICH, J. P., 2019, pp. 417 ss., con ulteriores referencias.

²⁷ v. WRIGHT, G. H., *Handlung und Norm (Norm and Action)*, 1979, p. 25.

²⁸ Un *enfoque dogmático* en este sentido, que incluye también los principios jurídico(-constitucionales) generales en la determinación sustantiva del tener que (objetivado), ha sido desarrollado ejemplarmente por FRISCH, W., *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, 1988, pp. 33 ss., 69 ss.

²⁹ v. WRIGHT, G. H., *Handlung, Norm und Intention*, 1977, pp. 42 ss.; véase también, ANSCOMBE, G. E. M. «Praktisches Schlussfolgern», en: la misma, *Aufsätze*, 2014, pp. 15 ss.; Broadie, A., «The Practical Syllogism», *Analysis*, vol. 29, 1968/69, pp. 26 ss.; KENNY, A., «Practical Inference», *Analysis*, vol. 26, 1966, pp. 65 ss.

sigue el esquema del razonamiento lógico³⁰, establece el objetivo dado en la premisa mayor y la acción que tiene que realizarse o abstenerse de realizar para alcanzar el objetivo en la conclusión. La premisa mayor y la conclusión están conectadas por los conocimientos empleados para determinar la relación medios-fin, que también se refiere a la capacidad de acción disponible.

El modelo del silogismo práctico puede utilizarse fácilmente para determinar la acción u omisión necesaria para seguir la norma, siempre que la norma de comportamiento relevante, interpretada como razón obligante, se incluya en la premisa mayor como objetivo dado vinculante. En relación con el ejemplo del comienzo, esto quiere decir, en una variante de formulación subjetivada relacionada con A:

Premisa mayor (= objetivo dado de la norma): A no quiere dañar la cosa ajena porque está prohibido.

Premisa menor: A asume que el enano de jardín es una cosa ajena que (probablemente) se dañará si le lanza una piedra.

Conclusión (= directiva de acción): Por tanto, A tiene que abstenerse de lanzar una piedra al enano de jardín.

Para poder seguir una norma, el destinatario tiene que estar en condiciones de tomar la alternativa de comportamiento que sea prácticamente necesaria para alcanzar el objetivo en pos del seguimiento de la norma. Para ello, tiene que disponer de dos capacidades: tiene que ser capaz de acción y tiene que ser capaz de motivación. Para ser capaz de acción, el destinatario de la norma tiene que disponer de los conocimientos necesarios y la capacidad física necesaria para poder ejecutar u omitir la acción indicada en la conclusión del razonamiento práctico, siempre y cuando sea su voluntad (dominante). Un destinatario de la norma es capaz de motivación si puede formarse la voluntad de adoptar la alternativa de comportamiento que le es prácticamente necesaria para seguir la norma y realizarlo en virtud de su capacidad de acción. Esto último requiere también que el destinatario de la norma conozca la valoración jurídica de su comportamiento, pueda dirigir su comportamiento conforme a las valoraciones jurídicas y le resulte exigible adoptar el comportamiento alternativo conforme a Derecho³¹.

³⁰ Una presentación fácil de abarcar se encuentra en, AICHELE, A., MEIER, J.; RENZIKOWSKI, J., y SIMMERT, S., *Einführung in die Logik und ihren Gebrauch*, 2015, pp. 39 ss.; JOERDEN, J., *Logik im Recht*, 2010, pp. 327 ss., con ulteriores referencias.

³¹ Para más detalles, véase KINDHÄUSER, U. «Zum strafrechtlichen Handlungsbegriff», en Paeffgen, H-U. et al. (eds.), *FS für Ingeborg Puppe*, 2011, pp. 39 ss., 54 ss., con ulteriores referencias.

Quiero dedicar estas reflexiones con un afectuoso saludo y todos los buenos deseos a mi estimada colega Mirentxu Corcoy, a quien he tenido el placer de conocer en muchos simposios y conferencias como una destacada representante de la ciencia del Derecho penal.

LA INFLUENCIA DE LA OBRA DE MIRENTXU CORCOY BIDASOLO «EL DELITO IMPRUDENTE» EN LA JURISPRUDENCIA ARGENTINA

DR. MARIO LAPORTA*

El trabajo sobre el delito imprudente de Mirentxu Corcoy Bidasolo es señero por donde se lo mire. No se limita a un análisis profundo y siempre actual sobre ese tipo de delitos sino, más bien, es un verdadero esquema de imputación jurídico penal que, además, expresa de modo muy fiel su pensamiento. Frente al Derecho y frente a la vida. Es un sistema ordenado, meditado, sencillo, didáctico, práctico pero, por sobre todas las cosas, real y justo. Es ampliamente conocida su incidencia en la literatura jurídico penal y ahora me interesa hacer ver que, también –y sobre todo– para la resolución de los casos, es una opinión imprescindible.

Me interesa demostrar en este trabajo en homenaje a ella de qué modo su obra fue recibida por la jurisprudencia argentina en todas sus instancias (incluida la Corte Suprema) a punto tal que sea justo afirmar que para la magistratura es un trabajo de obligada referencia a la hora de analizar casos de delito imprudente y, también, de imputación objetiva.

Tradicionalmente la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) no cita autores en sus fallos, pero la obra de Corcoy Bidasolo es una de las contadas excepciones. En el ineludible precedente «Antañir»¹, en donde el Tribunal abordó el

* Doctor en Derecho, Universitat de Barcelona, Profesor Titular de Derecho penal Universidad Austral (Argentina).

¹ F. 329:2367, voto del Juez FAYT.

particular delito de homicidio o lesiones en riña del artículo 95 del Código Penal Argentino (CPA)² se recurrió a sus ideas para fundamentar la tesis de que la violencia ejercida no importa necesariamente un riesgo cierto y previsible para la producción del resultado muerte en la lógica de ese delito partiendo de una de las premisas de su pensamiento que tiene que ver con la idea de que «la interpretación de la probabilidad como frecuencia relativa no es válida para el Derecho penal una que se refuerce a un “tipo de conducta”, no a la conducta concreta y persigue encontrar la probabilidad en el caso concreto»³.

El Tribunal penal de mayor jerarquía de nuestro país⁴ también recurrió en varias ocasiones a la obra que homenajeamos. Concretamente, en un caso donde un cartel de publicidad había caído a causa de fuertes vientos causando lesiones, la Casación Federal citando a Corcoy Bidasolo afirmó que «el criterio de previsibilidad objetiva ocupa un lugar preponderante al evaluarse la subsunción de la conducta al tipo penal. En efecto, si nos encontramos con un riesgo que objetivamente no puede preverse, entonces resultaría un innecesario dispendio exegético entrar a determinar a quién compete la evitación del resultado dañoso, es decir, quién es garante de la no concreción de dicho riesgo»⁵.

Asimismo, en un caso donde se acusaba al conductor de un auto de homicidio culposo por haber atropellado a una niña que cruzó imprevistamente por delante de un camión con el propósito de llegar al tren, el Tribunal decidió la absolución por cuanto el imputado no se había comportado en forma antirreglamentaria y el resultado fue a consecuencia de un acontecimiento insospechable o excepcional⁶. También la obra fue decisiva para la resolución del caso «Cabello»⁷, un hito en la jurisprudencia ya que era un acusado que había sido condenado por dolo eventual y la Casación resolvió considerar el caso como culposo⁸. Y en otros supuestos de imprudencia en donde se confirmó la condena por delito culposo en un caso en que el sujeto venía circulando a una velocidad mayor a la permitida y hubo un cruce de

² «Cuando en riña o agresión en que tomaren parte más de dos personas, resultare muerte o lesiones de las determinadas en los artículos 90 y 91, sin que constare quiénes las causaron, se tendrá por autores a todos los que ejercieron violencia sobre la persona del ofendido y se aplicará reclusión o prisión de dos a seis años en caso de muerte y de uno a cuatro en caso de lesión».

³ Cfr. CORCOY BIDASOLO, M. *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, Buenos Aires-Montevideo (BdeF), 2014, p. 180. La edición original es de 1989 y fue editada en PPU, Barcelona.

⁴ La Cámara Federal de Casación Penal (CFCP) que tiene competencia para los delitos federales y es el Tribunal intermedio que debe revisar las cuestiones de competencia de la Corte Suprema previo a su intervención.

⁵ CFCP, Sala III, «Baillot de Lima, Margot», del 20 de noviembre de 2004.

⁶ CFCP, Sala III, «Fernández, Juan Carlos», del 22 de diciembre de 2004.

⁷ Cfr. CFCP, Sala III, «Cabello, Sebastián», del 2 de septiembre de 2005.

⁸ El caso luego fue comentado por CORCOY BIDASOLO en «Cabello, Sebastián s/recurso de casación. Concepto dogmático y procesal de dolo. ¿Puede probarse la existencia de dolo en el tráfico viario?», en ZIFFER, P., *Jurisprudencia de Casación Penal*, Buena Aires (Hamurabbi), 2011, pp. 3-177.

la víctima en forma imprudente. El criterio de imputación a la víctima no acabó por excluir la imputación del resultado ya que los jueces consideraron, con cita de la obra, que el exceso de velocidad atribuido implicaba un riesgo y la previsibilidad de la falta de dominio del automóvil que hacían que la explicación del suceso reposara en la conducta del acusado⁹.

También se encuentra cita de la obra en la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional (CNCCC),¹⁰ en donde se tomó razón de fuerte crítica a la teoría del incremento del riesgo construida por Roxin por cuanto transforma los delitos de lesión (en el fallo se menciona de resultado, lo que considero un error pues todos los delitos lo son) en delitos de peligro infringiendo el *in dubio pro reo*¹¹. Asimismo, en el caso de un conductor de colectivos que atropelló a un peatón que estaba parado sobre la doble línea amarilla divisoria de las dos manos de una avenida mientras circulaba sobre el carril central¹². Allí se dijo: «en tanto la conducta que infringe el cuidado no produzca, en el caso concreto, ningún riesgo mayor que el que produciría la conducta adecuada, sobre la base del principio de igualdad, se afirma la impunidad del comportamiento... En otras palabras, para la teoría del riesgo habrá imputación cuando la conducta imprudente, en relación con la cuidadosa, haya producido un aumento del peligro para el objeto de la acción...». Desde esta perspectiva, para la imputación del resultado es suficiente que el autor tuviera una posibilidad real (real chance) de evitar el resultado y no lo haya hecho»¹³. El aporte fundamental de la obra al caso tiene que ver con la aplicación del fin de protección de la norma y la previsibilidad y exigibilidad; allí, el Tribunal decide acertadamente absolver al acusado ya que el fin de la doble línea amarilla no es proteger a peatones que cruzan antirreglamentariamente y se detienen sobre ella. En el caso, el sujeto estaba allí parado y retrocedió para no ser embestido por los autos que venían de frente al colectivo conducido por el acusado y ahí fue cuando lo atropelló y mató.

La Cámara Criminal y Correccional de la Capital Federal (CCC)¹⁴ la citó también en reiteradas oportunidades. Por ejemplo en un caso¹⁵ en donde se

⁹ CFCP, Sala III, «Tiscornia, Carlos», del 6 de diciembre de 2007.

¹⁰ Tribunal penal de mayor jerarquía para los casos de competencia *ordinaria* (que serían los delitos no federales, con excepción de algunos menores cuyo juzgamiento fue trasladado a la justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires).

¹¹ CNCCC, Sala 2, «Tejerina Ustarez, Luis», del 26 de junio de 2017.

¹² CNCC, Sala 2, «Pereyra, Mario», del 11 de septiembre de 2018.

¹³ CORCOY BIDASOLO, M., 2014, pp. 493 s.

¹⁴ Tribunal que revisa las decisiones de los jueces de instrucción, encargados de la fase de investigación de los delitos de competencia ordinaria.

¹⁵ CCC, Sala IV, «Páez, Miguel Angel», del 15 de febrero de 2006. En el mismo sentido y para un caso idéntico, cfr. CCC, Sala IC, «Sobylak, Luis», del 10 de septiembre de 2010.

investigaba un hecho de imprudencia médica donde una señora que había recibido un golpe en la cabeza al ser bajada de una ambulancia falleció a causa del traumatismo. En el caso, no se habían detectado errores en el tratamiento médico previo y estaba en una situación estable por lo que la violación al deber de cuidado se atribuyó partiendo de la infracción a la *lex artis* o regla de experiencia que, sabemos, ocupa un lugar central en la pionera obra de Corcoy Bidasolo sobre el tema.

Este es, se sabe, uno de los puntos más álgidos del delito culposo pues la actividad de la medicina no se encuentra completamente regulada y la determinación de la infracción del deber de cuidado en la mayoría de los casos depende más bien de la construcción de una regla técnica que suele ser determinada en el caso concreto y a partir de la experiencia común. Lo decisivo, aquí, es poder identificar esa *lex artis* –probablemente sobre la base de la evidencia de actores comunes que puedan identificar testimonialmente el estándar de actuación de ese tipo de actividad concreta– y determinar en el caso y fue previsible y factible *ex ante* para el acusado según su configuración individual concreta. Lo importante y más adecuado, conforme el principio de imputación personal, es detectar esa regla de la experiencia común en los casos donde no hay apoyo normativo concreto lo que se determina y atribuir su infracción desde una perspectiva *ex ante* y, sobre todo, con la certeza de que es adecuada para evitar la lesión del bien jurídico¹⁶.

Este criterio se vio claro en un caso en el que se atribuía la muerte de un operario al encargado de seguridad de una planta de manejo de sólidos al no adoptar medidas de seguridad que impidieran el ingreso de partículas tóxicas a través de la escafandra proveída al trabajador para manipular el producto que se allí trataba. Concretamente, la víctima erró en la conexión de los tubos respiratorios de la escafandra ensamblando la entrada de oxígeno con la salida de nitrógeno lo que provocó el ingreso de partículas tóxicas y su muerte. El cargo concreto fue por no haber hecho lo necesario para que las conexiones fueran diferentes o para haber comunicado a las autoridades de la empresa empleadora que se modifique esa situación¹⁷. De modo tal, entonces, se indicó que «la norma de cuidado penal persigue evitar la producción de aquellas lesiones del bien jurídico que, *ex ante*, el sujeto tenía posibilidad de prever. Por tanto en cada caso, el deber objetivo de cuidado abarcará todas aquellas reglas de cuidados, regladas o de común experiencia, que *ex ante*, aparecen como adecuadas para evitar la lesión al bien jurídico»¹⁸.

¹⁶ CORCOY BIDASOLO, 2014, p. 93.

¹⁷ CCC, Sala VI, «Méndez, Daniel», del 13 de noviembre de 2012.

¹⁸ CORCOY BIDASOLO, M., 2014, p. 93.

Asimismo, se recurrió a las enseñanzas de Corcoy Bidasolo en un fallo que analizó la situación de dos personas que habían realizado trabajos en un tablero de energía eléctrica de un hospital provocando una falla en el suministro de aire comprimido a los respiradores artificiales que, a su vez, produjo la muerte de dos personas a causa de eso¹⁹. Tampoco en este caso había una regla técnica precisa ante la falta de una regulación normativa concreta por lo que hubo que recurrir a la *lex artis* y a la construcción específica desde la reglas de la experiencia común y los hechos comprobados del caso. Aquí, y de manera adecuada, el tribunal atribuyó la infracción a partir de la actuación de los expertos pero no tanto desde una explicación técnica del suceso sino, más bien, de apreciaciones empíricas comunes a cualquier sujeto que llevara adelante esa tarea. Uno de los operarios había cortado el suministro de energía del tablero afectado a los compresores pues debía llevar adelante una intervención en las redes de informática del hospital. Habían sido los dos acusados quienes decidieron que el mismo tablero proveyera de electricidad a los compresores y a las redes, por lo que al operar sobre estas últimas, cortaron ambas. Esta última circunstancia, sumada a que aquél tablero se situaba detrás de la pared de la habitación en donde están los compresores y que, de hecho, hasta el color de los cables de ingreso al tablero y a los compresores coincidía, era visible y aprehensible que el corte de energía afectaría necesariamente a los compresores.

Desde la perspectiva de la imprudencia, entonces, es visible una regla de experiencia común (la ubicación del tablero, en forma contigua al salón de compresores) y una de experiencia ya individual (el hecho de haber confluido la alimentación de los compresores y las redes informáticas y el mismo color de cables que para cualquier mínimo entendido en electricidad es señal de una conexión directa) que fueron claramente infringidas por los acusados. Uno de ellos, encargado de electricidad de la empresa, fue imputado por haber operado el tablero y el otro, jefe del departamento de recursos físicos del hospital, por haber decidido (en conjunto con aquél) que la electricidad para las redes dependiera de ese mismo tablero sin verificar qué sectores se verían afectados por la intervención. Asimismo, al acreditarse que conocía previamente las deficiencias técnicas de los compresores y no fiscalizar adecuadamente la tarea. Todos estos extremos, nuevamente, son presentados en el caso como el desarrollo de la regla técnica infringida, previsible, cognoscible y plausible *ex ante* y este es, justamente, uno de los grandes aportes del trabajo de Corcoy Bidasolo que relevo, la determinación *ex ante* de una regla técnica previsible y sobre todo conectada con el resultado y su evitabilidad.

¹⁹ CCC, Sala IV, «Piller, Walter», del 1 de julio de 2007.

La actividad médica es un campo usual del delito culposo. Un caso curioso en donde se juzgó a una profesional acusada de agravar el estado de salud (bajo la figura de lesiones culposas) de una paciente de forma típicamente relevante, por cuanto la había asistido tras una operación hecha por otro en la que habían olvidado una pinza quirúrgica que le produjo una infección²⁰. La razón de su desvinculación se apoyó, nuevamente, en la doctrina de la tesis relevada. Concretamente, pesó aquí el concepto de previsibilidad –tan desarrollado en la obra– ya que el Tribunal consideró que resultaba estadísticamente infrecuente un olvido de esta naturaleza en una cirugía.

Su trabajo también ha sido de utilidad en casos de imprudencia en el ámbito laboral. Si bien es una actividad no reglada, existen normas genéricas vinculadas con ciertos riesgos como el del caso (trabajos en altura)²¹. La infracción de esa regla técnica (provisión de cinturones de seguridad para los trabajadores, o mecanismos análogos) frente a una caída al vacío de un empleado implica un riesgo cognoscible y previsible *ex ante* que incumbe al empleador acusado por el resultado. Importa, así, un desvalor jurídico penal del comportamiento que fundamenta la responsabilidad penal.

Asimismo, en el caso de un incendio intencional de una juguetería²² en el que se pretendía extender la responsabilidad por culpa a los dueños del establecimiento (ajenos al foco ígneo), y luego de descartarse la prohibición de regreso, se los exoneró apoyándose en la imprevisibilidad de las conductas atribuidas (modificaciones edilicias indebidas).

Igualmente, en supuestos de excesos en la justificación en un caso donde un policía retirado persiguió a unos ladrones que habían asaltado un comercio y mientras intentaba alcanzarlos disparó su arma lesionando en el rostro a una persona que se encontraba en el interior de un automóvil revisando papeles de trabajo. La jurisprudencia en este caso²³ apreció que el resultado era imprevisible debido a la conjunción de factores que rodearon la escena, sobre todo, considerando la tensión de la situación y la falta de visibilidad clara de la víctima. Nuevamente, un baremo personalizado.

El mismo criterio de imputación fue aplicado a un caso de imprudencia médica en el que una madre embarazada de trillizos ingresó a una clínica con rotura de bolsa para el parto y, tras la atención, resultó muerta ella y uno de los hijos²⁴. Al margen de la imputación individual de todos los especialistas inter-

²⁰ CCC, Sala IV, «Hernández, Felicitas», del 17 de noviembre de 2006.

²¹ CCC, Sala IV, «Durdos, Federico», del 22 de agosto de 2008.

²² CCC, Sala IV, «Cabuli Bengen, Yamil», del 30 de julio de 2012.

²³ CCC, Sala VI, «Prietto, Ernesto», del 13 de agosto de 2009.

²⁴ CCC, Sala VI, «Stasi, Isabel», del 16 de mayo de 2008.

vinientes, el Tribunal entendió que existían al momento del ingreso indicios suficientes para suponer la presencia de un cuadro infeccioso lo que fue considerado un foco de riesgo *ex ante* relevante y mal gestionado al no hacerse una interconsulta con especialistas en infectología. La mala gestión de ese riesgo, previsible *ex ante*, implicó en el caso la regla de cuidado infringida por quienes tenían competencia para conducirlo.

Lo mismo sucedió en un supuesto en que un niño fue atendido y mal diagnosticado en una guardia, devuelto a su casa y luego falleció (aparentemente por una obstrucción intestinal)²⁵. Allí el Tribunal entendió, con cita de Corcoy Bidasolo, que estaba dentro de la norma de cuidado la previsión –al menos probable y posible– de los riesgos posibles por lo que el diagnóstico acotado implicaba una elevación del riesgo que ameritaba que el caso se debata en juicio oral.

En los casos de imprudencia médica la obra es de consulta obligada ya que los estándares para la afirmación del disvalor del comportamiento que allí se desarrollan son esenciales para el análisis. Por eso es que en un caso de homicidio culposo por un corte en el suministro eléctrico que derivó en una falla en los respiradores de la víctima se atribuyó el resultado únicamente a los competentes del riesgo previsible *ex ante* que se vinculaba exclusivamente con la gestión del tablero que proveía electricidad (dejando de lado por la vía de la prohibición de regreso las omisiones desconectadas con el resultado de funcionarios que debían controlar)²⁶.

En la imprudencia médica es donde más se ven este tipo de situaciones pues, como es sabido, la *lex artis* no está mayormente normativizada. Por eso fue que en un caso en que un niño falleció a causa de una falla hemodinámica durante una internación por quemaduras graves (sin que haya podido acreditarse la coexistencia de un proceso infeccioso intrahospitalario) se descartó la responsabilidad al acreditarse que el tratamiento dado era el apropiado *ex ante* para el cuadro clínico que presentaba el paciente²⁷.

Por el contrario cuando la regla técnica es visiblemente vulnerada, la responsabilidad es ineludible ya que eso es previsible. Así sucedió en un caso en donde los acusados debían trasladar a un paciente con alta complejidad y omitieron contar con la conexión correcta de un respirador artificial –que además estaba en mal estado– y luego de internar remediarlo recurrieron a un procedimiento inadecuado (una mascarilla) llevando a cabo el traslado en una ambulancia no habilitada²⁸.

²⁵ CCC, Sala VI, «Mc. Laughling, Santiago», del 11 de junio de 2008.

²⁶ CCC, Sala VI, «Justich, Pedro», del 31 de agosto de 2009.

²⁷ CCC, Sala VI, «Clínica Materno Infantil 15 de diciembre», del 16 de octubre de 2009.

²⁸ CCC, Sala IV, «CMO», del 31 de marzo de 2010.

Y también se echó mano a este criterio de previsibilidad en casos donde los médicos hicieron un diagnóstico inadecuado conforme el estado del paciente y hubo cierta desidia en el servicio de ambulancia para identificar los síntomas con claridad²⁹.

Del mismo modo sus ideas sobre la previsibilidad fueron aplicadas en casos de tráfico vial. Concretamente en un supuesto en el que un motociclista que había pasado el semáforo en rojo, de noche y, según el peritaje del caso, caído y derrapado chocando luego con un automóvil que venía por la mano contraria muriendo aquél por el impacto³⁰. Se aplicó allí el criterio de la previsibilidad *ex ante* para exonerar al automovilista por cuanto el desplazamiento súbito y a ras del suelo de la víctima impidió prever el riesgo.

También, al desligar de responsabilidad al conductor de un colectivo que atropelló a un anciano que, según las pruebas, cayó al suelo mientras cruzaba la calle entre medio de dos autos estacionados y lejos de la senda peatonal. La imprevisibilidad e inevitabilidad de su aparición sorpresiva llevó al Tribunal a aplicar este criterio de imputación tan bien desarrollado en la tesis de Corcoy Bidasolo³¹.

En un supuesto en que el acusado conducía una motocicleta de contramano y embistió a un peatón que cruzaba por la senda peatonal y con semáforo a su favor también se indicó, con cita de Corcoy Bidasolo, que el resultado era perfectamente previsible al infringir la regla técnica de modo frontal y evidente³².

Del mismo modo, en el caso de una ambulancia que embistió al cruzar un semáforo en rojo pero a baja velocidad y con la sirena encendida a un motociclista causándole lesiones leves, se echó mano a la tesis homenajeada para determinar que no había habido allí una infracción a la regla técnica en tanto la imprevisibilidad del comportamiento de la víctima que debía adecuarse a la situación de emergencia cediendo el paso al margen del semáforo³³.

En esos fallos se cita: «La norma de cuidado penal persigue evitar la producción de aquellas lesiones del bien jurídico que, *ex ante*, el sujeto tenía la posibilidad de prever. Por tanto, en cada caso, el deber objetivo de cuidado abarcará todas aquellas reglas de cuidado, regladas o de común experiencia, que *ex ante*, aparecen como adecuados para evitar la lesión del bien jurídico»³⁴.

La previsibilidad del resultado también aparece como fundamento en casos en los que el caudal de riesgo es imposible de ser pensado *ex ante* como en el caso

²⁹ Cfr. CCC, Sala VI, «Dombronsqui, Germán», del 8 de abril de 2013.

³⁰ Cfr. CCC, Sala VI, «Fernández, Víctor», del 24 de septiembre de 2009.

³¹ Cfr. CCC, Sala VI, «Cabanillas, Eduardo», del 14 de julio de 2010.

³² Cfr. CCC, Sala VI, «Rivera, Nicolás», del 21 de septiembre de 2010.

³³ Cfr. CCC, Sala IV, «Cordero, Francisco», del 6 de octubre de 2008.

³⁴ CORCOY BIDASOLO, 2014, p. 93.

de una señorita que en un albergue transitorio se había subido al lavatorio de la habitación, lesionándose luego de su rotura³⁵. Al margen que aquí podría haber jugado también la competencia de la víctima lo cierto es que, por muy creativo que se pueda ser, el dueño de un establecimiento no puede prever un comportamiento tan anormal por mucho que causalmente se terminen derivando resultados lesivos de ello. Las enseñanzas de Corcoy Bidasolo también pudieron ser aplicadas a este hecho para fundamentar la exoneración de los acusados.

Se cita en esos casos: «la culpa es la no previsión del resultado previsible en el momento en que tuvo lugar la manifestación de voluntad... La previsibilidad es el elemento subjetivo de la culpabilidad sustitutiva del elemento intencional propio del dolo»³⁶.

La previsibilidad se apoya en el criterio de la finalidad de la norma de cuidado y claramente queda excluida en casos de visible competencia de la víctima y esta es la razón por la que se sobreesoyó a un acusado de homicidio culposo que había atropellado a un peatón que cruzó la calle de noche y ebrio por un lugar no habilitado³⁷. La imprevisibilidad comprobada de una conducta riesgosa de la víctima conlleva la imposibilidad de desvalorar *ex ante* el comportamiento como fundamento de una imputación culposa.

Para justificar esta decisión se cita: «para que haya riesgo típicamente relevante es necesario que, *ex ante*, sea previsible el resultado según el cálculo de probabilidad...; en los casos de falta de previsibilidad... se excluye la imputación de acuerdo con el criterio de la finalidad de la norma»³⁸.

No todos los casos de riesgo aportado por la víctima derivan en la impunidad. Si ello es cognoscible *ex ante* (o también si se es garante, naturalmente) entonces integra el deber de cuidado o la regla técnica que componen la imprudencia como modelo de imputación penal. Esto se vio en un caso en que una camioneta que trasladaba gente en la cabina fue chocada por un colectivo (atribuyéndose infracciones normativas en ambos casos) resultando muertes y lesiones de aquéllos.

Frente a la alegación de la imputación del resultado a las víctimas, el Tribunal correctamente advirtió que esa autopuesta en peligro era también atribuible al autor en razón de su antirreglamentariedad ostensible, integrando el deber de cuidado.

Del mismo modo, en un supuesto donde el acusado conducía muy por encima de la velocidad máxima por una avenida y embistió –sin que se registre

³⁵ Cfr. CCC, Sala IV, «D'atri, Juan Carlos», del 19 de diciembre de 2006.

³⁶ CORCOY BIDASOLO, M., 2014, pp. 17 s.

³⁷ CCC, Sala IV, «Elsesser, Carlos», del 20 de febrero de 2008.

³⁸ CORCOY BIDASOLO, M., 2014, p. 201.

un frenada— a dos personas que habían cruzado antirreglamentariamente³⁹. Allí, el propio imputado había reconocido ni siquiera distinguir las por lo que su violación al deber de cuidado fue considerado ostensible a punto tal de explicar por sí mismo el resultado al margen de la introducción de un factor de riesgo de parte de las víctimas.

Y también para casos límite en donde el comportamiento de la víctima no tiene una relevancia jurídico penal clara en la concurrencia de riesgos tal como sucedió en un supuesto en que existía la posibilidad fáctica de que se hubiese comportado antirreglamentariamente⁴⁰. Allí, el conductor de una camioneta giró y atropelló a dos personas que iban cruzando —según algunos testigos— apenas por fuera de la senda peatonal circunstancia que no obstó a la imputación por el homicidio culposo en tanto sea como fuere la conducta de las víctimas lo cierto es que el caudal de riesgo introducido por el autor explicaba en todo caso el resultado.

La tesis de Corcoy Bidasolo fue utilizada nuevamente para fundamentarlo: «en aquellos supuestos en los que el riesgo creado por la víctima es cognoscible, *ex ante*, por el sujeto y, por tanto, comprendido en el deber subjetivo de cuidado, la conducta peligrosa de la víctima influye en la determinación del deber objetivo de cuidado del autor. Las reglas generales de cuidado o “reglas técnicas” que deberá cumplir el sujeto para no infringir el deber objetivo de cuidado, comprenden, en estos casos, medidas tendentes a neutralizar el riesgo creado por la conducta de la víctima»⁴¹.

En la tesis que reseño se encuentra muy presente la idea de la cognoscibilidad. En tanto su sistema de imputación es claramente intersubjetivo. Este factor de atribución de responsabilidad penal es decisivo ya que si lo que adquiere relevancia es el disvalor del comportamiento más que el del resultado, tiene mucho sentido la referencia a la situación personal del sujeto activo frente a la norma primaria.

Así, afirma la obra que relevo que para «enjuiciar la infracción al deber objetivo de cuidado y con ello afirmar la tipicidad de la conducta, no puede prescindirse de la situación individual del autor; también que esa ponderación debe realizarse *ex ante* «la norma de cuidado penal persigue evitar la producción de aquellas lesiones del bien jurídico que, *ex ante*, el autor tenía la posibilidad de prever y evitar... el autor ha de atender a todas las reglas generales de cuidado que se le exigen en razón del peligro que está creando con su propia

³⁹ CCC, Sala IV, «Gallenti, Alexandro», del 9 de noviembre de 2010.

⁴⁰ CCC, Sala I, «Iannuccilli, Matías», del 15 de julio de 2011.

⁴¹ CORCOY BIDASOLO, M., 2014, p. 347.

conducta, de las que se derivan del peligro que suscitan los factores físicos concurrentes en el hecho... y por último, de las que proceden del peligro creado por un tercero o por la propia víctima, siempre que todo ello sea conocido o cognoscible por él»⁴².

Bajo estas ideas se condenó a las autoridades responsables de la seguridad fluvial de una competencia de nado a río abierto en donde murieron ocho participantes por asfixia luego de que, a causa de varios factores (climáticos, de organización, seguridad, etc.) fueron arrastrados al fondo del río ⁴³. El factor de riesgo más visible fue la falta de información a los competidores de los peligros que implicaba su intervención en las condiciones que estaba organizada. Sobre todo, la presencia de obstáculos en el recorrido que incidieron en el mecanismo causal que los llevó a hundirse y asfixiarse. El valor de la tesis en este caso tiene que ver con dar herramientas para poder imputar responsabilidad penal en casos regidos no por normas concretas sino por la *lex artis* y, asimismo, la posibilidad de dar a los jueces elementos para poder definir la infracción al deber de cuidado a partir de la construcción, para el caso concreto, de una regla técnica necesaria *ex ante* para mantener el peligro de una actividad riesgosa bajo un umbral no lesivo.

Las enseñanzas de Corcoy Bidasolo son elementales sobre todo para los casos más que complejos, en donde existe concurrencia de riesgos en actividades no regladas en donde es necesario construir la regla técnica y, sobre todo, ponderar los caudales de riesgo para atribuir concretamente cuáles se proyectan en el resultado. Esto sucedió en un caso de concurrencia de riesgos en el tráfico vial en donde un conductor de colectivo atravesó una bocacalle sin siquiera disminuir la velocidad y percibiendo la presencia de otros vehículos mientras que el semáforo titilaba en amarillo, chocó con un auto provocando lesiones a sus ocupantes⁴⁴. También se aplicó en un fallo donde se atribuyó responsabilidad a un motociclista por haber atropellado a una mujer que cruzaba la calle por un lugar inadecuado atribuyéndole el incremento del riesgo por haber circulado por un lugar diferente al medio del carril (según parece deducirse de su lectura)⁴⁵.

En los casos en donde el caudal de creación de riesgo es determinante a punto tal que resulta indiferente la posibilidad de una concurrencia probable también fueron banco de pruebas de las enseñanzas de Corcoy Bidasolo. Así,

⁴² CORCOY BIDASOLO, M., 2014, pp. 123 s.

⁴³ CFCP, Sala III, «Lezcano, Jorge», del 4 de abril de 2016.

⁴⁴ CCC, Sala IV, «Vizcaino, Gustavo», del 31 de agosto de 2017.

⁴⁵ CCC, Sala IV, F. G. E, del 1 de agosto de 2013. Aunque no parezca ser correcta su aplicación en este caso ya que se toma la concurrencia de riesgos de modo algo ligero.

por ejemplo, en un supuesto en el que un conductor llevaba a más personas que las que las plazas del vehículo admitía (y, por ende, los cinturones de seguridad) fue resuelto atribuyéndole responsabilidad al margen de la probable intervención de otro auto que embistió ⁴⁶.

También, y como vengo indicando, en casos de imprudencia médica se ha valido la jurisprudencia de la obra de Corcoy Bidasolo para afirmar la imputación en casos de expertos que desatendieron síntomas que presentaban sus pacientes⁴⁷. Lo mismo, en un caso en donde el desmoronamiento de un muro⁴⁸ produjo muertes y lesiones de operarios que trabajaban en una demolición se debió recurrir a la tesis citada para la determinación de los riesgos típicos. Así, y luego de un informe pericial, se determinó que la falta de apuntalamiento de la pared y el uso de herramientas inadecuadas que derivaron en un derrumbe no pautado (sumados a la falta de una zona de seguridad) no se correspondían con la actividad prevista al iniciar el trabajo y, por ende, en un riesgo que había ido por encima del permitido. Se trataba de una actividad peligrosa que debía ser llevada a cabo dentro del carril del riesgo aceptado (canalizado en el plan de derrumbe), de modo tal que las enseñanzas de Corcoy Bidasolo fueron determinantes para la resolución del hecho: «en el caso de que la conducta infractora de la norma de cuidado, en comparación con la conducta alternativa adecuada, aumenta el riesgo, esta elevación del riesgo no es compatible con la finalidad de la norma. En consecuencia, el resultado producido tiene que ser imputado, cuando, posiblemente con la conducta alternativa se produciría un menor riesgo. En otras palabras, para la teoría del riesgo habrá imputación cuando la conducta imprudente, en relación con la cuidadosa, haya producido un aumento del peligro para el objeto de la acción»⁴⁹. Idéntica cita fue invocada en casos de imprudencia médica. Concretamente, una imputación a un grupo de enfermeros por la caída de una paciente de la camilla y su posterior muerte que terminó con la formulación de cargos a uno de ellos por no haber ordenado a tiempo –apenas supo del hecho– estudios para diagnosticar el traumatismo sufrido. Esos exámenes se hicieron dos días después cuando ya no tuvieron eficacia para evitar el resultado (muerte por hemorragia meníngea, producto del golpe por la caída)⁵⁰.

En el marco de la misma actividad, se ven casos en donde el incremento del riesgo se fundamenta en la realización de una intervención médica con un grado de riesgo superior al necesario para obtener el mismo resultado. Concre-

⁴⁶ CCC, Sala IV, «Mori, Luis», del 16 de noviembre de 2011.

⁴⁷ CCC, Sala IV, «SFH», del 12 de marzo de 2018.

⁴⁸ CCC, Sala IV, «Arzamendia, Odigno», del 14 de octubre de 2008.

⁴⁹ CORCOY BIDASOLO, M., 2014, pp. 493 s.

⁵⁰ CCC, Sala IV, «Siergiengena, Alberto», del 16 de abril de 2013.

tamente, se trataba de una paciente con cáncer y se decidió una cirugía completa frente a una biopsia que, según los expertos, resultaba un procedimiento más seguro y menos riesgoso⁵¹. Asimismo, la obra sobre cuya aplicación versan las presentes líneas ha sido decisiva para la apreciación de casos complejos como el de un marinero⁵² que estaba realizando trabajos en altura sin las condiciones de seguridad necesarias y, debido al paso de una lancha a gran velocidad que generó un oleaje intenso, cayó muriendo a causa de los golpes recibidos. El Tribunal imputó el homicidio culposo en comisión por omisión a los capitanes fluviales de quienes dependía sobre la base de considerarlos garantes en razón de la estrecha comunidad de vida.

Lo relevante del caso es la comunión de este factor de imputación penal con la actuación arriesgada de la víctima ya que se entendió que el marinero fallecido no contaba en su ámbito de competencia con la gestión del peligro sino que ello estaba en el campo de los garantes en razón de su posición y cargo. Bajo la misma lógica, entonces, se analizó el fin de protección de la norma que guiaba la actividad y se determinó que los gestores del riesgo eran los garantes al margen de la asunción de la actividad riesgosa por parte de la víctima. De modo tal que, siguiendo a Corcoy Bidasolo⁵³, se dejó asentado que los garantes debían evitar inclusive la auto puesta en peligro de la víctima debido a la particular relación entre ellos.

Bajo la misma doctrina se atribuyó homicidio culposo al titular de una compañía que omitió proveer a la víctima los elementos de seguridad (así como la debida capacitación) requeridos por las normas que regían la actividad (transporte y consolidación de contenedores)⁵⁴. Al acusado se le atribuyó el resultado como garante en tanto presidente de la sociedad que tenía montado el negocio y como responsable de una comunidad vital en razón de la particular relación funcional que lo unía con el fallecido. Por esa razón, ese deber de garantía incluía el riesgo de que el empleado se auto lesione en tanto la incumbencia del riesgo estaba del lado del titular de la compañía y no de la víctima.

En términos similares, se echó mano de esta cita para un caso en donde se atribuía al responsable de la edificación de viviendas en un asentamiento el fallecimiento por electrocución de un operario⁵⁵. La causa fue la falta de colocación de un disyuntor por lo que al tomar un cable con la mano la víctima recibió una descarga eléctrica que le produjo la muerte. En el caso se acreditó que el

⁵¹ CCC, Sala IV, «Razza, Fulvio», del 23 de abril de 2013.

⁵² CCC, Sala VI, «Vázquez, Horacio», del 1 de octubre de 2006.

⁵³ CORCOY BIDASOLO, M., 2014, pp. 160 ss.

⁵⁴ CCC, Sala VI, «Zottich, Alberto», del 22 de agosto de 2008.

⁵⁵ CCC, Sala VI, «Olartes, Facundo», del 1 de junio de 2010.

acusado estaba a cargo de la obra y proveía materiales, insumos, herramientas y elementos de seguridad en tanto administraba los recursos del emprendimiento. En el caso de la energía eléctrica, se acreditó que se tomaba energía de un toma corriente de algún vecino del lugar (un asentamiento de emergencia) y que la colocación de un disyuntor era obligatoria para cualquier obra en construcción. Así lo disponía, además, la ley de higiene y seguridad en el trabajo al referirse a la instalación eléctrica en ese ámbito. Según las reglas aplicables al caso el acusado había asumido las responsabilidades derivadas de la relación laboral con los trabajadores, administraba los fondos de la obra y suministraba lo necesario para llevarla adelante, razón por la que se lo consideró garante en razón de su relación funcional con ellos.

Como vemos, la casuística es interminable. Tanto como la importancia, proyección y utilidad práctica del trabajo de Mirentxu Corcoy Bidasolo que no queda, como demuestro en esta nota, relegado para una discusión de seminario con casos fabricados o infrecuentes. La teoría de la imputación penal supo ser un dogma, unas veces inentendible, otras impracticable, otras irreal. La Prof. Corcoy, con su obra, su peregrinaje, su enseñanza y su visión integral del Derecho penal fue uno de los principales motores de una dogmática penal coherente, aplicada y, fundamentalmente justa y real. Su aporte va mucho más allá de una cuestión didáctica o ilustrada, marida con lo convencional, lo procesal, la argumentación y hasta la litigación penal. Su obra es ecuménica, ilustrada, real, coherente, siempre actual y, fundamentalmente, proclive a las decisiones justas y correctas. Un fiel reflejo de como es ella y de los valores con los que impregna cada uno de sus actos. Porque por donde pasa Mirentxu (sobre todo nuestras vidas), siempre florece. Y su fruto es perenne.

EL DERECHO PENAL ENTRE LA PROTECCIÓN DE LOS CIUDADANOS Y LOS LÍMITES Y GARANTÍAS

DIEGO M. LUZÓN PEÑA*

Aporto con el mayor placer mi contribución a este libro en homenaje a mi queridísima colega y amiga la Prof. Dra. Mirentxu Corcoy, compañera de tantas empresas e inquietudes comunes y además la mano derecha y colaboradora más estrecha de mi gran amigo Santiago Mir.

I. FUNCIONES DEL DERECHO PENAL: DE PROTECCIÓN/ PREVENCIÓN Y JUSTICIA Y DE GARANTÍA

1. Función de protección mediante prevención y función de justicia, retribución y satisfacción a las víctimas

a) El Derecho penal en las sociedades democráticas no tiene una función de mero *control social* (de «conductas desviadas») o, aún peor, de pura dominación o represión¹, sino que cumple o intenta cumplir la función de protección de bienes jurídicos importantes, esto es, de las condiciones indispensables de la convivencia social de los ciudadanos frente a ataques graves y,

* Catedrático de Derecho Penal (emér.), Univ. de Alcalá, Madrid. Dr. h.c. mult. Presidente de honor de la FICP (Fundación Internacional de Ciencias Penales: www.ficp.es; contacto@ficp.es).

¹ Cfr. LUZÓN PEÑA, D. M., *PG* [citando así abreviadamente la 3ª ed. de mi manual, tanto la versión española: *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, Valencia (Tirant lo Blanch), como la iberoamericana del mismo año: *Derecho penal, Parte general*, Buenos Aires-Montevideo (BdeF)], 3ª ed., 2016, 1/55 s.

a través de ello, de protección de la sociedad mediante la prevención de delitos. El logro de la finalidad preventiva –general y especial– asignada a las penas y medidas de seguridad es el procedimiento por el que las normas penales intentan cumplir su función de protección de bienes jurídicos. Es decir, no se trata de dos funciones encaminadas a fines distintos; *a través de su función de prevención se realiza la función de protección*: tanto la prevención general como la especial sirven a la protección de bienes jurídicos².

b) Pero además hay que reconocer que es inherente a la pena, al castigo, un significado de justicia o, como se lo suele denominar, de retribución (justo pago, realización de la justicia frente a un hecho injusto y culpable), no con carácter absoluto y único, sino unido a las finalidades preventivas, como sostienen las muy extendidas teorías mixtas, unificadoras o eclécticas, que considero compartibles a la vista de la consagración por el artículo 1.1 CE de la justicia como valor superior de todo el ordenamiento jurídico, y teniendo además en cuenta que la CE en su título VI, Del Poder Judicial, vuelve a consagrar reiteradamente en los artículos 117-127 «la justicia» (que según el art. 117 «emana del pueblo») como función que administra el poder judicial, justicia entre cuyas ramas está obviamente la justicia penal. En consecuencia, las normas penales cumplen, además de la prevención, una función de realización o restablecimiento de la justicia frente al injusto (ilícito) culpable que supone el delito. Dicho restablecimiento de la justicia da satisfacción ciertamente a las exigencias de la comunidad y del Derecho, afectados por la violación de las reglas básicas, pero simul-

² Así LUZÓN PEÑA, D. M., «Alcance y función del D. Penal», ADPCP, 1989, 46 ss. (tb. en LUZÓN PEÑA, D. M., EPen: *Estudios Penales*, Barcelona (PPU), 1991, pp. 58 ss.); EJB (Encicl. Jur. Básica), Madrid (Civitas), 1995, pp. 2354 s.; *Curso de DP*, PG I, Madrid (Universitas), 1996, pp. 68 s.; en Luzón Peña, D. M. (dir.), EPB (Encicl. Penal Básica), Granada (Comares), 2002, pp. 566 s.; «La función del DP hoy. Lección inaugural del curso 2003/04», Univ. Alcalá, 2003, 15 ss.; *Lecc PG*, 2.ª ed., 2012/PG, 3.ª ed., 2016, 1/44 s., pp. 47 ss.; Muñoz Conde, F., *Introducción al DP*, Barcelona (Bosch), 1975, pp. 47 ss., habla de que «protección y motivación, o mejor dicho, protección a través de la motivación, son las dos funciones inseparables e interdependientes de la norma penal»; igual enfoque en MUÑOZ CONDE, F., y GARCÍA ARÁN, M., *DP, PG*, Valencia (Tirant lo Blanch), 9.ª ed., 2015, pp. 61-70; pero «motivación» se refiere solo a la prevención general, y se olvida la función de prevención especial que también intentan cumplir las normas penales. Un planteamiento más similar al aquí seguido es el de MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del DP*, Barcelona (Bosch), 1976, pp. 88-109: prevención como función del Derecho penal, que en definitiva se orienta a la de protección de bienes jurídicos; similar, pero acentuando el encuadramiento en el actual modelo de Estado, en: Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho, Barcelona (Bosch), 1979, 2.ª ed., 1982, pp. 25 ss.; *DP, PG*, Barcelona, 2.ª ed. 1985, pp. 53 s., 75; 10.ª ed., 2015/2016, pp. 61 ss., 67 («función preventiva de defensa de bienes jurídicos»); igual MORILLAS, L., *Sistema de DP, PG*, I, 3.ª ed., 2016, pp. 89 ss. En cambio, OCTAVIO DE TOLEDO, E., *Sobre el concepto de DP*, Madrid (Fac. Derecho U. Complut.), 1981, tras sostener (pp. 257 ss.) que la función del Derecho penal, además de la de incriminación, se deriva de la función de las penas y medidas de seguridad, estima (pp. 274 s., 269 s.) que la pena, a través de la motivación ocasionada por la intimidación, cumple una «función de mantenimiento del orden jurídico».

táneamente da satisfacción también a las víctimas³, a los sujetos más directamente afectados por el delito; orientación esta hacia la que cada vez hay más sensibilidad.

Por tanto, si no se considera preferible una concepción puramente preventiva, cabe sostener, como aquí se hace compartiendo la opinión dominante (la teoría ecléctica mixta de los fines de la pena), la realización de la justicia o retribución como un sentido o fin más de la pena junto a los fines preventivos. Ahora bien, en todo caso, en primer lugar tendrá que prescindirse de connotaciones metafísicas de realización de la Justicia absoluta y de matices moralizantes, y se habrá de fundamentar en la conveniencia de satisfacer en lo posible y dentro de los modestos límites humanos la idea de una realización, relativa y aproximada, de la justicia como valor constitucional, consagrado en el artículo 1.1 CE como valor superior de todo el ordenamiento jurídico, admitido en las restantes ramas del Derecho y compartido socialmente, sancionando por la comisión de un hecho desaprobado por parte de un ciudadano normal y por ello responsable. Y en segundo lugar, la justicia aparece en el artículo 1.1 CE tras la libertad, primacía de ésta que corresponde a la originaria inspiración liberal del Estado democrático de Derecho; por ello la función de justicia o retributiva deberá considerarse como vinculada y subordinada a la función preventiva y de protección de bienes jurídicos, necesaria para garantizar la libertad⁴: no se trata de realizar la justicia –ni siquiera relativa– por sí misma, sino unida y al servicio de la protección de bienes jurídicos, que es la principal función legitimadora de la intervención penal; se trataría por tanto de lograr una *protección justa* (en un contexto de justicia conforme a los baremos sociales y jurídicos) de bienes jurídicos.

c) A mi juicio debe considerarse la prevención general en cuanto medio imprescindible de protección de bienes jurídicos como fin principal de las penas y la justicia retributiva como un fin secundario y subordinado: porque en una ponderación constitucional de intereses los bienes jurídicos concretos (que en muchos casos consisten en derechos, a veces derechos fundamentales y libertades públicas, de la persona) prevalecen claramente sobre valores generales como el de la justicia (fundamento de la retribución); porque se defiende, no cualquier prevención general, sino –como se indica a continuación en el texto– una prevención general sometida a los límites de los principios de estricta necesidad, proporcionalidad y culpabilidad, es decir, al servicio de la libertad como valor superior (art. 1.1 CE), ya que la in-

³ Sobre ello cfr. LUZÓN PEÑA, D. M., 2016, 1/46.

⁴ Así LUZÓN PEÑA, D. M., 2016, 1/33.

eludible necesidad de recurrir a las penas y con ello restringir derechos para mediante la prevención proteger los bienes jurídicos de todos y garantizar así el máximo de libertad (acorde con la idea liberal del pacto social) es precisamente el fundamento funcional y político del *ius puniendi* propio de una concepción liberal y democrática y de un Estado de Derecho; y porque, coincidiendo con tal concepción, el artículo 1.1 CE consagra para España un modelo de Estado social y democrático de Derecho y una enumeración de valores superiores del ordenamiento jurídico en la que coherentemente la libertad es el primero y principal valor, que precede a los demás⁵: la justicia, la igualdad y el pluralismo político.

2. Función de las normas que prevén penas: de prevención y de justicia

La función preventiva de las normas penales depende de los medios –penas o medidas– que prevean. A las *normas relativas a penas* les corresponde tanto la función de prevención general como especial o individual de delitos⁶

⁵ Cfr. LUZÓN PEÑA, D. M., 2/5 s., 13

⁶ Sobre la prevención general y la especial como fines o funciones de la pena y de otras sanciones penales cfr. entre otros muchos innumerables: Sobre la prevención general VON FEUERBACH, L., *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, I, Erfurt, 1799; II, Chemnitz, 1800, reimpr. 1966; *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts*, Giessen, 1801, 14.^a ed., 1847, pp. 38 ss.; BENTHAM, J., *Théorie des peines et des récompenses* (redigée en français, d'après les manuscrits, par M. E. Dumont), I, Londres, 1811; II, Paris 1818; *Teoría de las penas y de las recompensas*, trad. al español de la 3.^a ed. de 1826 por D. L. B., I-II, Paris, 1826. Ya con la prevención especial desde VON LISZT, F., «Der Zweckgedanke im Strafrecht», *ZStW*, 3, 1883, pp. 1 ss.; tb. en *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, I, Berlin, Gutten-tag, 1905 (reimpres. Berlin, de Gruyter, 1970), pp. 126 ss.; *La idea de fin en el D. Penal. Programa de la Universidad de Marburgo*, 1882 (Introducción y nota biográfica de Zugaldía; trad. Pérez del Valle), Granada (Comares), coolec. Los Argonautas, núm. 2, 1995; *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 21.^a/22.^a eds., 1919, pp. 3 ss.; *Tratado de DP*, Madrid (Reus), I, 3.^a ed., pp. 5 ss.; *Tratado*, II, 3.^a ed., pp. 5 ss.; ANTÓN ONECA, J., *La prevención general y especial en la teoría de la pena*, Salamanca (Cervantes), 1944; *DP*, I, Madrid, 1949, pp. 479 ss.; «Los fines de la pena según los penalistas de la Ilustración», *REPe*, 166, 1964, pp. 415 ss.; SCHMIDHÄUSER, E., *Vom Sinn der Strafe*, Göttingen (Vandenhoeck & Ruprecht), 1958, 2.^a ed., 1971, pp. 24 ss.; ROXIN, C., «Sinn und Grenzen staatlicher Strafe», *JuS*, 1966, pp. 377 ss. (tb. en *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, Berlin (de Gruyter), 1973, pp. 1 ss.); «Sentido y límites de la pena estatal», en *Problemas básicos del D. Penal*, trad. Luzón Peña, Madrid (Reus), 1976, pp. 11 ss.; «Strafzumessung im Lichte der Strafzwecke», *FS-Schulz*, 1977, pp. 463 ss.; «Prävention und Strafzumessung», *FS-Bruns*, 1978, pp. 183 ss.; «Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht», *FS-Bockelmann*, 1979, pp. 279 ss.; «Prevención y determinación de la pena» (trad. Muñoz Conde), *CPC*, 9, 1979, pp. 55 ss. (tb. en: ROXIN, C., *Culpabilidad y prevención en DP*, trad. Muñoz Conde, Madrid (Reus), 1981, 115 ss.); «La determinación de la pena a la luz de la teoría de los fines de la pena», «Culpabilidad, prevención y responsabilidad en DP» (ambos trad. Muñoz Conde), en: ROXIN, C., *Culpabilidad y prevención en DP*, 1981, pp. 115 ss., pp. 147 ss.; *AT I*, 4.^a ed., 2006 (*PG I*, 1997), § 3/1 ss., 11 ss.; CASABÓ, J. R., en CÓRDOBA/RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al CP*, II, Barcelona (Ariel), 1972, pp. 3 ss.; MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del DP*, 1976, pp. 65 ss., 90 ss.; *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, Barcelona (Bosch), 1979; 2.^a ed., 1982; «Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva», *ADPCP*, 1986, pp. 49 ss.; «Die begründende und die begrenzende Funktion der positiven Generalprävention»,

y para las teorías mixtas, que comparto, también la función de dar una respuesta justa al delito o función judicial o retributiva.

a) Función de prevención general: intimidación general, convicción social o general

Mediante la prevención general se intenta evitar, prevenir, que la generalidad de los ciudadanos cometa delitos; y ello por diversos medios:

1) Por una parte, mediante la intimidación general (–prevención general de intimidación o de –disuasión, también llamada –prevención general negativas) con la conminación penal prevista por la norma y, en su caso, confirmada por la imposición y ejecución; es decir, se pretende, mediante lo que Feuerbach (1799, 1801) llamó «coacción psicológica»⁷, es decir, a través del reforzamiento de los mecanismos inhibidores con la amenaza de pena, influir sobre los potenciales delincuentes, intimidarlos, atemorizarlos, disuadirlos para que no den el paso que les convierta en delincuentes efectivamente. Pero para evitar posibles excesos, la intimidación general ha de someterse a límites, sobre todo a los principios de estricta necesidad, proporcionalidad y culpabilidad, que son principios de base constitucional y por ello vinculantes.

ZStW, 102, 1990, pp. 338 ss.; LUZÓN PEÑA, D. M., *Medición de la pena y sustitutivos penales*, Madrid (Instit. Criminología Univ. Complutense), 1979; «Prevención general, sociedad y psicoanálisis», CPC, 1982, pp. 93 ss.; tb. en: *EPen*, 1991, pp. 261 ss.; «Generalprävention, Gesellschaft und Psychoanalyse», GA, 1984, pp. 393 ss.; «Alcance y función del DP», ADPCP, 1989, pp. 5 ss. (Luzón, *EPen*, 1991, pp. 15 ss.); Derecho Penal, *EJB*, 1995, pp. 2350 ss.; «Prevención general y especial y retribución», *EJB*, 1995, pp. 5062 ss.; en Luzón (dir.), *EPB*, 2002, pp. 1028 ss.; «La función del Derecho Penal hoy. Lección inaugural del curso 2003/04», Univ. de Alcalá, 2003; «Las consecuencias accesorias como tercera vía de las sanciones penales», *LH-Ruiz Antón*, 2004, pp. 545 ss.; *Curso PG*, I, 1996, pp. 43 ss.; *Leccs PG*, 2.ª y 3.ª eds., 202/2016, 1/47 ss.; BARATTA, A., «Integración-prevenzione», *DelPen*, 1984, pp. 5 ss.; «Integración-prevención», CPC, 1984, pp. 533 ss. = *DocP*, 29, 1985, pp. 9 ss.; PÉREZ MANZANO, M., *Culpabilidad y prevención*, Madrid (UAM), 1986; DEMETRIO CRESPO, E., *Prevención general e individualización judicial de la pena*, Salamanca (Univ. Salamanca), 1999; 2.ª ed. (reed.), Buenos Aires-Montevideo (BdeF), 2016; GRECO, L., *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Strafrecht. Ein Beitrag zur gegenwärtigen strafrechtlichen Grundlagendiskussion*, Berlin (Duncker & Humblot), 2009.

⁷ V. FEUERBACH, L., *Lehrbuch*, 1.ª ed., 1801, 14.ª ed., 1847, § 13 ss.: suprimir o contrarrestar el impulso delictivo y el placer que derivaría del mismo con la amenaza de un seguro mal, más grande que el desagrado de nosatisfacer el impulso a cometer el hecho; en § 16 afirma por ello que el fin de la pena, tanto de la amenaza legal como de la aplicación de la misma es la necesaria intimidación a todos los ciudadanos; tb. *Revision*, I-II, 1799, 1800 (reimpr. 1966). Cfr. amplísimamente al respecto el fundamental estudio de GRECO, L., 2009; antes: HARTMANN, R., *Feuerbachs politische und strafrechtliche Grundanschauungen*, Berlin (VEB), 1958; NAUCKE, W., «Paul Johann Anselm von Feuerbach. Zur 200. Wiederkehr seines Geburtstags am 14. November 1975», *ZStW*, 87, 1975, 861 ss.; KÜPER, W., «Paul Johann Anselm Feuerbach als Zeitgenosse», en *140 Jahre GA*, 1993, pp. 131 ss.; biografías: RADBRUCH, G., *Feuerbach. Ein Juristenleben*, Wien (Springer), 1934, 2.ª ed., 1957, 3.ª ed., 1969; KIPPER, E., *Johann Paul Anselm Feuerbach. Sein Leben als Denker, Gesetzgeber und Richter*, Köln (Heymann), 1988, 2.ª ed., 1989.

2) Y además, la prevención general de delitos se logra también a través de la «convicción social o general»⁸, generalmente denominada «prevención general socialmente integradora o estabilizadora» o «prevención general de integración o estabilización social»⁹ (o –desde Hassemer– «prevención general positiva»¹⁰); y por el *valor simbólico de las normas y sanciones penales*, que tiene una indudable fuerza psicológica en la sociedad.

La faceta de la prevención general de convicción social (o general), o prevención general positiva, socialmente integradora o estabilizadora, opera reforzando el respeto y la aceptación de las normas y los valores jurídicos y de su vigencia por los ciudadanos; lo que, aparte de realizarse por los mecanismos ordinarios de educación y adaptación social, en caso de vulneración grave de las normas sucede con la (re)afirmación de la norma, del orden jurídico y el restablecimiento de su vigencia por medio de la sanción penal, con la consiguiente confianza de los ciudadanos en el mismo, evitando que lo rechacen o se tomen la justicia por su mano. Esta faceta, para no conducir a excesos, debe concebirse como una función correlativa a (y en gran medida derivada de) la eficaz y proporcionada intimidación general, sin rebasar las exigencias de lo estrictamente imprescindible para la intimidación y sus restantes límites. Y en cualquier caso la reafirmación de las normas y de la convicción y confianza ciudadanas en la validez de las mismas ha de concebirse en sentido no autónomo, sino instrumental: no como fin en sí mismo, sino al servicio de la protección de bienes jurídicos mediante la prevención¹¹.

⁸ Denominación que he formulado en LUZÓN PEÑA, D. M., *Lecc PG*, 2.^a ed., 2012 (y en *PG*, 3.^a ed., 2016), 1/50-51.

⁹ Esas denominaciones, unidas a prevención compensadora de la culpabilidad y al prevalecimiento o afirmación del orden jurídico, proceden de ROXIN, C., *FG-Schulz*, 1977, pp. 463 ss.; *FS-Bruns*, 1978, pp. 183 ss.; *FS-Bockelmann*, 1979, pp. 304 ss. Cfr. más detalladamente LUZÓN PEÑA, D. M., 1979, pp. 27 ss.

¹⁰ Esa denominación, que ha tenido un enorme éxito, fue iniciada por HASSEMER, W., llamándola así frente a la intimidación general, que denominó prevención general negativa, en *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, München (Beck), 1981, § 27, pp. 292 ss.; «Fines de la pena en el DP de orientación científico-social», en: Mir (ed.), *Derecho Penal y ciencias sociales*, Barcelona (Univ. Aut. Barcelona), 1982, pp. 132 ss.; lo destacó en LUZÓN PEÑA, D. M., 1982, p. 98, n. 22, y después en *Lecc PG*, 2.^a 2012 (y en *PG*, 3.^a 2016), 1/50.

¹¹ Aquí radica uno de los puntos más objetables y objetados de la concepción de JAKOBS, G. (p. ej., *Strafrecht, AT*, 2.^a, 1991 –*Derecho Penal, PG*, 1997–, 1/4 ss., 2/2 ss.), que en la legitimación material del Derecho penal y en su concepción de la prevención general positiva pone todo el acento en la función de garantizar contrafacticamente la validez y vigencia de las normas, y no de proteger bienes jurídicos.

b) *Función de prevención especial: resocialización, intimidación especial, y aseguramiento o inocuización*

Pero la función preventiva del Derecho penal también se cumple mediante la prevención especial¹² en la medida en que intenta evitar futuros delitos del delincuente concreto a través de diversos medios: resocialización (reconocida, bajo el nombre de reinserción social, en el artículo 25.2 CE como orientación de las penas privativas de libertad y de las medidas de seguridad), intimidación especial, y aseguramiento o inocuización (Von Liszt)¹³ y, por tanto, como destaca Roxin, también la prevención especial es un medio de protección de bienes jurídicos¹⁴. Sin embargo, esta función de prevención especial, que conviene intentar en la medida de lo posible para ampliar la protección de bienes jurídicos frente al delincuente concreto, no es la función esencial de las penas y no lo es porque la eficacia y éxito de la prevención especial de futuros delitos de un delincuente concreto es sustancialmente menos importante para la protección de bienes jurídicos a través de la prevención delictiva que la prevención general estrictamente necesaria y justa de múltiples delitos por múltiples potenciales infractores. Por eso en caso de conflicto insalvable entre los requerimientos de las diversas funciones de las normas penales, las penas pueden imponerse si, además de exigidas por la justicia son indispensables para la prevención general, pueden imponerse aunque en el caso concreto no haya necesidad de prevención especial por no ser peligroso ese delincuente concreto¹⁵.

¹² Cuyo origen moderno se encuentra en las tendencias correccionistas en España (influidas por RÖDER, K. D. A., *Die herrschenden Grundlehren von Verbrechen und Strafe in ihren inneren Widersprüchen. Eine kritische Vorarbeit zum Neubau des Strafrechts*, Wiesbaden (Niedner), 1867: trad. españ., *Las doctrinas fundamentales reinantes sobre el delito y la pena en sus interiores contradicciones. Ensayo crítico preparatorio para la renovación del DP*; trad. por F. Giner, Madrid (V. Suárez), 3.ª ed., 1876; sobre todo DORADO MONTERO, P., *El Derecho protector de los criminales*, I-II, Madrid (V. Suárez), 1915-16; reed. Pamplona (Jiménez Gil), 1999), de la Escuela positiva italiana (GAROFALO, R., *Criminologia*, Torino (Bocca), 1885; FERRI, E., *I nuovi orizzonti del diritto e della procedura penale*, Bologna (Zanichelli), 1880; *Los nuevos horizontes del Derecho y del Procedimiento penal*, trad. Pérez Oliva, Madrid (Góngora), 1887; *Soziologia criminale*, Torino, 1892 [3.ª ed. de I nuovi orizzonti]; *Sociología criminal*, t. I-II, Madrid (Góngora), s. f.), y de la –dirección modernal de V. LISZT en su –Programa marburgués: *Der Zweckgedanke im Strafrecht*, supra n. 6. *Vid.*, al respecto, CASABÓ, J. R., 1972, pp. 4 ss.; MIR PUIG, S., 1976, pp. 68 ss.; LUZÓN PEÑA, D. M., 1989, p. 49, n. 155.

¹³ Así v. LISZT, F., 1905, p. 164; cfr. ampliamente LUZÓN PEÑA, D. M., 1979, pp. 49 s., 55 s.; *EJB*, 1995, pp. 5066 ss.; en Luzón (dir.), *EPB*, 2002, pp. 1033 ss.; más sintético, 1989, p. 49; *Curso PG I*, 1996, p. 69; 2003, p. 18; *Lecc PG*, 2.ª ed., 2012, *PG* 3.ª ed., 2016, 1/53; tb. CASABÓ, J. R., 1972, pp. 4 ss.; MORILLAS, L., 2016, p. 111.

¹⁴ Así ROXIN, C., 1976, p. 41, n. 21; MIR PUIG, S., 1976, p. 91; LUZÓN PEÑA, D. M., 1979, pp. 48 ss.; 1989, p. 50; *EJB*, 1995, p. 5067; *Curso PG I*, 1996, p. 69; en Luzón (dir.), *EPB*, 2002, p. 1033; «La función del DP hoy», 2003, p. 18; *Lecc PG*, 2.ª ed. 2012, *PG* 3.ª ed., 2016, 1/53.

¹⁵ Así lo he destacado en LUZÓN PEÑA, D. M., 1979, pp. 61, 64 s.; *EJB*, 1995, p. 5068; en Luzón (dir.), *EPB*, 2002, p. 1035; *Lecc PG*, 2.ª 2012, *PG* 3.ª 2016, 1/53.

3. Función de las normas sobre medidas de seguridad y sanciones criminales a personas jurídicas

En cambio, las *normas relativas a medidas de seguridad* se orientan, por el contrario, exclusivamente hacia la función preventiva especial¹⁶. Y en cuanto a las *normas que prevén sanciones criminales a personas jurídicas* su función es de refuerzo de la disuasión general y claramente de prevención especial¹⁷.

4. Función de garantía y límites¹⁸

a) Aunque generalmente se destaca más, o incluso únicamente, la función preventiva y protectora del Derecho penal, es decir una perspectiva utilitarista al servicio de la sociedad y sus miembros, realmente el Derecho penal –material, y no solo el Derecho procesal penal– cumple también una función garantista, de garantía de los individuos a los que se puede aplicar las sanciones penales¹⁹. Precisamente porque es Derecho, el Derecho penal con sus normas, sanciones y procedimientos supone siempre (incluso en ordenamientos poco avanzados) una intervención formalizada, sometida a formalidades, en vez de pura aplicación fáctica de fuerza; pero además, en un Estado democrático de Derecho, como el de nuestra Constitución, el Derecho penal cumple también la función de (auto)limitar el poder del Estado, trazando e imponiendo límites a la responsabilidad penal en las tres fases de su actuación: en la legislativa, la de aplicación judicial y la de la ejecución de las sanciones; dichos límites constituyen garantías para los individuos que pueden ser condenados como delincuentes.

¹⁶ Destacándolo MIR PUIG, S., 1976, pp. 79 ss.; LUZÓN PEÑA, D. M., 1979, p. 50; 1989, pp. 33, 50; *EJB*, 1995, p. 2355; *Curso PG I*, 1996, pp. 67-69; en Luzón (dir.), *EPB*, 2002, p. 567; 2003, p. 18; *Lecc PG*, 2.ª ed. 2012, *PG 3.ª* ed. 2016, 1/54; MORILLAS, L., 2016, pp. 89, 119 s.

¹⁷ Cfr. LUZÓN PEÑA, D. M., 1989, p. 33; *EJB*, 1995, p. 2353; *Curso PG I*, 1996, p. 60; en Luzón (dir.), *EPB*, 2002, p. 565; 2003, pp. 12, 18; más ampliamente en *Lecc PG*, 2.ª ed. 2012, *PG 3.ª* 2016, 1/25-27, 35, 54.

¹⁸ Sobre esto ya LUZÓN PEÑA, D. M., 2003, pp. 21 ss.; *Lecc PG*, 2.ª ed., 2012, *PG 3.ª* ed., 2016, 1/57-59. Antes había anticipado, dentro del concepto material de Derecho penal, el sentido material de garantía de los requisitos formales en 1989, pp. 37 s.; *EJB*, 1995, p. 2354; *Curso PG I*, 1996, p. 63; Luzón (dir.), *EPB*, 2002, pp. 279 s.; 2003, p. 14. Tb. CORCOY BIDASOLO, M., «Crisis de las garantías constitucionales a partir de las reformas penales y de su interpretación por los tribunales», en Mir, y Corcoy (dirs.), *Hortal* (coord.), *Constitución y sistema penal*, Madrid etc. (Marcial Pons), 2012, pp. 153 ss.

¹⁹ Tiene por tanto razón SILVA, J. M., *Aproximación al DP contemporáneo*, Barcelona (J. M. Bosch), 1992, pp. 202 ss., 210 ss., 241 ss., 249 ss., cuando insiste en que la legitimidad del Derecho penal deriva no solo de la función utilitaria de la prevención, sino también del fin de reducción de la violencia estatal, especialmente en la perspectiva garantística para el individuo, y en que ambos son fines del Derecho penal, en buena medida contrapuestos, pero entre los que hay que lograr una síntesis.

No son solo los límites marcados al aplicador judicial por los estrictos requisitos de los elementos de la estructura o teoría general del delito elaborada por la ciencia penal²⁰, sino que ya antes al legislador penal se le imponen importantes limitaciones, los denominados límites del *ius puniendi* (o potestad punitiva del Estado), marcados por importantes principios político-criminales, elaborados por la doctrina y derivados de (o incluso plasmados en) la Constitución²¹.

b) Dado que la función de protección ciudadana y social mediante la prevención y la respuesta justa y la función de garantía frente a posibles excesos sancionadores suponen tendencias contrapuestas, es inevitable la tensión entre las mismas. No obstante, sin duda lo deseable es lograr un equilibrio entre función de prevención/protección y justicia y función de garantía²², es decir un *Derecho penal justo y eficaz en la protección pero al mismo tiempo limitado frente a excesos y abusos*, equilibrio que ciertamente no siempre será fácil obtener. Indeseable, desacertado será el desequilibrio a favor de una u otra función: hay que rechazar tanto el exceso punitivista o hiperpunitivismo, al que lamentablemente se propende con frecuencia, y el tiempo actual no es una excepción, como a continuación veremos (*infra* II), que pretenda en pro de la mayor seguridad y de la eficacia preventiva/protectora la imposición de duras sanciones más allá de los límites de la justicia o de la estricta necesidad de aquéllas y prescindiendo total o parcialmente de garantías y límites, como el exceso en sentido inverso, el del hipergarantismo o del hiperhumanitarismo, a lo que aún he de volver.

II. LÍMITES AL PODER PUNITIVO Y TENDENCIAS CONTRAPUESTAS

1. Límites al *ius puniendi* o poder punitivo

A lo largo del siglo xx la ciencia jurídico penal más avanzada, encabezada por la de los países germánicos y los latinos de Europa, de modo destacado la española, y de América, aunque con discrepancias en cuanto a los fines del Derecho penal (a lo que luego me referiré), fue elaborando un conjunto muy completo de principios limitadores del *ius puniendi*, del derecho a castigar o

²⁰ Cfr. sobre esto detalladamente y con diversos ejemplos LUZÓN PEÑA, D. M., 2003, pp. 21 s.

²¹ A ello se dedica el cap. 2 III de mi manual: *Curso PG* 1, 1996, pp. 80 ss.; *Lecc PG*, 2.^a 2012, *PG* 3.^a 2016, 2/7 ss.

²² Ese necesario y deseable equilibrio, que aquí formulo expresamente, es lo que se desprendía ya de mi posición de añadir a la función preventiva/protectora y justicial expresamente, y no solo implícitamente, como función del Derecho penal también la de garantía y límites, como a diferencia de la mayoría de la doctrina hago desde 2003 en los trabajos cits. *supra* en n. 18.

potestad punitiva del Estado, fundamentados en principios y valores constitucionales básicos, como en nuestra CE los de libertad, justicia e igualdad del artículo 1.1, y en otros preceptos constitucionales, límites sobre los que llegó a predominar un importantísimo acuerdo en lo sustancial: así el principio de legalidad de los delitos, penas y otras sanciones penales, el de responsabilidad por el acto o hecho concreto, el de necesidad y los principios de ofensividad o lesividad, *ultima ratio* o intervención mínima, efectividad o idoneidad, proporcionalidad, culpabilidad y responsabilidad subjetiva, responsabilidad personal, humanidad de las sanciones o el *non bis in idem*²³. A título de ejemplo expondré mínimamente el principio de *ultima ratio*.

2. Un límite paradigmático: el principio de subsidiariedad, intervención mínima o *ultima ratio*

a) Según el *principio de subsidiariedad*²⁴ –también denominado entre nosotros (a partir de Muñoz Conde²⁵) «principio de intervención mínima»–, derivado directamente del de necesidad, el Derecho penal ha de ser la «*ultima ratio*» o la «*extrema ratio*», el último recurso al que hay que acudir a falta de otros menos lesivos frente a ataques al menos medianamente graves a bienes jurídicos importantes, pues si la protección de la sociedad y los ciudadanos puede conseguirse en ciertos casos con medios menos lesivos y graves que los penales, no es preciso ni se debe utilizar éstos²⁶. Incluso aunque haya que proteger bienes jurídicos, donde basten los medios del Derecho civil, del Derecho

²³ Sobre dichos principios cfr. ampliamente LUZÓN PEÑA, D. M., *Lecc PG*, 2.ª ed., 2012, *PG* 3.ª ed., 2016, 2/7-33; ya antes en «Ius puniendi: límites», en *EJB*, 1995, pp. 3777 ss.; después en: Luzón (dir.), *EPB*, 2002, pp. 857 ss.; *Curso PG I*, 1996, 78 ss.; 2003, pp. 22 ss. Cfr. tb. ROXIN, C., 1973, pp. 12 ss.; 1976, pp. 20 ss.; *AT*, 4.ª ed., 2006 [*PG I*, 1997], § 2/2 ss., § 5/1 ss.; MIR PUIG, S., 1976, pp. 124 ss.; *PG*, 10.ª ed., 2015/16, 4/2 ss.; CORCOY BIDASOLO, M., 2012, pp. 153 ss.; MORILLAS, L., 2016, pp. 127 ss.

²⁴ Cfr. ya KAUFMANN, ARTH., «Subsidiaritätsprinzip und Strafrecht», *FS-Henkel*, 1974, 89 ss.; ROXIN, C., 1973, pp. 13 ss., 40 s.; 1976, pp. 21 s., 44 s.; LUZÓN PEÑA, D. M., *EJB*, 1995, p. 3780; en Luzón (dir.), *EPB*, 2002, pp. 860 s.; *Curso PG I*, 1996, pp. 82 ss.; 2003, pp. 23 s.; *Lecc PG*, 2.ª ed., 2012, *PG* 3.ª ed., 2016, 2/14 ss.; MUÑOZ CONDE, F., y GARCÍA ARÁN, M., 2015, p. 77; MIR, S., 2015/16, 4/47 s. Este nombre es utilizado no solo en Derecho penal, sino en teoría general del Derecho y otras ramas jurídicas, pero también más allá en otras disciplinas sociales y humanas como las relativas a la política, moral, economía, relaciones internacionales, etc.

²⁵ MIR, S., 1975, pp. 59 ss.; MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., 2015, pp. 76 ss. Utilizando el término la doc. mayor. de lengua española: cfr. por muchos MIR, S., «Sobre el principio de intervención mínima del Derecho penal en la reforma penal», en su: *El DP en el Estado social y democrático de Derecho*, Barcelona (Ariel), 1994, pp. 151 ss.

²⁶ Sobre el principio de subsidiariedad cfr. por todos ROXIN, C., 1976, 21 s.; *PG*, I, 1997, § 2/28 ss.; *AT I*, 4.ª ed., 2006, y ROXIN, C., y GRECO, L., *AT I*, 5.ª ed., 2020, § 2/97 ss.

público, especialmente del Derecho administrativo sancionador²⁷, o incluso medios extrajurídicos, ha de retraerse el Derecho penal, pues su intervención –con la dureza de sus medios– sería innecesaria y, por tanto, injustificable. También debe haber subsidiariedad dentro de las propias sanciones penales, no imponiendo sanciones graves si basta con otras menos duras.

Estos principios conducen, a efectos de modificación de la ley (*de lege ferenda*), a exigir la *desincriminación* de conductas en diferentes sectores. Así se ha reflejado paulatinamente, al menos en parte, en la evolución histórica, cuando se trata de ilícitos poco graves o incluso de bagatelas: p. ej., en el adulterio o en presiones no graves a la libertad sexual, o en intromisiones leves en el honor o que no llegan a la injuria criminal por falta de *animus iniuriandi*, o en imprudencias simples con resultados poco graves o en imprudencias levísimas, etc., pues en estos casos puede bastar perfectamente con medidas sancionadoras o preventivas de otros sectores del Derecho, como el civil, laboral o administrativo, y a veces con medidas extrajurídicas²⁸.

Al igual que el principio de ofensividad o protección exclusivamente de bienes jurídicos, estos principios derivan del principio de (estricta) necesidad, es decir, del fundamento «funcional», pero obviamente tienen un claro origen en la idea liberal (art. 1.1 CE: Estado de Derecho, libertad como primer valor) de la mínima intervención indispensable, no ya de la actuación estatal, sino de los medios más graves (aunque señala MIR que también se puede deducir del Estado social: «se trata de una exigencia de economía social coherente con la lógica del Estado social, que debe buscar el mayor bien social con el menor costo social»²⁹). Ahora bien, como ha destacado Arthur Kaufmann³⁰, el principio de subsidiariedad no solo implica una dimensión negativa de límite del *ius puniendi*, sino que tiene también, por exigencias del Estado social de Derecho, una parte positiva, que obliga, para evitar lo que Roxin denomina «*huida al Derecho penal*»³¹, a tomar todas las posibles medidas positivas de tipo jurídico o político-social que ayuden a evitar los delitos sin tener que acudir al Derecho penal.

²⁷ Sobre la casi inabarcable discusión sobre la delimitación entre ilícito administrativo/Derecho administrativo sancionador e ilícito penal/Derecho penal cfr. MATTES, H., *Untersuchungen zur Lehre von den Ordnungswidrigkeiten*, I, 1977; II, 1982; *Problemas de DP administrativo* [trad. t. I], 1979; GÓMEZ TOMILLO, M. y SANZ RUBIALES, Í., *Derecho Administrativo sancionador*, PG, 3.ª ed., 2013, pp. 45 ss., 75 ss., *passim*.

²⁸ Sobre lo anterior cfr. LUZÓN PEÑA, D. M., «Ius puniendi: límites», *EJB*, 1995, p. 3780; en Luzón (dir.), *EPB*, 2002, pp. 860 s.; *Curso PG*, I, 1996, pp. 82 ss.; 2003, pp. 23 s.; *Lecc PG*, 2.ª ed., 2012, PG 3.ª ed., 2016, 2/14-17.

²⁹ MIR, S., *PG*, 7.ª, 2004, pp. 126 s.

³⁰ KAUFMANN, ARTH., 1974, pp. 103-105.

³¹ ROXIN, C., 1973, p. 41; 1976, p. 45.

b) Aunque naturalmente que estos principios conducen, a la inversa, a legitimar la intervención penal manteniendo o incluso ampliando la incriminación de nuevas figuras típicas en casos de ataques graves a bienes jurídicos importantes cuando para su prevención no sea bastante con medidas extrapenales. Así se ha propuesto la ampliación de la protección penal, en campos de interés esencial para la vida de los individuos y la comunidad, a determinados bienes jurídicos cuya importancia y vulnerabilidad si solo se acude a la protección extrapenal no se percibían bien en épocas pasadas: p. ej., el medio ambiente, la seguridad en el trabajo, la economía nacional, la ordenación urbanística, etc.³².

3. Tendencias opuestas al principio de *ultima ratio* o intervención mínima³³

No obstante, a partir de los años 80 aparecen, de modo cada vez más creciente, tendencias opuestas al panorama que acabo de describir, tanto en la práctica legislativa y judicial de cada vez más países como incluso en la teoría, en la ciencia penal.

a) Así se viene discutiendo con gran intensidad en las últimas décadas, tanto desde la perspectiva político-criminal como dogmática, por ejemplo sobre la legitimidad de la creciente tendencia legislativa a la anticipación de la intervención penal mediante la técnica de *delitos de peligro abstracto* (que no requieren lesión ni siquiera peligro concreto para un bien jurídico), sobre todo si se los redacta con la rechazable técnica del peligro presunto, tutelando además bienes jurídicos supraindividuales cada vez más difusos³⁴; con ello, con la utilización en otros casos del Derecho penal con *función meramente simbólica*,

³² Cfr. LUZÓN PEÑA, D. M., *Curso PG*, I, 1996, pp. 83 s.; 2003, p. 24; *Lecc PG*, 2.ª ed., 2012, *PG* 3.ª 2016, 2/18.

³³ Cfr. LUZÓN PEÑA, D. M., 2003, pp. 24 ss.; *Lecc PG*, 2.ª ed., 2012, *PG* 3.ª ed., 2016, 2/19 s.

³⁴ Desde que los Códigos y las legislaciones penales han ido introduciendo, y ciertamente de modo creciente, delitos de peligro abstracto, la doctrina, especialmente desde los años 60-70, discute intensamente si el recurso a los mismos es una opción político-criminalmente legítima y aceptable dentro de ciertos límites –si se exige en el propio tipo o en su aplicación la peligrosidad para bienes jurídicos claros y no se anticipa excesivamente en el tiempo la intervención penal–, o si por el contrario, como sostiene otra posición muy extendida, es inaceptable por vulnerar principios penales constitucionales básicos como el de ofensividad y protección e bienes jurídicos, el de *ultima ratio* o el de seguridad jurídica y el mandato de precisión y certeza. Cfr. ampliamente sobre esa discusión PÉREZ-SAUQUILLO, C., *Legitimidad y técnicas de protección penal de bienes jurídicos supraindividuales*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2019, *passim*.

es decir de un «Derecho penal simbólico»³⁵ y con otras extralimitaciones, en vez de limitar el Derecho penal a la *ultima ratio* y la intervención mínima y subsidiaria, se puede propender a la «expansión del Derecho penal»³⁶, y simultáneamente a una creciente tendencia al punitivismo o tendencia desmedida, desproporcionada e innecesaria al recurso a los castigos y al endurecimiento de las sanciones penales³⁷.

b) En estrecha conexión con lo anterior se sitúa la discusión sobre el «Derecho penal del riesgo» o *–Derecho penal de la sociedad del riesgo* – iniciada a fines de la década de los 80 al introducirse en la literatura penal la terminología *–sociedad del riesgo* acuñada por el sociólogo Beck en 1986³⁸–: ante las características de las modernas sociedades postindustriales, con la aparición y multiplicación de nuevos riesgos que pueden afectar también a nuevos bienes jurídicos o a nuevas facetas de los tradicionales (p. ej. en la economía, el sistema fiscal, el sistema laboral, el medio ambiente, el genoma humano, la salud pública, y especialmente ante la criminalidad organizada)³⁹, algunos defienden una utilización expansiva de un Derecho penal preventivo que sirva a la seguridad de la sociedad ante los nuevos riesgos, aun a costa de difuminar o desbordar sus tradicionales conceptos y categorías de imputación individual (bien jurídico, causalidad, dolo o imprudencia, autoría y participación, delitos comisivos y omisivos, ampliación cada vez mayor de los delitos

³⁵ Se debe distinguir entre el rechazable Derecho penal meramente simbólico o predominantemente simbólico e ineficaz y el legítimo efecto simbólico de cualquier incriminación penal que sea necesaria y esté justificada: así ROXIN, C., *AT I*, 4.^a 2006, § 2/37 ss. [aún no en la 2.^a ed. de *AT I*, 1994 = *PG I*, 1997, § 2]; LUZÓN PEÑA, D. M., «Función simbólica del DP y delitos relativos a la manipulación genética», en *Modernas tendencias en la ciencia del DP y en la criminología*, 2001, pp. 131 ss.; tb. en Romeo (ed.), *Genética y DP*, 2001, pp. 49 ss.; *Lecc PG*, 2.^a ed., 2012, *PG* 3.^a ed., 2016, 1/52, 2/19, 22.

³⁶ SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del DP. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid (Civitas), 1999; 2.^a ed., 2001.

³⁷ Junto a este fenómeno se da una amplísima tendencia en la ciencia penal en contra de la orientación punitivista: cfr. p. ej. PAREDES, J. M., *Libertas*, 4, 2016, pp. 153 ss.; PORTERO, M., «Derecho penal, Criminología y política criminal en la era del punitivismo», *RP*, 40, 2017, pp. 193 ss.; y la bibliografía cit. en dichos trabajos.

³⁸ BECK, U., *Risikogesellschaft. Auf den Weg in eine andere Moderne*, Frankfurt a. M. (Suhrkamp), 1986 = La sociedad del riesgo, trad. de Navarro, Jiménez y Borrás, Barcelona (Paidós), 1998.

³⁹ Cfr. p. ej. PRITTWITZ, C., «Funktionalisierung des Strafrechts», *StrV*, 1991, pp. 435 ss.; *Strafrecht und Risiko. Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft*, Frankfurt (Klostermann), 1993; SEELMANN, K., «Risikostrafrecht. Die «Risikogesellschaft» und ihre «symbolische Gesetzgebung» im Umwelt- und Betäubungsmittelstrafrecht», *KritV*, 1992, pp. 452 ss.; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M. I., *El moderno DP y la anticipación de la tutela penal*, Valladolid (Univ. Valladolid), 1999; «La criminalización en el ámbito previo como tendencia político-criminal contemporánea», en *LH-Valle*, 2001, pp. 685 ss.; DE LA CUESTA AGUADO, P. M., «Sociedad tecnológica y DP del riesgo», *RDPP*, 4 2000, pp. 133 ss.; MENDOZA BUERGO, B., *El DP en la sociedad del riesgo*, pról. Rodríguez Mourullo, Madrid (Civitas), 2001; «Gestión de riesgo y política criminal de seguridad en la sociedad de riesgo», *LH-González-Cuellar*, 2006, pp. 351 ss.; DE FIGUEIREDO DÍAS, J., «Algumas reflexões sobre o Direito Penal na «sociedade de risco», *LH-Roxin* (Coimbra), 2002, pp. 209 ss.

de peligro, de consumación anticipada y de equiparación incluso de la mera preparación a la consumación); otros frente a esto propugnan un Derecho penal de dos (o varias) velocidades⁴⁰, con un *Derecho penal* «nuclear» que no sea desbordado en su tradicional instrumental de conceptos y garantías del Estado de Derecho, pero proponen crear frente a los nuevos riesgos o bien un Derecho penal secundario, con garantías relajadas, o bien un «*Derecho de intervención*» (Hassemer), ubicado entre el Derecho penal y el administrativo sancionador, y entre el civil y el público⁴¹. Tales tendencias son preocupantes y rechazables, ya que a mi juicio, *aunque el Derecho penal deba ser ampliado a nuevos campos si fuera imprescindible, nunca debe ser a costa de los indicados límites constitucionales y garantías.*

c) De modo claramente más intolerable, aparece la tendencia de configurar, aparte del Derecho penal normal o común, un «Derecho penal del enemigo» (o «de enemigos»): según ese concepto acuñado por Jakobs en 1985 (constatando, aunque con un cierto distanciamiento, en el DP vigente manifestaciones de tal fenómeno)⁴² se procede a una intervención anticipada, más dura, y con menos garantías, incluso procesales, que en el «Derecho penal de los ciudadanos» frente a sujetos a los que se niega el *status* de ciudadano por su peligrosidad y la gravedad de sus hechos: delincuentes habituales o profesionales, especialmente los vinculados a organizaciones criminales dedicadas a cometer delitos como terrorismo, tráfico de drogas o de personas, etc., que atacan o amenazan la identidad social⁴³. Pues bien, ya el propio concepto de

⁴⁰ Terminología de SILVA, J. M., 2001, pp. 163 ss. Cfr. tb. GÓMEZ TOMILLO, M., y SANZ RUBIALES, Í., 2013, pp. 55 ss.

⁴¹ HASSEMER, W., *ZRP*, 1992, p. 383. En *ADPCP*, 1992, pp. 248 s. tb. defiende limitar el Derecho penal al nuclear mínimo, pero propone que los nuevos problemas sean tratados por el Derecho de contravenciones, el civil y el administrativo. Cfr. tb. GÓMEZ TOMILLO, M., y SANZ RUBIALES, Í., 2013, pp. 55 ss.

⁴² JAKOBS, G., *Estudios de DP*, Madrid (UAM/Civitas), 1997, p. 298, reconoce que el DP de enemigos optimiza la protección de bienes jurídicos, pero restringe esferas de libertad, que el DP de ciudadanos optimiza; y en 322 s. señala que el DP de enemigos no es signo de fortaleza de un Estado de libertades, sino de que en esa medida no existe, y que aunque se pueden dar, incluso hoy, situaciones excepcionales que lo hagan imprescindible, «incluso entonces el Derecho penal de enemigos solo se puede legitimar como un Derecho penal de emergencia que rige excepcionalmente», y sus preceptos han de ser separados clara y estrictamente del Derecho penal de ciudadanos, para que no se puedan infiltrar en éste. De modo similar, SILVA, J. M., 2001, pp. 165 s., propone reservar el DP del enemigo solo para casos de emergencia, en que la criminalidad de Estado, organizada o terrorista desestabiliza y pone en serio peligro todo el sistema, lo que excepcionalmente obliga a un «Derecho de guerra».

⁴³ Sobre esas características y el rechazo muy generalizado que han suscitado se debe remitir a la bibl. existente, casi inabarcable. Entre otros muchos cfr. JAKOBS, G., y CANCIO MELIÁ, M., *DP del enemigo*, Madrid (Civitas), 2003; JAKOBS, G., «Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung», *ZStW*, 97 1985, 751 ss. «Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico», trad. Peñaranda, en *Estudios de DP*, 1997, pp. 293 ss. (295, 298, 322 ss.); DEMETRIO CRESPO, E., «Del «DP liberal» al «DP del enemigo»», *LH-Baratta*, 2004, pp. 1027 ss.; Cancio Meliá, M., y Gómez-Jara Díez, C. (coords.), *Derecho Penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, t. 1 y 2, Madrid/Buenos Aires

Derecho penal del enemigo es peligroso y preocupante por su aptitud o propensión a introducir excesos en la reacción contra los –enemigos, excesos que son en cualquier caso rechazables, como es inadmisibles la supresión generalizada de garantías jurídicas materiales o formales, que, cuando se refieren a derechos fundamentales, en un Estado de Derecho solo se pueden limitar o restringir en los supuestos absolutamente excepcionales, y para las garantías concretas y a su vez con los límites que autoriza la Constitución⁴⁴.

III. EL DESEABLE EQUILIBRIO O TÉRMINO MEDIO

Ya he anticipado que es igualmente *rechazable el exceso en sentido inverso*, el del *hipergarantismo* o del *hiperhumanitarismo* que, preocupándose únicamente por los límites a la actuación estatal (como si esa fuera la exclusiva misión y legitimación del Derecho penal), llegara a impedir o a mermar gravemente la efectividad de la protección ciudadana y el mínimo de justicia socialmente demandada en la configuración y aplicación de las normas penales. Por razones de espacio aquí solo puedo apuntarlo.

En conclusión, en este punto esencial para el Derecho penal hay que reafirmar el acierto y bondad del viejo aforismo latino *in medio stat virtus* (o simplemente *in medio virtus*, o *virtus est medio*), expresado con formulaciones varias ya por Aristóteles u Horacio⁴⁵: en el medio, en el justo medio está la virtud, lo deseable, y los extremos o extremismos por sus excesos son rechazables.

(Edisofer/B d F), 2006; KINDHÄUSER, U., «Schuld und Strafe. Zur Diskussion um ein –Feindstrafrecht!», *FS-Fr.-C. Schroeder*, 2006, pp. 81 ss.; GRACIA MARTÍN, L., *Modernización del DP y DP del enemigo*, Lima (Idemsa), 2007; SCHÜNEMANN, B., «¿DP del enemigo?», en: Schöne (coord.), *Estado de derecho y orden jurídico-penal*, Asunción, Paraguay, 2006, pp. 135 ss.; SILVA, J. M., 2001, pp. 163 ss.; «Los indeseados como enemigos», en Cancio, y Gómez-Jara (coords.), *DP del enemigo*, Madrid/Montevideo-Buenos Aires (Edisofer/ BdeF), 2006, pp. 985 ss.; «Die Unerwünschten als Feinde», *ZStW*, 118 2006, pp. 547 ss.;

ZAFFARONI, E. R., *El enemigo en DP*, Bogotá (Ibáñez/Univ. Sto. Tomás), 2006; Madrid (Dykinson), 2007; POLAINO-ORTS, M., *DP del enemigo. Fundamentos, potencial de sentido y límites de vigencia*, pról. Jakobs, Barcelona (Bosch), 2009.

⁴⁴ Sobre esta crítica LUZÓN PEÑA, D. M., 2003, p. 26; *Lecc PG*, 2.ª ed., 2012, *PG* 3.ª ed., 2016, 2/20.

⁴⁵ En efecto, la máxima se encuentra expresada con una u otra formulación en la Antigüedad por autores como ARISTÓTELES (en la *Ética Nicomaquea* o a *Nicómaco* 2, 6 –*Ἡθικὰ Νικομάχεια*–: *μέσον τε καὶ ἄριστον, ὅπερ ἐστὶ τῆς ἀρετῆς*: lo medio y lo mejor, por lo cual es signo de la virtud) u HORACIO (Epístola 1, 18, 9: *virtus est medio vitiorum utrimque reductum*: la virtud está en el medio, retirada o alejada de los vicios de uno y otro lado), y es utilizada luego por los filósofos escolásticos medievales con la fórmula *in medio stat (est) virtus, quando extrema sunt vitiosa*: en el medio está la virtud, cuando, mientras que los extremos son viciosos; cfr. MONTERO CARTELLE, E. ed., *Carmina burana (II). Poemas satírico-morales, lúdicos y de taberna*, Madrid (Akal), 2017, p. 76.

NORMA, ANTINORMATIVIDAD Y AZAR RESULTATIVO

JUAN PABLO MAÑALICH R.*

I. INTRODUCCIÓN: ¿IMPOSIBILIDAD NORMATOLÓGICA DE LA TIPIFICACIÓN DE DELITOS DE RESULTADO?

En su contribución al libro publicado en homenaje a Santiago Mir, Mirentxu Corcoy volvía a tomar posición acerca de la manera en que la función de las normas punitivamente reforzadas tendría impacto en la fisonomía que pueden exhibir las formas de comportamiento sometidas a esas mismas normas. Con cargo a que una sanción penal solo podría ser legítimamente impuesta sobre una persona a quien sea imputable una conducta lesiva para algún bien jurídico, habría que asumir que «[l]a finalidad de la norma es motivar al ciudadano a no realizar esas conductas lesivas, ello con independencia de que se haya producido o no un resultado lesivo, en sentido material», de lo cual se seguiría que «[e]l injusto típico se consuma con que *ex post*, atendiendo a todas las circunstancias concurrentes *ex ante*, se pruebe que la conducta era idónea para lesionar el bien jurídico protegido»¹.

Me interesa poner el foco en la identificación de la relevancia de injusto atribuible a un comportamiento con su idoneidad para condicionar una lesión del bien protegido por la norma respectiva. Esa identificación descansa en un modelo de teoría de las normas que, al resaltar la función motivadora que desempeñarían las

* Profesor titular, Departamento de Ciencias Penales, Universidad de Chile. Este trabajo ha sido desarrollado en el marco del Proyecto Fondecyt núm. 1200235 («Azar, control y responsabilidad»).

¹ CORCOY, M., «Prevención limitada vs. neo-retribucionismo», *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, Montevideo y Buenos Aires (BdeF), 2017, p. 293.

normas de comportamiento cuya contravención puede ser delictiva, lleva a descartar la posibilidad de que una norma de esta índole regule una forma de comportamiento que exhiba una estructura «resultativa». En palabras de nuestra homenajead: «al sujeto no se le puede prohibir causar resultados, sino únicamente realizar conductas peligrosas o no controlar peligros para bienes jurídicos»².

De esto tendría que seguirse que la materialización del injusto distintivamente asociado a una especie cualquiera de hecho punible no podría depender de que el comportamiento atribuible al autor satisfaga una descripción resultativa, con lo cual la exigencia del acaecimiento del respectivo resultado solo podría cumplir la función de una condición objetiva de punibilidad instituida por la correspondiente norma de sanción³. Si con Binding asumimos una noción estricta de «delito», entendiendo por tal el quebrantamiento imputable de una norma (jurídica) de comportamiento⁴, entonces la tesis normológica de Corcoy tiene la implicación siguiente: *stricto sensu*, ninguna norma de sanción podría tipificar, *qua* hecho punible, un genuino *delito* de resultado⁵.

Un esfuerzo por rechazar esta implicación es lo que distingue al planteamiento normológico por el que se inclinara Mir en la fase más tardía de su tratamiento del problema. Manteniendo su temprano compromiso con la premisa de que una norma («de determinación») no podría prohibir o requerir la producción o el impedimento de un resultado⁶, Mir pasó a defender la tesis de que la antijuridicidad de un comportamiento eventualmente punible podría depender de su contribución al condicionamiento de un resultado. Esto pasaría por rechazar «la identificación de antijuridicidad objetiva y antinormatividad», por tratarse de nociones «radicalmente divergentes»⁷.

II. ¿LAS NORMAS COMO MENSAJES PRESCRIPTIVOS?

1. El modelo de la «norma-comunicación»

Mir nos ofrecía la siguiente definición del concepto de antinormatividad: «El juicio de antinormatividad *no puede* recaer directamente sobre lo que el

² CORCOY, M., *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, Barcelona (PPU), 1989, p. 37.

³ CORCOY, 1989, p. 38.

⁴ BINDING, K., *Die Normen und ihre Übertretung*, tomo 1, 4.^a ed., Léipzig (Felix Meiner), 1922, pp. 132 ss., 190 ss., 194 ss.

⁵ Véase, empero, BINDING, 1922, pp. 364 ss.

⁶ MIR, S. «La perspectiva «ex ante» en derecho penal», *ADPCP*, tomo XXXVI, 1983, pp. 9 ss., 13.

⁷ MIR, S., «Antijuridicidad objetiva y antinormatividad en derecho penal», *ADPCP*, tomo XLVII, 1994, p. 8 (cursivas suprimidas).

legislador *quiere* evitar [...], sino solamente en aquello sobre lo que la norma puede influir: una conducta objetivo-subjetiva que el sujeto pudo evitar y saber prohibida. Lo antijurídico en el sentido de antinormativo es lo *imputable* como infracción *personal* de la norma»⁸. Al identificarse la antinormatividad de un comportamiento con una propiedad que este recién exhibiría en cuanto *imputable* a una persona, aquella sería necesariamente sensible las capacidades y actitudes atribuibles a esta.

Si la noción de antinormatividad, así definida, hubiera de ser equiparada a la de antijuridicidad («objetiva»), como Mir lo sostuviera más tempranamente⁹, de ello se seguirían dos consecuencias que, posteriormente, él tuvo por inaceptables, a saber: (1) que «la efectiva producción del resultado no podría considerarse antijurídica»; y (2) que «la posibilidad de conocimiento de la norma por el sujeto habría de exigirse como condición de la antijuridicidad»¹⁰. Según Mir, esto se explicaría por «[...]el modo de operar de una norma imperativa y [...] sus límites», en cuanto ella «[s]e emite por un sujeto (en Derecho penal, el legislador) y se dirige a unos destinatarios, para influir en su motivación y, a través de ella, en su conducta»¹¹. Si la norma consiste en un «mensaje prescriptivo»¹², entonces, «[e]ntendida como infracción de la norma, la antijuridicidad requeriría la posibilidad de acceder ella», de lo cual se seguiría que «[l]a inimputabilidad profunda y el error de prohibición invencible serían causas de exclusión de la antijuridicidad penal»¹³.

A esto subyace la adopción de un modelo de «norma-comunicación»¹⁴. Según este, la existencia de una norma tendría que ser entendida como la existencia de una *relación* («normativa») entre un emisor y un receptor, la cual no podría configurarse si el receptor del mensaje carece de la capacidad para ajustar su comportamiento a este. Esto, porque «uno no puede tomar una orden de otro, a menos que uno tenga la capacidad de cumplirla»¹⁵, lo cual mostraría que la existencia misma de una orden quedaría condicionada por el principio

⁸ MIR, 1994, p. 8.

⁹ MIR, 1983, p. 11.

¹⁰ MIR, S., «Valoraciones, normas y antijuridicidad penal», *RECPC*, 06-02, 2004, p. 13.

¹¹ MIR, 2004, p. 13.

¹² MIR, 2004, p. 7.

¹³ MIR, 2004, p. 15.

¹⁴ ALCHOURRÓN, C. y BULYGIN, E., *Sobre la existencia de las normas jurídicas*, 2.^a ed., México D. F. (Fontamara), 1997, pp. 13 ss., 16 s., 19 ss. La formulación canónica de ese modelo se encuentra en VON WRIGHT, G. H., *Norm and Action*, Londres (Routledge & Kegan Paul), 1963, pp. 116 ss.; véase también MOLINA, F., *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, Barcelona (Bosch), 2001, pp. 568 ss., 596 ss.

¹⁵ Véase VON WRIGHT, 1963, p. 115.

«deber implica poder»¹⁶. De esto se seguiría que la existencia de una norma no consistiría en el hecho de haber sido «dada», sino en el hecho de que se genere y subsista una relación entre quien la ha «dado» y aquel a quien ella ha sido «dada».

El problema que afecta al modelo de la norma-comunicación se hace reconocible en la circularidad involucrada en su propia presentación. Si la «existencia» de una norma en cuanto mensaje prescriptivo dependiera de que quien aparece como su potencial destinatario tenga «acceso» a ella, ¿entonces qué es exactamente aquello a lo cual el destinatario tendría que tener «acceso»? La respuesta difícilmente pueda ser otra que: la norma en cuestión. Pero entonces la norma no puede ser algo cuya existencia esté condicionada por el «acceso» que su destinatario pueda tener a ella¹⁷. El punto ha sido advertido, con toda claridad, por Pawlik: «Una norma de comportamiento no puede, ella misma, enunciar las condiciones bajo las cuales alguien resulta obligado por ella; en tal caso, ella tendría que poder hacer referencia a sí misma»¹⁸. Semejante autorreferencialidad de la norma en cuestión traería aparejado un vicio lógico¹⁹.

Para advertir por qué, consideremos el siguiente ejemplo de una norma que, en virtud de su autorreferencialidad, llevaría a que la antinormatividad de un comportamiento bajo esa norma quedara excluida si quien incurre en ese comportamiento estuviera afectado por un error de prohibición invencible, y que podríamos formular así: «prohibido matar a otro, salvo que se mate a otro bajo un error invencible acerca del alcance de esta misma prohibición». El problema es este: puesto que la cláusula «bajo un error invencible acerca del alcance de esta misma prohibición» formaría parte de la formulación de la norma así «concretizada» en atención a la situación cognitiva de su potencial destinatario, no hay razón alguna para descartar que el alcance de esa misma cláusula pudiera ser, a su vez, objeto de una representación errónea –digamos: de segundo orden– por parte de su potencial destinatario. Y en la medida en que esa representación errónea llegara a tener el carácter de un error invenci-

¹⁶ VON WRIGHT, 1963, pp. 109 ss., 114 ss. Críticamente al respecto, MAÑALICH, J. P., *Nötigung und Verantwortung*, Baden-Baden (Nomos), 2009, pp. 49 ss.

¹⁷ Fundamental, KINDHÄUSER, U., *Analytische Strafrechtswissenschaft*, Baden-Baden (Nomos), 2021, pp. 437 ss., 741 ss.

¹⁸ PAWLIK, M., *Das Unrecht des Bürgers*, Tubinga (Mohr Siebeck), 2012, p. 255.

¹⁹ KINDHÄUSER, 2021, pp. 749 ss. El punto no es debidamente advertido por ROBLES, R., «Normas de conducta», *InDret*, 1/2019, p. 3, según quien la oración «te ordeno que no pongas veneno en el café de A» formularía una norma (no viciosamente) autorreferente. La cláusula «te ordeno» funciona aquí, empero, como un indicador de la fuerza ilocutiva del acto de habla en cuestión, lo cual lo convierte en un «performativo explícito» –AUSTIN, J. L., *How to Do Things With Words*, 2.ª ed., Cambridge, M. (Harvard University Press), 1975, pp. 67 ss., 83 ss.–, mas sin que ello conlleve autorreferencialidad alguna de la orden así emitida.

ble, entonces la misma premisa que, supuestamente, volvería necesaria aquella primera concreción de la prohibición tendría que llevar a una segunda concreción, y así sucesivamente *ad infinitum*.

2. Las normas de comportamiento como artefactos deónticos

Esto muestra que la posibilidad misma de que una norma logre obligar a quien aparece como su destinatario depende de que aquello que esa norma prohíbe o requiere sea insensible a –en el sentido de: invariable según– las capacidades y actitudes de aquel. Aquí radica, bajo una de sus lecturas admisibles, el núcleo del argumento de Wittgenstein acerca del problema del «regreso de las reglas»: para que el comportamiento del destinatario de la regla pueda entenderse sometido a esta, es necesario que el contenido y (así) el alcance de la regla no estén a su disposición²⁰.

Con ello aparece una vía teórica más ahorrativa que la favorecida por Mir para rechazar la tesis de que la antijuridicidad de un comportamiento dependería de que se vean satisfechas las condiciones cuya satisfacción lo convertiría en imputable: en vez de renunciar a la identificación de la antijuridicidad con la antinormatividad del comportamiento en cuestión, basta con desechar el modelo de la norma-comunicación. Esto supone abandonar la caracterización de las normas de comportamiento como «imperativos», si esta última expresión se toma como sinónima de «órdenes»²¹.

Una norma jurídica de comportamiento no puede ser confundida con un acto de habla, sin perjuicio de que su promulgación sí lo sea. En cuanto *regla*, una norma de comportamiento tiene el carácter de lo que Alf Ross denominaba una «directiva impersonal»²². Su estatus ontológico es el de un artefacto institucional abstracto²³. Y dado que se trata aquí de una regla que califica deónticamente una determinada forma de comportamiento, cabe identificarla con un *artefacto deóntico*, cuya función es servir, así, como premisa para la funda-

²⁰ WITTGENSTEIN, L., *Philosophische Untersuchungen*, Werksausgabe, tomo 1, Fráncfort d. M. (Suhrkamp), 1984, §§ 198 ss.; al respecto, MAÑALICH, 2009, pp. 43 ss.

²¹ Véase KINDHÄUSER, 2021, pp. 742 s.

²² ROSS, A., *Directives and Norms*, Nueva York (Humanities Press), 1968, pp. 48 ss., 82 ss., 98 s.

²³ Fundamental, EHRENBURG, K., *The Functions of Law*, Oxford (OUP), 2016, pp. 15 ss., 119 ss., 148 ss. Esto supone negar que la distinción entre la llamada «concepción expresiva», correspondiente al modelo de la «norma-prescripción», y la llamada «concepción hilética», correspondiente al modelo de la «norma-sentido» –ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1997, pp. 16 s., 25 ss., 37 ss.–, sea exhaustiva para dar cuenta de la ontología de las normas.

mentación de deberes²⁴. Así, aunque sin sacrificar la equiparación de antijuridicidad y antinormatividad, podemos dar razón a Mir en cuanto a que la «posibilidad de acceso a la norma» solo importa «como límite de la imputación, no como fundamento de la prohibición»²⁵.

III. EL RESULTADO COMO CATEGORÍA DE LA ANTINORMATIVIDAD

1. La estructura de los delitos de resultado

Ahora podemos volver sobre el problema al que alude la primera de las dos conclusiones que, a juicio de Mir, tendría que extraer quien entienda la antijuridicidad como antinormatividad y, al mismo tiempo, asuma una concepción imperativista de las normas de comportamiento. En los términos de esta última concepción, «la motivación normativa solo puede influir en la voluntad de sus destinatarios, y solo a través de ella en sus acciones»²⁶. De esto se seguiría que «si lo antijurídico es lo prohibido por la norma imperativa, solo pueden ser antijurídicas las conductas voluntarias, no los resultados separados de ella»²⁷.

Esta manera de hablar no está exenta de dificultades. Pues carece de sentido tematizar la antijuridicidad –*qua* antinormatividad– de un resultado, incluso si no se le «separa» del comportamiento en cuestión²⁸. Si asumimos que la respectiva norma consiste o bien en la prohibición de producir un resultado o bien en el requerimiento del impedir un resultado, entonces lo antinormativo bajo tal norma tendría que consistir, trivialmente, o bien en *producir* o bien en *no impedir* ese resultado.

Esto descansa en que el sustantivo «antinormatividad» designa una propiedad *superveniente* a las propiedades –positivas o negativas– que un comportamiento necesita exhibir para ejemplificar la forma de comportamiento

²⁴ MAÑALICH, J. P., *Norma causalidad y acción*, Madrid, Barcelona, Buenos Aires y São Paulo (Marcial Pons), 2014, pp. 17 ss., 23 ss. De ahí que no tenga asidero la sugerencia de que, bajo semejante modelación de las normas de comportamiento, estas exhibirían el carácter de meras «valoraciones»; así, empero, ROBLES, 2019, pp. 2 s. Más plausiblemente, RENZIKOWSKI, J., «Der Gegenstand der Norm», *Rechtsphilosophie und Grundrechtstheorie*, Tübinga (Mohr Siebeck), 2017, pp. 634 s., atribuye a Kindhäuser la defensa de una conceptualización de las normas de comportamiento como «normas objetivas de determinación».

²⁵ MIR, 2004, p. 16 (cursivas suprimidas).

²⁶ MIR, 2004, p. 13.

²⁷ MIR, 2004, pp. 13 s.

²⁸ Caracterizar un evento como un «resultado» presupone identificar ese evento como la «marca de éxito» de una acción *qua* instancia de un tipo de acción; véase MAÑALICH, 2014a, pp. 32 ss.

sometida a prohibición, o bien para no ejemplificar la forma de comportamiento sometida a requerimiento²⁹. Ello implica, ulteriormente, que la antinormatividad de un comportamiento es necesariamente *relativa-a-la-descripción*. Por eso Binding afirmaba que «uno debería evitar el modo de hablar según el cual algo pudiera estar ‘por sí’ prohibido o permitido», puesto que «[n]ada está ‘por sí’ permitido o no permitido»³⁰, sino únicamente –cabría agregar usando la célebre expresión acuñada por Anscombe– «bajo una descripción»³¹.

Con ello, la pregunta pasa a ser la siguiente: ¿cabe poner en duda que una norma de comportamiento jurídico-penalmente reforzada pueda imponer el estatus de prohibida o requerida a una forma de comportamiento especificada a través de una descripción resultativa? Para simplificar la argumentación, en lo que sigue el análisis quedará circunscrito a la estructura de las normas consistentes en *prohibiciones* de la producción de un resultado de cierta índole³².

En este punto parece oportuno recordar la advertencia de Wittgenstein: «Una causa principal de enfermedades filosóficas – dieta unilateral: uno nutre su pensamiento con nada más que una especie de ejemplos»³³. Semejante dieta unilateral tiende a ser seguida por quienes niegan que la forma de comportamiento sometida a una de norma de prohibición pudiera exhibir una estructura resultativa³⁴. Pues la argumentación suele quedar circunscrita a casos en los cuales el tipo de acción sometido a prohibición se ve especificado por una descripción *causalmente* compleja. Esto supone desconocer que la clase de los delitos de resultado es más extensa que la (sub)clase de los delitos de «resultado causalmente condicionado», en cuanto asimismo abarcadora de delitos que consisten en el quebrantamiento de normas que prohíben tipos de acción especificados por alguna descripción *constitutivamente* compleja, esto es, por una descripción cuya satisfacción dependa del condicionamiento convencional o institucional de una cierta transformación³⁵.

Así, también el falso testimonio tiene el carácter de un delito de resultado, consistiendo el resultado típicamente relevante en la declaración en el sen-

²⁹ MAÑALICH, J. P., «La tentativa de delito como hecho punible», *Revista Chilena de Derecho*, vol. 44, 2017, pp. 463 s.

³⁰ BINDING, 1922, p. 131, nota 7.

³¹ ANSCOMBE, G. E. M., «Under a Description», *Noûs*, vol. 13, 1979, *passim*.

³² En referencia a las normas consistentes en requerimientos del impedimento de un resultado, MAÑALICH, J. P., «Omisión del garante e intervención delictiva», *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, año 21, núm. 2, 2014, pp. 231 ss., 236 ss.

³³ WITTGENSTEIN, 1984, § 593.

³⁴ ROBLES, 2019, pp. 3 ss.; DE LA FUENTE, F. «¿Prohíbe la norma las acciones previas al resultado? Observaciones a la teoría analítica de la imputación», *Comprender el Derecho Penal*, Montevideo y Buenos Aires (BdeF), 2019, pp. 229 ss., 243 s.

³⁵ Véase SEARLE, J., *Making the Social World*, Oxford y Nueva York (OUP), pp. 36 ss.

tido de «lo declarado», que como tal es susceptible de ser valorado como elemento de prueba por parte del tribunal ante el cual se desarrolla el proceso³⁶. Con ello, y bajo una concepción imperativista como la presentada por Mir, habría que negar que la norma quebrantada por quien incurre en falso testimonio pudiera consistir en la prohibición, dirigida a quienquiera que comparezca como testigo ante un tribunal, de emitir una declaración falsa dotada de potencial relevancia probatoria; la norma tendría que consistir, más bien, en la prohibición, dirigida a quien ostenta ese estatus, de hacer algo que tenga la aptitud para que resulte emitida, por su parte, una declaración falsa dotada de potencial relevancia probatoria. ¿Por qué no llega a ser sugerido, de manera generalizada, esto último?

2. Azar resultativo y antinormatividad

La respuesta quizá se encuentre en la intuición de que, en ámbitos en los cuales el acaecimiento del respectivo resultado depende de la satisfacción de condiciones convencionales o institucionales (i.e., especificadas por reglas constitutivas), la expectativa «cognitiva» de que un comportamiento desplegado en una situación en la que –presuntivamente– se ven satisfechas esas condiciones traerá consigo el resultado en cuestión estaría suficientemente bien fundada. Semejante seguridad epistémica faltaría, en cambio, allí donde la materialización del correspondiente resultado depende de la presencia de circunstancias que, con base en algún conjunto de leyes o –más modestamente– generalizaciones causales, tendrían que proveer el «campo causal» propicio para que un comportamiento dé lugar al resultado en cuestión³⁷. Esto podría sustentar la conjetura de que en ámbitos de la primera clase el agente ostentaría, *per se*, un grado de *control* sobre el acaecimiento del resultado que no podría darse en ámbitos de la segunda clase, donde imperaría, más bien, el *azar*³⁸.

Pero la distinción así sugerida no tiene la fuerza que pudiéramos pretender atribuirle. Para insistir con el ejemplo: ¿puede quien presta declaración

³⁶ El uso de un término como «declaración» se ve afectado por la ambigüedad «proceso/producto». Aquí interesa su significado designativo del *producto* correspondiente al resultado de una acción susceptible de ser descrita como «prestar declaración», y no de la *actividad* consistente en «estar declarando», a través de la cual el testigo pueda ejecutar la *acción* de prestar declaración; véase VON WRIGHT, 1963, pp. 35, 41 ss. Acerca del concepto (estricto) de delito de actividad que se sigue de esto, MAÑALICH, 2014a, pp. 28 ss., 32 ss.

³⁷ Véase MAÑALICH, 2014a, pp. 39 ss., 48 ss.

³⁸ Acerca de la relación existente entre las nociones de azar como «improbabilidad» y como «incontrolabilidad», SCHLEIDER, T., *Acción y resultado*, Buenos Aires (Didot), 2011, pp. 136 ss.

ante un tribunal estar suficientemente seguro de que se han visto satisfechas las condiciones institucionales que hacen que su declaración *cuenta como* prestada por un testigo *en el marco* de un proceso judicial? Que el margen para la incidencia del azar en lo que alguien llega (o no) a hacer sea situacionalmente variable, no logra desvirtuar la consideración de que su presencia es ubicua. Pues como observara Hegel, «actuar» no es sino «entregarse» a la *ley* de la «transformación de la necesidad en aleatoriedad y viceversa»³⁹.

Con ello, si una prohibición punitivamente reforzada ha de servir, en cuanto «norma de determinación», como razón para la omisión de acciones que ejemplifiquen un determinado tipo de acción, entonces no cabe apelar al llamado «azar resultativo» para poner en cuestión la sensatez de que, en cuanto componente de la norma en cuestión, ese tipo de acción quede especificado por una descripción causal o constitutivamente compleja⁴⁰. Y que una acción ejemplifique el tipo de acción así sometido a prohibición depende, única y exclusivamente, de que esa acción satisfaga esa misma descripción.

Esto lleva a que no tenga destino alguno la objeción que De la Fuente ha dirigido contra este modelo –en tal medida: *rígido*– de antinormatividad⁴¹. Bajo este modelo, no tiene sentido plantear la disyuntiva de si lo prohibido bajo la prohibición del homicidio sería «el suceso de la muerte de un individuo producida por la acción [...] de un tercero» o, en cambio, «las acciones que *conducen* a [...] la muerte de otro individuo»⁴². La prohibición en cuyo quebrantamiento consiste el delito (comisivo) de homicidio es un artefacto creado para ser reconocido como razón para la omisión de acciones de un cierto tipo. La extensión de este tipo de acción se identifica con el conjunto de las acciones que satisfacen la descripción a través de la cual aquel queda especificado. Una acción es un evento que se distingue por consistir en algo que alguien *hace*. Y el evento de la muerte de un ser humano no se corresponde con algo que alguien –sea ese mismo u otro ser humano– pueda «hacer», sino con algo que un agente puede *producir* o *impedir*⁴³.

Si asumimos –*arguyendo*– que lo prohibido bajo la norma en cuestión es producir la muerte de otro ser humano, entonces para que una acción particular

³⁹ HEGEL, G. W. F., *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Werke 7, Fráncfort d. M. (Suhrkamp), 1986, § 118. Al respecto, QUANTE, M., *Hegels Begriff der Handlung*, Stuttgart y Bad Cannstatt (Frommann-Holzboog), 1993, pp. 162 ss.; también BRANDOM, R., *A Spirit of Trust*, Cambridge, M. (The Belknap Press), 2019, pp. 398 ss., 403 ss.

⁴⁰ Véase MOLINA, 2001, pp. 794 ss., 798 ss. Sobre el azar «resultante» o «consecuencial», SCHLEIDER, 2011, pp. 129 ss.

⁴¹ DE LA FUENTE, 2019, pp. 251 ss.

⁴² Así, empero, DE LA FUENTE, 2019, p. 271.

⁴³ MAÑALICH, 2014a, pp. 34 s.

ejemplifique el tipo de acción que esa norma somete a prohibición es necesario que esa acción satisfaga una descripción causalmente compleja. Esto es trivialmente compatible con que, bajo la adopción de un criterio extensionalista para la individuación de acciones, una misma acción «en sentido numérico» pueda ejemplificar múltiples tipos de acción⁴⁴. Así, una misma acción particular podría satisfacer las descripciones «tirar del gatillo de un arma», «disparar un proyectil balístico» y «producir la muerte de otro ser humano». Y que esas tres descripciones sean verdaderas de lo hecho por alguien en una determinada situación quiere decir que podemos redesccribir esa acción, sea *expansiva* o *contractivamente*, según lo sugiere la metáfora del «efecto acordeón»⁴⁵.

Por ello, sería errático pensar en la acción de tirar del gatillo del arma como una acción «previa al resultado» (de muerte de la víctima), como si esa acción fuera distinta de la acción consistente en producir su muerte. Pues a menos que admitiéramos la posibilidad de una causación «en reversa», será siempre el caso que una acción letal es ejecutada *antes* de que acaezca la muerte en cuya producción consiste esa acción letal⁴⁶. Así, el momento en que A mata a V será siempre anterior al momento en que V muera a consecuencia de la acción ejecutada por A. Pero el hecho de que la acción ejecutada por A admita ser descrita como productiva de la muerte de V no es independiente de que V muera a consecuencia de lo hecho por A.

Dadas nuestras restricciones epistémicas, normalmente tendremos que esperar a que V muera para que podamos afirmar, con suficiente seguridad, que A ha matado a V. Pero del hecho de que, en virtud de esas restricciones epistémicas, la *constatación* de la antinormatividad del comportamiento de A *sub specie* homicidio «recién» vaya a ser posible *ex post* no se sigue la proposición absurda de que, por ello, el comportamiento de A solo sería antinormativo *ex post*⁴⁷. Antes bien, y encontrándose en vigor la norma que prohíbe matar a otro ser humano, el comportamiento de A es antinormativo *simpliciter*. Precisamente por esto, A eventualmente habrá estado en posición, *ex ante*, de reconocer que él se disponía a hacer algo que, con cargo a la creencia predictiva de que ello habría de resultar en la muerte de V, él habría tenido que abstenerse de hacer para así adecuar su comportamiento a la prohibición del homicidio⁴⁸.

⁴⁴ SCHLEIDER, 2011, pp. 240 ss., 248 ss.

⁴⁵ MAÑALICH, 2014a, pp. 67 ss.

⁴⁶ Véanse las referencias aportadas en MAÑALICH, 2014a, p. 33, nota 60.

⁴⁷ Así, empero, ROBLES, 2019, p. 5. Al respecto, MAÑALICH, 2014b, pp. 236 ss.; MAÑALICH, 2017, pp. 464 ss.

⁴⁸ KINDHÄUSER, 2021, pp. 441 y 752.

Nuestra homenajeadada ha reivindicado, con contundencia, la tesis de que las normas de comportamiento jurídico-penalmente reforzadas se legitiman por su contribución a la protección de bienes jurídicos⁴⁹. Ello se aviene con la idea de que esas normas someten a prohibición o a requerimiento formas de comportamiento cuya realización o falta de realización habría de incidir en la situación de aquello que funge como soporte del bien jurídico respectivamente protegido. Para esto es indispensable que la forma de comportamiento deónticamente calificada por la norma en cuestión pueda ser tratada como invariable, y esto quiere decir también: como *insensible* a las actitudes y las capacidades del agente cuyo comportamiento pueda verse simbólicamente desafiado por ella.

Esto es compatible con que la materialización de una reacción punitiva quede estrictamente condicionada por la exigencia de que la persona expuesta a esa reacción haya sido capaz de evitar y de motivarse a evitar, con base en la norma en cuestión, el comportamiento que se le imputa como trasgresión de esa misma norma. Pero de ello se sigue que es en la fisonomía de las reglas de imputación, y no en la fisonomía de las normas de comportamiento, donde se hace reconocible un modelo de derecho penal de la culpabilidad.

⁴⁹ CORCOY, M., *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, Valencia (Tirant lo Blanch), 1999, pp. 19 ss., 175 ss.

EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD Y SU FUNDAMENTO

CARLOS MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ*

I. INTRODUCCIÓN: PRINCIPIO DE CULPABILIDAD Y CATEGORÍA DOGMÁTICA DE LA CULPABILIDAD

El presente trabajo persigue ofrecer algunos apuntes sobre la caracterización del principio de culpabilidad (concebido como principio garantístico del Derecho penal) y su fundamento, a partir de las premisas de la concepción significativa de la acción elaborada por Vives Antón¹, premisas que personalmente he venido asumiendo para la realización de anteriores trabajos relativos a otros principios garantísticos y a otras categorías e instituciones jurídico-penales.

Ello presupone distinguir entre el principio de culpabilidad, de un lado, y la culpabilidad, concebida como categoría dogmática de la teoría del delito, de otro. Tal distinción cobra gran relevancia si se repara en el hecho de que en la doctrina ambas cuestiones suelen aparecer entremezcladas, lo cual ha hecho surgir un buen número de confusiones².

* Catedrático de Derecho penal Universidad de A Coruña

¹ Vid. VIVES ANTÓN, T., *Fundamentos del sistema penal*, Valencia (Tirant lo Blanch) 1996, pp. 313 ss. (2.ª ed., 2011, pp. 325 ss.).

² Sobre tales confusiones, a partir de las mismas premisas que aquí acojo, Vid. MARTÍNEZ GARAY, L., *La imputabilidad penal*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2005, pp. 129 ss. Más recientemente Vid. LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., «El principio de culpabilidad», en *LH Huerta Tocildo*, Madrid (Servicio de Publicaciones de la UCM) 2020, p. 107, quien correctamente parte también de la diferenciación entre el principio de culpabilidad y las manifestaciones que se derivan de él.

Vaya por delante que, al igual que sucede con la posición mayoritaria en la actualidad, Vives analiza el problema de la libertad y de la culpabilidad en Derecho penal, desde una perspectiva filosófica³. Ahora bien, la originalidad de su planteamiento con relación a otras posiciones reside en situar el *fundamento* del principio de culpabilidad en la libertad de acción. Por tanto, la afirmación de que el ser humano es libre en su comportamiento no se basa en el principio clásico del libre albedrío (o libertad de voluntad en sentido indeterminista), sino que se argumenta a partir de la filosofía de la acción.

Así las cosas, para evitar incurrir en cualquier clase de confusión, conviene aclarar que, cuando aquí aludo al principio de culpabilidad como principio garantístico básico de todo el sistema penal con anclaje constitucional, me estoy refiriendo a un principio que opera con anterioridad a todas las categorías del delito y, en su caso, a los principios concretos que informan esas categorías⁴. De ahí la necesidad de subrayar que, en rigor, solo cabe hablar de un principio de culpabilidad en este sentido que acabo de exponer, y cuyo fundamento se halla exclusivamente en el postulado de la libertad de acción. Consecuentemente, debería evitarse hablar de un principio de culpabilidad referido a la categoría dogmática de la culpabilidad⁵, con relación a la cual –si se quiere mencionar algún principio informador específico– podría aludirse a un principio de «reprochabilidad individual» o, mejor, a mi juicio, a un «principio de exigibilidad individual» (si, como creo correcto, la categoría de la culpabilidad debe quedar reducida a la exigibilidad).

Precisamente, cabe anticipar que el planteamiento que adopto –situando el problema de la libertad en sede de acción y no de culpabilidad– permite

³ Ni que decir tiene que dicha perspectiva se halla plenamente justificada, desde el momento en que se inscribe en el método de la opinión dominante, que, ante todo, sitúa el debate sobre dichas cuestiones a la luz de su inserción en los sistemas filosóficos generales. Cfr., por todos, SCHÜNEMANN, B., «La culpabilidad: estado de la cuestión», en Silva Sánchez, J.-M. (ed.) *Sobre el estado de la teoría del delito*, Madrid (Civitas) 2000, p. 97.

⁴ En un sentido análogo *Vid.* LASCURAÍN, 2020, pp. 108 ss. Por tanto, interesa recalcar que se trata de un principio que opera también con anterioridad al denominado principio de imputación subjetiva (entendido este en el sentido de que no hay pena sin dolo o imprudencia), aunque algunos penalistas los identifiquen o consideren que aquel principio va embebido en este. Así, *vid.* p. ej., Díez Ripollés, J. L., *Derecho penal español. Parte general*, 5.ª ed., Valencia (Tirant lo Blanch) 2020, pp. 261 y 265. Por consiguiente, concibo el principio de imputación subjetiva como una de las derivaciones del principio de culpabilidad. Así, *Vid.* también LASCURAÍN, 2020, pp. 114 s., quien emplea la terminología de «principio del dolo» (que abarca también las conductas imprudentes).

⁵ En esto coincido, pues, con la precisión que efectúa Díez Ripollés, 2020, pp. 262 ss., cuando propone renunciar a la terminología de «principio de culpabilidad» para referirse a las dos fórmulas tradicionales, a saber: «no hay pena sin culpabilidad» y «la medida de la pena no debe sobrepasar la medida de la culpabilidad». En su lugar debería hablarse de «principio de reprochabilidad individual» (como inspirador de la categoría dogmática de la culpabilidad) y de «principio de proporcionalidad de la pena» (concebido como principio puramente sancionador, que establece un límite a los fines de la sanción penal).

establecer una nítida distinción entre el fundamento del *principio* de culpabilidad y el fundamento de la *categoría* dogmática de la culpabilidad, eludiendo de antemano la confusión que se puede observar en algunas caracterizaciones, que, asumiendo también la idea de la libertad de voluntad, abordan la materia de la culpabilidad en Derecho penal. En ellas, ambas cuestiones aparecen entremezcladas.

Y es que, en efecto, como ya subrayó Vives, el problema de la libertad ha venido abordándose inadecuadamente en el marco de la categoría de la culpabilidad, de tal manera que usualmente llega a afirmarse que el fundamento de la culpabilidad como categoría dogmática reside en el poder actuar de otro modo, lo cual conduce a un desenfoque de la cuestión⁶.

Cuando Vives defiende la libertad de acción como fundamento de la idea de la culpabilidad en Derecho penal, refutando los argumentos que se esgrimen desde las tesis deterministas, se está refiriendo al principio de culpabilidad desde la perspectiva de la acción, y no, por tanto, a la categoría dogmática de la culpabilidad. Ello se ve corroborado, en concreto, con las siguientes afirmaciones referidas a la categoría dogmática de la culpabilidad: «la libertad – comienza escribiendo – no es, en mi opinión, fundamento de la culpabilidad, sino presupuesto de la acción misma; esto es, de la imagen del mundo desde la perspectiva de la acción»; y, a continuación, paladinamente aclara que «en el ámbito de la culpabilidad [scil., concebida como categoría dogmática del delito] se da por supuesto que es posible (técnicamente) obrar de otro modo y lo que se ventila es hasta dónde es exigible (posible deónticamente) hacerlo, esto es, bajo qué condiciones empíricas hablamos de un comportamiento como ‘libre’ en un sentido tal que nos permita imputárselo a su autor. No está, pues, en discusión, en sede de culpabilidad, sino el problema político-criminal (o, dicho de otro modo, el problema político-constitucional y también político a secas) de algunos de los presupuestos y límites del castigo»⁷.

⁶ Cfr. VIVES, 1996, p. 313, y 2.ª ed., 2011, p. 325, quien agrega que entonces, en el marco de este paradigma, la indemostrabilidad de ese poder actuar de otro modo a partir de datos empíricos lleva a unos a negar la culpabilidad (a prescindir de ella), a otros a reformularla (hablando de la culpabilidad como límite, de culpabilidad sin reproche, etc.) y a otros, en fin, a resignarse a utilizar un concepto sin posible traducción empírica. En el mismo sentido, Vid. MARTÍNEZ GARAY, 2005, p. 177 ss.

⁷ VIVES, 1996, p. 313, y 2.ª ed., 2011, p. 325. En otros trabajos de este penalista, en los que alude a la vinculación de la libertad con el fundamento de la culpabilidad, se está refiriendo también al principio de culpabilidad. Vid. VIVES ANTÓN, T., «El principio de culpabilidad», en *LH Cerezo Mir*, Madrid (Tecnos) 2002, pp. 232 ss., y 2011, pp. 835 ss., quien concluye su alegato afirmando que «la crisis del principio de culpabilidad en el ámbito teórico carece, por las razones expuestas, de justificación».

II. EL FUNDAMENTO DEL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD: LA LIBERTAD DE ACCIÓN

El postulado de la libertad de acción se concibe como condición de posibilidad para poder hablar de *acciones humanas* reguladas mediante *normas*, o, si se prefiere, se caracteriza como una capacidad de autodeterminarse por razones.

La peculiaridad de la concepción de Vives frente a otras concepciones que también parten de la premisa de que el hombre es libre para realizar acciones radica, pues, en que la libertad no es entendida en el sentido escolástico (y metafísico) del libre albedrío, sino desde la propia filosofía de la acción⁸.

En efecto, el punto de partida reside en que la libertad se vincula ya a la *acción*. Si el determinismo⁹ fuese verdadero, no existiría ya acción: o podemos reprocharle a una persona que podría haber actuado de otro modo o todo carece de sentido. Hay libertad en el sentido de que *necesitamos* que haya libertad (tenemos, por así decirlo, *derecho* a que haya libertad), y todo nuestro *lenguaje* se funda en la idea de que somos libres. Se trata de una idea anclada en nuestra específica *forma de vida*, o sea, en lo más profundo de nuestro modo de actuar, de pensar y de hablar, que constituye todo nuestro entramado vital. De ahí que se pueda añadir que la libertad de acción constituye el punto de unión entre la doctrina de la acción y la de la norma: solo si hay un margen de indeterminación que permita hablar de *acciones* como distintas de los hechos naturales (que simplemente *sucedan*), puede pretenderse que tales acciones se rijan por normas; y solo tiene sentido analizar *normas* como algo distinto de la investigación de las leyes de la naturaleza si se presupone la libertad de acción. En fin, es la libertad de acción (y no la causalidad) la clave de bóveda de la estructura conceptual del sistema penal¹⁰.

⁸ Ciertamente, hay que reconocer que la opinión dominante rechaza la connotación metafísica (incluso meramente moralizante) de la culpabilidad, concibiéndola como reprochabilidad *jurídica*. Vid. por todos LUZÓN PEÑA, D., *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, 3.ª ed., Valencia (Tirant lo Blanch) 2016, L.26/31; MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, 10.ª ed. (con la colaboración de Gómez Martín, V., y Valiente Iváñez, V.), Barcelona (Reppertor) 2015, L.4/64. No obstante, dicha opinión dominante no vincula la libertad a la acción, sino que la concibe como el fundamento de la categoría dogmática de la culpabilidad; es más, un importante sector considera que esta libertad, que constituye el fundamento de la culpabilidad, es una mera premisa o aserción normativa.

⁹ No se me ocultan las dificultades para caracterizar el determinismo, si bien, a los efectos expositivos que aquí interesan y refiriéndolo a la conducta humana, podemos definirlo como la tesis que sostiene que las acciones humanas no dependen de la elección, sino que se hallan regidas por la necesidad. Cfr. VIVES, 2.ª ed., 2011, p. 837.

¹⁰ Cfr. VIVES, 1996, pp. 333 s. (2.ª ed., 2011, pp. 344 s.). Siguiéndolo, Vid. MARTÍNEZ GARAY, 2005, pp. 167 ss. En un sentido próximo Vid. LASCURAÍN, 2020, p. 109, quien sitúa el fundamento del principio de culpabilidad en la dignidad humana, cuyo contenido reside en la inviolabilidad del ser humano, de un lado, y la proscripción de su instrumentalización (la cual presupone «autogobierno moral y personal», esto es, un ser humano «racional, libre y autónomo»), de otro.

Para llegar a esta conclusión, Vives lleva a cabo una argumentación que se desarrolla a través de dos vías, una conceptual (kantiana) y otra lingüística (wittgensteiniana), que conducen al mismo resultado. Dicho de forma resumida, cabe sintetizar dicha argumentación en dos proposiciones: primera, sin libertad no puede haber una acción, ni razones, ni manera alguna de concebir el mundo; segunda, sin libertad no puede haber un *lenguaje*, que implica el seguimiento de unas reglas y la captación de un sentido¹¹.

El argumento conceptual (kantiano) se estructura en tres pasos. El primero reza: si hay acción, hay libertad; o, dicho de otra manera, solo se puede actuar bajo la condición de la idea de libertad, porque lo que está determinado causalmente no se *hace*, simplemente *sucede*. El segundo paso consiste en entender que si *hay* razones, tiene que haber libertad, puesto que si no hay libertad no tiene sentido concebir el mundo (ni siquiera concebirlo sin libertad), desde el momento en que entonces no podría haber argumentos para respaldar esta concepción de un mundo sin libertad y preferirla a otras. El tercer paso estriba en reconocer que resulta indiferente que la existencia de la libertad no pueda ser probada desde un punto de vista teórico: y es que si la persona solo puede *actuar y razonar* bajo la condición de la idea de libertad, habrá de someterse necesariamente a las mismas reglas que si fuese realmente libre (esto es, a las mismas reglas que si su libertad estuviese probada)¹².

En lo que atañe al argumento lingüístico, Vives se apoya en Wittgenstein para afirmar que la duda determinista (en cuanto que no es una duda ordinaria, sino una duda *filosófica*, que *duda de todo*) proyectada sobre el problema que nos ocupa, en el contexto aplicativo del Derecho penal, es un completo sinsentido, que cuestiona ya el propio marco de referencia del discurso. Dicha duda no se limita, pues, a poner en tela de juicio la libertad, sino que, involuntaria-

¹¹ Vid. ya VIVES, 1996, pp. 315 ss. (2.ª ed., 2011, pp. 327 ss.), donde expone ampliamente los «argumentos sobre la libertad».

¹² Cfr. VIVES, 1996, pp. 315 s. (2.ª ed., 2011, pp. 327 s.). Vid. además JIMÉNEZ REDONDO, M., «Estudio preliminar» en VIVES ANTÓN, T., 1996, p. 53, en sintonía con la interpretación de Wellmer sobre el concepto kantiano de lo *inteligible*. Vid. en igual sentido RAMOS VÁZQUEZ, J. A., *Ciencia, libertad y Derecho penal*, Valencia (Tirant lo Blanch) 2013, pp. 216 ss. Con respecto al tercero de los pasos enumerados, no cabe desconocer que existe una opinión, ampliamente aceptada en la actualidad, que afirma que la libertad no necesita ser probada *en sentido positivo*, habida cuenta de que se presupone normativamente en todas las personas, salvo que concurran precisamente aquellas circunstancias, legalmente previstas, que hagan inexigible un comportamiento diferente. Vid., p. ej., ROXIN, y GRECO, *Strafrecht. Allgemeiner Teil, Band I*, 5. Aufl., C. H. Beck, München 2020 (hay trad. española a la 2.ª ed. alemana y notas por Luzón Peña, Díaz García-Conlledo y de Vicente Remesal, *Derecho Penal. Parte General, Tomo I*, Civitas, Madrid 1997, § 19/35 s. y 38; Vid. además ya ROXIN, «Was bleibt von der Schuld im Strafrecht übrig?», en SchwZStr, 1987, p. 369 (= «¿Qué queda de la culpabilidad en Derecho penal?», trad. Silva Sánchez, CPC, 1986, p. 685), subrayando que «una ordenación razonable de la vida humana en sociedad no es posible sin la concesión recíproca de libertad». En la doctrina española, Vid. LUZÓN, 2016, L. 26/48, quien, consecuentemente, agrega que la se trata de una comprobación *negativa*.

mente, va mucho más allá: todo el lenguaje de la acción queda deslegitimado por ella, en la medida en que aborda los acontecimientos ordinarios de nuestra vida desde un prejuicio filosófico. Y esto resulta especialmente claro en el ámbito de la dogmática penal, dado que entonces no podríamos hablar de realizar *acciones*, ni *omisiones*, ni conductas *imprudentes*. El problema de la libertad de actuar en Derecho penal, el problema de si es posible, en general o en concreto, actuar de otro modo, se oscurece cuando se contamina con el problema metafísico del determinismo-indeterminismo. Y ello porque la libertad de actuar que importa en Derecho penal (la que se halla en la base de nuestras creencias ordinarias) puede *probarse* en el proceso penal, tanto en general como respecto del autor concreto en la situación concreta¹³. En otras palabras, la afirmación de la libertad no constituye una verdad metafísica (y, por ende, absoluta) ni una presuposición ilusoria: es algo que se afirma en la vida ordinaria y que, como tal, puede ser probado por medios ordinarios y con efectos ordinarios, es decir, siempre que no se exija que la prueba de la libertad en ese sentido ordinario tenga que *probar* la falsedad de las tesis filosóficas del determinismo¹⁴.

¹³ VIVES, 2011, pp. 863 ss. *Vid.* además VIVES ANTÓN, T., *Pensar la libertad*, Valencia (Tirant lo Blanch) 2019, pp. 211 ss., con referencia crítica tanto al *determinismo reduccionista*, como al *determinismo débil*; *Vid.* también RAMOS, 2013, *passim*, especialmente pp. 67 ss., con particular referencia al determinismo neurocientífico. Por otra parte, conviene aclarar que modernamente un importante sector doctrinal, a partir de premisas metodológicas diferentes de las que aquí acogemos, ha pergeñado una fundamentación de la culpabilidad con base en una posición «agnóstica» con respecto a la disputa entre deterministas e indeterministas o una fundamentación compatible con ambos puntos de partida (*Vid.*, por todos, indicaciones en ROXIN, y GRECO, 2020, § 19/34 ss.; *Vid.* además, sobre la concreta posición actual de este penalista y su criterio de la «asequibilidad normativa», ROXIN, «La asequibilidad normativa como criterio de culpabilidad», en ADPCP, 2017, pp. 9 ss., un criterio que, como bien afirma LUZÓN PEÑA, D. («Libertad, culpabilidad y neurociencias», *InDret*, 3/2012, p. 31), equivale materialmente al criterio de la libre capacidad de autodeterminación; en la doctrina española *Vid.*, p. ej., FEIJOO SÁNCHEZ, B., «Derecho penal y neurociencias. ¿Una relación tormentosa?», en B. Feijoo Sánchez (ed.), *Derecho penal de la culpabilidad y neurociencias*, Madrid (Civitas), 2012 pp. 106 ss.

¹⁴ Cfr. VIVES, 2019, p. 290, quien agrega que, en su opinión, la libertad de acción (el poder de elegir) forma parte de lo que Wittgenstein llamaba una *mitología*, esto es, una de aquellas proposiciones de las que *no podemos dudar*, incluso cuando intentamos negarlas, porque constituyen los andamios sobre los que se levanta el edificio de nuestro lenguaje. Por eso el determinismo es –según indiqué anteriormente– un sinsentido, que se revela con especial claridad cuando se postula como consecuencia de una actitud *cientificista*, habida cuenta de que lo que hace entonces es negar la propia investigación científica, que consiste precisamente en un conjunto de acciones que necesitan hallarse regidas por la razón. *Vid.* además JIMÉNEZ REDONDO, en VIVES ANTÓN, 1996, pp. 53 ss., quien recurre de nuevo a Welmer para hacernos ver que es mérito de Wittgenstein (seguido posteriormente por Habermas) haber reformulado el concepto kantiano de lo *inteligible* en términos de filosofía del lenguaje, de tal manera que «el ser del sentido lingüístico, de la libertad, de la verdad, de la razón es un ser *performativo* o *realizativo*, un ser que solo se constituye en la actitud realizativa o performativa de los sujetos que comunican lingüísticamente y solo se mantiene en ella»; en fin «solo hay sentido lingüístico desde la perspectiva de los hablantes que en el lenguaje se entienden unos con otros sobre algo». *Vid.* además, en el mismo sentido, RAMOS, 2013, pp. 220 s. y 222 ss. Con todo, tras compartir lo que antecede, RAMOS (2013, pp. 226 ss.) matiza que es posible

De ahí que la presunción de inocencia (art. 24-2 CE) se erija en un principio básico de todo el sistema penal (y no solo del sistema procesal penal), en la medida en que es el trasunto de la dignidad humana, que permite considerar al sujeto como un ser racional. Por eso la presunción de inocencia debe ser vinculada al concepto de culpabilidad: dicha presunción (que significa «más allá de toda duda razonable») no tendría sentido si no hubiera un concepto material de culpabilidad¹⁵.

Y ni que decir tiene, entonces, que la concepción propuesta por VIVES permite ofrecer la ventaja adicional de un pleno encaje en el marco constitucional que informa nuestro Derecho penal (arts. 1, 9 y 10 de la CE)¹⁶. En concreto, cabe afirmar que el principio de culpabilidad se puede fundamentar constitucionalmente, ante todo, en el valor superior de la libertad, así como en los valores –también superiores– de justicia e igualdad (art. 1-1 CE). Además, dicho fundamento se halla también en el artículo 9-2 CE (libertad del individuo) y en el artículo 10-1 (dignidad de la persona y libre desarrollo de la personalidad)¹⁷.

En fin, en atención a todo ello cabe asegurar que –frente a lo que habitualmente se ha venido afirmando en los últimos años– no hay en modo alguno una crisis del principio de culpabilidad, sino en todo caso la crisis de una dogmática que no se contenta con pruebas y verdades procesales, históricas y contingentes,

argumentar (incluso desde la perspectiva wittgensteiniana) la libertad; no obviamente en cuanto posición metafísica (en cuanto que libre albedrío), sino en cuanto que *realidad*.

¹⁵ Vid. VIVES, 2002, pp. 232 s., y 2011, p. 868, compartiendo la afirmación de GARCÍA PÉREZ, O. («Delitos de sospecha: principio de culpabilidad y derecho a la presunción de inocencia. Los artículos 483 y 485 CP», ADPCP, XLVI, 1993, pp. 650 s.), relativa a que el principio de culpabilidad y el derecho a la presunción de inocencia se implican recíprocamente (anverso sustantivo y reverso procesal de un mismo fundamento), lo argumenta desde una doble perspectiva: de un lado, si la culpabilidad resultase afirmada en un proceso en el que no rigiese la presunción de inocencia, no habría garantía alguna de que existiese realmente; de otro lado, si rigiese en el proceso la presunción de inocencia, pero el Derecho penal material no reconociese las exigencias del principio de culpabilidad, nada garantizaría que la imputación del hecho delictivo al autor resultase, en definitiva, justificada. Vid. también DÍEZ RIPOLLÉS, 2020, pp. 264 s. Sobre la presunción de inocencia como límite constitucional al *ius puniendi*, Vid. además VIVES, 2011, pp. 689 ss. y 873 ss.

¹⁶ Hacen hincapié en esta última idea también CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español. Parte general, III, Teoría jurídica del delito/2*, Madrid (Tecnos) 2001, p. 40, DÍEZ RIPOLLÉS, 2020, p. 448, a partir de su concepción sobre el fundamento de la culpabilidad, que guarda puntos de contacto con la que aquí propugno, según explico más abajo; Vid. asimismo LUZÓN, 2016, L. 26/35, quien, por lo demás, y rectificando su posición primigenia, parte del presupuesto de la *libertad de voluntad* o *libertad de decisión de los humanos salvo en condiciones anormales*, como presupuesto volitivo de la posibilidad humana de determinación por la norma (L. 26/31 s.), y ofrece una respuesta a las posiciones deterministas (L. 26/33).

¹⁷ Vid. por todos LUZÓN, 2016, L.2/26 y L. 26/35, quien agrega a los preceptos anteriores el reconocimiento del derecho fundamental a la libertad y sus diversas manifestaciones (art. 17 CE) y de las demás libertades del cap. II del tít. I de la Constitución. Vid. además especialmente LASCURAÍN, 2020, pp. 108 ss., quien, como queda dicho, parte del valor de la dignidad humana, constitucionalmente reconocido, como fundamento del principio de culpabilidad, un valor que presupone libertad y autonomía.

sino que persigue una verdad *científica* absoluta¹⁸, ignorando que la ciencia nunca podrá aportar *pruebas* de la existencia o inexistencia de libertad, porque la libertad no puede afirmarse o negarse a partir de datos empíricos.

III. POSICIONES AFINES: COINCIDENCIAS Y DIVERGENCIAS

La caracterización que se acaba de exponer sobre el fundamento del principio de culpabilidad no solo es acogida por los penalistas que se inscriben en la concepción significativa¹⁹, sino también por otros penalistas que –al menos como punto de partida– se basan en otras concepciones sistemáticas. Así sucede, señaladamente, con la caracterización de Díez Ripollés, quien sitúa el fundamento de la idea de la culpabilidad en la «autocomprensión de los ciudadanos en las actuales sociedades desarrolladas», en la medida en que –expresado por él en términos habermasianos– forma parte del mundo de la vida, del sistema de creencias, compartido por los integrantes de una misma sociedad, que constituye una de las pretensiones de validez de todo acto lingüístico y, con ello, del actuar comunicativo. Reconoce, explícitamente, este penalista que llega a conclusiones semejantes a las obtenidas por Vives y Ramos, añadiendo que sobre la aludida autocomprensión de los ciudadanos se han edificado las modernas sociedades democráticas, entre cuyos objetivos se señala la profundización en el ejercicio de las libertades individuales, sean privadas o políticas, y el aseguramiento del pluralismo político, y cuya estructura y funcionamiento presupone la existencia de ciudadanos capaces de decidir libremente. En fin, concluye Díez que sobre tal autocomprensión se asienta el principio fundamental en nuestra sociedad de que «todo ciudadano debe *asumir la responsabilidad por las consecuencias de su actuar*, que está a su vez en la base de la configuración de los principios de responsabilidad propios del Derecho penal»²⁰.

Con todo, con respecto a esta caracterización conviene tener en cuenta las matizaciones que Díez introduce, esto es: la peculiaridad de considerar que la capacidad de actuar de otro modo –tal y como él la concibe– es compatible con un enfoque determinista y que la verificación de la capacidad de una persona

¹⁸ Cfr. VIVES, 2011, p. 867. Para una crítica sobre la absolutización de la ciencia como verdad incontrovertible, Vid. RAMOS, 2013, pp. 181 ss. y *passim*.

¹⁹ Vid. fundamentalmente MARTÍNEZ GARAY, 2005, pp. 167 ss.; RAMOS, 2013, *passim*, especialmente, pp. 211 ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN, C., *Derecho penal económico y de la empresa. Parte General*, 5.ª ed., Valencia (Tirant lo Blanch) 2016, pp. 62 ss.

²⁰ Cfr. Díez RIPOLLÉS, 2020, pp. 448. Vid. además anteriormente *La racionalidad de las leyes penales*, Madrid (Trotta), 2003, pp. 111 ss. y 152 ss.

en el caso concreto para actuar de otro modo es sustancialmente susceptible de comprobación empírica; además, hay que añadir que Díez entiende que esa capacidad de actuar de otro modo es el fundamento material de la categoría dogmática de la culpabilidad²¹.

Frente a estas últimas afirmaciones debe recordarse que Vives parte de la base de que el postulado de la libertad de acción es algo que se construye al margen de la dicotomía determinismo/indeterminismo (el determinismo es, no se olvide, un sinsentido) y al margen de si la capacidad de actuar de otro modo es, o no, susceptible de comprobación empírica (porque la libertad no puede afirmarse o negarse a partir de datos empíricos); por lo demás, hay que recordar asimismo que para Vives la libertad no es el fundamento de la categoría de la culpabilidad. En otras palabras, si se asume el postulado de la libertad de acción (en el sentido de que la libertad es ya el presupuesto de la acción misma), las matizaciones introducidas por Díez resultan, en rigor conceptual, un tanto incongruentes desde la perspectiva que aquí adopto, porque si el reconocimiento de la libertad se argumenta ya desde la propia filosofía de la acción en los términos expuestos por Vives, carece de sentido referirse al determinismo, así como a la posibilidad de que la libertad pueda ser constatada empíricamente en algunos (o en muchos) casos²².

En suma, en mi opinión, la introducción de las referidas matizaciones por parte de Díez comporta introducir en el debate del reconocimiento de la libertad de acción (como fundamento del *principio* de culpabilidad) consideraciones ajenas a la propia acción, o sea, consideraciones que pertenecen a la *categoría* dogmática de la culpabilidad. Si nos situamos en el seno de la culpabilidad como categoría de la teoría jurídica del delito, no hay duda de que existirán elementos (tanto para afirmar la culpabilidad como para excluirla) que efectivamente podrán ser susceptibles de comprobación empírica; pero ello ninguna incidencia debe poseer en la afirmación de la libertad de acción, la cual, por lo demás, en modo alguno puede ser concebida como el *fundamento* de la categoría dogmática de la culpabilidad²³.

²¹ Díez RIPOLLÉS, 2020, pp. 448 s.

²² No deja de ser revelador que Díez RIPOLLÉS (2020, p. 448), tras afirmar que él llega a «conclusiones semejantes» a las de VIVES, añade que también «asumen en diferente medida» su (el de Díez) enfoque penalistas españoles como Cerezo y Melendo, o alemanes como Schünemann, Hassemer o Hirsch. A las caracterizaciones de algunos de estos penalistas me refiero a continuación.

²³ Sobre la inutilidad de la libertad de acción (concebida como realidad social) como criterio para fundamentar la categoría dogmática de la culpabilidad, *Vid.* MARTÍNEZ GARAY, 2005, pp. 177 ss. y 264 s., subrayando, con razón, que libres en ese sentido tan básico son también los comportamientos no culpables y que la libertad solo sería útil para fundamentar la culpabilidad si se concibiese como libertad de la voluntad en sentido indeterminista.

Por otra parte, pudiera pensarse que la caracterización de la libertad de acción que postula Vives se halla estrechamente emparentada con la ideada años atrás por Schünemann²⁴, en la medida en que –como usualmente se resalta²⁵– este penalista incide expresamente en el dato de que la conciencia de libertad de las personas se refleja incluso en las estructuras del lenguaje, estructuras elementales de nuestra comunicación social y en la reconstrucción social de la realidad.

Ciertamente, además de compartir la idea básica de la afirmación de la libertad, la caracterización del penalista alemán viene a coincidir también con la que aquí se propugna en la idea de que la libertad del ser humano no es una mera «aserción normativa» (una decisión solo jurídica) en el sentido apuntado por otros penalistas como Roxin, sino que se asienta en las estructuras del lenguaje. Ahora bien, la caracterización de Schünemann, que parte de la premisa del *interaccionismo simbólico* (en virtud del cual lo esencial en la sociedad humana es la comunicación y, con ella, el lenguaje y la atribución de sentido que dicho lenguaje hace posible), se apoya en la idea de que la libertad es parte de la realidad social, sobre la que se asienta firmemente, de tal modo que la pertenencia de la persona a un mundo inteligible en el que las leyes del mundo de los sentidos carecen de validez (preconizada por Kant) debe ser entendida empíricamente en el sentido de que las decisiones de actuar se realizan mediante operaciones lingüísticas que presuponen la libertad de la persona y que están constituidas por el contexto social describible solo a través del lenguaje²⁶.

No obstante, frente a esta caracterización hay que matizar –como observó ya el propio Vives– que, si bien Schünemann lleva a cabo su argumentación en términos de análisis de lenguaje (y no de análisis de conceptos), no se trata de la gramática *profunda* (o, filosófica, o, mejor, *lógica*) sino que se trata de una gramática *superficial* (entendiendo por tal la que prescribe cómo ha de hablarse correctamente un lenguaje determinado o la que describe las características particulares de ese lenguaje), que conduce a un «razonamiento inconcluyen-

²⁴ SCHÜNEMANN, 2000, pp. 109 ss. *Vid.* además, anteriormente, «Die Funktion des Schuldprinzips im Präventionsstrafrecht», en B. Schünemann (ed.), *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, Berlin (W. de Gruyter) 1984, pp. 163 ss. (= «La función del principio de culpabilidad en el Derecho penal preventivo», en *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales*, trad. y notas de J. M.^a Silva Sánchez, Madrid (Tecnos) 1991, pp. 154 ss.).

²⁵ Así *Vid.*, p. ej. CEREZO, 2001, p. 41.

²⁶ SCHÜNEMANN, 2000, pp. 112 s. y n. 46. De ahí que, para él, frente a la tesis de penalistas como ROXIN, el Derecho no pueda ignorar una realidad que responde a una estructura social mucho más básica (formas de vida constituidas lingüísticamente) en comparación con el Ordenamiento jurídico (2000, pp. 110 s.).

te»; por otro lado, no deja de ser curioso que, pese a que el razonamiento del penalista alemán discurre *prima facie* en términos de acción, siga situando el problema en sede de culpabilidad²⁷, y considere que la libertad es también el fundamento del juicio de culpabilidad como categoría dogmática²⁸.

En fin, tampoco cabe identificar la caracterización de Vives con la concepción propugnada por todos aquellos penalistas que, si bien parten de la premisa de que la libertad no es una mera presunción normativa sino una realidad (ya sea psicológica, antropológica o social), desarrollan su argumentación sobre la libertad en el marco del juicio de culpabilidad o reproche y entienden que esa libertad es el fundamento de la categoría dogmática de la culpabilidad²⁹.

Así sucede, de modo paradigmático, con penalistas como Cerezo, quien parte de la base de reconocer la libertad de voluntad como fundamento de la culpabilidad y, en concreto, llega a afirmar que el reproche de la culpabilidad jurídico-penal tiene siempre como sustrato, en mayor o menor medida, la «capacidad general de autodeterminación conforme a sentido del ser humano»³⁰.

Además de ser trasladables aquí las consideraciones que efectué más arriba sobre la concepción de Díez Ripollés, cabe añadir algunas precisiones ulteriores sobre la concepción de Cerezo³¹, que él mismo califica como *empí-*

²⁷ Vid. VIVES, 1996, pp. 317 ss. De hecho, en el trabajo acabado de citar SCHÜNEMANN (2000, p. 109) insiste en su visión indeterminista de la categoría de la culpabilidad.

²⁸ Con razón objeta MARTÍNEZ GARAY, 2005 (pp. 166 s.) que la libertad intrínseca en la gramática del lenguaje de la que habla el penalista alemán (como característica general del ser humano) es inútil como criterio para realizar el juicio concreto de culpabilidad, del mismo modo que lo es el denominado concepto social de culpabilidad.

²⁹ Para una completa exposición de las diversas concepciones de la libertad como realidad y como fundamento de la culpabilidad, con sus diferentes matices, *vid.*, p. ej., MARTÍNEZ GARAY, 2005, pp. 154 ss.

³⁰ Cfr. CEREZO, 2001, pp. 41 s., subrayando que el Derecho no puede ignorar la conciencia de la libertad que poseen los ciudadanos, la visión que tienen del mundo y de sí mismos. *Vid.* ya anteriormente con mayor amplitud CEREZO MIR, J., «Culpabilidad y pena», en ADPCP, 1980, y en el libro *Problemas fundamentales del Derecho penal*, Madrid (Tecnos) 1982, pp. 179 ss. Entiendo que esta es la razón por la cual, según indiqué más arriba, Díez Ripollés (2020, p. 448), tras afirmar que él llega a «conclusiones semejantes» a las de VIVES, añade que también «asumen en diferente medida» este enfoque penalistas españoles como Cerezo y Melendo. Además de estos últimos, cabe recordar que existe una amplia corriente doctrinal española que, con posterioridad, ha venido identificando la libertad de actuación del ser humano como base de un «concepto material de culpabilidad» y que sirve, a su vez, de fundamento de las exigencias (imputabilidad, conciencia de la antijuridicidad y exigibilidad) que comportan la culpabilidad en sentido formal. *Vid.*, por todos SANZ MORÁN, A., «El concepto material de culpabilidad. Un balance», en L. H. LUZÓN PEÑA, vol. I, Madrid (Reus), 2020, pp. 1087 ss. y, especialmente, p. 1101, con indicaciones de las caracterizaciones de diversos penalistas que asumen la idea de la libertad de voluntad como base de la culpabilidad.

³¹ El propio VIVES (2011, p. 836) se hace eco de la posición de Cerezo, como paradigma de las tesis que parten también de la premisa de reconocer la capacidad de autodeterminación conforme a sentido del ser humano, para afirmar que su posición (*scil.*, la de Vives) intenta ir «un poco más allá de lo que Cerezo dice y, en general, de cuanto se ha dicho acerca del principio de culpabilidad». Obviamente, me atrevo a calificar de modesta esta apreciación de Vives, dado que, si bien es cierto que existe una coincidencia en

rico-normativa. Y es que, en efecto, aparte de reiterar que esta concepción no argumenta la idea de la libertad a partir de la filosofía de la acción, cabe aducir que Cerezo reconoce explícitamente que el reproche de la culpabilidad se basa también –aunque sea solo en parte– en la comprobación empírica de la capacidad de obrar de otro modo³².

De hecho, la argumentación de Cerezo comienza discurriendo en la línea de Henkel³³, sobre la base de asegurar que algunos elementos del juicio de culpabilidad sí son susceptibles de comprobación empírica, si bien llegado el momento de sintetizar su concepción, recurre, sin duda, a una doble fundamentación, en sintonía, con la rúbrica antecitada («hacia un concepto empírico-normativo de culpabilidad»), a saber: «la concepción de la culpabilidad como capacidad de obrar de otro modo viene avalada no solo por exigencias normativas (el concepto de hombre que inspira la Constitución), sino también por la concepción del ser humano de la moderna Antropología y la Psicología comparada (*scil.*, de los seres humanos y los animales)»³⁴.

Y algo similar cabe predicar de la concepción de Luzón Peña, quien, al referirse a la culpabilidad como categoría dogmática, confesadamente se inscribe –revisando, por cierto, su primigenia concepción determinista– en el planteamiento de un «fundamento mixto: empírico –sociológico, antropológico y psicológico– y normativo de la libertad humana como base de la culpabilidad»³⁵.

el aspecto básico de asumir la libertad de voluntad del ser humano y de renunciar a la clásica fundamentación basada en el libre albedrío, no es menos cierto que la concepción de Vives comporta –como queda dicho– un cambio total de paradigma, al desplegar su argumentación sobre la libertad en términos de acción y, por tanto, hacer plena abstracción de cualquier ingrediente empírico en la fundamentación del principio de culpabilidad.

³² Es importante señalar que CEREZO (2001, p. 42) admite que, aunque la capacidad de obrar de otro modo solo pueda ser demostrada empíricamente de modo parcial, la culpabilidad debe quedar excluida siempre que pueda comprobarse en el caso concreto la imposibilidad de obrar de otro modo.

³³ *Vid.* HENKEL, H., «Die Selbstbestimmung des Menschen als rechtsphilosophisches Problem», en K. Larenz-FS, München (C. H. Beck) 1973, pp. 23 ss.

³⁴ *Vid.* CEREZO, 2001, pp. 38 ss. (la cita entrecomillada es de p. 41).

³⁵ LUZÓN, 2012, p. 36, quien aclara que, por una parte, «la aceptación en circunstancias normales de la libertad de la voluntad de las personas para decidir y actuar se basa empíricamente de entrada en la conciencia, percepción, experiencia y convicción prácticamente universal de los humanos (...) son capaces y libres para (...) decidir actuar de un modo u otro»; «y por otra parte, y esto es decisivo, todos los ordenamientos jurídicos mínimamente avanzados (...) parten de la libertad de decisión y actuación y de la consiguiente responsabilidad de los seres humanos normales en circunstancias normales» (pp. 37 s.).

¿REVOLUCIONES CIENTÍFICAS EN EL DERECHO PENAL?

FERNANDO MIRÓ LLINARES*

I. A VUELTAS CON LOS GUSANOS Y LAS TRES PALABRAS DEL LEGISLADOR

Desde que Von Kirchmann escribiera aquella mezcla de escarnio y «boutade» de que «por culpa de la ley positiva los juristas se han convertido en gusanos que solo viven de madera podrida», y añadiera también que «tres palabras rectificadoras del legislador y bibliotecas enteras se convierten en papeles inútiles», todo para defender vehementemente su idea de que el Derecho no es una ciencia sino algo inferior a ello¹, seguimos amargamente dándole vueltas al carácter científico de «la dogmática»². No creo que la cuestión sea en

* Catedrático de Derecho penal de la Universidad Miguel Hernández de Elche. El presente trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto Nexo: Criminología, evidencias empíricas y política criminal (Financiado por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad). Quiero aprovechar estas líneas para agradecer muy sinceramente a los organizadores de este libro homenaje su invitación a participar en el mismo. Siento muchísimo aprecio personal por la profesora Corcoy Bidasolo, a quien tengo además en gran consideración intelectual y profesional. He aprendido mucho de ella, de su forma de ver nuestra disciplina, la dogmática penal, la política criminal, y también la Universidad, y espero que este texto le interese y le guste, pues está a ella dedicado.

¹ VON KIRCHMAN, J. H., *La jurisprudencia no es ciencia*, Santiago de Chile (Edisofer), 2018 [1874], p. 267.

² Dice Haba que la crítica de von Kirchmann «no desveló mucho a los juristas». No creo que esté en lo cierto en cuanto a que la dogmática pasara «la denuncia por alto», vistas las numerosas respuestas que se dio a la crítica. En lo que asiste razón a Haba es que los profesionales no se dieron por aludidos, en el sentido de que se han seguido «resolviendo sus problemas igual que antes», y en las universidades continuamos hablando de ciencia jurídica y asumiendo el carácter científico de la disciplina. HABA, E., «Ciencia

absoluto irrelevante, pero sí que se le da excesiva preeminencia a la supuesta científicidad de la dogmática en comparación con el escaso interés dado a otras cuestiones relacionadas, y mucho más importantes, como la del estatus epistemológico en el que se funda nuestro propio saber. Pero, sobre todo, me parece que se exagera la importancia de la conclusión. Sería realmente imprescindible resolver la cuestión de que el Derecho es una ciencia si ello supusiera, por ejemplo, la resolución de la cuestión del método, en el sentido de que implicara la adopción de un sistema mejor de dogmática jurídica. Hoy, que el pluralismo metodológico parece haber desterrado el monismo y que la idea de «El método» está totalmente en desuso, no parece que ello supusiera ningún avance definitivo. También entendería el empeño en el estatus científico del Derecho si ello fuera el único modo de que sus aplicaciones prácticas fueran mejores, pero el perfeccionamiento de las técnicas y su utilidad práctica, y el carácter científico de una disciplina son cosas distintas. Creo que lo que hay detrás del empeño en la científicidad es la cuestión del estatus intelectual de la ciencia, de alcanzar su poder, influencia y éxito, que se dan absolutamente por sentados. Como si el Derecho quisiera sentirse ciencia, indiscutida e indiscutible, y no algo (supuestamente) menor³. Más allá de que no hace falta abrazar escepticismo alguno ni mostrar resultados de sociología de la ciencia para reconocer sus limitaciones y hallar en ella problemas similares y equivalentes en gravedad a los de muchas técnicas, tecnologías y saberes; y más allá también de que el cientismo o algunas formas de él podrían estar convirtiéndose en una nueva forma de religión en la que también hay dogmas más que discutibles⁴; es innegable que la ciencia tiene un prestigio intelectual apenas cuestionado. Pero, como expresó acertadamente Atienza, el presupuesto que hemos asumido de que el valor o la importancia de una actividad se mide por su grado de científicidad, no tendría por qué ser aceptado, primero por las propias dificultades epistemológicas de las que nadie discutiría como «ciencias» y segundo porque existen técnicas como las ingenierías, la medicina o la informática que

Jurídica: ¿Qué ciencia? El derecho como ciencia: una cuestión de métodos», *Revista de Ciencias Jurídicas*, 51, 1984, pp. 13 ss.

³ Sostiene esta idea Haba cuando indica que la cuestión del nombre no es «del todo indiferente» dado que el término ciencia conlleva semánticamente el acento de una valoración positiva, de forma que «decir que el derecho es ciencia configura tal vez otro ejemplo más de esto que Stevansson llama definiciones persuasivas». HABA, E., *Revista de Ciencias Jurídicas*, 51, 1984, p. 14.

⁴ Particularmente interesante al respecto de los dogmas de cierto cientismo materialista, véase SHELDRAKE, R., *El espejismo de la ciencia*, Barcelona (Kairos), 2012.

hacen abundante uso de conocimiento científico y sobre las que no se discute ni su relevancia social ni su prestigio epistemológico⁵.

Por mi parte, cada vez dudo menos de que más preciso que describir la dogmática jurídica como una ciencia es hacerlo como una técnica, compleja, racional y práctica, basada en saberes propios (normativos) y ajenos (de otras técnicas y ciencias), y también que ello no es ni un problema ni supone rebajar el estatus de la disciplina. Tampoco creo que haya que empeñarse, sin embargo, en tal denominación. Comparto muchos de los argumentos de quienes entienden que es más adecuado denominar ciencia al Derecho, particularmente los que se refieren a la idea expresiva de la comunidad de conocimientos. No me parece problemático, por ello, hablar de ciencia jurídica o ciencia del Derecho penal cuando se aceptan sus singularidades y limitaciones, como también las tienen las denominadas ciencias puras. Y solo la voluntad de no generar expectativas que la dogmática no puede, ni tiene, que cumplir, mientras que la ciencia sí debiera, me hace preferir un término a otro. Como ha señalado Haba lo realmente relevante no es cómo se llama a lo que se hace, sino qué se hace y cómo⁶, y lo que sí me parece problemático, en cambio, es forzar analogías con otras disciplinas del saber distintas a la nuestra y pensar que aquello que es válido (o que no lo es) para la ciencia debe, por tanto, serlo, o no, también para el Derecho. Es incuestionable, y así lo he defendido⁷, que el Derecho, en general, y el Derecho penal en particular mejoraría si aprendiera algunas cosas de ciertas ciencias y, sobre todo, si se apoyara mucho más en las mismas para sus actividades y sus métodos. Pero también lo es que la dogmática jurídica tiene singularidades que impiden que todo lo aplicable y atribuible a otras ciencias lo sea a ella y que solo hay que hacerlo cuando sea correcto y necesario hacerlo.

El presente trabajo, resumen de uno mayor que espera ver la luz, aborda esta tendencia a la «cientificación» de la dogmática jurídica y lo centra en la idea de progreso científico y, más en concreto, de revolución científica, como supuesto proceder del cambio en la ciencia y, por extensión, obligado proceder del cambio en la dogmática penal. Mi impresión es que el empeño por la científicidad se concreta aquí en el empeño en buscar y encontrar en la dogmática

⁵ ATIENZA RODRÍGUEZ, M., «La dogmática como tecno praxis», *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria: estudios en homenaje a Jorge Carpizo*, Ciudad de México (Universidad Nacional Autónoma de México), 2015, pp. 169-196.

⁶ Algo que no va a hacerse aquí pero que sí analizan otros autores y en particular el citado HABA, E., *Revista de Ciencias Jurídicas*, 51, 1984, p. 15.

⁷ MIRÓ LLINARES, F., «Hechos en tierra de normas: Una introducción epistemológica a la relevancia de la realidad fáctica en el Derecho penal», Suárez López, J. M. et al. (coord.), *Estudios jurídico penales y criminológicos en homenaje a Lorenzo Morillas Cueva*, Madrid (Dykinson), 2018, pp. 451-473.

penal el mismo devenir de algunas ciencias tal y como ha sido caracterizado, no sin críticas, por un filósofo de la ciencia. Lo que me preocupa es que, con ello, no acabemos por desenfocar el auténtico sentido de nuestra propia disciplina; y lo que me interesa es continuar las reflexiones sobre los propósitos y procederes de la misma.

II. SOBRE «PROGRESO CIENTÍFICO» Y DOGMÁTICA PENAL

La idea de que la ciencia es una actividad sujeta a una lógica de evolución acumulativa de hallazgos encontrados por generaciones de investigadores se asienta cuando empiristas clásicos como Bacon, o racionalistas como Descartes, añaden otra idea: la de que el descubrimiento de nuevas verdades está ligado al uso de métodos de investigación específicos. Estas tesis sobre el carácter procesual del conocimiento humano y acumulativas de la actividad científica, consolidadas en el siglo XIX con el programa positivista de la ciencia de Comte, es replanteada en el siglo XX, cuando los filósofos, especialmente aquellos de trasfondo analítico, aplicaron la lógica moderna al análisis de las estructuras de las teorías científicas para valorar su real o aparente carácter evolutivo. Entre los más relevantes, el falsacionismo de Popper⁸, la explicación de Kuhn de las revoluciones científicas (1962) o la tesis de Feyerabend sobre la variabilidad de significado (1962, 1977) coincidían en la idea de que la ciencia no evoluciona simplemente acumulando nuevas verdades. En otros términos, los cambios de teoría no son acumulativos ni continuos, sino que más bien los resultados anteriores serán rechazados o reinterpretados por las nuevas teorías y marcos conceptuales⁹.

¿Cómo cuadra ello con la evolución del saber científico penal? ¿Con un saber determinado por normas positivizadas que van cambiando a lo largo del tiempo? Si concretamos las preguntas y nos planteamos si ha progresado la dogmática penal, en el sentido de evolución o de mejora y la concretamos en alguna institución particular la respuesta solo inicialmente parece más sencilla. ¿Ha progresado el debate dogmático sobre la función de la pena? ¿Lo ha hecho

⁸ Véanse: POPPER, K., *The logic of Scientific Discovery*, New York (Basic Books), 1959; POPPER, K., *Conjeturas y refutaciones: el desarrollo del conocimiento científico*, 2.ª edición, Barcelona (Paidós), 1963; POPPER, K., *Conocimiento objetivo: un enfoque evolucionista*, 5.ª edición, Madrid (Tecnos), 2007 [1972].

⁹ NISBET, R., *History of the Idea of Progress*, New York (Basic Books), 1980, explica que, si bien es cierto que el destino resulta en apariencia similar, el punto de partida sobre la noción de «progreso» entre Popper y Kuhn difiere. Mientras que Popper afirma que las teorías consecutivas pueden acercarse progresivamente a los investigadores a la verdad, Kuhn entendió el progreso únicamente en términos de la capacidad de las teorías para la resolución de problemas específicos.

la teoría del delito? Intuitivamente diríamos que sí, llevamos demasiados años de comunidad científica como para que no lo hayamos hecho. Pero también intuitivamente tenemos la percepción de que, en el fondo, los cambios no han sido tantos, de que estamos muy cerca del sitio en el que estábamos y que los debates y soluciones siguen siendo los mismos revestidos de evoluciones nominales y matices más o menos relevantes. Si nos cuestionamos por la idea de progreso desde la perspectiva de los objetivos o función de la dogmática penal, podríamos, en primer lugar, admitir con Gimbernat que hemos servido al progreso democrático al ser un sistema de garantía frente a la inseguridad jurídica y los excesos del poder¹⁰. Pero también habría argumentos para poner en duda el progreso especialmente en los últimos años de crecimiento exacerbado de la dogmática y, también, de la intervención del sistema penal. Nos quejamos, creo que con razón, de que cada vez más los operadores a los que nos dirigimos, los jueces, nos tienen menos en cuenta y son ajenos a nuestros desarrollos y nuestro supuesto progreso, y la otra función dogmática, la crítica, cada vez parece más cercana al ideal que al logro real, pues el otro operador que nos debiera importar, el legislador, cada vez parece más ajeno a nuestro proceder dogmático. ¿Implica todo ello fracaso? ¿Es ese fracaso atribuible a la dogmática por no haber sido capaz de influir como «ciencia» en la legislación y en los tribunales? ¿Que los debates dogmáticos giren en torno a lo mismo implica estancamiento? ¿Es esto algo malo? ¿Supone esto que no somos un saber que pueda o deba evolucionar? ¿O más bien manifiesta que, en nuestro ámbito, el progreso o evolución se produce en un sentido distinto a otras disciplinas científicas?

Hay que comenzar por reconocer que la idea de progreso, tanto cuando se aplica a una ciencia como a una técnica, conlleva implícita una concepción evolutiva y una visión de mejora continua que es enormemente problemática y que de hecho ha sido y es muy discutida por la filosofía. Desde Benjamin se ponen en duda la equivalencia absoluta entre progreso y mejora¹¹. En cuanto a la idea concreta de progreso científico ya hemos adelantado que la idea de un proceso simple de evolución lineal y gradual de teorías que son sustituidas por otras a partir de la verificación de sus premisas o de su refutación, también se

¹⁰ «Un instrumento imprescindible para mantener el Derecho penal bajo control, para que la pena no llegue más lejos de donde el legislador se ha propuesto que llegue, para crear leyes penales presididas por la calculabilidad y la seguridad jurídica»; GIMBERNAT, E., *¿Tiene un futuro la dogmática juridicopenal?*, Lima (Ara), 2009.

¹¹ Para BENJAMIN, W., *Sobre el concepto de historia y otros ensayos*, Madrid (Alianza), 2005 [1942], el progreso en sus diferentes acepciones (avance, desarrollo, evolución, civilización, entre otros) alberga siempre una segunda dimensión diametralmente opuesta (a saber: retroceso, subdesarrollo, involución, incivilizado, etc.).

entiende «superada» en la actualidad debido especialmente al impacto de la obra de Kuhn¹². El físico y filósofo americano Kuhn adoptó el concepto de paradigma científico para describir ideas o realizaciones científicas universalmente reconocidas por encima de otras que, durante cierto tiempo, proporcionan modelos de problemas y soluciones a una comunidad científica¹³ y para considerar que la ciencia no progresaba de forma gradual o acumulativa sino a través de saltos o revoluciones científicas en las que un paradigma antiguo es cambiado en todo o parte por otro ante la percepción de que ha dejado de funcionar. Pero eso sí, y esto es importante, para Kuhn la revolución no deriva normalmente, desde luego no necesariamente, de un perfeccionamiento del saber, de un refinamiento de la comunidad científica, sino de un cambio de la concepción o de los problemas y sus normas¹⁴. Kuhn, adopta un enfoque historicista conforme al cual la ciencia se desarrolla conforme a las siguientes fases: establecimiento de un paradigma; consolidación de la «ciencia normal» y progreso de la misma a partir de él; aparición de fenómenos inexplicables o anomalías que causan una crisis que desemboca en una revolución científica en torno al establecimiento de un nuevo paradigma; y vuelta a empezar.

Para Kuhn, pues, las revoluciones son episodios particularmente significativos y razonablemente raros en la historia de la ciencia, puesto que los paradigmas y sus teorías no son cuestionados y no cambian en los extensos períodos de ciencia normal, sino que son puestos en duda y reemplazados en los episodios de ciencia revolucionaria, que es cuando y como se produce el progreso y el cambio científico. ¿Es así como ha evolucionado la dogmática penal?

III. ¿REVOLUCIONES CIENTÍFICAS EN EL DERECHO PENAL?

La adopción de una visión historicista de la evolución de la dogmática penal desde su aparición (que habría que discutir cuál es) hasta la actualidad, requeriría mucho más de lo posible en estas páginas. Pero un vistazo rápido a su curso nos podría hacer pensar que el desarrollo del mismo responde al anteriormente citado esquema de «paradigma, consolidación, aparición de anomalías, crisis, revolución». De hecho algún autor lo ha planteado así, sobre todo para explicar cambios en la evolución de la Teoría del delito. Pérez Arroyo entiende como revolución científica el paso «del Derecho penal de dogma

¹² KUHN, T. S., *La estructura de las revoluciones científicas*, 8.ª edición, Ciudad de México (Fondo de Cultura Económica), 2004 [1962].

¹³ KUHN, T. S., 2004.

¹⁴ KUHN, T. S., 2004.

causal al de base subjetiva y de acción final, y de este al funcionalismo y la imputación objetiva, atribuyendo esta revuelta dogmática a Roxin, Jakobs y sobre la base de Larenz¹⁵; Bacigalupo Zapater sostiene que la introducción del pensamiento de Von Liszt en España implicó un cambio «del paradigma científico de la ciencia jurídico-penal»¹⁶, y algunos autores han sido más explícitos a la hora de plantear la existencia de revoluciones científicas en el Derecho penal. El primero de ellos fue Pérez Alonso, quien en «las revoluciones científicas del Derecho penal», entiende que son cinco las revoluciones científicas¹⁷ que se han ido sucediendo «dialécticamente» desde finales del siglo pasado hasta la actualidad: la teoría de las normas de Binding en primer lugar; el positivismo penal de Von Liszt, en el que Pérez Alonso sitúa también al Neokantismo como teoría complementaria; el finalismo de Welzel, que Pérez Alonso describe más que como una revolución como una vuelta al (y modernización del) idealismo y al imperativismo de Binding; el normativismo de Roxin, que representa en cierto modo como una vuelta a Von Liszt¹⁸; y la quinta revolución científica del Derecho penal, la del funcionalismo sociológico normativo de Jakobs que, después de describir todo lo que modifica a nivel de método y objeto, define como una vuelta a los orígenes¹⁹.

Más recientemente Solari Merlo considera que ha habido revoluciones científicas del Derecho penal en el sentido «Khuntiano» en cuanto que suponen cambios completos «en la forma de entender la cuestión criminal, el delito, la pena y los fines mismos del castigo»²⁰. Concretamente serían, según la autora, tres las revoluciones científicas: la que se produce con la ilustración y el nacimiento del Derecho penal liberal, en la que Beccaria sería el exponente máximo; la segunda revolución derivada del proceso de industrialización, el ideal de progreso basado en los avances científicos y el auge del positivismo,

¹⁵ PÉREZ-ARROYO, M. R., «La funcionalización del Derecho penal, políticas criminales de flexibilización y relativización de garantías dogmático penal», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 51, 1999.

¹⁶ BACIGALUPO ZAPATER, E., «La recepción de la dogmática penal alemana en España y Latinoamérica», *Indret*, 2, 2019.

¹⁷ Crítico con ello, ORTIZ DE URBINA, I., *La excusa del positivismo*, Madrid (Thomson Civitas), 2007, p. 152 (nota 146): «nada menos que cinco revoluciones científicas desde finales del siglo XIX, entre los que incluye el paso al sistema funcional roxiniano».

¹⁸ Sobre la unión y separación de los modelos de Von Liszt y Roxin ha escrito recientemente varios trabajos DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *La racionalidad de las leyes penales*, Madrid (Trotta), 2003; DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «La política criminal en las ciencias penales: un análisis crítico de la contribución de Roxin», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 23, 2021.

¹⁹ PÉREZ ALONSO, E. J., «La política criminal en las ciencias penales: un análisis crítico de la contribución de Roxin», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1, 1997.

²⁰ SOLARI MERLO, M., «Los paradigmas del derecho penal: el progreso de la ciencia a través de las revoluciones científicas», *Revista Derecho Penal y Criminología*, XLI, 2020, pp. 91-118.

que lleva tanto al positivismo jurídico de Binding como al positivismo de corte sociológico-naturalista de Von Liszt; y la tercera revolución, cuando el finalismo entra en escena, erigiéndose como «la propuesta alternativa más completa para superar el neokantismo». Según Solari Merlo tras esto habría acontecido una posrevolución que no llega a revolución con un «panorama caleidoscópico» de opciones dogmáticas que no han dado lugar a acuerdos completos²¹. Y vendría ahora una última revolución ocasionada por los avances científicos y tecnológicos que se vienen produciendo desde finales del siglo pasado, que, sin embargo, no habría producido ninguna revolución metodológica respecto al papel que el Derecho penal está llamado a desempeñar la sociedad actual²².

No solo unen a estos autores algunos de los periodos que consideran revolucionarios (aunque les separan claramente otros), sino también que ambos utilizan el término revolución científica refiriéndose a Kuhn, pero, quizás, no asumiendo por completo un sentido Kuhniano fuerte del término. Así, Pérez Alonso defiende la idea de que el Derecho penal ha sufrido cinco revoluciones científicas, a la vez que reconoce que tales supuestos cambios de paradigma giran en torno a algunos entendimientos básicos que han ido coexistiendo, aunque intercambiándose, de algún modo, el dominio de la disciplina.²³ Por su parte Solari Merlo señala expresamente que en materia jurídica «no es posible afirmar que las revoluciones se produzcan de un modo tan drástico», en el sentido de que los grandes hitos que marcan el progreso de la disciplina no suponen un completo abandono del modelo hasta entonces sostenido, pero sí tienen la suficiente relevancia como para marcar un importante avance en la ciencia del Derecho penal²⁴. Lo que, según Solari, define el avance en la ciencia del Derecho penal es el grado de aceptación de las teorías dentro de la comunidad²⁵, pero no que el lenguaje se imponga o, como sostenía Kuhn, que cambie por completo y sea imposible conversar con los nuevos hallazgos.

¿Es posible, entonces, hablar de revoluciones científicas cuando hablamos de la evolución de la dogmática penal? ¿Es necesario hacerlo? Lo primero que habría que destacar es que hoy en día la teoría «de los paradigmas y las revoluciones científicas» de Kuhn es también criticada y contestada. En particular, y a los efectos que nos interesa, está en duda su idea de cambio científico y cada vez se impone más una consideración más realista del progreso

²¹ SOLARI MERLO, M., *Revista Derecho Penal y Criminología*, XLI, 2020.

²² SOLARI MERLO, M., *Revista Derecho Penal y Criminología*, XLI, 2020.

²³ PÉREZ ALONSO, E. J., *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1, 1997.

²⁴ SOLARI MERLO, M., *Revista Derecho Penal y Criminología*, XLI, 2020.

²⁵ SOLARI MERLO, M., *Revista Derecho Penal y Criminología*, XLI, 2020.

científico conforme a la cual las revisiones significativas de la ciencia son mucho más comunes de lo que Kuhn justifica y, en consecuencia, menos trascendentales de lo que supone²⁶; además de que los períodos de ciencia «normal» también parecen susceptibles de experimentar cambios. Pero, además, hay que reconocer que quizás esta teoría del progreso o evolución científica, o cualquier otra, no pueda extrapolarse a una rama del saber como la dogmática del Derecho penal. Esto ya lo puso de manifiesto Aebi²⁷ para la Criminología, al referirse a las críticas de Baratta de la teoría del etiquetamiento apoyándose en la idea de revolución científica²⁸. Recuerda Aebi que «la transposición de las ideas de Kuhn a las ciencias sociales resulta problemática», porque cuando Kuhn habla de revolución se refiere a un cambio, al reemplazo de un paradigma por otro, y solo en raras circunstancias pueden convivir dos paradigmas, como si la física de Newton pudiera ser considerada superior a la de Einstein; en cambio, en las ciencias sociales la situación es completamente distinta puesto que los paradigmas no suelen reemplazarse sino adicionarse, en algunos casos corregirse y complementarse.

En realidad, la dogmática penal no puede evolucionar como lo suele hacer una ciencia social, tenga razón Kuhn o no, por dos motivos fundamentales: el primero, que la disciplina es dependiente de normas jurídicas del sistema, o, al menos, se relaciona íntimamente con ellas, pues esto es incluso aceptado por aquellos que consideren que el sistema va más allá del «derecho positivo» pero se ven obligados por este²⁹. El segundo, es que como disciplina que se ocupa de un sistema normativo (aunque positivizado y relacionado con una realidad fáctica) su evolución no depende tanto de la evolución de los métodos y la tecnología, que pueden ser perfeccionados pero no «revolucionados», como de la comprensión de los nuevos objetos y realidades bajo los esquemas de siempre. El desarrollo y progreso de la dogmática diverge, pues, del de las ciencias empíricas y se asemeja mucho más al de otros saberes como la ética o la filosofía, donde la acumulación de saber y el, a mi parecer indiscutible, progreso, se produce por medio de un continuo «volver» a lo que ya fue planteado.

²⁶ Véase, por todos, TOULMIN, S., *The Philosophy of Science: An Introduction*, London (Hutchinson's University Library), 1953.

²⁷ AEBI, M., «Crítica de la criminología crítica», *Serta in Memoriam Alexandri Baratta*, Salamanca (Ediciones Universidad de Salamanca), 2004, p. 45 ss.

²⁸ En sentido similar ORTIZ DE URBINA, I., 2007, p. 152, habla de «abuso de la terminología Kuhniana habitual en las disciplinas sociales, justo allí donde menos apropiado es hacerlo».

²⁹ Así, claramente, ATIENZA RODRÍGUEZ, M., 2015, p. 177, quien recuerda que el cultivador de la dogmática jurídica «tiene que someterse a la autoridad del derecho (de la Constitución, de las leyes, de la jurisprudencia) que establece límites que (en cuanto dogmático) le son infranqueables».

IV. APUNTES PARA UNAS FUTURAS CONCLUSIONES

En lo que sigue voy a apuntar dos planteamientos fundamentales referidos al proceder evolutivo de la dogmática penal que serán completados en otro lugar. El primero, que en la dogmática penal conviven en el tiempo los paradigmas, entendidos en un sentido no tan fuerte como el Kuhniano, pero sí como un «conjunto de creencias, problemas y soluciones que guían el trabajo de una comunidad». El segundo, que la dogmática es metodológicamente mucho más estática o estable (en un sentido interno)³⁰ que otros saberes y que en ella el movimiento, desarrollo o progreso se produce en forma de adaptación de esquemas y principios estables a situaciones y problemas nuevos especialmente a partir de modificaciones de la legislación o la jurisprudencia; adaptación que, eso sí, puede ser más o menos pronunciada y puede afectar más o menos al sistema.

En cuanto a lo primero, a la idea de que en la dogmática penal los paradigmas, entendidos como creencias, problemas y soluciones de la comunidad científica, conviven en el tiempo, creo que cualquier análisis de las escuelas de pensamiento penal lo muestra. De hecho, es reconocido implícitamente por los autores que hablan de revoluciones científicas. Esto no supone negar que en distintas etapas ha habido algunas posiciones dominantes, incluso posicionamientos aparentemente únicos, pero casi siempre son varias las tesis convivientes sobre métodos, problemas y soluciones a los mismos. Y, ¿realmente es necesario denominar revolución científica al uso de un sistema del delito frente a otro? Para Kuhn una revolución supone que se abandona una estructura de pensamiento determinada reemplazándola por otra que es incompatible con la anterior, y lo cierto es que la comunidad científica dedicada al Derecho penal más bien de lo que ha tratado históricamente es de compatibilizar marcos teóricos que de declararlos incompatibles. En cuanto al progreso, habría que huir de este supuesto esquema de revolución del saber científico, de superación de métodos y acumulación de conocimientos y acercarnos más a una reflexión sobre el progreso de la dogmática analizando (también empíricamente) el impacto que la disciplina ha tenido sobre la base de sus propósitos pretendidos que son claros y meridianos. Quizás, incluso, podríamos centrarnos más en analizar cuál ha sido el éxito de los distintos lenguajes dogmáticos que han convivido y lo siguen haciendo en el tiempo en relación con los objetivos de la dogmática penal. Ahí sí podríamos encontrar, por ejemplo, cómo la imputa-

³⁰ Excepto en la parte de la comparación con otros saberes, se expresa en sentido similar ORTIZ DE URBINA, I., 2007, p. 152, cuando señala que «si se prescinde de la retórica, lo cierto es que la distancia entre la dogmática anterior y la actual no es tan grande».

ción objetiva parece haberse impuesto como modelo de lenguaje del sistema del delito usado por los operadores jurídicos, y la tesis de la representación del dolo ha vencido a la del consentimiento, y desde ahí discutir y reflexionar en qué medida eso puede considerarse o no un avance.

Lo anterior se relaciona con el segundo planteamiento, la idea de que la dogmática penal es esencialmente estática y estable en su evolución metodológica y sistemática y se desarrolla más por medio de adaptación (a las nuevas normas positivizadas, a las nuevas percepciones morales sociales, etc.) que de revolución o cambio de paradigma interno. Con ello no quiero decir que no haya cambios en la dogmática, que no haya posiciones que se desechen o nuevos planteamientos disruptores en el seno de la disciplina. Todo ello lo hay, pero las posiciones fundamentales, en un sistema que sigue anclado fundamentalmente en el principalismo ético de los juicios sintéticos a priori o en la consideración de que existen hechos morales objetivos que pueden ser conocidos, suelen ir y venir, suelen estar en planos de discusión ética como vectores del debate a los que siempre se vuelve³¹. Lo que más cambia la dogmática, en realidad, y puede llegar a obligarla a una revolución o algo similar, es su objeto positivizado, por lo que su evolución se origina de la necesidad de adaptación al mismo que, a la vez, se suele producir sin que los entendimientos y métodos fundamentales de la disciplina cambien demasiado. La dogmática, pues, parece mucho más estática que otras técnicas y ciencias porque debe serlo. Desde su entendimiento de lo que es el Derecho, permeable a los cambios legislativos, evoluciona adaptándose a la realidad empírica y normativa cambiante, pero también tratando de que no los excedan. Por eso si la dogmática vive aislada y es poco permeable a la realidad, a los cambios de paradigmas de la sociedad, le costará comprender los nuevos significados sociales y adaptarse a ellos. La estaticidad dogmática tiene una parte positiva (en forma de neutralidad, al menos aparente, y de capacidad de resistencia)³² y otra negativa, en forma de aislacionismo. El progreso de la disciplina, por tanto, se produciría en esa dialéctica entre avanzar adaptándose y mantener su esencia como técnica de limitación normativa.

Lo que es cierto, en todo caso, es que no es necesaria revolución alguna para progresar, y tampoco para hacerlo sobre hombros de gigantes.

³¹ Es posible que, de acuerdo con el planteamiento general de Kuhn no podamos hablar de cambios efectivos de paradigma en la medida en la que no se ha presenciado una situación genuina de incommensurabilidad entre modelos de Derecho Penal. Para Kuhn esto es sintomático de lo que describe como una ciencia inmadura, de período «pre-paradigma» o carente de consenso, y que es el resultado de la existencia de escuelas de pensamiento en competencia que poseen diferentes procedimientos, teorías e incluso presuposiciones metafísicas. En este supuesto, Kuhn considera que hay pocas oportunidades para el progreso colectivo.

³² CALSAMIGLIA, A., *Introducción a la Ciencia Jurídica*, Madrid (Ariel), 1986.

INTENTOS DE EXTRAER DINERO DE UN CAJERO SIN TENER LA CLAVE: EL PROBLEMA DEL DOLO DIRECTO CON BAJA PROBABILIDAD Y SU TRASCENDENCIA PARA LA DOGMÁTICA DEL DOLO Y LA IMPRUDENCIA

PROF. DR. FERNANDO MOLINA FERNÁNDEZ*

I. LA ASIMETRÍA ENTRE DOLO E IMPRUDENCIA

Dolo e imprudencia son las dos modalidades de imputación subjetiva del delito. Al tratarse de dos modalidades de una única categoría, sería de esperar que presentasen una estructura básica compartida, pero, al compararlas, inmediatamente se detectan algunas asimetrías que podrían calificarse, cuando menos, de chocantes. En este texto, dedicado a Mirentxu Corcoy, cuyo ejemplar trabajo académico se ha orientado en buena medida a desentrañar la estructura del delito imprudente y su distinción del doloso, me centraré sólo en una, qui-

* Catedrático de Derecho penal. Universidad Autónoma de Madrid.

¹ Pero hay otras que pueden resultar también muy chocantes. En particular, es muy destacable la que se refiere a la ausencia de un verdadero tipo subjetivo en la imprudencia en la posición mayoritaria surgida del finalismo, cuestión que ha sido acertadamente destacada por muchos autores, y que lleva a algunos, entre otros nuestra homenajeadada –CORCOY BIDASOLO, M., El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado. Barcelona (PPU), 1989, pp. 145 ss–, a requerir para la tipicidad del hecho imprudente la infracción de un deber subjetivo de cuidado. Crítico, sin embargo, entre otros, HIRSCH, J., «Sobre lo injusto del delito imprudente», UNED, Revista de Derecho Penal y Criminología, 2.ª Época, núm 16 (2005), pp. 217 ss.; GIL GIL, A., «Acción, norma, injusto y delito imprudente», Icade. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales, núm. 74, mayo-agosto 2008, pp. 102 ss. Un análisis de esta asimetría, con referencias adicionales, puede verse en MOLINA FERNÁNDEZ, F., Antijuridicidad penal y sistema del delito, Barcelona (JMBosch), 2000, pp. 471 ss. y esp. 718 ss.-

zás la que produzca mayor perplejidad¹, para intentar mostrar que el sistema actual, basado en una aguda distinción de dolo e imprudencia, que da lugar a dos teorías paralelas, no es adecuado.

La asimetría que quiero destacar se da en la propia estructura de ambas categorías.

Que la *imprudencia* es una categoría *gradual*, que puede ser más o menos grave, no se ha discutido nunca. Hay clasificaciones con más o menos elementos –grave y leve; grave, menos grave y leve; gravísima, grave, media, leve y levísima, etc.–, porque cualquier número de escalones es posible, pero siempre se ha admitido que la acción imprudente puede serlo más o menos. La ley, la doctrina y la jurisprudencia extraen consecuencias de ello y establecen un sistema también gradual de responsabilidad.

Frente a ello, el *dolo* se concibe en la ley, la jurisprudencia y la doctrina como una categoría *plana*. Es cierto que teóricamente se distinguen tres modalidades, pero, a diferencia del delito imprudente, aquí las tres tienen un mismo efecto y reciben la misma pena: el dolo se define de modo unitario; no hay más o menos dolo². Aunque los términos utilizados parecerían, a priori, hacer referencia a una graduación (dolo de primer grado; dolo de segundo grado), e incluso es habitual considerar al de primer grado como el prototipo del hecho doloso, lo cierto es que, salvo excepciones (algunos delitos contienen elementos subjetivos que parecen apuntar sólo a alguna de las modalidades de dolo³; otros parecen excluir el eventual; se discute si la tentativa excluye esta figura), en general se parte de la sustancial unidad del hecho doloso, lo que incluso favorece tesis partidarias de abolir la distinción⁴.

Pero, ¿por qué es preocupante esta asimetría? De un lado, es inusual. Las restantes categorías de la imputación subjetiva son graduales, y lo son en toda su extensión, no graduales en un tramo y planas en otro. Así, la imputabilidad se mueve entre la plena responsabilidad y la completa inimputabilidad, y en el medio tenemos tantos escalones como la realidad permita, escalones que la ley y la jurisprudencia reconocen con un sistema bien estructurado que va desde la

² Algunas construcciones teóricas se definen expresamente como teorías *unitarias* del dolo. Así, por ejemplo, DÍAZ PITA, M. M., *El dolo eventual*. Valencia (Tirant lo Blanch), 1994, pp. 290 ss. Igualmente, insiste en esta idea LAURENZO COPELLO, P., *Dolo y conocimiento*, Valencia (Tirant lo Blanch), 1999, pp. 183 ss.: «De un modo u otro se llega pues a la búsqueda de una esencia unitaria para todas las conductas dolosas» (cit. pp. 183-184).

³ Un estudio detallado de las expresiones de la parte especial referidas al dolo, tanto relativas al conocimiento como a la voluntad, puede verse en SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, M. *Dolo e imprudencia en el Código penal español. Análisis legal y jurisprudencial*, Valencia (Tirant lo Blanc), 2007, pp. 341 y ss.

⁴ RAGUÉS I VALLÉS, R., *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Bogotá (JMBosch/Univ. Externado), 2002, pp 177 ss., con referencias adicionales.

eximente completa, pasando por la incompleta, las atenuantes cualificadas y atenuantes ordinarias, hasta la plena responsabilidad. Y con la exigibilidad pasa otro tanto.

Pero con los elementos ligados al *conocimiento* el panorama es completamente distinto: por un lado, se admite la gradualidad en una de las modalidades, la imprudencia, pero no en la otra, el dolo; por otro, tampoco se admite, mayoritariamente, la gradualidad entre ellas, pese a que, en su reverso, el error, el elemento diferenciador es la vencibilidad, que es nítidamente gradual.

Resultaría así que la imputación subjetiva se vincula en todas partes a propiedades graduales, menos en el dolo. ¿Por qué?

Como el conocimiento, que está en la base del dolo, es también una magnitud gradual (se conoce la probabilidad de lesión, y ésta es progresiva), la única explicación plausible para esta ‘anomalía’ es que aquí intervenga, con peso decisivo, un factor no gradual, que permita explicar por qué las tres modalidades de dolo deberían tener igual estatus, y a la vez por qué el dolo no sería un *plus* respecto de la imprudencia, sino, supuestamente, un *aliud*⁵.

Prescindiendo ahora de los detalles, la doctrina ofrece dos respuestas a esta cuestión:

- la tradicional, y todavía hoy la más extendida, cifra la diferencia en un elemento singular, la *voluntad*, que se sumaría al conocimiento;
- la alternativa, minoritaria pero creciente, niega la presencia de un elemento volitivo autónomo, pero a la vez interpreta que es posible identificar un momento en el que el conocimiento produce un salto cualitativo, que permite la imputación a título de dolo, momento que normalmente se identifica con el conocimiento del peligro *concreto* de la acción.

Pese a su aparente diferencia, extremada a veces por sus respectivos defensores, lo cierto es que al final son dos soluciones prácticamente indistinguibles⁶. Ambas configuran el dolo como una categoría plana, en el sentido antes

⁵ Aunque en la doctrina hay algunas tesis que consideran que dolo e imprudencia no son *aliud*, son pocas las que dan el salto y admiten continuidad entre ellas, y a la vez no concibe el dolo como una categoría plana. Jakobs resume muy bien la tesis mayoritaria: «el camino hacia la imprudencia desde el dolo pasando por la imprudencia consciente es intransitable» – JAKOBS, G., «El delito imprudente», en *Estudios de Derecho penal*. Madrid (Civitas), 1997, cit p. 171. En términos muy similares, MARINUCCI, G.: «dolo y culpa son, el uno respecto a la otra, un *aliud*, siendo estructuralmente diversos, de forma irreductible» –CPC, 1992, cit. p. 144. Ambas afirmaciones son, cuando menos, sorprendentes, si se repara en que, al tipificar los delitos de peligro, este tránsito, que Jakobs considera imposible, se hace sin problema alguno, aunque se disimule considerando que el delito de peligro es ‘doloso’

⁶ Así, muy claramente, ROXIN, C./GRECO, L., *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*. 5.ª ed. Munich (C. H. Beck), 2020, pp. 566 y s. También HAVA GARCÍA, E., «Dolo eventual y culpa consciente: Criterios diferenciadores», p. 143.

descrito, y ambas tratan de encontrar un mismo elemento diferencial para justificar la asunción, adoptada a priori, de que hay algo esencialmente distinto en el dolo. Pero los contenidos son virtualmente idénticos, porque el margen para identificar un elemento autónomo es ciertamente muy reducido, así que la diferencia acaba siendo formal: las primeras identifican dicho elemento fuera del conocimiento, en un elemento autónomo, y las segundas dentro, pero su naturaleza no cambia. En ambos casos parece confiarse la posibilidad de una distinción a descripciones de la representación del autor más o menos ingeniosas, pero que apenas pueden ocultar el vacío que hay debajo: aceptar, tomar en serio, asumir, conformarse con, decidirse por, mostrarse indiferente, etc.⁷

Que ambas soluciones son inadecuadas, y que este problema requiere hace demasiado tiempo un cambio de paradigma, se puede percibir muy bien en un caso que siempre ha sido incómodo para la teoría del delito: el de las acciones realizadas con intención lesiva (dolo directo) pero mediante una acción que, conocidamente, sólo presenta una probabilidad muy baja de lesión, una escasa peligrosidad.

El ejemplo de referencia en el debate es el bien conocido caso *Thyren*: el sujeto inexperto que, con intención homicida, dispara a otro con un arma a una distancia en la que incluso un excelente tirador difícilmente acertaría, y mucho menos alguien con escasas habilidades, como él, pero, azarosamente, acierta.

El caso *Thyren* vale, desde luego, pero tiene algunas desventajas para el análisis. La principal es la dificultad para realizar una evaluación del peligro (que pertenece al núcleo del problema) ajustada, lo que a su vez tiene una doble explicación: la variabilidad del caso, que puede abarcar conductas con peligros muy diferentes, y, sobre todo, la falta de datos estadísticos.

Frente a ello, hay un caso real muy interesante, que se da en la práctica con alguna frecuencia, y que, atendiendo a las disparejas, contradictorias, y no pocas veces simplemente erróneas respuestas que le da la jurisprudencia, muestra muy bien las dificultades del problema: los intentos de extraer dinero de un cajero con una *tarjeta* encontrada o sustraída de la que no se conoce el PIN, más allá de que consta de 4 cifras.

Las ventajas del caso para el análisis del problema examinado son notorias. La principal es que permite una evaluación del riesgo exacta, igual que

⁷ Referencias detalladas a las distintas caracterizaciones del dolo eventual pueden verse en ROXIN, C./GRECO, L., *AT*, pp. 547 ss; CORCOY BIDASOLO, M., «En el límite entre dolo e imprudencia», *ADPCP* 1985, pp. 961 y ss; RAGUÉS I VALLÉS, R., *El dolo y su prueba*, pp. 53 y ss; PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea del dolo como estado mental. Dolo como concepto objetivo. Dolo e imprudencia: relación y delimitación. Datos psíquicos: relevancia. Prueba del dolo en el proceso penal*. Hammurabi: Buenos Aires, 2010, pp. 228 ss

permite modificarla al alza o a la baja también de manera por completo precisa. Con ello, el problema dogmático se presenta al examinador en toda su pureza, sin velos asociados a nuestros sesgos cognitivos⁸. Es un caso en el que podemos precisar de forma absoluta el referente del elemento cognoscitivo, de lo que el sujeto se representa, y así verificar si las diferentes concepciones del dolo son consistentes. Y la conclusión es que *no lo son*, y no lo son porque no pueden serlo, porque su fundamento es equivocado.

Comencemos por la exposición del caso.

II. EL INTENTO DE EXTRAER DINERO DE CAJEROS SIN CONOCER LA CONTRASEÑA

La propiedad, aunque también otros bienes como la intimidad o incluso la vida, la libertad, etc., se protegen con dispositivos que se limitan a *reducir las probabilidades* de que otro no autorizado pueda lesionarlos. Una contraseña de acceso es exclusivamente eso, una llave ‘cognitiva’, un sistema de protección basado en la drástica reducción de probabilidades. Si se mira bien, cualquier mecanismo de protección funciona reduciendo la probabilidad de lesión, pero el sistema de contraseña tiene la virtud de que es fácil de administrar y favorece el uso selectivo: para el usuario autorizado es fácil lo que para otros se vuelve difícil o casi imposible, dependiendo de la complejidad de la contraseña. Pero nunca es imposible del todo, y además la actividad necesaria para acceder a lo prohibido es muy sencilla: en condiciones normales no depende de habilidad alguna, sino sólo de la fortuna, de acertar la clave.

Seguramente, la mayor parte de los casos en los que alguien intenta acceder de forma no autorizada a un sistema o dispositivo ajeno dotado de contraseña no llegan nunca a los tribunales, pero algunos sí lo han hecho gracias a la proliferación de cámaras en espacios públicos, así como a las huellas en los metadatos que puede dejar el intruso en los casos de intento de acceso a sistemas informáticos. En el caso de los cajeros, la dinámica es siempre parecida: alguien obtiene, por sustracción o por haberla encontrado, una tarjeta de crédito ajena que da acceso, entre otras cosas, a un cajero, y trata de extraer dinero probando aleatoriamente una clave de 4 dígitos.

⁸ Y que en esta materia los hay, lo muestra el muy interesante trabajo de PÉREZ MANZANO, M., «Algunos datos empíricos sobre la atribución de estados mentales: ¿fracaso del principio de responsabilidad subjetiva o del concepto de dolo?», en De Vicente et al. (Eds.), *Libro Homenaje al profesor Luis Arroyo Zapatero. Un Derecho penal humanista*, vol. I, pp. 553-574.

Los *tribunales* han resuelto estos casos de dos formas, totalmente *contradictorias* entre sí. Como la prueba de los hechos no ofrece problemas, la contradicción muestra de la manera más plástica el problema jurídico:

– La primera solución, quizás la más frecuente, considera que la tentativa no es punible por su completa *inidoneidad*. Así, se afirma, por ejemplo, que «la posibilidad de acceder al código sin utilizar complejos procedimientos informáticos para el descifrado de la banda magnética resulta (...) práctica y objetivamente *imposible*, (...), es tan mínima que puede considerarse despreciable y prácticamente *irrealizable* (...), por lo que no cabe otra cosa que admitir que carecían objetivamente de cualquier posibilidad real de obtener un reintegro económico»⁹; o que los actos no tienen el mínimo de peligrosidad suficiente y es imposible acertar, salvo que «la diosa fortuna se hubiera puesto de su parte» por lo que la acción «ni siquiera supone un mínimo avance en el *iter criminis*»¹⁰; o, en fin, que «las posibilidades de acierto son ínfimas ante las combinaciones multimillonarias que se presentan, « por lo que «el medio empleado revela una *inidoneidad absoluta* en la relación de medio a fin y, por tanto, no resulta punible»¹¹.

– La segunda solución, por el contrario, entiende que la tentativa es idónea, aunque la probabilidad sea baja. Así, se afirma: «la tentativa no es absolutamente inidónea pues, aun cuando el cálculo de probabilidades de acertar con el número secreto es reducido, no es imposible, incluso cabe la posibilidad de realizar varios intentos, lo que nos permite afirmar que la tentativa es, desde un punto de vista objetivo y material, *posible*. Aunque pequeño, el acusado *crea con su actuación un riesgo* sobre el bien jurídico protegido, la propiedad ajena, que reclama una respuesta punitiva»¹².

En algunos casos esta conclusión se ve reforzada por la existencia de datos que podrían aumentar la probabilidad de acertar. Así, se afirma: «la tentativa no es absolutamente inidónea, pues, aun cuando el cálculo de probabilidades de acertar con el número secreto es reducido, *no es imposible*, pues disponían de datos que objetivamente podían utilizar como es el D. N. I. del titular de las tarjetas, ya que en la cartera apropiada se encontraban además de las tarjetas, otros documentos de identificación, como el permiso de conducir» por lo que «las alternativas para introducir la clave podían to-

⁹ SAP Asturias 18-7-2002; similar, ya previamente, SAP Barcelona 1-6-2000.

¹⁰ SAP Las Palmas 28-9-2021.

¹¹ SAP Cádiz 5-6-2007; similar, SAP Valencia 29-4-2010, que cita otras en igual sentido.

¹² SAP Barcelona 18-12-2006; similar, SAP Zaragoza 12-4-2010.

marlas de tales documentos» (...) toda vez que es de dominio común que los números secretos, gran parte de los usuarios utiliza tales documentos combinados para no olvidar la clave de acceso»¹³; o que «podemos concluir que la conducta de los acusados al dar principio a la ejecución del delito no es subsumible en la inidoneidad absoluta, sí en la relativa, y debe ser penada»¹⁴ (aunque la sentencia no aclara por qué se sigue calificando de inidónea la tentativa, aunque sea relativa).

Las dos posturas llegan a soluciones diametralmente opuestas, y ambas plantean problemas. La primera, aunque en algún caso podría ser adecuada en la conclusión –no punibilidad–, lleva a resultados inasumibles a poco que se la fuerce variando las probabilidades al alza. Pero es que, además, como enseguida veremos, está completamente desenfocada en la argumentación. La segunda no comete ese error, pero, al igual que su opuesta, a poco que se vaya modificando la probabilidad, a la baja en este caso, si se siguen sus postulados coherentemente llevaría a resultados que tampoco son asumibles. Ello muestra el defecto categorial de la teoría del *dolo plano*: sea cual sea la teoría asumida, aboca necesariamente a resultados incorrectos.

Antes de examinar por qué, es necesario hacer un breve análisis de la cuestión técnica

III. LA PROBABILIDAD DE ACERTAR EL PIN AL AZAR

En condiciones ideales, la probabilidad de acertar una contraseña seleccionada al azar es matemáticamente fácil de calcular, y depende de tres factores: el número de ítems de la contraseña; las variables de cada ítem –puede ser dígitos sólo, letras y otros signos, o combinaciones de todo ello–; y el número de intentos disponibles. En las tarjetas ordinarias de cajero la contraseña tiene 4 posiciones, cada una admite 10 variables –del 0 al 9–, y se puede ensayar hasta 3 veces (aunque en algunos casos se admiten más) antes de que el cajero retenga la tarjeta, así que, dejado al azar, el primer intento tiene una probabilidad de acertar de 1/10.000 (10 dígitos posibles elevado a 4 posiciones), y como un delincuente racional no repetirá los números anteriores que no hayan funcionado, con cada intento se reduce en uno el número de casos posibles y aumenta correlativamente la probabilidad de acertar, hasta hacerse segura, 100%, en el intento 10.000. En nuestro caso, habiendo tres intentos, el segundo tiene

¹³ La SAP Barcelona 13-2-2009.

¹⁴ SAP Ciudad Real, 24-5-2007.

una probabilidad de 1/9999 y el tercero de 1/9998. Con estos tres sucesos singulares, la probabilidad agregada de acertar puramente al azar¹⁵ en tres intentos una combinación de 4 dígitos es de 3/10.000¹⁶.

El breve análisis anterior muestra que hay una probabilidad no irrelevante de acertar, aunque sea pequeña. De hecho, si estas conductas fueran frecuentes, con toda probabilidad alguna terminaría en éxito.

Esto significa que aquellas sentencias que resuelven estos casos por la vía rápida de negar toda lesividad al hecho (*primer grupo*) son, simplemente, erróneas. Cuando alguna de las sentencias citadas afirma que las combinaciones son 'millonarias', al menos admite que las hay, aunque luego las calcula muy erradamente, en una proporción más de 100 veces inferior a la real¹⁷. Más incorrectas aún son las sentencias que catalogan estos casos dentro de la tentativa absolutamente inidónea, lo que nos recuerda a intentos de matar con conjuros. Pero estos intentos no tienen nada de irreal, sólo son poco probables. De hecho, es más que probable que los magistrados que las dictaron jueguen alguna vez a la lotería, y, salvo que lo hagan por filantropía con la entidad emisora, es de suponer que confían, y confían razonablemente, en la posibilidad de obtener un premio. ¿Por qué no puede confiar el ladrón en obtener el dinero del cajero si tiene, como poco, 30 veces más posibilidades de acertar que el juez que compra un décimo de Navidad (3/10.000 el ladrón frente a 1/100.000 el juez).

Es más, el intento de acceder a sistemas protegidos con contraseña es un intento tan *idóneo*, que los tribunales se encontrarán tanto con tentativas (lo más habitual), como con delitos consumados (el caso *Thyren* plantea precisamente esta hipótesis). En un sistema sin cifra negra, la proporción entre ellos sería exactamente la que define la probabilidad de acertar. Así, por ejemplo, en el caso del cajero, en situaciones de detección perfecta de los delitos, deberían llegar a los tribunales 3 delitos consumados por cada 10.000 tentativas (más, en realidad, si se tiene en cuenta la escasa aleatoriedad en la elección de contraseñas, que las hace predecibles). ¿Cómo afrontarían los tribunales de este

¹⁵ Este es el cálculo en condiciones *ideales*, con contraseñas elegidas al azar, pero en la realidad las contraseñas son escogidas por personas con memoria limitada, lo que favorece el uso generalizado de ciertas combinaciones de números, lo que aumenta la probabilidad de acertar. Varias sentencias se hacen eco, correctamente, de esta realidad: SAP Barcelona 13.2.2009; SAP Ciudad Real, 24.5.2007.

¹⁶ El cálculo se hace partiendo del suceso complementario, esto es, restando a 1 las posibilidades agregadas de NO acertar en cada uno de los tres intentos:

$$1 - [(9999/10000) \times (9998/9999) \times (9997/9998)] = 0,0003 = 3/10000$$

Los recurrentes en el caso enjuiciado en la SAP Ciudad Real de 24.5.2007 recogen adecuadamente esta probabilidad.

¹⁷ Que una sentencia, como la mencionada en el texto, incluya una referencia matemática tan inexacta sin un mínimo de verificación, muestra el frecuente desdén de la ciencia jurídica a los estándares que en otras ramas del saber se consideran elementales.

primer grupo estos tres casos de consumación si previamente han afirmado que el intento es por completo inidóneo?; ¿cómo explicarían, incluso, su mera existencia?

Mucho más adecuadas en su análisis técnico son las sentencias que estiman correctamente la probabilidad, lo que les sirve para fundamentar la tentativa punible. Esto último –la punibilidad– puede discutirse, pero no que hay un intento idóneo, aunque poco probable, de lesionar el bien jurídico.

Pero los problemas empiezan aquí. Los casos de intento de quebrar una contraseña son especialmente interesantes porque permiten situarse en *cualquier nivel de probabilidad imaginable*, desde la seguridad prácticamente perfecta (casi 1) hasta la casi completa imposibilidad (casi 0). Las tarjetas bancarias se sitúan en un nivel de probabilidad bajo (3/10.000), aunque no excesivamente, y puede aumentarse o disminuirse a discreción:

a. La probabilidad de acertar puede ser *mayor*. Basta con imaginar un cajero que no tenga límite de intentos de extracción para darse cuenta de que el ‘ladrón’ que va sucesivamente ensayando números, va aumentando progresivamente sus probabilidades de acertar, desde un primer intento con 1/10.000 hasta un último, el 10.000, en el que la probabilidad sería 1, esto es, dolo de consecuencias necesarias, y entre ambos extremos tenemos una escala típicamente gradual de probabilidades, que van aumentando con cada intento, y que no presentan punto de corte alguno en el que anclar una diferencia cualitativa.

Todas las sentencias, o el sector de la doctrina que en casos como *Thyren* ha estimado que no existe riesgo, o que es tan bajo que no debe dar lugar a responsabilidad por falta de imputación objetiva, deberían ser capaces de determinar en qué momento de esta escala el riesgo se hace típico, ¡y doloso!, y la tentativa punible. Porque es indudable que en algún momento los tribunales castigarían. Cuando al sujeto le quedan sólo dos números posibles, en el siguiente intento hay un 50% de probabilidades de acertar, y si se mira desde el origen, teniendo en cuenta la probabilidad agregada de los intentos anteriores, aumentamos a una impresionante cifra de 99,99%. ¿Cómo negar una tentativa en este caso? Pero si aquí no podemos negarla y con tres intentos sí, la pregunta, que haría Eubúlides de Mileto, es obvia: ¿en qué momento el hecho irrelevante se hace típico? No hay buena respuesta a esta pregunta¹⁸.

¹⁸ Sobre ello, y en general sobre la delimitación de dolo eventual e imprudencia consciente, puede verse MOLINA FERNÁNDEZ, F., «La cuadratura del dolo: problemas irresolubles, sorites y derecho penal», en Bajo Fernández y otros, *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Navarra (Thomson/Civitas), 2005, pp. 691-742.

b) Pero tampoco lo tienen fácil las sentencias o la doctrina que afirman la tipicidad dolosa. Para verificarlo, basta con proceder a la inversa y *disminuir la probabilidad*. Una contraseña que permite el acceso a un sistema informático puede ser tan compleja como se quiera, tanto que las probabilidades de acertar, incluso con programas de descryptación, se vuelven casi ilusorias, y, en intentos manuales, entran en el terreno de lo fantástico. Pero nunca tanto como para desaparecer, y ese es el problema: el intento sigue siendo *idóneo*, por más que con una probabilidad bajísima, tanto a veces que, psicológicamente, la despreciamos. Pero cualquiera que tenga un conocimiento básico de probabilidades sabe que la contraseña más segura puede acertarse a la primera, igual que puede acertarse –y de hecho *alguien* acierta– el pleno de la lotería primitiva, pese a que la probabilidad de hacerlo es tan sólo de uno entre 14 millones¹⁹.

La pregunta, entonces, se plantea igual que antes, pero en la dirección opuesta: si intentar descubrir una clave con una probabilidad de 3/10.000 es una tentativa típica, como afirman estas sentencias, ¿dejaría de serlo en algún momento, por ejemplo, si disminuye a una tan fantásticamente baja como 1 entre 100 elevado a 8?

Y no hace falta imaginar tal escenario; es real. Cuando alguien se sienta ante un ordenador para intentar acceder a una página ajena, que contiene información íntima, privada o secreta, y que está protegida, por ejemplo, por una contraseña de 8 posiciones con números, letras y signos del teclado, en total (por simplificar) 100 distintos (muy similar a la que hoy tienen muchas páginas web de acceso a cuentas bancarias, por ejemplo), y trata de acceder sin conocer la clave, la probabilidad de acertar en el primer intento es de 1 entre 100 elevado a 8 ($1/10^{16}$), esto es, ¡uno entre diez mil billones! (hispanos). Si dicha persona fuera muy diestra e infatigable, capaz de teclear 10 contraseñas por minuto (una cada 6 segundos), podría teclear 14.440 combinaciones en un día de 24 horas sin dormir, comer, etc., y algo más cinco millones (5.270.600) por año no bisiesto en esa misma infernal tesitura, de manera que necesitaría en torno a 2.000 millones de años para acertar con seguridad la contraseña.

Pero lo dramático para la teoría penal al uso es que *podría acertarla a la primera*, tecleando por suerte los 8 elementos correctamente, y el que lo intenta, y conoce un mínimo de matemáticas, lo sabe, así que no sólo acepta este peligro, sino que intencionalmente lo busca. Aunque cualquier persona racional dejaría su propiedad más querida, incluso su propia vida, sin ningún reparo

¹⁹ Exactamente $1/13.983.816$. Son 6 números del 1 al 49, así que las probabilidades son $(6/49) \times (5/48) \times (4/47) \times (3/46) \times (2/45) \times (1/44)$.

protegida por una contraseña que tiene una probabilidad tan escasa de ser violada (de hecho, lo hacemos continuamente con nuestros datos íntimos, nuestros hogares o nuestro patrimonio, y los gobiernos incluso con sus sistemas de defensa más sensibles, aunque en estos casos con contraseñas aún más difíciles de acertar, incluso utilizando los ordenadores más potentes), lo cierto es que las teorías que creen que *cualquier* probabilidad que exceda el riesgo permitido unida a intención es dolo de primer grado, deberían aquí condenar por tentativa, y a las que excluyen el elemento volitivo y se conforman con el conocimiento del riesgo concreto no les quedaría más remedio que concluir que aquí hay un peligro concreto que el sujeto se representa y acepta (no sólo acepta, busca, aunque ello sea irrelevante según esta teoría). Porque si lo decisivo en la teoría del peligro concreto es que un objeto portador del bien jurídico penetre en el radio de la acción peligrosa, aquí se da exactamente eso: la información íntima, el hogar, el dinero o el botón nuclear a los que se accede al activar la clave, están en peligro concreto de lesión, sólo que con una baja probabilidad. Porque ninguna persona racional diría que una baja probabilidad no es probabilidad, así que, inevitablemente, el sujeto sabe que hay un peligro concreto que excede el riesgo permitido, y si, pese a ello, realiza la acción no sólo con total indiferencia hacia el bien jurídico sino incluso deseando la lesión, está aceptando la probabilidad (aunque sea pequeña) de producir el resultado. Pero como lo relevante para estas teorías no es el grado de probabilidad, sino simplemente la consciencia y aceptación de dicho peligro concreto, inequívoca si hay intención, no quedaría otra que sancionar por una tentativa dolosa.

Por último, quienes retroceden en la teoría del delito, y creen poder solucionar el tema en sede previa de *imputación objetiva*, negando en estos casos siquiera un riesgo desaprobado²⁰, deberían poder justificar al menos tres cosas: por qué no es desaprobado un riesgo, por nimio que sea, de producir un mal con una acción no sólo prescindible, sino directamente intencional, que eleva sin motivo alguno la probabilidad de lesión; cómo explicamos que, en los raros (tanto como la probabilidad de acertar) pero inevitables (tanto como la probabilidad de acertar) casos en los que se produce el resultado (casos tipo *Thyren*), no se impute el resultado por falta de imputación objetiva general; y, en fin, en

²⁰ En España, por ejemplo, MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., *La imputación objetiva del resultado*, Madrid (Edersa), 1992, p. 113 y ALCÁZER GUIRAO, R., «El juicio de adecuación de la conducta. Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva y sobre la tentativa», ADPCP, 1996, pp. 490 ss. Un análisis detallado de esta tesis puede verse en CUELLO CONTRERAS, J., «Dolo e imprudencia como magnitudes graduales del injusto», en Joaquín Cuello Contreras, *Teoría del delito. Más allá del naturalismo y el normativismo*, Buenos Aires (B de F), 2021, pp. 32 ss.

qué momento empieza el riesgo a ser desaprobado: a qué distancia ya no sería lícito disparar en *Thyren*, o a partir de que intento de quebrar una contraseña ya el riesgo nimio se convierte en jurídicamente relevante. Todas ellas son preguntas tan imposibles de responder como las ya planteadas en el caso del dolo, porque el problema es idéntico.

En resumen, cuando la probabilidad va aumentando, la solución de la impunidad se vuelve inasumible, y cuando va disminuyendo pasa lo propio con la solución de la tentativa. ¿Hay alguna otra alternativa imaginable en la doctrina estándar del dolo plano?

En el espacio asignado a estas contribuciones no es posible presentar una explicación completa, sino a lo sumo un esbozo de por qué estos casos son irresolubles desde una concepción del dolo plano, como la imperante, y por qué la debilidad de la teoría no es marginal, sólo para casos 'raros', tipo *Thyren*. No lo es, en primer lugar, porque ahora ya no son tan raros: con cientos de millones de teléfonos móviles, ordenadores, etc., con información sensible y protegidos por contraseña, los intentos de acceder sin autorización deben ser incontables, aunque la cifra negra sea altísima. En segundo lugar, porque estos casos son sólo un síntoma más de un problema de fondo que afecta por completo a la concepción del dolo plano y categorialmente separado de la imprudencia. Por más que esté extendida en la doctrina, y hasta cierto punto (sólo hasta cierto punto) en la ley, esta concepción es incorrecta.

IV. EL FALSO ELEMENTO DISRUPTIVO DEL HECHO DOLOSO.

Para fundamentar un dolo distinto de la imprudencia, y además *plano* en su configuración, no parece haber más remedio que encontrar un supuesto elemento disruptivo que marque una diferencia cualitativa entre ambas figuras y a la vez alcance el nivel máximo de reproche, de manera que, una vez presente, ya no pueda incrementarse el desvalor de forma relevante.

1. Las *teorías de la voluntad* postulan la existencia de un elemento subjetivo autónomo, que se sumaría al conocimiento, y configuraría lo propio del dolo. Por eso son las candidatas naturales para resolver este problema, y por eso siguen siendo mayoritarias, pero se enfrentan a dos objeciones que parecen insalvables:

a. Aunque, en el ya largo debate, parecen haberse probado todas las combinaciones de términos subjetivos posibles para este esquivo elemento, lo cierto es que no se ha conseguido encontrar una formulación que a la vez (1)

esté *presente en todas las modalidades* de dolo, y (2) *no sea redundante*, es decir, que no pueda derivarse sin problemas del elemento cognoscitivo. La sospecha es que es imposible encontrarlo.

b. Pero, incluso si existiera, no resultaría fácil justificar por qué un elemento subjetivo autónomo, que no se plasma en una diferencia objetiva en términos de lesividad, y que por ello es mero pensamiento, todo lo éticamente rechazable que queramos, pero pensamiento al fin y al cabo, puede tomarse en consideración sin quebrar de forma manifiesta el principio del hecho.

Aunque las dos objeciones conjuntamente tienen, creo, una fuerza decisiva, cada una de ellas por separado resulta suficiente. Un breve repaso a las propuestas doctrinales lo muestra.

La *intención* es, y ha sido, la primera opción imaginable para dar cuerpo a un elemento disruptivo basado en la voluntad, no en vano el dolo de primer grado, que sigue siendo considerado tácitamente por muchos como el modelo de dolo, se construye en torno a este concepto. El problema, bien conocido, es que a poco que se dé un contenido mínimamente estricto al término ‘intención’, es evidente que no se da en las otras dos modalidades de dolo. Así que la intención no puede ser un elemento *necesario* del dolo.

Pero, ¿podría ser un elemento *suficiente* para marcar una diferencia? Para que esto fuera así sería necesario que la presencia de intención convirtiera en doloso lo que de otro modo sería a lo sumo imprudente, o incluso atípico. Teóricamente, entonces, si dos personas distintas, por ejemplo, coautores, realizan un mismo hecho escasamente peligroso, pero que excede el riesgo permitido, con idéntico conocimiento del peligro, pero uno con intención de lesionar y el otro confiando en que no pasase nada, merecerían distinto trato, doloso uno e imprudente el otro. La segunda objeción antes enunciada muestra la inviabilidad de esta tesis²¹. No es extraño que la doctrina haya ido paulatinamente desplazando la intención en favor de otras descripciones subjetivas más amplias.

La *intención hipotética*, reconocible en la primera fórmula de Frank (también si el resultado hubiera sido seguro lo habría realizado el autor), no es desde luego un buen candidato, sino casi el peor imaginable. No sólo comparte todos los inconvenientes de la verdadera intención, sino que les añade una presunción contra reo, basada, no en lo que el sujeto se representó e hizo, sino

²¹ En este sentido, hace tiempo que Alf Ross destacó que, en su detallado estudio de la jurisprudencia alemana sobre dolo, no había podido encontrar una sola sentencia en la que se condenara por un hecho doloso cometido con una acción escasamente peligrosa. Ross, A., *Über den Vorsatz. Studien zur dänischen, englischen, deutschen und schwedischen Lehre und Rechtsprechung*, Baden Baden (Nomos), 1979, p. 112.

en lo que podría haberse representado y haber hecho en una situación que realmente no se dio²².

En cuanto al resto de propuestas, todas están cortadas por el mismo patrón: tratan de identificar el elemento de voluntad con algo menos que una intención, pero más que un mero conocimiento. *Aceptar; conformarse; tomar en serio; actuar con indiferencia; decidirse por la posible lesión; no poner en práctica la voluntad de evitar*, son, entre otras, expresiones que se han propuesto²³, pero ninguna supera la primera objeción. Si bien, interpretadas con generosidad, podrían abrazar todas las modalidades de dolo (satisfarían a.1), son redundantes (fallan en a.2): no añaden nada a lo que ya puede deducirse del conocimiento. Quien *conoce* que su acción puede producir el resultado con una cierta probabilidad:

- *Acepta* el resultado precisamente en dicha probabilidad.
- *Se conforma* con el resultado en la medida de la probabilidad que conoce.
- *Toma en serio* el resultado en esa probabilidad.
- *Actúa con indiferencia* frente al resultado en la medida de lo que conoce.
- *Se decide por la posible lesión* del bien jurídico.
- *No pone en práctica la voluntad de evitar* el resultado omitiendo realizar la acción que lo producirá con alguna probabilidad.

Buena prueba de todo ello es que no puede siquiera imaginarse un caso en el que, conociendo que hay una probabilidad de que se produzca X, no se acepte, conforme, tome en serio, etc. X precisamente en esa probabilidad. La cuestión es puramente analítica: *conocer una probabilidad P, sea cual sea, de que nuestra acción desemboque en X es sencillamente admitir, aceptar, conformarse, tomar en serio, etc. X con esa probabilidad P*. No hay nada más que deba añadirse, así que postular un elemento autónomo de voluntad es incurrir en un *bis in idem*. Es un mero espejismo pretender que es posible conocer la probabilidad de algo futuro y no aceptar que ese algo se puede producir.

Insisto en ello porque no es infrecuente que, para excluir que haya dolo en los casos de imprudencia consciente, se diga que el autor en este caso no acepta el resultado y puede racionalmente confiar en que el resultado no se producirá; pero esto es falso. Podrá confiar *emocionalmente*, pero no racionalmente, más allá de que, según va disminuyendo la probabilidad, cada vez po-

²² Contundente, en este sentido, la crítica de GIMBERNAT ORDEIG, E., «Acerca del dolo eventual», en *Estudios de Derecho Penal* (3.ª ed.), Madrid (Tecnos), 1990, p. 215.

²³ Referencias en las obras citadas en nota 8.

drá confiar *algo más* en que el resultado no se va a producir, pero nunca del todo.

2. Las *teorías cognoscitivas* van, aparentemente, mejor encaminadas, en cuanto que suprimen el elemento subjetivo redundante y se quedan sólo con el conocimiento, del que se desprende sin problemas la aceptación del hecho peligroso. Y aquí reside su principal inconveniente. No es que sean incorrectas, es que *avalan justo lo contrario de lo que pretenden*, un dolo gradual, nunca un dolo plano.

La teoría cognoscitiva hoy más relevante cifra lo singular de esta figura en el *conocimiento del peligro concreto* de la acción. Es la teoría, que al menos aparentemente, ha adoptado nuestro Tribunal Supremo a partir de la sentencia de la Colza²⁴. Pero el conocimiento es estructuralmente una categoría gradual. En la imprudencia con representación ello no se discute, y en el dolo se admite, al menos, la distinción teórica entre dolo de consecuencias necesarias –conocimiento casi pleno– y dolo eventual –conocimiento parcial–, aunque luego no se extraiga de ahí ninguna conclusión de cara a la pena.

En realidad, todos los tipos penales, sean de lesión o de peligro, se orientan a la evitación de resultados lesivos, y el resultado es un acontecimiento futuro, y por ello siempre incierto en algún grado. Al realizar u omitir *no conocemos el resultado* en sí, sino la *probabilidad* de que se produzca, y ésta es gradual. El ejemplo de la quiebra de una contraseña lo muestra de una forma plástica, pero cualquier otro ejemplo de probabilidades crecientes vale igual. Y *no hay ningún momento en el que el conocimiento de una probabilidad de X se convierta en algo cualitativamente distinto que, precisamente, conocer que podría producirse X con esa probabilidad*. Pensar lo contrario es pura magia.

Si el dolo de consecuencias necesarias no plantea problemas es precisamente porque quien estima el resultado como seguro, racionalmente lo está aceptando de forma plena, y si el dolo eventual es y ha sido siempre problemático es porque es imposible pasar por encima del hecho de que estamos imputando al autor algo que va más allá de lo que conoce: le imputamos la presencia segura del hecho, aunque sólo conoce una probabilidad. En el fondo, creer lo contrario es insistir en el error de la primera fórmula de Frank, atribuyendo al sujeto lo que no se deriva de su representación.

Así que en cualquier hecho consciente que exceda del riesgo permitido, desde la imprudencia más leve hasta el dolo de consecuencias necesarias, hay

²⁴ STS 23-4-1992, a la que luego siguieron otras muchas, hasta la actualidad. Una fundamentación detallada de esta tesis se encuentra en el básico trabajo de FRISCH, W., *Vorsatz und Risiko. Grundfragen des tatbestandsmäßigen Verhaltens und des Vorsatzes. Zugleich ein Beitrag zur Behandlung außertatbestandlicher Möglichkeitsvorstellungen*. Colonia, Berlín, Bonn, Múnich (Carl Heymanns Verlag KG), 1983.

una progresión que no admite discontinuidad. Ese es el drama de la distinción entre dolo e imprudencia y la razón del reiterado fracaso de la doctrina en darle una solución al problema.

VI. ¿Y QUÉ DICE LA LEY?

Para terminar este breve repaso es conveniente llamar la atención sobre un hecho que suele pasar desapercibido. La teoría del dolo plano parece ser la preferida del legislador: hay grados de imprudencia, pero no parece haberlos de dolo. Pero esto es solo cierto en parte. Si se analiza un poco, se percibe que el legislador es sensible también a la gradualidad en el delito doloso, como muestran, entre otros, estos tres datos:

1. La pena de la tentativa (dolosa) se fija atendiendo, entre otras cosas, al grado de *peligro inherente al intento*, según la muy correcta regla del art. 62 CP²⁵, a la que no se ha prestado la atención que merece, y que plantea una pregunta inmediata: ¿por qué debería ser distinto en el delito consumado?;

2. En las causas de justificación, normalmente referidas a hechos dolosos, para valorar el respectivo peso de los intereses en conflicto se atiende igualmente al *grado de peligro* que amenace a los bienes (así, expresamente, en el §34 StGB, que recoge lo que es una opinión indiscutida); ¿por qué, de nuevo, no debería ser así en el hecho simplemente típico?;

3. Por último, el legislador crea con frecuencia *delitos de peligro con dolo eventual de lesión*, pese a que no debería hacer falta, ya que, según el modelo estándar, serían meras tentativas dolosas, a las que podrían aplicarse las reglas generales. No sólo el bien conocido art. 381 (conducción con manifiesto desprecio por la vida ajena) es una enmienda al modelo de dolo imperante (¿por qué *atenuar* la pena de lo que todo el mundo reconoce como una tentativa dolosa precisamente en uno de los campos de actividad humana más peligrosos?²⁶), sino que también lo son otros muchos preceptos, especialmente en el título de Delitos contra la seguridad colectiva²⁷, que recogen lo que no

²⁵ Que también recogen otros tipos de peligro, como, por ejemplo, el art. 351 para los incendios.

²⁶ Y que es atenuante no admite dudas: en primer lugar, a diferencia de la tentativa, distingue entre peligro concreto y abstracto, y la pena en el segundo caso es claramente inferior a la que resultaría de reducir la pena del delito consumado de homicidio en 2 grados; en segundo lugar, varias tentativas del 381 –varios peligros para distintas personas– dan lugar a un único delito, a diferencia de la tentativa, que daría lugar a un concurso de delitos (ahora real, según el TS).

²⁷ En algunos casos la pena se aproxima o coincide con la que sería imponible como tentativa de homicidio (por ejemplo, art. 341 o 346), pero no siempre, entre otras cosas porque estos tipos no agravan la pena si hay concurso real. Pero es que hay otros, similares al 381, en los que la pena es muy inferior,

puede más que reconocerse como creación de graves peligros de manera dolosa conociendo la relevante probabilidad ‘concreta’ de causar muertes o lesiones. En la mayor parte de ellos no hay razón alguna, avalada por el modelo estándar, que justifique la creación de delitos especiales, con penas que normalmente no alcanzan las que podrían obtenerse simplemente dando entrada a lo que se supone que son: varias tentativas de asesinato (generalmente hay alevosía) con dolo eventual y en concurso real, por lo que, paradójicamente, según la teoría al uso deberían interpretarse como tipos especiales incomprensiblemente ¡*atenuados*! La única interpretación que permite dar coherencia a estos tipos es la que los ve como situaciones de peligrosidad intermedia, y por ello también de pena intermedia, entre la propia del dolo de consecuencias necesarias y la de la imprudencia grave.

Que el legislador, desde siempre, haya creado y mantenido estos delitos de peligro, y que en la justificación y en la tentativa deba atenderse, porque la ley razonablemente lo impone, al grado de peligro para ponderar los conflictos y para medir la pena, son muestras inequívocas de que la ley es sensible a la gradualidad también en el hecho doloso. Si a ello se suma que los casos de baja probabilidad que aquí se han examinado presentan una barrera infranqueable a la concepción tradicional del dolo plano, todo ello apunta a que, cuanto antes, debería ser revisada.

pese a que es imposible no ver en ellos dolo eventual de lesión, según es caracterizado este elemento por la doctrina: así, por ejemplo, el art. 348. Y lo mismo pasa con una buena parte de los delitos relativos a alimentos o medicamentos inadecuados, en los que, como ya demostró el caso de la Colza, es difícil no ver un dolo eventual de lesión, lo que hace inexplicable, en el modelo estándar, su mera existencia.

«IMPRUDENCIA» Y ESTRUCTURAS DE RESPONSABILIDAD PENAL

JUAN PABLO MONTIEL*

I. LA «IMPRUDENCIA» COMO PROBLEMA ESTRUCTURAL EN LA TEORÍA DEL DELITO

Entre los años 1985 y 1995 se defendieron en la Universidad de Barcelona varias tesis doctorales, que al publicarse en formato de libro se convirtieron rápidamente en auténticos clásicos del Derecho penal en español, pese a tratarse cada uno de ellos de una *ópera prima*. Cronológicamente: 1986 «El delito de omisión»¹ de Jesús-María Silva Sánchez y «La tentativa de delito»² de Elena Farré Trapet, en 1989 «El delito imprudente»³ de Mirentxu Corcoy Bidasolo, en 1992 «La doctrina de la *actio libera in causa* en Derecho penal»⁴ de Ujala Joshi Jubert y en 1994 «Estado de necesidad y legítima defensa»⁵ de Francesc Baldó Lavilla. Cada uno de estos trabajos, a su manera, reflejó e intentó avanzar en las discusiones de la época y adoptó en el análisis el enfoque también dominante en aquel entonces. Una dogmática fuertemente orientada

* Director de CRIMINT.

¹ SILVA SÁNCHEZ, J. M., *El delito de omisión: Concepto y sistema*, Barcelona (Bosch), 1986, *passim*.

² FERRÉ TRAPET, E., *La tentativa del delito. Doctrina y Jurisprudencia*, Barcelona (Bosch), 1986, *passim*.

³ CORCOY BIDASOLO, M., *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, Barcelona (Promociones y Publicaciones Universitarias), 1989, *passim*.

⁴ UJALA JOSHI, J., *La doctrina de la actio liberae in causa en derecho penal*, Barcelona (Bosch), 1992, *passim*.

⁵ BALDÓ LAVILLA, F., *Estado de necesidad y legítima defensa*, Barcelona (Bosch), 1994, *passim*.

político-criminalmente debía convertirse en un instrumento idóneo de resolución de problemas forenses. En mi opinión, esta circunstancia nos ayuda a comprender que estos trabajos hayan puesto prioritariamente en el foco de análisis la *solución* del caso. La solución dogmática y político-criminalmente más satisfactoria. Dicho en términos médicos: lo prioritario era el *tratamiento* de la enfermedad más que el *diagnóstico*.

La célebre tesis doctoral de nuestra querida homenajeadora es un inmejorable reflejo de esta situación. Sin temor a exagerar, considero que «El delito imprudente» de Mirentxu Corcoy Bidasolo contribuyó decisivamente a modernizar la dogmática de la imprudencia en nuestra lengua. Y ello sobre la base de los desarrollos científicos que venían dándose en Alemania en el marco (especialmente) de la causalidad y la imputación objetiva. El libro busca también reflejar esa preocupación de la época (o al menos la de una parte importante de la doctrina de la época) consistente en enfocarse en la *solución de los problemas*. Precisamente, uno de los temas que mayores quebraderos de cabeza venía generando en la praxis jurisprudencial tenía que ver con la responsabilidad por el producto⁶. Y desde allí se planteaba la posibilidad de revisar de manera general los criterios manejados por la doctrina y la jurisprudencia para explicar la relación que debe existir entre la acción infractora del deber de cuidado y el resultado. En su tesis, Mirentxu Corcoy Bidasolo se ocupa largamente de la cuestión sobre la base de los últimos desarrollos en materia de imputación objetiva y de un sólido andamiaje teórico en relación al funcionamiento de las normas penales⁷. Nuevamente: *soluciones* a casos ofrecidas a partir de las mejores herramientas dogmáticas.

Mi contribución, más que centrarse en tematizar o desarrollar algunas de las posiciones favorecidas por Mirentxu Corcoy Bidasolo en su tesis doctoral, pretende servir de complemento a sus estudios. Así, como el espíritu de aquella época llamaba a enfocarnos en la *solución*, aquí creo fundamental enfocarme en el *diagnóstico*, es decir, en los aspectos formales y estructurales que explican el sentido de los llamados delitos «imprudentes» y su operatividad dogmática. En mi opinión, el descuido de estos aspectos de carácter formal ha impedido que la dogmática de lo que hoy llamamos «imprudencia» no se haya desarrollado todo lo que hubiese sido esperable.

⁶ Un excelente panorama de la discusión doctrinal y jurisprudencial de este tema y especialmente las cuestiones asociadas a la causalidad en el trabajo de Lothar Kuhlen de 2000, publicado recientemente en español, KUHLEN, L., «Responsabilidad por el producto», *Contribuciones al método, la teoría y la dogmática del Derecho penal*, Madrid (Marcial Pons), 2021, pp. 271 ss.

⁷ CORCOY BIDASOLO, M., *El delito imprudente*, 2.^a ed., Buenos Aires/Montevideo (B de F), 2005, cap. 3, pp. 279 ss.

Como adelanto de lo que desarrollaré brevemente en esta contribución, considero necesario sacar a la «imprudencia» del ámbito del tipo subjetivo. Atender a las diferentes estructuras de responsabilidad con las que implícitamente operamos (y que hacen a la gramática profunda del Derecho penal), debería llevarnos a replantear de un modo muy profundo nuestras pre-comprensiones sobre la naturaleza de lo que llamamos «delito imprudente» y sobre su necesidad de castigo. En este sentido, mi contribución está centrada en *diagnosticar* qué tipo de problema subyace a la «imprudencia» y luego reconocer cuál es la estructura que mejor explica la responsabilidad en este caso⁸.

II. ANTINORMATIVIDAD E IMPUTACIÓN: ¿PRESUPUESTOS DEL CONCEPTO DE DELITO O MEROS PUNTOS DE PARTIDA ARGUMENTATIVOS?

Más allá de las diferentes orientaciones que pululan en el ámbito de la dogmática de la Parte general, el concepto de delito queda definido por dos elementos esenciales: la antinormatividad y la imputación. Naturalmente se emplean otras expresiones e incluso se dota de contenidos diferentes a estos dos elementos. Sin embargo, reconocemos un acuerdo en que el delito constituye una *acción contraria a una norma penal* –cuyo cumplimiento se ve fomentado a partir de la amenaza de aplicar una pena– y de la que podemos predicar que se ha *originado en una persona* a la que finalmente hacemos responsable.

El legislador explicita las prohibiciones, requerimientos y permisos mediante descripciones que introduce en los Códigos penales, las que permiten identificar cuáles son las propiedades que debe exhibir una acción para poder ser juzgada como antinormativa o conforme a una norma penalmente reforzada⁹. En este sentido, la antinormatividad siempre es relativa a una descripción¹⁰, por lo que no existe una (por así llamarla) «antinormatividad en abstracto», sino una antinormatividad *concreta*¹¹: solamente a partir de tomar en consideración el *caso genérico* de una descripción cierta (de un tipo penal específico) estaremos en condiciones

⁸ Una aproximación a la «imprudencia» desde esta óptica (aunque sobre aspectos diferentes) realicé ya en MONTIEL, J. P., «Drei Thesen zum Fahrlässigkeitsdelikt», *Festschrift für Urs Kindhäuser*, Baden-Baden (Nomos), 2019, pp. 323 ss.

⁹ Sobre el concepto de antinormatividad seguido aquí, cfr. VOGEL, J., *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, Berlin (Duncker & Humblot), 1993, pp. 49 ss.

¹⁰ MAÑALICH, J. P., *Nötigung und Verantwortung. Rechts-theoretische Untersuchungen zum präskriptiven und askriptiven Nötigungsbegriff im Strafrecht*, Baden-Baden (Nomos), 2009, p. 60.

¹¹ MAÑALICH, J. P., «La tentativa de delito como hecho punible. Una aproximación analítica», *Revista Chilena de Derecho*, 44, 2017, pp. 463 ss.

de afirmar si la acción constituye o no su ejemplificación o un *caso individual*. Lo relevante a tener en consideración en este punto es que en mi modelo la antinormatividad es determinante del carácter injusto del hecho¹².

Adicionalmente, se encuentra en la base de cualquier sistema liberal de atribución de responsabilidad la exigencia de que solamente podrá cargarse en la cuenta del autor una acción antinormativa cuando ella pueda serle *imputable*. También aquí, más allá de las divergencias sistemáticas existentes en la doctrina, se reconocen dos niveles de análisis¹³. Un primero en el que se analiza si el autor estuvo en condiciones de ejercer sobre su acción u omisión un «control» (ora fáctico, ora psíquico), donde es necesario conectar al menos con dos grandes preguntas: ¿Obró *voluntariamente* la persona? ¿Tuvo conocimiento la persona sobre lo que hacía?¹⁴ Aquí, más allá de todos los matices, se acuerda en afirmar que el autor solamente podrá «dominar» u orientar hacia una finalidad su curso de acción en la medida que tenga voluntad y comprensión de lo que realiza. En cambio, en el segundo nivel el análisis de la imputación se enfoca en la motivación del autor, bajo la pregunta ¿qué motivos existieron para que el autor se haya definido a favor de la conducta prohibida, pese a haber podido controlar fáctica y psíquicamente su comportamiento?¹⁵ Como bien sabemos, para afirmar una *imputatio plena* se requiere en este nivel madurez mental, ausencia de graves trastornos psíquicos y de contextos de actuación anormales que condicionen la motivación del agente.

Antinormatividad e imputación aparecen así en esta comprensión del delito como dos elementos *irrenunciables*. Si a esta comprobación se le añade que una de las estructuras que más fidedignamente refleja estas exigencias es la que se corresponde con la del delito *consumado doloso*, entonces parece natural que nuestra homenajeadada afirme que «[l]a teoría del delito es, esencialmente, una

¹² Esta última cuestión es decisiva para comprender dónde se halla el punto de desacuerdo entre esta postura y la de aquellos que ven factible afirmar el carácter injusto de la tentativa, pese a la falta de antinormatividad. Para esta última posición, el carácter injusto de la tentativa puede derivarse ya de la noción de lesión de un deber (Pflichtverletzung), cuyas condiciones ya se habrían verificado pese a la falta de consumación. Respecto a esta última posición, cfr. MAÑALICH, J. P., 2009, p. 61.

¹³ Al respecto, cfr. entre muchos otros KINDHÄUSER, U., «Zur Logik der Zurechnung. Anmerkung zum Straftatmodell Joachim Hruschka», *JRE*, 27, 2019, pp. 397 ss.; HRUSCHKA, J., «Verhaltensregeln und Zurechnungsregeln», *Rechtstheorie*, 22, 1991, pp. 452 ss.; SÁNCHEZ OSTIZ, P., *Imputación y teoría del delito. La doctrina kantiana de la imputación y su recepción en el pensamiento jurídico-penal contemporáneo*, Montevideo/Buenos Aires (B de F), 2008, pp. 25 ss.; JOERDEN, J., *Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs. Relationen und ihre Verkettungen*, Berlin (Duncker & Humblot), 1988, pp. 31 ss.

¹⁴ Entre otros, JOERDEN, J., 1988, pp. 32 ss.; KINDHÄUSER, U., *Gefährdung als Straftat. Rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte*, Frankfurt am Main (Duncker & Humblot), 1989, pp. 46 ss.; SÁNCHEZ OSTIZ, P., *La libertad del Derecho penal. Estudios sobre la doctrina de la imputación*, Barcelona (Atelier), 2014, pp. 33, 42 ss., 66.

¹⁵ VOGEL, J., 1993, p. 69; KINDHÄUSER, U., «Rechtstreue als Schuld-kategorie», *ZStW*, 107, 1995, pp. 701 ss.; HRUSCHKA, J., «Verhaltensregeln und Zurechnungsregeln», *Rechtstheorie*, 22, 1991, p. 455.

teoría del delito doloso»¹⁶. Quizá la clara correspondencia entre esta tipología de delito y los requisitos irrenunciables de la antinormatividad y la imputación, haya erigido a los delitos consumados dolosos como «el modelo» de estructura de responsabilidad penal. Pero, al mismo tiempo, este razonamiento parece haber-nos llevado a una creencia que no considero acertada y que explica, en mi opinión, buena parte de las fallas de las propuestas teóricas existentes: «*solamente en los delitos consumados dolosos se dan la imputación y la antinormatividad de modo pleno*». Según comprendo, esta creencia explica que figuras distintas a este paradigma (tentativa, imprudencia, *actio libera in causa*, *actio illicita in causa*, etc.) hayan sido tratadas bajo el paradigma del «pese a»: como formas de atribución de responsabilidad *anómalas*, en las que en el fondo se acababa renunciando a los requisitos de una antinormatividad o imputación plena. Se hace responsable a X, *pese a* la carencia de antinormatividad o imputación.

En los abordajes conceptuales del problema es posible encontrar dos maneras diferentes de manifestar este denominado «paradigma del *pese a*». La más clara (y transparente) manifestación se encuentra, en mi opinión, en el marco de las doctrinas que favorecen la noción de «imputación extraordinaria». Desde esta óptica, por ejemplo, en los casos de tentativa, imprudencia, *actio libera in causa* o *actio illicita in causa* falta algún elemento que permite afirmar la imputación o la antinormatividad (de manera ordinaria), *pese a* lo cual se restablece la imputación o antinormatividad faltante mediante el uso de algún equivalente funcional o elemento subrogante¹⁷. Sin embargo, veo una segunda manifestación de esta aproximación «pese a» cuando, ora se prescinde abiertamente de la antinormatividad como elemento clave del delito (por ejemplo, en la tentativa)¹⁸, ora se reinterpreta profundamente el contenido de la antinormatividad o de la imputación. En este último caso, se logra una deconstrucción tal que de otra manera no sería posible tener por verificada la imputación o la anti-

¹⁶ CORCOY BIDASOLO, M., 2005, p. 2.

¹⁷ Es bien conocido ya en nuestra tradición que en los supuestos de provocación de eximentes este elemento subrogante es la «lesión de una incumbencia». Al respecto, cfr. entre otros, HRUSCHKA, J., *Strukturen der Zurechnung*, Berlin/New York (Walter De Gruyter), 1976, pp. 48 ss.; KINDHÄUSER, U., «Zur Logik der Zurechnung. Anmerkung zum Strattatmodell Joachim Hruschka», *JRE*, 2, 1994, pp. 339 ss.; VOGEL, J., 1993, pp. 74 ss.; RUDOLPH, T., *Das Korrespondenzprinzip im Strafrecht: Der Vorrang von ex-ante-Betrachtungen gegenüber ex-post-Betrachtungen bei der strafrechtlichen Zurechnung*, Berlin (Duncker & Humblot), 2006, pp.78 ss.; SÁNCHEZ-OSTIZ, P., 2008, pp. 540 ss.; MAÑALICH, J. P., 2009, pp. 68 ss.; VALIENTE IVAÑEZ, V., «La imputación extraordinaria como modelo de adscripción de responsabilidad jurídico-penal. El ejemplo de la imprudencia», *RECPC*, 22, 2020, pp. 11 ss. Por su parte, en la tentativa Joachim Hruschka ha identificado el elemento subrogante en el comienzo inmediato de la realización del tipo penal, cfr. HRUSCHKA, J., *Strafrecht nach logisch-analytischen Methode*, 2.^a ed., Berlin/New York (Walter De Gruyter), 1988, p. 188.

¹⁸ La tentativa sería una acción imputable pero no antinormativa, cfr. VOGEL, J., 1993, pp. 72 ss.; MAÑALICH, J. P., *Revista Chilena de Derecho*, 44, 2017, pp. 462 ss.

normatividad. Justamente, el tratamiento que le ha dado mayoritariamente la doctrina a la llamada «imprudencia» encaja, en mi opinión, con esta segunda manifestación de la lógica «pese a». Solo un pequeño ejemplo: se reconoce abiertamente la responsabilidad penal incluso en casos en los que falta un conocimiento efectivo, a partir de tomar por válido un conocimiento potencial pero no efectivo. Se da por válida una imputación a la acción, pese a no existir un conocimiento efectivo, sino solo cognoscibilidad¹⁹.

En el fondo, entiendo que esta situación ha llevado a la doctrina a relativizar las exigencias de imputación y antinormatividad para afirmar la existencia de un delito. Y es razonable que sea así: si la concreción paradigmática de estos elementos está en el delito consumado «doloso», inevitablemente una tentativa implicará responsabilidad sin antinormatividad y la llamada «imprudencia» imputación pese a la falta de conocimiento. Que aquí se tenga la sensación de que se está ante un «callejón sin salida» –donde la única alternativa es relativizar o directamente negar la necesidad de imputación o de antinormatividad–, es una consecuencia clara de operar con una única estructura de responsabilidad, la de los delitos consumados «dolosos». Respecto a esta estructura la «imprudencia» o la tentativa siempre estarán «en falta». Sin embargo, si se considera que el objeto de imputación siempre es relativo a una descripción se nos abren las puertas para poder seguir afirmando responsabilidad con antinormatividad e imputación plena, cuando se adopta un objeto de imputación diferente y se emplea, por añadidura, una estructura de responsabilidad adicional o complementaria.

III. ESTRUCTURAS DE RESPONSABILIDAD PENAL

1. Dos estructuras, casuística múltiple

Debemos partir entonces de que la antinormatividad y la imputación son dos elementos centrales e irrenunciables de todo concepto de delito, con lo que ninguna responsabilidad penal debería poder afirmarse cuando alguno de estos elementos no se ha verificado. Sin lugar a dudas, esta comprensión confronta directamente con una sólida posición doctrinal que, especialmente en el terreno de la tentativa, defiende su punibilidad pese a tratarse de un caso en el que falta la antinormatividad²⁰. Ahora bien, esta asunción respecto a la antinormatividad

¹⁹ Así, entre muchos otros, BINDING, K., *La culpabilidad en Derecho penal*, Buenos Aires/Montevideo (B de F), 2009, p. 24: «(...) desde el descubrimiento de la imprudencia, se puede vulnerar cualquier deber jurídico conscientemente o inconscientemente pero culpablemente».

²⁰ Ver nota 16.

y a la imputación obliga a explicitar una cuestión adicional: ninguno de estos dos elementos puede darse *parcialmente*; la conducta o es contraria a la norma o no lo es, o es imputable o no lo es. Ello resulta especialmente claro respecto al concepto de antinormatividad, pues basta con que el caso individual no exhiba una sola de las propiedades explicitadas en el tipo penal para que esa acción deje de ser tenida por antinormativa²¹. Pero también puede afirmarse lo mismo respecto a la imputación, pese a que se puedan reconocer dos niveles o planos de imputación. En primer lugar, la imputación debe ser considerada como un todo que se analiza en dos planos: en la acción y en la culpabilidad. Cuando se dan los presupuestos para imputar en un primer nivel, pero no en un segundo, no es correcto decir que la acción es *parcialmente* imputable. En segundo lugar, en los denominados supuestos de «imputabilidad disminuida», no entran en un *tertium genus* entre lo imputable y lo no imputable, sino que se dan presupuestos para una imputación de segundo nivel; esto es, existe capacidad de motivación solo que menguada. Los presupuestos de la imputación se dan o no se dan y, por ende, se afirma una imputación o se la niega²².

La concreción más clara de las exigencias de antinormatividad e imputación la encontramos en los delitos consumados dolosos. En mi opinión, sería acertado tomar a la estructura que se corresponde con esta tipología delictiva como la *principal*, como la «proto-estructura» de responsabilidad penal. La legislación penal comparada muestra que los Códigos penales son en lo esencial «Códigos de *delitos consumados dolosos*», puesto que castigan (como regla) únicamente delitos «dolosos» (consumados) y solamente se permite el castigo de modalidades imprudentes a través de previsiones específicas²³ o el castigo de la tentativa mediante reglas extensivas de la punibilidad en la Parte general²⁴. En mi opinión, las legislaciones no han hecho más que receptor un concepto estricto de delito favorecido históricamente por

²¹ Por ejemplo, quien se apodera de una cosa mueble ajena sin violencia en la persona o en la cosa no realiza respecto al delito de robo una acción parcialmente antinormativa.

²² Ello no quita que puedan diferenciarse supuestos en los que los presupuestos de imputación verificados se den de manera más o menos intensa y que de ello puedan derivarse otras consecuencias. Por ejemplo, considero que ello sucede en la imputación de primer nivel respecto al conocimiento de las circunstancias fácticas, cuando se diferencia entre el dolo directo y el eventual.

²³ Considero que esta lógica de otorgar carácter principal a la estructura del delito «doloso» (o con conocimiento) no se rompe con un sistema *numerus apertus* del castigo de la imprudencia, mediante una cláusula genérica en la Parte general. Al menos de acuerdo a la experiencia legislativa pasada (por ejemplo, Código penal español anterior a 1995), la conminación dolosa era sin dudas la regla. Al respecto, vale recordar la discusión en la doctrina española con la novedad del Código de 1995, cfr. SILVA SÁNCHEZ, J. M., *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, Barcelona (Bosch), 1997, pp. 86 ss.

²⁴ Incluso enfatiza esta excepcionalidad del castigo de la tentativa la técnica legislativa del Derecho alemán, en el que se castiga la tentativa solamente en relación con los delitos específicamente determinados por el legislador.

corrientes filosóficas que han determinado fuertemente las bases de la teoría del delito. Vale recordar que para Immanuel Kant solamente constituyen «delito» en sentido estricto las infracciones realizadas con conocimiento y que nuestra dogmática calificaría de «*dolosas*». Puesto en sus propios términos: «Una infracción no dolosa que sin embargo puede ser imputada se denomina mera culpa (*blosse Verschuldung*) (*culpa*). Una dolosa (esto es, aquella que está conectada con el conocimiento de que se trata de una infracción) se denomina delito (*Verbrechen*) (*dolus*)»²⁵. Aunque también, como advierte Hans Welzel²⁶, la tendencia de nuestra dogmática a tomar como modelo del delito al de carácter «doloso» es herencia del hegelianismo y habría sido igualmente acogida tempranamente en el Derecho penal de la segunda mitad del siglo XIX, especialmente cuando se reducía la culpa a un supuesto de atenuación de la pena o bien a un cuasi-delito^{27 28}.

Se encuentra entonces en la gramática del Derecho penal una primera estructura, la *estructura principal de responsabilidad penal*. Habitualmente se reconoce en esta estructura la marca diferencial de la «perfección» (especialmente en el caso de los delitos consumados)²⁹, pues en los otros supuestos siempre está ausente algún elemento que impide afirmar la antinormatividad o la imputación en relación al delito correspondiente a la estructura principal. Sin embargo, no considero que sea la nota de perfección lo que define a la estructura principal, dado que toda estructura de responsabilidad penal debe contar con esa nota para afirmar la existencia de un hecho punible merecedor de pena. Por ello, considero preferible asociar la estructura principal con la nota de la *normalidad*, en contraposición al contexto *anómalo* que define los casos de tentativa, *actio libera in causa*, imprudencia, etc. Evidentemente se sale de un ámbito de «normalidad» cuando se discute sobre la posibilidad de castigar a quien

²⁵ KANT, I., *Metaphisik der Sitten*, Berlin (Heimann), 1870, p. 24.

²⁶ WELZEL, H., *Das Deutsche Strafrecht*, 11.ª ed., Berlin (Walter De Gruyter), 1969, p. 128.

²⁷ KÖSTLIN, C., *System des deutschen Strafrechts. Allgemeiner Teil*, Tübingen (Laup & Siebeck), 1855, § 65, 2, con ulteriores referencias.

²⁸ No obstante, la tesis de adoptar a los delitos consumados «dolosos» como el modelo de estructura de responsabilidad penal ha sido cuestionado por diferentes sectores de opinión, en momentos históricos diferentes. Seguramente la posición negadora más conocida ha sido asumida por el llamado «subjetivismo», que prefiere adoptar como modelo de delito a la tentativa acabada, cfr. ZIELINSKI, D., *Handlungs- und Erfolgswert im Unrechtsbegriff, Untersuchungen zur Struktur von Unrechtsbegründung und Unrechtsausschluß*, Berlin (Duncker & Humblot), 1973, pp. 143 ss.; SANCINETTI, M., *Teoría del delito y disvalor de acción*, Buenos Aires (Hammurabi), 2005, pp. 443 ss. Por su parte, entiendo que HERZBERG, R. D., «Das vollende vorsätzliche Begehungsdelikt als qualifiziertes Versuchs-, Fahrlässigkeits- und Unterlassungsdelikt», *JuS*, 1996, p. 381, toma como referente del concepto de delito a la llamada «imprudencia»: la imprudencia sería presupuesto de toda responsabilidad dolosa. Un análisis más detallado y crítico de esta posición en KUDLICH, H., *Cuestiones fundamentales de la aplicación del Derecho penal*, Madrid (Marcial Pons), 2018, pp. 188 ss.

²⁹ MAÑALICH, J. P., *Revista Chilena de Derecho*, 44, 2017, pp. 475 ss.

no consuma su delito o bien a quien realiza una acción típica, pero a partir de desconocer las circunstancias fácticas de su realización.

Ahora bien, si desde la perspectiva aquí favorecida únicamente es posible afirmar la existencia de un delito cuando existe antinormatividad e imputación, entonces la estructura de una *responsabilidad principal* resulta incapaz para afirmar la existencia de un delito en los supuestos anómalos. Frente a ello, considero que la fundamentación del castigo de estos casos solamente puede darse sobre la base de estructuras de responsabilidad diferentes, dotadas de un carácter *subsidiario* y que operan de manera complementaria. Así, cabe reconocer *estructuras subsidiarias de responsabilidad*. El carácter *subsidiario* de las estructuras surge del hecho de que ellas únicamente adquieren operatividad una vez que se constata la improcedencia de la responsabilidad principal. En tanto «proto-modelo» en la teoría del delito, siempre debe partirse por identificar si el carácter delictivo del caso individual encaja en la estructura de la *responsabilidad principal* y recién una vez constata su improcedencia es dable tomar en consideración las estructuras complementarias. Por tanto, la imprudencia o la tentativa –por dar solo dos ejemplos– recién son operativas *en defecto* de una responsabilidad principal.

En el marco del esquema conceptual que estoy planteando me involucraré con dos estructuras subsidiarias diferentes, una primera asociada a la tentativa y una segunda vinculada a la variada y variopinta constelación de la provocación de eximentes. Ambas estructuras conservan desde el punto de vista formal rasgos idénticos en cuanto a los presupuestos elementales de la atribución de responsabilidad, pero diferentes en cuanto al objeto de imputación. Naturalmente, desde el punto de vista material, el contraste es mucho mayor.

2. El delito de tentativa

En 1973 Santiago Mir Puig defendió, a contracorriente de la doctrina dominante de la época (y de la actual también), que la tentativa (al igual que la frustración) es un *delito* y no meramente una «forma de aparición» del delito consumado³⁰. En aquel entonces, a los argumentos para defender esta posición los extrajo de las regulaciones del Código penal por entonces vigente, sin embargo, las últimas ediciones de sus manuales³¹ atestiguan que en su sistema el carácter «delictivo» de la tentativa trascendió el análisis de *lege lata*.

³⁰ MIR PUIG, S., «Los términos «delito» y «falta» en el Código penal», *ADPCP*, 26, 1973, p. 355.

³¹ MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, 10.ª ed., Barcelona (Reppertor), 2016, L. 13, núm. 26.

A diferencia de esta posición, la doctrina defiende históricamente de manera dominante que la tentativa no es más que una imperfecta manifestación del delito consumado, cuyo castigo se deriva precisamente de la norma de sanción relativa al delito consumado³². La nota de imperfección es evidente si el objeto de imputación que se toma como referencia es el relativo al delito consumado: respecto de este último, la acción consistente en dar inicio a una parte de la conducta típica (bajo una descripción primaria) pero que no produce el respectivo resultado (de esa misma descripción) no puede ser tenida como antinormativa. «A los ojos» del delito consumado, la tentativa es conceptualmente una entidad defectuosa. No obstante, la antinormatividad de una acción es siempre *relativa a una descripción* y por esta razón no se alude a una antinormatividad en abstracto sino siempre en relación a una determinada descripción (típica). Desde esta perspectiva, es correcto decir que la tentativa no es antinormativa respecto al respectivo delito consumado. Ahora bien, si se admite que también cuenta otra descripción asociada a una estructura subsidiaria, entonces la conclusión sobre la antinormatividad debe variar.

La estructura subsidiaria del delito de tentativa³³ responde a las mismas exigencias de la primaria, esto es, la necesidad de que se afirme antinormatividad e imputación para tener por cierta la existencia de un delito. Pero se trata de una estructura independiente de la primaria por cuanto adopta un objeto de imputación distinto. Y considero que esto es también lo que Santiago Mir Puig consideró al caracterizar la *parte objetiva de la tentativa*³⁴. Por ejemplo, mientras que el tipo de homicidio describe una acción resultativa (esto es una acción que da lugar al acaecimiento del evento «muerte»), el de tentativa de homicidio solamente describe una acción no resultativa, esto es, únicamente una acción con aptitud para producir la muerte.

Por lo tanto, la relatividad-a-la-descripción de la antinormatividad conduce a tener que considerar una descripción distinta a la «consumativa» para afirmar la antinormatividad del delito de tentativa. En mi opinión, encontramos esa descripción en aquellos preceptos de la Parte general que establecen las reglas de la punición de la tentativa (por ejemplo, art. 16 CP español, art. 42 CP argen-

³² Entre otros, cfr. KÜHL, K., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 7.ª ed., München (Franz Vahlen), 2012, § 15, núm. 2; KÖHLER, M., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlin (Springer), 1997, pp. 452 s.; JAKOBS, G., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2.ª ed., Berlin (Walter De Gruyter), 1997, Ap. 25, núm. 4; STRATENWERTH, G., KÜHLEN, L., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 6.ª ed., München (Franz Vahlen), 2011, § 11, núm. 10.

³³ Cabe destacar que MAÑALICH, J. P., 2009, pp. 61 ss., también alude a que la tentativa es una estructura de responsabilidad subsidiaria, pero bajo una comprensión diferente a la favorecida aquí. Mientras que aquí la subsidiariedad de la estructura se asocia también a independencia, para Mañalich la tentativa mantiene dependencia conceptual respecto al delito consumado.

³⁴ MIR PUIG, S., 2016, L. 13, núm. 49 ss.

tino). Habitualmente se considera que este tipo de precepto establece únicamente una regla de punibilidad –más concretamente, una regla *extensiva* de punibilidad–³⁵, vacía de toda regla de comportamiento que aspire a regir la conducta de sus destinatarios. Sin embargo, si comparamos las descripciones utilizadas por el legislador en la Parte especial para los diferentes delitos y en la Parte general para tratar la cuestión de la tentativa se aprecia una notable similitud estructural, lo que nos permite decir que el objeto de imputación del delito de tentativa es (según el CP español) «dar principio de ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor»³⁶.

La tentativa como estructura autónoma de responsabilidad penal posee entonces un objeto de imputación diferente y respecto a este sí es posible afirmar la antinormatividad. Aquí se diluye su nota de imperfección. En mi opinión, el hecho de que la regulación encargada de fijar el objeto de imputación de la tentativa se refiera al delito consumado no debe ser visto como fruto de su dependencia estructural, sino más bien de su carácter complementario y subsidiario.

3. La «imprudencia» como delito de resultado defectuoso

En cuanto a su diagnóstico, la llamada «imprudencia» puede ser caracterizada como la realización de una acción (correspondiente a una estructura) *primaria*, caracterizada por ser realizada bajo la carencia del conocimiento de los elementos constitutivos de la descripción. En la «imprudencia», al igual que sucede (por ejemplo) en la *actio libera in causa*, el error de prohibición vencible o la *actio illicita in causa*, existe un déficit de responsabilidad que otorga una nota de «imperfección» a todas estas figuras y hace discutible su castigo a partir de una estructura principal. Ahora bien, desde el momento en que aceptamos que la perfección o imperfección de una estructura de responsabilidad es relativa al objeto de imputación empleado, la imprudencia será inevitablemente (pero solamente) defectuosa o anómala en relación a la responsabilidad principal. En cambio, bajo otra estructura subsidiaria que tome como referencia un

³⁵ KÜHL, K., 2012, § 15, núm. 2; KÖHLER, M., 1997, pp. 452 s.; MAÑALICH, J. P., *Revista Chilena de Derecho*, 44, 2017, pp. 478 ss.

³⁶ Aquí considero que esta regulación indica con claridad las propiedades relevantes del caso y, por ende, también el objeto de conocimiento a los efectos de la imputación. En mi opinión, entiendo de modo similar el rol de este tipo de regulación de la tentativa, MAURACH, R., GÖSSEL, K. H., ZIPF, H., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, t. 2, 8.ª ed., Heidelberg (C. F. Müller), 2014, § 40, núm. 29.

objeto de imputación distinto la supuesta anomalía de la «imprudencia» puede ser puesta en tela de juicio. En línea con lo ya expuesto, no es aceptable un castigo de la «imprudencia» sobre la base de elementos subrogantes que (por ejemplo, una lesión de incumbencias), en mi opinión, resultan insuficientes para reemplazar al elemento faltante³⁷. En este sentido, el desafío de la dogmática de la llamada «imprudencia», como del restante grupo de casos de la provocación de eximentes, no pasa, según mi parecer, por una revisión de los criterios de antinormatividad e imputación, sino más bien por dar con el correcto objeto de imputación de la estructura.

El común denominador de los casos de provocación de eximentes es que el defecto de responsabilidad que existe respecto a la acción correspondiente con la acción principal no existe respecto a la acción que le precede³⁸. Por esta razón, el tratamiento tiene en común en todos estos casos que los motivos para justificar el castigo encuentran apoyo principalmente en la *actio praecedens*. Naturalmente, para efectuar este análisis es necesario correlacionar la estructura subsidiaria que explica el castigo de estos casos con la estructura principal. Tomando el ejemplo de la acción de matar, el objeto de imputación de la estructura principal de responsabilidad es la acción *directamente* resultativa que produce la muerte, esto es, el jalar el gatillo del arma, el conducir a exceso de velocidad en una zona peatonal, el vender un producto venenoso, etc. En un homicidio «imprudente» se desconoce (siguiendo los ejemplos anteriores) que se jala del gatillo de un arma cargada, que se entra en una zona peatonal (o que con la conducción se arrollará a algún peatón) o que el producto vendido es venenoso. Respecto a esa acción *directamente* resultativa (i.e. respecto al objeto de imputación de la responsabilidad principal) los casos de imprudencia exhiben un déficit de imputación (de primer nivel) y por ello se busca una solución en una fase cronológicamente anterior, en la que se produce la infracción de un deber de cuidado. Aplicando aquí la postura asumida en este artículo, el momento precedente de la infracción del deber de cuidado cobra entonces relevancia para analizar la antinormatividad y la imputación en los delitos «imprudentes»³⁹.

Es importante remarcar que este modo de razonar no es privativo de la llamada «imprudencia», sino que también aparece en la *actio libera in causa*,

³⁷ Con ulteriores referencias, cfr. MONTIEL, J. P., «Drei Thesen zum Fahrlässigkeitsdelikt», *Festschrift für Urs Kindhäuser*, 2019, pp. 328 ss.

³⁸ Sobre los elementos comunes de estos casos, cfr. HRUSCHKA, J., 1988, pp. 274 ss.

³⁹ El ejemplo dado no debería llevar al lector a pensar que se sostiene que la estructura principal solamente toma en consideración delitos de resultado. En realidad, esta estructura puede aplicarse a todo tipo penal de la Parte especial que describa como presupuesto de la norma de sanción la realización de un proceso o generar un estado de cosas.

actio illicita in causa, el error de prohibición vencible, etc.⁴⁰ En todos estos supuestos existe un defecto de responsabilidad en relación a la estructura primaria, que para ser solucionada debe acudir a una estructura subsidiaria que adopte un objeto de imputación que tome en cuenta la acción precedente. Como se sabe, la doctrina dominante acude en estos supuestos a la *causa* o la *actio praecedens* para validar la antinormatividad o imputación faltante o para encontrar el elemento subrogante, aunque a mi entender no necesariamente como parte *integrante* del objeto de imputación⁴¹.

En esta segunda estructura subsidiaria de responsabilidad la característica central de su respectivo objeto de imputación es que se toma como referencia no solamente la actividad desarrollada bajo un defecto de responsabilidad o la acción resultativa defectuosa, sino también el comportamiento previo que origina el defecto. Ahora bien, que el foco se amplíe al momento de determinar el objeto de imputación no implica que estemos ante una suerte de acción global, consistente en la sumatoria de ambos tramos del suceso causal⁴². Tampoco considero adecuado entender que la *actio praecedens* funge únicamente como una instancia *coadyuvante* de la imputación de la *actio praesens* y no como verdadero elemento del objeto de imputación⁴³. En mi opinión, el verdadero objeto de imputación en todos los casos de provocación de eximentes no puede ser otro que la acción precedente, pero no considerada ella aisladamente o como productora de la provocación, sino en tanto originadora *indirecta* del delito posterior. Por ejemplo, en el caso de quien se intoxica profundamente y luego en ese estado lesiona gravemente a su adversario la acción relevante para la imputación es la de intoxicarse, en la medida en que es apta para originar la lesión posterior. En el caso de quien arrolla a un transeúnte tras una conducción de su automóvil sin respetar las reglas de tránsito, se hace responsable al sujeto por una infracción del deber de cuidado mediante una *actio praecedens* que produce luego (al realizar la *actio praesens*) la muerte del transeúnte.

Bajo esta comprensión, al autor se le imputa en la «imprudencia» (así como en los restantes casos de provocación de eximentes) una *acción resultativa*, donde el elemento que especifica la consumación del delito (el resultado) es un delito realizado bajo un defecto de responsabilidad. Puntualmente, en el caso de la imprudencia considero que se trata de un delito *mediatamente resultativo*, puesto

⁴⁰ Respecto a la *actio libera in causa*, cfr. MONTIEL, J. P., «Actio libera in causa como delito de resultado defectuoso», *Legalidad e imputación en Derecho penal*, Buenos Aires (Thomson Reuters/La Ley), 2020, pp. 594 ss.

⁴¹ Para ulteriores referencias, cfr. MONTIEL, J. P., 2019, pp. 332 ss.

⁴² Sin embargo, así lo consideré anteriormente en MONTIEL, J. P., 2019, pp. 333 ss.

⁴³ Considero que este punto de vista es asumido por los defensores de la imputación extraordinaria.

que el delito «defectuoso» (según la técnica legislativa utilizada por antonomasia) requiere el acaecimiento de un resultado de lesión (vgr. muerte, afectación de la integridad física, etc.) y a este evento únicamente se llega gracias a la ejecución de la *actio praesens*. Dicho esto y considerando entonces que el resultado se corresponde con la realización de un delito (principal) –bajo cuya descripción respectiva no puede ser castigada por la existencia de un defecto–, me inclino por denominar a estos supuestos como *delitos de resultado defectuoso*.

Prima facie esta presentación del objeto de imputación (especialmente) de los delitos «imprudentes» puede resultar algo extraña, pero, por el contrario, considero que transparenta cuál es el modo de razonamiento que muchos sectores de la doctrina utilizan al tratar su tipicidad objetiva. Para ello, invito simplemente a revisar los criterios empleados en cualquier manual de Parte general para caracterizar la imputación objetiva en los delitos «imprudentes». Por ejemplo, nuestra querida homenajead⁴⁴ y toda la doctrina absolutamente dominante⁴⁵ toma como punto de partida del análisis a la acción infractora del deber de cuidado (i.e. la *actio praecedens*) y en base a ella especialmente se analizan los criterios de creación y de realización en el resultado del riesgo no permitido. Desde esta perspectiva, la *actio praecedens* contribuye a la configuración del objeto de imputación y a la afirmación de la tipicidad objetiva del delito «imprudente». Sin embargo, el problema que encuentro aquí es que esta operación no está apoyada por el tenor literal, dado que en general los Códigos penales emplean la misma fórmula: la realización de la acción principal (i.e. la acción correspondiente a la responsabilidad principal y que padece de un defecto de responsabilidad) *mediante* o *por* «imprudencia» («por imprudencia, negligencia, impericia en su arte o profesión o inobservancia de los reglamentos o de los deberes a su cargo»). Interpreto que la referencia del legislador a la imprudencia como un *medio o un modo de realizar una actio praesens* se concilia más con la doctrina de la imputación extraordinaria que con la teoría convencional de la imputación objetiva.

Con esto pretendo mostrar que, en mi opinión, Mirentxu Corcoy Bidasolo y la doctrina dominante presenta de manera correcta el objeto de imputación en los delitos imprudentes, pues la acción de referencia es la *actio praecedens* que produce luego de manera *mediata* un resultado de lesión. Con todo, creo que ésta es una representación que solamente puede funcionar de manera correcta de *lege ferenda*, pues de *lege lata* la ley parece tomar como objeto de imputación la acción defectuosa que directamente origina el resultado de lesión.

⁴⁴ CORCOY BIDASOLO, M., 2005, pp. 325 ss.

⁴⁵ Entre muchos otros, ROXIN, C., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, t. 1, 4.^a ed., München (Beck), 2006, § 24, núm. 11 ss.; KÜHL, K., 2011, § 17, núm. 13; FRISTER, H., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 6.^a ed., München (Beck), 2013, cap. 12, núm. 25 s.

4. CONCLUSIONES

Si bien esta breve contribución ha intentado simplemente presentar una comprensión alternativa de las principales estructuras de nuestra teoría del delito, es posible derivar numerosas consecuencias sistemáticas que, en muchos casos, pueden llevar a un replanteamiento profundo de ideas largamente asentadas en nuestra disciplina.

Considero que la principal consecuencia es que lo que hoy llamamos «delito imprudente» no debe ser visto en realidad como un problema de tipo subjetivo, sino de tipo objetivo. Si la imputación y antinormatividad son presupuestos insoslayables para la existencia de un delito y sus presupuestos internos no deben experimentar modificaciones para el caso puntual, entonces la solución propuesta para estos casos debe requerir el conocimiento de las circunstancias fácticas. Por consiguiente, la diferencia entre lo que tradicionalmente se denomina delito doloso y delito imprudente finca en la adopción de un objeto de imputación diverso.

De la mano de esta primera consecuencia, surge una segunda en absoluto intrascendente: al ser necesario aceptar las mismas exigencias de imputación de primer nivel que en los delitos «dolosos», debería hablarse (como de hecho hace Marcelo Sancinetti⁴⁶) del «dolo» de la imprudencia. Bajo esta representación, la diferencia entre ambas estructuras es que el objeto de conocimiento será diferente, al ser diferente también el objeto de imputación.

Siguiendo esta misma línea vinculada al lado subjetivo de la llamada «imprudencia», las estrictas exigencias de imputación para toda estructura de responsabilidad deben conducir a dejar por fuera del Derecho penal la *culpa inconsciente*⁴⁷. En mi opinión, para abordar adecuadamente este *topoi* desde el punto de vista estructural es necesario acudir a una estructura de responsabilidad subsidiaria *de segundo nivel* (referida a la «imprudencia consciente», estructura subsidiaria de primer nivel), que tome en consideración la acción precedente de la *actio praecedens*⁴⁸. Con todo, entiendo que una remisión de este tipo pone en peligro el mantenimiento de máximas elementales del Derecho penal, como la lesividad y la culpabilidad por el hecho.

⁴⁶ SANCINETTI, M., 2005, pp. 257 ss.

⁴⁷ También en este sentido, KÖHLER, M., «Imputación subjetiva: estado de la cuestión», en ROXIN, C. et al., *Sobre el estado actual de la teoría del delito*, Madrid (Civitas), 2000, p. 83.

⁴⁸ Esta remisión a un segundo plano de análisis (aunque con argumentos diferentes) puede encontrarse en KINDHÄUSER, U., «Zur Rechtfertigung von Pflicht- und Obliegenheitsverletzung», *JRE*, 1994, p. 345, nota 23, quien alude aquí a la infracción de una incumbencia de segundo nivel.

Por último, no me gustaría dejar pasar la oportunidad para identificar otra consecuencia sistemática, incluso incurriendo en el riesgo de que ésta pueda ser malentendida. Entiendo que el sistema que esbozo aquí no entra en una contradicción interna si se acepta la aplicación de una estructura subsidiaria respecto a otra subsidiaria, puntualmente del delito de tentativa al delito «imprudente» (a la *actio libera in causa*, etc.). Dado que en este último delito se hace posible afirmar intencionalidad en el autor, la aplicabilidad de la tentativa es desde el punto de visto conceptual perfectamente imaginable. Que luego efectivamente ello pueda darse en la praxis, es algo que dependerá de una decisión político-criminal⁴⁹ o bien de cómo esté redactado el delito de tentativa, especialmente en cuanto al grado de conocimiento requerido. Pero más allá de esta cuestión, lo importante es entender que, a diferencia de lo que opina parte de la doctrina⁵⁰, de *lege ferenda* no existen razones conceptuales para dejar fuera el castigo de la tentativa en los delitos imprudentes.

Posiblemente ninguna de estas conclusiones resulte simpática a nuestra querida homenajeada y hasta incluso pueda ella razonablemente preguntarse «¿qué tipo de homenaje es éste?» Sin embargo, elijo este modo de agasajarla para rendir mi sentido homenaje a un libro y a una obra que me ha estimulado siempre a cuestionarme ideas fundamentales del Derecho penal. Pero también elijo esta manera porque conozco muy bien su disposición a discutir ideas, con lo que espero que esta cariñosa y sentida «provocación» nos permita seguir aprendiendo de Mirentxu Corcoy Bidasolo.

⁴⁹ En sentido similar, JAKOBS, G., 1997, Ap. 25, núm. 28; DUTTGE, G., «§ 15», MüKo, *Strafgesetzbuch*, 3.ª ed., München (Beck), 2017, núm. 215. Incluso STURM, F., «Das unvollendete fahrlässige Delikt», *ZStW*, 59, 1940, p. 32, ha ido más lejos y se ha pronunciado a favor de su merecimiento de pena.

⁵⁰ En contra, MAÑALICH, J. P., *Revista Chilena de Derecho*, 44, 2017, pp. 488 ss.

LA COMPLICADA DISTINCIÓN ENTRE LA IMPRUDENCIA GRAVE Y MENOS GRAVE EN LOS DELITOS DE HOMICIDIO Y LESIONES

LORENZO MORILLAS CUEVA*

I. INTRODUCCIÓN

1. El Código penal de 1995 supuso un cambio trascendental en la comprensión, sistematización y ubicación de la imprudencia en nuestros Textos punitivos. Del anterior sistema, prevalente en la Codificación española hasta el momento temporal citado, basado en la fórmula del *numerus apertus*, en el que la culpa, así denominada hasta la entrada en vigor del nuevo Código, generalmente considerada como segunda forma de la culpabilidad, junto a la primera, el dolo, era de aplicación, en principio, a todos los delitos como proclamación genérica¹. Por el contrario, el vigente Código opta por un sistema

* Catedrático de Derecho penal. Profesor Emérito de la Universidad de Granada.

¹ El entonces artículo 565 mantenía en sus dos primeros párrafos la regulación de la imprudencia temeraria, absolutamente abierta –«el que por imprudencia temeraria ejecutare un hecho que, si mediare dolo, constituiría delito, será castigado con la pena de prisión menor», y una especie de agravación, para la impericia o negligencia profesional, parcialmente restringida a los de homicidio y lesiones cuando se produjeran muerte o lesiones graves con los resultados previstos en los artículos 418 –mutilaciones o inutilización de otro órgano principal o miembro principal, privación de la vista o del oído, anulación o grave limitación de su aptitud laboral, grave enfermedad somática o psíquica o una incapacidad mental incurable–, 419 –igual conducta primera, esterilización o deformidad pero de un órgano o miembro no principal–, o 421. 2 –resultado de las lesiones, impotencia, esterilidad, deformidad, enfermedad somática o psíquica incurable, o pérdida de un miembro, órgano o sentido o quedado impedido de él– (pena superior a las marcadas en el susodicho artículo, que podría elevarse en uno o dos grados, a juicio del Tribunal, cuando el mal causado fuere de extrema gravedad). El párrafo tercero se refería a que tales infracciones fueran cometidas con vehículos a motor o ciclomotor a las que se añadía la privación del permiso o la li-

más acomodado a las legislaciones penales dentro de nuestro ámbito de cultura penal; es decir, por el de *numerus clausus*, en el que la imprudencia es únicamente punible cuando así lo determina de forma específica y para los delitos concretos el Texto penal. De tal manera lo detalla el artículo 12 –«Las acciones u omisiones imprudentes solo se castigarán cuando expresamente lo disponga la ley»–. Ello supone un importante avance en la estima del delito imprudente como diferente y autónomo del delito doloso y le da a la imprudencia un significado y alcance hasta ahora no conseguido, a pesar de los esfuerzos doctrinales al respecto y reconocido por gran parte de la actual doctrina². La nueva cerrada regulación distinguía entre imprudencia grave –equiparada a la anterior temeraria– e imprudencia leve –a la simple e igualmente destinada a las faltas–. Mantuvo, en términos generales, el homicidio (art. 142) y las lesiones (art. 152) cometidas por imprudencia profesional y con utilización de vehículos a motor o ciclomotor, con el añadido de su pena respectiva; incluye las realizadas con armas de fuego.

La jurisprudencia igualmente participa de semejante criterio diferenciador, desde el momento en que los citados cambios tienen una incidencia relevante en los efectos aplicativos del nuevo planteamiento. Así, por ejemplo, la STS 1600/2002, de 30 de septiembre, en cuanto mantiene en relación a la propia estructura del tipo, homicidio o lesiones de relevancia prioritaria para este escrito, que «si en el anterior Código Penal el delito de imprudencia era único aunque se produjeran diversos resultados dando lugar a la construcción de un solo delito, aunque fueran plurales las muertes o lesiones causadas, ahora la individualización del delito tiene por consecuencia que existen tanto delitos como resultados producidos singularmente si afectan a bienes personalísimos como la vida o integridad de las personas».

cencia de conducción por tiempo de tres meses y un día a diez años. Todo ello, sin que superaran o fueran iguales a las penas previstas para el delito doloso, en cuyo caso, se aplicaría la pena inferior a estas, en el grado que se estimara conveniente y, con criterio general en la aplicación de estas penas, los Tribunales podían actuar a su prudente arbitrio (párrafos tercero y cuarto). Por su parte, y en relación a las faltas se recogía la simple imprudencia o negligencia (art. 586 bis –mal en las personas–) y la simple imprudencia con infracción de reglamentos (art. 600 –daños en las cosas–).

² CORCOY BIDASOLO, M., *El delito imprudente. Criterio de imputación del resultado*. 2.ª ed. Montevideo-Buenos Aires (BdeF), 2005, pp. 1 ss. QUINTERO OLIVARES, G., *Parte General del Derecho Penal*. 5.ª ed., con la colaboración de Morales Prats, Navarra (Aranzadi) 2015, pp. 433 ss. –«La construcción jurídica del delito culposo ha tenido que esperar a los tiempos actuales para verse por fin realizada» (p. 433)–. MIR PUIG, S., *Derecho Penal Parte General*. 10.ª ed. actualizada y revisada, Barcelona (Reppertor), 2016, pp. 289 ss. –«El CP de 1995 dio un giro trascendental al sustituir el sistema de incriminación general de la imprudencia por el sistema de tipificación cerrada y excepcional de la imprudencia» (p. 294)–. En sentido contrario, con el mantenimiento de la imprudencia como forma de culpabilidad: COBO DEL ROSAL, M., y VIVES ANTÓN, T. S. *Derecho Penal. Parte General*. 5.ª ed. Valencia (Tirant lo blanch), 1999, pp. 633 ss. –«constituye la imprudencia la forma más leve de la culpabilidad, frente al dolo que es la más grave» (p. 633)–.

Importante reforma al respecto llevó cabo la LO 1/2015, de 30 de marzo, de modificación del Código Penal, la cual significó un nuevo impulso al sistema introducido por el legislador de 1995, fundamentalmente con afectación a los reiterados artículos 142 y 152, con influencia trascendente de la supresión de las faltas como tales, lo que supuso, en términos generales, direccionar las faltas imprudentes de homicidio y lesiones leves a la vía civil³, con el mantenimiento de los delitos de imprudencia grave de los artículos 142.1 y 152. 1 –prisión de uno a cuatro años, para el primero; y para el segundo, 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, prisión de uno a tres años, para las del artículo 149, prisión de seis meses a dos años, para las del artículo 150.– y la agravación de pena, anteriormente señalada, por utilización de vehículo a motor o ciclomotor, arma de fuego o por imprudencia profesional; y la nueva incorporación como delito de homicidio y de lesiones graves por imprudencia menos grave –pena de multa de tres meses a dieciocho meses, para el primero; tres meses a doce meses para el segundo. En ambas formas de imprudencia con sus respectivas agravaciones, excepto la profesional no contemplada para la menos grave– integrados dentro de los delitos menos graves. Semejante cambio da lugar a la dicotomía imprudencia grave-imprudencia menos grave objeto fundamental de este trabajo. Se intenta con ello el objetivo, no conseguido totalmente, y descrito por el propio Preámbulo de la Ley de lograr «una mejor graduación de la responsabilidad penal en función de la conducta merecedora de reproche, pero al mismo tiempo permitirá reconocer supuestos de imprudencia leve que deben quedar fuera del Código Penal»⁴.

La referencia más relevante, por su proximidad temporal y por su contenido, es la modificación desarrollada por la LO 2/2019, de 1 de marzo, de modi-

³ Criticado por un sector de la doctrina. Así por ejemplo, Álvarez García mantiene en cuanto a la susodicha despenalización del homicidio por imprudencia leve que constituye una decisión equivocada desde el punto de vista político-criminal, pues, «el hacer intervenir al Derecho Penal ante un resultado tan grave como es la pérdida de la vida, entendemos que es apropiado desde la perspectiva de la vocación del Derecho Penal a la tutela de los bienes jurídicos más importantes, lo que no resulta limitado por el principio de intervención mínima». ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., «Lección 1.ª Homicidio». *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial. (I) Delitos contra las personas*. Dir. Álvarez García-Coord. Ventura Püschel. Valencia (Tirant lo blanch), 2021, p. 97.

⁴ A lo que añade el susodicho Preámbulo con fortalecimiento del planteamiento despenalizador en relación a la imprudencia que «no toda actuación culpable de la que se deriva un resultado dañoso debe dar lugar a responsabilidad penal, sino que el principio de intervención mínima y la consideración del sistema punitivo como última ratio, determinan que en la esfera penal deban incardinarse exclusivamente los supuestos graves de imprudencia, reconduciendo otro tipo de conductas culpables a la vía civil, en su modalidad de responsabilidad extracontractual o aquiliana de los artículos 1902 y siguientes del Código Civil, a la que habrá de acudir quien pretenda exigir responsabilidad por culpa de tal entidad». En principio de acuerdo con semejante aseveración que, sin embargo, no ha logrado en su totalidad dicha finalidad perseguida.

ficación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de imprudencia en la conducción de vehículos a motor o ciclomotor y sanción del abandono del lugar del accidente, por la que se introducen tres supuestos de imprudencia grave, así como «una interpretación auténtica» de la imprudencia menos grave, que afecta tanto al homicidio como a las lesiones. Con respecto al primero, el número 1 párrafo 1.º queda igual; el segundo referido a su comisión utilizando un vehículo a motor o ciclomotor, hay identidad en su inciso primero con respecto a la pena –añade la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de uno a seis años–, pero incorpora una relativa interpretación auténtica para tal supuesto –«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», conducción a velocidad excesiva (1) y bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o de bebidas alcohólicas (2)–; mantiene la agravación por utilización de armas –párrafo 3.º– y por imprudencia profesional –párrafo 4.º–. En la idea del legislador de 2019 de aumentar la punición de estos delitos, así descrito en su Prólogo, luego concretada muy selectivamente, incorpora un nuevo artículo 142 bis, en el que se habilita al Juez o Tribunal para imponer, en los supuestos de imprudencia grave, la pena superior en un grado, en la extensión que estime conveniente y previa motivación, cuando el hecho revistiere notoria gravedad, en atención a la singular entidad y relevancia del riesgo creado y del deber normativo de cuidado infringido, y hubiere provocado la muerte de dos o más personas o la muerte de una y lesiones constitutivas de delito del artículo 152.1.2.º o 3.º en las demás, y en dos grados si el número de fallecidos fuere muy elevado, causados por la imprudencia en la conducción de vehículos a motor. El artículo 152 bis muestra idéntico contenido, con la obvia diferencia de no referirse a muerte sino a las lesiones señaladas en los anteriores números. Para Cancio Meliá, se trata de una agravación muy especial para supuestos específicos generadores de una conducta gravemente imprudente en las lesiones –también en el homicidio– que supera frontalmente el riesgo permitido y genera un desvalor del resultado de excepcional gravedad⁵.

Asimismo, de intensidad elevada es la modificación que se produce en atención a la imprudencia menos grave, en el número 2, tanto en el artículo 142 como en el 152: la imprudencia menos grave del párrafo 1.º queda igual a 2015,

⁵ CANCIO MELIÀ, M. «Delitos contra las personas. Lesiones». *Memento Práctico Penal*. Madrid (Lefebvre) 2021, p. 924. Asimismo, para homicidio, vid, entre otros: ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. *Lección 1.ª Homicidio* cit., pp. 109-114. DEL ROSAL BLASCO, B. «Del homicidio y sus formas». *Sistema de Derecho Penal. Parte especial*. Dir. Morillas Cueva, 4.ª ed., Madrid (Dykinson), 2021, p. 23.

en contenido y en pena; para los hechos donde se cometiera utilizando vehículo a motor o ciclomotor además pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de uno a cuatro años –queda igual. La variable más importante que se introduce, y a la que atenderé en profundidad más adelante, es la pretendida definición de imprudencia menos grave: «Se reputará imprudencia menos grave, cuando no sea calificada de grave, siempre que el hecho sea consecuencia de una infracción grave de las normas sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, apreciada la entidad de esta por el Juez o el Tribunal». Se mantiene, en los mismos términos, la utilización de armas de fuego –párrafo 3.º– y la exigencia para este apartado de denuncia por parte de la persona agraviada o de su representante legal para su perseguibilidad –párrafo 4.º– e igualmente no se contempla la imprudencia profesional en la menos grave, como ya sucedía en la redacción de 2015.

2. La narración introductoria anterior, nos lleva casi directamente al núcleo esencial de este trabajo. No obstante, procede, antes de ello, incorporar unas reflexiones con carácter general, con resumen necesario de su amplio contenido, sobre la imprudencia como tal dentro de la estructura de la teoría jurídica del delito para, de este modo, fortalecer las opiniones que he de mantener sobre la distinción normativa que de la imprudencia hace nuestro Texto punitivo relacionada con el homicidio y las lesiones.

Como he afirmado anteriormente, la entrada en vigor del Código penal de 1995 supuso en mi concepción de la imprudencia un paso definitivo para su autonomía como delito diferenciado del doloso. En ello está mayoritariamente de acuerdo la doctrina; sin embargo, en su concreción y alcance hay múltiples posibilidades de desarrollo teórico. Desde la tradicional, y ya prácticamente superada visión de la imprudencia como forma de culpabilidad hasta las más restrictivas de unificación de la imprudencia en el tipo de injusto, donde merece ser destacado el planteamiento de Jakobs, para el que la imprudencia es «aquella forma de evitabilidad en la que falta el conocimiento actual de lo que ha de evitarse»⁶. Sobre esto, pone en contacto semejante afirmación con las limitaciones del tipo objetivo que se producen por medio de la imputación objetiva por afectarla; pues penalmente solo es relevante «la previsibilidad de aquel riesgo que sobrepasa el riesgo permitido y que además es objetivamente imputable»⁷. En todo caso, para el autor alemán, semejante entendimiento de

⁶ JAKOBS, Günther. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. 2.ª ed. Trad. Cuello Contreras-Serrano González de Murillo, Madrid (Marcial Pons), 1997, p. 382.

⁷ A pesar de semejante afirmación, Jakobs no deja de manifestarse crítico con la imprudencia objetiva, en su comprensión absolutista, es decir, «si se prescinde de la reproducción subjetiva del juicio objetivo, ello es, si no se emplea el comportamiento estándar como ayuda cognoscitiva, sino que se prescribe

la previsibilidad le traslada a la doble función de esta, objetiva, donde cabe identificarse con el riesgo permitido, y subjetiva, para llevarle a la afirmación de que «al injusto de imprudencia (y no solo al de culpabilidad) pertenece la previsibilidad subjetiva»⁸. En todo caso, sitúa semejante doble coyuntura en relación a la imprudencia, tanto el elemento objetivo como subjetivo, dentro del tipo, sin atención a la culpabilidad. En España cabe citar en dicha línea, no en su total seguimiento, a Corcoy Bidasolo que lo plantea sobre la base de la imputación objetiva como delimitadora del contenido y concepto del tipo de injusto del delito imprudente, con el soporte del tipo objetivo y subjetivo de este con exclusión referencial de la culpabilidad e, incluso, de la justificación. Por tanto, lo hace en razón a un trípode analítico: el tipo objetivo del injusto imprudente, en cuanto infracción del deber objetivo de cuidado; el tipo subjetivo de dicho injusto imprudente, infracción del deber subjetivo de cuidado, donde incluye fundamentalmente los criterios de delimitación de cognoscibilidad y de la evitabilidad; imputación objetiva, juicios de imputación, creación de riesgo típicamente relevante, criterios de imputación en relación con el riesgo⁹. Lo cual la lleva, desde su percepción de objetivización de la imprudencia, dentro del tipo de injusto, y de la especial estima de la previsibilidad, a delimitar el impacto de la imputación objetiva en el delito imprudente en relación al incremento del riesgo, al fin de protección de la norma y al de la evitabilidad del resultado, aunque este último desde una perspectiva *ex post*, sobre la relación normativa, en cuanto al riesgo, entre la conducta típica y el resultado –imputación objetiva en sentido estricto–¹⁰.

como figura rectora, entonces se pierde en el tipo subjetivo, la relación con las consecuencias, y los delitos de lesión se transforman en delitos de peligro subjetivo-abstracto». *Ibid.*, p. 387.

⁸ *Ibid.*, p. 388. Aceptación por parte de Jakobs –aceptación de la doble función de la previsibilidad que es clave para la base de la imprudencia, esto es, la cognoscibilidad versus evitabilidad–, por lo que el injusto depende de las capacidades del autor respectivo para evitar la acción porque sus efectos vayan a realizar un tipo.

⁹ CORCOY BIDASOLO, M. *El delito imprudente...*cit., pp. 4-5. En su opinión el deber subjetivo de cuidado, estimado como cognoscibilidad del peligro objetivo concurrente, que se produce como consecuencia de la existencia del presupuesto objetivo del deber de cuidado motiva ya la vinculación de los aspectos objetivos y subjetivos del tipo, con lo que para la existencia del tipo imprudente «no es suficiente la constatación de un peligro objetivo. Por el contrario, para ello es necesario que ese peligro sea cognoscible por el sujeto. De esta forma el deber subjetivo delimita el contenido del deber objetivo de cuidado, al mismo tiempo que no puede determinarse el deber subjetivo de cuidado sin atención al peligro objetivo concurrente». Tal interrelación conduce a Corcoy Bidasolo a una explicación de la necesidad de acudir a un concepto de previsibilidad que no sea objetivo o subjetivo, sino individual (p. 273). *Vid.*, para más detalle, el extenso y enriquecedor contenido que, sobre estas bases, realiza la autora sobre el tipo objetivo y la infracción del deber de cuidado –pp. 11-206–, tipo subjetivo y la infracción del deber subjetivo de cuidado –pp. 207-277– e imputación objetiva y el alcance y eficacia de dicha teoría –pp. 415-602.

¹⁰ En parecido sentido, al menos en lo esencial, LUZÓN PEÑA, D. M. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. 3.ª ed., Valencia (Tirant lo blanch), 2016, p. 280. Díez RIPOLLÉS, J. L. *Derecho Penal Español. Parte General*. 5.ª ed., Valencia (Tirant lo blanch), 2020, pp. 227-242. FEIJOO SÁNCHEZ, B. J.

Sin rechazar el interés, sino todo lo contrario, de las opciones anteriores, desde mi diferente visión de la teoría jurídica del delito, la imprudencia, asimismo el dolo, muestra una doble dimensión, objetiva y subjetiva, que en el plano fenomenológico supone una entidad unitaria, pero que presenta un doble papel funcional en aquella: por un lado, es un elemento constitutivo del injusto típico, como factor relevante de la conducta realizada, pues la dirección lesiva de esta delimita el contenido de la imprudencia coadyuvando, de tal forma, a significar los contornos de la tipicidad; por otro, como nivel autónomo de la culpabilidad, se manifiesta como un postulado básico para concretar el juicio de reproche que supone la culpabilidad y graduar semejante juicio. Dicha doble posición de la imprudencia basada en la idea de esta como un todo, aunque con diversas intensidades, marca la diferencia de contenido del injusto y al mismo tiempo el reproche de culpabilidad, en el que se evidencia con autonomía propia.

Relativamente pacífico en la doctrina son los elementos básicos que fundamentan el contenido del delito imprudente, diferente es el encaje organizativo cuán partida de ajedrez, y que confluyen esencialmente en el deber de cuidado y en la imputación del resultado no querido que se pueden ver acompañados, entre otros, fijados en uno o en otro, acción típica, previsibilidad del resultado, relación causal, evitabilidad, creación de riesgo relevante. Derivación de tal perspectiva para completar mi posición, es el exigente equilibrio entre los elementos objetivos y subjetivos, sin desprecio sino reconocimiento de la función que cada uno tiene en su desarrollo; planteamiento dirigido a la también doble medida del deber de cuidado: en la tipicidad sobre el conocimiento y la voluntariedad de la acción provocadora de un actuar descuidado que, en sí mismo, supone la infracción de dicho deber que va a producir un resultado típico no querido; en la culpabilidad, el reproche individualizado y subjetivo por lo que, en concreto, ha realizado, se dirige a la capacidad real en clave fundamentalmente de experiencia y conocimiento. Capacidad que no es identificable necesariamente con imputabilidad/inimputabilidad sino con la actitud del sujeto y su cota subjetiva de actuación. Semejantes reflexiones me llevan, para terminar esta escueta presentación dogmática de la imprudencia con la propuesta definitoria que marca el compromiso con el delito imprudente, en los términos analizados: «la acción u omisión voluntaria pero no intencional ni maliciosa que infrin-

Homicidio y lesiones imprudentes. Requisitos y límites materiales. Eds. OLejnik, Santiago de Chile –impreso en Argentina– (OLEjnik), 2021, pp. 21 ss. También un sector de la jurisprudencia se asienta en la especial relevancia de la imputación objetiva, *Vid.*, por todas: SSTS 1382/2000, de 24 de octubre, y 421/2020, de 22 de julio.

ge un deber de cuidado exigible personalmente al autor por el que se crea un riesgo previsible y evitable que produce un resultado lesivo penalmente relevante y no querido por aquel»¹¹.

II. IMPRUDENCIA GRAVE Y MENOS GRAVE EN LOS DELITOS DE HOMICIDIO Y LESIONES. ESPECIAL CONSIDERACIÓN A LOS COMETIDOS UTILIZANDO VEHÍCULOS A MOTOR O CICLOMOTORES

1. Sobre lo avanzado en el epígrafe anterior, cumple ahora determinar, en la manera de lo posible, la diferencia entre las dos formas de presentar el hecho delictivo imprudente. Como ya ha sido adelantado se trata de las tipificadas imprudencia grave y menos grave¹²; todo ello, como no puede ser de otra manera dada la exclusiva regulación de esta última, dentro de los delitos de homicidio y lesiones. Tarea ella no especialmente fácil, dada las titubeantes reglas de determinación y las escasas propuestas normativas al respecto. Su relevancia, sin embargo, es evidente, sobre todo en los delitos contra la seguridad vial y, para nuestro interés, los reiterados de homicidio y lesiones, en relación con aquellos. Como pone de manifiesto la citada STS 421/2020, de 22 de julio, las fórmulas elegidas por el legislador para definir estas infracciones penales son bastante refractarias a su encaje en moldes precisos lo que las conducen a «vaporosas» distinciones legales que muestran la necesidad de acotaciones y pronunciamientos que, previsiblemente, habrán de sucederse para progresivamente contribuir a alumbrar unas mínimas pautas o estándares que guíen la atormentada tarea de fijar unas fronteras entre la imprudencia grave, la menos grave y la leve esta última para su remisión al ámbito civil. Tanto doctrina como jurisprudencia, ante la falta realmente válida de criterios legales de distinción, muestran con bastante frecuencia pautas conceptuales y diferenciadoras entre imprudencia grave y leve, más limitadas con respecto a los menos grave, posiblemente por su todavía cortedad aplicativa, generalmente fundamentadas, en lo concreto, sobre valoraciones subjetivo/objetivas del aplicador de la norma, no exentas,

¹¹ Acerca de mi opinión sobre el delito imprudente, vid, con mayor extensión: MORILLAS CUEVA, L. *Sistema de Derecho Penal. Parte General*. Madrid (Dykinson) 2018, pp. 741-837.

¹² Díez RIPOLLÉS añade una nueva modalidad no expresamente contenida en el Texto punitivo como tal. Díez RIPOLLÉS, J. L. *Derecho Penal...cit.*, pp. 237-238. Se trata de la «notoria gravedad» a la que identifica con la narrada en los artículos 142 bis y 152 bis y que no deja de ser una fórmula agravatoria de la imprudencia grave, como refieren los propios artículos citados y sobre los conceptos ya vistos en este escrito *supra*.

en verdad, de determinados ámbitos de referencia, más cuantitativos que cualitativos, normalmente admitidos de forma pacífica.

De cualquier manera, y como aproximación general, son relativamente frecuentes sentencias tanto del Tribunal Supremo, como, en mayor medida, de Audiencias Provinciales en las que desde semejante dimensión se han desarrollado propuestas definitorias para poder encajar las diferencias más notables de la trilogía imprudencia grave, menos grave y leve, con el alcance ya narrado con anterioridad. Para ellas la primera consiste en «la absoluta falta de previsión y cuidado por desprecio de las normas de cautela que aun la persona menos cuidadosa hubiera atendido»; la segunda, es referida como «la ausencia u omisión de medidas de cuidado que adoptaría una persona medianamente diligente»; la tercera y última, excluida del ámbito penal, la leve, sería «la ausencia u omisión de medidas de cuidado que adoptaría una persona extremadamente cuidadosa» (*Vid.*, entre otras muchas, las SSTS 805/2017, de 11 de diciembre, 421/2020, 22 de julio, 421/2020, de 22 de junio, 284/2021, de 30 de marzo. SSAP de Burgos 427/2021, de 31 de mayo, de Murcia 143/2021, de 14 de mayo, de Badajoz 200/2021, de 2 de junio, de Madrid 225/2021, de 29 de junio).

En todo caso, como puede comprobarse, son aproximaciones definitorias emanadas de la experiencia judicial, previamente valoradas por los propios Tribunales, pues según señala la SAP de Sevilla 318/2017, de 30 de junio, en nuestro derecho positivo no hay módulos legales que sirvan para medir la intensidad de la imprudencia a los efectos de calificarla como grave, menos grave o leve, aunque parte, la propia sentencia, con reproducción de lo mantenido por la STS 966/2003, de 4 de julio, de que, «sin duda alguna, el criterio fundamental para distinguir entre ambas clases de imprudencia ha de estar en la mayor o menor intensidad o importancia del deber de cuidado infringido, ya que la infracción de tal deber constituye el núcleo central acerca del cual gira todo el concepto de imprudencia punible». Mas, este criterio, se reconoce con razón, es demasiado genérico como para que pueda servir en los casos dudosos a los efectos de encuadrarlos en una u otra de tales modalidades bien sea en la grave o menos grave, o, para la anterior formulación, la leve.

Ciertamente, como señala Feijoo Sánchez centrado en la tradicional distinción entre imprudencia grave y leve, pero ampliable asimismo a la actual menos grave, ante la dificultad de fijar un límite material de resolución general la concreción diferenciadora depende de los órganos judiciales, sobre una valoración bastante libre que, en ocasiones, puede rozar el principio de seguridad

jurídica¹³. Dicho lo anterior, también es verdad que tanto una, doctrina –más centrada en la generalidad de la gravedad de la infracción de la norma de cuidado¹⁴–, como otra, jurisprudencia, se han afanado en unificar una serie de criterios que atenúen el impacto inicialmente discrecional de los Tribunales. De tal modo, la STS 54/2015, de 11 de febrero, mantiene, que la diferencia entre dichas modalidades de imprudencia se encuentra, por un lado, 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 jurídicos afectados y las posibilidades mayores o menores de que se produzca el resultado, y, por otro, en la valoración social del riesgo, «pues el ámbito concreto de actuación puede autorizar algunos particulares niveles de riesgo»¹⁵.

Desde tales perspectivas cabe distinguir el grado de imprudencia conforme a los siguientes parámetros marcadamente objetivos y sistemáticamente agrupados: a) la mayor o menor falta de diligencia en la actividad o acción que constituye la dinámica delictiva, es decir, en la omisión del cuidado que se ha de tener en el obrar; b) la mayor o menor previsibilidad del evento, como acontecimiento o resultado, medida de acuerdo con la clase de conducta que desarrolla el autor; c) el mayor o menor grado de infracción que reporte el incumplimiento del deber que exige la norma socio-cultural de la convivencia social, y la específica que normativiza y reglamenta ciertas y concretas actividades; d) la jerarquía de los bienes jurídicos que se ponen en peligro y con la posibilidad concreta de la producción del resultado lesivo. Como puede comprobarse dichas propuestas son orientativas y dejan, de todas formas, un amplio margen para la decisión judicial.

De la combinación, más o menos equilibrada, de tales hipótesis, es posible completar los contenidos de los diferentes grados de imprudencia penal, mediatizados por la actual regulación de esta en el Texto punitivo español donde la prioridad absoluta se centra en la imprudencia grave, acompañada de manera residual por la menos grave y la exclusión típica de la leve. Con semejante opción de protagonismo cuantitativo cabe residir la imprudencia grave en la omisión de las elementales normas de cuidado que cualquier persona debe observar en los actos de la vida ordinaria y se caracteriza por impresiones que eran fácilmente asequibles y vulgarmente previsibles, así como por la desatención grosera relevante de lo que es exigible a cualquier persona. Ello conlleva, desde, mi

¹³ FEIJOO SÁNCHEZ, B. «La imprudencia en el Código Penal de 1995 (cuestiones de «lege data» y de «lege ferenda»». *Cuadernos de Política Criminal*. núm. 62, 1997, p. 331.

¹⁴ ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. *Delitos contra las personas*...cit, p. 106.

¹⁵ En parecido sentido, SSTS 2235/2001, de 30 de noviembre, 270/2005, 22 de febrero, 421/2020, de 22 de julio.

punto de vista, que además de la conformidad objetiva que entraña principalmente en este caso la omisión de las más elementales normas de cuidado, la subjetiva, como aditivo a aquella, aplicable al individuo que se juzga, atendiendo a sus circunstancias intelectuales y al ámbito de su conocimiento.

En cualquier caso, lo fundamental en la distinción es la gravedad o la entidad del descuido y no tanto del resultado producido que puede ser aleatorio. La encadenación de la valoración se puede plantear, atendiendo a las posteriores afirmaciones, de la siguiente manera: el autor de una imprudencia leve es menos descuidado o más diligente que el de una imprudencia grave¹⁶ y el de una imprudencia menos grave ha de serlo más descuidado o menos diligente que el de una imprudencia leve y menos descuidado y más diligente que el de una imprudencia grave. Semejante juego de palabras, incluso de conceptos, pone de manifiesto la dificultad de valoración judicial al respecto y el deslizante terreno donde se mueve.

No obstante, lo anterior, es posible en un plano de reflexión teórica valorar diversas posibilidades interpretativas en torno a ella. De dicha manera se han ofrecido por doctrina científica, jurisprudencia e incluso por dictámenes y resoluciones de Fiscalía¹⁷ algunos criterios por los que poder caminar en esta no fácil distinción entre imprudencia grave y menos grave y que en síntesis son: a) sustituir con todo su alcance y consecuencias la dicotomía imprudencia grave/leve por la de imprudencia grave/menos grave –es el objetivo del legislador, que ha de justificar, en principio, la comprensión autónoma de la imprudencia menos grave–; b) identificar directamente los anteriores supuestos de imprudencia leve con los actuales de menos grave –se trataría exclusivamente de un cambio de etiquetas, tan engañoso como la transformación de las faltas en delitos leves–; c) desgajar de la imprudencia leve no en su totalidad sino solo en los casos de mayor gravedad y no restar ninguno de la imprudencia grave; d) mantener que la imprudencia menos grave abarcaría supuestos que antes quedaban englobados dentro de la imprudencia grave –figura subsidiaria de la imprudencia grave, en cuanto la menos grave sería, dentro de los contornos de cierta gravedad, la que no es grave, con la ventaja de que vaciaría en parte de contenido, en determina-

¹⁶ FEIJOO SÁNCHEZ, B. *La imprudencia...*cit., pág. 332.

¹⁷ Así: ORTS BERENGUER, E., y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. *Compendio de Derecho Penal. Parte Especial*. 8.ª ed., Tirant lo blanch. Valencia, 2019, pp. 339. ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. *Delitos contra las personas...*cit., p. 101. MOLINA FERNÁNDEZ, F. «Dolo, imprudencia y error». *Memento Práctico Penal*. 2021 cit., pp. 326-328. SSTS. 421/2020, de 22 de julio, 284/2021, de 30 de marzo. VARGAS CABRERA, B.: *Dictamen 2/2016 del Fiscal de Sala Coordinador Seguridad Vial: La LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal. Los nuevos conceptos de imprudencia grave y menos grave de los artículos 142 y 152 CP y su incidencia en la actuación especializada del MF para una efectiva protección penal de la Seguridad Vial* (en adelante Dictamen 2016), Madrid, julio 2016, pp. 16-20.

dos supuestos, al homicidio y a las lesiones imprudentes graves–; e) fórmula integradora o mixta en la que la imprudencia menos grave aparece compuesta de manera conjunta y simultánea tanto por supuestos antes calificados de imprudencia leve como de imprudencia grave: los casos más graves de la imprudencia leve y los menos graves de la imprudencia grave.

En mi opinión no se trata de propuestas alternativas sino de un arranque normativo, la primera de ellas, pues el Código penal fija las dos gradaciones únicas y diferenciadas; las otras tres son variables aplicativas –excluyo la identidad total de la imprudencia leve con la menos grave, en forma de sustitutivo directo, la cual me parece intolerable incluso como criterio adicional–, a decidir por el juez teniendo en cuenta los criterios separadores referentes antes indicados que, aunque orientativos, han de marcar la ruta a seguir con cierta coherencia¹⁸. Sobre tales parámetros y en atención, asimismo, a los criterios orientativos *supra* indicados se puede llegar, como hace el susodicho Dictamen 2016, con el que en parte estoy de acuerdo, a la consideración de menos grave «cuando la vulneración del deber normativo de cuidado, aun siendo relevante, no alcanza la suficiente gravedad o cuando constatada esta las circunstancias concurrentes o infracciones de la víctima obliguen a la desvaloración o degradación».

2. Desarrolladas, en el epígrafe anterior, las diferencias entre imprudencia grave y menos grave desde una perspectiva generalista e, incluso, de definición conceptual, cumple, ahora, situarlas concretamente en su relevante ubicación y agravación, con el uso de vehículos a motor o ciclomotor, tanto en el homicidio –art. 142, 1, párrafo 2.º y 2, párrafo 2.º– como en las lesiones –art. 152, 1, párrafo 2.º y 2, párrafo 2.º– Las valoraciones han de ser compartidas para ambos delitos dada la prácticamente identidad en sus planteamientos, con excepción lógicamente de la conducta típica básica y de las penas a aplicar¹⁹.

En ambos casos y delitos, el legislador nos ofrece una variable de definición auténtica de ambas, incompleta y de muy corto alcance. En primer lugar, se refiere a la imprudencia grave a la que no concreta y su redacción se reduce

¹⁸ DEL ROSAL BLASCO estima, sin embargo, que semejante incorporación de la imprudencia menos grave es simplemente una transformación de la antigua imprudencia leve a menos grave, bajo las mismas coordenadas interpretativas. DEL ROSAL BLASCO, B.: *Del homicidio...* cit. p. 20.

¹⁹ Dadas las características de este trabajo, voy a omitir en este epígrafe el análisis detallado del homicidio y lesiones imprudentes cometidas utilizando arma de fuego o por imprudencia profesional (figura esta únicamente reglada en la imprudencia grave). Igualmente, las agravaciones el artículo 142 bis y 152 bis ya tratadas *supra*. Ambas agravaciones, imprudencia profesional y las últimas citadas, al ser exclusivas de la imprudencia grave muestran una real diferencia con la imprudencia menos grave, desde semejante perspectiva.

a una especie de ejemplo de indeterminado concepto global, con la puntual referencia de la necesaria estimación como imprudencia grave cuando se refiere a alguna de las circunstancias previstas en el artículo 379 que concurra y determine la realización del hecho, como ya se ha adelantado con anterioridad. Dos cuestiones al respecto: a) ello supone una clara diferenciación *ex ante* con la imprudencia menos grave, en la que no se requiere; b) al emplearse restrictivamente el término «en todo caso» se está indicando que con el supuesto expresamente descrito para el susodicho artículo 379 –y no para el 380, imprudencia temeraria, a la que no alude el 142 o 152, que quedaría excluida y que muestra su propia adaptación–, no se completa el contenido de la imprudencia grave sino que esta queda abierta a otras hipótesis, siempre que se den la exigencias generales para su calificación como grave.

Algo parecido, en cuanto a endebles conceptual, sucede con la «referencia definitoria» que se hace en el número 2 de la imprudencia menos grave, por exclusión de la grave. A lo que añade otra dimensión, igualmente restrictiva, que lleva más a la confusión que a la claridad y ocupada exclusivamente por la circulación vial; esto es, y completo lo avanzado *supra*, cuando la imprudencia sea consecuencia de una infracción grave de las normas sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, contenidas en la Ley de dicho nombre, en su artículo 76, siempre que sea apreciada en tal sentido su entidad por el Juez o Tribunal –como bien dice la STS 284/2021, de 20 de marzo, no se está ante una definición excluyente y totalizadora, sino únicamente ante una indicación orientadora. Que a diferencia de la grave no contiene el inciso «en todo caso», lo que posibilita con mayor nitidez la posible presencia de otros supuestos–. Con ello se abre la puerta a una administrativización de la normativa penal, de difícil aceptación en base a los principios de *ultima ratio* del Derecho penal y de proporcionalidad y a una amplia discrecionalidad judicial al respecto, que, dada la redacción y alcance de la presencia de dicha remisión administrativa, puede ser hasta aconsejable.

En todo caso, y desde semejante perspectiva, no siempre el desarrollo de una infracción grave de tráfico del artículo 76 de la Ley conlleva su automatismo al ámbito penal, a través de la imprudencia menos grave, depende de los casos a tratar. Ciertamente es, y así lo entiende el legislador, en el supuesto de infracciones de tráfico graves o, incluso muy graves, que no lleven por sus condiciones en el supuesto de hecho a tratar a la apreciación de imprudencia grave, podrán derivar en imprudencia menos grave, en la perspectiva penal y con la adecuada apreciación judicial. Dicho lo anterior y, en sentido inverso, cabe asumir, como hace la citada STS 284/2021, de 30 de marzo, que, aceptada la presencia objetiva de una infracción grave, no sea calificada como

imprudencia menos grave, ya sea porque se estime por el Juez o Tribunal con la suficiente entidad para ser integrada en la imprudencia grave, ya sea porque desde la grave infracción administrativa viaria concreta, la imprudencia originada no vaya más allá de la imprudencia leve excluida del ámbito penal. Gráfica es la deducción que hace la reiterada STS 284/2021, según la cual en tales supuestos, el Juez no puede quedar convertido en esclavo de la catalogación administrativa; y que concluye con una categórica aseveración al respecto, que debe ser tenida, con los matices necesarios, muy en cuenta: «no es admisible otra interpretación que la de dejar esa escapatoria al arbitrio judicial descartando una dependencia absoluta de la calificación penal de la imprudencia respecto a la catalogación administrativa, menos precisa, más brocha gorda. Un absoluto automatismo es rechazable».

Siento que esta última es la interpretación menos mala, en el objetivo de evitar la directa intervención del derecho administrativo en el ámbito penal, cuyo fundamento, el de aquel, es más garantista y respetuoso con los principios básicos limitadores del *ius puniendi* estatal. Por ello no deja de sorprender, al menos a mí, la Proposición de Ley de modificación del Código Penal en materia de imprudencia en la conducción de vehículos a motor o ciclomotor, presentada por el Grupo Parlamentario Socialista, con fecha de 22 de julio de 2021, en trámite actualmente –noviembre 2021–, y cuyo objetivo principal y prácticamente único es eliminar, precisamente, que el Juez o Tribunal pueda discrecionalmente apreciar la inexistencia de delito cuando exista una infracción catalogada como grave en la Ley de Seguridad Vial. Se pretende con ello, que cuando las lesiones son relevantes o se causa la muerte, «se considere objetivamente delito si el causante comete una infracción considerada como grave». Loable esfuerzo, en principio, para afrontar determinados resultados de lesiones o muerte imprudente; pero me parece innecesario la instrumentalización de las normas sancionadoras administrativas, cuando el Derecho penal tiene suficientes mecanismos para sancionar con semejante perspectiva tales supuestos, sin llegar al confusionismo entre aquel y el punitivo, en el caminar hacia una no deseable objetivización y expansionismo, alejado cada vez más de su función de *ultima ratio*.

III. A MANERA DE CONCLUSIÓN

Me es necesario para finalizar mostrar la convicción de la dificultad que supone una cerrada exposición de criterios y definiciones que separen con claridad la imprudencia grave de la menos grave. Los intentos legislativos no han

dado el fruto suficiente para ello; sin embargo, los esfuerzos tanto de la jurisprudencia como de la doctrina expuestos y valorados en el texto suponen un cierto avance, no consolidado en su totalidad, por lo que hay que seguir trabajando al respecto, tanto desde la dogmática como desde la práctica. Con estas cautelas y asentada mi opinión en el garantismo propio del Estado social y democrático de Derecho y en el principios de intervención mínima, esencial en el Derecho penal, y en su caso, cuando proceda, de despenalización, estimo que hay que partir de una adecuada interpretación y alcance del deber de cuidado, sobre los cuales buscar con imaginación y atendiendo a la realidad social y a la exigencia de seguridad jurídica parámetros de confluencia; pero, al mismo tiempo, de distinción entre la imprudencia grave y la menos grave, posiblemente en una derivación controlada de mayor a menor dentro de los factores que alumbran la gravedad de una y de otra, con estimación de la menos grave como intermedia, por tener su límite máximo en la grave, una vez determinada y con cesión de supuestos no especialmente intensos a la menos grave y su límite inferior en la leve, lo que no ha de significar necesariamente la total exclusión de los casos antaño leves, pero con la suficiente fuerza para entrar en esta área intermedia, siempre sobre las garantías mínimas exigibles para semejante reconducción, que ha de ser excepcional.

LA FUNCIÓN DE LLAMADA DEL TIPO POSITIVO EN EL ERROR SOBRE LOS PRESUPUESTOS DE UNA CAUSA DE JUSTIFICACIÓN

ÍÑIGO ORTIZ DE URBINA GIMENO*

I. REGULAR LO INNECESARIO Y NO REGULAR LO QUE HACE FALTA: EL ERROR SOBRE LA NORMA DE MANDATO Y SOBRE LA DE PERMISIÓN

Un buen número de ordenamientos de nuestro entorno jurídico regula expresamente el error sobre los presupuestos de las normas de mandato pero no se pronuncia sobre el que recae sobre los de las normas de permiso¹. Desde el punto de vista político-criminal la situación es justo la contraria a la que debería darse: conforme a la concepción mayoritaria del dolo, la regulación del error sobre los presupuestos de una norma de mandato es innecesaria para conseguir

* Profesor titular, Universidad Complutense de Madrid.

¹ Una nota sobre la terminología. En lo sucesivo, al hablar de «error sobre los presupuestos», se excluyen los que consisten en la suposición de la existencia de causas de justificación realmente no existentes o la de requisitos/extensión distintos de los reales en las que sí existen. Esto mismo se podría conseguir, siguiendo las observaciones del maestro de la homenajeada sobre la confusión a la que ha abocado la traducción de «Tatbestand» como «tipo» en lugar de como «supuesto de hecho», según se hace en el resto de la teoría jurídica (v. MIR PUIG, S. *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, 1.ª ed., Barcelona, Bosch, 1979, p. 77), hablando de «error sobre el supuesto de hecho». Sin embargo, esta denominación resulta problemática en cuanto puede hacer surgir dudas sobre la inclusión o no de los elementos normativos. Al respecto, se acepta la usual respuesta afirmativa corta, indicando que junto a los hechos brutos existen los hechos institucionales (PUPPE, I., «Irrtum über Tatumstände», en Kindhäuser, Neumann, y Paeffgen –eds.–, *Nomos Kommentar zum StGB*, Nomos, Baden-Baden, 5.ª ed., 2017, p. 828, n. 116). Por razones puramente estilísticas, en el texto también se utilizarán las expresiones «error de tipo positivo/negativo» y «sobre la norma de mandato/permisión».

los objetivos regulatorios mayoritariamente pretendidos (impunidad del error invencible, punición a título de imprudencia, en su caso, del vencible), lo que no ocurre en el caso del error sobre los presupuestos de las normas de permiso (siendo el objetivo regulatorio así mismo más polémico).

El error de tipo es una institución innecesaria para conseguir el efecto regulatorio aludido porque, habiendo acuerdo en que el dolo debe abarcar todos los elementos típicos esenciales, la falta de adecuada representación de uno de ellos ya por definición (esto es: tautológicamente) excluye la existencia del dolo. Que a pesar de ello pueda subsistir responsabilidad por imprudencia es también una cuestión para la que no hace falta pronunciamiento legislativo específico alguno: si no hay dolo pero se ha cometido un hecho imprudente, este se podrá sancionar, o no, conforme a la regulación de la imprudencia en el sistema en cuestión. Es por lo tanto equivocado, o al menos ambiguo, hablar del error de tipo como una «causa de exclusión» del dolo, toda vez que no estamos ante supuestos en los que algo (el dolo) exista y luego se excluya (por la operación del error de tipo), sino que, por la propia definición de dolo, el desconocimiento de algún elemento del tipo es incompatible *ab initio* con su existencia. Que esto no sea generalmente percibido es seguramente debido a una limitación de la teoría jurídica del delito denunciada por la homenajeadora ya en su tesis doctoral: esta se ha construido a partir del delito doloso, con indebida postergación del tipo imprudente, en demasiadas ocasiones considerado una suerte de forma de responsabilidad residual y definida negativamente por la ausencia de dolo².

La situación es distinta en el caso del error sobre los presupuestos de una causa de justificación. Cuando un sujeto actúa justificadamente, su dolo abarca el supuesto de hecho de la norma de mandato (matar, lesionar, dañar, etc.), aunque esto resulte finalmente irrelevante en términos prácticos porque el cumplimiento de los requisitos de la norma permisiva bloquea la aplicación de la consecuencia prevista en la norma de mandato. Este efecto de bloqueo, sin embargo, no puede ocurrir si el sujeto yerra sobre los presupuestos de la norma de permiso: en este caso existirá igualmente dolo respecto de los presupuestos de la norma de mandato (se sabe y al menos se acepta que se está matando, lesionando o dañando, etc.), pero no se puede aplicar la norma de permiso por no darse sus presupuestos. Lo anterior en principio habría de conllevar la aplicación del tipo

² V. CORCOY BIDASOLO, M., *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*. Barcelona (PPU) 1989, pp. 31-32 y 47-49 (análisis crítico de la teoría del error). Existe una edición posterior, publicada en 2005 en la colección «Maestros del Derecho penal» de BdeF (como se ve, maestros y maestras: también en esta faceta la homenajeadora ha sido pionera). Dado que, corrección de errores materiales al margen, la nueva edición respeta el contenido de la previa, cito por mi muy usado ejemplar de la primera.

doloso, si bien en términos prácticos este resultado se ve luego excluido o minorado mediante la aplicación de las reglas del error de prohibición. Estas últimas resultan aplicables puesto que quien erradamente cree que concurre una causa de justificación también, y por ese mismo motivo, entiende que su conducta está permitida³. Esto supone, en una mayoría de ordenamientos, que en caso de que el error sea invencible la consecuencia será la impunidad, y en caso de que sea vencible se aplicará la penalidad del delito doloso rebajada (en algunos ordenamientos de forma obligatoria, en otros, facultativa).

La unanimidad axiológica desaparece en el caso del error sobre la norma permisiva. Una mayoría de autores considera la aplicación de la regulación del error de prohibición excesivamente rigurosa⁴, razón del éxito práctico del conjunto de propuestas reunidas bajo la denominación de «teoría limitada de la culpabilidad», mientras que una minoría, los partidarios de la teoría estricta de la culpabilidad, lo considera adecuado, con base en dos argumentos principales: por un lado, la necesidad de diferenciar los niveles valorativos/normológicos subyacentes a las categorías de la tipicidad y la antijuridicidad; por otro, la «función de llamada» que supondría que el sujeto que yerra sobre el tipo permisivo sí sabe que su conducta cumple el supuesto de hecho de la norma de mandato (el tipo positivo)⁵. En otras ocasiones me he ocupado del primer argumento, que considero fracasado⁶. En esta, me ocuparé del segundo.

³ Ciertamente, entiende que está permitida en el caso concreto (error indirecto de prohibición), y no de forma general, porque quien causa lesiones en legítima defensa putativa no desconoce que lesionar dolosamente a otra persona –sin que concorra una causa de justificación– está penalmente prohibido. Pero el tenor literal de la regulación del error de prohibición habla en términos generales del desconocimiento de la antijuridicidad penal de la conducta por el sujeto, sin restringir las posibles fuentes de error. Pretender, como hace Neumann, que la regulación del error de prohibición del § 17 StGB (aquí equivalente al 14.3 CP), solo acoge el error directo de prohibición («tesis de la exclusividad»: v. NEUMANN, U., «Irrtümer auf der Ebene der Rechtswidrigkeit», en Hilgendorf, Kudlich, y Valerius –eds.–, *Handbuch des Strafrechts. Band 2. Strafrecht Allgemeiner Teil I*, Heidelberg (C. F. Müller), 2020, pp. 927 ss. –945–; le sigue PUPPE, I., *Nomos Kommentar*, p. 824), es una interpretación contraria al tenor literal de dicha disposición y contra reo, ergo inadmisibles.

⁴ Reconoce que aquí está la clave de la cuestión (y lo critica) PAEFFGEN, H. U., «Zur Unbilligkeit des vorgeblichen ‘Billigen’ –oder: Höllen-Engel und das Gott-sei-bei-uns-Dogma», en Freund *et al.* (eds.), *FS-Frisch*, Berlín (Duncker & Humblot), 2013, pp. 403-422 (p. 409): «La principal objeción sustantiva y al mismo tiempo el exorcismo contra la ‘obra del diablo’ de los autores que defienden la teoría estricta de la culpabilidad consiste básicamente en la supuesta injusticia de dicha concepción, que muchos sienten de forma profunda».

⁵ Describen la importancia que este argumento ha tenido en el tratamiento del error y lo enjuician de forma crítica, MÁÑALICH, J. P., «Sobre la conexión funcional entre el dolo y la consciencia de la antijuridicidad en el Derecho penal Chileno», en *Revista de Estudios de la Justicia* 16, 2002, p. 22, n. 13 y STEIN, U.: «§ 16» en WOLTER, J. (ed.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch. Band I. §§ 1-37 StGB*, 9.ª ed., Carl Heymann, Colonia, 2017, pp. 439-440.

⁶ EN ORTIZ DE URBINA GIMENO, Í., «De moscas y agresores muertos. Argumentos a favor de una teoría jurídica del delito bipartita más allá (y a pesar de) la teoría de los elementos negativos del

Aunque el argumento de la función de llamada del tipo fue propuesto desde la minoritaria teoría estricta de la culpabilidad⁷, este extremo es considerado correcto también por partidarios de la teoría limitada de la culpabilidad. Por un lado, por parte de quienes, para marcar la diferencia con el error de tipo positivo, insisten en considerar la conducta dolosa⁸ y se resisten a la consagración legislativa de la solución que, sin embargo, proponen por vía de analogía. Por otro, por quienes, considerando esta clase de error como un error de tipo, entienden que la función de llamada del tipo positivo justifica un análisis peculiarmente estricto de la invencibilidad del error. El examen de la cuestión, por tanto, colinda con/se introduce en uno de los temas más reconocidos de la extensa y justamente ponderada obra de Mirentxu Corcoy: la imprudencia. Me propongo así cancelar una pequeña parte de la gran deuda (término que a pesar de su corrección descriptiva ella seguramente rechazará) que tengo con Mirentxu, que en el plano intelectual comenzó con mi lectura de la que fue su tesis doctoral.

II. LA EXISTENCIA DE DOLO EN LOS SUPUESTOS DE ERROR SOBRE EL TIPO PERMISIVO COMO PRESUPUESTO DE LA «FUNCIÓN DE LLAMADA» DEL TIPO POSITIVO

Aunque la existencia de legítima defensa implique su exención de responsabilidad, quien lesiona a su agresor actúa con dolo respecto del delito de lesiones, del mismo modo que quien fractura el candado exterior de una puerta para ayudar a otras personas a salir de un edificio que se está incendiando actúa con dolo respecto del delito de daños, aunque su conducta esté cubierta por un estado de necesidad. La cosa no cambia respecto de la existencia del dolo si en lugar de existir una agresión ilegítima o una situación de necesidad

tipo», en *InDret* 3/2008, pp. 1-42 y «El error sobre los presupuestos fácticos de una causa de justificación: argumentos para su consagración legislativa», en (coords.), *La justicia como legalidad. Estudios en homenaje a Luis Ortiz Quiroga*, Santiago, Thomson Reuters, 2020, pp. 237-263.

⁷ La prioridad cronológica y la terminología se atribuyen a NAKA, Y.: «Die Appellfunktion des Tatbestandsvorsatzes», *Juristen Zeitung* 1961, pp. 210-211, y su popularización se debe a Welzel.

⁸ Aunque no solo por ello: también resulta importante el problema, en el caso de los delitos especiales, del aprovechamiento por otra persona del error sobre la permisión de quien actúa. Sin embargo, este problema también se da cuando quien actúa lo hace en error de tipo positivo, sin que estos mismos autores sostengan la existencia de dolo en tal caso (dada la regulación del error de tipo en Alemania y en España, esto solo podría sostenerse *lege ferenda*). Esta diferencia de tratamiento, en muchas ocasiones ni siquiera percibida (sí por NEUMANN, *Handbuch des Strafrechts*, 2020, p. 958), permite suponer que para estos autores la función de llamada del tipo positivo cumple una función importante.

reales estas fueron erróneamente percibidas por quien actúa⁹. Lo anterior es negado por la Teoría de los Elementos Negativos del Tipo (TENT) y su propuesta de un tipo global de injusto, compuesto por una faz positiva y otra negativa. Sin embargo, esta en principio atractiva noción fracasa por su incapacidad para explicar de forma coherente en qué pueda consistir el dolo de un tipo tal de injusto. La propuesta más avanzada desde la TENT afirma que en el tipo global de injusto el dolo se bifurca, manteniéndose las exigencias cognoscitivas y volitivas del concepto clásico respecto a la faz positiva pero bastando la existencia de «co-consciencia» (*Mitbewusstsein*) para la negativa, como basta para ciertos elementos del tipo positivo, por ejemplo la condición exigible para la autoría en los delitos especiales o la posición de garante en la comisión por omisión. Sin embargo, y más allá de los problemas de la propia idea de co-consciencia, la analogía fracasa. En los casos aludidos la condición de que se trata (por ej., ser funcionario, o haber aceptado trabajar como socorrista) precede a la conducta, y en algún momento (por ej., en el de acceder al cargo/celebrar el contrato) se debió tener conciencia específica de ella, quedando después relegada a la memoria, de donde puede ser inmediatamente recuperada. En el caso de la faz negativa del tipo global de injusto lo que se afirma por la TENT es que el sujeto es co-consciente, no de la existencia, sino de la inexistencia de los presupuestos de una causa de justificación. Sin embargo, en este caso no existe la posibilidad de activación de un conocimiento latente y no actualizado que caracteriza estas otras situaciones, por lo que no se puede hablar de conocimiento, ni siquiera en este sentido derivado del término.

En el actual estado de la teoría jurídica del delito, por tanto, debe concederse el punto de partida del argumento de la función de llamada del tipo: quien actúa justificadamente o así lo cree actúa con dolo respecto de la norma de mandato infringida. Sin embargo, aceptar este punto de partida no significa aceptar que de la existencia de dolo se desprenda una «función de llamada» –o alerta– sobre el posible carácter antijurídico de la conducta que implica el surgimiento de un deber especialmente intenso de verificación de la existencia de la situación justificante.

Los partidarios de la TENT y en general los opositores a la teoría estricta de la culpabilidad suelen rechazar la idea de la «función de llamada» del tipo refiriéndose a los efectos que sobre la motivación del autor (y por lo tanto para contrarrestar la «función de llamada» del tipo) tiene la asunción por su parte de la existencia de una situación de riesgo para sus intereses o los de otras

⁹ En esta contribución, por razones de espacio, me limitaré a examinar la legítima defensa y el estado de necesidad, que son por otro lado los ejemplos usuales en la discusión de la función de llamada del tipo.

personas¹⁰. Entiendo que esta réplica es esencialmente correcta y puede además verse reforzada con dos argumentos:

- El primer argumento, de naturaleza teórico-fenomenológica, se dirige contra la fuerza del argumento: este se basa en una inadecuada trasposición del orden de las categorías de la teoría jurídica del delito, donde la tipicidad se examina antes que la antijuridicidad, a la realidad, en la que los presupuestos que fundamentan ambas categorías no tienen por qué concurrir en este mismo orden, y de hecho usualmente no lo hacen;
- El segundo, empírico, refuerza la réplica con base en la información proveniente de la investigación científica sobre las decisiones en situación de estrés.

III. LA PERSPECTIVA TEMPORAL EN LA RELACIÓN TIPO-ANTI JURIDICIDAD

Como con acierto subrayan sus críticos, la idea de que la conciencia de realización del tipo objetivo puede ejercer una función de llamada sobre el sujeto actuante ignora o evalúa drásticamente a la baja el impacto que sobre dicho sujeto tiene el que este piense (equivocadamente, pero lo piensa) que en el caso concreto se da una situación de justificación. Parece estarse ante una inadecuada traslación de la relación *secuencial* existente en la teoría jurídica del delito entre el tipo y la antijuridicidad (primero se examina este, luego aquella) a la concreta situación fáctica en la que opera el sujeto, traslación en la que tal secuencialidad se convierte en *temporalidad* (el sujeto primero se motiva por el tipo positivo, luego por el negativo). Así, se cometen dos errores.

En primer lugar, se confunde lo que es una secuencia explicativa o analítica con una relación cronológica de anterioridad-posterioridad. La secuencialidad explicativa/analítica, y por tanto también la prioridad en dicha secuencia de la tipicidad frente a la antijuridicidad, carecen de contenido temporal. Si en un caso (real o hipotético) se da una causa de justificación, esto ocurre desde el momento en el que el caso se presenta en la realidad o se formula hipotéticamente, puesto que ello solo depende de la relación de los hechos ocurridos/descritos con los preceptos del ordenamiento jurídico de que se trate y/o los

¹⁰ ENGISCH, K., «Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum bei Rechtfertigungsgründen. Kritische Betrachtungen zu den §§ 19 und 40 des Entwurfs 1958», en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 1958, ps. 566-616 (p. 599); JOECKS, W., «§ 16», en von Heintschel-Heinegg (ed. del vol.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch. Band I. §§ 1-37*, 3.ª ed., Munich (C. H. Beck), 2017, p.868; ROXIN, C., y GRECO, L., *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I*, 5.ª ed., Munich (C. H. Beck), 2020, p. 741.

conceptos y las categorías de la teoría jurídica del delito. El hecho de que el teórico o juzgador que se acerca al caso inicie su análisis por la tipicidad y solo después de verificar esta pase al de la antijuridicidad en nada cambia lo anterior. Trasladar la prioridad secuencial de la tipicidad sobre la antijuridicidad en la teoría jurídica del delito a la situación real en la que actúa el sujeto (única en la que se puede incidir sobre su motivación, que está en la base de la función de llamada del tipo), en este caso como prioridad cronológica, resulta errado, dado que en una mayoría de casos la situación es justo la opuesta. En no ver esto estriba el segundo error de la posición que se crítica.

En la realidad, la prioridad cronológica entre los hechos que fundamentan la tipicidad y la antijuridicidad no corresponde a los primeros. Por el contrario, en una mayoría de ocasiones parte de las circunstancias que fundamentan la justificación, las consideradas esenciales, se dan antes de que el sujeto lleve a cabo el tipo positivo. Así ocurre, por ejemplo, en el caso de la agresión ilegítima, que fundamenta la legítima defensa que causa lesiones al agresor, o la situación de necesidad generada por un incendio que lleva a un sujeto no necesitado a romper en estado de necesidad el candado exterior de una puerta en beneficio de las personas que se encuentran en el interior del edificio. Desde el punto de vista de la motivación la situación no cambia en caso de que el sujeto interprete erróneamente la situación y la agresión ilegítima o situación de necesidad realmente no existan. En la realidad del caso, único plano en el que puede funcionar la motivación, en múltiples ocasiones la situación es radicalmente distinta a la presupuesta por la idea de la función de llamada del tipo: los primeros elementos con relevancia motivacional que percibe el sujeto que actúa justificadamente o bajo error sobre los presupuestos de la permisibilidad son precisamente los que fundamentan la justificación. Lo anterior significa que la respuesta a la función de llamada del tipo que apunta a la relevancia sobre la motivación de la existencia de una situación de conflicto de intereses no solo es correcta, sino que podría quedarse corta. Ello ocurriría si la primacía temporal de los elementos esenciales de la justificación tuviera efectos desde un punto de vista decisional. Y esto es precisamente lo que apunta la investigación empírica sobre los efectos del estrés en la toma de decisiones.

IV. LA INVESTIGACIÓN EMPÍRICA ACERCA DE LAS DECISIONES BAJO ESTRÉS

Revisar la investigación empírica sobre las decisiones bajo estrés puede parecer un empeño fútil para nuestros efectos: ¿acaso no es obvio que las personas que deciden pensando que ellos u otros son objeto de una agresión o se en-

cuentran en una situación de necesidad arrostran especiales dificultades en su toma de decisiones? En efecto, parece obvio. Sin embargo, en ocasiones la investigación empírica da al traste con lo que nos parece evidente¹¹, mientras que en otras nos muestra que nuestras intuiciones, si bien correctas, apenas se acercaban a la magnitud real del fenómeno¹². Perjudicando la espectacularidad de este apartado, adelanto que este no es el caso: la investigación empírica sobre la materia en parte confirma nuestras intuiciones (a) y en parte no está en condiciones de hacerlo por la diferente magnitud de los factores estresantes utilizados en dicha investigación empírica y los que experimenta una persona que cree estar ante una agresión ilegítima o una situación de necesidad (b).

(a) La investigación empírica sobre las decisiones bajo estrés es muy numerosa y diversa, lo que dificulta la comparación de resultados. Las causas de la diversidad son múltiples¹³. Desde el punto de vista conceptual, los estudios utilizan conceptos heterogéneos de estrés y distintos criterios de calidad en la toma de decisiones. Por lo que hace al diseño de los experimentos, los factores estresantes utilizados pueden diferir en la dimensión temporal (unos se aplican antes de la toma de decisión, otros de forma coetánea a esta, otros de ambas formas), en cuanto al tipo de riesgo o su intensidad (ver «b», *infra*) y acerca del grado de incertidumbre sobre las consecuencias de cada decisión (desde la total ignorancia hasta el pleno conocimiento, pasando por distintos grados de probabilidad) y los tópicos sobre los que esta recae (desde hipotéticas decisiones sobre quién vive y quién muere a la elección entre opciones culinarias).

A pesar de estas dificultades, hay acuerdo en que, alcanzado cierto nivel, el estrés tiene una importante influencia negativa sobre la toma de decisiones, provocando reacciones cardiovasculares, hormonales y neuronales que causan alteraciones disfuncionales en el uso de la táctica¹⁴, en los ajustes a la respues-

¹¹ Piénsese en los estudios sobre la ineludible influencia que el conocimiento de la existencia de un resultado ejerce en los juicios (por ejemplo, sobre la gravedad de un peligro o la magnitud de la infracción del deber de cuidado) que en teoría se realizan idealmente *ex ante* pero que proceden necesariamente *ex post*. Al respecto, v. el clásico y tres décadas después de su publicación en 1991 todavía actual tratamiento de KUHLEN, L., «Sobre el problema del enjuiciamiento retrospectivo *ex ante* en el Derecho penal y en la moral», en KUHLEN, *Contribuciones al método, la teoría y la dogmática del Derecho penal*, Madrid (Marcial Pons), 2021, pp. 153-187.

¹² Así, las investigaciones de lingüística forense sobre temas como la capacidad de reconocimiento de voces por los testigos (SOLAN, L., y TIERSMA, J., *Hablar sobre el delito*. Madrid (Marcial Pons), 2018, pp. 153-189) o la de personas en ruedas de reconocimiento (SÁNCHEZ-VERA, J., *Reconocimientos en rueda y ruedas masivas de ADN*, Madrid (Trotta), 2019, pp. 55-79).

¹³ Para lo que sigue, STARCKE, K., y BRAND, M., «Decision making under stress: A selective review», en *Neuroscience and Biobehavioral Reviews* 36, 2012, pp. 1228-1248, *passim*.

¹⁴ Aunque la literatura al uso habla de «estrategia», en los supuestos que nos interesan, dada la necesidad de reaccionar en el corto plazo, conforme al uso técnico de los términos «táctica» y «estrategia» se trataría de la primera. V. FREEDMAN, L., *Strategy. A History*. Oxford University Press, Oxford 2013, pp. 72-75.

ta automatizada¹⁵, en el procesamiento de la retroalimentación («feedback») y en la sensibilidad a premios y castigos¹⁶. Alteraciones, todas ellas, relevantes en el contexto que nos ocupa, donde el factor estresante es la amenaza percibida contra intereses propios y/o ajenos.

Conforme a uno de los expertos internacionalmente más reconocidos, Jonathan Baron, los principales errores en la toma de decisiones son la búsqueda de insuficiente información/alternativas, el exceso de confianza en conclusiones precipitadas y (en su opinión el más importante) el sesgo en favor de las posibilidades que se favorecen inicialmente¹⁷. Para reducir la incidencia de estos errores, el autor propone el modelo prescriptivo de «pensamiento activamente abierto de miras» (*actively open-minded thinking*), y trata el estrés como uno de los factores que pueden obstaculizar su adecuada puesta en práctica¹⁸. En concreto, y siguiendo el ampliamente aceptado modelo de la Teoría del conflicto¹⁹, en situaciones de estrés moderado se da un tipo de decisión, denominado «vigilancia», en el que el decisor busca información y considera las opciones. Sin embargo, cuando el estrés es elevado, los decisores tienden a pasar a otros dos modos distintos de decisión, según exista o no presión temporal: en su ausencia el de «evitación defensiva» (básicamente: no pensar en la decisión) y, cuando se da tal presión temporal, el modo llamado «hipervigilancia». En este, en el momento de la búsqueda y consideración de alternativas relevantes de decisión pueden darse tres posibles déficits²⁰: a) el cierre prematuro (tomar la decisión antes de considerar todas las alternativas); b) la exploración asistemática de las alternativas y c) el estrechamiento temporal (dedicar insuficiente tiempo a evaluar cada alternativa). Como resultado, se deja de considerar elementos de juicio importantes y se privilegia la decisión favorecida por la respuesta rápida del eje SAM. En estas condiciones, pretender que el sujeto que se cree atacado atienda la función de llamada del tipo positivo no solo adolece de falta de realismo, sino que es también una sobreexi-

¹⁵ Principalmente por alteraciones en el eje simpático adrenomedular (SAM, por sus siglas en inglés). El estrés también activa el eje hipotalámico-pituitario-adrenal (HPA, por sus siglas en inglés), pero este actúa a menor velocidad: el cortisol, que eleva el nivel de glucosa en la sangre, alcanza su pico entre 21 y 40 minutos después de la aparición del factor estresante, de forma que apenas influye en la respuesta automatizada. V. STARCKE, y BRAND, *Neuroscience and Biobehavioral Reviews* 36, 2012, pp. 1232-1233.

¹⁶ Un informativo resumen de estudios sobre estos cuatro tipos de efectos, en STARCKE, y BRAND, *Neuroscience and Biobehavioral Reviews* 36, 2012, pp. 1234-1241.

¹⁷ BARON, J., *Thinking and Deciding*. 4.ª ed., Cambridge (Cambridge University Press.), 2008, pp. 199-200.

¹⁸ BARON 2008, pp. 199-227 (sobre la relevancia del estrés, pp. 223-224).

¹⁹ Propuesto inicialmente en JANIS, I. L., y MANN, L., *Decision Making: A Psychological Analysis of Conflict, Choice, and Commitment*. Free Press, Nueva York 1977.

²⁰ V. KEINAN, G., «Decision Making Under Stress: Scanning of Alternatives Under Controllable and Uncontrollable Threats», *Journal of Personality and Social Psychology* 52, 1987, pp. 639-644 (639-640).

gencia normativa, en cuanto supone desconocer las limitaciones que en esta clase de situaciones afectan no solo al sujeto actuante, sino a todos los seres humanos. Precisamente por su carácter general, aunque existan diferencias individuales en los efectos, en términos de la teoría jurídica del delito esta afectación debe ser considerada ya en sede de injusto, concretamente en la determinación del deber del sujeto en la situación específica: por mucha naturaleza normativa que tenga el constructo de la persona media, si este quiere guiar la conducta humana no puede dejar de reflejar sus características y capacidades generales²¹.

(b) El que la mayor parte de la investigación en esta materia se realice mediante estudios de laboratorio trae consigo el peligro de caer en la «falacia ecológica» al traspasar sus resultados al mundo exterior; y el que en muchos de estos estudios los intervinientes sean estudiantes universitarios de grado y posgrado supone un riesgo de sesgos²². Incluso suspendiendo el juicio sobre la importancia de estas cuestiones, resta la cuestión de la distancia entre los factores estresantes estudiados y los que operan en los casos de error sobre los presupuestos de una causa de justificación.

En los estudios se usan diferentes tipos de estresantes, pudiendo ser estos físicos (como la introducción de la mano en agua helada por unos minutos), socio-evaluativos (se informa al participante de que pronto tendrá que ofrecer un discurso público que será objeto de grabación), o económicos (en forma usualmente de lucro cesante)²³. Como se adelantó, también varía su intensidad: mientras que a algunos participantes se les induce un moderado estrés incitándoles a la solución de anagramas irresolubles, a otros se les amenaza de forma más poderosa con la posibilidad (realmente inexistente) de sufrir descargas eléctricas dolorosas pero que no causarán lesión²⁴. Obviamente, incluso esta última situación resulta mucho menos comprometida que la de quien piensa que él u otras personas

²¹ En un sentido similar y aún más ampliamente individualizador, CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*. 1989, p. 101: «El deber de cuidado objetivo solo puede determinarse en atención a las circunstancias concurrentes en el momento y a los conocimientos y capacidades del concreto autor».

²² Las limitaciones de los estudios de laboratorio han llevado al desarrollo de una perspectiva, denominada «toma de decisiones naturalística» que estudia las decisiones en condiciones reales (v. KLEIN, G., «Naturalistic Decision Making», en *Human Factors: The Journal of the Human Factors and Ergonomics Society* 50, 2008, pp. 456-460). Hasta el momento, sin embargo, los estudios se han centrado en situaciones de decisión por expertos (desde jugadores profesionales de bádminton hasta cirujanos). El estudio más cercano a los intereses de esta contribución analizó la conducta de agentes de policía en formación en situaciones de simulación de escenario real (v. HINE, K. *et al.*, «Exploring Police Use of Force Decision-Making Processes and Impairments Using a Naturalistic Decision-Making Approach», en *Criminal Justice and Behavior* 2018, pp. 1-20).

²³ STARCKE, y BRAND, *Neuroscience and Biobehavioral Reviews* 36, 2012, *passim*, p. ej. pp. 1232 y 1236.

²⁴ Este es el caso del estudio de KEINAN, *Journal of Personality and Social Psychology* 52, 1987, uno de los más citados en la materia, en el cual los participantes tenían que resolver problemas de analogía, un grupo de ellos habiendo sido informado de que recibirían leves descargas aleatorias (lo que era falso), otro de que las recibirían pero no de forma aleatoria sino como sanción por sus fallos (esto también era falso) y un tercer grupo que realizó la tarea sin recibir información alguna sobre supuestas descargas.

están siendo atacadas o se encuentran en situación de necesidad. Y esta distancia experimento-realidad no tiene visos de poder ser superada en el futuro próximo: por buenas razones éticas, atrás quedó el tiempo de investigaciones como las orquestadas por Stanley Milgram para testar el grado de obediencia a la autoridad o por Philip Zimbardo para indagar los procedimientos de asunción de rol. Con todo, la diferencia de intensidad entre los factores estresantes utilizados en los estudios y los que intervienen en las situaciones objeto de este análisis opera como un argumento *a maiore*: si el estrés que acompaña a factores de menor relevancia tiene efectos negativos sobre la toma de decisiones, mayores serán los que tengan las situaciones reales en las que están en juego (o eso cree el sujeto) importantes intereses de índole personal²⁵.

En conclusión, incluso admitiendo que en la conducta justificada existe dolo respecto del tipo positivo (*supra*, apdo. II), el efecto conjunto del análisis de los apartados III y IV reduce de forma decisiva la alegada relevancia de la función de llamada del tipo doloso en el caso de error sobre los presupuestos de una causa de justificación.

VI. UNAS PALABRAS DE AGRADECIMIENTO

El ordenador me avisa de que se acaba el número de caracteres disponibles para esta contribución, que no quiero cerrar sin volver sobre mi deuda con Mirentxu. Pasados los años esta ha crecido de forma agigantada, no solo en lo intelectual, sino también en lo profesional, porque soy una más entre las muchas personas que se han beneficiado de su apoyo y de su increíble generosidad (no conozco a nadie en la academia que se haya privado de más tiempo para dárselo a los demás). Afortunadamente para mí, no todo ha sido deuda. Con los años Mirentxu también me ha distinguido con su amistad y, por este gran regalo, le estoy mucho más agradecido.

²⁵ A lo que hay que añadir que hasta tiempo reciente no se ha comenzado a analizar la posibilidad de que la naturaleza de la decisión (por ejemplo, sobre una amputación en un quirófano) incremente a su vez los niveles de estrés, reforzando los efectos distorsivos (STARCKE, y BRAND, *Neuroscience and Biobehavioral Reviews* 36, 2012, pp. 1242 y 1244). Situación de refuerzo que se da en la mayoría de los casos de error sobre el tipo permisivo dada la naturaleza lesiva de la conducta de defensa.

METODOLOGÍA PARA LA IMPUTACIÓN DEL INJUSTO PENAL

JOSÉ MANUEL PAREDES CASTAÑÓN*

I. EL PROBLEMA: LA SUBSUNCIÓN (VALORATIVA, NO MERAMENTE LINGÜÍSTICA) EN EL TIPO PENAL

Partamos del siguiente caso, que tomo –adaptándolo– de un artículo de Ramón Ragués i Vallès¹ sobre el problema del tratamiento de la ignorancia deliberada en Derecho Penal:

El testaferro profesional Juan G., a cambio de una retribución, acepta figurar como administrador formal de cientos de sociedades, de las que no le importa lo más mínimo la actividad real o quiénes son sus verdaderos gestores. Se comprueba luego que una de ellas, la sociedad S, era una mera tapadera para llevar a cabo operaciones de tráfico de drogas, para cuyo desenvolvimiento la conducta del testaferro, al frente de la sociedad, resultó esencial. Se comprueba también, no obstante, que Juan G. en ningún momento llegó a adquirir la certidumbre de que la sociedad se dedicaba a dicha actividad ilegal, porque nunca se molestó en comprobarlo, a pesar de los indicios evidentes que podrían y deberían haberle llevado a sospechar.

Puesto que en Derecho español la subsunción de una acción en el tipo penal de «ejecutar actos de (...) tráfico, o de otro modo promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sus-

* Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Oviedo.

¹ RAGUÉS I VALLÉS, R.: «Mejor no saber. Sobre la doctrina de la ignorancia deliberada en Derecho penal», *Discusiones*, 13, 2013, p. 11.

tancias psicotrópicas» (art. 368 CP) exige la atribución a la misma de la condición de acción dolosa, se plantea necesariamente la cuestión, discutible, de si el comportamiento de este testafarro constituye una infracción de la norma primaria derivable de dicho tipo que resulte imputable (por poder calificarse como dolosa) o no (por no poder calificarse así).

Lo característico de problemas como este que se acaba de plantear es que, a diferencia de lo que ocurre cuando la discusión se mantiene exclusivamente en el plano ético², aquí, al presentarse como una cuestión de adjudicación jurídica de un caso³, el operador jurídico competente para adjudicarlo (paradigmáticamente: el juez o tribunal) se siente comprometido a argumentar su respuesta no solo a partir de (sus) creencias morales, sino además sobre la base de su compromiso con una acción colectiva (la «aplicación del Derecho»), de la que se siente parte y que orienta y limita su libertad de respuesta al caso⁴: adopta, en suma, eso que H. L. A. Hart llamó un «punto de vista interno» en relación con el Derecho⁵, sintiéndose actor de una práctica social (la aplicación del Derecho). Ello significa que el aplicador del Derecho, en su actividad de adjudicación del caso, habitualmente se siente comprometido a tomar también en consideración tanto aquellos criterios de actuación (normas) que pueden ser identificados en el texto de lo que es reconocido como Derecho (positivo), como aquellos otros que pueden ser

² En este plano, se suscitan cuestiones como –por ejemplo– la siguiente: ¿es esta una buena persona, debería confiar en él (debería, por ejemplo, ofrecerle incorporarse al consejo de administración de la sociedad en la que soy socio mayoritario)? La evidencia empírica es abrumadora en el sentido de que, ante cuestiones (de decisión individual) de esta índole, la mayoría de las veces, más que a las características detalladas de las conductas concretamente realizadas por el individuo que estamos enjuiciando, tendemos a atender sobre todo a los rasgos de personalidad que, según nos parece, tales conductas revelarían (MYERS, D. G.: *Psicología social*, trad. H. Tejada T., 6.ª ed., Santa Fe de Bogotá, McGraw-Hill, 2000, pp. 74 ss.). Como veremos, las cosas son distintas (aunque, desde luego, no del todo) cuando la decisión implica una acción colectiva realizada en un marco institucional.

³ La adjudicación es el proceso a través del cual se determina (decide) si se ha violado o no una determinada norma jurídica primaria de conducta (y quién lo ha hecho, y en qué medida), y, en su caso, se atribuyen –e imponen– consecuencias por dicha razón (HART, H. L. A.: *The Concept of Law*. 2.ª ed. Oxford, Oxford University Press, 1994, pp. 96-99). Las normas que regulan el proceso de adjudicación son de tres clases: 1.º) normas sustantivas de imputación, que establecen las condiciones fácticas y valorativas cuya concurrencia ha de ser comprobada, para que resulte justificado imputar a un determinado sujeto jurídico una infracción de la norma primaria, en virtud de la acción que ha realizado; 2.º) normas procesales (de una parte, normas que confieren poderes jurídicos a determinados individuos o grupos de individuos para resolver la cuestión y, de otra, normas prescriptivas y reglas constitutivas, que regulan el modo en el que debe realizarse el proceso de determinación y decisión –incluyendo la prueba); 3.º) y, por último, normas prescriptivas que, sobre la base de la infracción constatada, prescriben e imputan los remedios jurídicos a aplicar.

⁴ VILAJOSANA, J. M.: *El derecho en acción*, Madrid, Marcial Pons, 2010, pp. 115-133.

⁵ HART 1994, pp. 88-90.

«deducidos» (construidos) a partir de las convenciones interpretativas comúnmente aceptadas en la comunidad de los juristas⁶.

En el caso de los Derechos penales contemporáneos, que de forma prácticamente universal son concebidos (pretenden ser interpretados) como Derechos penales del hecho⁷, es decir, como sistemas jurídicos cuyas normas primarias prescriben (es decir, califican como prohibidas o como obligatorias) clases de acciones, esto implica que la adjudicación del caso mediante la condena del acusado está condicionada a que se concluya que la conducta que está siendo enjuiciada⁸: 1.º) puede ser calificada como acción; 2.º) puede ser calificada como una acción subsumible, desde el punto de vista lingüístico, en el tipo penal (en el supuesto de hecho de la norma secundaria); y 3.º) puede ser calificada una acción que infringe la norma primaria⁹. Así, en nuestro ejemplo, Juan G. solo puede ser hecho responsable de la comisión de un delito de tráfico de drogas si su conducta puede ser calificada como acción; si dicha acción resulta subsumible en la descripción típica contenida en el artículo 368 CP; y si, además, puede ser imputada como infracción de la norma primaria derivable de dicho precepto... por (entre otras razones, que ahora dejo de lado) poder ser calificada como acción dolosa. Y ocurre que, mientras que la primera condición ob-

⁶ Obviamente, detrás de esta afirmación se trasluce toda una teoría de la interpretación jurídica (que no intentaré justificar aquí, aunque creo que de hecho es la teoría estándar que aplicamos quienes nos dedicamos a interpretar el Derecho –aunque no siempre la explicitemos así: NINO, C. S.: *Introducción al análisis del Derecho*, 2.ª ed. Buenos Aires, Astrea, 1980, pp. 321 ss.), a tenor de la cual: 1.º) los enunciados interpretantes de normas jurídicas positivas no se deducen analíticamente de ellas; y 2.º) por el contrario, dichos enunciados son construidos a partir de una combinación –variable– de las prescripciones explícitamente contenidas en las normas jurídicas y de otras muchas reglas y principios («dogmáticos») que, con fundamentos de racionalidad práctica (HRUSCHKA, J.: «¿Puede y debería ser sistemática la dogmática jurídico-penal?», trad. P. Sánchez-Ostiz, en HRUSCHKA, *Imputación y Derecho penal*. 2.ª ed. Buenos Aires, BdeF, 2009, pp. 361-363), han sido creadas, consolidadas y difundidas por la comunidad de los intérpretes (juristas, teólogos, etc.), y aceptadas como «sentido común» hegemónico dentro de una determinada tradición hermenéutica (pongamos: la dogmática penal de tradición europea continental).

⁷ ROXIN, C./, y GRECO, L.: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Band I, 5.ª ed., München, C. H. Beck, 2020, pp. 352-354.

⁸ Dado que en el Derecho penal contemporáneo rige además el principio de responsabilidad personal, la eventual responsabilidad del acusado que hay que discutir es siempre por una conducta individual suya: CUERDA RIEZU, A.: «El principio constitucional de responsabilidad personal por el hecho propio. Manifestaciones cualitativas», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, LXII, 2009, pp. 186-189.

⁹ En definitiva, en la contemporánea teoría general del delito el juicio de tipicidad es concebido siempre como un proceso complejo, compuesto por una multitud de actos (de habla) diferenciados y de distintas naturalezas: ROXIN, Y GRECO 2020, pp. 386-387. Sobre los orígenes históricos de esta concepción contemporánea, Vid. CARDENAL MONTRAVETA, S.: *El tipo penal en Beling y los neokantianos*, Barcelona, PPU, 2002, pp. 316 ss.

viamente se cumple¹⁰, y también la segunda, no es tan claro que suceda lo mismo en el caso de la tercera.

II. LA RESPONSABILIDAD COMO CONDICIÓN PARA LA SUBSUNCIÓN

¿Se puede, en efecto, calificar justificadamente la conducta de Juan G. en este caso como una infracción de la norma primaria derivable del artículo 368 CP? Contestar a esta pregunta dentro del marco de un proceso jurídico de adjudicación del caso no es tarea simple. Y no lo es, porque en dicho marco no se trata tan solo de plantearse la cuestión moral de si los modos de ser y de actuar de Juan G. merecen ser valorados como buenos o como malos (o, en términos comparativos, como mejores o como peores), que son las cuestiones morales por antonomasia¹¹. Por el contrario, el aplicador del Derecho (en la medida en que adopte, respecto del sistema jurídico a aplicar, un «punto de vista interno») está comprometido a realizar algo más que un mero juicio de valoración moral sobre Juan G. (algo más, incluso, que un juicio moral que parta de los valores morales reflejados en las normas que está aplicando): está comprometido a justificar su decisión de adjudicación –condena o absolución– sobre la base de la responsabilidad que le es atribuible al agente por la conducta realizada.

Así, existe una diferencia sustancial entre valorar moralmente a Juan G. (por ejemplo, para decidir si conviene o no contratarle), aun si se hace desde el punto de vista de los valores morales reflejados en las normas del CP sobre tráfico de drogas, e imputar a Juan G. la condición de autor de una infracción de dichas normas. Si afirmamos la imputación de la infracción, la valoración moral (al menos, de acuerdo con los valores plasmados en la norma) se infiere por sí misma, pero no vale la inversa: en nuestro ejemplo, podemos concordar (en el caso de que aceptemos como propios los valores morales reflejados en la regulación legal del tráfico de drogas)¹² en que Juan G. es un

¹⁰ Puesto que, evidentemente, la conducta de Juan G. puede ser justificadamente considerada (bajo alguna descripción) como una conducta intencional: PAUL, S. K.: *Philosophy of Action. A Contemporary Introduction*, New York/ London, Routledge, 2021, pp. 39-41.

¹¹ TUGENDHAT, E.: *Lecciones de ética*, trad. L. R. Rabanaque, Barcelona, Gedisa, 1997, pp. 37-38.

¹² Lo que, por cierto, no es obligatorio para el aplicador del Derecho, puesto que la relación entre moral socialmente dominante y Derecho positivo es –o, cuando menos, puede ser– más compleja y dialéctica que una meramente especular: VON DER PFORDTEN, D.: *Rechtsethik*, 2.ª ed., München, C. H. Beck, 2011, pp. 81-91.

individuo inmoral; sin embargo, no es evidente aun así que Juan G. sea responsable de una conducta penalmente típica de tráfico de drogas.

La práctica de aplicar el Derecho penal (la norma penal secundaria) dentro del proceso de adjudicación de un caso exige, pues, del aplicador que discuta y se pronuncie sobre la cuestión de la responsabilidad del acusado por la conducta enjuiciada. En concreto (y dado que dentro del discurso práctico el término «responsabilidad» resulta ambiguo), es preciso que se pronuncie sobre si está justificado pedir cuentas al individuo por dicha conducta: no es suficiente con que quepa adscribir la conducta al agente, como acción suya (*attributability*); es preciso, además, que resulte justificado pedirle cuentas por ella (*answerability*)¹³.

Esta exigencia de cuentas por la conducta es, pues, una relación triádica, entre un sujeto que es el destinatario de la petición de cuentas, una conducta que constituye el tema de la petición y un sujeto que le pide cuentas a aquél por ella: en el caso de la aplicación del Derecho, entre un destinatario de la norma, una conducta y un aplicador del Derecho¹⁴. Una relación en la que este último acaba por pronunciarse sobre si el agente debe o no ser hecho responsable por su conducta, a partir de argumentos basados en propiedades de la conducta y del agente¹⁵.

Así, desde el momento en el que el legislador opta, en un determinado ámbito de la vida social, por intentar regular conductas a través de la técnica de la atribución de responsabilidad¹⁶, esto significa que el proceso de adjudicación de casos va a conllevar necesariamente (no solo valoraciones morales, sino también, con carácter previo) la realización de juicios de imputación, dirigidos a determinar –y fundamentar– si la acción en cuestión satisface las condiciones

¹³ Acojo la distinción que ha propuesto David Shoemaker (SHOEMAKER, D.: «Attributability, Answerability, and Accountability: Toward a Wider Theory of Moral Responsibility», *Ethics*, 121, 2011, pp. 602-632) entre tres facetas diferentes de la responsabilidad de un individuo por algo (aquí, por una acción): 1.ª) la cuestión de la atribuibilidad de la acción al individuo; 2.ª) la cuestión de si es el individuo quien ha de dar cuentas por la existencia de la acción; y 3.ª) la cuestión de si se le debe hacer pagar por ella (por sus consecuencias). En el caso del Derecho Penal, esta última (*accountability*) va inexorablemente unida a la segunda, como consecuencia de la vigencia del principio de responsabilidad personal (*Vid. supra* n. 8).

¹⁴ Como señala DUFF, A.: *Answering for Crime. Responsibility and Liability in the Criminal Law*, Oxford/Portland, Hart, 2007, pp. 23-27, aunque ciertamente puede haber juicios de responsabilidad consistentes en una relación meramente diádica (por ejemplo, ciertos juicios morales, en los que el sujeto determina si se considera o no moralmente responsable de algo), los que interesan en el ámbito de la aplicación del Derecho se basan siempre en relaciones triádicas (dado el carácter esencialmente heterónomo de las normas jurídicas).

¹⁵ LUCAS, J. R.: *Responsibility*, Oxford, Clarendon Press, 1993, pp. 6-12, 124-127.

¹⁶ Y no por otra de las muchas técnicas en principio disponibles: por ejemplo (entre otras muchas), mediante la persuasión, impuestos, incentivos positivos, *nudges*, incapacitación física, reglas constitutivas, etc.

para ser considerada como una infracción de la norma primaria de conducta¹⁷. Es decir, para considerar que la acción enjuiciada pertenece al conjunto de acciones que constituyen el contenido (en el sentido definido por H. Von Wright)¹⁸ de la prescripción formulada en esta y, por consiguiente, de ella puede predicarse la calificación deóntica de «prohibida»¹⁹²⁰.

III. TRES CLASES DE OPERACIONES DE IMPUTACIÓN

Para hacer estos juicios, el aplicador del Derecho tendrá inevitablemente que recurrir a la aplicación de reglas de imputación²¹. En concreto, en el primero de los pasos, el de la imputación de la infracción (que es el que aquí nos interesa), el aplicador del Derecho tiene que llevar a cabo tres clases diferentes de operaciones de imputación²², basándose en tres clases distintas de reglas²³.

¹⁷ PAREDES CASTAÑÓN, J. M.: *La justificación de las leyes penales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 283 ss.

¹⁸ VON WRIGHT, G. H.: *Norma y acción. Una investigación lógica*, trad. P. García Ferrero, Madrid, Tecnos, 1970, p. 88.

¹⁹ Y ello, porque, como señala MAÑALICH, J. P.: «¿Presupone la *applicatio legis ad factum* una *imputatio facti*?», *Enfoques Penales*, marzo 2018, 2018, p. 22, existen razones de índole pragmática (que tienen que ver con las paradojas del seguimiento de reglas, señaladas por L. Wittgenstein: *Vid. BEANEY, M.: «Wittgenstein on Language: From Simple to Samples», en Lepore, E., y Smith, B. E. (eds.), The Oxford Handbook of Philosophy of Language*, Oxford, Oxford University Press, 2006, pp. 54-55) en virtud de las cuales «las condiciones bajo las cuales a una persona resulta imputable un comportamiento como quebrantamiento de una norma no puede quedar establecidas por la propia norma quebrantada», por lo que son necesarios criterios adicionales de atribución de responsabilidad (de aplicación de la norma).

²⁰ En el caso concreto del Derecho Penal, en virtud de la vigencia dentro del mismo del principio de culpabilidad, el aplicador del Derecho debe decidir adicionalmente (aunque aquí no nos ocuparemos de ello) si la responsabilidad del agente llega hasta el punto de estar justificado culparle por su conducta. Como indica SMITH, A. M.: «On Being Responsible and Holding Responsible», *The Journal of Ethics*, 11, 2007, pp. 475-478, culpar a alguien por una acción es un juicio mucho más comprometido que el de hacerle responsable de ella, por lo que lo uno no se sigue necesariamente de lo otro, sino que precisa de una justificación independiente: justamente, la que fundamenta el juicio –afirmativo o negativo– de imputación de la sanción, para acotar el ámbito de aplicación de la norma secundaria, determinando si debe o no aplicarse la consecuencia jurídica sancionatoria (PAREDES CASTAÑÓN 2013, pp. 297 ss.).

²¹ HRUSCHKA, J.: «Reglas de comportamiento y reglas de imputación», trad. F. Baldó Lavilla, en HRUSCHKA, *Imputación y Derecho penal*, 2.ª ed., Buenos Aires, BdeF, 2009, pp. 14-15.

²² Por «operaciones» hay que entender aquí tres clases diferentes de actos de habla, cuya combinación en un discurso (el «lenguaje de la imputación»: MAÑALICH, J. P.: «El concepto de acción y el lenguaje de la imputación», *Doxa*, 35, 2012, p. 673) permite al aplicador del Derecho llegar a conclusiones justificables acerca de si debe o no debe atribuir a –en nuestro ejemplo– la acción de Juan G. la condición de infracción del artículo 368 CP.

²³ PAREDES CASTAÑÓN, J. M.: *El riesgo permitido en Derecho Penal*, Madrid, Ministerio de Justicia e Interior, 1995, pp. 58-63, 93-95.

1. Imputación sobre bases descriptivas²⁴

Es decir, la preferencia de enunciados que justifican la afirmación de que, en virtud de determinada(s) propiedad(es) que se especifican, el evento en que consiste la acción enjuiciada pertenecen a la extensión semántica del enunciado descriptivo empleado en la descripción típica. Y que, por lo tanto, está justificado predicar de aquel la condición de elemento del conjunto de elementos denotados por esta: en otros términos, está justificado afirmar que, al menos en ese aspecto, la acción enjuiciada resulta subsumible en el tipo penal²⁵.

1.º *Premisa I* (enunciado descriptivo): Juan G. dirige, como administrador único, la sociedad *S*. La actividad de *S* (bajo su dirección) consiste en introducir en el país cargamentos de droga. 2.º *Premisa II* (enunciado interpretativo): la extensión semántica del enunciado que enuncia el supuesto del hecho tipificado en el artículo 368 CP abarca todas aquellas acciones que contribuyan causalmente a que alguna cantidad de droga ilegal sea puesta a disposición de eventuales consumidores. 3.º *Conclusión* (enunciado atributivo semántico): La conducta de Juan G. es una de las incluidas en el conjunto de las conductas que constituyen la extensión semántica del enunciado típico («ejecutar actos de (...) tráfico, o de otro modo promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas»). 4.º Corolario (enunciado subsuntivo): Por consiguiente, la conducta de Juan G. se ve afectada por la prescripción formulada en el artículo 368 CP.

Obsérvese que en este caso tanto la preferencia de las dos premisas como la de la conclusión son actos de habla asertivos²⁶: se trata, en efecto, de una argumentación que, sobre la base de las propiedades predicadas en las dos premisas (propiedades físicas de la conducta de Juan G., en la *Premisa I*, y propiedades semánticas de la descripción típica, en la *Premisa II*), atribuye a la acción enjuiciada una cierta propiedad (semántica)²⁷. Se trata, en suma,

²⁴ Desde el punto de vista de la sistemática de la teoría del delito, esta parte de la imputación afecta principalmente a la tipicidad objetiva de la conducta (elementos típicos de naturaleza externa: movimiento corporal, circunstancias de tiempo y lugar, etc.) y, en el caso de los delitos de resultado, a la de sus consecuencias causales.

²⁵ ALCHOURRÓN, C., y BULYGIN, E.: «Limits of Logic and Legal Reasoning», en BULYGIN, E., *Essays in Legal Philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 2015, pp. 253-257.

²⁶ Sigo la clasificación de actos de habla propuesta por John Searle: SEARLE, J.: «Una taxonomía de los actos ilocucionarios», trad. Valdés Villanueva, L. M., en Valdés Villanueva, L. M. (comp.), *La búsqueda del significado. Lecturas de filosofía del lenguaje*, 3.ª ed., Madrid, Tecnos, 1999, pp. 463-470.

²⁷ El predicado reza: «*La descripción contenida en la Premisa I tiene el significado de favorecimiento del tráfico de drogas*». Y ello, porque dicha descripción contiene los índices semánticamente relevantes (por ejemplo: el efecto causal que conlleva la acción de Juan G. descrita) que permiten afirmar tal significado (LEWIS, D.: «General Semantics», en Lewis, *Philosophical Papers*, vol. I, New York/ Oxford, Oxford University Press, 1983, pp. 193-195).

enunciado predicativos que son susceptibles de verdad o falsedad, por hacer referencia a estados de cosas.

2. Imputación sobre bases adscriptivas (en el sentido estricto de la expresión)²⁸

En esencia, la adscripción (atribución) es un proceso psicológico (aunque se exprese luego en términos lingüísticos): consiste en el esfuerzo por dotar de sentido a estímulos que el observador percibe en aquello que es objeto de su observación, mediante la afirmación de la existencia de un vínculo entre dichos estímulos y las disposiciones causales propias de estructuras distantes e invariantes²⁹. En el caso que nos ocupa, el de la acción humana, ello significa intentar dotar de sentido (cultural)³⁰ a ciertos movimientos corporales de un individuo humano, mediante su vinculación con propiedades del medio, pero, sobre todo, con propiedades del propio individuo³¹.

²⁸ En efecto, es importante advertir que en el uso habitual entre los juristas del término «*imputación*» existe una notoria ambigüedad, pues cabe atribuirle al menos tres significados diferentes, que conviene distinguir. Uno primero, más amplio y genérico, entiende por acto de imputación un acto de habla declarativo, realizado por alguien con autoridad para ello (un órgano aplicador del Derecho), que anuncie la consecuencia jurídica que debe imponerse a un determinado sujeto jurídico, en razón de algún estado de cosas considerado normativamente relevante (KELSEN, H.: «Causalidad e imputación», en KELSEN, ¿Qué es justicia?, trad. A. Calsamiglia, Barcelona, Ariel, 1991, pp. 224-225, 230-231). Un segundo significado del término «imputación» (y sus derivaciones: «reglas de imputación», etc.), de amplitud intermedia, hace referencia a una determinada clase de acto de habla declarativo (de imputación, en el primer sentido visto) que califica a un agente como «responsable» (en el sentido, ya expuesto, de «answerable»: apto para que le sean pedidas cuentas) de una determinada conducta. En este sentido, la expresión «reglas de imputación» equivale a reglas de decisión acerca de si existe o no responsabilidad jurídica en razón de una determinada conducta (DAN-COHEN, M.: «Decision Rules and Conduct Rules: On Acoustic Separation in Criminal Law», *Harvard Law Review*, 97, 1984, pp. 628-630). Así, en este sentido es posible afirmar –como yo he hecho en el texto– que el juicio de tipicidad consiste en partir de la norma primaria de conducta y aplicar luego reglas de imputación, para determinar si existe o no infracción de dicha norma. Por fin, en ocasiones hablamos de «imputación» en un sentido aún más restringido (yo he preferido utilizar aquí el término «adscripción», intentando remarcar la diferencia) para referirnos a actos de habla asertivos que enuncian hechos muy determinados (hechos culturales): a saber, la interpretación que, en una determinada cultura, se da a ciertos fenómenos, buscando su significación cultural; en nuestro caso, a ciertos movimientos corporales, interpretándolos como acciones, como obra de un determinado individuo y como producto de sus intenciones.

²⁹ HEIDER, F.: *The Psychology of Interpersonal Relations*, Hillsdale, Lawrence Erlbaum Associates, 1958, pp. 296-297.

³⁰ La precisión es importante: el discurso de racionalidad práctica está siempre muy impregnado de elementos culturalmente determinados. Justamente por ello, decidir qué hacer nunca depende tan solo de los hechos y de los valores, sino también, de manera muy determinante, de la interpretación (cultural) de unos y de otros: DOUGLAS, M.: *Risk and Blame. Essays in Cultural Theory*, London/New York, Routledge.

³¹ HEIDER 1958, pp. 65-69.

En concreto, cuando se trata de subsumir un caso en el supuesto de hecho de la norma jurídica sancionadora, las operaciones de adscripción que se llevan a cabo van orientadas a justificar por qué razones la mejor (más razonable) interpretación posible de dichos movimientos corporales es comprenderlos como la obra de una decisión del individuo, que es concebido (interpretado) así como agente. Es decir, a atribuir al agente la condición de autor³², en el sentido más intenso del término: la condición de *Urheber*, de configurador del acontecimiento (interpretado como acción)³³.

Por ello, no es casualidad que, desde el punto de vista de la sistemática de la teoría del delito, esta parte de la imputación afecta principalmente a: 1.º) la caracterización del evento acontecido como acción³⁴; 2.º) la relación de autoría o de participación entre el agente y la conducta³⁵; 3.º) la relación entre la conducta y sus consecuencias causales, en el caso de los delitos de resultado³⁶; y 4.º) los elementos típicos de naturaleza interna consistentes en intenciones (dolo, elementos subjetivos del injusto mutilados de dos actos y elementos subjetivos del injusto de resultado cortado). Porque en todos estos casos no basta con la aserción de la ocurrencia de hechos o de eventos (es decir, de enunciados que hagan referencia a datos perceptibles sensorialmente, o a teorías científicas que expliquen dichos datos)³⁷, sino

³² HRUSCHKA, J.: *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, 2.ª ed., Berlin/New York, Walter De Gruyter, 1988, pp. 425-426.

³³ F. BALDÓ LAVILLA, en su nota de traducción a HRUSCHKA 2009b, p. 17, resalta esta idea particularmente intensa de autoría (*causa moralis*, no mera *causa physica*), como condición para la adscripción de la acción al agente.

³⁴ KINDHÄUSER, U. K.: *Intentionale Handlung*, Berlin, Duncker & Humblot, 1980, pp. 169 ss.

³⁵ ROXIN, C.: *Täterschaft und Tatherrschaft*, 10.ª ed., Berlin/ Boston, Walter de Gruyter, 2019, pp. 22-28.

³⁶ ROXIN, C.: «Reflexiones sobre la problemática de la imputación en el Derecho penal», en ROXIN, *Problemas básicos del Derecho penal*, trad. Luzón Peña, D. M., Madrid, Reus, 1976, pp. 128 ss.

³⁷ En general, llevar a cabo una (buena) explicación científica de un fragmento de la realidad consiste en formular una teoría o conjunto de teorías (*explanans*) que permitan responder a una pregunta relevante acerca de cómo es dicho fragmento de realidad (*explanandum*) y hacerlo dando cuenta de la mayor cantidad posible de datos empíricos, incorporando el menor número de axiomas no demostrados que sea posible y sin entrar en contradicción con el conocimiento científico consolidado preexistente (DÍEZ, J. A., y MOULINES, C. U.: *Fundamentos de Filosofía de la Ciencia*, 3.ª ed., Barcelona, Ariel, 2008, pp. 358-361; ROSENBERG, A., y MCINTYRE, L.: *Philosophy of Science. A Contemporary Introduction*, 4.ª ed., New York/London, Routledge, 2020, pp. 49-53). (Matizo que en general, porque me refiero a situaciones de –por usar la terminología de Thomas Kuhn– «ciencia normal», no a las de crisis epistémica... que en todo caso son más bien infrecuentes.) Estas condiciones las cumplen, por ejemplo, una explicación psicológica causal (ej.: una descripción de los procesos mentales de motivación de un individuo) o estadística (ej.: una correlación entre ciertos rasgos de personalidad y ciertas clases de conductas). Pero no, en cambio, una «explicación» (adscripción) que hable de «intención», de «voluntad», de «aceptación», etc., que son términos interpretativos, no descriptivos, pues directamente no hacen referencia a ningún componente de la descripción científica del mundo, sino a creencias culturalmente condicionadas acerca de este.

que, para que la imputación de la infracción pueda afirmarse justificadamente, los mismos han de ser incorporados a una argumentación interpretativa más compleja de lo acontecido, en la que se pueda afirmar justificadamente que lo sucedido (cuando menos, el evento interpretado como acción y, en el caso de los delitos de resultado, también las consecuencias causales de aquel) tiene el sentido de ser la obra de la conducta intencional –bajo alguna descripción– del agente³⁸.

Así, centrándonos tan solo en el caso de los elementos internos³⁹ (que es el que nos interesa para el ejemplo que estamos manejando), las ciencias cognitivas desconocen los conceptos de intención, de conocimiento y aceptación del riesgo y de actitud dolosa que son relevantes para la imputación de una infracción a título de dolo⁴⁰. Por ello, la adscripción de dicha condición a una determinada acción implica interpretarla⁴¹. Aunque, como veremos, ello no quiere decir que la interpretación (la adscripción) tenga que ser arbitraria, o que tenga que prescindir por completo de los hechos proporcionados por la ciencia...

Desde el punto de vista lingüístico, los actos de habla que adscriben dicho sentido son actos asertivos, puesto que en ellos existe una dirección de ajuste que va de las palabras hacia la realidad⁴². Así pues, los enunciados que en ellos se profieren (por ejemplo: «Juan G. es el autor de la acción de favorecer el tráfico de drogas», o «Juan G. ha favorecido el tráfico de drogas intencionadamente») son susceptibles de enjuiciamiento desde el punto de vista de su verdad o falsedad. Dicho enjuiciamiento se ve dificultado, sin embargo, por el hecho de que los mismos carecen de una extensión semántica suficientemente precisa⁴³. Pues términos como –por ejemplo– «autor» o «intención» carecen de una definición científica, en términos

³⁸ Nos estamos refiriendo, pues, aquí exclusivamente lo que J. Hruschka denomina primer nivel de imputación o (siguiendo la terminología de DARES, J. G.) *imputatio facti* (HRUSCHKA 2009b, pp. 15-21). Pues las operaciones adscriptivas correspondientes al segundo nivel de imputación (o *imputatio iuris*) tienen que ver con la imputación de la sanción y, por ende, con el juicio de culpabilidad.

³⁹ Como expliqué en detalle en PAREDES CASTAÑÓN 1995, pp. 347-353, denomino elementos internos (de la acción y del tipo) a aquellos estados de cosas (eventos o hechos) que poseen naturaleza psicológica y que, además, resultan relevantes por aportar información acerca de la motivación de la acción (y no sobre sus efectos causales).

⁴⁰ PAREDES CASTAÑÓN, J. M.: «Dolo y psicología de sentido común», en De Vicente Remesal, J., Díaz y García Conlledo, M., Paredes Castañón, J. M., Olaizola Nogales, I., Trapero Barreales, M. A.; Roso Cañadillas, R., y Lombana Villalba, J. (dtors.), *Libro Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario*, Madrid, Reus, pp. 875-885.

⁴¹ HRUSCHKA, J.: «Sobre la difícil prueba del dolo», trad. R. Ragués i Vallès, en HRUSCHKA, *Imputación y Derecho penal*. 2.ª ed., Buenos Aires, BdeF, 2009, pp. 195-197.

⁴² SEARLE 1999, p. 463.

⁴³ DUARTE D'ALMEIDA, L.: «Description, Ascription, and Action in the Criminal Law», *Ratio Iuris*, 20, 2007, pp. 180-182.

de condiciones necesarias y suficientes con referencia empírica directa, por lo que los predicados que incorporen dichos términos adolecerán forzosamente de una notable vaguedad (comparativamente, muy superior a la existente en los enunciados que hemos visto que justifican la subsunción sobre bases descriptivas)⁴⁴.

Debido a ello (a la finalidad interpretativa que persigue la preferencia de enunciados con sentido adscriptivo y a la consiguiente vaguedad extraordinaria de los mismos), tenía razón H. L. A. HART cuando señalaba que en la imputación sobre bases adscriptivas no es posible disponer de una definición completa (en términos de condiciones necesarias y suficientes) de los criterios de adscripción⁴⁵. De manera que la fuerza ilocucionaria de cualquier acto de adscripción es siempre susceptible de ser puesta en cuestión, mediante el cuestionamiento de los estados de cosas a partir de los que se pretende justificar. Todo acto de adscripción resulta, pues, derrotable⁴⁶: en la medida en que, para un juicio de adscripción dado, siempre es posible que existan circunstancias adicionales que lo refuten, al transformar la significación social de la conducta⁴⁷.

Así, si la calificación de una conducta como dolosa (o como no dolosa) resulta ser –como aquí se sostiene– un acto de adscripción, entonces la misma es siempre susceptible de ser puesta en cuestión y discutida, en atención a la concurrencia de determinadas circunstancias en un caso o grupo particular de casos. Puesto que no existe, ni puede existir, una definición científica del término «*dolo*», sobre la base de la enumeración de condiciones necesarias y suficientes inmediatamente referidas a la realidad empírica (en virtud de la cual se pueda decir pudiera afirmarse fundadamente que en un caso concreto «*existe –ocurre– dolo*»), sino que la calificación de una conducta como dolosa o no dolosa es siempre materia de interpretación (de su significación social).

⁴⁴ Ello no es un defecto de los términos y predicados empleados en los actos de adscripción, sino tan solo una característica peculiar, que tiene que ver con la función que cumplen en el discurso: no la de explicar la conducta (en términos causales), sino la de interpretarla (interpretar su descripción), volviéndola comprensible, y manejable, en el marco del discurso de la razón práctica (VON WRIGHT, G. H.: *Explicación y comprensión*, trad. Vega Reñón, L., Madrid, Alianza Editorial, 1979, pp. 177-179). Un discurso que no pretende explicar los mecanismos causales que han dado lugar a la conducta, sino proponer una actitud y una forma de actuar (en nuestro caso, del aplicador del Derecho) frente a ella que resulte máximamente justificable (WALLACE, R. J. (2020): «Practical Reason», en *Stanford Encyclopedia of Philosophy* [online]. Disponible en: <https://plato.stanford.edu/entries/practical-reason/> (Consultado: 21 junio 2021)).

⁴⁵ DUARTE D'ALMEIDA 2007, pp. 172-173.

⁴⁶ HART, H. L. A.: «The Ascription of Responsibility and Rights», *Proceedings of the Aristotelian Society*, 49, 1949, pp. 174-175, 187.

⁴⁷ DUARTE D'ALMEIDA, L.: *Allowing for Exceptions. A Theory of Defences and Defeasibility in Law*. Oxford, Oxford University Press, 2015, pp. 27-32.

3. Imputación sobre bases valorativas⁴⁸

Se trata de la preferencia de enunciados que expresan una actitud (más o menos) aprobatoria o desaprobatoria respecto de la acción enjuiciada⁴⁹. (En virtud de lo cual, y al menos en ese aspecto, la acción enjuiciada resulta asimismo subsumible en el tipo penal.) La valoración se lleva a cabo basándose en prescripciones: en reglas de conducta, en cuya virtud la acción será valorada como (más o menos) correcta o incorrecta⁵⁰.

Desde este punto de vista, la conducta de Juan G. de asumir la administración de la sociedad tapadera *S* puede ser valorada como correcta (si, por ejemplo, se entiende que se trata de una conducta que entra dentro del riesgo permitido, por tratarse de una actividad cotidiana, o si Juan G. se hallaba en estado de necesidad) o como incorrecta (en otro caso).

El acto de habla realizado por el aplicador del Derecho es, en este caso, uno de naturaleza expresiva, que no es susceptible de juicios de verdad o falsedad, sino únicamente de juicios de corrección o incorrección.

3. Conclusión: enunciado subsuntivo (positivo o negativo)

El resultado de todas estas operaciones de imputación es la enunciación de la decisión acerca de subsumir, o no, la conducta enjuiciada en el tipo penal⁵¹.

⁴⁸ Desde el punto de vista de la sistemática de la teoría del delito, esta parte de la imputación afecta principalmente al juicio de desvalor objetivo de la acción (incluyendo la eventual concurrencia de situaciones justificantes), al juicio de desvalor del evento (lesividad). Pero también al juicio de desvalor subjetivo de la acción en algún caso (ciertamente marginal): allí donde la acción, además de ser dolosa (imputable como infracción), reviste algún otro rasgo psíquico valorativamente que sea relevante para la antijuricidad de la conducta (y compatible con el principio de responsabilidad por el hecho) y susceptible de graduación (ej.: motivos discriminatorios).

⁴⁹ VON DER PFORDTEN, D.: «Sein, Werten, Sollen», *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 79, 1993, pp. 63-64; VON WRIGHT, G. H.: «Valuations – or How to Say the Unsayable», *Ratio Juris*, 13, 2000, pp. 349-350, 351-353.

⁵⁰ En PAREDES CASTAÑÓN 1995; y PAREDES CASTAÑÓN, J. M.: «La determinación del nivel de riesgo permitido: un caso de Derecho penal económico», *Revista de Derecho y proceso penal*, 12, 2004, pp. 139-165, me ocupé de examinar en detalle dichas reglas de conducta (reglas de cuidado, que prescriben tanto acciones como abstenciones de acción, y que son diferentes de la norma primaria de conducta, que consiste –en los delitos de acción– únicamente en una prohibición: (PAREDES CASTAÑÓN 1995, p. 112, n. 71), sobre cuya base se determina el deber de conducta del agente; es decir, las medidas de control de riesgos que, si opta por actuar peligrosamente (en vez de abstenerse de hacerlo), ha de adoptar, para que acción no sea valorada negativamente).

⁵¹ Desde el punto de vista lingüístico, el acto de habla que se realiza es una de las que John Searle ha denominado «declaraciones asertivas» (MAÑALICH 2012, pp. 683-685): un acto de habla cuya fuerza ilocucionaria es performativa; pero que, además, pretende que dicho efecto declarativo se justifica en virtud de ciertos estados de cosas concurrentes (que hay que explicitar), que –se interpreta– serían razones suficientes para la declaración (SEARLE 1999, pp. 469-470).

SOBRE EL ESTATUS NORMATIVO DE LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO Y SU RELACIÓN CON LOS DEBERES JURÍDICO- PENALES DE LAS PERSONAS FÍSICAS QUE OPERAN EN LA ORGANIZACIÓN EMPRESARIAL

NURIA PASTOR MUÑOZ*

I. INTRODUCCIÓN

Con la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, el fenómeno del *compliance* ha atraído la atención de la ciencia del Derecho penal, algo de lo que da noticia la enorme cantidad de trabajos publicados en los últimos años. Una de las principales preocupaciones ha sido la relevancia de los programas de cumplimiento («modelos de organización y gestión», artículo 31 bis 2 CP) como determinantes, bajo determinadas condiciones, de la exclusión de la responsabilidad penal de la persona jurídica. En este trabajo, sin embargo, se deja esta cuestión de lado, pues el objetivo es observar los programas de cumplimiento desde la perspectiva de las personas físicas que actúan bajo los códigos de conducta definidos por aquellos. En concreto, se trata de responder a dos preguntas. La *primera* hace referencia a la *naturaleza* de dichos códigos de conducta desde la perspectiva del Derecho penal, es decir, a su *estatus normativo*. Para responderla es necesario determinar cuál es la relación entre *compliance* y Derecho penal, con el objetivo de poder aclarar en qué rela-

* Profesora Agregada de Derecho penal. Universidad Pompeu Fabra. Este artículo se enmarca en la ejecución del proyecto de investigación PID2020-115863GB-I00/MICIN/AEI/10.13039/51100011033.

ción se encuentran las normas de conducta de los programas de cumplimiento con las normas de conducta jurídico-penales. A ello se añade una *segunda pregunta*, a saber, la relativa a en qué medida los programas de cumplimiento *pueden* constituir un reflejo de las normas de conducta penales y, con ello, servir de orientación a las personas físicas que operan en la organización empresarial. La respuesta a esta segunda cuestión no modifica la respuesta a la primera, pues de la coincidencia que, en su caso, pueda darse entre normas de conducta jurídico-penales y normas de conducta del programa de cumplimiento no se deriva un determinado estatus normativo de estas últimas.

Antes de abordar estas cuestiones, es importante aclarar algunos aspectos. Primero: al presente análisis se debe añadir la perspectiva desde la que la persona jurídica contempla el programa de cumplimiento y las posibles consecuencias en caso de omitir su elaboración o elaborarlo de manera defectuosa. En efecto, el contenido de los programas de cumplimiento no se puede comprender atendiendo únicamente al modo el Estado contempla dicho programa, sino que hay que analizar la percepción que tiene la empresa del mandato de *compliance* o de organizarse en *compliance*, una percepción marcada por la lógica empresarial de maximización de beneficios y ahorro de costes. Segundo: es preciso diferenciar *dos clases de normas de conducta* contenidas en los programas de cumplimiento. Por una parte, normas relativas a *conductas (prácticas) que se deben omitir por estar próximas a determinados tipos penales* (corrupción, publicidad engañosa, cohecho, blanqueo, etc.). Por otra parte, las normas que definen la conducta esperada de las diversas personas físicas que operan en el seno de la organización empresarial, basándose en la esfera de responsabilidad que tienen asignada, es decir, *normas de conducta cuyo contenido es la vigilancia, supervisión y, en su caso, neutralización de conductas delictivas de otros*, así como deberes de sometimiento de las propias decisiones a *procedimientos y protocolos*.

II. LA FUNCIÓN DE LOS PROGRAMAS DE COMPLIANCE DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO PENAL: EL SENTIDO JURÍDICO-PENAL DEL MANDATO DE COMPLIANCE

Para poder abordar la relación entre los estándares de conducta definidos en los programas de cumplimiento y las normas de conducta jurídico-penales, es preciso aclarar previamente qué función tienen, *para el Derecho penal*, dichos programas de cumplimiento y, con ello, qué espera el Derecho penal de las personas físicas responsables de elaborar un programa de cumplimen-

to con las exigencias del artículo 31 bis CP. En definitiva, se trata de determinar el estatus normativo de dichos programas. Al respecto podrían formularse por lo menos dos hipótesis.

Conforme a la primera, el Derecho penal atribuiría a los responsables del programa de cumplimiento una *función institucional* de formular en el programa del *compliance* normas de conducta que sean un reflejo de las normas de conducta jurídico-penales. Según esta tesis, *las normas de dichos programas tendrían el estatus de «altavoces» del ordenamiento jurídico*, de modo que deberían ser vistas como *la concreción de las normas de conducta jurídico-penales para las personas físicas que actúan en el seno de la organización empresarial*. La imposición por parte del Estado de dicha función tendría pleno sentido, teniendo en cuenta las dificultades que tiene el Estado para «hacerse oír» en el seno de la persona jurídica² y las dificultades que tienen las personas físicas de la organización empresarial para averiguar las concretas implicaciones de las normas jurídico-penales para su actuación. Esta interpretación del estatus de los programas de cumplimiento tiene importantes consecuencias: (i) dichos programas constituirían un instrumento complementario del Derecho penal y la *prestación* que les correspondería realizar no sería (o no solo) *de resultado* (a saber, garantizar que la delincuencia de la empresa no rebasa el umbral de lo tolerable), sino, *sit venia verbo*, *de medios* (reflejo y concreción de las normas de conducta jurídico-penales); (ii) el «deber» (¿?) de reflejar en los programas de cumplimiento las normas de conducta jurídico-penales pesaría sobre los administradores; con todo, no sería posible hablar de deber jurídico-penal, ni siquiera de «deber», pues no está prevista una sanción del administrador en caso de incumplimiento,³ sino solo la desaparición de un mecanismo de bloqueo, en el marco del artículo 31 bis CP, de la responsabilidad de la persona jurídica previamente fundamentada; (iii) el código de conducta recogido en el programa de cumplimiento constituiría la concreción de las normas de conducta penales válida para las personas físicas que operan en el seno de la empresa, de manera que estas podrían *en general* confiar en dichos programas, sin tener que hacer averiguaciones o reflexiones adicionales; (iv) a partir de ahí, en los casos en que el programa de cumplimiento fuera defectuoso por plasmar de manera incorrecta las normas de conducta jurídico-penales, debería poderse

² PASTOR MUÑOZ, N., «La respuesta adecuada a la criminalidad de los managers contra la propia empresa: ¿Derecho penal o autorregulación empresarial?», *Indret* 4/2006, pp. 1 ss.

³ SILVA SÁNCHEZ, J. M., «La evolución de la posición de deber del Consejo de Administración. Una observación desde la cultura del compliance», en: Ragués i Vallès, y Robles Planas (dirs.), *Delito y empresa. Estudios sobre la teoría del delito aplicada al Derecho penal económico-empresarial*, Barcelona (Atelier), 2018, p. 243.

plantear la concurrencia de un error que, salvo en casos de programas manifiestamente defectuosos, debería ser considerado invencible y dar lugar a la impunidad de la persona física; en realidad, algo semejante a lo que ocurre en el caso de disposiciones administrativas deficientes u obsoletas.⁴

Ahora bien, esta primera tesis topa con una dificultad importante, a saber, el hecho de que el Derecho penal vigente no parece medir la adecuación de los programas de cumplimiento *según el código de conducta* que contienen, sino *según su eficiencia en la minimización de outputs delictivos*: espera de las «medidas de vigilancia y control» que sean «idóneas para prevenir delitos (...) o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión». En mi opinión, ello apunta a que el Derecho no espera de los programas de cumplimiento una prestación de *medios*, sino de *resultado*; los medios necesarios para lograrlo serán distintos dependiendo de los rasgos de la organización empresarial, la cultura de la empresa y el sector de actividad (es decir, dependiendo del riesgo real de que se cometan delitos). Si esto es así, el *estatus normativo* de los programas de cumplimiento no sería el de «altavoces» del ordenamiento jurídico (aunque ello sea un efecto deseable), sino el de mecanismos de control (análogos a la Administración de Justicia en sentido amplio) para minimizar los «outputs delictivos», para lo que se revela esencial la elaboración de mapas de riesgo, la fijación protocolos y procedimientos de control de adopción y ejecución de decisiones, la imposición de deberes de información al organismo encargado del *compliance*, el establecimiento de un sistema disciplinario, etc.

Con todo, afirmar que los programas de cumplimiento no tienen el estatus de altavoces del Derecho (no *deben* reflejar las normas de conducta jurídico-penales) no excluye la *posibilidad* de que, en determinados casos, sus códigos de conducta coincidan con las normas jurídico-penales (*pueden* reflejar las normas penales). El programa de cumplimiento (i) no *debe* reflejar las normas de conducta jurídico-penales porque nuestro modelo legislativo no otorga relevancia a la *defectuosa transposición de las normas penales* sino a la *insuficiente prevención* de la comisión de delitos; por ello, (ii) no concurre necesariamente un incumplimiento del mandato de *compliance* cuando los estándares de conducta recogidos en el programa son más o menos exigentes que las normas jurídico-penales; (iii) es *posible* que el programa de cumplimiento recoja normas más exigentes que las jurídico-penales (la lógica empresarial incentivaría a fijar los estándares de conducta correcta lejos del umbral de la tipicidad penal) o (iv),

⁴ SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Medicinas alternativas e imprudencia médica*, Barcelona (Bosch), 1999, pp. 16 s.; cfr. también PASTOR MUÑOZ, N., *Riesgo permitido y principio de legalidad. La remisión a los estándares sociales de conducta en la construcción de la norma jurídico-penal*, Barcelona (Atelier), 2019, pp. 79 s.

aunque ello sea quizá menos probable, normas menos exigentes porque decida poner el acento en otros aspectos del *compliance* (sistema de sanciones interno especialmente duro, sistemas de incentivos para fomentar el cumplimiento, cultura del cumplimiento, etc.⁵).

Así las cosas, creo que es convincente una segunda tesis, consistente en atribuir al programa de cumplimiento una función *cuasi-policial*, *cuasi-judicial* (*de sanción*), así como *de fomento*,⁶ esto es, la función de colaborar con el Estado a la prevención de delitos.⁷ En realidad, el programa de cumplimiento haría las veces de *longa manus* del Estado en la garantía de un suficiente grado de cumplimiento real del Derecho.⁸ Ello armoniza bien con el modo en que el legislador (art. 31 bis 2 y 4 CP) y los operadores económicos han configurado los programas de *compliance*: un *sistema de prevención* de delitos en el seno empresarial. Es cierto que (i) un cumplidor de dichas funciones cuasi-policiales tenderá *en general* a prohibir las conductas que también prohíbe el Derecho penal, pero nada empuja a que (ii) dicho programa vaya más lejos, exigiendo más que el Derecho penal (o que el Derecho en general); es más, desde la lógica empresarial, que es la del beneficio, el hecho de que la falta de elaboración de un programa de cumplimiento adecuado abra la puerta a una amenaza de sanción a la persona jurídica constituye una fuente de costes indeseados (de defensa, reputacionales, de pérdida de negocio futuro, de eventual bloqueo del acceso a subvenciones, etc.), por lo que interesa no solo garantizar la absolución de la persona jurídica en un eventual proceso penal, sino evitar siquiera acercarse al radar del Derecho penal; y es que (iii) el mandato de *compliance* sería un mandato de lograr un *resultado*, con libertad de medios, por lo que el código de conducta del programa de cumplimiento no se debe ver como concreción de las normas penales para las personas físicas de la organización empresarial, quienes no pueden confiar en el programa como si fuera para ellas Derecho positivo. Esta visión del programa de cumpli-

⁵ Cfr. NIETO MARTÍN, A., «Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho penal», *Temas de Derecho penal económico: empresa y compliance*, *Anuario de Derecho penal*, 2013-2014, pp. 183 s.

⁶ Cfr. sobre la tendencia a descentralizar la función policial y a convertir a las personas jurídicas en «delegados de prevención de los delitos que se conviertan en su seno», SILVA SÁNCHEZ, J. M., «La exigencia de «modelos de prevención de delitos». Fundamento y bases para una dogmática», en: Ragués i Vallès, y Robles Planas (dirs.), *Delito y empresa. Estudios sobre la teoría del delito aplicada al Derecho penal económico-empresarial*, Barcelona (Atelier), pp. 240 s.

⁷ NIETO MARTÍN, A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Madrid (Iustel), 2008, p. 148.

⁸ Una función de policía preventiva en el sentido de «vigilancia ordenada a la evitación fáctica de la realización de delitos» (SILVA SÁNCHEZ, J. M., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en Derecho español», en: Silva Sánchez (dir.), Montaner Fernández (coord.), *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*, Barcelona (Atelier), 2013, p. 45. Cfr. también NIETO MARTÍN, A., 2008, p. 148. Crítico DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española», *Indret* 1/2012, p. 4.

miento es compatible con el papel que aquel desempeña en la responsabilidad de las personas jurídicas: tiene pleno sentido ver la ausencia de un programa de cumplimiento eficaz como presupuesto de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, pues, como ha afirmado Silva Sánchez, la ausencia de un *compliance* eficaz daría lugar a un «estado de descontrol» favorecedor de la comisión de delitos⁹. Dicha relevancia del programa de cumplimiento en el plano de la responsabilidad penal de la persona jurídica —el programa eficaz sería la traducción de la exigencia de contribuir a las funciones estatales de policía— es, en mi opinión, compatible con negar a dichos programas la función de hacer de altavoz del ordenamiento jurídico para las personas físicas.

III. EL MANDATO DE ORGANIZARSE EN *COMPLIANCE* DIRIGIDO A LOS ADMINISTRADORES

La primera consecuencia relevante de la *función cuasi-policial* asociada al «mandato de organizarse en *compliance*» y el estatus normativo de este último atañe a la relación entre el mandato de organizarse en *compliance*, dirigido a los administradores, y los *deberes jurídico-penales vinculados a la posición de garante de los administradores de control de la organización empresarial en cuanto fuente de peligro*.¹⁰ Al respecto, (i) el «deber» de crear y mantener un programa de *compliance* eficaz recae sobre las personas físicas con el correspondiente poder de decisión en la organización empresarial, es decir, los administradores; ahora bien, (ii) la consecuencia del incumplimiento de ese «mandato de *compliance*» eficaz no recae sobre los administradores, sino sobre la persona jurídica, en caso de que sea posible una imputación conforme al artículo 31 bis CP; en efecto, los administradores, pese a ser quienes ponen una condición para que sea posible imputar el delito a la persona jurídica (la omisión de elaborar un programa de *compliance* eficaz), no sufren la consecuencia de su omisión o cumplimiento defectuoso; (iii) cuestión distinta es que dicha vinculación del artículo 31 bis 2 CP entre incumplimiento del mandato de *compliance* y la falta de construcción de un cortafuego a la posible responsabilidad penal de la persona jurídica pueda ser relevante

⁹ SILVA SÁNCHEZ, J. M., 2018 b, pp. 237 ss.

¹⁰ ROBLES PLANAS, R., «El responsable de cumplimiento («compliance officer») ante el Derecho penal», en: Silva Sánchez (dir.), Montaner Fernández (coord.), *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*, Barcelona (Atelier), 2013, pp. 322 ss. Cfr. también CIGÜELA SOLA, J., y ORTIZ DE URBINA, I., en Silva Sánchez (dir.), Robles Planas (coord.), *Lecciones de Derecho penal económico y de la empresa. Parte general y especial*, Barcelona (Atelier), 2020, p. 78.

desde la perspectiva del delito de administración desleal del artículo 252 CP, un problema que no abordaré en estas líneas.

Así las cosas, ¿es el mandato de organizarse en *compliance* la «traducción» del deber jurídico-penal de estructurar la empresa en tales términos que sea posible el ejercicio de los deberes jurídico-penales de vigilancia y reacción de los administradores? Los administradores que no se organizan en *compliance* ¿infringen dichos deberes jurídico-penales (bien directamente, bien a la *actio libera in causa*: no han dispuesto las condiciones para poder vigilar y reaccionar cuando ello sea preciso)? En mi opinión, la respuesta debe ser negativa: es cierto que el administrador, cuando delega espacios de la actividad empresarial en otros, manteniendo en su caso deberes residuales de vigilancia jurídico-penales,¹¹ debe establecer cauces para tal vigilancia. Si no lo hace, colocándose a sí mismo en una situación en la que le resulta imposible el ejercicio de la vigilancia, puede responder por infringir sus deberes jurídico-penales. Ahora bien, esto implica que el Derecho penal espera que quien delega se dote de los medios para el ejercicio de su deber de vigilancia, pero no implica ni el deber de diseñar un programa de cumplimiento con todos sus elementos (por ej., sistema de sanciones, artículo 31 bis 5.5 CP) ni el deber de prever las estructuras orgánicas a las que se refiere el artículo 31 bis 2 CP. Que en un caso concreto un buen programa de *compliance* signifique la autocapacitación necesaria para cumplir con los deberes de vigilancia jurídico-penales no significa que aquel sea la única vía posible: los administradores pueden decidir no instaurar un programa de cumplimiento en los términos de artículo 31 bis 2 CP, pero cumplir perfectamente sus deberes jurídico-penales de organizar su actividad en tales términos que puedan vigilar a sus subordinados y, en su caso, reaccionar para evitar la comisión de delitos por estos últimos.

IV. LOS DEBERES DE VIGILANCIA Y REACCIÓN DE LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO Y LOS DEBERES DE VIGILANCIA Y REACCIÓN DE LOS ADMINISTRADORES

Sentada esta premisa, se debe plantear cuál es *la relación entre el programa de cumplimiento y el administrador en su condición de persona sujeta a dicho programa*. ¿Es la obediencia al programa de *compliance* eficiente *el modo* en que los administradores han de cumplir sus deberes de vigilancia jurídico-

¹¹ Que no existirán en casos de delegación especializada: ROBLES PLANAS, R., «Principios de imputación en la empresa», en Bacigalupo S.; Feijoo S., y Echano B. (eds.), *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Miguel Bajo*, Madrid (Ramón Areces), 2016, pp. 500 s.

penales? En la medida en que los programas de cumplimiento no tienen la función institucional de hacer de altavoces de las normas de conducta jurídico-penales, aquellos programas *no deben* reflejar los deberes jurídico-penales de los administradores, aunque *pueden* hacerlo. La función preventiva de dichos programas determina que la *idoneidad* del programa de cumplimiento para minimizar los outputs delictivos de la sociedad no se alcanza *necesariamente reflejando en él (o solo reflejando en él) los deberes jurídico-penales de control*. Hay razones para pensar que (i) en ocasiones, el ejercicio de un control y reacción conforme a los deberes jurídico-penales puede ser «demasiado» ineficaz desde la perspectiva preventiva del artículo 31 bis CP (por ej.: en un sector económico con un elevadísimo grado de corrupción, la vigilancia regular de las conductas de los subordinados puede ser una actuación jurídico-penalmente correcta, pero insuficiente para minimizar los outputs delictivos de la empresa); y (ii) que es posible que un programa de cumplimiento prevea deberes de control de menor intensidad que los deberes jurídico-penales pero logre el grado de eficacia que espera de él el artículo 31 bis CP (por ej., porque compensa la falta de vigilancia con severas sanciones internas o bonificaciones al cumplimiento).

En mi opinión, hay que negar *prima facie* la identificación de los deberes previstos en el programa de cumplimiento con los deberes jurídico-penales de vigilancia y reacción, primero (i) porque los deberes de vigilancia y reacción previstos en el programa de cumplimiento son definidos conforme a la *lógica de la evitación de la sanción a la persona jurídica*, mientras que los deberes propios de la posición de garante de los administradores se derivan de un *compromiso material inequívoco generador del deber jurídico-penal* de contener la fuente de peligro que constituye la empresa.¹² Los deberes jurídico-penales se definen *ex ante* en términos normativos, admitiendo la posibilidad de que, pese a su cumplimiento, los sujetos sometidos a control, que al fin y al cabo son personas autorresponsables, cometan conductas delictivas. No existe un *deber de neutralización de cualquier actuación delictiva de los sujetos sometidos a control*, quienes gozan de un espacio de libertad y, con ello, de la posibilidad de delinquir.¹³

A de este modo de ver las cosas se le podría objetar que los programas de cumplimiento eficaces *sí reconocen* los deberes jurídico-penales de vigilancia, y ello por dos razones: por una parte, el artículo 31 bis CP *no exigiría un «resultado» de neutralización de los delitos de las personas físicas que operan en la*

¹² ROBLES PLANAS, R., «Principios de imputación en la empresa», en Ragués i Vallès, y Robles Planas (dirs.), *Delito y empresa. Estudios sobre la teoría del delito aplicada al Derecho penal económico-empresarial*, Barcelona (Atelier), 2018, p. 27 s.

¹³ ROBLES PLANAS, R., 2016, p. 491 ss.

organización empresarial, sino un control idóneo, pero «limitado», pues en puridad el artículo 31 bis CP cuenta con la autorresponsabilidad de los sujetos sometidos a control y la posibilidad de que eludan el programa de cumplimiento y delincan; además, por otra parte, el *alcance de los deberes de vigilancia jurídico-penales dependería del grado de riesgo* de comisión de delitos en la concreta organización empresarial, de manera que, ante subordinados más propensos o más «tentados» a delinquir, procedería ejercer una mayor vigilancia en virtud de la posición de garante jurídico-penal. La primera objeción es cierta en el sentido de que el mandato de organizarse en *compliance* no obliga a que el sistema sea capaz de neutralizar cualquier delito (ello haría absurdas las estructuras de delegación: ¿para qué delegar si hay que ejercer un control 24/7 sobre los delegados?), sino solo capaz de mantener un nivel «soportable» de outputs delictivos (qué sea lo «soportable» es harina de otro costal). Ahora bien, también es cierto que el modelo del artículo 31 bis CP está *orientado a un resultado de prevención* (aunque esta no sea absoluta), por lo que implica que los contenidos del programa varían necesariamente según el riesgo de comisión de delitos de la concreta persona jurídica.

En lo que atañe a la segunda objeción: la mera constatación de que *hay factores* que determinan que sea más probable la comisión de delitos por los subordinados no implica *necesariamente* un aumento de los deberes jurídico-penales de vigilancia. Al respecto es necesario hacer distinciones respecto a la razón del aumento de la probabilidad de que los sujetos sometidos a control cometan delitos: así, esa mayor disposición a la comisión de delitos de los subordinados puede tener su razón de ser (i) en la personalidad del delegado; (ii) en la cultura empresarial de esa persona jurídica; (iii) en los hábitos de un sector económico.¹⁴ La pregunta esencial es aquí es si «cualquier aumento» de la peligrosidad subjetiva (autorresponsable) del delegado determina un aumento de los deberes de vigilancia. Y la respuesta, creo, ha de ser distintiva y depende de los riesgos que «son asunto» del delegante. Así, (i) *hay deber de vigilar con mayor intensidad a un delegado escogido por su gran capacidad técnica, pero del que se sabe que tiene una fuerte tendencia a usar vías ilícitas en la realización de sus tareas*, si dicha información se tiene en el momento de configurar la delegación o en el momento de prorrogarla. Es más, la delegación podría considerarse defectuosa cuando el delegante tiene el conocimiento de una disposición abierta del delegado a delinquir que es incompatible con un control adecuado mediante la vigilancia del delegante, de manera que la posición del

¹⁴ Un análisis de los diversos niveles de factores criminógenos en CIGÜELA SOLA, J. «Compliance más allá de la ciencia penal», *Indret* 4/2019, pp. 11 ss.

delegante mantendrá su extensión original. En los casos en los que *ex ante* no se conoce la especial tendencia delictiva del delegado, el descubrimiento casual de esta no determinará un aumento de los deberes de vigilancia, sino solo su descubrimiento mediante el cumplimiento de los deberes de vigilancia que acompañaron *ab initio* la delegación en dicho sujeto –allí sí que, si el delegante prorroga la delegación sabiendo que la tendencia delictiva del delegado hace imposible su control adecuado mediante medidas de vigilancia, el acto de prórroga será defectuoso; y si el acto de prórroga de la delegación se produce con conocimiento de que es necesaria una mayor vigilancia de dicho sujeto, el delegante estará asumiendo deberes más extensos.

En cuanto a los casos (iii) en los que el peligro de comisión de delitos por los subordinados aumenta debido a incentivos externos (el mercado o el sector de actividad), resulta difícil afirmar un aumento de los deberes de vigilancia jurídico-penales. Así, si en un determinado sector es habitual que los funcionarios soliciten a las personas físicas encargadas de contratación ventajas patrimoniales como contraprestación a la concesión de proyectos públicos y ese factor es conocido por los administradores, resulta *difícil afirmar que los administradores tienen el deber jurídico-penal de someter a sus delegados de contratación a una vigilancia más intensa*. Esto sería plenamente compatible con afirmar que *el programa de cumplimiento sí debería tener en cuenta esos factores criminógenos* y, por tanto, en el ejercicio de su función policial, prever mecanismos de intensidad suficiente para compensar dichos incentivos al delito.

Por último, son más complejos los casos (ii) en los que *la mayor probabilidad de que el delegado delinca proviene del hecho de que en dicha persona jurídica hay una cultura empresarial* que incluye hábitos de actuación al margen de la ley. Al margen de cuál sea el papel de la cultura empresarial en la construcción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas –que no considero auténticamente penal¹⁵–, el problema es, desde la perspectiva de la posición de

¹⁵ Con todo, no asumo los planteamientos que vinculan la cultura empresarial a una responsabilidad auténticamente penal de la persona jurídica (cfr. GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «Autoorganización empresarial y autorresponsabilidad empresarial. Hacia una verdadera responsabilidad penal de las personas jurídicas», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (08-05), p. 05:1 –05:27), sino que considero la cultura empresarial como el resultado de la acumulación en el tiempo de multitud de conductas individuales. Ciertamente, el problema es la imposibilidad de individualizar las contribuciones, detectar a los responsables, perseguir conductas prescritas, etc. La etiqueta para identificar esta realidad ha sido la de «irresponsabilidad organizada». Ahora bien, estas dificultades no justifican elevar ese estado de cosas al estatus de «culpabilidad jurídico-penal de la persona jurídica» (en cambio, partidarios de hacerlo GÓMEZ-JARA DÍEZ y FEJOO SÁNCHEZ, B., *El delito corporativo en el Código penal español*, Cizur Menor (Civitas), 2015, pp. 49 ss., si bien con otra fundamentación). Por tanto, tiene pleno sentido que planteamientos como el de SILVA SÁNCHEZ («La responsabilidad penal de las personas jurídicas y las consecuencias accesorias del art. 129 del Código Penal», en: AAVV, *Derecho penal económico* [14] 2001, pp. 319 ss.) o ROBLES PLANAS, R. (*Indret* 2/2009, p. 5) conciban la responsabilidad penal de la persona jurídica como una responsa-

los administradores, si dicha cultura tiene (siempre, a veces o nunca) relevancia en la definición de sus deberes jurídico-penales. Nos enfrentamos aquí al problema de definir qué elementos definitorios del riesgo-empresa (en el caso concreto) son competencia jurídico-penal del administrador. De entrada, dicha cultura debería considerarse un factor externo, pues no se trata de una tendencia delictiva del sujeto (que, de ser conocida, determinaría el carácter defectuoso de la delegación), sino de un factor del entorno en el que el sujeto decide. Por tanto, podría formularse un criterio conforme al cual solo sería competencia del administrador la cultura delictiva de la empresa en cuanto haya cristalizado en hábitos delictivos de las personas físicas; en cambio, cuando haya una actitud general de frialdad o indiferencia frente al Derecho o, incluso, de aplauso al delincuente por su perspicacia, todavía no estaríamos ante un problema que pertenezca al administrador.

Así, en el caso de *conurrencia de factores externos que elevan el riesgo de comisión de delitos* por parte de los subordinados (ii y iii), un programa de cumplimiento tenderá a («deberá») incorporar dichos factores a la hora de definir las medidas de control necesarias (¡el primer paso del *compliance* es elaborar un *mapa de riesgos «reales»*, esto es, la averiguación de la probabilidad fáctica de que las personas físicas delincan y de los factores –internos o externos al sujeto– que inciden en tal probabilidad!¹⁶) y, sin embargo, *dichos factores externos no implicarán un aumento de los deberes jurídico-penales de vigilancia de los administradores*. En todo caso, la respuesta a este problema será distinta para quien parta de que los deberes jurídico-penales de los administradores se deben definir a la vista del riesgo real de comisión de delitos por parte de sus subordinados, siendo indiferente si la fuente de dicho riesgo es la tendencia constatada del sujeto a delinquir o los incentivos externos (de la cultura de la empresa o del sector económico). En mi opinión, forma parte de la función del programa de cumplimiento «compensar» los incentivos a delinquir provenientes de la cultura empresarial¹⁷ o, incluso, del sector económico de actividad de la empresa, mientras que

bilidad «no penal». Y es que, en realidad, la persona jurídica (permítaseme la licencia), «no tiene la culpa de ser como es».

¹⁶ También NIETO MARTÍN, A., *Anuario de Derecho penal* 2013-2014, p. 196 entiende que el contenido de los programas de cumplimiento se debe orientar a los riesgos reales de comisión de delitos.

¹⁷ SILVA SÁNCHEZ, J. M., y VARELA, L., «Responsabilidades individuales en estructuras de empresa: la influencia de sesgos cognitivos y dinámicas de grupo», en: *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*, Barcelona (Atelier), 2013, p. 282, partirían de que el programa de cumplimiento se debe definir a partir de los riesgos reales, intentando compensar los sesgos cognitivos que se producen en la organización empresarial. A partir de ahí, la cuestión compleja es cómo delimitar qué elementos determinantes de un mayor riesgo de conducta delictiva del subordinado competen (jurídico-penalmente) al administrador SILVA SÁNCHEZ, J. M., 2018 a, p. 46, entiende que el deber de vigilancia del

los deberes jurídico-penales de vigilancia de los administradores estarían normativamente limitados a lo que definamos como su competencia.

La *segunda razón* es que los programas de cumplimiento son mucho más que una serie de códigos de conducta y medidas de control: incluyen medidas disciplinarias, el fomento de la cultura empresarial, etc. Por ello, el objetivo (*resultado*) de eficaz control de los *outputs* delictivos de la empresa se puede lograr poniendo el acento en medidas de *compliance* distintas de la vigilancia de los subordinados.

La *tercera y última razón* es que, incluso en caso de que un determinado programa de cumplimiento concretara (sin caer en defectos o en excesos) los deberes jurídico-penales de vigilancia y reacción de los administradores, las previsiones de aquel no constituirían necesariamente *la única concreción posible* de dichos deberes jurídico-penales. La misma cultura del *compliance* es consciente de que el *modo* de controlar los peligros de *outputs* delictivos de la actividad empresarial previsto en un programa de cumplimiento no es el único posible. Así, en el *Corporate Governance* se habla del principio *comply or explain*. En lo que respecta a aquellos programas de cumplimiento cuyos deberes puedan considerarse la concreción de los deberes jurídico-penales de vigilancia, rige la idea que está en la base del principio *comply or explain*, a saber, la de que existen otras maneras posibles de dar cumplimiento a los deberes jurídico-penales de vigilancia, si bien el principio *comply or explain* no rige en el sentido de que el administrador deba justificar por qué se ha separado del programa de cumplimiento.

En definitiva: en la medida en que *el programa de cumplimiento tiene una función policial de evitación de delitos* –lo cual implica también compensar los sesgos y dinámicas que se generan en la estructura empresarial, así como otros incentivos provenientes de una determinada cultura empresarial delictiva o del sector económico de actividad–, es posible que dicho programa deba prever en él medidas de vigilancia y control que van más allá de lo que corresponde a los administradores en virtud de su competencia jurídico-penal por la esfera en la que actúan sus subordinados. El *compliance*, pues, se regiría por el criterio de la evitación fáctica; los deberes jurídico-penales, por la competencia asumida por los administradores, de manera que, pese a las posibilidades de solapamiento casual, no habría un solapamiento necesario de los deberes de vigilancia del programa de cumplimiento con los deberes jurídico-penales de vigilancia.

superior debería definirse incorporando los sesgos cognitivos de los subordinados. Un análisis del problema de los sesgos en CIGÜELA SOLA, J., *indret* 4/2019, p. 1 ss.

V. EL CÓDIGO DE CONDUCTA DEL PROGRAMA DE CUMPLIMIENTO Y LOS DEBERES JURÍDICO-PENALES DE LA PERSONA FÍSICA QUE ACTÚA EN LA ORGANIZACIÓN EMPRESARIAL

Los códigos de conducta de los programas de cumplimiento no constituyen necesariamente la concreción de los tipos penales, por lo que sería incorrecto considerarlos «Derecho vinculante» para las personas físicas de la organización empresarial. La lógica con la que nace el *compliance* (fuera del Derecho penal, para luego ser adoptado por este último) es la de ahorrar los costes que el incumplimiento del Derecho puede acarrear para la empresa. Para la empresa, la comisión de delitos, de otros ilícitos, así como la mera posibilidad de investigaciones o procesos por aquellos son fuente de costes. Ello explica que los códigos de los programas ubiquen normalmente el estándar de conducta muy lejos del umbral de la tipicidad (ejemplo: en la corrupción) y también del umbral de los ilícitos administrativos (ejemplo: infracciones del Derecho de la competencia, del Derecho del medioambiente, etc.). Ya solo por ello, dichos códigos no pretenden trazar los límites de lo típico, sino que, a lo sumo, se guían por los límites de lo generalmente antijurídico y, normalmente, suben el listón. La consecuencia obvia es que no toda infracción de deberes previstos en el programa de cumplimiento tendrá relevancia jurídico-penal. Dos ejemplos: el obsequio por parte del empleado de una empresa farmacéutica a varios médicos que asisten a un congreso con utensilios de escritorio por un valor superior a 10 euros puede ser una conducta prohibida por el programa de cumplimiento, pero será jurídico-penalmente irrelevante conforme al tipo de corrupción entre particulares si no concurre, entre otros elementos, la idoneidad *ex ante* del regalo para corromper, para modificar el proceso de decisión del médico a la hora de prescribir medicamentos a sus pacientes. El segundo: si un programa de cumplimiento prevé un procedimiento de control de los contratos con administraciones públicas, ello no implica necesariamente la relevancia penal de la infracción de ese procedimiento por parte del encargado de la negociación (por ejemplo, un manager que debería haber sometido el contrato al control del *compliance officer* no lo hace).

Ahora bien, cuando el programa contenga estándares de conducta por debajo del umbral del Derecho penal, la persona física puede incurrir en error sobre el carácter permitido de su conducta,¹⁸ por su *tendencia a percibir* el

¹⁸ Sobre el problema del error, su relevancia para una posible exclusión de responsabilidad de la persona física y su irrelevancia para la determinación de la responsabilidad penal de la persona jurídica SILVA SÁNCHEZ, J. M., 2018 b, p. 253.

programa como un sistema normativo, orientado a conseguir el cumplimiento del Derecho. Por ello, en caso de programas de cumplimiento con estándares de conducta menos exigentes que los del Derecho penal, es plausible imaginar que aquella persona física se represente su conducta como conforme a Derecho. Este error debería ser considerado invencible en los casos en que la norma de conducta del programa se desvíe levemente de la norma de conducta penal y vencible en casos de desviación clara.

La compleja relación entre programas de cumplimiento y Derecho penal presenta muchos más aspectos interesantes, entre otros, el análisis de dicha relación en los escenarios en que existen niveles intermedios de autorregulación o el papel de las certificaciones del cumplimiento de normas técnicas. Sin embargo, estas cuestiones se deben dejar aquí de lado por razones de espacio.

Estas líneas las dedico con gran afecto a la querida profesora Mirentxu Corcoy, quien en todos estos años se ha ocupado con intensidad de los problemas del Derecho penal económico, entre otros. *Ad multos annos!*

TRES CUESTIONES SOBRE EL DOLO A LA LUZ DE LA NEUROCIENCIA COGNITIVA

MERCEDES PÉREZ MANZANO*

I. INTRODUCCIÓN

La definición tradicional del dolo como conocimiento y voluntad de realizar el hecho configura el dolo en torno a dos elementos independientes. Conocimiento y voluntad son los términos con los que se pretenden describir los procesos psíquicos a través de los cuales un sujeto se relaciona subjetivamente con el mundo exterior, con sus acciones y omisiones, y con las transformaciones del mundo que estas generan, de modo que cuando atribuimos la responsabilidad penal por una conducta a título de dolo, lo hacemos en la idea de que el comportamiento del sujeto representa en alguna medida esa forma de vinculación subjetiva con el exterior. La Psicología y la Neurociencia Cognitiva están generando conocimientos científicos sobre el funcionamiento del cerebro en el desarrollo de los procesos cognitivos y de toma de decisiones que afectan a lo que entendemos por dolo y a sus elementos, pues dichos procesos constituyen la base biológica que genera las funciones que permiten la vinculación subjetiva del sujeto con su entorno y con las acciones que realiza. Aunque esta vinculación psíquica no agota todo lo que el dolo es y requiere, el concepto de

* Catedrática de Derecho Penal, Universidad Autónoma de Madrid. Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto de investigación dirigido por Eduardo Demetrio, RTI2018-097838-B-I00, Derecho Penal y Comportamiento Humano (Criminal Law and Human Behavior, CLHB) y constituye una versión reducida del trabajo «Reflexiones sobre el concepto de dolo a la luz de los desarrollos de la Neurociencia Cognitiva» (en prensa).

dolo ha de guardar coherencia con la explicación y significado que desde la Psicología y la Neurociencia Cognitiva dan a estos procesos biológicos y a estas funciones cognitivas, si se sostiene, como yo sostengo, el carácter parcialmente fáctico del dolo.

En mi opinión, en la configuración y conceptualización del dolo el penalista no puede desconocer los avances científicos de aquellas ramas del conocimiento cuyo objeto es precisamente el estudio de los estados mentales y procesos cognitivos que posibilitan dicha interrelación subjetiva de un sujeto con su comportamiento y con los resultados que de él derivan. Como ya se ha señalado por otros autores, la conceptualización de los estados mentales o procesos psíquicos que constituyen los elementos o referentes fácticos del dolo se produjo al amparo de unos conocimientos científicos que han quedado en buena medida obsoletos¹. Por ello resulta necesario indagar en los avances de la Neurociencia Cognitiva con el objetivo de responder a la pregunta de si la concepción tradicional del dolo, como suma de conocimiento y voluntad, es compatible con los conocimientos científicos actuales o requiere alguna precisión o una transformación radical². Esta reflexión será igualmente necesaria para quien, como nuestra homenajeadada, defiende una concepción monista del dolo como conocimiento³, pues también en este caso será necesario indagar sobre el funcionamiento y sentido de los procesos cognitivos a la luz de la Neurociencia Cognitiva, si no se quiere construir castillos en el aire. Con este trabajo quiero rendir homenaje a una excelente penalista y querida amiga en este momento tan significativo de cambio profesional.

¹ Por todos, DENNO, D. (2005), «Criminal Law in a Post-Freudian World», *University of Illinois Law Review (U. Ill. L. R.)*, núm. 601, disponible en: http://ir.lawnet.fordham.edu/faculty_scholarship/120); BEECHER-MONAS, E. & GARCÍA RILL, E. (2017), «Actus Reus, Mens Rea, and Brain Science: What Do Volition and Intent Really Mean?», *Kentucky Law Journal (Ky. L. J.)* núm. 106, pp. 267 ss.

² PAREDES, J. M., «Dolo y psicología del sentido común», en De Vicente y otros, *Libro Homenaje al Prof. Diego Manuel Luzón Peña con motivo de su 70 aniversario*, Madrid (Reus), 2020, pp. 875 ss p. 883, ha sostenido también en la misma línea que «en el actual estado de la ciencia cognitiva ya resulta bastante claro que la definición usual en la doctrina penal de la expresión «acción dolosa» sobre la base de la descripción de actitudes proposicionales carece de un referente claro en el plano de la explicación psicológica (científica) de los procesos mentales. Por lo que no es posible establecer correspondencias precisas entre aquellos conceptos (deseo, creencia, intención) y los hechos psíquicos demostrados que tienen lugar en la mente». En su criterio, hay que abandonar la psicología del sentido común que sustenta los conceptos actuales y acoger las categorías de la ciencia cognitiva (p. 884).

³ CORCOY BIDASOLO, M., «En el límite entre el dolo y la imprudencia. Comentario a la STS 28 de octubre de 1983, ADPCP 1985, pp. 961 ss., 970 ss.; La misma, *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, Barcelona (PPU), 1989, pp. 282 ss.; La misma, «Relevancia del consentimiento, el conocimiento y la competencia para la imputación objetiva y subjetiva», ADPCP 1996, pp. 289 ss.; la misma, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídicos*, Valencia (Tirant lo Blanch), p. 115.

II. ALGUNOS DESARROLLOS DE LA NEUROCIENCIA COGNITIVA

Dados los límites de espacio marcados a esta contribución, solo voy a exponer de forma resumida algunos de los conocimientos más relevantes de la Neurociencia Cognitiva con el objetivo de intentar desarrollar alguna de las consecuencias que para la dogmática del dolo se extraen de ellos. De los estudios de Neurociencia Cognitiva parecen derivarse cuatro premisas básicas⁴:

Primero. Si bien durante mucho tiempo se ha pensado que el cerebro funciona de manera modular, en la actualidad es mayoritariamente aceptado que el funcionamiento del cerebro responde a la idea de conectividad, es decir, que en la realización de las funciones cognitivas superiores se verían implicadas variadas áreas del cerebro. Por ello no resulta apropiado establecer diferenciaciones radicales entre las funciones cognitivas, pues todas ellas están interconectadas y usan para su desarrollo los circuitos neuronales y redes comprometidos también parcialmente en la realización de otras funciones. La idea de separación absoluta de unas partes –o funciones– del cerebro respecto de otras resulta una imagen distorsionada siendo mucho más adecuada la idea de funcionamiento integrado del cerebro⁵.

Segundo. No es adecuada la diferenciación extrema entre actuación consciente e inconsciente ya que todas las funciones cognitivas parecen desarrollarse parcialmente con el concurso de distintos niveles de consciencia, o, usando la terminología de algunos neurocientíficos, de forma implícita y explícita. Consciencia, inconsciencia y pre-consciencia constituirían modos de activación del cerebro, cuya diferenciación es tan solo gradual y entre los que sería posible pasar de forma fluida y constante en el despliegue de las funciones cognitivas. La consciencia es una cuestión de grado⁶.

Tercero. En el desarrollo de las funciones cognitivas y de toma de decisiones, de captación y procesado de información, y de selección de cursos de acción, las emociones cumplen un papel relevante⁷.

⁴ De forma más amplia, cfr. mi trabajo «Reflexiones sobre el concepto y elementos del dolo a la luz de los desarrollos de la Neurociencia Cognitiva», en prensa.

⁵ KOK, A., *Functions of the Brain. A conceptual Approach to Cognitive Neuroscience*, New York, 2020, pp. 8 ss. 18, 54 ss., 66, 100 y s.114-5; CARRETIÉ ARANGÜENA, L., *Anatomía de la mente*, 3.ª ed. 2021, Madrid (Pirámide), cap. 1.3, 6.1.1.

⁶ CARRETIÉ ARANGÜENA, L., 2021, cap. 7, punto 1.2.1; KOK, A., 2020, p. 332.

⁷ Así, por ejemplo, las emociones afectan a la memoria en la medida en que tiñen los recuerdos (clasifican), mientras que los procesos cognitivos pueden afectar a las emociones también, pues pueden controlar o inhibir expresiones de las emociones, sensaciones o acciones emocionales. Cfr. KOK, A., 2020, p. 285. Por ejemplo, las funciones ejecutivas se verían influidas por las emociones, de modo que los contextos positivos desinhiben y los negativos cohíben. Por ello, la inhibición de acciones en contextos positivos resultaría más difícil de forma que para conseguir la inhibición tienen que activarse más –intensificarse– los circuitos

Cuarto. Entre las funciones realizadas en el cerebro para elaborar cursos de acción parecen cumplir un papel relevante las denominadas funciones ejecutivas o de control, esto es, funciones que determinan un cambio en la dirección de los recursos cognitivos hacia nuevas tareas (incluso cognitivas) a través de procesos de inhibición o supresión de la ejecución de tareas que se están llevando a cabo⁸.

De estas premisas derivan varias consecuencias para la comprensión del dolo que voy a intentar esbozar a continuación.

III. CONSECUENCIAS PARA LA COMPRENSIÓN DEL DOLO

1. Matizar el papel de la consciencia en el concepto de dolo

Quando se define el dolo como conocimiento y voluntad o la forma de actuación dolosa como el comportamiento que se ha realizado por el sujeto con conocimiento de lo que hacía y con voluntad de realizarlo, lo que se está expresando es que el sujeto se ha representado el comportamiento con sus consecuencias –resultado natural y sus efectos jurídicos– y que, a través del proceso de toma de decisiones, el curso de acción que desembocará previsiblemente en el resultado ha sido seleccionado voluntaria y conscientemente. Pues bien, a raíz de las conclusiones anteriores, la primera consecuencia que habría que extraer para la dogmática del dolo reside en la necesaria matización del papel que otorgamos a la consciencia y, con ello también, a la voluntad consciente de actuar, en la delimitación del comportamiento doloso. Esta consecuencia deriva de dos ideas. En primer lugar, del papel ganado por la actividad cerebral pre-consciente en la explicación de las funciones cognitivas. En efecto, en todos los procesos cognitivos hay funciones que tienen lugar sin que experimentemos que están teniendo lugar, o, dicho de otra forma, todos los procesos cognitivos se desarrollan parcialmente con un modo de activación pre-consciente del cerebro. Desde la captación de los elementos de la realidad externa, su identificación y clasificación por comparación con la información almacenada en nuestra memoria, hasta el despliegue de las funciones de control cognitivo de cambio de tareas, todas estas funciones se realizan parcialmente a través de procesos de los que no tenemos una experiencia consciente. El cerebro no podría procesar toda la información

de la inhibición para ser finalmente seleccionados como curso de acción (El mismo, pp. 290 ss.). Sobre el tema en general, DAMASIO, A., *Descartes's error: Emotion, reason and the human brain*, New York (Avon Books), 1994, *passim*.

⁸ CARRETIÉ ARANGÜENA, L., 2021, cap. 7, punto 2.

necesaria en modo consciente, a la vez, en paralelo, pues cuando tiene que realizar funciones complejas, parece necesario que el cerebro focalice su atención en un subconjunto de información determinada. Y, en segundo lugar, esta necesaria matización del papel que asignamos a la consciencia, deriva de la idea, hoy indubitada, de que las emociones cumplen un papel esencial en los procesos cognitivos y de toma de decisiones. Si las emociones tiñen todos los procesos cognitivos, la imagen de una toma de decisiones neutra o fría, controlada por la consciencia no se aviene con la realidad del funcionamiento cerebral.

A partir de aquí surgen varias cuestiones interrelacionadas. La primera de ellas es en qué medida puede incidir en la atribución de dolo el hecho de que muchos de los procesos cognitivos se desarrollen en modo pre-consciente. En segundo lugar, si podemos seguir manteniendo el concepto de comportamiento doloso como la actuación con conocimiento y voluntad en la medida en que estos elementos parecen referirse a la consciencia.

2. El reto de la pre-consciencia en la delimitación del dolo y la imprudencia

La primera cuestión a resolver es si podemos seguir concibiendo el dolo a partir del elemento conocimiento, en el sentido de representación consciente, actual, de la realidad dado que gran parte de la captación de la realidad se produce en modo pre-consciente. En mi criterio, es posible seguir manteniendo esta concepción tradicional siempre que resulte suficiente para el dolo «algún tipo de proceso consciente» y no se requiera para el mismo «exclusivo procesamiento consciente» de la realidad. Desde esta concepción sería insuficiente para entender concurrente el dolo la percepción o procesado de la realidad que hubiera tenido lugar de forma exclusiva o preponderantemente pre-consciente, es decir, sin prestar atención actual en ningún momento relevante a los elementos de la realidad. Una captación y procesado de la realidad preponderantemente pre-consciente debería dar lugar siempre a atribución de responsabilidad a título de imprudencia. Pero un procesado de la realidad que no fuera totalmente pre-consciente o preponderantemente pre-consciente podría ser suficiente para considerar concurrente el dolo sin que resultara incoherente el concepto tradicional con los desarrollos de la Neurociencia Cognitiva.

Si entendiéramos, por el contrario, que la captación y procesado de la realidad de manera pre-consciente es *suficiente* percepción o representación de esta, entonces tendríamos problemas tanto para diferenciar la imprudencia consciente de la inconsciente como para distinguir el dolo de la imprudencia. No se trataría

solo de que no podríamos distinguir entre la imprudencia inconsciente y la consciente, puesto que el modo de captación pre-consciente diluye esta diferencia, sino que tampoco podríamos distinguir entre el dolo y la imprudencia a partir del criterio de diferenciación de la representación misma. De un lado, no habría lugar para la imprudencia inconsciente, pues, por definición, no habría conductas con ausencia de representación de la realidad ya que siempre habría que aceptar una cierta atención a la realidad aunque sea en modo preconsciente. De otro, si el captado y procesado de información sin prestar atención ni tener experiencia subjetiva de ello –en modo pre-consciente– no supone desconocimiento o falta de representación, entonces tendríamos que aceptar la concurrencia del elemento cognitivo del dolo en caso de conductas desatentas a la realidad. Todo ello supondría, ciertamente, un cambio de perspectiva importante en la dogmática del dolo que conduciría a una ampliación de la responsabilidad a título de dolo en detrimento de la imputación a título de imprudencia.

Pero esta consecuencia no es obligada mientras los conocimientos no refuten el carácter necesario o relevante del procesado o captación consciente de la realidad para la realización de las acciones. En mi criterio, el dolo supone un mayor control o implicación subjetivo en el evento realizado y ello requiere la activación de las zonas cerebrales que se vinculan a la consciencia, pues, de acuerdo con los conocimientos actuales, esta actividad del córtex prefrontal y frontal se vincula no solo con el tipo de procesado requerido en procesos cognitivos más complejos, sino con las funciones ejecutivas o de control cognitivo. El dolo implicaría, entonces, la suma o coordinación de procesado pre-consciente y consciente, no la consciencia absoluta⁹, ni el procesado solo y exclusivamente consciente, sino simplemente la intervención relevante en algún momento, la conexión del circuito neuronal previo, con el córtex frontal. Creo que la importancia de esta función no resulta contradicha por el hecho de que parte del procesado de la información relevante para la toma de decisiones y de la acción se produzca a nivel pre-consciente e inconsciente. Pues como ya expuse en otro lugar¹⁰, nada impide sostener que el paso por el córtex frontal sea el más relevante porque realiza una función de filtrado de todo lo que llega de otras redes neuronales. Como ya razoné en ese momento, para demostrar que la consciencia tiene escasa relevancia en el proceso habría que demostrar que el producto origi-

⁹ De consciencia plena solo se podría hablar en términos de activación mayor del cerebro al actual. La película *Lucy* refleja bien esta idea de que solo utilizamos una pequeña parte de nuestras capacidades cognitivas y que si utilizáramos un porcentaje mayor nuestra forma de consciencia-captación de la realidad podría convertirse en profundamente desagradable.

¹⁰ PÉREZ MANZANO, M., «El tiempo de la consciencia y la libertad de decisión: Bases para una reflexión sobre Neurociencia y responsabilidad penal», en *Doxa* núm. 35, 2012, pp. 486 ss.

nado tras el paso por las zonas del procesado consciente es idéntico al recibido y procesado por los sistemas de elaboración cognitiva pre-conscientes.

En suma, de todo lo expuesto resulta que en la definición del dolo debiéramos, en primer lugar, incorporar el papel de la pre-consciencia dentro del elemento cognitivo para reducir la imagen del actuar doloso como el actuar con representación absolutamente consciente del comportamiento realizado y de sus consecuencias; en segundo lugar, habría que explicitar la consecuencia de este planteamiento, esto es, la no exclusión del dolo por el hecho de que una parte de la captación –conocimiento– de la realidad se haya producido de manera no plenamente consciente –pre-consciente–.

3. En busca del elemento volitivo perdido

Se ha sostenido que, conforme a los conocimientos científicos actuales, el elemento volitivo carece totalmente de cualquier papel en los procesos cognitivos y de toma de decisiones¹¹. En mi criterio la plausibilidad de esta afirmación depende de qué entendamos por elemento volitivo del dolo. Si entendemos por voluntad un subsistema neurológico específico –funcionalmente autónomo– ocupado de tomar la decisión, activar el proceso de ejecución de la acción y monitorizar su desarrollo, habría que afirmar que no parece haberse encontrado o descifrado dicho subsistema específico: ni se ha descifrado la toma de decisión previa, ni el sistema que activaría el resto de los subsistemas necesarios para ejecutar las acciones, ni ese sistema que también controlaría las acciones mismas durante su desarrollo para que se ajusten al resultado del proceso deliberativo previo y se adapten, además, a las circunstancias sobrevenidas no tomadas en consideración sin apartarse de la decisión tomada. Ahora bien, aunque esto es cierto, ello no quiere decir que no se hayan identificado funciones que, si bien suelen describirse por los neurocientíficos en el marco del conjunto de funciones cognitivas, sin embargo, reflejan fases o actividades distintas de la mera captación y procesado de información. Si esto es así, si las funciones cerebrales no se agotan en la captación y procesado de información, que son las que enmarcaríamos en el conocimiento mismo, entonces hay margen para un segundo componente del dolo, de características distintas al que denominamos conocimiento.

¹¹ Así, por ejemplo, lo sostuvo SÁNCHEZ VILANOVA, M., en su participación en el seminario Derecho Penal y Comportamiento Humano. Avances desde la Neurociencia y la Inteligencia Artificial, que tuvo lugar los días 13, 15, 20 y 22 de enero de 2021 bajo la dirección de Eduardo Demetrio. Cfr. SÁNCHEZ VILANOVA, M., *Neuroimputabilidad: una mirada interdisciplinaria a la responsabilidad de los trastornos de la personalidad*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2019.

Si nos movemos en el marco de los efectos de lo que entendemos por elemento intelectual del dolo, entre las funciones cognitivas que se desarrollan en el cerebro tendríamos que referirnos a los sistemas de atención, percepción y memoria, a las emociones y sin duda también a las funciones del lenguaje. Cuando los penalistas nos referimos al conocimiento como elemento del dolo estamos pensando, en primer lugar, en la captación de los elementos de la realidad externa en el momento de la acción y en la representación de las consecuencias que nuestro comportamiento puede tener. Para ambas resultan indispensables los sistemas de atención, percepción y memoria, en los que inciden las emociones; de un lado, la captación de los elementos de la realidad depende del sistema perceptivo que utiliza a su vez el sistema de atención, aunque también funciona en modo reflexivo¹²; y, de otro, la identificación de los elementos de la realidad y el dotarlos de significado requiere de la memoria, de la comparación de cada objeto con el patrón de lo archivado. Y, finalmente, la representación sobre las consecuencias de las acciones, la reflexión sobre el significado de las acciones para dotarlas de sentido en el mundo causal, requiere de la memoria y del lenguaje: de memoria porque sin experiencia o información previa archivada no se podrá formular la predicción ni identificar objetos o procesos; y de lenguaje, porque la reflexión interna más compleja, el razonamiento abstracto se instrumentaliza mediante el lenguaje, y no solo mediante imágenes u otro tipo de signos, de modo que la generación de sentido y significado a partir de los objetos y procesos exteriores está vinculada al lenguaje.

Pero las funciones desarrolladas en el cerebro no se agotan en las descritas. Los tratados de Neurociencia Cognitiva suelen incorporar también el estudio de las funciones denominadas ejecutivas o de control cognitivo y de la toma de decisiones¹³ y difícilmente los neurocientíficos pueden escapar a utilizar los términos decisión y control cuando las describen. Y es que más allá de las funciones de captación y procesamiento de la información, en el cerebro se realizan funciones de activación/inhibición, selección y monitorización de la ejecución o inhibición de tareas y acciones –incluidas las propias tareas cognitivas de atención, memorización o recuperación de los recuerdos, por ejemplo, que también resultan activadas e inhibidas-. Se trataría de un subsistema integrado con el resto de las funciones cerebrales; como acabo de exponer, los rasgos de conectividad y gradualidad del cerebro conducen a entender que el intento de delimitación de estas funciones respecto del resto deviene artificioso y en todo

¹² CARRETIÉ ARANGÜENA, L., 2021, cap. 4.

¹³ CARRETIÉ ARANGÜENA, L. (2021), por ejemplo, las incorpora en el capítulo 7 junto a la consciencia, o KOK, A., (2020) en el marco de los capítulos 3 (*Representation, computing and control*) y 5 (*Perception and Action*).

caso su propia independencia resulta sobredimensionada. Y es que la imagen de dos elementos o funciones cerebrales autónomos funcionando separadamente, que es la imagen que proyectamos cuando definimos el dolo como la suma de conocimiento y voluntad, no se aviene con los conocimientos científicos actuales porque no hay nada en el cerebro que funcione de manera totalmente autónoma. Como sugieren Haggard y Bonicalzi¹⁴ probablemente necesitamos un arsenal conceptual más rico para dar cuenta de las funciones cerebrales que el que utilizamos tradicionalmente, y probablemente ello exija también un abanico conceptual más amplio para definir el dolo¹⁵.

Pero el hecho de que estas funciones se encuentren conectadas con el resto de las funciones cognitivas desplegadas en el cerebro no debe restarles relevancia pues de momento no somos capaces de explicar el paso de la cognición a la acción sin el recurso al control y a la voluntad. Para la realización de estas funciones parece que siempre se necesita el paso por o la activación de la corteza frontal, no siendo, por el contrario, necesario el funcionamiento de esta para la realización de las otras funciones, las que podríamos denominar cognitivas en sentido estricto, que pueden realizarse de forma predominante en modo pre-consciente, incluso en algunos casos de forma más eficiente que cuando se activa el cerebro en modo consciente¹⁶.

En este marco, son muy sugerentes los experimentos realizados que evidencian que los circuitos neuronales implicados cuando la acción es externamente motivada no son los mismos que cuando la acción es fruto de una decisión tomada internamente¹⁷. Con experimentos muy similares a los de Libet, que requerían la realización de una tarea sencilla, indicando a los sujetos en unos casos cuál debía ser en todos sus extremos la acción, pero dejando en otros que los sujetos tomaran la decisión sobre si se realizaría o cómo se realizaría, los estudios concluyeron que en el caso de acciones externamente inducidas solo resultaban implicados el córtex motor primario y el córtex premotor, mientras que en caso de acciones decididas internamente se activaban además previamente el área motora pre-suplementaria y el área motora suplementaria del

¹⁴ BONICALZI S., y HAGGARD, P., «Responsibility Between Neuroscience and Criminal Law. The Control Component of Criminal Liability», *Rivista Internazionale de Filosofia e Psicologia*, vol. 10, 2019 (a), pp. 103 ss.

¹⁵ PAREDES, J. M. (2020), p. 884.

¹⁶ Sobre los diferentes modelos de explicación de la consciencia en Filosofía de la mente, cfr. BERMÚDEZ, J. L., *Cognitive Science. An Introduction to the Science of Mind*. 3.ª ed., 2020, Cambridge University Press, pp. 379 ss.

¹⁷ En lo que sigue BONICALZI, S. and HAGGARD, P., «From Freedom from to Freedom to: New Perspectives on Intentional Action», *Frontiers in Psychology* (Front. Psychol.) vol. 10, 2019 (b), (doi:10.3389/fpsyg.2019.01193). Descargado <https://discovery.ucl.ac.uk/id/eprint/10076205/1/fpsyg-10-01193.pdf> (13 de enero de 2020) pp. 8 s.

córtex. Sugieren a partir de ahí que la voluntad, la toma de decisión, consistiría precisamente en generar esta información de manera autónoma que posibilita la ejecución de una acción que no es inducida externamente, así como la propia monitorización consciente de la acción mientras se ejecuta¹⁸. Y, recordemos, que acciones internamente motivadas son también las tareas cognitivas: el reflexionar sobre uno u otro elemento de la realidad, el activar o no un recuerdo, el pasar de un razonamiento a otro¹⁹.

Como ya he señalado previamente, para la atribución de responsabilidad a título de dolo es necesario que las funciones cognitivas desarrolladas en el cerebro hayan incorporado la activación de las áreas de la consciencia. Pero esto no significa preeminencia del elemento cognitivo, sino solo el paso de la actividad pre-consciente a la consciente en algún momento, en alguna medida y para cumplir alguna función que sin dicha activación no podría desarrollarse. La consciencia no solo se activa para la representación de los elementos de la realidad; la consciencia no solo interviene en la captación de la realidad, en la asignación de sentido a la misma o en procesos de imaginación o anticipación en nuestra mente de eventos aún no acaecidos (previsión del resultado), ideados o imaginados de acuerdo con nuestras informaciones previas. Por el contrario, la consciencia implica también generación de decisión internamente motivada y cierta clase de monitorización-control de los procesos cerebrales y de ejecución de tareas cognitivas y de acciones. Es decir, la consciencia supone también control de la decisión y de su ejecución²⁰. Es más, como hemos visto, los procesos de captación y procesado de información –los que podríamos entender englobados en el elemento cognitivo del dolo–, no requieren la activación del cerebro en modo plenamente consciente, siendo suficiente y predominante la activación en modo pre-consciente. Si para el desarrollo de los, que hemos denominado, procesos cognitivos en sentido estricto no es necesaria una consciencia plena, sin embargo, parece que el control-monitorización de las tareas, más si estas son complejas, requiere activación del modo de trabajo consciente del cerebro. Es este conjunto de funciones o tareas las que podríamos conectar con el elemento volitivo del dolo: las conexio-

¹⁸ BONICALZI, S., y HAGGARD, P., (2019 b), p. 10.

¹⁹ Los estudios sobre el lóbulo frontal sugieren una organización jerarquizada de sus distintas áreas (rostral sobre la caudal) de modo que el área rostral se ve más involucrada en los procesos cuanto más difíciles y abstractas son las tareas. Sobre ello BADRE, D., y NEE, D. E., «Frontal Cortex and Hierarchical Control of Behavior», en *Trends in Cognitive Sciences*, vol. 22, 2, 2018, pp. 170-188, disponible en www.sciencedirect.com.

²⁰ Aunque ciertamente haya procesos que se realizan en modo pre-consciente y esto garantiza, según se cree, mayor eficiencia en el procesado de la información, parece que la realización de las tareas cognitivas más complejas requiere control o monitorización consciente. La consciencia supondría una «contribución causal crítica» al control de las acciones, cfr. SHEPHERD, J., «Conscious Control over Action», *Mind and Language*, Vol. 30, 3, 2015 (b) pp. 320 ss, 328.

nes a través del córtex prefrontal reflejarían esa especial vinculación subjetiva con las consecuencias de nuestras acciones que las teorías volitivas del dolo, con distintas formulaciones, requieren. Una vinculación que no se produce por el mero hecho de captar la realidad y dotarla de sentido, sino que exige, lo que, en terminología especialmente elocuente de Vives, se ha dado en llamar un compromiso subjetivo especial con el resultado, esto es, con las transformaciones del mundo que generamos a través de nuestras acciones.

De momento, no tenemos conocimientos suficientes para aventurar otras hipótesis. Pero a los efectos que a mí me interesan, estos conocimientos son suficientes. Sostener como yo lo hago, que el dolo requiere algo más que conocimiento, pues este supone tan solo un modo de relación con la realidad bastante pasivo²¹, creo que no ha sido refutado por el estado actual de la Neurociencia Cognitiva, sino todo lo contrario. De acuerdo con lo expuesto, el conocimiento remite solo a la captación de la realidad, de su sentido. La Neurociencia Cognitiva explica que las funciones cognitivas en sentido estricto suponen un modo de activación predominantemente implícito o pre-consciente y esto implica activación a instancia de los estímulos de la realidad a captar y cierta automatización del proceso. Es en ese sentido que hablamos de cierta pasividad o desarrollo de las tareas en modo implícito. Pero la realización de las transformaciones del mundo exterior depende no solo del conocimiento o previsión del resultado, de estos procesos cognitivos, sino también de otros procesos cerebrales conforme a los que se genera la decisión de acción y se monitoriza esta mientras se ejecuta configurando de esta forma un mayor grado de control²² de las transformaciones del mundo desplegadas por nuestras acciones, un compromiso subjetivo especial con las consecuencias de nuestro comportamiento. Ese mayor compromiso subjetivo con el resultado de nuestras acciones no deriva de la mera representación que el sujeto tenga de la realidad, ni de las funciones cognitivas que ha tenido que desarrollar para acceder a dicha representación, sino de ese otro conjunto de funciones cerebrales, íntimamente imbricadas con ellas, a las que con lenguaje tradicional denominábamos voluntad y a las que ahora se refiere la Neurociencia Cognitiva como funciones de control cognitivo o de toma de decisiones. Un control que ni se desarrolla de forma autónoma respecto del resto de las funciones cognitivas, ni es absoluto sino tan solo gradual.

²¹ Sobre la relevancia del control activo de las decisiones para la responsabilidad, cfr. SHEPHERD, J., «Deciding as Intentional Action: Control over Decisions», *Australasian Journal of Philosophy*, vol. 93, 2, 2015 (a), pp. 335 ss. Sobre el papel de la consciencia en el control, SHEPHERD, J. (2015 b), pp. 320 ss.

²² SHEPHERD, J., (2015 b), pp. 329 ss. utiliza la expresión «contribución crítica al control».

LOS EXCESOS INTERPRETATIVOS EN LA ATENUANTE DE ANÁLOGA SIGNIFICACIÓN

LAURA POZUELO PÉREZ*

El artículo 21.7.^a establece la posibilidad de reducir la pena cuando concurra «cualquier otra circunstancia de análoga significación que las anteriores». Esto significa que, una vez el legislador ha establecido taxativamente las circunstancias atenuantes en los apartados 1 a 6 del artículo 21, la finalidad de la atenuante analógica es la de ofrecer al aplicador de la ley un margen para poder atenuar la pena en aquellos supuestos que no encajan exactamente en la descripción legal de las atenuantes pero que guardan con ellas un mismo fundamento, una misma ratio¹. A partir de aquí, el alcance que debe tener ese margen otorgado por el legislador al juez es debatido, pudiendo encontrarse varias líneas interpretativas. Así, jurisprudencialmente se ha evolucionado desde una concepción más rígida o rigurosa de la estructura y fundamento de la atenuante analógica² hasta una más flexible que, en sus diferentes variantes, es la imperante en la actualidad.

* Profesora Titular de Derecho Penal. Universidad Autónoma de Madrid.

¹ BORJA JIMÉNEZ, E., *Las circunstancias atenuantes en el ordenamiento jurídico español*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2002, p. 198, señala que se evita de este modo una rigidez excesiva en la determinación de la pena dentro del ámbito de la atenuación; en el mismo sentido, OTERO GONZÁLEZ, P., *La circunstancia atenuante analógica en el Código penal*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2003, p. 32, habla de una mayor flexibilidad en la determinación de la pena. Bajo la regulación anterior a 1995 señalaba ORTS BERENGUER, E., *Atenuante de análoga significación: estudio del artículo 9.10.º del Código penal*, Valencia (Universitat de Valencia), 1978, pp. 51 y 54, que el legislador buscaba eludir los riesgos de las penas inflexibles, tratando de lograr la máxima individualización en la imposición de la pena.

² ORTS BERENGUER, E., 1978, pp. 67-69 habla de una línea uniforme del TS desde 1871, a la que califica de rígida y restrictiva, pues se exigía que la analogía, entendida como semejanza, había de quedar perfectamente demostrada y debía emparentarse forzosamente con una concreta atenuante legalmente especificadas, que debía ser mencionada explícitamente.

I. LA INTERPRETACIÓN MÁS RIGUROSA: LA SEMEJANZA MORFOLÓGICA O ESTRUCTURAL

Dentro de la línea más rigurosa la jurisprudencia del TS sostuvo la exigencia de una semejanza morfológica o estructural con una de las atenuantes genéricas, de modo que si, en el supuesto de hecho concreto aparecían factores que en conjunto definían el presupuesto de aplicación de una atenuante –esto es, coincidían en forma y estructura–, pero faltaba algún requisito para que esta pudiese ser tomada en consideración, se podía aplicar una atenuante de análoga significación³. Las razones que fueron invocadas para abandonar esta línea interpretativa fueron, por un lado, que podía llevar a confundir atenuante analógica con atenuante incompleta⁴ y, por otro, que una aplicación rigurosa de la similitud en cuanto a la forma y la estructura de la atenuante de referencia podía llevar a que en realidad pudiera aplicarse esta y no fuera necesario acudir a la atenuante analógica –en otras palabras: si se exigía un parecido prácticamente idéntico con la concreta atenuante es que concurrían los requisitos para poder aplicarla directamente–; esto, además, hacía que quedara un ámbito de aplicación muy estrecho para aplicar la atenuante analógica.

Esta línea jurisprudencial es la que afirma la «existencia de una semejanza del sentido intrínseco entre la conducta apreciada y la definida en el texto legal», «pero cuidando también de no abrir un indeseable portillo que permita, cuando falten los requisitos básicos de una atenuante reconocida expresamente, la creación de atenuantes incompletas que no han merecido ser recogidas legalmente»⁵, señalándose también que no puede ser aplicada la atenuante analógica «cuando falten los requisitos básicos de la atenuante-tipo, porque en tal caso se establecería un criterio contrario al mandato legal» pero «tampoco puede exigirse una similitud y una correspondencia absoluta entre la atenuante analógica y la que sirve de tipo»⁶.

³ Véase ORTS BERENGUER, 1978, pp. 67 ss., BORJA JIMÉNEZ, E., 2002, pp. 202, y la jurisprudencia citada en las dos obras. Sobre la evolución del TS en relación con la atenuante analógica véase también MONTIEL, J. P., «La analogía en las circunstancias atenuantes», *La Ley*, 10536/2011, pp. 4-8.

⁴ Véase BORJA JIMÉNEZ, E., 2002, pp. 202 s.

⁵ STS 104/2011, de 1 de marzo (ROJ 1316/2011); STS 418/2015, de 29 de junio (ROJ 3229/2015); ATS 1555/2016, de 10 de noviembre (ROJ 10545/2016); STS 720/2017, de 6 de noviembre (ROJ 4310/2017); STS 345/2019, de 4 de julio (ROJ 2393/2019); SAP Huelva de 11 de junio (ROJ 564/2001); SAP Madrid 309/2005, de 3 de junio (ROJ 6599/2005); SAP Madrid 294/2010, de 14 de septiembre (ROJ 20594/2010). Véase también SÁNCHEZ MELGAR, J., «Reflexiones en torno a la confesión como atenuante: la utilidad como razón de política criminal», *La ley digital*, 5243/2012, p. 3.

⁶ STS 132/2019, de 12 de marzo (ROJ 1511/2019); STS 578/2019, de 26 de noviembre (ROJ 3787/2019); STS 345/2019, de 4 de julio (ROJ 2393/2019); STS 732/2018, de 1 de febrero (ROJ 346/2019).

Es decir, la jurisprudencia pasó a flexibilizar su comprensión de la atenuante analógica al entender que, más allá de una comparación morfológica o estructural, la clave residiría en la existencia de una similitud entre la situación del caso concreto y el fundamento de las atenuantes del artículo 21.

II. LA SIMILITUD CON EL FUNDAMENTO DE UNA O DE TODAS LAS ATENUANTES DEL ARTÍCULO 21

Una vez abandonada la idea de una semejanza morfológica o estructural con alguna de las atenuantes del artículo 21, coexisten en la jurisprudencia dos líneas distintas: una entiende que la semejanza ha de plantearse *con el fundamento de una de las concretas atenuantes*⁷ –que en mi opinión es la interpretación correcta– y otra considera que la semejanza ha de establecerse *con el fundamento genérico de todas ellas*⁸.

Así, en la jurisprudencia la primera línea considera que «la aplicación de una atenuante por analogía debe inferirse del fundamento de la atenuante que se utilice como referencia»⁹, mientras que la segunda línea afirma que «la Jurispru-

⁷ En la doctrina esta postura es defendida por BORJA JIMÉNEZ, E., 2002, pp. 205-206; MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., 2007, Madrid (Difusión Jurídica), 2007, pp. 298-299 y 309; MÁRQUEZ DE PRADO, M. D., «La atenuante por analogía: una situación incierta», *Poder Judicial*, núm. 33, 1994, p. 109. Una posición intermedia sostiene OTERO GONZÁLEZ, P., 2003, pp. 48-51 y 94 (también en OTERO GONZÁLEZ, P., y CASTRO MORENO A., «La atenuante analógica tras las reformas del Código penal por la LO 11/2003 y LO 15/2003», *La Ley Penal. Revista de Derecho penal, procesal y penitenciario*, núm. 27, 2006, p. 29), pues afirma que de las atenuantes «una, en concreto, ha de constituir el referente de la atenuante analógica, aunque esa comparación debe hacerse sobre el mismo fundamento que, repito debe –porque es único– ser inducido de todas ellas»; MONTIEL, J. P., *La Ley*, 2011, p. 8; SANTANA VEGA, D., «La atenuante analógica de cuasi-prescripción. Especial referencia a los delitos de corrupción», *EPC*, vol. XXXIX (2019), p. 126.

⁸ En la doctrina esta idea ha sido sostenida por ORTS BERENGUER, E., 1978, p. 77; RÍO FERNÁNDEZ, J. L. del, *Atenuantes por analogía. Análisis doctrinal y jurisprudencial. Requisitos y casuística*, Valencia, Editorial General de Derecho, 1995, p. 28; FARALDO CABANA, P., «La aplicación analógica de las atenuantes de comportamiento postdelictivo positivo (los núms. 4.º y 5.º en relación con el núm. 6.º del artículo 21 del Código penal de 1995)», *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, 1997, p. 238; ALCÁZER GUIRAO, R., «Atenuante analógica», *Memento Penal 2019*, Francis Lefebvre, marginal 4225; PUENTE RODRÍGUEZ, L., «La atenuante analógica de cuasi-prescripción», *La Ley*, 2091/2016, p. 3, quien se muestra partidario de una concepción amplia de la atenuante analógica. MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte General*, 10.ª ed., Barcelona, Dykinson, 2015, p. 645, opta por una vía intermedia, conforme a la cual debe existir analogía respecto al efecto de modificación de injusto, imputación personal o conveniencia de pena, pero también respecto a la específica razón que constituye el fundamento particular de cada atenuante [véase también MIR PUIG, S., y GÓMEZ MARTÍN, V., en Corcoy Bidasolo, M., y Mir Puig, S. (Dirs.) *Comentarios al Código penal*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2015, p. 130].

⁹ STS 1047/1999, de 27 de julio (ROJ 5457); STS 1050/1999, de 19 de octubre (ROJ 6468/1999); STS 1258/1999, de 17 de septiembre (ROJ 5580); STS 1047/2001, de 30 de mayo (ROJ 4525/2001); STS 1620/2003, de 27 de noviembre (ROJ 7539/2003); STS 1057/2006, de 3 de noviembre (ROJ 6901/2006);

dencia más moderna entiende que la analogía requerida en el artículo 21.6 CP no es preciso que se refiera específicamente a alguna de las otras circunstancias descritas en el mismo (como se venía exigiendo tradicionalmente), sino que es suficiente para su apreciación que la misma se refiera a la idea básica que inspira el sistema de circunstancias atenuantes, es decir, la menor entidad del injusto, el menor reproche de culpabilidad o la mayor utilidad a los fines de cooperar con la justicia desde una perspectiva de política criminal»¹⁰.

Esta segunda visión más amplia de lo que puede incluirse en la atenuante analógica es la que permitió que, antes de 2010, pudiera incluirse dentro de la atenuante analógica una situación como la de las dilaciones indebidas. Así, cabe destacar como punto de inflexión la STS de 14 de diciembre de 1991 (ROJ 7023/1991) según la cual se ha de «tomar cuenta en la determinación de la pena el peso que la dilación indebida ha tenido sobre la persona del acusado, reconociendo de esta manera una atenuación de la pena legalmente establecida. El fundamento de esta compensación, como es claro, es consecuencia del principio de culpabilidad, según el cual las consecuencias del delito deben ser proporcionales a la gravedad de la culpabilidad y por lo tanto si el acusado ya ha sufrido un mal con la excesiva duración del proceso, éste debe serle computado en la pena» [...] La base legal para proceder a esta compensación está dada por el artículo 9.10.º CP, dado que las circunstancias atenuantes previstas en dicho artículo 9 CP responden, básicamente, «a la reducción de la culpabilidad, toda circunstancia derivada del proceso y que tenga sobre los derechos del acusado efectos de carácter aflictivo, importa una anticipada retribución que, paralelamente, se debe reflejar en la pena que se imponga»¹¹.

STS 1168/2006, de 20 de noviembre (ROJ 7450/2006); STS 544/2007, de 21 de junio (ROJ 4461/2007); STS 1026/2007, de 10 de diciembre (ROJ 8327/2007); STS 397/2008, de 1 de julio (ROJ 3347/2008); STS 509/2008, de 21 de julio (ROJ 4008/2008); STS 405/2010, de 29 de abril (ROJ 2170); STS 104/2011, de 1 de marzo (ROJ 1316/2011); STS 240/2012, de 26 de marzo (ROJ 2206/2012); STS 513/2014, de 24 de junio (ROJ 2906/2014); STS 418/2015, de 29 de junio (ROJ 3229/2015); STS 345/2019, de 4 de julio (ROJ 2393/2019).

¹⁰ STS 426/2005, de 6 de abril (ROJ 2069/2005); STS 524/2008, de 23 de julio (ROJ 4458); STS 837/2010, de 29 de septiembre (ROJ 5127/2010); STS 667/2019, de 14 de enero de 2020 (ROJ 64/2020).

¹¹ El TS, no obstante, ha oscilado en su posición al respecto (véase ampliamente sobre este tema MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., 2007, pp. 155 ss. y JAÉN VALLEJO, M., «Consecuencias jurídicas de las dilaciones indebidas en el proceso penal», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 412, 1999, pp. 1-6): así, se mostró reacio a admitir las dilaciones indebidas dentro de la atenuante de análoga significación en los acuerdos del TS de 2 de octubre de 1992 y de 29 de abril de 1999 en los que se planteó, respectivamente, que ante la denuncia de la vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas estas fundamentaban la posibilidad de solicitar el indulto y la indemnización correspondiente por el anormal funcionamiento de la Administración de Justicia, y que no cabía imponer una atenuante analógica por falta de base legal para ello). Sin embargo, en el Acuerdo del TS de 21 de mayo de 1999, se decidió que «La solución jurisprudencial a la lesión producida por la existencia de un proceso con dilaciones indebidas, es la de compensarla con la penalidad procedente al delito a través de la circunstancia de análoga significación del art. 21.6 del CP».

Se asentaba así una línea jurisprudencial que introducía la atenuante analógica de dilaciones indebidas¹², hasta su incorporación como atenuante propia en 2010, basándose en que «las lesiones de derechos fundamentales que son consecuencia de un desarrollo irregular del proceso deben ser abonadas en la pena pues tienen también un efecto compensador de la parte de culpabilidad por el hecho extinguida por dicha pérdida de derechos, es decir, una situación que es análoga a la de las circunstancias posteriores a la consumación del delito que prevén los núms. 4 y 5 del artículo 21 CP»¹³

Tal analogía es compleja de entender, pues la culpabilidad por el hecho queda fijada precisamente con su realización, y no puede verse afectada retroactivamente tras la consumación del delito por acontecimientos posteriores, ni siquiera la confesión del delito o la reparación del daño¹⁴.

III. EL DESBORDAMIENTO INTERPRETATIVO DE LOS LÍMITES ESTABLECIDOS POR EL LEGISLADOR

Pero la flexibilización interpretativa de la atenuante analógica aún tenía más recorrido, superando con creces los límites legalmente establecidos en el artículo 21.7.^a: partiendo de la idea de que la semejanza se tiene que dar con el fundamento genérico de las atenuantes, la jurisprudencia del TS ha llegado a

¹² Críticos con la atenuante analógica de dilaciones indebidas: BORJA JIMÉNEZ, E., 2002, p. 207; MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., 2007, pp. 66 y 200-201, donde afirma que es «una construcción «extra legem», contraria al artículo 21.6, que exige análoga significación, o mejor dicho, «contra legem» y prohibida por el art. 4 CP»; OTERO GONZÁLEZ, P., 2003, pp. 125 ss.; FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, R., «Dilaciones indebidas en el proceso penal y atenuante analógica del artículo 21.6.^a del Cuerpo Punitivo», *Revista Poder Judicial* núm. 86, 2007, pp. 80-81; DÍAZ-MAROTO, y VILLAREJO, J., «La nueva atenuante por dilaciones indebidas en la tramitación del procedimiento», *La Ley Penal. Revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, 2011, núm. 80, p. 53. Se muestran a favor PÉREZ-CRUZ MARTÍN, y RODRÍGUEZ GARCÍA, A. J., «Regulación del derecho a un proceso penal sin dilaciones indebidas: de la atenuante analógica a la atenuante específica del Código penal», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 15, 2011, p. 570.

¹³ STS 742/2003, de 22 de mayo (ROJ 3471/2003). Hablan de compensación de la culpabilidad en estos casos, entre otras, las STS 934/1999, de 8 de junio (ROJ 4032/1999); STS 858/2004, de 1 de julio (ROJ 4682/2004); STS 115/2005, de 31 de enero (ROJ 469/2005); STS 569/2008, de 19 de septiembre (ROJ 5463) e incluso «compensación destructiva» de la culpabilidad las STS 934/1999, de 8 de junio (ROJ 4032/1999) y STS 283/2003, de 24 de febrero (ROJ 1238/2003), que entienden que las atenuantes postdelictivas compensan la culpabilidad de forma constructiva, mientras que en el caso de las dilaciones indebidas se trataría de una compensación destructiva, partiendo de que «toda privación de derechos sufrida legítimamente durante el proceso constituye un adelanto de la pena que no puede operar contra el acusado».

¹⁴ MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., 2007, p. 185 señala la imposibilidad de vinculación con las atenuantes 21.4.^a y 5.^a porque se trata de actuaciones posteriores positivas y valiosas del autor del delito, vinculadas con el hecho delictivo y que «son suyas», a diferencia de lo que sucede con las dilaciones indebidas, que ni tienen que ver con el autor ni con el ilícito cometido. Véase también SANTANA VEGA, D., *EPC*, vol. XXXIX (2019), pp. 154-155.

considerar que la semejanza no se acaba en el artículo 21, sino que puede darse también con atenuantes específicas de la Parte Especial del Código Penal, con eximentes que no cumplan los requisitos para ser eximentes incompletas¹⁵, con circunstancias conectadas con algún elemento esencial de un concreto tipo penal o, globalmente, con la idea genérica de atenuación de la pena¹⁶. Esta línea comienza con la STS 1180/2001, de 2 julio (ROJ 5699/2001), cuyo texto se consigna a continuación, y que se ha invocado en no pocas sentencias posteriores hasta la actualidad¹⁷. «Esta Sala considera que pueden ser apreciadas circunstancias atenuantes por analogía: a) en primer lugar, aquellas que guarden semejanza con la estructura y características de las cinco restantes del art. 21 del Código Penal; b) en segundo lugar, aquellas que tengan relación con alguna circunstancia eximente y que no cuenten con los elementos necesarios para ser consideradas como eximentes incompletas; c) en un tercer apartado, las que guarden relación con circunstancias atenuantes no genéricas, sino específicamente descritas en los tipos penales; d) en cuarto lugar, las que se conecten con algún elemento esencial definidor del tipo penal, básico para la descripción e inclusión de la conducta en el Código Penal, y que suponga la ratio de su incriminación o esté directamente relacionada con el bien jurídico protegido; e) por último, aquella analogía que esté directamente referida a la idea genérica que básicamente informan los demás supuestos del art. 21 del Código Penal, lo que, en ocasiones, se ha traducido en la consideración de atenuante como efecto

¹⁵ En contra de que la atenuante analógica pueda extenderse a las circunstancias eximentes, invocando el artículo 4.3 CP, OTERO GONZÁLEZ, P., 2003, p. 55.

¹⁶ En contra OTERO GONZÁLEZ, P., 2003, p. 55, quien invoca el artículo 4.3 CP; SANTANA VEGA, D., *EPC*, vol. XXXIX (2019), pp. 130-131.

¹⁷ Entre otras, STS 865/2005, de 24 de junio (ROJ 4181); STS 1137/2005, de 6 de octubre (ROJ 5939/2005); STS 164/2006, de 22 de febrero (ROJ 802/2006); STS 1057/2006, de 3 de noviembre (ROJ 6901/2006); STS 1168/2006, de 20 de noviembre (ROJ 7450/2006); STS 145/2007, de 28 de febrero (ROJ 1462/2007); STS 544/2007, de 21 de junio (ROJ 4461/2007); STS 1026/2007, de 10 de diciembre (ROJ 8327/2007); STS 25/2008, de 29 de enero (ROJ 669/2008); STS 397/2008, de 1 de julio (ROJ 3347/2008); STS 359/2008, de 19 de junio (ROJ 2961/2008); STS 575/2008, de 7 de octubre (ROJ 5041/2008); STS 1191/2009, de 26 de noviembre (ROJ 7779/2009); STS 1290/2009, de 23 de diciembre (ROJ 8484/2009); STS 6/2010, de 27 de enero (ROJ 542/2010); STS 741/2010, de 26 de julio (ROJ 4211/2010); STS 104/2011, de 1 de marzo (ROJ 1316/2011); STS 240/2012, de 26 de marzo (ROJ 2206/2012); STS 922/2012, de 4 de diciembre (ROJ 7840/2010); STS 228/2013, de 22 de marzo (ROJ 1919/2013); STS 199/2014, de 4 de febrero (ROJ 1007/2014); STS 513/2014, de 24 de junio (ROJ 2906/2014); STS 505/2016, de 9 de septiembre (ROJ 2774/2016); STS 165/2017, de 14 de febrero (ROJ 1037/2017); STS 111/2019, de 5 de marzo (ROJ 718/2019); STS 345/2019, de 4 de julio (ROJ 2393/2019); ATJ 1138/2019, de 31 de octubre (ROJ 13817/2019); STS 667/2019, de 14 de enero de 2020 (ROJ 64/2020). Expresamente en contra de que se desborde el contenido del artículo 21 MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., 2007, p. 229, al afirmar que la atenuante analógica no puede incluir nada que no esté dentro del artículo 21 CP; MONTIEL, J. P., «La analogía en las circunstancias atenuantes», *La Ley*, 10536/2011, pp. 8-9, quien considera esta interpretación *arbitraria*.

reparador de la vulneración de un derecho fundamental, singularmente el de proscripción o interdicción de dilaciones indebidas.»

Como puede apreciarse, se desbordan así completamente los límites establecidos en el artículo 21.7.^a –que habla de «cualquier otra circunstancia de análoga significación *que las anteriores*»– al incluir circunstancias *posteriores* que nada tienen que ver con el contenido y fundamento de las atenuantes del artículo 21 que, ha de insistirse, son las únicas a las que se hace referencia en el punto 7.

Una de las consecuencias de esta enorme ampliación de lo que puede considerarse amparado en la circunstancia 21.7.^a es la llamada atenuante analógica de cuasi-prescripción¹⁸, conforme a la cual si un delito no ha prescrito pero ha transcurrido mucho tiempo desde su comisión y está próximo a prescribir, cabría acudir a la atenuante analógica basándose en la «necesidad prevenir la inactividad de las autoridades, evitando así la desidia institucional, que provoca serios perjuicios a la víctima –en este caso, limitada en su capacidad de determinación–, pero que también menoscaba el derecho del imputado a que el cumplimiento de la pena no desborde, por extemporáneo, los fines que le son propios»¹⁹ o en que si «el fundamento de la prescripción del delito es el olvido social del mismo» [...] el tiempo transcurrido desde su comisión sin investigación, atenúa la culpabilidad por ese casi olvido social del delito»²⁰.

Por tanto, si el juez penal puede incluir dentro de la atenuante analógica no solo lo que pueda parecerse en su ratio o fundamento a una atenuante del artículo 21, o al de todas ellas, sino también lo que se parezca a la ratio de otras atenuantes del Código penal –o incluso eximentes–, o a circunstancias vinculadas con tipos penales de la parte especial o, de forma más amplia, a una situación que pueda constituir en su opinión un menor injusto, una menor culpabilidad o una menor necesidad de pena por razones político-criminales, la pregunta que cabe hacerse es ¿tiene algún límite el juez penal para atenuar lo que a su juicio,

¹⁸ Sobre esta cuestión véase PUENTE RODRÍGUEZ, *La Ley*, 2016, crítico con esta figura; RAGUÉS I VALLÈS, R., «La atenuante analógica de cuasiprescripción», *Indret*, 3/2017, p. 21, quien considera acertada esta atenuante en el supuesto de los delitos que tienen previstos los plazos de prescripción más prolongados y de los delitos imprescriptibles; también crítica SANTANA VEGA, D., «La atenuante analógica de cuasi-prescripción. Especial referencia a los delitos de corrupción», *EPC*, vol. XXXIX (2019), pp. 144 ss., quien habla de que a través de esta atenuante se estaría suplantando al legislador (*Ibidem*, p. 165).

¹⁹ STS 883/2009, de 10 de septiembre (ROJ 5709/2009).

²⁰ STS 77/2006, de 1 de febrero (ROJ 504/2006). Se muestra crítica con esta «atenuante innovada en la doctrina jurisprudencial» al entender que esa «doctrina pueda ser discutida, por su difícil anclaje en la norma penal vigente» la STS 416/2016, de 17 de mayo (ROJ 2032/2016). También se distancia la STS 290/2014, de 21 de marzo (ROJ 1350/2014): admite por un lado que «podría explorarse algún campo para una atenuante analógica o para una petición de indulto cuando ese largo tiempo entre los hechos y la condena convierta en perturbadora la prisión por tratarse de un sujeto ya rehabilitado», pero también señala que una «una data de los hechos muy remota pueda ser ponderada a la hora de graduar la pena (art. 66 CP), aunque nunca por la vía de la atenuante por cuanto en ese caso no concurre su fundamento.»

acertado o no, deba tener menos pena usando para ello la atenuante analógica?²¹ A tenor de la evolución de flexibilidad interpretativa que ha experimentado, y que podría seguir experimentando la atenuante del artículo 21.7.^a, parecería que la respuesta a esa pregunta debe ser negativa²².

IV. LA NECESIDAD DE REGRESAR A UNA INTERPRETACIÓN MENOS FLEXIBLE DE LA ATENUANTE ANALÓGICA

En ocasiones se ha justificado este mayor margen de discrecionalidad del juez a la hora de aplicar la atenuante analógica por el hecho de que juega a favor del reo, permitiéndole que pueda disminuir el rigor punitivo de nuestro Código penal, que ciertamente es severo, cuando lo considera excesivo. Pero esta *creación judicial de atenuantes*²³ chocaría con el artículo 4 de CP, que es claro al afirmar que: «Las leyes penales no se aplicarán a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas» y que el juez o tribunal «acudirá al Gobierno exponiendo lo conveniente sobre la derogación o modificación del precepto o la concesión de indulto, sin perjuicio de ejecutar desde luego la sentencia, *cuando de la rigurosa aplicación de las disposiciones de la Ley* resulte penada una acción u omisión que, a juicio del Juez o Tribunal, no debiera serlo, o cuando *la pena sea notablemente excesiva*, atendidos el mal causado por la infracción y las circunstancias personales del reo»²⁴.

Esto es: si el juez o tribunal entiende que la aplicación rigurosa de la ley conduce a una pena que le resulta notablemente excesiva podrá solicitar el indulto

²¹ Como señala PUENTE RODRÍGUEZ, L., *La Ley*, 2016, p. 15, haciendo reducción al absurdo, ¿por qué no una atenuante analógica de «cuasi-fallecimiento» o de «cuasi-cumplimiento» de la condena?

²² Con todo, cabe invocar alguna excepción a esta interpretación excesivamente amplia y flexible de la atenuante analógica: así, la STS 667/2019, de 14 de enero de 2020 (ROJ 64/2020) (Ponente Ana Ferrer) niega que esté amparado en la atenuante 21.7.^a el consentimiento de la víctima en un delito de quebrantamiento de condena por incumplimiento la pena de prohibición de aproximación y comunicación con la víctima, argumentando que no se «prevé el consentimiento de la víctima entre las causas de justificación generales, por lo que ningún parangón analógico puede establecerse con las demás circunstancias incluidas en los artículos 20 y 21.»

²³ Véase BORJA JIMÉNEZ, E., 2002, p. 205 cuando afirma «Ha sido el legislador, y no el juez, ni tampoco el intérprete, quien ha elegido, por razones muy legítimas, establecer un sistema de medición de la pena taxativamente determinado [...] Si le dotamos a la atenuante analógica de una comprensión tan amplia, estaríamos introduciendo un componente incongruente dentro de la lógica y de la ideología que inspira este sistema, que no es otro que marcar unos límites precisos al arbitrio judicial». Afirma también que «la interpretación que autoriza la ley es la analógica y no la creadora», RÍO FERNÁNDEZ, J. L. del, 1995, p. 28. A favor de aceptar la creación judicial de causas de atenuación de la pena a partir de la analogía se muestra MONTIEL, J. P., *La Ley*, 2011, pp. 2-4, quien considera que si el juez atenúa la pena, incluso en los casos no regulados por la ley, no se obstaculizarían las pretensiones preventivas del Derecho penal.

²⁴ Las cursivas son mías.

y acudir al Gobierno para proponer que el precepto que conduce a ese resultado que le parece penalmente demasiado severo sea derogado o modificado²⁵. De otro modo, se corre el riesgo, en mi opinión, no solo de llegar a interpretaciones insatisfactorias²⁶, sino también de reducir enormemente –por ejemplo, por la vía de una atenuante analógica muy cualificada– una sanción penal, sin tener en cuenta las razones que el legislador tenía para prever su imposición.

La interpretación de la que se parte en este trabajo, como ya se ha apuntado más arriba, es que la atenuante analógica ha de limitarse al contenido del artículo 21 sino que ha de aplicarse a situaciones que guardan, respecto de una concreta atenuante, la misma *ratio* o fundamento. Y esa analogía, además, ha de justificarse. Así, en mi opinión, no cabe invocar sin más y de forma genérica que existe un «menor injusto» o una «menor culpabilidad» para aplicar la atenuante del artículo 21.7.^a, sino que hay que justificar que los hechos a los que se está aplicando suponen un menor injusto o una menor culpabilidad equivalentes a los que fundamentan la concreta atenuante con la que se está estableciendo la comparación.

La analogía con el «menor injusto» debe limitarse a la analogía con las aminoraciones de injusto *previstas* como atenuaciones (es decir: atenuantes analógicas de causas de justificación incompletas). El artículo 21.7 no otorga al Juez la posibilidad de decidir si en algún caso concreto una conducta de las tipificadas por el legislador tiene una «carga de injusto» menor por motivos distintos de los previstos en las concretas atenuantes (o por motivos análogos a los de esas concretas previsiones legales). Lo contrario sería permitir al juez revisar la valoración que el legislador hace de las conductas tipificadas.

²⁵ Como señala expresamente BORJA JIMÉNEZ, E., 2002, p. 205, «Si por estricta aplicación de la ley, una conducta está más severamente penada de lo que merece la gravedad del hecho o la culpabilidad del autor, la vía no es la atenuante analógica (salvo que goce de la identidad de significado a otra circunstancia atenuante típica), sino la solicitud del indulto correspondiente, total o parcial, del Gobierno».

²⁶ Imaginemos, por ejemplo, el siguiente supuesto: conforme al artículo 426 CP, quedará exento de pena por el delito de cohecho el particular que haya accedido ocasionalmente a la solicitud de la autoridad o funcionario si denuncia antes de que se abra el procedimiento, siempre que no haya transcurrido más de dos meses desde la fecha de los hechos. Si el sujeto denuncia cuando ya van por él o incluso pasados los dos meses de plazo, ¿qué impediría, con la flexibilidad interpretativa actual, que se le impusiera una atenuante analógica? Lo mismo cabría decir respecto del delito fiscal: ¿qué impediría aplicar también aquí la atenuante analógica si quien ha cometido un delito fiscal paga la deuda tributaria mucho tiempo después de los dos meses transcurridos desde la citación judicial que el artículo 305.6 establece como plazo para acceder a la atenuación en uno o dos grados de la pena correspondiente al delito fiscal cometido. Es más, dado que el TS ha invocado que la atenuante analógica puede referirse tanto a las atenuantes genéricas como a las específicas, ¿podría acabar siendo la jurisprudencia aún más imaginativa y considerar que puede aplicarse esa atenuación de uno o dos grados en vez de la muy inferior atenuación (la mitad inferior de la pena si solo concurre una atenuante) que se conseguiría aplicando el artículo 66? Si a esto se responde negativamente, aún sería posible conseguir efectos muy parecidos si un tribunal entendiera que ese pago muy tardío de la deuda tributaria pudiera considerarse una atenuante analógica muy cualificada. Como se trata de mostrar en este trabajo, hay disparidad de criterios jurisprudenciales a la hora de entender cuándo se puede aplicar una atenuante cualificada, con lo que nada sería imposible.

Por las mismas razones, la analogía con la «menor culpabilidad» no puede extenderse a supuestos de menor culpabilidad *no previstos* en las atenuantes o eximentes incompletas. En este sentido, apelar por ejemplo a una analogía con un «menor conocimiento potencial de la antijuridicidad» no respetaría el tenor literal del artículo 21.7.^a (ya que no se trata de una circunstancia de análoga significación a *ninguna* de las expresamente previstas).

Un ejemplo claro se da en el caso de las dilaciones indebidas. Es difícilmente admisible que hubiese analogía con una circunstancia de las previstas en el artículo 21 cuando la jurisprudencia dice que el padecimiento sufrido por el procesado ha sido análogo a una «compensación de la culpabilidad» (es decir: a la compensación de la culpabilidad *mediante pena estatal*). Así, la analogía se establece entre ese padecimiento y la pena estatal, no con ninguna atenuante.

La exasperación de esta violación del tenor literal del artículo 21.7.^a llega cuando se permite la analogía no ya con las atenuantes «anteriores», como dice el precepto, sino con las «posteriores» (el parentesco o, en el extremo, las expresamente previstas en la parte especial y que no pueden encajar en el art. 21) o incluso con causas de *extinción de la responsabilidad criminal* que no guardan relación alguna con la ratio de ninguna atenuante.

Del mismo modo, tampoco puede invocarse que concurren genéricamente «razones político-criminales» para reducir la pena por la vía de la atenuante analógica, ya que, en última instancia, el si y el cómo de lo que contiene el Código penal se explica por razones político-criminales. Por eso es necesario fundamentar qué concreta razón político-criminal se da en los hechos que se invocan como análogos a los previstos en el artículo 21. Por ejemplo, si la ratio del artículo 21.5.^a es la pretensión político-criminal de promover e incentivar la pronta reparación a la víctima, podría apreciarse la atenuante analógica en una reparación tardía pero relevante a la víctima, porque estaríamos partiendo de la misma ratio. Del mismo modo, si el fundamento del artículo 21.4.^a es la consecución del objetivo político-criminal de incentivar o promover la colaboración con la justicia en el esclarecimiento de los hechos por parte de quien los ha cometido, podría apreciarse, una atenuante de análoga significación a la de aquella atenuante si, por ejemplo, la confesión del delito es extemporánea pero implica una aportación extraordinaria de colaboración con la justicia. En definitiva, no valdría la invocación de una razón político-criminal que no esté contemplada por el legislador a la hora de establecer las demás atenuantes del artículo 21 CP.

EL CONSENTIMIENTO INFORMADO EN LA ACTIVIDAD MÉDICA COMO UNA MANIFESTACIÓN DEL RIESGO PERMITIDO

YESID REYES ALVARADO*

El impacto que tuvo su libro sobre el delito imprudente, desarrollado con base en la por entonces incipiente teoría de la imputación objetiva, ameritaría ya un reconocimiento como el que a través de este libro se le hace a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo. Ese fue, sin embargo, solo el comienzo de una exitosa carrera académica a lo largo de la cual se ocupó de otros polémicos temas como el del consentimiento dentro de la actividad médica, sobre el que de manera reiterada ha sostenido que con el derecho penal «no se protege la vida y la salud en sí mismas sino el interés que por su vida y su salud tiene el titular, por consiguiente, en el supuesto de que su interés por la vida o la salud no exista, automáticamente, decae el deber de proteger que incumbe al Estado»¹.

Asumiendo que el daño o puesta en peligro del bien jurídico corresponde a la antijuridicidad y no a la tipicidad, tradicionalmente se sostuvo que los cortes producidos por un cirujano en desarrollo de una intervención quirúrgica eran conductas típicas porque encajaban en la descripción legal del delito de lesiones y ocasionaban un daño al bien jurídico, pero que se encontraban amparadas por una justificante denominada ejercicio de actividad lícita. Aun cuando por esa vía las labores del médico no podían considerarse delictivas, resultaba evidente que por

* Profesor del área de Derecho Penal de la Universidad de Los Andes (Bogotá).

¹ CORCOY BIDASOLO, M., «Consentimiento y disponibilidad sobre bienes jurídicos personales. En particular: eficacia del consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico», en *El nuevo código penal: presupuestos y fundamentos (Libro Homenaje a Ángel Torío López)*, Granada (Comares), 1999, p. 261.

lo menos en un primer nivel de análisis (el de la tipicidad) su conducta era de interés para el derecho penal. Desde esta perspectiva no había ninguna diferencia entre el tratamiento que el derecho penal brindaba a las intervenciones médicas con propósitos curativos y a aquellas con fines puramente estéticos.

Pese a que el resultado final resultaba satisfactorio, el camino para arribar a él no lo era; es difícil explicarle a un cirujano que después de haber sido formado durante años en centros universitarios –muchos de ellos públicos– para ejercer su labor, y luego de haber superado pruebas estatales y obtener un permiso oficial para ejercer su profesión, cada vez que realiza una intervención quirúrgica incurre en una conducta que le interesa al derecho penal desde el punto de vista de la tipicidad, de la misma manera que ocurriría con la de un navajero. Para superar esta inconsistencia, un sector de la doctrina propuso abandonar la idea de que cualquier afectación corporal equivalía a un daño al bien jurídico de la integridad personal, para en su lugar entender que aquello que frente a esa clase de comportamientos protege el derecho penal es la salud personal.

Al poner en relación este concepto con el de infracción al deber objetivo de cuidado, se concluyó que la actividad médica no puede ser considerada como típica, en la medida en que al ser ejecutada conforme a la *lex artis* mejora la salud y, en consecuencia, no viola el deber de cuidado que hace parte del aspecto objetivo del tipo imprudente. Sin embargo, esta conclusión sólo era aplicable a los procedimientos médicos curativos, dado que aquellos que carecían de esa finalidad –como las cirugías estéticas– no tenían como propósito mejorar la salud del paciente y, por consiguiente, podían considerarse como lesivos del bien jurídico protegido.

Estas consideraciones tomaron fuerza en la segunda mitad del siglo xx junto con las primeras reformulaciones de la imputación objetiva a través de la figura de la disminución del riesgo² (la contracara del más conocido criterio del incremento del riesgo) para intentar fundamentar de mejor manera la ausencia de responsabilidad de quien al intervenir quirúrgicamente a un paciente le ocasiona daños que, a la postre, mejoran su estado de salud. La solución no era buena porque no todas las conductas que disminuyen el riesgo son conformes al deber de cuidado; el médico que, por ejemplo, amputa el brazo de un paciente para evitar la propagación de una gangrena, pese a que lo indicado en ese caso era cercenarle solamente un dedo, si bien en términos generales disminuyó el riesgo para su vida, actuó en contra de la *lex artis* y debería responder como autor de unas lesiones.

² ROXIN, C., *Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht*, en Festschrift für Richard Honig, Verlag Otto Schwartz & Co., Göttingen, 1970, pp. 136-149.

Como se señaló en un párrafo anterior, las dificultades teóricas para mantener la actividad médica al margen del derecho penal aumentaban de manera significativa en relación con aquellas que carecían de un propósito curativo, dado que su tipicidad resultaba difícil de negar³. Para solucionar esos casos un sector de la doctrina propuso recurrir al consentimiento del paciente que, si bien permitía justificar el comportamiento del médico, no conseguía impedir que desde el punto de vista de la tipicidad su conducta siguiera siendo equiparable a la de un navajero.

Además, el hecho de que solo se recurriera a la figura del consentimiento para estas hipótesis desvelaba un nuevo interrogante: ¿en las actividades médicas curativas no es necesario el consentimiento del paciente? Asumiendo que el bien jurídico a proteger en estos casos es el de la salud, una destacada corriente doctrinal respondió de manera negativa aduciendo que se trataba de un bien jurídico indisponible, lo que equivalía a sostener que el Estado tiene el derecho de mejorar la salud de los ciudadanos, incluso en contra de su voluntad. Con esta postura pretendía otorgarse un manejo adecuado al tema de los trasplantes, que se resolvería diciendo que la implantación del órgano en el receptor era una conducta atípica al ser realizada conforme a la *lex artis*, mientras la extracción estaría justificada por el consentimiento del donante. Esta solución no solo volvía a situar la conducta del médico en el plano de la tipicidad, sino que planteaba una dificultad adicional: ¿cómo podía el donante otorgar su consentimiento si el bien jurídico de la salud es indisponible? Si se dijera que precisamente debido a esa indisponibilidad los médicos que toman órganos de los donantes no lo hacen en virtud de un consentimiento sino cubiertos por un estado de necesidad en el que se privilegia el supuesto derecho a lograr la curación del receptor incluso a costa de la integridad física del donante, entonces quedaría abierta la puerta para que se tomaran órganos de los ciudadanos⁴ incluso contra su voluntad cuando ello fuera necesario para mejorar la salud de quien requiriera un trasplante. Pero aún con esta discutible solución la conducta del médico sigue siendo equiparable a la del navajero en el ámbito de la tipicidad.

Si, por el contrario, la respuesta a la pregunta sobre la necesidad del consentimiento en las actividades médicas curativas fuera positiva, entonces se trataría de casos que no podrían ser resueltos en el plano de la tipicidad, sino

³ En defensa de un tratamiento diferencial entre las actividades médicas curativas y las no curativas, cfr. BARREIRO, A. J., *La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica*, Madrid (Tecnos), 1990, p. 72.

⁴ Me refiero a órganos cuya extracción no comportara la muerte del donante, como por ejemplo tomar uno solo de sus riñones.

en el de la antijuridicidad, único lugar en el que tradicionalmente podría determinarse si la conducta del médico habría sido desarrollada con o sin el consentimiento del paciente. Por esa vía se perdería todo lo que se había ganado con el reconocimiento de la salud como bien jurídico tutelado en reemplazo de la integridad personal, y con la inclusión de la actividad médica conforme a la *lex artis* como una conducta conforme al deber objetivo de cuidado excluyente de tipicidad, porque la conducta del médico solo podría quedar al margen del derecho penal si además se verificaba que había contado con el consentimiento del paciente, lo que según la opinión dominante solo podía ocurrir en el plano de la antijuridicidad. En definitiva, la conducta del médico volvía a ser equiparable a la del navajero.

Para superar esta dificultad se podría intentar hacer compatible la distinción entre actividades médicas curativas y no curativas con la diferenciación que alguna parte de la doctrina hace entre las figuras del consentimiento como justificante y la conformidad o acuerdo como excluyente de tipicidad⁵. A partir de estas dos clasificaciones se podría afirmar que en la medida en que las actividades médicas curativas no violan el deber objetivo de cuidado, la aquiescencia del paciente corresponde a la figura de la conformidad (acuerdo) que elimina la tipicidad de la conducta, mientras que la autorización para la extracción de un riñón con propósitos de donación, o para la práctica de una cirugía estética, no permite enmarcar el comportamiento del médico dentro del deber objetivo de cuidado porque al no estar actuando para mejorar la salud del paciente solo podría quedar amparado por el consentimiento como justificante.

Esta propuesta no solo permite resolver el caso del donante, sino que también posibilita que los médicos queden amparados por la justificante cuando realizan intervenciones quirúrgicas solicitadas por personas interesadas en hacerse modificaciones en su integridad corporal con el solo propósito de alterar su apariencia externa, sin pretensión alguna relacionada con el mejoramiento de su salud. Como no parece posible negarse a aceptar la irresponsabilidad penal del médico en esta clase de actuaciones, habría que admitir la existencia de la justificante, lo que a su vez implica admitir que se está frente a un bien jurídico disponible, conclusión que nos devuelve a la pregunta inmediatamente anterior: ¿el consentimiento del paciente es indispensable también en las actividades médicas curativas?

Con frecuencia se cita como origen de las conductas socialmente adecuadas la negativa de Welzel a trabajar con un concepto estático del bien

⁵ Sobre esta distinción, cfr. ROXIN, C., *Derecho penal-parte general tomo I*, trad. por Luzón Peña, D., Díaz y García Conlledo, M., y de Vicente Remesal, J., Madrid (Civitas), 1997, pp. 512-513.

jurídico, y su recomendación de apreciarlo desde una perspectiva dinámica entendida como la forma en que los individuos se interrelacionan con los bienes jurídicos en desarrollo de su vida en sociedad. Aun cuando la falta de precisión en cuanto a su contenido y las dificultades para encajarlo dentro de la teoría del delito hicieron que el concepto de adecuación social perdiera protagonismo durante algún tiempo, la idea resurgió unas décadas después a través de la figura del riesgo permitido, a partir de la cual nació la creación de riesgos jurídicamente desaprobados como primer elemento de una teoría de la imputación objetiva que fue inicialmente limitada por la doctrina mayoritaria a los delitos imprudentes, pero que paulatinamente se fue admitiendo también para los dolosos.

Según la opinión dominante, la consecuencia más llamativa del riesgo permitido en la teoría del delito radica en haber puesto de presente que no todo daño al bien jurídico le interesa al derecho penal, lo que acabó con la idea de que las conductas que afectaran bienes jurídicos solo podían escapar a su calificación de antijurídicas si respecto de ellas podía predicarse la existencia de una justificante. Como ya intuía Welzel, la vida en contextos sociales lleva con frecuencia a que se toleren actividades susceptibles de poner en peligro o incluso dañar bienes jurídicos, si las ventajas que de ellas se derivan para la comunidad son superiores a los riesgos que de manera residual permanecen pese a cumplir con el deber de cuidado requerido para mantenerse dentro de los niveles tolerables que configuran el riesgo permitido.

Menos llamativa ha sido una segunda consecuencia del planteamiento de Welzel, que radica en el entendimiento mismo del bien jurídico en contextos sociales. La vida en comunidad impone limitaciones a las libertades de los individuos que la componen, porque de lo contrario su ejercicio chocaría frecuentemente con las libertades de los demás; pero cada persona tiene ámbitos de libertad en los que está vedada la intromisión del derecho. Como adicionalmente la vida en sociedad necesita que determinados intereses comunes sean protegidos para poder garantizar el armónico funcionamiento de la sociedad, ellos también son susceptibles de protección como bienes jurídicos colectivos, en contraposición con aquellos que pueden ser denominados individuales.

Lo que se ampara a través del concepto de bien jurídico no es un objeto material, sino la posibilidad de actuar dentro de esos determinados ámbitos de libertad⁶; cuando un comportamiento desborda esos límites y entra

⁶ REYES, Y., «¿Sirve de algo el bien jurídico? Una perspectiva social», en *Libro homenaje a Diego-Manuel Luzón Peña*, Madrid (Reus), 2020, vol. I, pp. 370-371.

en conflicto con intereses ajenos (individuales o colectivos) se puede hablar de un comportamiento que pone en peligro o daña un bien jurídico. Desde este punto de vista, lo que se protege con el bien jurídico de la vida no es el mantenimiento de unas funciones vitales, ni lo que se tutela con el bien jurídico de la salud es la integridad física y mental del individuo conforme a determinados parámetros médicos, como parece desprenderse del tradicional empleo de la expresión delitos contra la integridad personal⁷. Lo que en ambos casos se protege es la libertad de la que el individuo dispone respecto de la configuración de su integridad física y mental, lo que involucra el ejercicio de otros derechos fundamentales como el de la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad⁸.

En términos generales, esa concepción social del bien jurídico (o dinámica, si se prefiere la expresión utilizada por Welzel), permite sacar las discusiones sobre la eutanasia y el aborto de los estrechos marcos que fija un concepto puramente ontológico de vida como conservación de las funciones vitales, y ofrece mayores posibilidades de explicar la razón por la que se tipifican de manera autónoma delitos como el feminicidio o el genocidio, en lugar de sancionarlos como formas agravadas de homicidio. En lo que atañe particularmente a los límites de la responsabilidad penal derivada de la actividad médica, esta forma de entender el bien jurídico también resulta útil para fijar los alcances que dentro de ella tiene el denominado consentimiento informado.

El concepto de bien jurídico carece de sentido en el plano puramente ontológico⁹, porque en él los límites a la libertad del individuo vienen impuestos por la naturaleza misma; por el contrario, en un contexto social las libertades individuales se ejercen dentro de los linderos que los Estados de Derecho suelen fijar en sus Constituciones a través de un catálogo de derechos fundamentales, algunos de los cuales –como el de la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad– son transversales¹⁰ en el sentido de que con base en ellos deben ser interpretados todos los demás¹¹. En concreto, cuando se dice que el Estado

⁷ «... el cuerpo es objeto de protección no como conglomerado de huesos, sino solo en conjunción con el espíritu que vive en él y lo domina»; en este sentido, cfr. PEÑARANDA, E., «El consentimiento en las lesiones y el tratamiento médico-quirúrgico», en *Libro homenaje a Agustín Jorge Barreiro*, Madrid (Universidad Autónoma de Madrid), 2019, vol. I, p. 707; ROXIN, 1997, p. 518.

⁸ Sobre «la cada vez más extendida tendencia a conectar el bien jurídico de la salud personal con el derecho al libre desarrollo de la personalidad», cfr. PEÑARANDA, 2019, p. 702.

⁹ Identificar la salud con las simples condiciones físicas y síquicas del cuerpo humano, lleva a confundir el objeto material con el bien jurídico; en este sentido, cfr. ROXIN, 1997, p. 517.

¹⁰ Esa transversalidad no equivale a confundir los bienes jurídicos de la libertad y la salud personal; en similar sentido, cfr. PEÑARANDA, 2019, p. 703.

¹¹ Para Roxin, «los bienes jurídicos sirven para el libre desarrollo del individuo» ROXIN, 1997, p. 517.

ampara la vida y la salud de los individuos, lo que se quiere significar es que se protege el derecho que cada uno de ellos tiene a decidir (libre desarrollo de la personalidad) sobre las condiciones de salud en las que considera que debe transcurrir su vida (dignidad)¹².

Lo primero que se desprende de esta forma de entender el bien jurídico es que la salud es un derecho del individuo y no del Estado¹³; lo que respecto de este último puede predicarse es el deber de garantizarle ese derecho a los ciudadanos, que es distinto del derecho a imponerles una determinada concepción de salud o de vida¹⁴. A partir de esa afirmación se puede decir que, si la salud y la vida son derechos del individuo, entonces los profesionales de la salud no pueden obligar a sus pacientes a utilizar medicamentos o prótesis, ni a someterse a una intervención quirúrgica, ni les está permitido, en general, imponerles un determinado tratamiento o procedimiento.

Esto significa que los procedimientos y tratamientos médicos solo pueden ser llevados a cabo previo consentimiento del paciente, quien como titular del bien jurídico de la salud (y de la vida) es quien tiene la potestad de decidir sobre su configuración en el marco de los más generales derechos a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad. Pero dada la trascendencia que su decisión tiene en relación con la incolumidad del bien jurídico de su salud, es indispensable que antes de aceptarlo o negarlo cuente con información completa sobre el tratamiento que le practicarán, las ventajas y desventajas que de él se pueden derivar y, cuando sea el caso, de las personas que estarán a cargo de su ejecución. Como sin ese conocimiento el individuo no es totalmente libre para decidir, la doctrina suele referirse a esa autorización como consentimiento informado, expresión que aun cuando puede resultar redundante¹⁵ es útil para reafirmar que si al paciente no se le suministra información completa sobre el procedimiento médico al que será sometido, su consentimiento carecerá de validez.

El debate sobre si el consentimiento debe estar circunscrito a las actividades médicas curativas o debe incluir las que carezcan de ese propósito,

¹² Cfr. CORCOY, 1999, pp. 265-282; PEÑARANDA, p. 706.

¹³ «... respecto del Estado, la Constitución no le otorga un derecho para proteger estos bienes jurídicos fundamentales sino exclusivamente un deber, por lo que debería de entenderse que el mencionado deber de protección no existe cuando el titular no quiere ejercer ese derecho sino que, por el contrario, renuncia a él» CORCOY, 1999, p. 261.

¹⁴ «El peluquero, el podólogo, e incluso el cirujano plástico no menoscaban la libertad del cliente en el trato de su cuerpo, sino que le ayudan en la realización de su imagen corporal» ROXIN, 1997, p. 517.

¹⁵ Cfr. PANTALEÓN, M., «Responsabilidad penal y civil médica por defectos de consentimiento informado», en *Libro homenaje a Agustín Jorge Barreiro*, Madrid (Universidad Autónoma de Madrid), 2019, vol. I, pp. 684-685.

está vinculado a la discusión sobre si la salud individual es o no un derecho disponible por parte de su titular. Quienes optan por la segunda alternativa, lo hacen a partir de un concepto de salud individual homogeneizado conforme a unos parámetros que establecerían no solo las condiciones físicas en que se puede considerar sano a un ser humano, sino también unos determinados parámetros de belleza.

Esta comprensión del bien jurídico como forma estandarizada de vivir afecta otros derechos fundamentales que, como el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad, deben ser tenidos en cuenta para interpretar correctamente el alcance que debe darse al bien jurídico de la salud individual. El calificativo de individual que acompaña su descripción pone de presente que en la medida en que un tratamiento médico –curativo o no– solo tenga la capacidad de afectar a la persona sobre quien se practicará, únicamente a ella le compete decidir si el resultado de esa intervención médica es compatible con su proyecto de vida en condiciones dignas¹⁶. Eso incluye las cirugías estéticas, porque al no existir un parámetro estético vinculante para los integrantes del grupo social, cada individuo es libre de manipular su apariencia física como una manifestación de su derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Respecto de pequeñas alteraciones como las cirugías para reducir grasa corporal, o para dar a la nariz, los ojos, las orejas, los labios, los senos o los glúteos una apariencia más cercana a un determinado modelo de belleza no suele haber mayor debate, porque se asume que querer parecerse a ese hombre o mujer ideal es un propósito social loable. En cambio, los reparos surgen con intervenciones menos convencionales como la de los pírsines, las extensiones en las orejas o algunos implantes dentales y se acrecientan cuando involucran amputaciones parciales de la lengua o la nariz, de falanges, dedos o incluso de alguna extremidad.

En estos casos el debate no debe centrarse en la determinación de un estándar de belleza al que los ciudadanos deben acogerse¹⁷, puesto que ello podría conducir hipotéticamente a que el Estado tuviera el derecho a «corregir» las desviaciones que respecto de ese parámetro detectara en los individuos

¹⁶ Sobre la importancia del consentimiento como elemento que permite no sancionar «como delitos de lesiones gran parte de las alteraciones del estado de salud físico o mental o de la integridad corporal de una persona producidas con tal consentimiento», independientemente del carácter curativo o no del tratamiento, cfr. PEÑARANDA, 2019, pp. 705-706.

¹⁷ Mir señala, con razón, que la intervención del Derecho penal no debe estar condicionada «al dato *moralizante* de la reprobación social, que nada tiene que ver con la presencia o ausencia del bien jurídico protegido en estos delitos: la integridad física en cuanto condición de posibilidades de participación del sujeto en la vida social» MIR PUIG, S., *Derecho Penal-parte general*, edición 10, Barcelona (Reppertor), 2016, p. 521.

aún contra la voluntad de ellos o, en una visión más radical pero que ya es objeto de discusión, a «diseñar» genéticamente el tipo de ciudadanos que quiere como integrantes de su sociedad, desechando los que no cumplan con esos estándares. Lo que sí puede ser objeto de discusión es si las personas que se someten a amputaciones de sus extremidades lo hacen como producto de una decisión libre o si, por el contrario, padecen de algún trastorno psicológico que afecta su libertad de determinación. En otras palabras, lo que respecto de estos casos está en discusión no es la disponibilidad del bien jurídico de la salud individual, sino la capacidad de consentimiento de quien dispone de él¹⁸.

Esa capacidad de consentimiento no debe ser entendida en términos de mayoría de edad, sino en sentido natural¹⁹ como la capacidad de comprensión que la persona tiene sobre las consecuencias positivas y negativas que una intervención médica puede tener en su salud, independientemente de si está en condiciones de comprender las complejidades técnicas que ella involucre. Se privilegia un concepto material de consentimiento en el sentido de valorar si la persona tiene la madurez suficiente para otorgarlo en un caso concreto, en lugar de una noción formal que lo presuma por el solo transcurso del tiempo (mayoría de edad)²⁰.

Si las intervenciones médicas solo pueden ser adelantadas con el consentimiento informado del paciente, independientemente de si son con fines curativos o no, el personal sanitario que no lo recabe antes de realizar la intervención desplegará una conducta contraria a sus obligaciones (aunque objetivamente²¹ mejore la salud del paciente²²), lo que en términos jurídico-penales significa que será típica²³ por violar el deber objetivo de cuidado o crear con su conducta un riesgo jurídicamente desaprobado que se realiza en un resultado penalmente relevante.

Desde esta perspectiva, el consentimiento informado no es una justificante, sino que hace parte de la denominada *lex-artis* y, por consiguiente, su presencia

¹⁸ Sobre el tema concreto de que las enfermedades mentales lleven al deseo de amputaciones, cfr. CORCOY, M., «El consentimiento por representación en la actividad médico-quirúrgica», en *Libro homenaje a Agustín Jorge Barreiro*, Madrid (Universidad Autónoma de Madrid), 2019, vol. I, pp. 390-391.

¹⁹ Cfr. CORCOY, 1999, p. 279.

²⁰ Sobre la distinción entre una capacidad material y otra formal, cfr. CORCOY, 2019, p. 394.

²¹ Cfr. CORCOY, 2019, p. 389.

²² Cfr. CORCOY, 1999, p. 269.

²³ Cfr. PUPPE, I., «La justificación de la intervención médica curativa», *InDret Revista para el análisis del derecho*, 404, 2007, p. 4; ROXIN, 1997, p. 524.

excluye la tipicidad²⁴ de la conducta²⁵; no se trata de una autorización excepcional de comportamiento para resolver tensiones entre diversas formas de ataque a bienes jurídicos²⁶, sino de una autorización general de conducta que hace parte del rol social²⁷ que cumple el personal sanitario²⁸. Eso explica no solo la diferencia entre la conducta de aquel que para defenderse lesiona con un cuchillo a quien de manera injusta lo agrede sino, aún más claramente, la que existe entre la del navajero²⁹ que crea un riesgo jurídicamente desaprobado digno de reproche, y la del personal sanitario que mediante el cumplimiento de la llamada *lex-artis* se mantiene dentro del riesgo permitido y, por consiguiente, al margen del derecho penal.

²⁴ Esta conclusión es predicable del consentimiento en general, y no solo del informado propio de la actividad médico sanitaria; sobre el consentimiento como excluyente de tipicidad. cfr. ROXIN, 1997, pp. 522-524.

²⁵ Cfr. ROXIN, 1997, pp. 517-518.

²⁶ Para Roxin, «todas las causas de justificación descansan en los principios de ponderación de intereses y de necesidad: en una situación de conflicto inevitable es legítimo el sacrificio de un interés menos valorado por el ordenamiento jurídico cuando dicho sacrificio es necesario en salvaguardia de un interés mayor. Pero en el consentimiento no está en juego ni un conflicto de intereses entre el que actúa y el que consiente ni la necesidad del hecho» ROXIN, 1997, p. 521.

²⁷ Sobre esta forma de diferenciar entre riesgo permitido y justificantes, cfr. REYES, Y., *Imputación objetiva*, Bogotá (Temis), 2005, pp. 109-110.

²⁸ «Sobre la base del consentimiento es atípica una intervención curativa que se realiza con la conformidad del paciente» Roxin, 1997, p. 524, criterio que extiende a intervenciones que no persiguen fines curativos; cfr. ROXIN, 1997, p. 524.

²⁹ Sobre la importancia del consentimiento como forma de distinguir entre el navajero y el personal médico sanitario, cfr. ROXIN, 1997, p. 524.

MERECIMIENTO, NECESIDAD DE PENA Y PUNIBILIDAD

RICARDO ROBLES PLANAS*

I. INTRODUCCIÓN

En el sistema del delito que proviene de la tradición de Binding, la categoría de la punibilidad cobra una dimensión radicalmente distinta a la que desempeña en el sistema clasificatorio de von Liszt. En efecto, en un sistema de la responsabilidad penal orientado a acoger decisiones *materiales* es lógico que en su base se hallen ya dos grandes categorías: la antinormatividad y la punibilidad¹. Mientras la antinormatividad es el ámbito donde se analiza si la conducta supone un quebrantamiento de la libertad culpable como requisito mínimo para que pueda castigarse con pena, en la punibilidad se analiza si aquella contiene las propiedades adicionales que la convierten en penalmente relevante, es decir, en una conducta que merece y necesita pena. Con ello se observa que el limitado papel que el sistema clásico y neoclásico del delito otorgaba a la punibilidad era fruto de una comprensión excesivamente formalista, que partía de la relevancia penal de toda conducta en tanto encajara en un tipo legal. Tal relevancia solo podía ser excepcionalmente excluída en tanto chocara con otras ramas del Ordenamiento jurídico o bien

* Catedrático de Derecho penal. Universidad Pompeu Fabra. En presente trabajo se enmarca en el proyecto de investigación PID2020-115863GB-I00/MICIN/AEI/10.13039/511100011033.

¹ Sobre ellas, ROBLES PLANAS, «Norma y delito en Binding, Armin Kaufmann y Mir Puig», *Estudios de Derecho penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, Buenos Aires (B de F), 2017, pp. 829 ss.

si el propio legislador establecía restricciones expresamente (ámbito de la punibilidad). En cambio, la punibilidad en un sistema de orientación material basado en la teoría de las normas, si bien concede al tipo penal un papel decisivo en el concepto de delito, concibe esta calificación como una decisión que incorpora una desvaloración cualificada con respecto a la mera prohibibilidad general de una conducta. Tal significado es presupuesto de aplicación de la norma de sanción como requisito de legitimidad que el legislador penal no puede querer racionalmente evitar dada la gravedad de la consecuencia jurídica con la que decide operar.

Por lo demás, la discusión sobre si la categoría de la punibilidad pertenece o no a la teoría del delito² depende, obviamente, del concepto de delito que se acoja. Aquí, con Binding, se entiende que una cosa es el injusto-culpable (para Binding: «Delikt», ilícito) y otra cosa es el injusto-culpable *punible* (para Binding: «Verbrechen», delito)³. Por tanto, la punibilidad forma parte del concepto de delito si por *delito* se entiende el *hecho punible* («Straftat»). Que ello suponga acoger un concepto de delito orientado a la teoría de la pena parece algo forzoso: hecho *punible*.

II. MERECIMIENTO Y NECESIDAD DE PENA

1. Se viene afirmando que la *punibilidad* es el ámbito del tratamiento de las infracciones de normas de conducta a la luz de los criterios de merecimiento y necesidad de pena⁴, de modo que solo un reducido ámbito de conductas antinormativas resulta *punible*, a saber, aquel que supera criterios *específicamente penales*. En efecto, una legítima imposición de *pena* presupone que pueda afirmarse que la conducta la merece y la necesita considerando su *especificidad* como reacción o consecuencia jurídica, pues no toda infracción de una norma de conducta merece y necesita pena o, lo que es lo mismo, no todo quebrantamiento de las esferas de libertad alcanza el umbral de relevancia penal⁵.

² Negándolo, p. ej., MENDES DE CARVALHO, *Punibilidad y delito*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2007, pp. 467 ss.

³ Sobre ello, ROBLES PLANAS, «La herencia de Karl Binding», *Libro homenaje al profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, Madrid (Universidad Autónoma de Madrid), 2019, pp. 743 ss.

⁴ P. ej., HAFKKE, «El significado de la distinción entre norma de conducta y norma de sanción para la imputación jurídico-penal», en *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal*, Barcelona (J. M. Bosch), 1995, pp. 129 ss.

⁵ Ciertamente, la antinormatividad de la conducta puede verse, si se quiere, como un requisito mínimo del merecimiento y necesidad de pena: para merecer y necesitar pena una conducta, por lo me-

2. El *merecimiento* y la *necesidad de pena* tienen una doble manifestación en el Derecho penal: por un lado, como criterios rectores de la decisión de incriminación de conductas⁶; por el otro, como criterios rectores del sistema del delito orientado a la imposición de pena en el caso concreto⁷. En su primera manifestación, el merecimiento y la necesidad de pena se expresan *en abstracto en los tipos penales de la Parte Especial*. En ellos el legislador señala la clase de conductas que, en términos generales, ingresan en el ámbito del Derecho penal. En su segunda manifestación, cometido el hecho (y, por tanto, fracasada la norma de conducta penalmente respaldada), el merecimiento y la necesidad de pena de la conducta *en concreto* deben ser ulteriormente analizados por el juez. Y ello, no porque el juez esté legitimado a efectuar un nuevo juicio de espaldas al del legislador que se ha expresado en los tipos, sino porque los tipos legales (dada su autonomía conceptual⁸) pueden abarcar formalmente conductas que no merecen o no necesitan pena (véase *infra* apdo. III *in fine* y IV).

3. En esencia, la aludida *especificidad de la pena* como consecuencia jurídica se manifiesta en dos dimensiones acertadamente puestas de manifiesto por la doctrina en las últimas décadas: la dimensión de *reproche* [*Tadel, Vorwurf*] y la de *mal* [*Übel, Schmerz*]. Así, el *merecimiento de pena* aludiría a aquellas conductas antinormativas que son especialmente graves y por ello se hacen acreedoras de un reproche y de la imposición de un mal cualificado (elementos no presentes en otras reacciones jurídicas) en estrictos términos de justicia. Dicho de otra manera: es justo imponer una consecuencia jurídica consistente en un reproche y un mal a conductas cuya particularidad reside precisamente en ser especialmente graves, dignas de censura y de consideración como indeseables. Por su parte, la *necesidad de pena* alude a que la conminación con pena y la imposición de pena frente a conductas que en sí la merecen está también requerida para lograr un fin. Este fin, en el ámbito de la *conminación* con pena, es la expresión de gravedad (reproche cualificado) de la conducta⁹ y en el ámbito de la *imposición*

nos, debe ser antinormativa. Con todo, aquí se reservan esos términos para referirnos a aquellas propiedades de ciertas conductas antinormativas que las elevan por encima de otras haciéndolas específicamente merecedoras y necesitadas de respuesta penal.

⁶ Sobre esta dimensión, ROBLES PLANAS, «Merecimiento y necesidad de la prohibición penal», *Libro homenaje al profesor Diego-Manuel Luzón Peña*, Madrid (Reus), 2020, pp. 379 ss.

⁷ Sobre ello y para lo que sigue, LUZÓN PEÑA, «La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito», *ADPCP*, 1993, pp. 21 ss., con ulteriores referencias.

⁸ Muy claro, FRISCH, «Strafwürdigkeit, Strafbedürftigkeit und Straftatsystem», *GA* 2017, p. 379.

⁹ ROBLES PLANAS, «Merecimiento y necesidad de la prohibición penal», *Libro homenaje al profesor Diego-Manuel Luzón Peña*, 2020, p. 388.

de pena es hoy generalmente visto en la confirmación de la norma para evitar su erosión. Por tanto, hay necesidad de formular un reproche e irrogar un mal en concreto cuando ello es preciso para evitar la erosión de la vigencia de la norma causada por el autor.

4. Tanto el merecimiento como, sobre todo, la necesidad de pena pueden entenderse referidos estrictamente al hecho (como suceso histórico limitado espacio-temporalmente) o, en un sentido más amplio, a otros factores más allá de este. En realidad, la propia categoría de la punibilidad puede entenderse en un sentido más estricto, como categoría referida exclusivamente al hecho (punible) o bien en un sentido amplio, como categoría que engloba todas las consideraciones que afectan en última instancia a la imposición de pena (p. ej. también la prescripción o la colaboración con la justicia)¹⁰. Aquí se preferirá seguir un concepto restrictivo de punibilidad, esto es, como categoría que aborda el merecimiento y necesidad de pena del *hecho*¹¹. Las consideraciones de merecimiento y necesidad de pena de factores que están más allá del hecho se integrarían así en una categoría diferente a la de la punibilidad por el hecho, que debería de razones de diversa índole, como de *fairness*, de conveniencia, oportunidad o utilidad y de otras directamente derivadas de los fines de prevención general y especial de la pena. Tal categoría podría denominarse «adecuación de la imposición de pena».

No obstante, qué deba entenderse por «hecho» no resulta ni pacífico ni evidente. Una primera posibilidad, de tipo *formalista*, es entender que el hecho termina con la consumación, de manera que todo lo que ocurra con posterioridad ya no formaría parte de la teoría del hecho punible, sino de esa categoría más amplia a la que se ha aludido¹². A la inversa, todo lo que ocurra con anterioridad a la consumación y afectara al merecimiento y necesidad de pena,

¹⁰ Sobre ello y para lo que sigue, véase, GARCÍA PÉREZ, «Sobre el estado actual del debate en torno a la punibilidad», *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIX (2019), pp. 709 ss., con ulteriores referencias.

¹¹ Así ya FRISCH, «Straftat und Straftatsystem», en Wolter, y Freund (eds.), *Straftat, Strafzumessung und Strafprozess im gesamten Strafrechtssystem*, C. F. Müller (Heidelberg), 1996, p. 208: «Die Straftat ist ein raum-zeitlich begrenztes historisches Ereignis». DÍEZ RIPOLLÉS, [«La categoría de la punibilidad en el Derecho penal español», *Estudios de Derecho penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, Buenos Aires (B de F), 2017, pp. 523 ss.] sostiene un entendimiento restrictivo de la categoría de la punibilidad, esto es, «dentro del juicio de responsabilidad penal, la punibilidad constituye la última categoría de la infracción penal» (p. 524), pero la vincula únicamente a la idea de necesidad de «formular al sujeto un juicio de responsabilidad [*penal* –R. R. P.–] por el comportamiento realizado», necesidad que «se funda en la utilidad que tal juicio reporta» (p. 526), y no a las ideas de merecimiento y necesidad de *pena*.

¹² Así, p. ej., DE VICENTE REMESAL, *El comportamiento postdelictivo*, León (Publicaciones Universidad de León), 1985, pp. 359 ss.; FARALDO CABANA, *Las causas de levantamiento de la pena*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2000, pp. 99 y 177 s.

debería ser tenido en cuenta en la punibilidad por el hecho. En el otro extremo puede entenderse, en términos *funcionales*, que forman parte del hecho todos los factores relevantes que tienen lugar hasta el momento de la sentencia¹³. Aquí, la categoría de la punibilidad es comprendida en su sentido más amplio posible como parte de la teoría del hecho punible. Una tercera posibilidad, ni formalista ni funcional, sino *material-restrictiva*, discurre por vincular el merecimiento y la necesidad de pena a la *conducta* del autor. Por tanto, la punibilidad en sentido estricto se integraría por aquel conjunto de propiedades relevantes de la *conducta del autor que se reflejan en el hecho* y que determinan su merecimiento y necesidad de pena. Tanto los aspectos del hecho formal (histórico) no reconducibles a la conducta del autor, como los que están más allá de la consumación y que no tienen que ver con la influencia de la conducta del autor sobre el hecho, quedarían fuera de la punibilidad en sentido estricto y, de nuevo, habrían de ser considerados en una categoría distinta. Por el contrario, sí sería relevante la conducta del autor que influye sobre su propio hecho aunque esté formalmente consumado. Sin poder ahondar en este momento ulteriormente en la cuestión, me inclino por este concepto material-restrictivo de hecho y, por tanto, también de punibilidad¹⁴.

5. Como ya se ha afirmado, los aludidos criterios de relevancia penal (merecimiento y necesidad de pena) se expresan en los *tipos penales*: desde la necesidad de producción de determinadas consecuencias (el resultado), hasta la exigencia de dolo u otros elementos subjetivos, pasando por las clásicamente denominadas «condiciones objetivas de punibilidad» (*infra* apdo. III). Con todo, existen una serie de presupuestos adicionales de la aplicación de la norma de sanción independientes de los concretos tipos de la Parte Especial. Se trata de los *presupuestos generales de la punibilidad*, que de no concurrir impiden el castigo con pena (*infra* apdo. IV). En lo que sigue, se adoptará esta doble perspectiva para profundizar en el análisis del merecimiento y necesidad de pena. Así, se pondrá el acento, especialmente,

¹³ Así, p. ej., ASÚA BATARRITA, «Causas de exclusión o de restricción de la punibilidad de fundamento jurídico constitucional», en *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro homenaje al profesor Doctor Don Angel Torío López*, Granada (Comares), 1999, pp. 221 ss.; FERRÉ OLIVÉ, «Punibilidad y proceso penal», *Revista General de Derecho penal*, 10, 2008, pp. 1 ss. Tendencialmente, también, RAGUÉS I VALLÈS, «Variationen zu dem gesamten Strafrechtssystem», en *Gesamte Strafrechtswissenschaft in internationaler Dimension. Festschrift für Jürgen Wolter*, Berlín (Duncker & Humblot), 2013, pp. 183 ss. En Alemania esta posición es defendida con especial fuerza por FREUND, «Zur Legitimationsfunktion des Zweckgedankens im gesamten Strafrechtssystem», Wolter, y Freund (eds.), *Straftat, Strafzumessung und Strafprozess im gesamten Strafrechtssystem*, C. F. Müller (Heidelberg), 1996, pp. 44 ss.

¹⁴ Muy próximo, FRISCH, «Straftat und Straftatsystem», Wolter, y Freund (eds.), *Straftat, Strafzumessung und Strafprozess im gesamten Strafrechtssystem*, C. F. Müller (Heidelberg), 1996, p. 209, aunque entiende que, por ejemplo, la reparación deja intacto el hecho.

en aquellos factores que operan en el momento de la imposición de pena y, además, van referidos al hecho cometido en el sentido indicado. Con ello queda a su vez esquemáticamente descrita la categoría de la punibilidad por el hecho tal y como aquí se entiende.

III. LOS ELEMENTOS DE LA PUNIBILIDAD EXPRESADOS EN LOS TIPOS

1. En efecto, en los tipos penales se expresan (mejor: se deberían expresar –sobre ello, inmediatamente–) los elementos que convierten a toda conducta antinormativa en merecedora y necesitada de pena. A ello se refirió Binding con la afortunada expresión «marcas de altura» (*Höhenmarken*). Una completa sistematización de tales elementos es especialmente difícil dada su gran cantidad y su muy diversa naturaleza¹⁵. Con todo, es trascendental distinguir entre aquellos elementos que afectan al merecimiento de pena de aquellos otros que se refieren a la necesidad de pena¹⁶. Los primeros son los más frecuentes y especialmente importantes. Dentro de tales elementos de la punibilidad que se refieren al merecimiento de pena es posible distinguir a su vez entre los que tienen carácter *objetivo* y los que tienen carácter *subjetivo*. Son objetivos los que atienden a la peligrosidad para bienes jurídicos especialmente importantes o a la peligrosidad particularmente cualificada en caso de otros bienes menos importantes, el elemento de la producción de determinadas consecuencias (resultados) imputables a la conducta o la infracción de especiales deberes. Son subjetivos, en cambio, el dolo, las intenciones o determinadas actitudes que se exigen en los tipos para otorgar relevancia penal a una conducta. Por otra parte, resulta claro que si se cumple con el criterio de merecimiento de pena establecido en el tipo,

¹⁵ Véase, no obstante, el magnífico trabajo al respecto de SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *A vueltas con la Parte Especial*, Barcelona (Atelier), 2020, pp. 123 ss., cuya clasificación, sin embargo, adolece –a mi juicio– de ser excesivamente formal en dos sentidos: a) no distingue la razón material que está detrás de cada elemento de la (no-)punibilidad, en particular, si afecta al merecimiento o a la necesidad de pena; y b) no distingue entre elementos vinculados a los tipos y elementos generales de la (no-)punibilidad, por lo que –como se verá *infra*– no parece dar cabida a supuestos donde la exclusión de la pena tiene lugar en consideraciones materiales no expresamente contempladas en la ley. Adicionalmente, véase la clasificación de WOLTER, «Zur Dogmatik und Rangfolge von materiellen Ausschlußgründen, Verfahrenseinstellung, Absehen und Mildern von Strafe: Strukturen eines ganzheitlichen Strafrechts, –Strafprozeß– und Strafzumessungssystem», Wolter, y Freund (eds.), *Straftat, Strafzumessung und Strafprozess im gesamten Strafrechtssystem*, C. F. Müller (Heidelberg), 1996, pp. 1 ss.

¹⁶ Véase especialmente para lo que sigue FRISCH, «Strafwürdigkeit, Strafbedürftigkeit und Straftatsystem», *GA* 2017, p. 372-373.

habrá por regla general necesidad de pena.¹⁷ Ahora bien, en ocasiones puede suceder que en los tipos se establezcan requisitos adicionales de *necesidad de pena* para que se desencadene la respuesta penal (p. ej. en forma de condiciones objetivas de punibilidad) o bien se considere que determinadas situaciones hacen decaer esa necesidad (como en las excusas absolutorias).¹⁸ En tales casos el legislador entiende que las conductas que merecen pena, por la concurrencia o ausencia de ciertos elementos particulares, no necesitan de prohibición *penal*, esto es, que su prohibición penal resulta innecesaria por *inconveniente, inoportuna, etc.* desde puntos de vista distintos al del estricto merecimiento de pena.

2. Una adecuada teoría de la *criminalización* debería acometer la sistematización de estos elementos de merecimiento y necesidad de pena que se expresan en los tipos desde perspectivas *materiales*. De hecho, esta es una tarea pendiente fundamental para un *concepto material de delito* (entendido como «hecho punible»). A tal fin, aunque no puede ser objeto de ulterior desarrollo aquí, creo que el de las dimensiones de la autonomía puede resultar un buen punto de partida¹⁹. Se trata de vincular elementos de merecimiento y necesidad de pena a las conductas antinormativas (que quebrantan la libertad) en uno de los tres sentidos posibles de la autonomía individual. Así, parece claro que aquellas conductas que lesionan la autonomía ajena en su sentido más elemental (autonomía como exclusión) no deberían estar sometidas a criterios excesivamente estrictos de merecimiento (y necesidad) de pena. En cambio, cuando la dimensión afectada de la autonomía es la identificada con la garantía de utilidad o seguridad, deben aparecer mayores requisitos para considerar su

¹⁷ Ello es especialmente así en tanto el tipo contenga verdaderos elementos de merecimiento de pena. En efecto, el mal que supone la pena estaría entonces especialmente *requerido* para expresar la gravedad de tales conductas. Y en la medida que se entienda que una conducta que merece pena debe ser objeto del mayor reproche por el Estado, la *necesidad absoluta del Derecho penal* se dará de forma casi automática. Ello implica extraer una conclusión sorprendente y radical, pero coherente: en realidad, un concepto «fuerte» de merecimiento de pena hace innecesario el postulado adicional de la subsidiariedad o última *ratio* del Derecho penal. A esta conclusión llega también, SEHER, «¿Puede ser «subsidiario» el Derecho penal? Aporías de un principio indiscutido», en von Hirsch; Seelmann, y Wohlers (ed. alemana), *Límites al Derecho penal*, Barcelona (Atelier), 2012, p. 143. Y, ciertamente, lo que sería subsidiario no es el *Derecho penal*, sino la *pena* en el caso particular (p. 144), pues, en efecto, en el nivel de la conminación penal no se opera con consideraciones de eficiencia, sino normativo-axiológicas y, en cambio, en el de la imposición de pena en el hecho concreto hay espacio para la disponibilidad.

¹⁸ Si bien, como se expresó antes, es necesario distinguir entre las que afectan a la necesidad de pena de la conducta (p. ej. la superación de ciertas cuantías o la regularización tributaria) y las que no (p. ej. la concurrencia de la admisión a trámite de la solicitud de concurso en las insolvencias punibles –artículo 260.2 CP– o el parentesco –artículo 268– CP).

¹⁹ Sobre las dimensiones de la autonomía, ROBLES PLANAS, «Dogmática de los límites al Derecho penal», von Hirsch; Seelmann, y Wohlers (ed. alemana), *Límites al Derecho penal*, Barcelona (Atelier), 2012, pp. 24 ss.

punibilidad como adecuada. Finalmente, en el caso de aquellas conductas que pueden desaprobarse por afectar a la dimensión institucional de la autonomía, los requisitos de merecimiento (y necesidad) de pena deben ser especialmente exigentes y someter a criminalización solo aquellas conductas que aparezcan como un abuso insoportable de la condición de ciudadano. En común tienen que aquello que ingresa en ámbito de lo merecedor de pena lo hace porque cumple con algún criterio adicional al hecho de ser una conducta prohibible, esto es, al hecho de ser una conducta que lesiona la autonomía ajena en alguna de las dimensiones ya analizadas. Se debe tratar, pues, de una lesión de la autonomía *especialmente cualificada o grave* y, precisamente por ello es vista como particularmente reprochable²⁰.

3. No cabe desconocer que los tipos penales pueden no contener elemento de merecimiento o necesidad de pena alguno adicional a la mera desaprobación básica de la conducta (antinormatividad) y, por tanto, contentarse en someter a pena una conducta que simplemente rebasa los límites de la libertad. Estos supuestos son distintos de aquellos en los que los tipos abarcan formalmente conductas que no rebasan los límites de la libertad de actuación, esto es, que no están jurídicamente desaprobadas (por contener riesgos tolerados, etc.) y que deben depurarse ya en la antinormatividad con arreglo a los criterios de la teoría general de desaprobación de las conductas (la llamada «imputación objetiva de la conducta»). Si, por el contrario –en los casos mencionados en primer lugar–, los tipos abarcan conductas jurídicamente desaprobadas, pero cuyo merecimiento o necesidad de pena es difícilmente fundamentable (o directamente inexistente) desde perspectivas materiales, la situación es especialmente compleja para el aplicador del Derecho. En tales casos, frecuentes en el moderno Derecho penal, se impone una interpretación restrictiva del tipo conforme a criterios materiales, que puede transcurrir sobre la base de las consideraciones que se abordarán en el siguiente epígrafe. La otra opción, la formalista, es sobradamente conocida y aquí se rechaza por razones obvias.

²⁰ Aunque sea una simple *idée directrice* me parece útil para iluminar ese elemento de gravedad (cfr. ROBLES PLANAS, «Merecimiento y necesidad de la prohibición penal», *Libro homenaje al profesor Diego-Manuel Luzón Peña*, Madrid (Reus), 2020, p. 387) operar con el pensamiento de la negación del debido *reconocimiento* de la persona como persona en Derecho, esto es, la negación del otro como portador de una subjetividad jurídica en el sentido de privarle de su capacidad o competencia elemental de ser libre e igual al autor del delito [así SEELMANN, «Was schützt der liberale Rechtsstaat?», en Siep (ed.), *Von der religiösen zur säkularen Begründung staatlichen Normen*, Tübingen (Mohr Siebeck), 2012, 180 ss.: «el Derecho debe garantizar a las personas que puedan comportarse en todo momento como sujetos en Derecho (*Rechtssubjekte*)»]. En la medida en que hay una lesión relevante de la autonomía, se menoscaba el derecho a tener derechos, la competencia básica para participar en la interacción con los otros.

IV. LOS ELEMENTOS GENERALES DE LA PUNIBILIDAD

1. En efecto, una conducta antinormativa definida solo formalmente como típica puede aparecer como no merecedora o necesitada de pena por concurrir determinadas circunstancias que impiden apreciar en ella esas propiedades materiales. Aquí los criterios de merecimiento y necesidad de pena despliegan toda su fuerza limitadora de la punibilidad de un modo general en el momento de la imposición de pena. Ciertamente, esa fuerza limitadora de la punibilidad es a su vez relativamente limitada puesto que la conducta se ha manifestado ya como jurídicamente desaprobada y, además, encaja formalmente dentro de un tipo penal²¹. Por tal motivo, solo poderosas razones pueden excluir el merecimiento y la necesidad de pena en concreto. A ellas nos referimos aquí bajo la expresión de *exclusión del injusto penal*²².

2. Comenzando con el *merecimiento de pena*, cabe recordar que con él se trata de concluir que la propia conducta atrae para sí el reproche y mal que implica la pena. Esto puede no suceder pese a que la conducta se manifieste como una arrogación típica de libertad (y por eso se desapruebe), pues no todo quebrantamiento de la libertad formalmente típico muestra las razones materiales para merecer el reproche y mal asociado a la pena. Creo que existen dos grandes tipos de razones que excluyen el merecimiento de pena en el sentido acabado de apuntar:

a) Por un lado, en aquellos casos en los que la conducta carezca de la *suficiente entidad* para merecer (y, por tanto, necesitar) un pronunciamiento expreso para contradecir la infracción normativa²³. Ello sucederá en tanto la sociedad haya alcanzado un nivel de fortalecimiento suficiente en relación con tales infracciones que el hecho pueda concebirse como un acto puramente aislado y sin capacidad de poner en peligro la vigencia de la norma. Me parece

²¹ Ello vale tanto para el supuesto en que el tipo carece por completo de elementos de merecimiento y necesidad de pena, como para el supuesto en el que, conteniéndose tales elementos particulares y concurriendo en el caso en cuestión, faltan los elementos generales a los que se alude en texto y, por tanto, decae la punibilidad.

²² Sobre ello, ROBLES PLANAS, «Norma y delito en Binding, Armin Kaufmann y Mir Puig», *Estudios de Derecho penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, Buenos Aires (B de F), 2017, p. 841-842, con ulteriores referencias. Véase también, el mismo, «Caso del Leinenfänger», en: Sánchez-Ostiz Gutiérrez (coord.), *Casos que hicieron doctrina en Derecho penal*, Madrid (La Ley), 2011, p. 118 y 126; el mismo, «Zum Strafunrechtsausschluss», *Festschrift für Wolter*, Berlín (Duncker & Humblot), 2013, pp. 445 ss.; el mismo, *Estudios de dogmática jurídico penal*, Buenos Aires (B de F), 2014, p. 173, p. 183, pp. 193 ss., p. 197 y p. 200, con referencias a la pionera obra de Hans-Ludwig Günther sobre la exclusión del injusto penal. Naturalmente, es posible que tales razones solo alcancen a reducir y no a excluir el injusto penal.

²³ SEELMANN, «Ebenen der Zurechnung bei Hegel», en KAUFMANN/RENZIKOWSKI, *Zurechnung als Operationalisierung von Verantwortung*, Frankfurt a. M. (Peter Lang), 2004, p. 88.

urgente la revisión de la institución de la «*insignificancia*» desde este punto de vista *cualitativo-normativo*²⁴.

b) Por el otro, en la institución de la *inexigibilidad penal*. En ella se trata de la concurrencia de razones de justa distribución de cargas que permiten excluir la presencia del delito²⁵. Estamos, pues, ante el merecimiento en su dimensión distributiva, no retributiva. Así, aparece como personal o individualmente inexigible un comportamiento conforme a la norma cuando concurren determinados factores que lo dificultan relevantemente: supuestos del denominado estado de necesidad exculpante, de «miedo insuperable», de inimputabilidad por razones normativas y de inevitabilidad del error de prohibición también por razones normativas. En estos casos, también se da una correlativa disminución de la necesidad de pena.

Debe insistirse en que estos factores de exclusión de la responsabilidad penal van referidos únicamente al hecho, como suceso espacio temporalmente delimitado. No cabe excluir, sin embargo, que las consideraciones de merecimiento desempeñen un papel adicional cuando se tienen en cuenta otros aspectos, como por ejemplo, allí donde la instancia de imputación (el Estado²⁶) presenta un determinado grado de corresponsabilidad por el hecho, p. ej., porque las condiciones socio-estatales disminuyen los incentivos para el comportamiento fiel al Derecho –o en casos extremos: generan incentivos para el comportamiento infractor-. En tales supuestos puede ser muy razonable limitar (atenuar) la imputación al autor (que aparecería como una especie de «víctima especial») o incluso prescindir por completo de la imputación²⁷. Sin embargo, como se ha afirmado anteriormente, estas consideraciones no tienen cabida en una teoría de la *punibilidad por el hecho* o en una teoría del *hecho punible*, sino que se integrarían en una categoría de la punibilidad mucho más amplia. Por mi parte insisto en mantener separadas ambas concepciones de la punibilidad: que parezca razonable e incluso distributivamente justo no *perseguir o castigar* un delito (hecho punible), no obsta a su existencia como *tal*.

3. Por lo que se refiere a la *necesidad de pena*, esta decaerá no solo en aquellos casos en los que también decaiga el merecimiento (o entonces

²⁴ Esta conclusión no es extraída por Seelmann, quien parece más bien referirse a la exclusión de la imputación en caso de ausencia de necesidades preventivas.

²⁵ Así, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2.^a ed., Buenos Aires (B de F), 2010, p. 684.

²⁶ SEELMANN, «Ebenen der Zurechnung bei Hegel», en Kaufmann, y Renzikowski, *Zurechnung als Operationalisierung von Verantwortung*, Frankfurt a. M. (Peter Lang), 2004, p. 88: metanivel de imputación.

²⁷ SEELMANN, «Ebenen der Zurechnung bei Hegel», en Kaufmann, y Renzikowski, *Zurechnung als Operationalisierung von Verantwortung*, Frankfurt a. M. (Peter Lang), 2004, p. 91.

subsistirá pero sin más base que lo puramente instrumental, lo que se antoja ilegítimo desde un punto de vista material). La necesidad de pena es lo que precisamente falta, p. ej., en los casos de *desistimiento voluntario*²⁸. En ellos, concurre merecimiento de pena en tanto la norma está quebrantada, pero el reconocimiento de la vigencia de la norma lesionada mediante la vuelta voluntaria a la legalidad por parte del autor revoca su puesta en cuestión de la norma, de manera que decae la necesidad de hacer lo mismo recurriendo a la pena.

Es preciso subrayar en este punto dos matizaciones de suma importancia. En primer lugar que las razones vinculadas a la necesidad de pena pueden tan solo operar limitándola y no excluyéndola, lo que comportará la afirmación de la presencia de un hecho punible, solo que atenuado (eventualmente: cualificadamente atenuado). Este es el ámbito de las circunstancias de *reparación* y *confesión*. En segundo lugar, más importante me parece insistir en que existe toda una dimensión de factores que afectan a la necesidad de pena que dejan intacto el hecho punible como tal²⁹. En efecto, en mucha mayor medida que en el caso del merecimiento de pena, la concurrencia de ciertas circunstancias puede hacer disminuir o incluso desaparecer la necesidad de reacción con pena frente al delito como *hecho* punible. El ejemplo más claro es el de la *prescripción*. En este punto ya se alertó que resulta clave determinar qué debe entenderse por *hecho*. Una primera posibilidad es entender incluido bajo ese término solo el injusto culpable, lo que hablaría en contra de tener en cuenta en la teoría del hecho punible comportamientos postdelictivos como la reparación y confesión antes aludidos y desplazarlos a una dimensión de la punibilidad más amplia y situada fuera de la teoría del delito como injusto culpable merecedor y necesitado de pena. Una segunda posibilidad es entender incluido bajo ese término también ciertas conductas postconsumativas como la reparación y la confesión que, no formando parte del injusto culpable, sí se vinculan estrechamente con él afectando a su sentido y por tanto pueden ser objeto de consideración en la sentencia. Mi impresión es que esta segunda visión de la teoría del hecho *punible* integra mejor que la primera elementos que sí son relevantes para la correcta atribución de responsabilidad penal, sin caer en la absolutización de lo instrumental, que es el gran peligro que acecha a las consideraciones de necesidad de pena. De forma consecuente con lo acabado de afirmar, todas aquellas circunstancias que afecten a la necesidad de pena pero no puedan vincularse

²⁸ Muy claro, ya, BINDING, *Handbuch des Strafrechts*, 1885, p. 816: ausencia de necesidad de pena. Véase también, FRISCH, «Strafwürdigkeit, Strafbedürftigkeit und Straftatsystem», *GA* 2017, p. 374 s.

²⁹ Lo destaca FRISCH, «Straftat und Straftatsystem», en Wolter, y Freund, (eds.), *Straftat, Strafzumessung und Strafprozess im gesamten Strafrechtssystem*, 1996, p. 209.

con el hecho del autor, sino con otros aspectos o intereses dignos de consideración, no formarán parte de la punibilidad en sentido estricto entendida como punibilidad referida al hecho (p. ej. la prescripción). Sí formarían parte de un entendimiento de la punibilidad en un sentido muy amplio, que no es el aquí seguido, y que encontraría mejor acomodo en una categoría adicional («adecuación de la imposición de pena») que podría aglutinar los presupuestos adicionales para la persecución y castigo estatal.

* * *

Las anteriores consideraciones están cariñosamente dedicadas a Mirentxu Corcoy, de cuya intensa, fructífera y vocacional dedicación a la universidad he podido admirarme tras años de trabajo conjunto. ¡Felicidades Mirentxu!.

EL SIGNIFICADO DE LA VOLUNTAD EN EL DOLO

GABRIEL ROGÉ SUCH*

A Pesar de la extensa y variada cantidad de temas que Corcoy Bidasolo ha trabajado a lo largo de su carrera, debo reconocer que no dudé un segundo en escoger con cuál de ellos podría honrar su trayectoria en este homenaje: una crítica al concepto de la voluntad en la imputación del dolo. Precisamente la profesora Corcoy Bidasolo objeta a este elemento problemas de carácter material, derivados de la necesidad de entrar en la intimidad psíquica del autor, y también problemas formales, provenientes de la prueba de procesos psíquicos¹.

I. INTRODUCCIÓN

En este trabajo pretendo abordar el problema que plantea el concepto de voluntad para la imputación de dolo. Mi propuesta consiste en que los problemas formales y materiales que Corcoy Bidasolo señala para demostrar que dicho término debería ser descartado de la imputación subjetiva, en el fondo, no son más que problemas semánticos.

Para ello, dividiré mi trabajo entre los cuatro argumentos que se han esgrimido en contra de considerar a la voluntad como parte del dolo: El primero

* Investigador y Profesor Asociado en Derecho Penal. Universidad de Barcelona.

¹ CORCOY BIDASOLO, M. *El delito imprudente*, 2.ª ed, Buenos Aires (B de F), 2013, p. 248; CORCOY BIDASOLO, M., *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, Valencia (Tirant lo Blanch), 1999, p. 287; CORCOY BIDASOLO, M., «Concepto dogmático y procesal de dolo. Ignorancia deliberada, confianza irracional y manifiesto desprecio», *DJP*, 4, 2011, p. 10.

de ellos es el que se deriva del propio sistema de la teoría del delito, o de la hipótesis de un derecho ordenado (II); luego, explicaré el argumento que deriva del principio general limitador del ius puniendi que impide castigar a la persona por sus pensamientos (III); a continuación, me dedicaré a los argumentos de índole procesal, esto es, aquellos derivados la imposibilidad de probar la voluntad en el proceso (IV); y finalmente, a los que se refieren a la indeterminación semántica de dicho concepto (V). Hasta donde alcanzo a entender, este último debería ser el argumento principal para desechar de una vez por todas el concepto de voluntad en la imputación subjetiva.

II. ARGUMENTOS SISTEMÁTICOS

Son varios los autores que sostienen que la voluntad no debe formar parte de la categoría de imputación subjetiva. Así, por ejemplo, Mir Puig señalaba que la voluntad se encontraría en la categoría de la acción, puesto que este elemento solo «limita» el ámbito de lo injusto, pero no lo «fundamenta». Esto quiere decir que la voluntad constituye una condición sin la cual nunca podría prohibirse un comportamiento, a diferencia de la función que debería tener si se pretendiera fundamentar el injusto con él. En otras palabras, la voluntad es aquel elemento mínimo para que una conducta sea considerada como objeto de prohibición, pero no es la razón por la cual se castiga con mayor pena. Lo que mueve al legislador a introducir tipos penales no es la voluntad del agente, sino la peligrosidad que entrañan ciertas conductas y, por esta razón, la voluntad no debería formar parte del tipo penal, pero sí de la acción².

En el mismo sentido, la doctrina ha advertido que tampoco el dolo de primer grado se agrava por el hecho de que el sujeto haya tenido una actitud interna hacia el resultado delictivo, sino por el nivel de peligro que entrañaría su conducta. Lo mismo vale para el dolo de consecuencias necesarias, en el que no se requiere la presencia de la voluntad del agente, sino que bastaría con que el sujeto supiese con seguridad que la acción desembocará en el resultado³. Y por último, quienes afirman la presencia de la voluntad en el dolo eventual no les queda otra que extender el concepto hasta admitir que «querer»

² MIR PUIG, S., *Función de la pena y Teoría del Delito en el estado social y democrático de Derecho*, 2.º ed., Barcelona (Casa editorial), 1982, p. 75.

³ CORCOY BIDASOLO, M., «En el límite entre dolo e imprudencia», *ADPCP*, 1985, p. 965; MOLINA FERNÁNDEZ, F., «La cuadratura del dolo», *Libro Homenaje al profesor Rodríguez Mourullo*, España (Civitas), 2005, p. 735; RAGUÉS I VALLÈS R., *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Barcelona (Bosch editor), 1999, p. 157.

equivale a tener una especial relación emocional con el resultado. En este sentido, ya no es la voluntad lo que agravaría esta clase de conductas, sino que serían las propias emociones del sujeto ligadas al resultado: estar de acuerdo, ratificar, resignarse, consentir, aprobar, incluir en sus objetivos, o contar con el resultado⁴.

Todas estas formulaciones, ensayadas para explicar el dolo eventual, tienen un significado diferente al que posee el verbo «querer» o al de «tener la intención». La aprobación no es un estado mental que pueda fortalecerse lentamente hasta convertirse en una voluntad. Que A apruebe la muerte de B o que A quiera la muerte de B son dos cosas diferentes. Además, las expresiones «acordar», «aprobar», «consentir» o estar «de acuerdo» se refieren siempre a la acción de otro. Nadie aprueba o está de acuerdo con su propia acción en el sentido habitual de la palabra. Si A quiere beber una taza de té, no lo consiente. Además, la expresión «resignarse» tiene un matiz fatalista. Uno asume el hecho de que su oponente político gane las elecciones. Pero uno no se resigna a algo que tiene su propia acción⁵. El cuarto argumento que desarrollaré está dirigida a tratar la ambigüedad del concepto de voluntad, por ahora solo pretendo señalar que el dolo eventual tampoco remite estrictamente a la voluntad.

Otro argumento en contra de la voluntad es el que se deriva del tratamiento del error, pues el dolo solo se vería excluido en los supuestos de ausencia de conocimiento y no ante la falta de voluntad. Esto demuestra que tampoco sería necesario este elemento en la definición del dolo. En otras palabras, el Código penal solo contempla expresamente una atenuación de pena por la menor relevancia del injusto cuando falta el elemento intelectual, pero no lo establece en caso de ausencia de un querer⁶.

Además, si se comparte la idea de que el dolo no solo se ubica en el nivel de la tipicidad, sino que además se manifiesta en las causas de justificación y en la imputación personal, no se entiende por qué la voluntad solo sería necesaria en el primero y no en los demás. De otro modo, si solo se exige el conocimiento de los presupuestos objetivos de una causa de justificación y el conocimiento de la prohibición o permisión, entonces ¿por qué exigiríamos voluntad en el tipo?⁷

⁴ ENGISCH, K., *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, 1930, Berlin (Scientia Verlag Aalen), 1964, p. 132.

⁵ KINDHÄUSER, U., «Vorsatz als Zurechnungskriterium», *ZStW*, 96, 1984, p. 23.

⁶ MOLINA FERNÁNDEZ, F., 2005, p. 736; SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, 2.º ed., Buenos aires (B de F), p. 650.

⁷ FELJOO SÁNCHEZ, *Dolo eventual*, Chile (ed. Olejnik), 2018, p. 23-24. SILVA SÁNCHEZ, «Observaciones sobre el conocimiento eventual de la antijuridicidad», *ADPCP*, 1987, pp. 651-652.

III. ARGUMENTOS DERIVADOS DEL *IUS PUNIENDI*

Ahora bien, la segunda objeción se deriva del hecho de que la voluntad aludiría a fenómenos que están ubicados en la vertiente interna o más íntima de las personas⁸, por lo que la búsqueda de la verdad vulneraría su derecho a la intimidad. Esto debe relativizarse, pues al proceso penal ni siquiera le interesa probar la «verdad» de los hechos, sino exclusivamente la obtención de una versión formalizada de ella (verdad procesal) y para ello despliega una serie de prohibiciones destinadas a proteger la esfera personal del acusado durante la fase probatoria⁹.

El argumento por el cual se descarta la voluntad por pertenecer al fuero íntimo de la persona se remonta hasta la revolución francesa. A un estado de derecho solo le resulta legítimo prohibir penalmente aquellos comportamientos externos y no los meros pensamientos. Además, según el principio del hecho, tampoco sería legítimo castigar personalidades, formas de ser o caracteres, como castigaba el «derecho penal de autor» del régimen nacionalsocialista del III Reich¹⁰.

Lo llamativo de esta clase de críticas radica en que el argumento debería valer, en igual medida, tanto para las teorías volitivas como para las cognitivas. Si no puede indagarse en los estados mentales de un agente para fundamentar el castigo, que sea el conocimiento o la voluntad da igual, ya que ambos pondrían en peligro el principio «*cogitationis poenam nemo patitur*» en igual medida.

El peligro de acabar castigando a una persona por el mero pensamiento, de forma desvinculada al hecho mismo, ha llevado a autores como Herzberg y Puppe a trasladar el dolo y la imprudencia al tipo objetivo. Para ellos existen peligros de imprudencia (*Fahrlässigkeitgefahren*) y peligros de dolo (*Vorsatzgefahren*). En esta línea, Puppe señala que tanto las teorías de la representación como de la voluntad adolecen del mismo defecto básico: se involucran en la cuestión de cómo el autor procesa psicológicamente la decisión errónea de un conflicto entre su deseo y la integridad ajena jurídicamente protegida. Sin embargo, esto es un asunto interno de la persona que no concierne en absoluto al derecho. Lo que debería interesarle no consiste en averiguar si efectivamente el sujeto había consentido o reprimido la lesión o la puesta en peligro de un bien jurídico, sino solo si su

⁸ HASSEMER, W., *Persona mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en derecho penal*, Bogotá (Temis), 1999, p. 67; RAGUÉS I VALLÈS, R., 1999, p. 120.

⁹ HASSEMER, W., *Fundamentos del Derecho Penal*, Barcelona (Bosch), 1984, pp. 182-191.

¹⁰ MIR PUIG, S., *DPPG*, 10.ª edición, Barcelona (Repertor), 2016, p. 196.

comportamiento, interpretado como el de un ser racional, constituye la exteriorización de dicho consentimiento¹¹.

Entiendo que esta concepción es errónea. No existe una frontera natural entre lo interno y lo externo, en el sentido de que todo aquello que se encuentre detrás de la piel de una persona debería permanecer ajeno al derecho. Los límites dependen, en rigor, de criterios normativos, pues es la sociedad la que fija los límites entre lo privado y lo público. Nótese que, en estrechas relaciones íntimas como las comunidades religiosas, o los estados totalitarios, sí resulta posible realizar reproches a los pensamientos de las personas¹².

En resumen, si lo que está al margen del Derecho se plantea en términos naturales, es decir, entre lo interno y lo externo, entonces tanto la voluntad como el conocimiento vulneran el principio que impide castigar por el pensamiento; pero si se plantea en términos normativos, lo privado/público dependerá de cómo hayan sido configuradas estas esferas por la sociedad.

En un Estado de Derecho que pretende proteger libertades, el control no se ejerce sobre los actos internos o los motivos personales, sino sobre los aspectos externos que, además, resulten ser especialmente perturbadores para la sociedad. Solo así la persona se convierte en deudora de una explicación, en el sentido de que se le impone una interpretación del significado de su conducta que ya no puede reclamar como privada¹³.

Por tanto, si las acciones solo pueden ser explicadas a través de los estados mentales, entonces el estado resulta legitimado para indagar en el grado de conocimiento o de voluntad que habría tenido una persona al realizar su conducta. Si se impidiese indagar sobre estos aspectos, las explicaciones de las conductas solo podrían ser hechas en términos causales e interpretarse como meros movimientos corporales¹⁴.

De hecho, el dilema entre lo público/privado no solo ocurre con el dolo, sino que también ciertos comportamientos externos solo podrían ser explicados a través de estados mentales, como sucede con los actos preparatorios, los delitos contra la seguridad del estado, asociación ilícita, fabricación de moneda falsa, las reglas de la accesoriadad en la participación, etc.

¹¹ PUPPE, I., «Der Vorstellungsinhalt des dolus eventualis», *ZStW*, 103, 1991, pp. 14 ss.

¹² JAKOBS, G., «Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico», en *Estudios de Derecho Penal*, Madrid (Civitas ed.), 1997, pp. 296-297. Por ejemplo, en el decálogo de la iglesia cristiana, «no desearás la mujer de tu prójimo», o «no codiciarás bienes ajenos».

¹³ JAKOBS, G., 1997, p. 301-302.

¹⁴ GONZÁLEZ LAGIER, D., «La prueba de la intención y la explicación de la acción», 2006, ISEGORÍA, núm. 35, p. 180.

IV. ARGUMENTOS DERIVADOS DE LA PRUEBA

La tercera crítica al elemento volitivo se refiere a su imposibilidad de ser probado. Así se ha referido Corcoy Bidasolo cuando afirma que no tendría sentido exigir el «querer» en el concepto de dolo y que luego no pudiera ser probado en juicio. Para ello expone algunas sentencias del Tribunal Supremo en las que pareciera que los magistrados tienden a eludir la necesidad de demostrar el consentimiento y lo sustituyen por una serie de presunciones. Así, por ejemplo, se tiende a castigar por imprudencia cuando el contexto de la acción se desarrolla en ámbitos socialmente adecuados, o a castigar por dolo cuando ocurre en ámbitos antisociales. Además, se suelen calificar como dolosas aquellas conductas que no admiten una infracción imprudente¹⁵.

Precisamente han sido los partidarios de las teorías volitivas quienes primero advirtieron que la clave del problema del dolo no se encuentra en su aspecto conceptual, sino en el procesal. Desde entonces esta tendencia se ha extendido también a los cognitivistas e, incluso, se ha reforzado. La pregunta sobre qué es el dolo y, en especial, qué es el dolo eventual y cómo se distingue conceptualmente de la imprudencia ha sido desplazada por la cuestión sobre qué características, indicios o indicadores reconocibles externamente obligan a constatar la existencia de dolo en un proceso penal¹⁶.

Habría que agregar que las mismas dificultades que supone probar fenómenos internos como la voluntad o el conocimiento, afecta a todos los estados mentales, incluso a otros elementos subjetivos distintos al dolo como, por ejemplo, el ánimo de apropiación, de lucro, el asesinato para facilitar la comisión de un hecho punible, etc.

Cuando nos preguntamos cómo podemos estar seguros de que conocemos o queremos algo, la primera respuesta que solemos dar consiste en afirmar que lo sabemos por «introspección». Cada uno es consciente de lo que conoce o de lo que quiere; pero esto no nos sirve para conocer los estados mentales de los demás, excepto que lo confiesen. Otra manera es acudir a las herramientas que ofrece la «psicología popular», utilizando principios y generalizaciones que permitan vincular los estados mentales de un agente con su conducta, siendo útil tanto para la atribución propia como la de terceros¹⁷.

¹⁵ CORCOY BIDASOLO, M., 2013, p. 276.

¹⁶ PUPPE, I., «Perspectivas conceptuales del dolo eventual», en *El derecho Penal como ciencia*, Buenos Aires (B de F), 2016, p. 292.

¹⁷ PINEDA, D., *La mente humana. Una introducción a la filosofía de la psicología*, Madrid (Cátedra), 2012, pp. 18-24.

Con este panorama, nos encontramos frente a la inaccesibilidad por medio de la «introspección» a los estados mentales de otros y la desconfianza que producen las generalizaciones de la «psicología popular». De hecho, hay quienes expresamente reconocen que la psicología popular resulta insuficiente para la prueba del elemento volitivo y que sería más eficaz acudir a la «psicología científica», pese a que rara vez esta encuentre abiertas las puertas de las Salas de la Justicia¹⁸. Lo que no termina de quedar claro es si existe un concepto de voluntad popular y un concepto de voluntad científico.

Sin embargo, es cierto que la prueba de la voluntad tiene una dificultad superior a la del conocimiento; pero no consiste en el problema de cómo pueden ser probados (pues esta dificultad afecta a ambos por igual), sino en cómo pueden ser falseados. Para explicar esta distinción es preciso acudir a la noción de «dirección de ajuste» que introduce Searle en su obra *Intentionality* (1983). Cada clase de estado mental posee diversas condiciones de satisfacción: las creencias –lo que habitualmente solemos llamar conocimiento en derecho penal– pueden ser correctas o incorrectas; los anhelos o deseos –en este caso, la voluntad– se satisfacen o no; y las intenciones o propósitos se llevan a cabo o no.

Dicho esto, el conocimiento –o una creencia– es exitosa si resulta verdadera y fracasada si resulta falsa o no coincide con el mundo. Por ejemplo, creo que disparando el arma, mato a mi enemigo; pero mi creencia es falsa porque el arma es de juguete. Las condiciones de satisfacción presentan una dirección de ajuste mente-a-mundo, en el sentido de que si un sujeto posee una creencia errónea sobre cómo es el mundo, entonces el sujeto cambiará sus creencias¹⁹. Que una creencia no resulte verdadera es algo que solo puede verificarse públicamente, por ello resulta posible castigar las tentativas.

Por el contrario, la voluntad o el deseo es exitoso si se cumple, y fracasado si no se cumple. Por ejemplo, si mi anhelo es volverme rico, entonces juego a la lotería; pero, si no la ganase, entonces robaré un banco. En este sentido, las condiciones de satisfacción de la voluntad tienen una dirección de ajuste de mundo-a-mente, pues si descubrimos que la voluntad no coincide con el mundo –o un fragmento de él–, no cambiamos nuestro deseo

¹⁸ TORÍO LÓPEZ, A., «Acción peligrosa y dolo», en Jiménez Villarejo, *Elementos Subjetivos de los tipos penales*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid (Consejo General del Poder Judicial), 1994, p. 175. Estudios como los que aporta la «psicología del testimonio» solo se dirigen a constatar la credibilidad de las declaraciones, detectar mentiras, o señalar los móviles que podría tener el declarante para mentir; pero no a detectar si el acusado había querido o no realizar un comportamiento bastante tiempo atrás. Sobre la psicología del testimonio, GORPHE, F., *La crítica del testimonio*, Hammurabi, 2007, pp. 344 ss.

¹⁹ SEARLE, J., *Intencionalidad. Ensayo sobre la filosofía de la mente*, trad. Ujaldón Benítez, 1992, Madrid (Tecnos), p. 26; PINEDA, 2012, p. 49.

o voluntad, sino que cambiamos el mundo de modo que coincida o se ajuste con nuestro deseo²⁰. De esta manera, que la voluntad sea exitosa o no es algo que solo puede ser verificado privadamente y no está a disposición de terceros. Un deseo, un anhelo o una voluntad que no coincidan con el mundo nunca podrían ser castigados.

V. ARGUMENTOS DERIVADOS DE SU SIGNIFICADO

Por último, a diferencia del significado bastante preciso que tiene el «conocimiento», el concepto de «voluntad» plantea problemas semánticos que difícilmente pueden resolverse. En sintonía con este argumento, por ejemplo, para Hruschka la voluntad es un término estéril unido a la idea misma de agente; para Ross la voluntad es una reliquia del antiguo *dolus malus* y su uso una mera palabrería; en tanto que, para Schmidhäuser el concepto nunca fue tomado en serio por la doctrina, siendo inicialmente empleado en un sentido psicológico, pero pronto comenzó a ser modificado para evitar lagunas de punibilidad, hasta crear un concepto exclusivo de carácter jurídico²¹.

Pero aún dentro del ámbito jurídico, los conceptos de voluntario e involuntario continúan siendo bastante ambiguos, dado que se utilizan para referirse a una multiplicidad de circunstancias distintas. Así, por ejemplo, se suele entender por «voluntario» al poder innato que tendría una persona, una determinada facultad de la mente, el dominio o el autogobierno de la propia personalidad u otros aspectos de naturaleza intrínseca, etc. En definitiva, cuando se intenta explicar cualquier operación mental, el concepto de voluntad aparece como un recurso extremadamente sencillo para referirse a una facultad fundamental del agente. Este tipo de respuestas, si bien alivian la curiosidad escudriñadora del investigador común, suele ser engañosa. Sostener que algo ha sido voluntario confiere una peculiar vanidad e indolente sabiduría, sin poner demasiado esfuerzo para dar una mejor explicación. En otras palabras, el concepto de voluntad serviría para explicar muchas cosas, pero nadie parece capaz de explicar qué es²².

Bajo este término se suelen englobar una multiplicidad de fenómenos psicológicos, sin una base empírica, como una forma especial de querer, desear, esforzarse o de sentimientos de tensión y excitación, placer o desagrado, de

²⁰ SEARLE, J., 1992, p. 26; PINEDA, D., 2012, p. 50.

²¹ KINDHÄUSER, U., «Der Vorsatz als Zurechnungskriterium», *ZStW*, 96, 1984, pp. 2-4. KINDHÄUSER, U., *Analytische Strafrechtswissenschaft*, Baden Baden (Nomos), 2021, p. 874.

²² BUCHANAN, J., *The Philosophy of Human Nature*, 1812, Richmond (John A. Grimes), p. 298 ss.

decisión o resolución, combinaciones de creer y querer, de intentar, hasta actividades neuronales que desencadenan contracciones musculares²³.

A causa de esta indeterminación semántica, el término «voluntad» parece capaz de explicar diversas categorías en la teoría del delito. Así, se suele emplear para distinguir entre acciones humanas y meros acontecimientos de la naturaleza o reacciones corporales, como los movimientos reflejos o la fuerza física irresistible; pero también para distinguir entre las conductas dolosas e imprudentes; el desistimiento de la tentativa; la libertad de la voluntad de poder actuar de otro modo, etc.

Pero, incluso en la misma categoría de imputación subjetiva, se suele hablar de voluntad en un sentido fuerte y en uno débil. El primero de ellos, referido a la intención, serviría para negar la existencia del dolo eventual, afirmando que solo deberían contemplarse los casos de intención directa o, a lo sumo, también aquellos casos en los que el autor prevé como seguras las consecuencias de su acción. Por otro lado, quienes conciben a la voluntad en un «sentido débil» lo circunscriben a emociones cercanas a la voluntad, pudiendo así admitir también los casos de dolo eventual²⁴.

Dicho esto, cabe preguntarse si existe un significado original para el término voluntad, o bien, si lo tienen en el ámbito de la psicología, o bien en la filosofía de la mente. La respuesta, sin embargo, debe ser negativa. No existe un significado primigenio u original para la voluntad. El concepto es utilizado para describir una variedad de fenómenos no solo en el lenguaje cotidiano, sino también en el contexto de los psicólogos y los filósofos, y en ninguno de ellos se puede hablar con una mínima nitidez conceptual²⁵.

No obstante, creo que resulta posible hacer al menos dos precisiones sobre el significado de la voluntad: en primer lugar, que tradicionalmente se entiende como un fenómeno de la mente capaz de movilizar a las personas; y en segundo, que normativamente el concepto tiene un campo semántico –innecesariamente– mucho más amplio del que utilizamos cotidianamente.

a) *El significado tradicional de voluntad como fenómeno movilizador del agente.*

El concepto de voluntad puede rastrearse muy remotamente en el siglo IV a. C., en la *Ética a Nicómaco* de Aristóteles, obra en la que puede

²³ STUCKENBERG, C. F., *Vorstudien zu Vorsatz und Irrtum im Völkerstrafrecht*, Berlin (De Gruyter), 2007, p. 213.

²⁴ PÉREZ BARBERÁ, G., *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*, Buenos Aires (Hammurabi), p. 169-185.

²⁵ STUCKENBERG, CF., 2007, p. 210.

advertirse ya sobre la ambigüedad del término. Este autor consideraba voluntarios a aquellos actos originados por obra de los agentes y, por esta razón, era posible realizar elogios o censuras sobre los mismos, en tanto que, los involuntarios solo podían ser objeto de indulgencia o compasión. El concepto de voluntad no estaba referido a nada de carácter mental, sino al hecho de que la conducta había sido iniciada por un agente. De esta manera, aquellos actos realizados por influencia de una fuerza ajena o con ignorancia debían ser considerados comportamientos involuntarios, en la medida en que simplemente no habían tenido su origen en la obra del agente²⁶.

Esta definición bastante sencilla enfrentó a Aristóteles con la necesidad de resolver ciertos casos difíciles, a los que denominó «mixtos», por ejemplo, supuestos realizados ante el miedo de sufrir un mal mayor, como cuando una persona arrojaba la carga al mar para salvar su vida de las tempestades. Estos supuestos representaban casos dudosos para él porque, si bien habían nacido en el propio sujeto, nadie elegiría realizar dichos actos, ya que en general suelen poner en tensión excesiva la propia naturaleza humana del agente, volviendo insostenible tener que realizarlos²⁷.

Siguiendo a Aristóteles, Tomás de Aquino ofreció en el siglo XIII una definición de voluntad en su *Suma Teológica*, vinculada a una corriente metafísica que entiende a la voluntad como una facultad del intelecto con una dignidad superior. En este sentido, sostuvo que la voluntad era una fuerza inmaterial que se correspondía con la naturaleza de los hombres y que, por esta misma razón, solo podía estar orientada hacia el bien común. La voluntad sería una fuerza latente en la esencia de los sujetos que no siempre se traducía en actos²⁸. La voluntad tampoco hacía referencia a un estado mental, sino una fuerza espiritual que trascendía a los sujetos y los orientaba siempre hacia el bien.

Por su parte, Kant también defendió una concepción especulativa de la voluntad en su *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* (publicada en el año 1785) al considerarla como un principio trascendental a todos los

²⁶ ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, 1110a, trad. por Calvo Martínez, Madrid (Alianza Editorial), 2001. Esta concepción es criticada porque confunde el hecho de «iniciar algo» intencionadamente con «hacer algo de forma intencionada». Un sujeto podría empezar a actuar de manera intencionada y terminarlo de forma automática. Por ejemplo, uno podría preguntarse ¿cómo he llegado a casa?, ¿qué ruta he tomado? Y responderse que no tiene idea. Del mismo modo, puedo empezar algo sin quererlo realmente y luego decidir seguir, como cuando las razones por las que uno comenzó a hacer una determinada actividad cambian y continúa haciéndola. Por ejemplo, comenzar a hacer golpecitos con los pies al ritmo de la música y continuar haciéndolo por diversión. SETIYA, *Reasons without rationalism*, 2007, Princeton NJ (Princeton University Press), pp. 57-57.

²⁷ ARISTÓTELES, 2001, 1110b.

²⁸ AQUINO, *La suma Teológica*, t. II, cuestión 10, artículo a), trad. por Martínez Casado, Madrid (Biblioteca de Autores Cristianos), 1993.

seres humanos. Para él, la voluntad debía ser entendida como un motor de la acción que solo podía verse amenazada o limitada por la causalidad natural, propia del mundo empírico. En este sentido, el impulso de la libertad podía verse limitado por dos formas: 1.º) por una necesidad incondicional absoluta que excluiría cualquier clase de posibilidad; y 2.º) por determinadas eventualidades que podían llevar al sujeto a tener que elegir entre algunas posibilidades alternativas en su autodeterminación²⁹.

En el pensamiento de Kant aparece mejor explicitada la vinculación (círculo vicioso según el autor) que existiría entre la libertad, la autonomía de la voluntad y las leyes morales. En este sentido, la libertad no estaría referida a la capacidad de elegir, ni a los estados mentales, sino que se trataría de la espontaneidad de la razón, una característica moral que se encuentra ligada a su propia racionalidad y que pertenecería al mundo de lo inteligible. Por ello, desde su concepción, solo existiría un «querer racional» atribuible de manera independiente a cualquier otra volición contingente, inclinaciones o, incluso, apetencias. Y al entrar en contacto con el mundo de lo sensible, la voluntad dejaría de darse su propia ley y se transformaba en algo instrumental. La voluntad, en tanto razón trascendental, se erige como un principio práctico de autonomía de la voluntad que dependía de leyes empíricas³⁰.

Esta concepción metafísica de voluntad fue adoptada también por juristas. Por ejemplo, Hruschka recoge la idea kantiana de voluntad ligada al concepto de libertad y, tomando la diferencia de los términos *Wille* y *Wunsch* del idioma alemán, distingue entre dos sentidos de voluntad en la teoría del delito: 1.º) los actos con volición –willentlich– se refieren a aquellos actos realizados libremente que permiten imputar un suceso o inactividad como la realización u omisión de una acción; y 2.º) los actos realizados voluntariamente –freiwillig– se refieren a aquellas acciones que pueden ser imputadas a la culpabilidad³¹.

Tomando estos dos sentidos de voluntad, Hruschka distingue entre actos sin voluntad –willentlich–, como cuando se actúa por influencia de fuerza física irresistible o cuando se desconocen las circunstancias relevantes del hecho;

²⁹ KANT, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, trad. por García Morente, Madrid (Tecnos), 2005, IV:406. En el pensamiento Kantiano, el concepto de voluntad se encuentra ligado al de libertad, por esto se oponen libertad y necesidad, pues lo necesario no opera con posibilidades, sino en una sola dirección. Lo sigue, ENGISCH, K., *La teoría de la libertad de la voluntad en la actual doctrina filosófica del derecho penal* (1965), trad. Guzmán Dalbora, Buenos Aires (B de F), 2006, p. 54.

³⁰ Cfr. KANT, 2005, IV:453-455.

³¹ HRUSCHKA, J., *Imputación y Derecho Penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*, Pamplona (Aranzadi), 2005, pp. 224-227.

y sin voluntariedad –freiwillig–, como cuando se lo hace en estado de necesidad o desconociendo la norma que pretendía motivar su conducta.

b) *El significado psicológico y el normativo de voluntad.*

Por otro lado, si se presta atención al sentido original con el que aparece el dolo en el Derecho romano³², repararemos que en el comienzo se lo identificaba únicamente con la intención, o mejor aún, con la mala intención o malicia de realización del hecho ilícito. Fue a partir de las dificultades probatorias, como de la necesidad de dar una respuesta adecuada a los supuestos de conductas voluntarias que superaban aquello que inicialmente había perseguido el autor, lo que llevó a numerosas fórmulas que, poco a poco, fueron socavando su significado primigenio³³.

En otras palabras, ha ocurrido que los juristas han tomado el concepto de «voluntad» del lenguaje cotidiano y han ido ampliando su significado hasta poder abarcar en él todos los casos que merecen una pena mayor a la prevista para los delitos imprudentes. Esto quiere decir que ha sido la práctica discursiva de atribución de responsabilidades la que ha provocado una sobrecarga semántica del término voluntad³⁴. Al punto de que hoy parece que contamos, por un lado, con un concepto cotidiano o psicológico de voluntad y, por el otro, con uno normativo.

En un sentido descriptivo-psicológico, la expresión «el autor quiso el resultado» significa que él lo buscó a propósito, es decir que ha actuado tendiendo a ese fin. Este es el caso no solo de cuando lo ha pretendido porque le era deseable como tal, sino también cuando lo ha empleado como medio para otros fines deseados. En el último caso, la persona deseaba el resultado al menos como medio para sus otros fines y, por ello, podemos decir que lo había valorado también positivamente. En este sentido, el predicado «querido» es idéntico al predicado «a propósito»³⁵.

³² Véase el conocido rescripto del emperador Adriano (117-118): «In maleficiis voluntas spectatur, non exitus» (Dig. 48, 8, 14).

³³ LAURENZO COPELLO, P., *Dolo y Conocimiento*, Valencia (Tirant lo Blanch), 1999, pp. 27-30; RAGUÉS I VALLÈS, R., *La ignorancia deliberada en el derecho penal*, Barcelona (Atelier), 2007, p. 194; y en particular, JÍMENEZ DE ASÚA, L., *Tratado de Derecho Penal*, t. II, Buenos Aires (Losada), p. 25, donde explica que los prácticos italianos acudieron a una progresiva ampliación del dolo porque no contaban con un concepto lo suficientemente desarrollado como para captar aquellos supuestos que escapaban a la pura intencionalidad del agente.

³⁴ STUCKENBERG, C. F., 2007, p. 209; RAGUÉS I VALLÈS, R., 1999, p. 53.

³⁵ PUPPE, I., *NK-StGB*, 5.ª ed., 2017, § 15, núm. m. 23. La sigue GRECO, L. «Dolo sin voluntad», *Revista Nuevo Foro Penal*, vol. 13, núm. 88, Medellín, 2017, pp. 12-14.

Por otro lado, en un sentido de imputación normativa, la frase «el autor quiso el resultado» significa que, para poder desgravarse de responsabilidad, no le bastaría con que el sujeto invocara que no quería el resultado en un sentido psicológico, es decir, que no lo había buscado a propósito. El concepto de dolo comprende más casos que los contemplados dentro del campo semántico de voluntad como propósito o intención, por ejemplo, aquellos en los que alguien hiciera explotar con una bomba el avión donde viaja su adversario político, aunque no haya tenido el propósito de matar a los acompañantes de este³⁶. La pregunta es ¿qué otro estado mental, distinto al propósito o intención, permitiría explicar el mayor castigo doloso? Y con mayor razón, ¿es conveniente seguir ampliando el concepto de voluntad?

De manera un poco descuidada, la doctrina mayoritaria entiende que la voluntad normativa equivale a una decisión en favor de la posible lesión del bien jurídico³⁷. Sin embargo, lo curioso es que una «decisión» no es un estado mental, sino una explicación de la conducta a través de estados mentales. Uno se decide porque cree, desea, tiene una intención, etc., pero el concepto de decisión no permite explicar por sí solo una conducta.

En este sentido, por ejemplo, explica Pérez Manzano que la decisión abarca no solo la representación correcta del peligro que genera una conducta, sino también la voluntad de realizar una conducta capaz de conducir a un resultado, e incluso la confianza infundada en las posibilidades de evitación del resultado³⁸. En definitiva, decir llanamente que dolo equivale a decisión contra el bien jurídico, sin explicar qué estados mentales son lo que permiten hablar de una decisión, supone no hacerse cargo de definir el dolo. Tampoco tiene mucho sentido equiparar «voluntad normativa» y «decisión» si no se explica por qué ciertos estados mentales sí y por qué otros no pueden ser suficientes para imputar dolo.

En otras palabras, la teoría de la decisión explica las conductas ajenas con base en criterios de mínima racionalidad, a la que subyacen las creencias, deseos y otras actitudes relevantes al momento en que el agente realiza determinadas elecciones. Lo que se analiza cuando hablamos de «decisión» es cómo los estados mentales se cohesionan entre sí para realizar una elección, pero deja

³⁶ PUPPE, I., *NK-StGB* § 15 núm. m. 24.

³⁷ ROXIN, y GRECO, AT. 2020, § 12 núm. m.21; HASSEMER, W., «Los elementos característicos del dolo», *ADPCP*, tomo 43, 1990, p. 918 y ss; PÉREZ MANZANO, «Elemento volitivo del dolo, responsabilidad por el hecho y responsabilidad subjetiva» en *VVAA, Libro Homenaje al prof. Luzón Peña*, Madrid (Reus), 2020, pp. 339-350.

³⁸ PÉREZ MANZANO, M., 2020, pp. 339-350.

de lado las cuestiones sustanciales sobre si son las creencias, los deseos o las intenciones las que permiten fundamentar el reproche doloso³⁹.

Por tanto, resulta difícil sostener que existe un concepto psicológico y otro normativo de voluntad. Tampoco que voluntad normativa equivale a la decisión contra el bien jurídico, si no se justifica por qué ciertos estados mentales permiten explicar que se trata de una decisión. En definitiva, el concepto de voluntad debería ser desterrado definitivamente como criterio para imputar dolo, pues semánticamente son más precisos otros estados mentales.

V. CONCLUSIONES

Si en las últimas décadas se ha venido experimentando una cierta reticencia a la inclusión de la voluntad en el dolo, no se debe a la imposibilidad de probarlo, o al hecho de invadir el derecho a la intimidad que gozarían los pensamientos, sino, principalmente, a su significado ambiguo, que aún permanece bastante ligado a una concepción metafísica.

El concepto «voluntad» tradicionalmente no se ha utilizado para referirse a un determinado estado mental, sino a una cuestión trascendental vinculada a la naturaleza de las personas, como haber sido originado por obra de los agentes, a la idea de fuerza inmaterial, o directamente vinculada a la espontaneidad de la razón. Así explicada, la voluntad no puede servir de base para la imputación de responsabilidad penal, sino que únicamente el estudio de los estados mentales desarrollados en la filosofía de la mente puede explicar por qué consideramos ciertas conductas como dolosas.

³⁹ STEELE / STEFÁNSSON, «Decision Theory», The Stanford Encyclopedia of Philosophy, Winter 2020 Edition.

LOS DIFERENTES GRADOS DE EXPOSICIÓN AL PELIGRO DE UN BIEN JURÍDICO. BREVES CONSIDERACIONES SOBRE LOS DELITOS DE PELIGRO INDIRECTO

IVAN SALVADORI*

I. INTRODUCCIÓN

Para la doctrina mayoritaria, ya sea de lengua italiana o española, el derecho penal debe castigar únicamente los hechos que supongan una lesión efectiva o un peligro para un bien jurídico, tomado como objeto de protección penal¹. A una conclusión similar ha llegado un importante sector del derecho penal anglosajón².

* Investigador de Derecho Penal y de *International Criminal Law* en el Departamento de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Verona.

¹ Sobre la protección de los bienes jurídicos como finalidad del derecho penal véase, para todo, además del clásico trabajo de BRICOLA, F., «Teoria generale», en *Novissimo Digesto italiano*, XIX, Turín, 1973, p. 5 s., p. 14 s., p. 82 s.; STELLA, F., «La teoria del bene giuridico e i cd. fatti inoffensivi conformi al tipo», en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, p. 3 s., p. 35 s.; MANTOVANI, F., «Il principio di offensività del reato nella Costituzione», en AAVV, *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale. Scritti in onore di Costantino Mortati*, Milán, 1977, p. 477 s.; PULITANÒ, D., «Offensività del reato (principio di)», en *Enciclopedia del diritto. Annali*, vol. 8, Milán, 2015, p. 665 s.; FIANDACA, G., *Il «bene giuridico» come problema teorico e come criterio di politica criminale*, id., p. 3 s.; DONINI, M., «Prospettive europee del principio di offensività», en Cadoppi, A. (ed.), *Verso un codice penale modello per l'Europa. Offensività e colpevolezza*, Padua, 2002, p. 109 s.; el mismo., «Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei», en *Dir. pen. cont.-Riv. Trim.*, 2014, núm. 4, p. 4 s.; VMANES, V., *Il principio di offensività. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Turín, 2005, *passim*. Sobre el principio de lesividad en la manualística española, baste con remitir a GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Derecho penal. Introducción*, Madrid, 2000, p. 40 s.; MUÑOZ CONDE, F., y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal*, PG, 7.ª ed., Valencia, 2007, p. 58 s.; MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte general*, 10.ª ed., Barcelona, 2016, p. 129 s.

² ASHWORTH, A., y HORDER, J. *Principles of Criminal Law*, 7.ª ed., Oxford, 2013, p. 28; y, en particular, HUSAK, D. N., «The Nature and Justifiability of Nonconsummate Offenses», en 37 *Arizona L. Rev.*, 1995, p. 151 s., pp. 163-164; El mismo., «Reasonable Risk Creation and Overinclusive Legislation»,

En el núcleo de un derecho penal basado en la protección de los bienes jurídicos se encuentran los delitos de lesión, los cuales implican el menoscabo efectivo de un interés jurídico³. A estos se añaden los delitos de peligro abstracto y de peligro concreto, que se sitúan en una fase denominada *prelesiva*, puesto que solo ponen en peligro el bien protegido por la norma incriminadora⁴.

En una brillante monografía dedicada a los delitos de peligro y a la protección de bienes jurídicos supraindividuales, la colega y amiga Mirentxu Corcoy, a quien honramos con estos textos, determinó con la claridad que ha caracterizado toda su extensa producción científica las correlaciones entre la estructura de peligro del hecho constitutivo de delito y la naturaleza del bien jurídico objeto de protección, y estableció así mismo las condiciones y los límites de la legitimidad de recurrir a esta peculiar técnica de anticipación de la protección penal⁵.

Para rendir homenaje a Mirentxu Corcoy, a la que me une una deuda de gratitud no solo académica, sino también personal y con la que tuve el placer de trabajar durante un largo e inolvidable periodo de investigación en el Departamento de Derecho Penal y Ciencias Penales de la Universidad de Barcelona (UB), del que ha sido, como también el llorado maestro Santiago Mir, directora durante muchos años, expondré en esta breve contribución algunas consideraciones sobre los delitos de peligro indirecto. Se trata de un peculiar grupo de ilícitos de peligro que, salvo algunas excepciones⁶, aún no ha sido tratado por la doctrina como categoría dogmática autónoma.

Tras una breve alusión a los diferentes grados de exposición a peligro a los que puede estar sometido un bien jurídico (apartado II), se procederá a definir los delitos de peligro indirecto, poniendo de relieve, mediante la referencia a algunos casos emblemáticos contemplados en el Código Penal italiano (CPI), los rasgos que los distinguen de los tradicionales delitos de peligro abstracto

en 1 *Buff. Crim. L. Rev.*, 1998, p. 599 s.; DUFF, R. A., «Criminalizing Endangerment», en 65 *Louis. L. Rev.*, 2005, p. 941 s., pp. 954-957; SIMESTER A. P., y VON HIRSCH, A., «Remote Harms and Non-constitutive Crimes», en *Crim. Just. Ethics*, vol. 28, 2009, p. 89 s.

³ ANGIONI, F., *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milán, 1983, pp. 176-177; MARINUCCI, G., y DOLCINI, E., *Corso di diritto penale*, Milán, 2001, p. 560.

⁴ PARODI GIUSINO, M., *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, Milán, 1990; GRASSO, G., «L'anticipazione della tutela penale: i reati di pericolo e di attentato», en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, p. 689 s.; en la doctrina española MATA Y MARTÍN, R. M., *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, Granada, 1997; MENDOZA BURGO, B., *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*, Granada, 2001.

⁵ CORCOY BIDAÑO, M., *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, Valencia, 1999.

⁶ MARINUCCI, B., y DOLCINI, E., *Corso*, cit., p. 592 s.; G. DE VERO, *Corso*, cit., p. 142 s.

y de peligro concreto (apartado III). Como conclusión, se comprobará la compatibilidad de los delitos de peligro indirecto con los principios penales fundamentales de proporcionalidad y lesividad (apartado IV).

II. LOS DIFERENTES GRADOS DE EXPOSICIÓN A PELIGRO DE UN BIEN JURÍDICO

En la doctrina se suelen distinguir los delitos de peligro abstracto de los delitos de peligro concreto dependiendo de si la valoración sobre el peligro para un bien jurídico se formula directamente por la norma incriminadora o si remite a ella el legislador para su estimación por parte del juez⁷.

En los delitos de peligro concreto, el peligro es concebido como una probabilidad importante de que se produzca una lesión efectiva de un bien jurídico y representa un elemento constitutivo del hecho jurídico. Por consiguiente, corresponde al órgano jurisdiccional determinar la existencia del peligro sobre la base de las circunstancias concretas de cada caso y según un juicio *ex ante a base parziale*⁸.

Como ejemplo paradigmático del delito de peligro concreto, considérese el delito de estragos contemplado en el artículo 422 CPI, el cual requiere para su cumplimiento la realización de actos que puedan poner en peligro la seguridad pública⁹. Una estructura similar tiene el delito de estragos previsto en el artículo 346, párr. 1 del Código Penal español, para cuya consumación es necesario que la conducta tipificada derive en un peligro concreto para la vida o la integridad de las personas¹⁰.

⁷ PARODI GIUSINO, M., *I reati di pericolo*, cit. en manuales, v. por todos FIANDACA, G., y MUSCO, E., *Dir. pen.*, PG, Bologna, 8.ª ed., 2019, p. 218 s.; MANTOVANI, F., *Dir. pen.*, PG, 11.ª ed., Milán, 2020, p. 221 s.; PALAZZO, F., *Corso di diritto penale*, PG, 8.ª ed., Turín, 2021, p. 68 s.; FIORE, C., y FIORE, S., *Dir. pen.*, PG, 6.ª ed., Milán, 2020, p. 198 s.

⁸ GRASSO, G. *L'anticipazione della tutela penale*, cit., p. 700 s.; a favor de un juicio *ex ante a base totale*, ANGIONI, F., *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale. La struttura oggettiva*, 2.ª ed., Milán, 1994, p. 302 s., *passim*. (Nota: en la discusión italiana se alude a un juicio «*ex ante a base parziale*» para aludir a los supuestos en los que se valoran únicamente las circunstancias conocidas o cognoscibles al momento de la acción; mientras que se alude a un juicio «*ex ante a base totale*» para referirse a los casos en los que hay que analizar todas las circunstancias concurrentes al momento del hecho, incluso aunque se conocieran en un momento posterior». Por la dificultad de encontrar un término equivalente se mantiene la expresión original en cursiva).

⁹ Sobre este tema, véanse las observaciones de VANNINI, O., «Il delitto di strage nell' artículo 422 c.p.», en *Riv. pen.*, 1932, p. 1446 s.; BAFFI, E., voz «Stage», en *Enc. dir.*, XLIII, Milán, 2001, p. 1131 s.; RAMPIONI, R., voz «Stage», in *Enc. Giur. Treccani*, XXX, Roma, 1993, p. 1 s.

¹⁰ Sobre este punto, véase SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L., «El delito de estragos en el código penal», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 4, 1994, p. 881 s.; GUTIÉRREZ

No obstante, hay que decir que un delito de peligro concreto puede producirse también aunque la norma incriminadora no contemple de manera expresa el peligro entre sus elementos constitutivos¹¹. Es el caso, por ejemplo, del delito de envenenamiento de aguas o de sustancias alimentarias antes de que hayan sido obtenidas o distribuidas para su consumo, que está contemplado en el artículo 439 CPI. Aunque la norma incriminadora no hace referencia expresa a un peligro para la salud pública, al contrario de lo previsto para el delito posterior en el siguiente artículo, el 440, es indudable que, dada la importancia semántica del concepto de *envenenamiento*, el peligro es un elemento implícito del hecho que contribuye a constituir el delito¹².

En cambio, en los delitos de peligro abstracto se presume, sobre la base de las reglas de la experiencia, que en la realización de una determinada conducta surgirá el peligro para el bien jurídico protegido. Por lo tanto, el peligro no está previsto como elemento explícito de la norma incriminadora y el legislador se limita a castigar conductas que considera típicas o generalmente peligrosas, con independencia de las circunstancias del caso concreto¹³. Esto ocurre, por ejemplo, en el caso del delito contemplado en el artículo 588, párr. 1 CPI, para cuya configuración es suficiente el mero hecho de participar en una riña¹⁴.

Sin embargo, un análisis más atento de la estructura normativa de los delitos de peligro revela que la rígida dicotomía entre peligro abstracto y peligro concreto no permite la inclusión de un abanico más amplio de casos que presenten un potencial o un nivel de peligro diferente para el bien protegido¹⁵.

CASTAÑEDA, A., «Consideraciones sobre el delito de estragos en el Código penal de 1995», en *Cuadernos de política criminal*, núm. 103, 2011, p. 193 s.

¹¹ Cfr. MARINUCCI, G.; DOLCINI, E., y GATTA, G. L., *Manuale di diritto penale*, PG, 7.^a ed., Milán, 2018, p. 248; PULITANÒ, D., *Dir. pen.*, PG, 9.^a ed., Turín, 2021, p. 178.

¹² Cfr. ASSUMMA, B., voz «Avvelenamento, adulterazione o contraffazione in danno della salute pubblica», en *Dig. disc. pen.*, I, Turín, 1970, p. 391 s., p. 393; PULITANÒ, D., *Dir. pen.*, PG, cit., p. 178.

¹³ En este sentido, véase M. GALLO, «I reati di pericolo», en *Foro pen.*, 1969, p. 1 s., p. 1; GRASSO G., «L'anticipazione della tutela penale: i reati di pericolo e di attentato», en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, p. 689 s., p. 697.

¹⁴ En sentido contrario GALLO, E., *Riflessioni sui reati di pericolo*, Padua, 1970, p. 41, según el cual, debería determinarse el peligro para la seguridad pública en todo caso. Sobre el delito de riña, véase en general PANNAIN, R., voz «Rissa», en *Nov. dig. it.*, XVI, Turín, 1969, p. 157 s.; P. M. QUARTA, voz «Rissa», en *Enc. dir.*, XL, Milán, 1989, p. 1336 s.

¹⁵ Cfr. ANGIONI, F., *Contenuto e funzioni*, cit., p. 108; PEDRAZZI, C., *Problemi del delitto di aggravinggio*, Milán, 1958, p. 46; MARINUCCI, G., *Il diritto penale dei marchi*, Milán, 1962, p. 80 s.; VASSALLI, G., «Considerazioni sul principio di offensività», en Latagliata, A. R., y Rosso, G. (eds.), *Scritti in memoria di Ugo Pioletti*, Milán, 1982, p. 615 s., p. 651 s.; DONINI, M., «Selettività e paradigmi della teoria del reato», en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 338 s., p. 373 s.; y, en especial, El mismo., «Modelli di illecito penale minore. Un contributo alla riforma dei reati di pericolo contro la salute pubblica», en Donini M., y Castronuovo, D., (eds.), *La riforma dei reati contro la salute pubblica. Sicurezza del lavoro, sicurezza alimentare, sicurezza dei prodotti*, Padua, 2007, p. 201 s., p. 272, nota 146, p. 276, nota 161.

Así pues, sobre la base de los diferentes umbrales de peligrosidad, más o menos cercanos a la aparición de un daño, un sector de la doctrina ha identificado figuras intermedias o mixtas entre las de peligro abstracto y peligro concreto¹⁶, por lo que el rígido esquema que distingue el peligro abstracto del concreto debería quedar superado para dar cabida a una categoría «híbrida» de delitos de peligro abstracto-concreto (también llamados «de idoneidad»), así como de delitos de peligro presunto en sentido estricto¹⁷. Pero también deben añadirse a estos los delitos que implican la puesta en peligro menos inmediata o solo *indirecta* de un determinado bien jurídico¹⁸.

III. LOS DELITOS DE PELIGRO INDIRECTO

Los legisladores penalizan con mucha frecuencia conductas que generan el peligro, no ya de una lesión efectiva de un bien jurídico, sino solo de una situación *indirectamente peligrosa*, es decir, «el peligro de que se produzcan hechos directamente peligrosos para el propio bien»¹⁹.

En determinadas circunstancias, una conducta puede dar lugar a «un evento de peligro (próximo) del que puede derivarse otro peligro (remoto)» para un bien jurídico²⁰. Se trata, en este sentido, de delitos de peligro indirecto, que castigan el mero «peligro de un peligro» para el interés jurídico objeto de protección penal²¹.

La categoría dogmática de los delitos de peligro indirecto es reconocida también por un acreditado sector del derecho penal de lengua inglesa²².

¹⁶ Sobre los límites de la tradicional bipartición entre delitos de peligro abstracto y concreto, véase DONINI, M., *Teoria del reato. Una introduzione*, Padua, 1996, p. 177, nota 132; G. AZZALI, «Osservazioni sui reati di pericolo», en Dolcini, E., y Paliero, C. E. (eds.), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, II, *Teoria della pena, teoria del reato*, Milán, 2006, p. 1335 s., p. 1337 s.

¹⁷ Sobre la distinción entre delitos de peligro abstracto y presunto, véase, aunque con diferentes matices, VASSALLI, G., «Considerazioni sul principio di offensività», en Latagliata, A. R., y G. Rosso (eds.), *Scritti in memoria di Ugo Pioletti*, Milán 1982, p. 615 s., p. 650 s.; ANGIONI, F., *Contenuto e funzioni*, cit., p. 109; PARODI GIUSINO, M., *I reati di pericolo*, cit., p. 281 s., pp. 282-284.

¹⁸ Cfr. VASSALLI, G., *Considerazioni*, cit., p. 653; F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni*, cit., p. 176 s.; PADOVANI, T., «La scelta delle sanzioni in rapporto alla natura degli interessi tutelati», en AAVV, *Beni e tecniche della tutela penale. Materiali per la riforma del codice*, Milán 1987, p. 90 s., p. 94.

¹⁹ Así MANZINI, V., *Trattato di diritto penale italiano*, I, 2.ª ed., Turín, 1920, p. 686.

²⁰ Así GRISPIGNI, F., *Diritto penale italiano. La struttura della fattispecie legale oggettiva*, 2.ª ed., Milán, 1952, p. 77. Sobre el concepto de *peligro de un peligro* como «posibilidad o probabilidad de un peligro», véase también ROCCO, A., *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale. Contributo alle teorie generali del reato e della pena*, Milán, 1913, p. 312.

²¹ GRISPIGNI, F., *Diritto penale italiano*, II, cit., p. 77. Por otra parte, de los delitos de peligro posible habla ANTOLISEI, F., *L'azione e l'evento nel reato*, Milán 1928, p. 140 s.

²² Sobre los llamados *indirect endangerment offences* véase DUFF, R. A., *Criminalizing Endangerment*, cit., p. 963 s.; El mismo., *Answering for Crime*, cit., pp. 163-166; HUSAK, D. N., *Overcriminaliza-*

Son evidentes las diferencias entre los delitos de peligro indirecto y los delitos de peligro abstracto. Con respecto a estos últimos, el vínculo con el bien jurídico protegido es siempre directo²³. Se trata, por ejemplo, de la infracción de la conducción bajo los efectos del alcohol, contemplada en el artículo 186 del Decreto Legislativo núm. 285, de 30 de abril de 1992 (el Código de la Circulación italiano). La persona que conduce en estado de embriaguez con un tasa de alcohol en sangre superior a un determinado umbral establecido por el legislador pone en peligro *directo*, con su conducta, la seguridad vial y la seguridad de los usuarios de la carretera, sin necesidad de que se produzca un hecho posterior. La conducción bajo los efectos de sustancias alcohólicas es, por lo tanto, un hecho de peligro abstracto para la seguridad vial, aunque en el caso concreto no se haya puesto en peligro la seguridad de ninguna persona.

En los delitos de peligro indirecto, el vínculo entre el hecho peligroso y el bien tutelado es, por el contrario, *indirecto*, por lo que debe verificarse necesariamente una ulterior *conducta intermedia* (o *mediata*) para que la conducta de peligro *indirecto* esté relacionada con el futuro hecho lesivo²⁴.

En los delitos de peligro indirecto, la probabilidad de que la conducta tipificada por la norma incriminadora provoque una lesión efectiva para un bien disminuye de manera considerable, dado que el peligro para un determinado bien objeto de protección penal no se deriva del hecho en sí, sino de una (posible) conducta ilícita *posterior* (lo que se conoce como *novus actus interveniens*) por parte del sujeto activo, de la propia víctima o de un tercero²⁵. En este sentido, el sujeto activo siempre puede cambiar de idea y renunciar a poner en práctica la futura conducta lesiva; lo mismo puede suceder por parte de la víctima o del tercero, quienes también pueden evitar la realización del acto o la conducta posteriores con que se materializa efectivamente el peligro *directo* para el bien jurídico objeto de tutela penal.

En la categoría de los delitos de peligro indirecto es preciso incluir numerosas normas incriminadoras que protegen los bienes jurídicos supraindividuales. Ejemplos típicos se encuentran entre los delitos contra la per-

tion, cit., p. 40; BAKER, D. J., *The Right Not to Be Criminalized. Demarcating Criminal Law's Authority*, Farnham, 2011, p. 132 s.

²³ ANGIONI, F., *Contenuto e funzioni*, cit., p. 180; en el mismo sentido, CANESTRARI, S., voz «Reato di pericolo», en *Enc. giur.* Treccani, XXVI, Roma 2001, p. 1 s., p. 7.

²⁴ Dado un determinado supuesto de hecho X (hecho típico), es *probable* que pueda producirse el hecho Y (evento intermedio), del cual puede derivarse el evento Z (lesión efectiva o puesta en peligro del bien tutelado).

²⁵ DUFF, R. A., *Criminalizing Endangerment*, cit., p. 963. En la doctrina italiana, véase ANGIONI, F., *Contenuto e funzioni*, cit., p. 179.

sonalidad del Estado (p. ej., art. 270 ter, 270 quinquies, 302 y 307 CPI), la seguridad pública (p. ej., art. 427, 429, párr. 1 y 431, párr. 1 CPI) o la fe pública (art. 460, 461 y 472 CPI).

También se configura siguiendo el esquema de los delitos de peligro indirecto el artículo 424, párr. 1 CPI, que castiga el hecho de prender fuego a una cosa propia o ajena si de tal hecho surge el *peligro* de un incendio, que a su vez constituye una situación de *peligro* para la integridad física de un número indeterminado de personas.

En ciertos casos, el legislador llega al punto de castigar el *peligro de peligro de peligro* para un bien jurídico. Este es el caso del artículo 461 CPI. La mera fabricación de instrumentos o programas informáticos destinados a la falsificación de papeles filigranados (o marcas de agua^{26*}) crea el *peligro* de que esos objetos se empleen en la posterior falsificación del papeles filigranados, y, por consiguiente, crea el peligro de que estos se utilicen, a su vez, para la falsificación de papel de sello o de papeles timbrados, creando así el peligro de su puesta en circulación, solo después de la cual se produciría la lesión efectiva del bien jurídico de la fe pública.

En los últimos años, nuestro legislador también ha recurrido ampliamente a la tipificación del peligro indirecto para proteger de forma anticipada bienes jurídicos individuales. Es el caso, por ejemplo, del delito de seducción de menores, previsto en el artículo 609 undecies CPI. Los actos destinados a obtener el «consentimiento» de un menor de 16 años generan el *peligro concreto* para la libertad de autodeterminación, lo cual provoca el *peligro del peligro* de la lesión efectiva de la integridad física, así como del desarrollo sexual sano y armonioso del sujeto pasivo²⁷.

Esto se aplica igualmente a los tipos de delitos que castigan conductas que se sitúan en una fase muy lejana con respecto a la violación de los nuevos intereses jurídicos de la confidencialidad, la integridad y la disponibilidad de los datos y los sistemas informáticos (art. 615 quater, 615 quinquies y 617 quinquies CPI)²⁸. En el Código Penal español, los delitos contemplados en los artículo 197 ter y 264 ter presentan una estructura idéntica.

^{26*} Nota: El artículo 461 CPI castiga conductas referidas a las «carte filigranate». Por filigranas o marcas de agua hay que entender las marcas que realiza el Estado o entidad autorizada en un papel para identificarlo.

²⁷ Sobre este punto, remítase a SALVADORI, I., *L'adescamento di minori. Il contrasto al child-grooming tra incriminazione di atti preparatori ed esigenze di garanzia*, Turín, 2018, p. 130 s.

²⁸ Sobre las peculiares técnicas de tutela penal de estos nuevos bienes jurídicos, véase PICOTTI, L., «Sistematica dei reati informatici, tecniche di formulazione legislativa e beni giuridici tutelati», en el mismo. (ed.), *Il diritto penale dell'informatica nell'epoca di Internet*, Padua, 2004, p. 21 s.; el mismo., «Sicurezza, informatica e diritto penale», en Donini, M., y Pavarini, M. (eds.), *Sicurezza e diritto penale*, Bologna, 2011, p. 217 s.; si se quiere, véase también SALVADORI, I., «I reati contro la riservatezza infor-

A la categoría de delitos de peligro indirecto hay que atribuir también muchas normas incriminadoras que castigan la mera posesión de un objeto²⁹. Es emblemático el delito contemplado en el párr. 2 del artículo 472 CPI, que hace referencia al hecho de quien, en el ejercicio de una actividad comercial, o bien, en un espacio abierto al público, esté en posesión de medidas o pesas con una impresión falsa. De dicha tenencia puede derivarse el *peligro* de la posterior utilización de pesas y medidas alteradas, lo que, a su vez, constituye un *peligro* para el bien protegido de la fe pública³⁰.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

Haciendo hincapié en la función político-criminal antes que en la estructura normativa de las normas incriminadoras atribuibles a la categoría de los delitos de peligro indirecto, un sector de la doctrina equipara dichos ilícitos penales con los delitos obstativos o de obstaculización [*reati ostativi o di ostacolo*]³¹. En la doctrina de lengua inglesa se habla, en términos similares, de *prophylactic crimes*³² o de *proxy crimes*³³.

El propósito político-criminal de los llamados delitos obstativos o de obstaculización consistiría en interponer un obstáculo a la realización de hechos que, aun no siendo peligrosos en sí mismos, pueden constituir la base para la posterior comisión de delitos más graves.

matica», en AAVV, *Cybercrime*, Milán, 2019, p. 656 s.; el mismo., «I danneggiamenti informatici», en Parodi, C., y Sellaroli, V. (eds.), *Diritto penale dell'informatica*, Milán, 2020, p. 595 s., p. 615 s.

²⁹ Cfr. MARINUCCI, G., y DOLCINI, E., *Corso*, cit., p. 595 s.; y en especial, SALVADORI, I., *I reati di possesso*, Nápoles, 2016, p. 234 s.

³⁰ SALVADORI, I., *I reati di possesso*, cit., p. 242.

³¹ En estos términos, véase, p. ej., A. PAGLIARO, «Il reato», en C. F. Grosso; T. Padovani, A., y Pagliaro (dir.), *Trattato di diritto penale, PG*, Milán, 2007, p. 34; RONCO, M., «Il reato: modello teorico e struttura del fatto tipico», en el mismo., *Il reato. Struttura del fatto tipico. Presupposti oggettivi e soggettivi dell'imputazione penale. Il requisito dell'offensività del fatto*, 2.^a ed., Bologna, 2011, p. 69 s., pp. 103-104.

³² SIMESTER, A. P., y VON HIRSCH, A., *Remote Harms*, cit., p. 89 s., p. 97; el mismo., *Crimes, Harms, and Wrongs*, cit., p. 79 s., p. 83; en especial, SIMESTER, A. P., «Prophylactic Crimes», en Sullivan, G. R., y Dennis, I., (eds.), *Seeking Security. Pre-Emptying the Commission of Criminal Harms*, Oxford, 2012, p. 59 s., p. 60 s.

³³ En estos términos, MOORE, M. S., *Placing Blame. A General Theory of the Criminal Law*, Oxford, 1997, pp. 783-784; ALEXANDER L.; KESSLER FERZAN K., y MORSE S., «Beyond the Special Part», en Duff, R. A., y Green, S. P. (eds.), *Philosophical Foundations of Criminal Law*, Nueva York, 2011, p. 275 s.; ASHWORTH, A., «Attempts», en Deigh, J., y Dolinko, D. (eds.), *The Oxford Handbook of Philosophy of Criminal Law*, Oxford, 2014, p. 125 s., p. 128.

Si los delitos de peligro indirecto solo desempeñaran la función de prevenir lesiones futuras para bienes jurídicos, sería indudable su incompatibilidad con el principio fundamental de lesividad.

No obstante, en caso de que dichos delitos cumplan la función de reprimir comportamientos que constituyan objetivamente un peligro para un bien jurídico, aunque sea *indirecto*, deberá reconocerse, si bien con carácter excepcional y en determinadas condiciones, su compatibilidad con los principios penales de rango constitucional.

La peligrosidad objetiva, incluso si es modesta, de los hechos tipificados por las normas incriminadoras construidas según el esquema de los delitos de peligro indirecto deriva de la relación que se establece entre la conducta sustancialmente preparatoria y el futuro acontecimiento de peligro intermedio. Por lo tanto, deben ser penalizadas conductas que, sobre la base de las reglas de la experiencia y del saber criminológico, contribuyan efectivamente a facilitar o a favorecer la posterior realización de conductas capaces de producir una lesión de un bien jurídico.

Cuanto más se aleja del bien jurídico la conducta penalizada, más tenderá a disminuir la probabilidad de que esta provoque su lesión. Por su alejamiento extremo de un daño a un bien jurídico, los delitos de peligro indirecto parecen, en principio, contrarios al principio constitucional de proporcionalidad³⁴.

Sin embargo, se ha señalado con razón que, frente a la protección de bienes jurídicos de rango primario y cuya salvaguardia es, en cualquier caso, fundamental para la supervivencia de la sociedad, es admisible una anticipación de la protección penal incluso en las formas de peligro abstracto e indirecto³⁵.

Recurrir a la pena de privación de libertad es, por lo tanto, proporcional a la criminalización de un comportamiento considerado de baja peligrosidad, siempre que se trate de proteger intereses que son indispensables para el correcto funcionamiento de las instituciones o, como nos ha enseñado la amiga a la que honramos, que son esenciales para el desarrollo del hombre como ser social.

No obstante, la legitimidad de los delitos de peligro indirecto no puede estar basada únicamente en el dato de que el interés jurídico sea merecedor de dicha tutela. En efecto, el valor del bien que debe protegerse no es en sí mismo capaz de servir de criterio selectivo de las conductas que merecen una sanción penal³⁶.

³⁴ Sobre la relevancia en el ámbito penal de tal principio, véase, para todo, MIR PUIG, S., «Principio de proporcionalidad y fines del derecho penal», en Echano Basaldua, J. I. (coord.), *Estudios jurídicos en memoria de José María Lidón*, Bilbao, 2002, p. 349 s.

³⁵ ANGIONI, F., *Contenuto e funzioni*, cit., p. 185.

³⁶ Sobre este tema, véase SALVADORI, I. *L'adescamento*, cit., p. 167 s.

La penalización de hechos peligrosos por vía indirecta será legítima cuando tales hechos sean intrínsecamente peligrosos, es decir, cuando representen, en el plano objetivo, un riesgo, aunque sea modesto, socialmente desaprobado, para un bien jurídico de rango primario.

En definitiva, solo deberán penalizarse los hechos que tengan una connotación delictiva objetiva y cuya comisión cree una situación de peligro, aunque sea indirecto, capaz de aumentar de manera significativa la probabilidad de que se verifiquen en el futuro hechos ilícitos y, por lo tanto, la lesión efectiva de un bien jurídico de rango primario.

Fuera de esos casos, los comportamientos que solo crean un peligro indirecto de lesión de un bien jurídico de rango secundario en la jerarquía de los valores reconocidos por la sociedad únicamente podrán ser legítimamente perseguidos, de conformidad con el principio de subsidiariedad y de *ultima ratio*, mediante el recurso a sanciones punitivas de naturaleza administrativa.

LA EXPANSIÓN DEL DERECHO PENAL EN EL ÁMBITO DE LA IMPUTACIÓN SUBJETIVA

ARMANDO SÁNCHEZ-MÁLAGA*

I. INTRODUCCIÓN

La sociedad contemporánea enfrenta el riesgo constante de desnaturalizar la protección de la libertad de sus ciudadanos. En este contexto, se produce la expansión del Derecho Penal a través de la creación de nuevos delitos y el incremento de las penas, pero también mediante la transformación de los elementos de la teoría del delito y su alejamiento de los principios limitadores del poder punitivo del Estado. Al respecto, mi maestra, Mirentxu Corcoy, a cuyo Libro Homenaje va destinado este artículo, explica que dicho fenómeno se debe en gran medida a una técnica legislativa que «desconoce la existencia de la Parte General del Derecho Penal, utiliza el casuismo y administrativiza el Derecho Penal» y apunta que la actual política criminal, sin base empírica alguna, legisla a través del populismo, el electoralismo y la alarma social, lo que podría explicar el renacimiento del retribucionismo¹.

Una clara manifestación de este problema es el tratamiento que el dolo suele recibir por parte de diversos tribunales y un gran sector de la doctrina. En un extremo, bajo el argumento de defender un modelo garantista, se proclama la necesidad de aplicar un enfoque psicológico que exija al juez penal la prueba del

* Doctor en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad de Barcelona. Profesor Ordinario del Departamento de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

¹ CORCOY BIDASOLO, M., «Prevención limitada vs. Neo-Retribucionismo», *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, Montevideo-Buenos Aires (B de F), 2017, pp. 291-292.

estado mental con el que actuó el sujeto activo del delito. En otro extremo, se parte de la idea de que los ciudadanos tenemos deberes de cooperación con el Estado, cuyo incumplimiento habilita a este último a confirmar la vigencia normativa a través de la pena². En esa línea, se postula la posibilidad de asignar a los ciudadanos deberes amplios de conocimiento del riesgo típico con la consiguiente objetivización del dolo. Sin embargo, en este modelo, que puede ser calificado de neoretribucionista, la sanción penal se pretende justificar en el simple incumplimiento de la norma, a partir de una construcción formal e ilimitada del Derecho Penal, en la que «el reproche-castigo aparecería simultáneamente como fundamento, finalidad y concepto de pena»³.

Entiendo que, si bien una razonable pretensión de la aplicación de la sanción penal es servir de refuerzo a la vigencia del sistema normativo, cabe discutir cuáles deben ser los medios que el Estado utilice para lograr dicho refuerzo. Surge entonces la discusión de si es preferible un Estado que respete las reglas de la participación democrática o uno que priorice la paz y la seguridad de sus ciudadanos. ¿Es posible concebir como lo hace en Alemania Pawlik que, a quien quiera hacer uso de las libertades del Estado de Derecho se le exija que contribuya a la preservación y defensa de estas libertades, concerniéndole una corresponsabilidad jurídica por la continuidad del estado de libertades en el que vive? En atención a ello, ¿es razonable que el legislador incremente penas sin referente alguno de proporcionalidad y humanidad de las sanciones, cree nuevos delitos sin fundamentar su lesividad y recurra a la sanción penal como primera y única respuesta a los problemas sociales, desatendiendo flagrantemente la atención de sus causas y la necesidad de prevención? Se plantea entonces la necesidad de asumir un enfoque normativo del dolo, que se aleje de ambos extremos y que reduzca los riesgos de expansión irracional del Derecho Penal en el ámbito de la imputación subjetiva. Acerca de ello trata el presente artículo que se encuentra dedicado a mi maestra, la Dra. Mirentxu Corcoy, brillante académica y extraordinaria persona, entre cuyos discípulos latinoamericanos tengo el honor de contarme.

II. RIESGOS DE EXPANSIÓN IRRACIONAL DEL DERECHO PENAL

La evaluación de los elementos subjetivos de la conducta distingue la imputación de responsabilidad penal de otras formas de responsabilidad legal que admiten la simple atribución objetiva. La exigencia de dolo o imprudencia en

² PAWLIK, M., *Ciudadanía y Derecho Penal*, Barcelona (Atelier), 2016, pp. 40-58.

³ CORCOY BIDASOLO, M., 2017, p. 288.

Derecho Penal constituye una garantía del ciudadano que lo protege frente a la posibilidad de un ejercicio excesivo del poder punitivo del Estado. El Código de Hammurabi hacía ya referencia a los elementos subjetivos del delito, pero es quizás la recepción de la obra de Aristóteles en la Edad Media y en la Edad Moderna la fuente más directa de la concepción del dolo como conocer y querer la realización de un tipo delictivo. A partir de ello, se desarrollarán hasta el presente diversas teorías que plantean conceptos distintos, pero que no difieren sustancialmente en sus consecuencias prácticas⁴.

Ahora bien, como señala Corcoy, la relación entre teoría del delito y proceso penal resulta fundamental, por lo que no tiene sentido exigir un elemento en el dolo que no pueda ser apreciado⁵. En ese sentido, más allá del análisis conceptual del dolo que lo distingue de la imprudencia, resulta necesario atender a los criterios de determinación del dolo en el caso concreto. Desde el Derecho Romano, diversos autores han asimilado lo subjetivo del delito a determinados elementos internos de la conducta del sujeto, como son los móviles y las intenciones. Desde entonces, el dolo ha sido concebido mayormente como un fenómeno espiritual y la discusión se ha centrado en la necesidad o no de valorar la presencia de un elemento volitivo (ontológico) que se adicione al elemento cognitivo (también ontológico) del dolo. Sin embargo, existe también un sector que propone alejarse del paradigma ontológico y normativizar el dolo. Se trata de un grupo poco homogéneo de propuestas, que van desde la creación de indicadores que guíen los procesos de inferencia en un marco de respeto del principio de responsabilidad subjetiva hasta aquellos que defienden la supresión del juicio de imputación subjetiva y la implementación de fórmulas de responsabilidad objetiva. En este trayecto se observan diversos riesgos de expansión irracional del Derecho Penal⁶. A continuación se desarrollan los tres más evidentes: el riesgo que surge de la aplicación de enfoques psicológicos para la determinación del dolo, el riesgo de generalizaciones en el razonamiento judicial y el riesgo de responsabilidad penal objetiva producto de la simple atribución de deberes de conocimiento.

⁴ STRATENWERTH, *Derecho Penal. Parte General I. El hecho punible*, Madrid (Thomson Civitas), 2000, p. 165.

⁵ CORCOY BIDASOLO, M., *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, 2.ª ed., Montevideo-Buenos Aires (B de F), 2008, p. 264. En el mismo sentido, LAURENZO COPELLO, P., *Dolo y conocimiento*, Valencia (Tirant lo Blanch), 1999, p. 19.

⁶ Acerca del fenómeno de expansión del Derecho Penal, SILVA-SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política Criminal en las sociedades postindustriales*, Montevideo-Buenos Aires (B de F), 2011.

1. Aplicación de enfoques psicológicos

Un primer riesgo de expansión irracional del Derecho Penal en el ámbito de la imputación subjetiva surge con la aplicación de enfoques psicológicos para la determinación del dolo. Los enfoques psicológicos conciben el dolo como un estado mental, como un objeto de la realidad interna del sujeto activo del delito que puede ser efectivamente probado en el proceso penal para lo que se recurre a la verificación de un sentimiento del imputado con relación al resultado típico (querer el resultado, ser indiferente ante el resultado, advertir la probabilidad del resultado y proseguir con la realización de la conducta con indiferencia respecto de la producción del resultado)⁷. Esta concepción centrada básicamente en el paradigma del delito de homicidio⁸, muy extendida en la doctrina y especialmente en la jurisprudencia, trae consigo el riesgo de expansión del Derecho Penal, al sancionar estados de ánimo y sucedáneos de la voluntad, dejando de lado uno de los límites más importantes al poder punitivo del Estado, el principio de culpabilidad.

Algunos ejemplos de manifestaciones de este riesgo se encuentran en decisiones del Tribunal Supremo español, cuando sostiene, por ejemplo, que la esencia del tipo penal de blanqueo de capitales a partir de la cual cabe analizar su tipicidad se limita a la expresión «con la finalidad de ocultar o encubrir el origen ilícito» (STS 40/2021, STS 507/2020, STS 483/2020, STS 515/2015). Afortunadamente, no se trata de una tendencia constante, ya que en casos como la STS 507/2020, se añade que, en cuanto al conocimiento de la procedencia delictiva, «no se exige en el plano subjetivo un conocimiento preciso o exacto del delito previo [...] sino que basta con la conciencia de la anormalidad de la operación a realizar y la razonable inferencia de que procede de un delito grave». Sin embargo, la persistencia en analizar elementos anímicos vinculados a la motivación interna del sujeto activo del delito genera el riesgo de expansión anotado. Se enumera a continuación algunas manifestaciones expansivas del Derecho Penal al aplicar estos enfoques.

Una primera manifestación se presenta cuando la determinación judicial del dolo exige la aplicación de sucedáneos de la voluntad. Aun cuando se manifieste la pretensión de excluir los motivos internos del autor de la valoración

⁷ No todos los enfoques psicológicos son estrictos, ya que existen autores que defienden enfoques psicológicos moderados y reconocen que los elementos subjetivos son inaccesibles de modo directo a una plena constatación empírica. Cfr. Díez RIPOLLÉS, J. L., *Los elementos subjetivos del delito. Bases metodológicas*, 2.ª ed., Montevideo-Buenos Aires (B de F), 2007, pp. 274 ss.

⁸ Cfr. LAPORTA, M., *El dolo y su determinación en Casación. Normativización y ubicación estructural en una concepción personal del injusto*, Buenos Aires (Lexis Nexis), 2007, pp. 7-11.

subjetiva del delito, al mantener una concepción causalista del delito que exige la verificación de una relación psicológica del autor con el hecho delictivo, la distinción de los casos dolosos de los imprudentes exige recurrir a elementos emocionales o de disposición para afirmar la existencia de dolo (aprobación, consentimiento, indiferencia, alta representación del resultado) o para desestimarla (confianza irracional en la no producción del resultado, baja representación del resultado, desaprobación del resultado), elementos que serán luego traducidos en términos de intención (por parte de los enfoques psicológicos volitivos) o en términos de conocimiento efectivo (por parte de los enfoques psicológicos cognitivos)⁹. Ello trae consigo el riesgo de incurrir en un Derecho penal de autor¹⁰, que pretenda ingresar a la intimidad del sujeto y, ante la imposibilidad de introducirse en la mente del autor, recurra a sucedáneos de la voluntad o a reformulaciones cognitivas de la intención, que no hagan más que traducir los estados mentales de intención o de conocimiento en la supuesta actitud (sentimiento, emoción) que el autor habría mostrado frente al resultado. Como resulta evidente, no se trata de un proceso de inferencia de elementos internos, ya que no existe un elemento concreto a ser inferido, sino un constructo en base a presunciones, que se basan en elementos extrajurídicos, básicamente de orden moral. En ese sentido, al convertir en imprescindible la valoración de elementos emocionales como medio para distinguir las conductas dolosas de las imprudentes, los enfoques psicológicos permiten la introducción de variables no jurídicas para la resolución de casos, lo que resulta más sencillo cuando se trata de delitos tradicionales en los que la barrera entre lo moral y lo jurídico se hace más difusa. Se da paso así a la utilización de prejuicios que valoran la personalidad del autor antes que sus actos y a presunciones que reemplazan el juicio de imputación subjetiva, que debiera sustentarse en variables normativas y no en la percepción que el juzgador tiene del caso.

Un claro ejemplo de lo descrito lo encontramos en la obra de Binding quien partía de la premisa que deben excluirse los motivos internos de la valoración subjetiva del delito (como el sentimiento, el deseo, la expectativa, la esperanza, la sensación de satisfacción o insatisfacción respecto del resultado representado), pero proponía una concepción de acto de voluntad que implicaba valorar aquello que el autor se había representado, aquello sobre lo que había dudado y aquello que había querido durante (en su) hecho, enfatizando

⁹ Cfr. TAYLOR, «Concepts of Intention in German Criminal Law», pp. 99-127. Una perspectiva crítica del estado del Derecho penal alemán en esta materia por parte de una autora alemana en PUPPE, «Perspectivas conceptuales del dolo eventual», en *El Derecho Penal como Ciencia*, Montevideo-Buenos Aires (B de F), p. 295.

¹⁰ GÓMEZ MARTÍN, V., *El Derecho penal de Autor*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2007.

entonces la importancia de la relación psíquica entre el autor y el hecho delictivo y dejando abierta nuevamente la puerta a la valoración de elementos emocionales¹¹. Se encuentra ejemplos de ello también en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Perú cuando los jueces señalan que «el elemento subjetivo del ilícito atribuido se compone no solo del *animus necandi* o intención específica de causar la muerte de una persona, sino también del «dolo homicida», el cual tiene dos modalidades: el dolo directo o de primer grado, constituido por el deseo y la voluntad del agente de matar, a cuyo concreto objetivo se proyecta la acción agresiva, (y) el dolo eventual que surge cuando el sujeto activo representa como probable la eventualidad de que la acción produzca la muerte del sujeto pasivo, aunque este resultado no sea el deseado, a pesar de lo cual persiste en dicha acción que obra como causa del resultado producido» (Recurso de Nulidad 514/2019).

Una segunda manifestación de la expansión se presenta cuando en la determinación judicial del dolo se recurre a criterios de oportunidad para condenar por un delito doloso. Al respecto, Corcoy explica que los criterios de oportunidad pueden ser extensivos o restrictivos¹². Por un lado, los criterios de oportunidad extensivos impiden la calificación imprudente de conductas con significado antisocial en las que se enjuicia la personalidad del autor. Un ejemplo de la aplicación de dichos criterios se suele producir en los casos de tráfico ilícito de drogas. Por otro lado, los criterios de oportunidad restrictivos son acogidos por algunos tribunales para calificar como imprudentes supuestos de actividades peligrosas, pero que son aceptadas por su utilidad. Un ejemplo de ello es la calificación como imprudentes de las lesiones infligidas como consecuencia de la infracción de normas de tránsito.

Una tercera manifestación de la expansión se presenta cuando en la determinación judicial del dolo se califica como dolosos supuestos de conciencia de escaso peligro objetivo, perjudicando al autor más prudente frente al temerario¹³ y dejando sin efecto el principio de mínima intervención del Derecho Penal. Mir Puig explicaba cómo la teoría del consentimiento afirma el dolo eventual en casos de conciencia de escaso peligro objetivo si es que el autor no se opone interiormente al resultado típico, mientras que afirma la culpa consciente en aquellos casos de actividades altamente peligrosas si es que el autor,

¹¹ BINDING, K., *La culpabilidad en Derecho penal*, Montevideo-Buenos Aires (B de F), 2009, p. 45.

¹² CORCOY BIDASOLO, M., 2008, p. 264-265.

¹³ FEJOO SÁNCHEZ, B., *El dolo eventual*, Bogotá (Universidad Externado de Colombia), 2002, p. 31. Es el caso, por ejemplo, de la teoría modificada de KAUFMANN que califica como dolosos supuestos de no disminución de riesgos insignificantes. Cfr. KAUFMANN, A., «El dolo eventual en la estructura del delito», *ADPCP*, fascículo 2, 1960, pp. 186 ss.

que es consciente de su alta peligrosidad, desea que no se produzca el resultado típico¹⁴. Bajo dicha teoría, la introducción de elementos emocionales como los deseos del sujeto activo del delito predominan sobre el riesgo típico efectivamente creado y la posibilidad de ser aprehendido por el autor.

En contra de lo hasta aquí argumentado podría afirmarse que los enfoques psicológicos permiten una valoración más flexible del error y, por consiguiente, la eliminación de la calificación dolosa en determinados casos. Ello sería manifiesto en la jurisprudencia anglosajona que ha elaborado la figura del error honesto, que permite refutar los cargos por un delito más allá de si el error fue racional o no¹⁵. Por ejemplo, en casos como *DPP v Morgan* (1975)¹⁶, la Cámara de los Lores afirmó la posibilidad de refutar un cargo de violación sexual con la acreditación de la existencia de un error honesto (racional o irracional) del imputado sobre el consentimiento de la víctima. Si bien la consecuencia directa de ello fue lograr la absolución (por cierto, incorrecta), fueron introducidos elementos emocionales para la determinación del tipo subjetivo, lo que nuevamente deja abierta la puerta de una intervención no proporcional del Derecho Penal y la aplicación de criterios de oportunidad (también para condenar) en casos en los que las expectativas sociales de condena así lo exijan.

Más allá de lo expuesto, cabe recordar con Bricola que fueron los juristas romanos quienes ya advirtieron sobre la dificultad de indagar acerca del dolo como un estado mental, debido a la tendencia natural de que la resolución y la voluntad humanas escapen de cualquier observación sensible¹⁷, por lo que la justicia penal se verá siempre obligada en materia del dolo a utilizar otros métodos, como el *dolus ex re* formulado en Roma, las inferencias, las generalizaciones o, por fin, un juicio normativo de imputación.

2. Generalizaciones en el razonamiento judicial

Un segundo riesgo de expansión del Derecho Penal surge cuando el razonamiento judicial recurre a generalizaciones para sustentar sus juicios e inferencias acerca de los elementos subjetivos del delito. Como es evidente, en una

¹⁴ MIR PUIG, S., *Derecho Penal Parte General*, 10.ª ed., Barcelona (Reppertor), 2010, p. 273.

¹⁵ HALPIN, A., *Definition in the Criminal Law*, Oxford (Hart Publishing), 2010, pp. 110 ss.

¹⁶ *DPP v Morgan* (1975) 2 WLR 913, (1976) AC 182.

¹⁷ BRICOLA, *Dolus in re ipsa. Osservazioni in tema di oggetto e di accertamento del dolo*, Milán (Dot. A. Giuffrè), 1960, pp. 10-11. Acerca de las dificultades epistemológicas, ontológicas y prácticas de los enfoques psicológicos, ver PAREDES CASTAÑÓN, J. M., «Problemas metodológicos en la prueba del dolo», en *Anuario de filosofía del Derecho, Anuario de filosofía del Derecho*, nueva época, t. XVIII, 2001, pp. 73-74.

controversia jurídica no es posible llegar a una conclusión que sea expresada con absoluta seguridad. Lo habitual es el recurso a juicios de probabilidad. Al respecto, Anderson, Schum y Twining explican que las conclusiones basadas en pruebas son necesariamente de naturaleza probabilística en atención a diversas razones, entre las que se encuentran que la prueba está siempre incompleta, es comúnmente no concluyente, suele ser ambigua y proviene de fuentes con diversos grados de credibilidad, así como que los conjuntos de pruebas suelen ser discrepantes¹⁸. En ese contexto, al probar o inferir el dolo, especialmente cuando acude a un enfoque psicológico¹⁹, el juez penal puede recurrir a generalizaciones con las que pretenda dar sustento a su decisión. Ello ocurre por ejemplo cuando la Corte Suprema de Perú señala sin mayor detalle o contexto que en el autor de un presunto delito de homicidio en grado de tentativa «existió una actitud temeraria, pues una persona que dispara a otra se representa la posibilidad de herirla o matarla» (Recurso de Nulidad 514/2019).

Las generalizaciones son las razones de cada paso del proceso de inferencia²⁰. Permiten acercar la estructura probatoria a la forma cotidiana en que las personas razonan y generan conocimientos. En ese sentido, la Corte Suprema de Perú ha establecido que «el dolo no se interpreta ni verifica de la conciencia del autor, sino más bien se le atribuye un sentido penalmente relevante», a lo que añade que «la única posibilidad de imputar el dolo penalmente relevante es a partir de la globalidad de las circunstancias externas, [...] esto es, las realidades objetivas anteriores y posteriores en la acción desempeñada por el imputado [...] (de acuerdo) con los criterios sociales de imputación de conocimientos» (Recurso de Nulidad 1939/2017). Si bien el uso de generalizaciones puede ser muy útil para el razonamiento judicial, especialmente cuando se trata de generalizaciones científicas o de conocimiento general²¹, su aplicación puede ser manifestación de la expansión del Derecho Penal cuando se trata de generalizaciones basadas en la experiencia o en las intuiciones del juzgador. Por un lado, las generalizaciones basadas en la experiencia pueden ser ampliamente compartidas en una comunidad o basarse en la experiencia individual. Estas últimas suelen

¹⁸ ANDERSON, T.; SCHUM, D., y TWINING, W., *Análisis de la prueba*, Madrid (Marcial Pons), 2015, pp. 303-304.

¹⁹ Los enfoques psicológicos se topan con el obstáculo que constituye el hecho que es imposible para una corte, e incluso para el propio imputado, determinar luego del hecho si un pensamiento concreto pasó por su mente en un momento determinado. Cfr. DUFF, «Caldwell and Lawrence: the retreat from subjectivism», *Oxford Journal of Legal Studies*, No. 3, 1983, p. 88.

²⁰ Cfr. TVERSY, y KAHNEMAN, «Judgement under uncertainty: heuristics and biases», *Science*, vol. 185, 1974, pp. 1124-1131.

²¹ Es el caso del indicador de conocimientos mínimos que se propone en RAGUÉS I VALLÈS, R., *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Barcelona (Bosch), 1999, pp. 379 ss.

constituir extrapolaciones que hace el juzgador a partir de una experiencia personal. En el ámbito de la imputación subjetiva, esta clase de generalizaciones pueden mostrarse altamente riesgosas, más aún si se asume un enfoque psicológico del dolo en el que se habilite la valoración de los motivos. Es justamente en la valoración de los supuestos motivos del autor donde se acogen los prejuicios del juzgador y son las generalizaciones supuestamente basadas en el sentido común aquellas que fundamentarían el proceso de inferencia en dichos prejuicios. Un ejemplo de ello se encuentra en el caso del juez penal que ha sido víctima de agresión policial, a partir de lo cual generaliza la idea de que los policías suelen abusar de su poder y califica como dolosa cualquier decisión tomada por un efectivo del orden procesado ante su corte. Si bien no parece discutible la conclusión de los jueces de la Corte Suprema de Perú, en la premisa de su razonamiento en un reciente caso parecen incurrir en una generalización de esa naturaleza al señalar que «el dolo se imputa a través de los elementos externos, de la forma y circunstancias de la actuación de los agentes delictivos y según máximas de experiencia» (Recurso de Nulidad 1055/2018).

Por otro lado, muchas generalizaciones de sentido común pueden ser útilmente categorizadas como creencias que una persona sintetiza o intuye a partir de su acervo de conocimientos y pensamientos. Se trata de supuestos en los que predomina la intuición individual. Es el caso, por ejemplo, de aquella generalización que respalda la inferencia según la cual huir de la escena de un crimen es prueba de la configuración de una conducta dolosa de quien huye. Otro ejemplo lo encontramos en una sentencia de la Corte Suprema de Perú en la que se concluye que el imputado debía conocer la edad de la víctima de un delito contra la indemnidad sexual, ya que «conocía con anterioridad a la agraviada, [...] por su edad tenía más experiencia y [...] si conversaba con ella sobre temas de colegio, es obvio que estaba en condiciones de conocer su edad más aún si, luego, tuvo sexo con ella» (Recurso de Nulidad 1226/2017)²². En algunos casos se llega al extremo de proponer generalizaciones que adolecen de fundamento y que dan lugar a resultados insensatos. Un ejemplo de una generalización insensata es aquella que permite inferir que un sujeto portaba un arma a partir del hecho probado de que aquel entró al garaje de la víctima. Dicha conclusión sería posible en base a la generalización de que los extraños que entran al garaje de otra

²² En un sentido más claro, el mismo tribunal en otro caso sostiene que «se requiere, desde el rol social del agente o de sus competencias, examinar las características del hecho –las circunstancias previas, concomitantes y posteriores al mismo–, la situación de vulnerabilidad de la menor y las normas culturales del lugar [...] para concluir si el agente delictivo estaba en condiciones de saber la edad de la agraviada» (Recurso de Nulidad 1740/2017).

persona usualmente llevan armas²³. A nivel de imputación subjetiva, se trata de la clase más peligrosa y menos fiable de generalizaciones. Una generalización intuitiva es aquella que establece que la persona que atropella a su enemigo lo hace premeditadamente y con intención, ya que, según las creencias personales del juzgador, las personas que agreden a sus enemigos son frecuentemente personas que actúan con la intención de realizar el delito.

3. Responsabilidad objetiva

Un tercer riesgo de expansión del Derecho Penal en el ámbito de la imputación subjetiva se produce cuando en el proceso de alejamiento de los enfoques psicológicos del dolo se termina obviando la existencia del dolo y acudiendo a fórmulas de responsabilidad penal objetiva. Siguiendo a Corcoy, debe alertarse acerca de aquellos procesos de objetivización del delito que, bajo el título aparentemente legítimo de enfoques normativos, proponen presunciones de dolo o imprudencia. Como explica recientemente, «no puede confundirse la objetivización del dolo, en el sentido de que es un hecho y debe probarse a partir de indicios objetivos, con la presunción del dolo. No es lo mismo una concepción normativa del dolo que excluya valoraciones psicologicistas en la prueba del conocimiento que obviar la existencia de dolo, considerando suficiente, al menos para la apertura del proceso penal, la causación de un resultado»²⁴.

De forma progresiva, diversos autores se han apartado de los enfoques psicológicos del dolo y han comenzado a entenderlo como un elemento normativo que debe ser imputado al sujeto activo del delito. Ya en el siglo XVI, Mascardi advirtió que el dolo no podía probarse realmente porque se trata de un fenómeno espiritual. Cinco siglos más tarde, Hruschka mantiene que, como todo lo espiritual, el dolo no se constata y se prueba, sino que se imputa, por lo que sería un error hacer referencia a sus componentes al no tratarse de un hecho que permita una hipótesis ontológica²⁵. Hasta este punto parece tratarse de una alternativa plausible frente a los riesgos de ilegitimidad y falta de rendimiento de los enfoques psicológicos. Sin embargo, existen otras propuestas que van más allá y exceden los límites de un Estado constitucional. Podría ser el caso del planteamiento de Lesch quien sostiene que en el Derecho la persona

²³ ANDERSON; T., SCHUM, D., y TWINING, W., 2015, pp. 331-333.

²⁴ CORCOY BIDASOLO, M., 2017, p. 293.

²⁵ Cfr. HRUSCHKA, J., *Imputación y Derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*, 2.ª ed., Montevideo-Buenos Aires (B de F), 2009, pp. 194-195.

se determina de forma normativa y generalizante, a partir de lo cual plantea la necesidad de suprimir la imputación subjetiva del delito²⁶. Partiendo de la idea de que los destinatarios de la norma no son los seres humanos en concreto, sino el concepto abstracto de hombre con capacidades normales, explica el profesor alemán que el dolo, con independencia de que se ubique en la culpabilidad o en el injusto, «es una reliquia del antiguo concepto psicológico de culpabilidad y, en tal medida, un cuerpo extraño en una teoría de la imputación que, por lo demás, es puramente normativa»²⁷.

El desarrollo de esta problemática en el Derecho Penal inglés es el espejo de lo que podría ocurrir en el Derecho penal continental si se lleva el proyecto de objetivación del dolo hasta sus últimas consecuencias. Como destaca Weigend, una particularidad de sistemas legales como el inglés es la existencia de una categoría de delitos que no exigen la prueba del estado mental e incluso, en algún caso, ni siquiera permiten una defensa de diligencia debida. Al respecto, se distinguen dos supuestos. Por un lado, se encuentran los casos de responsabilidad absoluta, en los que se atribuye responsabilidad penal al imputado a pesar de que este no ha realizado un acto u omisión voluntarios ni se ha verificado un estado mental en su conducta, restringiéndole la posibilidad de plantear defensas (causas de justificación o causas de exculpación), salvo la de ser menor de diez años²⁸. Ejemplo de estos casos lo constituyen los delitos de estado de cosas (*state of affairs offences*)²⁹, como el que fue materia de la sentencia *Germaine Larsonneur* (1933), en la que se sancionó a una ciudadana extranjera por encontrarse en Reino Unido a pesar de habersele rechazado la posibilidad de permanecer en dicho territorio³⁰. Por otro lado, se encuentran los casos de responsabilidad estricta u objetiva, en los que no se exige probar el estado mental o la negligencia del autor respecto de uno o algunos de los elementos objetivos del delito, aunque sí se requiere la probanza de estos últimos³¹. A favor de la responsabilidad estricta se han planteado argumentos como el efecto preventivo de la institución, la necesidad de proteger intereses colectivos, el deber estatal de proveer de seguridad a sus ciudadanos, las dificultades de prueba, la necesidad de proteger a las víctimas de los graves daños que podrían sufrir,

²⁶ LESCH, H., «Injusto y culpabilidad en Derecho penal», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.^a época, núm. 6, 2000, p. 259.

²⁷ LESCH, H., 2000, p. 260.

²⁸ CARD, R., y MOLLOY, J., *Card, Cross & Jones Criminal Law*, 22^a ed., Oxford (Oxford University Press), 2016, pp. 121-122.

²⁹ MCALHONE, C., y WORTLEY, N., *Criminal Law. The Fundamentals*, 3^a ed., Londres (Thomson Reuters), 2013, p. 74.

³⁰ *Larsonneur*, 1934, 24, Cr., App., R 74.

³¹ MARTIN, J., *Key Facts Key Cases. Criminal Law*, Oxon y Nueva York (Routledge Taylor & Francis Group), 2014, pp. 47-48.

la necesidad de que los negocios sean administrados apropiadamente, entre otros. Subyace a estos planteamientos la idea de trasladar el deber del Estado de proteger a las víctimas potenciales de delitos a ciudadanos que ni siquiera tienen conciencia de haber realizado un acto peligroso. En contra de sancionar penalmente casos de responsabilidad estricta, se sostienen argumentos como que la responsabilidad no debe aplicarse a quien no es culpable, que es incorrecto sancionar a quienes han sido cuidadosos, que no hay evidencia de que este sistema de sanción eleve los estándares de conducta, que puede colocar a los pequeños negocios en un riesgo injusto, entre otros³².

La imposición de penas en casos de responsabilidad objetiva constituye una violación del principio de culpabilidad aun en aquellos casos en los que la sanción sea distinta a la privación de la libertad, más aun si se tiene en cuenta que la pena no es el único castigo que recibe el imputado, quien también tiene que sufrir el juicio y la condena, la pérdida de la reputación comercial en casos que involucran a empresas, los costos legales del proceso judicial y la pérdida de tiempo que implica ser imputado³³. En un sentido crítico, Hassemer advertía que el principio de culpabilidad es amenazado, tanto en la teoría como en la praxis, por los intereses de una política criminal eficaz³⁴.

III. HACIA UNA ALTERNATIVA

Frente a los riesgos de expansión irracional del Derecho Penal en el ámbito de la imputación subjetiva, destaca la propuesta de Corcoy quien resalta el papel que debe cumplir la teoría del delito para aportar seguridad jurídica y asegurar el respeto del principio de culpabilidad³⁵. En ese sentido, plantea que, si la antijuridicidad se fundamenta en la gravedad del hecho y no en la bondad o maldad del autor –Derecho Penal del hecho y no Derecho Penal de autor– lo que el sujeto quiera o no es algo que pertenece a su fuero interno y no debe ser objeto de valoración³⁶. A partir de ello cabe proponer un enfoque normativo del

³² Cfr. PADFIELD, N., *Criminal Law*, 8.ª ed., Oxford (Oxford University Press), 2012, pp. 66-67; ASHWORTH, A., *Positive Obligations in Criminal Law*, Oxford (Hart Publishing), 2013, p. 117; y ASHWORTH, A., y HORDER, J., *Principles of Criminal Law*, 7.ª ed., Oxford (Oxford University Press), 2013, pp. 161 ss.

³³ WILLIAMS, G., *Criminal Law. The General Part*, 2ª ed., Londres (Steven & Sons Limited), 1961, pp. 255-259.

³⁴ HASSEMER, W. *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal*, Valencia (Tirant lo Blanch), 1999, p. 117.

³⁵ CORCOY BIDASOLO, M., 2017, p. 297.

³⁶ CORCOY BIDASOLO, M., «Concepto dogmático y procesal de dolo. Ignorancia deliberada, confianza irracional y manifiesto desprecio», *Imprudencia Penal. Cuestiones Generales. Revista de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Universidad de Los Andes, Año 2, núm. 4, Abeledo Perrot (Bogotá), 2011.

dolo que interprete el comportamiento humano con amplia independencia de la situación psíquica del autor³⁷. Ahora bien, resulta necesario establecer el grado de normativización del dolo a adoptar y que puede variar según se considere que los elementos ontológicos puedan operar algún tipo de influencia mayor o menor en la decisión normativa de imputación de la conducta dolosa. El problema finalmente es si el proceso de normativización del dolo implicará la anulación del principio de responsabilidad subjetiva, su flexibilización o su simple adaptación a los nuevos tiempos.

La alternativa que se propone es un enfoque normativo moderado, el cual parte de cuatro premisas: i) tomar distancia de los enfoques psicológicos del dolo no solo por los problemas de prueba que presentan, sino especialmente por el conflicto que plantean en torno al principio de culpabilidad; ii) asumir un enfoque normativo del dolo sin dejar de reconocer la necesidad de que exista un juicio de imputación subjetiva que se distinga de la atribución objetiva del riesgo típico, con lo que se establece un límite al proceso de objetivación del dolo; iii) introducir indicadores del conocimiento que coadyuven a reducir los riesgos de generalizaciones en el razonamiento del juez penal al momento de formular inferencias de los elementos subjetivos del delito; y, lo más importante, iv) establecer como premisa indisponible de cualquier fórmula de imputación del dolo el respeto de los principios limitadores de la potestad punitiva del Estado, con especial mención al principio de culpabilidad, sin que ello signifique restar capacidad de rendimiento al planteamiento.

A mayor detalle, con relación a la premisa i), parto de la idea de que no existe una ciencia que sea capaz de establecer con certeza aquello que ocurrió en la mente de un sujeto durante la realización de un evento pasado, por lo que no es posible sostener aquellos planteamientos que exigen al juez penal descubrir el estado mental entendido como sustrato ontológico con el que actuó el sujeto activo del delito. Lo que sí es posible para el juez penal es inferir el conocimiento como un hecho objetivamente verificable expresado a través del comportamiento del sujeto.

En esa línea, con relación a la premisa ii), mi propuesta es entender el dolo como un juicio subjetivo-normativo de atribución del conocimiento al imputado. Según esto, la imputación dolosa se produce cuando el juez penal verifica determinadas condiciones objetivas que indican que, en el contexto social y personal de su acción, el imputado tenía el deber de conocer un riesgo específico, la posibilidad efectiva de conocerlo y la imposibilidad de confiar

³⁷ GRECO, L. «Dolo Sem Vontade», *Liber Amicorum* de José de Sousa e Brito, Coimbra (Almedina), 2009, p. 887.

racionalmente en su no realización o en la no afectación del interés protegido. Se trata de un juicio de imputación de la efectiva disposición del conocimiento del riesgo típico y de la imposibilidad de negar válidamente el ejercicio de dicho conocimiento en el caso concreto. A partir de ello, debe entenderse que el conocimiento que es objeto del dolo como juicio subjetivo-normativo es una cualidad del comportamiento humano que se expresa a través del acto específico realizado por el imputado y le da el sentido o significado de doloso. El conocimiento es entonces un referente de significado del juicio de imputación dolosa. En otras palabras, el conocimiento es un hecho, que se expresa a través de un comportamiento humano y que debe ser sometido a prueba en el proceso penal. El juicio subjetivo-normativo aplica entonces un proceso de inferencia del conocimiento, cuyo objeto son hechos objetivamente verificables y que se expresan en el comportamiento humano.

Con relación a la premisa iii), si bien no es posible desaparecer por completo los riesgos que implica el uso de generalizaciones en el razonamiento judicial, puesto que ello implicaría abandonar un sistema de libre valoración de la prueba y reemplazarlo por uno de prueba tasada o por un estándar matemático que no proporcionaría una solución adecuada, sí es posible establecer un catálogo abierto y perfectible de indicadores, que reduzcan el riesgo de generalizaciones, guíen el proceso de inferencia y lo mantengan dentro de los cauces de racionalidad entendida como respeto de los principios limitadores del *ius puniendi*. En ese sentido, puede proponerse indicadores como el de riesgo, que según su magnitud permita establecer expectativas mayores o menores de que el sujeto activo del delito pueda confiar racionalmente en su no realización; el de evitabilidad, que exija la valoración de las capacidades generales del sujeto activo y su impacto a nivel de injusto; el de contexto específico, que establezca que debe valorarse el ámbito de creación del riesgo y las circunstancias espaciales y temporales en las que el sujeto activo realiza la conducta imputada, estableciendo un límite a las generalizaciones basadas en la experiencia o en el sentido común; el de experiencia previa del autor, que coadyuve a medir la posibilidad de confiar racionalmente en la no realización del riesgo, sustituyendo la experiencia previa del juzgador propia de las generalizaciones intuitivas por la experiencia previa del autor; el del rol, que valore la competencia efectivamente desplegada por una determinada persona, así como la atribución de deberes y derechos que ello conlleva; el de actos específicos realizados por el sujeto activo, que contribuya a medir la racionalidad de la confianza en la no realización del riesgo típico; el indicador de motivos racionales expresados

objetivamente en la conducta del imputado, que permita limitar las generalizaciones intuitivas en el razonamiento judicial; entre otros³⁸.

Finalmente, con relación a la premisa iv), defender una concepción garantista del Derecho Penal no implica negar su eficacia. Garantismo no implica llegar al extremo de Blackstone, quien sostenía que para la ley «es mejor que diez personas culpables escapen a que un inocente sufra»³⁹, sino conciliar que el Derecho proporcione una «dosis razonable de orden en la vida de la comunidad» y al mismo tiempo cumpla con unos valores de justicia mínimos y sirva al hombre⁴⁰. En ese sentido, cabe defender una versión restringida de la teoría de la prevención general positiva de la pena con algunos correctivos, de acuerdo con la cual aquello que justifica la imposición de la sanción penal –desde una perspectiva consecuencialista no utilitarista– es el mantenimiento de un estado objetivo de confianza de la ciudadanía, que es medido a partir del funcionamiento de un sistema penal respetuoso de los límites propios del contrato social que fundamenta el ejercicio del poder punitivo estatal (principio de culpabilidad), lo que trae consigo el efecto de pacificación por la adecuada aplicación del Derecho. Concibo la confianza como una situación objetiva que permite concluir que los ciudadanos están en condiciones de ver reflejados los principios de la democracia constitucional en el ejercicio de la potestad punitiva del Estado. No es suficiente entonces la ilusión de que todos los ciudadanos hayan participado del «proceso de creación de las normas penales», sino que debe centrarse la atención en que la pena se justifica cuando el Estado respeta los límites garantistas a la potestad punitiva, lo que genera confianza de los ciudadanos en el funcionamiento del sistema penal, incluso la de aquellos que no han podido gozar de autonomía comunicativa, pero cuyos intereses son objetivamente tutelados por el Estado. En este punto la obra y lecciones de mi maestra son fundamentales.

³⁸ Ver más en SÁNCHEZ-MÁLAGA, A., *Una teoría para la determinación del dolo. Premisas teóricas e indicadores prácticos*, Montevideo-Buenos Aires (B de F), 2018, pp. 412 ss.

³⁹ BLACKSTONE, W., *Commentaries on the Laws of England*, vol. 4, 7.^a ed., Oxford (Clarendon Press), 1769, p. 352.

⁴⁰ BAJO FERNÁNDEZ, M., «El Derecho Penal: concepto y funciones», *Introducción al Derecho Penal*, Madrid (Thomson Reuters-Civitas), 2011, p. 35.

EL ERROR SOBRE LA CAPACIDAD DE EVITACIÓN: ENTRE EL DOLO Y LA IMPRUDENCIA

PABLO SÁNCHEZ-OSTIZ*

Este trabajo se suma al homenaje a la profesora Corcoy Bidasolo, cuyas aportaciones en materia de imprudencia son desde hace años influyentes. El tema aquí tratado es el del criterio por ella empleado para diferenciar entre dolo eventual y culpa consciente: el recurso al «error sobre la capacidad de evitación». Con otras palabras, el conductor que realiza un peligroso adelantamiento partiendo de que (su representación sobre) su pericia evitará la colisión, si esta se produce, ¿ha obrado dolosa o imprudentemente?

Deseo mostrar la relevancia del tratamiento que la autora considera adecuado a los casos de error sobre la propia capacidad de evitar la producción del resultado. Las aportaciones de Corcoy, con motivo del que fue tema de su tesis doctoral, se enmarcan en un momento de la dogmática penal española que debe calificarse como relevante y prometedor. En efecto, la producción académica sobre el concreto tema del deslinde entre dolo e imprudencia aumenta en la segunda mitad de los años 80 del pasado siglo¹, y supuso un avance cualitativo de la doctrina, que se suma a los avances –también relevantes pero más

* Catedrático de Derecho penal. Universidad de Navarra.

¹ Así, comenzando por la publicación de su tesis doctoral: CORCOY BIDASOLO, M., *El delito imprudente*, Barcelona, 1988, y antes, CORCOY BIDASOLO, M., «En el límite entre el dolo y la imprudencia», *ADPCP*, 38, 1985, pp. 961-975; o las de ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., «La demarcación entre el dolo y la culpa: El problema del dolo eventual», *ADPCP*, 39, 1986, pp. 395-422; SILVA SÁNCHEZ, J. M., «Observaciones sobre el conocimiento “eventual” de la antijuridicidad», *ADPCP*, 40, 1987, pp. 647-663; SILVA SÁNCHEZ, J. M., «Consideraciones dogmáticas y de política legislativa sobre el fenómeno de la conducción suicida», *LL*, 1988-3, pp. 970-980.

escasos— de años precedentes². Todo ello, junto con otras aportaciones, contribuyó a insertar la doctrina española en la corriente doctrinal de la doctrina alemana³. Y es aquí donde se sitúa la obra de la profesora Corcoy, a quien homenajeamos.

Comenzaré con una exposición del criterio propuesto sobre el error del agente en cuanto a su propia capacidad de evitación (I), para luego analizar el fundamento de su relevancia (II), y cuestionar finalmente la exigencia de conocimiento en el dolo y de error en la imprudencia (III).

I. EL ERROR SOBRE LA PROPIA CAPACIDAD DE EVITACIÓN

1. Propone la profesora Corcoy: «Muchos hechos imprudentes, con culpa consciente, son tales y no dolosos, por la sobrevaloración del autor de sus posibilidades de control». Y añade: «La falta de «dominabilidad» —Steuerbarkeit— en el autor sobre su propia conducta puede, en estos supuestos, fundamentar el error sobre la propia capacidad de evitación. El error sobre la capacidad de evitación es el elemento que permite, de concurrir, calificar estos hechos como imprudentes»⁴. Y así, si el autor, a pesar de percibir la peligrosidad de la conducta, cree erróneamente que podrá evitar el resultado, obra con imprudencia y no con dolo (cfr. 1989, p. 283; 2005, p. 270). De este modo, se proporciona un elemento específico de la imprudencia y no condicionante del dolo, una delimitación del tipo imprudente «por arriba» (cfr. *ibid.*), sobre la base del error. A su vez, aunque dolo e imprudencia tienen en común «el conocimiento de la posibilidad de realización típica», lo que hay en la imprudencia

² Sin duda, el trabajo de GIMBERNAT ORDEIG, E., «Acerca del dolo eventual», publicado con el título «¿Cuándo se conoce la existencia de una víctima en la omisión del deber de socorro del último párrafo del artículo 489 bis del Código Penal?», en *RDCirc*, 1969, pp. 1-23, incluido después en *Estudios de Derecho penal*, Madrid (editorial), 1990, pp. 240-265; CUELLO CONTRERAS, J., «Acción, capacidad de acción y dolo eventual», *ADPCP*, 36, 1983, pp. 77-100; BUSTOS RAMÍREZ, J., «Política criminal y dolo eventual», *RJC*, 83, 1984, pp. 309-328, en *Control social y sistema penal*, Barcelona (PPU), 1987, pp. 233-259.

³ En particular, en esta materia, y durante aquellos años, cfr. las aportaciones de FRISCH, W., *Vorsatz und Risiko*, Colonia (Carl Heymanns), 1983; KINDHÄUSER, U., «Der Vorsatz als Zurechnungskriterium», *ZStW*, 96, 1984, pp. 1-35; HERZBERG, R. D., «Die Abgrenzung von Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit - ein Problem des objektiven Tatbestandes—», *JuS*, 1986, pp. 249-262; HERZBERG, R. D., «Das Wollen beim Vorsatzdelikt und dessen Unterscheidung vom bewußt fahrlässigen Verhalten», *JZ*, 1988, pp. 573-579 y 635-643 (entre otras aportaciones de este autor).

⁴ CORCOY BIDASOLO, M., *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, Barcelona (PPU), 1989, p. 283; 2.ª ed., Buenos Aires, Montevideo (BdeF), 2005, p. 270 (con destacados en cursiva en el original, no incluidos aquí); la cita presenta una redacción algo diversa en CORCOY BIDASOLO, M., «En el límite entre el dolo y la imprudencia», *ADPCP* 38, 1985, p. 971. Las referencias insertadas en el texto corresponden a la monografía (1989 y 2005; reimpr., 2014) producto de su tesis doctoral (1988).

es «desconocimiento del efectivo peligro creado» (1989, p. 261; 2005, p. 245). En concreto, el error del sujeto puede recaer o fundamentarse en «a) la capacidad del autor sobre su posibilidad de evitar el resultado, en los casos en que mantiene un control sobre el curso causal»; «b) el conocimiento, por el autor, de la real peligrosidad de su conducta, en aquellos casos en que no mantiene dicho control»⁵. Propiamente la propuesta de Corcoy es algo más que un criterio de discriminación entre dolo eventual y culpa consciente, pues afecta al concepto mismo de imprudencia, y de dolo. En efecto, en su exposición, la imprudencia, a la vez que requiere conocimiento de la posibilidad de realización típica, encierra un supuesto de error: de desconocimiento del efectivo peligro creado. Por tanto, conocimiento y error también, pero sobre términos de referencia diversos. A su vez, parte de la base del carácter cognoscitivo del dolo, que da lugar a su exclusión mediante error. Me parece interesante prestar atención a dos premisas conceptuales de ese criterio⁶: el concepto cognoscitivo de dolo (y de imprudencia como error), y su carácter normativo (como también de la imprudencia)⁷.

2. Esta visión presupone, en efecto, un concepto cognoscitivo de dolo, como previamente se ha establecido (1989, pp. 266-267, 288-289; 2005, pp. 252, 275-276, entre otros lugares), y se requiere por el concepto mismo de error, de naturaleza cognoscitiva y no volitiva⁸, que se postula como elemento clave de la imprudencia en cuanto error del agente sobre la propia capacidad de evitación⁹. Dicha estructura de error sale a relucir todavía más al proponer criterios de distinción entre dolo eventual y culpa consciente.

3. A su vez, dicho concepto cognoscitivo de dolo presenta un carácter normativo y no psicológico, premisa que ya venía asentándose¹⁰ y generalizándose. Las prevenciones que muestra Corcoy, con razón, respecto a la supuesta

⁵ Así, en CORCOY BIDASOLO, M., *ADPCP* 38, 1985, p. 971; cfr. también CORCOY BIDASOLO, M., «Resultados de muerte y lesiones como consecuencia de un delito contra la salud pública», *ADPCP* 42, 1989, p. 344, n. 66. La redacción de *El delito imprudente*, 1989, pp. 284-285, presenta algunas variaciones relevantes, como ahora se expondrá (en II). Cfr. antes, en KINDHÄUSER, U., *ZStW* 96, 1984, pp. 25-26.

⁶ No es posible tratar ahora, por razones de espacio, muchos aspectos de la relación y distinción entre dolo eventual y culpa consciente, así como la visión de estos problemas en la doctrina angloamericana.

⁷ A «interdependencia conceptual de dolo e imprudencia» se refiere PÉREZ DEL VALLE, C., *La imprudencia en el Derecho penal*, Barcelona (Atelier), 2012, p. 20.

⁸ Sin embargo, se percibe cierta exigencia de elemento volitivo en CORCOY BIDASOLO, M., *El delito imprudente*, 1989, pp. 282-283; 2005, p. 269. Aparte, la voluntariedad de la acción (cfr. 1989, pp. 266-267; 2005, p. 252).

⁹ Contra la propuesta de tomar en cuenta la propia capacidad de evitación, cfr. DÍAZ PITA, M. M., *El dolo eventual*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 1994, p. 234.

¹⁰ A este respecto, fue clave la aportación de FRISCH, W., 1983, pp. 162-206, 169-175. Cfr. más recientemente PÉREZ BARBERÁ, G., *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*, Buenos Aires (Hammurabi), 2011, *passim*.

prueba de la voluntad (1989, pp. 280-282; 2005, pp. 267-269), no pueden llevar a pensar que la prueba de los conocimientos se halle exenta de dificultades. En todo caso, se trata de probar una serie de indicios –los que sean–, sobre los cuales se procede a imputar el dolo. No hay nada extraño en dicha operación de imputación, sino que es algo propio de los juicios normativos con los que operamos en Derecho¹¹. Su carácter normativo significa que no se constata mediante la comprobación de datos físicos o naturales, sino sobre el significado que a esos datos u otras realidades se asigna para determinada finalidad en un sector (aquí, en concreto, el Derecho penal). Esto no significa que no haya datos psicológicos de base (conocer, querer, representarse, errar, ver, mover...), sino que no se aprecian en cuanto tales, ni son lo único a tener en cuenta, pues lo esencial viene con la atribución al agente, sobre una base más o menos consolidada de indicios. El carácter normativo del dolo supone que dichas realidades adquieren sentido en el contexto social, en razón de una finalidad, y en virtud de un juicio de valoración, atribución o definición. Con todo, este carácter normativo no resuelve, sin más precisiones, los casos difíciles –ni los que parecen sencillos–, sino que hemos de continuar afinando los criterios de discriminación entre el dolo y la imprudencia, entre conocer y errar.

II. EL FUNDAMENTO RACIONAL DEL ERROR SOBRE LA CAPACIDAD DE EVITACIÓN

1. El carácter normativo de los conceptos adquiere particular relevancia, en los casos límite entre dolo eventual e imprudencia consciente, a propósito de la propuesta de Corcoy de atender al «error sobre la capacidad de evitación». Como ya se ha expresado, si el agente percibe la peligrosidad de la conducta (conoce), pero cree erróneamente que podrá evitar el resultado (yerra), obra con imprudencia y sin dolo (cfr. 1989, p. 283; 2005, p. 270). El agente que, en una situación de peligro percibida como tal, se hace la idea de que podrá controlarla y evitar que derive en la producción del resultado, sobre la base de sus capacidades personales, tiene una representación intelectual de la realidad y de su actuar en esa realidad. Se trata de una representación de elementos de pasado (experiencia, habilidad...) y de presente (las circunstancias

¹¹ Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *Los elementos subjetivos del delito. Bases metodológicas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1990, p. 304, sin perjuicio de defender una base psicológica (cfr. *ibid.*, pp. 304-312, 331).

de este riesgo...) que conducirán a un evento futuro¹². Nada extraño, por otra parte, pues eso es algo propio de nuestros cursos de acción (reflexión sobre la base de la percepción, la experiencia y los deseos) todavía por realizarse. Que el agente se represente contar con condiciones que no posee (manejo de este vehículo, su modo de circulación con lluvia, por ejemplo) le sitúan en un error en cuanto diverge su representación intelectual sobre la efectiva aplicación de sus propias habilidades y capacidades al caso en que se halla. Dicha representación es empleada por el agente para emitir un juicio de pronóstico sobre lo que va a pasar si adopta o no una serie de medios o factores. Y este juicio de pronóstico, aun siendo importante en la configuración de la acción, no lo es todo. Es preciso que, además, transcurra la acción en el concreto caso aplicando sus conocimientos en el contexto, y se verifique –nunca mejor dicho– la representación que el agente se hacía de sus propias capacidades respecto al curso que estaba por venir con lo que efectivamente logró. Es entonces cuando cabe apreciar la posible divergencia entre la representación de su capacidad y habilidad con lo que logró en efecto. Y es a este error al que se propone atender para apreciar imprudencia y excluir el dolo. En este punto se presentan los casos, nada infrecuentes del optimista ante el riesgo¹³, como también los de otros temperamentos (el supersticioso, el presuntuoso, el temerario...) en contextos de peligro sobrevenido o buscado (apuestas...) en los que se percibe el riesgo que se cierne y se sobreestima la propia capacidad de evitarlo (famoso caso de la barraca de feria, propuesto por Lacmann), o sin más se prefiere ignorarlo. Es decir, supuestos en los que el agente conoce el riesgo que se cierne, pero *desconoce* de alguna manera su capacidad de controlarlo plenamente.

2. En tales casos, la discriminación entre dolo e imprudencia pasa por decidir si tenemos en cuenta lo que el agente dice creer o lo que el juzgador entiende que aquel cree. Con otras palabras, si seguimos como único criterio la representación –creencia, superstición, ilusión...– del agente, o bien es preferible «despersonalizar» ese juicio y que fije el juzgador si aquella es válida. Puesto que una posición subjetiva absoluta haría ineficaz el Derecho mismo, y objetivar en extremo la responsabilidad resulta contrario a postulados garantistas, la opción que queda es buscar una posición intermedia, combinada, que satisfaga tanto exigencias subjetivas de imputación como ne-

¹² Sobre la distinción entre el dolo respecto a los juicios sobre eventos futuros –en propiedad, un juicio de pronóstico–, cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, B., «La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo. Sobre la normativización del dolo», *CPC*, 65, 1998, p. 311.

¹³ Con razón se ha dicho que el caso del optimista sirve de prueba para los posibles criterios de distinción entre dolo e imprudencia. FEIJOO SÁNCHEZ, B., *Dolo eventual*, Santiago de Chile (Olejnik), 2018, p. 10.

cesidades sociales de prevención. Es entonces cuando se añade una matización nada irrelevante para estos casos: la apelación a la confianza del agente, y que esta sea «racional», como complemento del criterio básico inicial del error sobre la propia capacidad de evitación. En la exposición de Corcoy se añade en su monografía de 1989: no se podrá apreciar imprudencia «en aquellos casos en los que el autor, una vez creado el riesgo –y conociendo su efectiva virtualidad–, deja de controlarlo, por lo que no puede tener una *confianza racional en la ausencia del resultado*» (1989, p. 283, r.o.; 2005, pp. 270-271, r.a.); cabe apreciar imprudencia cuando el «desconocimiento tenga un fundamento racional» (1989, p. 285; 2005, p. 272). El calificativo de «racional» es aquí mucho más que un matiz¹⁴. En la línea de lo que se acaba de señalar sobre el criterio subjetivo extremo (del solo agente) o, en cambio, meramente objetivo (despersonalizado), apelar a *lo racional* introduce un baremo o estándar¹⁵, de carácter objetivo-subjetivo o, mejor, *intersubjetivo*. En este punto se nos plantea la duda de si se respetan las premisas de partida: su carácter cognoscitivo y normativo. Veámoslo.

3. En cuanto a lo primero, a si apelar al carácter racional o no de la confianza respeta el carácter cognoscitivo del dolo y el error, cabe responder

¹⁴ Cfr. CORCOY BIDASOLO, M., 1989, pp. 283, 285 (2005, pp. 271-272), que completa lo expuesto en CORCOY BIDASOLO, M., *ADPCP*, 38, 1985, pp. 970-971, en donde –según alcanzó– no se incluía esa matización; sí se contempla en CORCOY BIDASOLO, M., *ADPCP*, 42, 1989, p. 344, n. 66. El criterio de la confianza racional es tratado poco antes por algunos autores; en particular: KINDHÄUSER, U., *ZStW*, 96, 1984, pp. 27-28; HERZBERG, R. D., *JuS*, 1986, p. 255 (cit. en *El delito imprudente*, *ibid.*, pero no en el trabajo de 1985); HERZBERG, R. D., *JZ*, 1988, p. 642, SILVA SÁNCHEZ, J. M., *ADPCP*, 40, 1987, p. 652, y nota 22; *Id.*, *LL*, 1988-3, pp. 972-973. En ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., *ADPCP*, 39, 1986, pp. 395-422, se menciona, más que como elemento, para argumentar tanto el dolo (pp. 418 y 420, en alguna resolución jurisprudencial) como la culpa (p. 408). Para MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, 10.ª ed., Barcelona (Reppertor), 2015, 10/100, aunque considera la posibilidad de una creencia basada en motivos tanto objetivos como irracionales, lo esencial es la convicción del agente de que en su caso concreto puede realizarse la posibilidad percibida de producirse el resultado, de modo que se centra en si se *descarta* el resultado.

¹⁵ Apelar a lo racional es uno de los posibles criterios de objetivación, pero no el único. Así, cabría recurrir a una confrontación de la voluntad de realización con la voluntad de evitación, como proponía KAUFMANN, A., «Der Dolus eventualis im Deliktsaufbau», *ZStW*, 70, 1958, pp. 64-86; KAUFMANN, A., *ADPCP*, 13, trad. Suárez Montes, 1960, pp. 185-206, para quien «todas las circunstancias que el agente considera como posiblemente existentes o como posibles de producirse son abarcadas por su dolo, salvo que su voluntad de realización se dirija precisamente a evitar una consecuencia accesoría percibida como posible» (p. 81). Y su objetivación se precisaba a través de los medios seleccionados y empleados por el agente (p. 78) con una voluntad que atribuya una «reelle Chance» de evitar el resultado (p. 77). Pero esta manera de objetivación del dolo (de la voluntad) no es la única posible, sobre todo si atendemos al elemento cognoscitivo del dolo y su valoración intersubjetiva. Por esto, aunque en algunos casos las soluciones sean iguales (por ejemplo, para tratar como doloso el caso de quien confía en la suerte: p. 77), dudo de que el criterio propuesto por Kaufmann sea equivalente a la apelación a lo racional (así, sin embargo, en LAURENZO COPELLO, P., *Dolo y conocimiento*, Valencia (Tirant lo Blanch), 1999, p. 172, n. 114], que efectúan años después otros autores. Cfr. n. 14.

afirmativamente¹⁶. Aunque la confianza reviste en cierto modo una faceta voluntativa (deseo, anhelo...), no es mera voluntad, sino un acto que tiene también un aspecto cognoscitivo¹⁷. Podrá discutirse si el deseo es voluntad, pero confiar requiere al menos partir de un estado de la realidad que se toma por cierto. Confianza es también certeza en cuanto al conocimiento, y no solo una actitud o el deseo. Al menos cabe entenderla como una exigencia coherente con la posición cognoscitiva en materia de dolo y error. Lo que el calificativo de irracional añade es la valoración que merece esa confianza, y es aquí donde debe centrarse la atención para validar ese criterio. A ello nos referiremos en III.

4. En cuanto a si recurrir a la confianza respeta el carácter normativo del concepto de imprudencia, cabe responder también afirmativamente¹⁸. Es más: que la confianza en la propia capacidad de evitación sirva para valorar la conducta como imprudente cuando aquella sea racional¹⁹ es una manifestación del proceso de normativización experimentado por los conceptos de dolo e imprudencia²⁰. Apelar a lo que sea racional significa recurrir a un baremo o estándar con arreglo al cual se compara lo producido efectivamente en la realidad extramental del agente²¹, pero no con su representación

¹⁶ Téngase en cuenta que el criterio de la *racionalidad de la confianza* ha sido sustentado por defensores de conceptos de dolo tanto cognoscitivo-volitivos (así, [LUZÓN PEÑA, D. M., *Derecho penal. Parte general*, 3.ª ed., Buenos Aires, Montevideo (BdeF), 2018, 16/76-78]), como cognoscitivos (FEJOO SÁNCHEZ, B., *CPC*, 65, 1998, pp. 326 y 363).

¹⁷ Cfr. RAGUÉS I VALLÈS, R., «Irracionalidad de la confianza y dolo eventual», en Vicente Remesal, J. de. et al. (dirs.), *Libro Homenaje al profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario*, Madrid (Reus), 2020, pp. 975-985, p. 978, para quien «*toda confianza incluye un pronóstico y un deseo, que vienen a ser el reverso del elemento cognitivo y volitivo*» (r.o).

¹⁸ Relevante a este respecto PÉREZ BARBERÁ, G., 2011, pp. 756-774.

¹⁹ En este sentido, son claves las aportaciones de HERZBERG, R. D., *JuS*, 1986, p. 262; *JZ*, 1988, p. 641, al proponer trasladar la distinción al tipo objetivo y trazar la delimitación de dolo e imprudencia sobre la distinción de peligros *cubiertos* («abgeschirmte», en cuanto, en un contexto de riesgo no permitido, la atención del agente puede *contrarrestar* el peligro, y en los que cabe atender a una confianza fundada en evitar el resultado), frente a los no *cubiertos* («unabgeschirmte», en cuanto en dichos contextos la atención humana no puede *contrarrestar* el peligro, de modo que la confianza de evitación sería infundada): cfr. HERZBERG, R. D., *JuS*, 1986, p. 254; HERZBERG, R. D., *JZ*, 1988, p. 639.

²⁰ Cfr. RAGUÉS I VALLÈS, R., *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Barcelona (J. M. Bosch), 1999, pp. 106-107.

²¹ La racionalidad de la confianza, también en otros autores (supra, n. 14): cfr. SILVA SÁNCHEZ, J. M., *LL*, 1988-3, pp. 972-973; ID., «Consideraciones sobre el delito del artículo 340 bis.a).1.ª del código penal», en *Derecho de la circulación*, Madrid (Ministerio de Justicia. Centro de Publicaciones), 1992, p. 163; PUPPE, I., «Der Vorstellungsinhalt des dolus eventualis», *ZStW* 103 (1991), pp. 1-42, 14-18; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Madrid (Universidad Complutense, Facultad de Derecho, Servicio Publicaciones), 1994, pp. 62 (y n. 136), 64, 72; LUZÓN PEÑA, D. M., *Curso DP. PG*, I, Madrid (Universitas), 1996, pp. 426-427; ID., 2018, 16/78, 16/76, y n. 15 (sobre su posición, cfr. RAGUÉS I VALLÈS, R., en *LH-Luzón Peña*, 2020, pp. 975-985); FEJOO SÁNCHEZ, B., *CPC* 65, 1998, pp. 326 y 363; RAGUÉS I VALLÈS, R., 1999, pp. 479-482; LAURENZO COPELLO, P., 1999, pp. 276-282. Crítico, MOLINA FERNÁNDEZ, F., «La cuadratura del dolo: problemas irresolubles, sorites y Derecho penal», en

(sobre el peligro, su propia capacidad y el pronóstico efectuado sobre lo que va a suceder), sino con lo que se esperaba de él en el contexto²². Así, puede haber error si se produce el resultado contra todo (su) pronóstico, pero solo se tendrá en cuenta como imprudente cuando su confianza en evitarlo fuera racional²³. En cambio, no dará lugar a imprudencia, sino que se considerará dolosa, la divergencia entre su pronóstico y lo producido que sea *fruto de una irracional confianza*²⁴.

En tal caso, si lo que se compara es lo producido con lo que debería haberse representado, no habría error sino conocimiento, esto es, dolo²⁵. Esta última situación –confianza irracional– plantea la duda de si propiamente nos hallamos ante casos de error o de conocimiento. En la medida en que el agente confía, con fundamento, y este es racional, en que podrá evitar el resultado, y aun y todo no lo logra, hay error (divergencia). Mientras que, si el agente confía de manera irracional, no habría error, porque conoce la realidad y su propia dificultad para lograr evitar el resultado²⁶. A mi modo de ver, en estos últimos casos no siempre se excluye todo error. Pero esto no significa que se trate de un caso de imprudencia, sino de dolo, porque la conducta se imputa como tal a pesar del error. Para llegar a tal conclusión, es preciso partir de que el elemento estructural de la imprudencia, el error, no condiciona cómo se considera y se sanciona. Así, que la imprudencia sea castigada habitualmente con una pena inferior a la del respectivo delito

Alonso García, R. *et al.* (eds.), *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Cizur Menor (Civitas), 2005, p. 738.

²² A un baremo objetivo-general del elemento subjetivo se refiere RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., 1994, pp. 64, 78 (n. 190).

²³ O como propone RAGUÉS I VALLÈS, R., 1999, p. 169, más que de irrelevancia de la confianza irracional, se trata «más exactamente de las ausencias de representación irracionales desde un punto de vista del hombre medio», o de «no representaciones irracionales del riesgo» (p. 390).

²⁴ Con todo, queda por determinar qué es racional en ese contexto y para ese sujeto, pues de lo contrario, podría incurrirse en una petición de principio. Así, en particular, entiendo que habrá de estarse a la competencia profesional, la experiencia acreditada, el ámbito profesional, el grado de riesgo permitido y su confluencia con lo no permitido, entre otros. Alerta PÉREZ BARBERÁ, G., 2011, p. 756, de la pluralidad de sentidos del concepto. Cfr. n. 35.

²⁵ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J. M., *ADPCP*, 40, 1987, p. 652 (n. 22), quien plantea entonces como hipótesis que en el dolo eventual se da verdadero conocimiento, mientras que en la culpa consciente falta un conocimiento exacto de la situación típica (objetiva), al añadir el autor un elemento de confianza que le conduce al error. Y cuando esta confianza tiene fundamento racional, se da una situación de error por cuanto el agente incorpora nuevos elementos de conocimiento (pero erróneos) a su conocimiento de la realidad (n. 22). En cambio, en los casos de confianza irracional, no se valoran erróneamente datos empíricos, sino que «el sujeto conoce perfectamente la situación, el contenido real de peligro inherente a su conducta», lo cual impediría apreciar imprudencia (Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J. M., *LL*, 1988-3, p. 973, n. 18).

²⁶ Como expone CORCOY BIDASOLO, M., 1989, p. 268; 2005, p. 253, objeto del dolo es (el riesgo de) la conducta y no el resultado, que no deja de ser importante por tratarse de una condición de punibilidad (1989, p. 270; 2005, p. 255).

doloso, no significa que siempre deba ser así, ni que eso tenga relación con el error que contiene. Pueden darse casos en los que el error sea tratado como doloso porque merece la sanción de tal naturaleza²⁷. En buena medida, la confianza irracional en que «no pasará nada» puede encerrar un error, pero no merece ser tratado como los casos de confianza racional. Hay un argumento legal en favor de que es posible tratar como dolosos algunos casos de error²⁸, como es el de los delitos –dolosos– en los que el agente obra con temerario desprecio hacia la verdad. Pero más allá del argumento legal, entiendo que hay buenas razones para tratar como doloso un supuesto que estructuralmente encierra un error: los casos de confianza *irracional* en la propia capacidad de evitación, entre los que cabría incluir los de ceguera voluntaria ante los hechos. Y se expondrá a continuación.

III. ¿DOLO SIN CONOCIMIENTO Y ERROR SIN IMPRUDENCIA?

1. Lo anterior conduce a cuestionarse si media un error –en cuanto divergencia de la representación del agente y la realidad extramental– en todos estos casos considerados como de error sobre la propia capacidad de evitación. En tales casos, se trata de valorar y enjuiciar el conocimiento que el autor cree tener. No sólo constatar que conocía, sino valorar si ese conocimiento (o error) es tolerable, asumible, válido, en definitiva. Se trata de juicios de pronóstico que el agente traza con mayor o menor certeza y que quien enjuicia los valora más o menos negativamente cuando se trata de imputar responsabilidad. Por tanto, es cuestión de valoración del conocimiento que el agente dice tener. Como más arriba se ha afirmado, la divergencia entre lo representado (sus propias capacidades y habilidades para evitar un efecto dañoso) y lo efectivamente producido en la realidad fuera de su mente es un caso de error. Así, podría darse un caso de error en los casos en que o bien no se percibe el riesgo que se cierne, o bien –en cuanto a la propia capacidad de evitación– no se contempla la posibilidad de fallar. Cabe aquí error por cuanto difiere su representación de la realidad extramental, la cual incluye ya sus propias capacidades. Si dicho

²⁷ Cfr. FEJOO SÁNCHEZ, B., *CPC* 65, 1998, p. 354; semejante, ID., *Resultado lesivo e imprudencia*, Barcelona (J. M. Bosch), 2001, p. 199. Ha puesto de relieve MOLINA FERNÁNDEZ, F., en *LH-Rodríguez Mourullo*, pp. 738-740, cómo en la gradualidad del dolo (y la imprudencia) se halla presente una cuestión de valoración de la conducta y de la adecuada sanción.

²⁸ Y que menciona CORCOY BIDASOLO, M., 2005, p. XXVII; FEJOO SÁNCHEZ, B., *CPC* 65, 1998, p. 354. Un análisis detallado de este requisito, en SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, M., *Dolo e imprudencia en el Código penal español*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2007, pp. 525-680.

error se valora como intolerable²⁹, se trataría de un caso de error considerado como doloso³⁰. Pienso que esta conclusión no es incorrecta, sino que se deriva de distinguir la cuestión estructural de la imprudencia y la de su sanción. Sin embargo, entiendo que es posible defender que, en puridad, y al menos en algunos casos, no se da tal error, sino que la conducta es dolosa, en cuanto incluye conocimiento suficiente del peligro en el sentido del tipo.

2. En efecto, no existiría error cuando el agente se represente que, en un contexto de riesgo percibido como tal, no conoce algún elemento y/o su efectiva capacidad de evitación de dicho riesgo, y *lo sabe*. Es decir, quien en una situación de riesgo percibido sabe que desconoce cómo manejarse en él posee el suficiente conocimiento del riesgo de la conducta como para afirmar el dolo³¹. Al menos, es posible defender esto en no pocos delitos en los que el curso de riesgo es más que previsible con los conocimientos habituales de un sujeto socializado y mínimamente ilustrado. Y es eso lo que realizamos cuando consideramos dolosos los casos de ignorancia deliberada³², y lo que sucede desde antiguo con la figura de la «ignorancia voluntaria», y lo que puede estar sucediendo en muchos casos considerados como dolo eventual³³. Se entiende que obra dolosamente el agente que se representa su carencia de capacidad, y sigue actuando (conoce que no conoce). En definitiva, entre los elementos a conocer está su propia capacidad de evitación de la producción del resultado. Y es aquí donde adquiere relevancia el criterio de que sea *racional* la confianza en controlar el riesgo³⁴. La confianza racional significa que la

²⁹ Por diversas razones, en el caso de ceguera ante los hechos, considerado como doloso: cuando es provocada, o supone gravísimo desprecio por bienes fundamentales, sobre todo, la vida FEJOO SÁNCHEZ, *CPC*, 65, 1998, p. 355; cuando revelan un grado equivalente a la indiferencia propia del dolo RAGUÉS I VALLÈS, R., *La ignorancia deliberada en Derecho penal*, Barcelona (Atelier), 2007, pp. 176, 192-193; cuando «se pone de manifiesto la indiferencia del autor y» ... «concurra una motivación egoísta» PÉREZ DEL VALLE, C., 2012, p. 167.

³⁰ Para BUSTOS RAMÍREZ, J., *Control social y sistema penal*, p. 254, «*el dolo eventual es culpa... con un elemento subjetivo agravatorio del injusto*» (r.o.).

³¹ Sobre la base de exigir para el dolo al menos conocimientos inseguros, FEJOO SÁNCHEZ, B., *CPC*, 65, 1998, pp. 301-302.

³² Cfr. RAGUÉS I VALLÈS, R., 2007, p. 176 («no cabe descartar que ciertos supuestos en los que no concurren los “hechos psíquicos” tradicionalmente exigidos para el dolo puedan ser valorados como la expresión de un grado equivalente de indiferencia, como posiblemente sucede en algunos casos de ignorancia deliberada», r.o.); RAGUÉS I VALLÈS, R., «Vorsatz ohne Kenntnis? Überlegungen im Zusammenhang mit der Verurteilung von Lionel Messi wegen Steuerhinterziehung», *GA* 2021, pp. 1-15, 11.

³³ Cfr. RAGUÉS I VALLÈS, R., 2007, pp. 192-193; ID., *GA*, 2021, p. 9. Con todo, es preciso abrir la posibilidad de que algunos casos no merezcan la consideración de dolosos: cfr. así MIRÓ LLINARES, F., «Dolo y Derecho penal empresarial: debates eternos, problemas modernos», *CPC*, 113, 2014, pp. 222-223.

³⁴ Para FEJOO SÁNCHEZ, B., *CPC*, 65, 1998, p. 363, «es evidente que no se puede asumir una confianza irracional, sino solo una confianza racionalmente fundada en que una medida surtirá efecto»; se trata de identificar una confianza «asumible por el ordenamiento en beneficio del autor» (cfr. también p. 301). Y expresa LUZÓN PEÑA, D. M., 2018, 16/78: «lo que cuenta no es la mera esperanza o confianza

visión del agente sobre su propia capacidad de comportarse frente al riesgo ha de tener un fundamento compartible³⁵. Carecería de fundamento compartible, con base en su experiencia y entrenamiento, conocer la propia incapacidad y seguir actuando. Pero será compartible si se basa en experiencia y entrenamiento que son cognoscibles en el contexto en que se desarrolla la acción. Por tanto, si el agente (optimista, supersticioso, presuntuoso, temerario...) se representa su propia capacidad de evitación y tiene fundamento compartible, con base en su experiencia y entrenamiento, y a pesar de todo falla y se acaba produciendo el resultado (y este es imputable objetivamente), habrá que estar por la imprudencia y no por el dolo. Imprudencia porque hay error (actualiza, entre los factores de riesgo, sus propias capacidades y, sin embargo, algo no cae dentro de estas contra todo pronóstico compartible), y no dolo porque se valora como tolerable (se entiende que la capacidad de evitación tenía fundamento compartible). En cambio, si conoce la propia incapacidad y sigue actuando, y yerra sobre la evitación del resultado, puede percibirse como un caso de «error» que es intolerable, por ser no racional. Cabría así admitir que hay supuestos de «error» que son tratados como supuestos dolosos por lo intolerable que resulta imputarlo como imprudente³⁶. Sería consecuencia de considerar analíticamente el conocimiento y su objeto, así como de dar entrada a su valoración³⁷.

3. Así como es posible considerar dolosos algunos casos en los que el agente se halla en error (párr. 1-2), también cabe plantearse que otros casos sean de error, pero no den lugar a su tratamiento como imprudencia. Me refiero a supuestos en los que el agente yerra, y es racional pensar que podrá evitar el resultado: por lo tanto, tratamiento como imprudente. Sin embargo, si el agente conoce su propia capacidad, y verlo así es racional, es

irracional y puramente subjetiva en la no producción del hecho que tenga el autor, sino la confianza que con una mínima base racional o un mínimo fundamento objetivo puede albergar cualquier persona, el hombre medio-ideal».

³⁵ En el planteamiento de PÉREZ BARBERÁ, G., 2011, pp. 756-813, la determinación de qué sea racional es un problema epistémico (p. 762), sobre la comunicación que transmite la acción en el contexto, que no debe dejarse a la visión del agente (p. 765), sino que es de carácter normativo (p. 763). Y propone que la racionalidad viene dada «por la *atendibilidad objetiva* de la explicación que ofrezca el sujeto de las razones de su comportamiento» (p. 766, r.o.), de modo que «no será atendible, esto es, será epistémicamente infundada o injustificada o, más simplemente, *irracional*, si importa una pretensión o manifestación objetivamente extravagante en relación con el contexto empírico y epistemológico de que se trate» (p. 767).

³⁶ Sin embargo, considero que la reserva que muestra CORCOY BIDASOLO, M., 2005, p. XXVII, sobre los delitos que incluyen el temerario desprecio hacia la verdad por infringir el principio de proporcionalidad, puede deberse a entender de otra manera este tratamiento del error intolerable.

³⁷ Cfr. este proceder analítico en MIRÓ LLINARES, F., *CPC*, 113, 2014, pp. 218-222. Para RAGUÉS I VALLÈS, R., en *LH-Luzón Peña*, 2020, p. 984, se trata de distinguir un «necesario anclaje psíquico» y «criterios estandarizados de valoración de la prueba».

compartible, según se ha dicho, muy posiblemente podrá tratarse el error como invencible. Estructuralmente serían un caso de error sobre un elemento del tipo que excluye el dolo, y que se considera invencible, por lo que no hay responsabilidad penal. Es posible que la racionalidad sobre la propia capacidad de evitación, unida a la experiencia acumulada u otros factores, dé lugar a su consideración como invencible. Error sí, por cuanto hay algún aspecto del riesgo que escapó a su previsión; pero no imprudencia, por cuanto no se podría exigir más.

Confío en haber logrado destacar la relevancia de la aportación de la profesora Corcoy en una materia tan amplia como es la del delito imprudente, en la que su contribución queda como referencia obligada.

¿GENERA DERECHOS LA BUENA SUERTE? SOBRE EL PAPEL DEL RESULTADO EN DERECHO PENAL

JESÚS MARÍA SILVA SÁNCHEZ*

I. INTRODUCCIÓN

El modelo legal de sanción de la imprudencia –vigente en todos los países– condiciona el castigo a la producción del resultado. La «tentativa imprudente»¹ no se castiga, de modo que la mera realización de una conducta jurídico-penalmente desaprobada pero no imputable a título de dolo es impune. La doctrina dominante ha avalado este modelo legal. Sin embargo, un sector minoritario ha sostenido que es irracional². En efecto –arguyen sus integrantes–, si se castiga la imprudencia sólo en el caso de producción de un resultado, se está fundamentando la responsabilidad del agente sobre su mala suerte moral. La producción del resultado –concluyen– es algo que se halla al margen de las posibilidades de control de quien actúa³. Nuestra homenajead, mi querida discípula Mirentxu Corcoy, es una de las especialistas internacionales en el delito imprudente. En su obra se muestra de acuerdo con la doctrina dominante en que los delitos imprudentes sólo sean castigados cuando se produce el resultado. Sin embargo, a diferencia de esa doctrina domi-

* Catedrático de Derecho penal. Universidad Pompeu Fabra.

¹ BINDING, K., *Die Normen und ihre Übertretung*, 4, Leipzig (Engelmann), 1919, p. 497.

² ZIELINSKI, D., *Handlungs- und Erfolgswert im Unrechtsbegriff*, Berlín (Duncker & Humblot) 1973, p. 215; SANCINETTI, M., *Teoría del delito y disvalor de acción*, Buenos Aires (Hammurabi), 1991, pp. 79 ss., 86; PESSOA, N., *Injusto penal y tentativa*, Buenos Aires (Hammurabi), 2007, p. 35.

³ Ahora, BURGHARDT, B., *Zufall und Kontrolle*, Tubinga (Mohr Siebeck), 2018, pp. 25, 419 ss., 423.

nante, considera que el resultado no es un elemento que se integre en el injusto de estos delitos, ni de ningún delito⁴.

¿Es coherente sostener que la producción de un factor que no pertenece al injusto culpable agrava la condición jurídico-penal del autor? Esta objeción, en realidad, vale tanto para el modelo legal de sanción de los delitos imprudentes, como para la diferencia de pena entre la tentativa acabada-perfecta y la consumación de los delitos dolosos. Quienes, con la doctrina dominante, afirman que la producción del resultado conlleva más injusto –injusto de la conducta + injusto del resultado – pueden ciertamente argüir a favor del régimen legal. El problema para ellos es sostener por qué el resultado agrava el injusto.

II. LA RAZÓN DE SER DE LA ESTRUCTURA TÍPICA DE LA IMPRUDENCIA

En los sistemas vigentes, la sanción jurídico-penal de la conducta imprudente requiere, como es sabido, no sólo (i) que se produzca el resultado sino, además, (ii) que éste sea imputable objetivamente a aquella conducta. La pregunta es, entonces, por qué el legislador optó –y mantiene en general este criterio– por tipificar únicamente de las conductas imprudentes a las que les sigue la producción de un resultado objetivamente imputable. La respuesta a esa pregunta puede tener lugar, como mínimo, desde tres fundamentaciones distintas. La primera es que se debe a razones procesales y, en particular, probatorias; la segunda, que se basa en razones de necesidad de pena; la tercera, en fin, que es una cuestión de merecimiento adicional de pena. Para el primer punto de vista, la exigencia de un resultado para castigar por imprudencia no tiene un fundamento sustantivo, sino procesal. Sus defensores sostienen que la conducta imprudente, en sí misma considerada, ya merece toda la pena típica y que esta debería serle impuesta⁵. Pero, si no se produce un resultado lesivo objetivamente imputable a aquella, no se puede saber con claridad que la conducta fue realmente imprudente –y mucho menos probarlo–. Por tanto, es razonable esperar a la producción del resultado. Sostenida de modo general, esta tesis debe ser criticada. En efecto, la existencia de una conducta imprudente puede constatarse –y ser probada– sin esperar a la producción del resultado. El mero hecho de la tipificación de meras conductas imprudentes como delitos de peligro abstracto y la

⁴ CORCOY BIDASOLO, M., *Injusto e imputación objetiva en el delito imprudente*, Barcelona (PPU), 1989, pp. 37-38, 427-428, 439-441.

⁵ ZIELINSKI (1973), pp. 206 ss.

aplicación judicial de esos tipos penales lo pone de relieve. Ahora bien, sí es cierto que en algunos casos –en sectores de actividad no densamente regulados– la prueba de la conducta imprudente es especialmente difícil. En tales casos, incoar procesos penales sin que se haya producido ningún resultado supondría sobrecargar tanto a la Administración de Justicia como a los ciudadanos⁶.

Para un segundo punto de vista, la conducta imprudente⁷ es una conducta antijurídica (que vulnera una norma, entendida como directiva de conducta). Como tal, además, merece ya la pena del hecho. Lo que ocurre es que su tipicidad jurídico-penal se halla condicionada a la producción de un resultado imputable objetivamente a la conducta. La producción del resultado no da lugar a un mayor merecimiento de pena, sino sólo a la confirmación de que la pena merecida es, además, necesaria para estabilizar el orden normativo⁸. Si no se produce el resultado, con la especial objetivación de la infracción que este conlleva, entonces se considera que no es necesario castigar la conducta imprudente antijurídica, pese al merecimiento de pena de ésta⁹.

Existe un tercer punto de vista. Este tiene dos variantes. Para la primera de ellas, representada por la doctrina dominante, la conducta imprudente es antijurídica (por su desvalor de acción). Ahora bien, sólo merece pena cuando a ella se le añade la producción de un resultado lesivo objetivamente imputable (por la suma del desvalor de acción y el desvalor de resultado)¹⁰. El castigo de la imprudencia en los casos de producción de un resultado imputable se explica, por tanto, en virtud del mayor desvalor del hecho que es el que genera el merecimiento de pena. Cuando no se produce el resultado, el desvalor de la conducta por sí solo no consigue fundamentarlo.

La segunda variante parte de que la conducta imprudente no está prohibida por la norma. La norma es concebida como prohibitiva de procesos de causación típicos. Por tanto, la mera conducta imprudente no es antijurídica, sino que sólo infringe una incumbencia del agente (una *Obliegenheit*). Esto significa

⁶ KAUFMANN, ARM., «Das fahrlässige Delikt», *ZRvgl*, 1964, pp. 41 ss., 54-55; SANCINETTI, M., *Dogmática del hecho punible y ley penal*, Buenos Aires (Ad-Hoc), 2003, pp. 136-137.

⁷ Esto significa, a lo largo de este texto: «la conducta objetivamente descuidada que es posible imputar subjetivamente al agente».

⁸ FRISCH, W., *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, Heidelberg (Müller), 1988, pp. 509-518. En esta posición se enmarca mi planteamiento, que ahora preciso: SILVA SÁNCHEZ, J. M. *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2.ª edic., Buenos Aires (BdeF), 2010, pp. 629-630, 672-673, 675-677.

⁹ ZIELINSKI, 1973, pp. 206 ss.

¹⁰ Por todos, STRATENWERTH, G., «Handlungs- und Erfolgswert im Strafrecht», 1963, en *Beiträge zu Grundfragen eines zeitgemässen Strafrechts*, Berna (Stämpfli), 2017, pp. 297 ss., 306 ss. Más recientemente, JAKOBS, G., «Erfolgswert und Rationalität», en *Recht-Wirtschaft-Strafe. Festschrift für Erich Samson zum 70. Geburtstag*, Heidelberg (Müller), 2010, pp. 43 ss.; en España, GIL GIL, A., *El delito imprudente*, Barcelona (Atelier), 2007, pp. 107-114.

que no merece pena en sí. Ahora bien, una vez que se causa un resultado lesivo, la previa infracción de la incumbencia permite la imputación (extraordinaria) de ese hecho al sujeto. Por tanto, sólo la conducta que causa de forma jurídicamente relevante un resultado lesivo imputable (objetiva y subjetivamente) a título de imprudencia merece pena. La conducta meramente infractora de una incumbencia no merece pena, salvo que el legislador la tipifique como infractora de una norma (como delito de peligro)¹¹. En efecto, en virtud de la decisión legislativa de tipificación la infracción de una incumbencia se transforma en infracción de una norma.

La mejor forma de sostener la razonabilidad de la ausencia de castigo de la conducta imprudente sin resultado es recurrir a la falta de necesidad de pena. Ciertamente, la conducta imprudente en sí merece ya toda la pena¹². Quien está a punto de atropellar a un peatón al saltarse un semáforo en rojo vulnera las exigencias mínimas de cuidado –su conducta muestra plena lesividad ideal de enfrentamiento a la norma–, con ello produce una lesividad psico-social relativa (disminuye la confianza de los peatones en el sistema de semáforos) y muestra *ex ante* una lesividad material potencial muy elevada. Luego, *ex post*, se advierte ciertamente que no ha matado a nadie (carece de lesividad material real). Pero la ausencia de resultado no disminuye el merecimiento de pena de su conducta: ¿por qué habría de hacerlo? Lo que sucede es que el Estado puede prescindir de sancionar esa conducta sin graves costes sociales. La inexistencia de una necesidad imperiosa de pena explica la ausencia de sanción penal¹³. En cambio, si tras el hecho imprudente tiene lugar la producción de un resultado objetivamente imputable, se genera la necesidad de imponer una pena al hecho que ya merecía pena sin el resultado.

¹¹ Sobre este punto de vista, debido a Hruschka y Kindhäuser, con referencias, VALIENTE IVÁÑEZ, V., «La imputación extraordinaria como modelo de adscripción de responsabilidad jurídico-penal. El ejemplo de la imprudencia», *RECPC*, 22, 2020, pp. 1 ss.

¹² ALEXANDER, L., «Insufficient Concern: A Unified Conception of Criminal Culpability», *California L. R.*, 88, 2000, 931 ss., 936, 946-947; MORSE, S., «The Moral Metaphysics of Causation and Results», *California L. R.*, 88, 2000, pp. 879 ss.; EL MISMO, «Reason, Results and Criminal Responsibility», *U. Illinois L. R.*, 2004, pp. 363 ss., 379 ss.

¹³ Ni los argumentos de Moore ni los de Duff son de merecimiento, sino de necesidad de pena. Cfr. DUFF, A., *Intention, Agency, and Criminal Liability*, 1990, pp. 189 ss.; el mismo, «Thank God I Failed», en Hurd (ed.), *Moral Puzzles and Legal Perplexities*, Cambridge (CUP), 2019, pp. 60 ss., 72-73, centrado en las emociones reactivas; MOORE, M., «The Independent Moral Significance of Wrongdoing», *Journal of Contemporary Legal Issues*, 5, 1994, pp. 267 ss. Naturalmente, la discusión completa de esta cuestión requiere entrar en qué es merecimiento y qué es retribución. A mi juicio, solo se puede retribuir la conducta subjetivamente imputable. Por tanto, el sujeto solo puede merecer mediante su conducta y no mediante nada que exceda de ella. Esto puede observarse muy bien en ROBINSON, P., «The Role of Harm and Evil in Criminal Law: A Study in Legislative Deception?», *Journal of Contemporary Legal Issues*, 5, 1994, pp. 304 ss., que ve el resultado como una cuestión que afecta a la «retribución empírica». Pero esto no es más que una forma de referirse a la necesidad social de pena.

En suma, la conducta imprudente –en sí misma considerada– es atípica o, mejor, condicionadamente típica. Su tipicidad se halla condicionada a la producción de un resultado objetivamente imputable a aquella conducta. Ahora bien, es importante subrayar que la conducta imprudente sí es antijurídica.

III. MALA SUERTE MORAL Y CONTROL

Está claro que cabe la posibilidad de que hechos imprudentes muy graves no den lugar a resultado alguno y, en cambio, otros menos graves sí lo produzcan. Pero de ahí no debe inferirse, desde luego, que el modelo legal de sanción de las conductas imprudentes penalice la mala suerte moral del agente¹⁴. Ya se ha indicado que todo el merecimiento de pena se contiene en la conducta. Asimismo, se ha añadido que el resultado no suma merecimiento, sino que sólo permite concluir que la pena merecida es, además, necesaria. Pues bien, si se produce el resultado y este es imputable objetivamente a la conducta imprudente realizada por el agente, entonces no puede hablarse de mala suerte moral de éste. El sujeto ha realizado una conducta que ya merece la pena del hecho y el resultado producido e imputable objetivamente es la consecuencia racional –no fortuita– de la conducta. Ese resultado, a su vez, genera una desestabilización –perceptible en las reacciones emotivas que suscita– que no desencadena la mera conducta imprudente sin resultado. Es decir, hace necesaria y, por ello, equitativa, la imposición de la pena que la conducta ya merecía.

La única suerte de la que cabe hablar, para el sujeto que realiza una conducta imprudente, es una posible «buena suerte». Ciertamente, si la conducta imprudente no da lugar al resultado lesivo, en el lenguaje ordinario no se habla de «fracaso», sino de (buena) «suerte». En efecto, dada una conducta aparentemente imprudente, caben sólo dos posibilidades. La primera es que el resultado no se produzca por causas naturales. En tal caso, lo razonable es pensar que esa conducta aparentemente infractora de un deber de cuidado *ex ante* del sujeto carecía en realidad de capacidad causal. Es decir: no era imprudente, por falta de idoneidad lesiva. En casos así no sólo falta la lesividad, sino también la propia conducta antijurídica. Es decir: el merecimiento de pena.

La segunda posibilidad es la de que se produzca un caso de buena suerte. Esta consiste en que la conducta libre –orientada a la evitación del resultado o no– de otros sujetos, incluida la de la víctima, evite dicho resultado. La conducta libre

¹⁴ Aunque ello se haya dicho decenas de veces a lo largo de la historia: BINDING, 1919, pp. 214-215, en relación a Stübel.

de estos sujetos, al evitar el resultado que podría haberse derivado de la conducta imprudente, evita también, con ello, la necesidad de pena del hecho. Como se advierte bien en estos casos, en el mundo conviven causalidad y libertad. Iniciado un curso causal de libertad mediante una conducta que lesiona un deber de cuidado de forma subjetivamente imputable, ya se merece la pena del hecho imprudente. Por tanto, ya no cabe hablar de una «mala suerte». Por el contrario, sólo caben tres posibilidades: (i) Que se interponga una libertad ajena que reconfigure el hecho de forma todavía más negativa, de modo que surja una prohibición de regreso en beneficio del primer agente. (ii) Que, en cambio, la interposición de la libertad ajena evite el resultado (reconfigure positivamente el hecho), en cuyo caso el primer agente no es castigado. Como se advierte, el único «azar» es bueno y deriva de la libertad de terceros. (iii) En fin, que se produzca el resultado imputable objetivamente a la conducta imprudente. En tal caso, no cabe decir que el sujeto ha tenido la mala suerte de que no haya habido ningún tercero que haya impedido la producción de ese resultado. Ello incluso contradice el uso del término «suerte» en el lenguaje ordinario.

Ese resultado –como lesión objetivamente imputable a la conducta descuidada– es denominado por algunos «resultado antijurídico»¹⁵. La aceptación o no de esta expresión tiene que ver con la concreta teoría de las normas que se acoja y, por tanto, con la ubicación sistemática del resultado. Pero, aunque esa expresión no se admita, está claro que el resultado del delito imprudente no es producto del azar. Por el contrario, es un producto de una necesidad (causalidad), que se retrotrae a una acción libre, que a su vez tiene una teleología objetiva¹⁶. El azar es incompatible con una relación de infracción del deber (*Pflichtwidrigkeitszusammenhang*), que determina precisamente que también el resultado –como condición de la necesidad de pena– se le impute al agente como obra suya¹⁷.

El castigo de la conducta imprudente sólo en los casos en que produce de modo imputable el resultado, salvo excepciones, no castiga el azar. Tampoco es irracional, porque el merecimiento moral de pena no agota el mundo de las razones de imposición o no de ésta. El merecimiento sólo debe estable-

¹⁵ Ahora, BURGHARDT, 2018, pp. 422-423.

¹⁶ Ya LARENZ, K., *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung*, Leipzig (Deichert), 1927, pp. 51, 61; HONIG, R., «Kausalität und objektive Zurechnung», *Festschrift für R. v. Frank*, I, Tubinga (Mohr), 1930, pp. 174 ss., 184: *objektive Zweckhaftigkeit*.

¹⁷ KAHLO, M., «Überlegungen zum gegenwärtigen Stand der objektiven Zurechnungslehre im Strafrecht», *Festschrift für W. Küper*, Heidelberg (Müller), 2007, pp. 267 ss. Ya antes, desde una perspectiva distinta, pero coincidiendo en lo que aquí interesa, MAIWALD, M., *Zur strafrechtssystematischen Funktion des Begriffs der objektiven Zurechnung*, *Festschrift für K. Miyazawa*, Baden-Baden (Nomos), 1995, pp. 465 ss., 481.

cer las fronteras infranqueables de tal imposición: no pueden imponerse, por razones de necesidad, penas inmerecidas. Tampoco es inequitativo castigar en caso de producción del resultado y dejar de hacerlo si no se produce¹⁸. El sujeto que realizó la conducta imprudente y a quien se impone la pena tras la producción del resultado objetivamente imputable a aquella, merece pena. El que a otro que también la merece no se le castigue no vulnera las exigencias de equidad. El trato desigual en beneficio de este último tiene una clara razón distributiva. Al no producirse la desestabilización social asociada al resultado, no es necesaria la pena. En eso radica la buena suerte de quien, pese a su conducta imprudente, no es castigado. Pero nadie puede recalificar como «mala suerte» propia la «buena suerte» ajena.

IV. LOS ELEMENTOS DE LA RECONSTRUCCIÓN DEL PROBLEMA

1. El merecimiento

Nadie puede ser castigado más de lo que merece. El merecimiento de un agente sólo puede establecerse atendiendo a su conducta, que es lo que el sujeto controla. Expresado de modo negativo, una vez que se ha realizado la conducta, cesa la posibilidad de merecer. Ciertamente, se ha subrayado de modo reiterado que también en el proceso externo e interno que da lugar a la propia conducta hay momentos de azar, sobre los que el sujeto no tiene control. Con ello se pretende sostener que es discutible que exista pleno merecimiento aun en lo relativo a la propia conducta. Cierto. Sin embargo, presuponemos que existe dicho merecimiento por el control de la propia conducta. De lo contrario se eliminaría radicalmente la posibilidad de una responsabilidad con base en el merecimiento del agente. En cambio, está claro que, una vez que un curso causal lesivo abandona la esfera de organización de un sujeto, este ya no lo controla. Por tanto, en ese momento —el de la conducta imprudente perfecta, o el de la tentativa acabada-perfecta— el sujeto ya merece todo lo que puede merecer. La producción del resultado no modifica, desde un punto de vista ético-jurídico deontológico, el juicio sobre el hecho. Sin embargo, el hecho pasa a ser distinto desde un punto de vista ético-jurídico consecuencialista y también desde un punto de vista jurídico-político. Lo que sucede es que

¹⁸ LEVY, K., «The Solution to the Problem of Outcome Luck», *Law and Philosophy*, 24, 2005, pp. 263 ss. 265, 281 ss., sobre la base de la noción de «*assumption of risk*», que, a su juicio, determina que sea «*fair*» considerar el resultado producido, aunque esté fuera del control del sujeto, como elemento del castigo.

estas últimas perspectivas no pueden conducir a ampliar la responsabilidad más allá de lo deontológicamente merecido. Sí pueden fundar la reducción de la imposición de pena a menos de lo deontológicamente merecido cuando el resultado no se produce.

2. La equidad

En efecto, alguien puede ser castigado menos de lo que merece, e incluso no ser castigado pese a merecerlo. Ese castigo con una pena inferior a la que merece —o la impunidad del agente— pueden ser justos. La comprensión de este argumento requiere tener presente que la justicia del castigo no sólo tiene que ver con el merecimiento deontológico del agente, sino también con el carácter no excesivo de la imposición de la pena que el agente merecería. Una pena es excesiva, pese a ser merecida, cuando el restablecimiento del orden normativo puede conseguirse con menos coste social —con menos pena—. Esto es lo que suele suceder cuando no se produce el resultado lesivo. En efecto, la no producción del resultado lesivo no afecta al merecimiento de pena, que surgió y concluyó en la conducta realizada por el agente. Pero sí puede determinar que el castigo sea excesivo dadas las necesidades limitadas de recurrir a él para restaurar el *statu quo*.

Si la no producción del resultado (a la que equivale su producción no imputable objetivamente a la conducta) afecta al significado jurídico-penal del hecho, ello se debe a que el Derecho penal, en el marco del merecimiento deontológico, posee una dimensión consecuencialista. El llamado desvalor del resultado tiene un fundamento distinto del desvalor de la conducta: es normativo-social y no normativo-personal, político y no lógico-racional¹⁹. Pues bien, el Estado no puede dejar de prestar atención a toda esa dimensión que tiene que ver con las necesidades sociales de castigo y, por tanto, con la prevención general positiva. Cabe que la diversidad de emociones reactivas, en función de si se produce o no el resultado, no sea racional²⁰, pero es real en la comunidad política²¹. A partir de ahí, la diversidad de reacciones del Derecho penal en

¹⁹ DEGENER, W., «Zu den Bedeutungen des Erfolges im Strafrecht», *ZStW* 103 (1991), pp. 357 ss., 376 ss.; EL MISMO, *Die Lehre vom Schutzzweck der Norm und die strafgesetzlichen Erfolgsdelikte*, Baden-Baden (Nomos) 2001, pp. 127 ss., 429 ss.

²⁰ LÜDERSSEN, K., «Erfolgzurechnung und Kriminalisierung», *Festschrift für P. Bockelmann*, München (Beck) 1979, pp. 181 ss., 199; EL MISMO, «Der Erfolgswert», *Strafrecht zwischen System und Telos*, *Festschrift für R. D. Herzberg*, Tübinga (Mohr Siebeck) 2008, pp. 109 ss. 121.

²¹ DENCKER, F., «Erfolg und Schuldidee», *Gedächtnisschrift für Arm. Kaufmann*, Colonia (Heymanns), 1989, pp. 441 ss., 451-452.

función de si se produce o no el resultado tiene plena racionalidad en sentido político. Lo importante es que la pena no desborde el merecimiento deontológico derivado de la conducta del agente.

3. Consecuencias de política jurídica

En efecto, la pena del delito consumado no puede ser superior al merecimiento del agente, que se contiene en su conducta. Esta consideración, que vale tanto para los delitos dolosos como para los imprudentes, no es tan obvia como parece. Con frecuencia, la pena legal se fija atendiendo a consideraciones ajenas a la conducta del agente. Sin embargo, quien lleva a cabo una conducta imprudente perfecta o una tentativa acabada-perfecta ya ha hecho todo lo que puede hacer para merecer la pena del delito. La pena que se le imponga no puede superar esa frontera. Cuestión distinta, como se ha intentado plantear aquí, es que esa pena merecida deba no imponerse cuando el resultado no se produce. El modelo legal que establece su no imposición –en casos de imprudencia– o la imposición de una pena obligatoria o facultativamente atenuada –en los delitos dolosos– es razonable. Puede plantearse por qué en los delitos imprudentes sin resultado no se impone ninguna pena y en los dolosos, en cambio, se impone una inferior, pudiendo incluso ser la misma del delito consumado en algunos regímenes legales. De nuevo, esta diferencia se explica mejor con base en razones de necesidad que en razones de merecimiento estricto. Esas razones ponen de relieve la inestabilidad que, en relación con bienes jurídicos relevantes, produce la conducta dolosa, aunque no vaya seguida de resultado. Sin embargo, también manifiestan la conveniencia de optar por un sistema de *numerus clausus* de incriminación de la tentativa.

4. La ubicación sistemática del resultado

Todo suceso que causa la lesión de un bien suele recibir una valoración social negativa, aun cuando proceda de fenómenos naturales²². Cuando el bien es objeto de protección jurídica, ello conduce a la desvaloración jurídica de las conductas que pueden causarlo. El resultado imputable objetivamente a una conducta jurídicamente desvalorada pasa entonces a recibir también

²² BINDING, K., *Die Normen und ihre Übertretung*, 2, Leipzig (Engelmann), 1877, p. 231 nota 8.

una precisa desvaloración jurídica²³. Sin embargo, el resultado, que es desvalorado por el Derecho, desde luego no puede ser prohibido por este, pues las normas no pueden prohibir más que conductas. Por tanto, el resultado es antijurídico sólo en el sentido de que es desvalorado en virtud de la valoración que subyace a la única norma posible –la norma directiva de conducta–²⁴. En cambio, si por injusto se entiende algo que es infractor de una norma de conducta, el resultado no es antijurídico. Más que con respecto al ambiguo término «injusto», la cuestión debe plantearse con respecto al merecimiento del agente. El resultado no incide en el merecimiento de pena del agente. Sin embargo, forma parte del hecho y, asimismo, de la realización del tipo. El tipo, en cuanto descripción de la lesión del bien jurídico, no puede concebirse sin el resultado en el que se concreta la lesividad de la conducta. El resultado es un elemento del hecho típico que se cuenta entre los integrantes del supuesto de hecho de la norma de sanción.

5. La buena suerte

La buena suerte del autor, que ha redundado en la no producción del resultado, determina que la imposición de la pena sea innecesaria, o que baste con una pena inferior. Ahora bien, si una pena es innecesaria, porque cabe mantener el orden jurídico sin castigar en tales casos –o castigando menos–, entonces su imposición es excesiva. La imposición de una pena excesiva, aunque sea merecida, vulnera el principio de proporcionalidad en sentido amplio –prohibición de exceso–.

Esta consideración permite advertir el distinto modo en que debe operar el principio de proporcionalidad en el marco de fundamentaciones preventivas y retributivas de la pena. Para quien acoja una fundamentación preventiva, el principio de proporcionalidad debería operar como una limitación derivada de la exigencia de proporcionalidad estricta con la conducta del agente. En cambio, en ese marco no debe recurrirse a una proporcionalidad redefinida en términos de ponderación de costes y beneficios de la intervención penal. Ello sólo produce para el agente afectado el efecto de una suma de instrumentalizaciones: la derivada de la necesidad de prevención y la derivada del consecuencialismo de aquella ponderación. La conducta concreta-

²³ DUFF, 2019, p. 73: el resultado como *wrongful injury*.

²⁴ Próximo: WOLTER, J., «La imputación objetiva y el sistema moderno del Derecho penal», en: Gimbernat; Schünemann, y Wolter (eds.), *Omisión e imputación objetiva en Derecho penal*, Madrid (U. Complutense)1994, pp. 65 ss., 70, 73, 74-75.

mente realizada por el sujeto sólo aparece como una variable más de la ponderación y no es tomada realmente en serio.

Para quien acoge una fundamentación retributiva coherente, en cambio, la conducta concretamente realizada por el sujeto ya se considera en la propia fundamentación de la pena. Entonces, el principio de proporcionalidad opera ante todo como prohibición de exceso en la imposición de penas merecidas, pero de las que se puede prescindir sin perjuicio social. En definitiva, la imposición de la pena típica del delito imprudente al autor de una conducta imprudente, aunque el resultado lesivo no se haya producido por su buena suerte, vulneraría la prohibición de exceso. Igualmente la vulneraría la imposición de la misma pena del delito doloso consumado en casos de tentativa, incluso perfecta, aunque el resultado no se haya producido por pura buena suerte del agente. El sujeto afectado podría impugnar la aplicación judicial de la ley que así lo estableciera alegando la vulneración del derecho fundamental a la proporcionalidad. Por tanto, la buena suerte sí genera –indirectamente– derechos para el beneficiado.

Feliz cumpleaños, querida Mirentxu. *Ad multos annos!*

OMISIÓN E IMPUTACIÓN

ESTEBAN SOLA RECHE*

I. LA IMPUTACIÓN DEL RESULTADO TÍPICO A UNA OMISIÓN

1. Los esfuerzos dedicados a la categorización dogmática de los conceptos del Derecho penal frecuentemente quedan relegados al interés académico, que aunque no ajenos se les hace parecer distantes de la apremiante necesidad de resolver «problemas reales»¹. Por extraños y propios. Extraños, quienes incluso concedores de las sutiles, y no tan sutiles, preocupaciones de la dogmática están convencidos, y seguramente equivocados, de que pocas veces los conceptos mismos son de incontrovertible aplicación decisoria; de que pueden proporcionar elegantes argumentos, pero tanto para una solución como para la contraria. Propios, quienes resignados creemos que poco se consigue frente al nada infrecuente ejercicio de la injusticia con la que se esgrimen los términos de la ley diciendo ser argumentado en las categorías dogmáticas implícitas²; por no hablar de sus consecuencias últimas, que solo llegan a ser escandalosas cuando se utilizan en toscos argumentos de voceros que deciden sobre el interés de los que consideran «problemas reales» y su correcta solución³.

* Catedrático de Derecho penal. Universidad de La Laguna.

¹ Sobre la convicción (judicial) como modo de resolver la incertidumbre jurídica, v. FERRAJOLI, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, 10.ª ed. (Trotta), 2013, p. 109.

² En el cercano ámbito del Derecho procesal penal, respecto al valoración de la prueba, v. el llamativo caso comentado por ANDRÉS IBÁÑEZ, «Ciencia y Jurisprudencia», en *Juezas y Jueces para la Democracia*, *Boletín Informativo* 82, 2021, pp. 4 ss.

³ SCHÜNEMANN, *El Derecho penal en el Estado democrático de Derecho y el irrenunciable nivel de racionalidad de su dogmática*, (Reus, B de F), 2019, p. 75, toma como muestra de dominio «la siempre

Lamentablemente la dejadez del legislador es favorecedora de esta situación, permitiendo, entre otras disfunciones,⁴ una no bien controlada evolución del Derecho penal de la que probablemente la criminalización expansiva sea su manifestación más denunciada por la doctrina.⁵ Este motivo de merecida preocupación aparece repetitivamente en la obra de la homenajeadada profesora Mirentxu Corcoy, con su metódico esfuerzo de delimitar y dar sentido razonable y manejable a los más importantes conceptos de la teoría jurídica del delito;⁶ y cuya inspiración formula en su reciente trabajo que titula *¿Es posible limitar la intervención penal en el siglo XXI?* Concluye ahí que «la teoría jurídica del delito cumple una función relevante aportando seguridad jurídica» con básicas distinciones «que, con la actual técnica legislativa, desaparecen ya que en muchos de los preceptos de nuevo cuño [...] [e]l legislador, al olvidar la existencia de la Parte General no solamente equipara conducta[s] de diferente desvalor, sino que también introduce numerosas agravantes específicas que, además, en muchos casos suscitan graves conflictos en relación con el principio de *non bis in ídem*»⁷.

Si esa tendencia expansiva demostradamente ha creado nuevas incertidumbres y agravado algunas de la que ya existían, parece que la contrapartida es la incertidumbre de la sanción de conductas típicas, que aunque «teóricamente» previstas en la ley no habrían de ser penadas en todo caso. Desde el Derecho penal material con dos soportes argumentales, al menos: el primero,

desenvuelta y desinhibida intromisión de los medios en los procedimientos judiciales en curso». V. también SILVA SÁNCHEZ, «Los tres ámbitos de la dogmática jurídico penal. Una defensa de la racionalidad valorativa», *Indret*, 4/2019, pp. 23 ss., con la perspectiva de un «democratismo» deslegitimador (de la expresión democrática en la ley).

⁴ V. NAVARRO FRÍAS, *Mandato de determinación y tipicidad penal*, (Comares) 2010, pp. 13 ss.

⁵ Por todos, SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal, Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 3.^a ed. (B de F), 2013 *passim*.

⁶ Algunos de sus trabajos por ejemplo: *El delito imprudente: criterios de imputación del resultado*, PPU, 1989; «Responsabilidad penal derivada del producto: En particular la regulación legal en el código penal español: delitos de peligro», en MIR PUIG, y LUZÓN PEÑA (coords.), *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, J. M. Boch, 1996, pp. 247 ss.; *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales: nuevas formas de delincuencia y reinterpretación de tipos penales clásicos*, Tirant lo Blanch, Universidad Pública de Navarra, 1999; «La distinción entre causalidad e imputación objetiva y su repercusión en el proceso. Presunción de inocencia e in dubio pro reo», en CEREZO MIR, L. H., *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo*, (Tecnos), 2002, pp. 593 ss.; «Repercusiones de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la doctrina penal», *Estudios de Derecho Judicial*, 120, 2007, pp. 155 ss.; «La interpretación en derecho penal. Favor *libertatis* versus Favor *securitatis*. In dubio pro reo versus In dubio contra reo», en MIR PUIG-LH, *Derecho penal del Estado Social y democrático de Derecho*, La Ley, 2010, pp. 143 ss.; «Expansión del Derecho Penal y garantías Constitucionales», *Revista de Derechos Fundamentales*, 8, 2012, pp. 45 ss.; «Prevención limitada vs. neo-retributivismo», en MIR PUIG, L. H., (B de F), 2017, pp. 285 ss.; «Teoría del delito y proceso penal» en Huerta TOSILDO, L.H., *Universidad Complutense de Madrid*, 2020, pp. 399 ss.

⁷ CORCOY BIDASOLO, «¿Es posible limitar la intervención penal en el siglo XXI?», en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez. Protocolo I*, (2021), pp.103 ss.

con la efectiva reducción última de la tipicidad penal; mediante el rescate de la atipicidad por adecuación social de la conducta *a priori* típica, por la ocasional aplicación del principio de insignificancia⁸, o con el no más previsible argumento de (no) injusticia⁹, que acaban relativizando el alcance de los tipos penales. El segundo, con la, confesada o no, interpretación extensiva de algunas causas de justificación, que termina por «legalizar» la realización del comportamiento típico, casi siempre argumentada en la aceptación, cada vez mayor, de causas de justificación por analogía¹⁰.

2. En el núcleo de la dogmática penal, doctrina científica y jurisprudencia, muy mayoritariamente han acogido la categoría de la imputación objetiva, convirtiéndola en el colimador del tipo objetivo de todos los delitos de resultado. Aunque con sentido y efectos opuestos según se trate de delitos de acción o de omisión: con sentido restrictivo, cuando su reconocimiento como ulterior elemento del tipo objetivo de los delitos de acción de resultado explica la insuficiencia de la relación de causalidad por no ser dicho resultado objetivamente imputable¹¹; y en sentido contrario, cuando en los delitos de omisión de resultado categoriza la suplencia de la inexistente relación de causalidad por la atribución jurídica de éste, resolviendo que el resultado típico es objetivamente imputable a una omisión¹². Respectivamente: no a todo quien realiza una acción que es causa de un resultado se le ha de imputar éste; y en sentido contrario, se puede imputar el resultado a quien sin causarlo, omite el deber de evitarlo. En definitiva, y en el mismo orden: 1) a la acción que causa un resultado no necesariamente ha de imputársele; de modo que relación de causalidad entre acción y resultado no colmaría el tipo objetivo del correspondiente delito; y 2) no haber causado físicamente el resultado no excluye en todo caso su imputación, pudiendo acabar siendo penalmente responsable del mismo.

3. Con esta última proposición ya se certificó la liquidación del dogma causal por el expediente de la comisión por omisión, que con el requisito, definitivo según creo, de la equivalencia (en sentido jurídico) se responsabiliza por el resultado a quien sin causarlo le resulta jurídicamente imputable. Pero dicha equivalencia entre omisión y acción es un elemento con el que no se

⁸ V. SOLA RECHE, y ROMEO CASABONA, Las causas de atipicidad, en: Romeo; Sola, y Boldova, *PG*, 2.ª ed. (Comares), 2016, pp. 208 ss.

⁹ V. KUDLICH, «“La justicia” en la jurisprudencia penal del Tribunal Supremo alemán (BGH)», en *Cuestiones fundamentales de la aplicación del Derecho penal, Contribuciones a la teoría del método y la imputación en el Derecho penal*, (Marcial Pons), 2018, pp. 175 ss.; NAVARRO FRÍAS, 2010, pp. 82 ss.

¹⁰ HIRSCH, «Causas de justificación y prohibición de la analogía», *Obras completas II*, (Rubinzal-Culzoni), 2011, pp. 313 ss.

¹¹ V. PUPPE, «El sistema de imputación objetiva», *Indret*, 1/2021, pp. 589 ss.

¹² V. JAKOBS, *El Derecho penal como disciplina científica*, (Thomson/Civitas), 2008, pp. 86 ss.

cuenta para fundamentar la punibilidad del resto de las omisiones punibles. Se trate de delitos de mera omisión, sin la previsión de un resultado en el tipo de lo injusto, como el delito de omisión del deber de socorro del artículo 195; o de otros delitos de omisión no impropia (sin parangón con delitos de comisión) pero en cuya estructura típica sí se incluye un resultado (en sentido normativo), como el de riesgo grave para la salud de las personas del delito de denegación de asistencia sanitaria del artículo 196. Lo que me lleva a la cuestión que en esta ocasión quiero tratar, como manifestación de alguno de esos conflictos de los que viene advirtiendo la Prof. Corcoy.

II. LAS OMISIONES PENADAS POR LA LEY

1. El artículo 10 del CP prevé como delitos las acciones y *omisiones penadas por la ley*. Se deduce que la omisión delictiva puede consistir solo en la *no realización de la acción exigida por la ley* cuando expresa un mandato (o una intercambiable prohibición de abstención)¹³, con la básica legitimación de contribuir a la función del Derecho penal de proteger los bienes jurídicos más importantes para la convivencia democrática frente a los comportamientos más graves. El mandato de acción cuya infracción da lugar al delito de omisión alcanza así a implicar a los ciudadanos, bajo amenaza de pena, exigiéndoles su intervención acaso inhibitoria de procesos causales de los que incluso podrían venir siendo ajenos: el deber de socorro del artículo 195 CP se impone incluso al que sin contribución causal alguna accede a la situación típica de poder auxiliar a quien se halle desamparado y en peligro manifiesto y grave. En todo caso la tipicidad de la omisión supone *prima facie* que se debe hacer algo que se puede hacer, y que se exige hacer bajo la amenaza de pena; sin que necesariamente haya de conseguir evitar la materialización del riesgo.

2. Pero en los otros casos la intervención exigida por el tipo penal sí se vincula además a la evitación de un resultado; a los padres que continuamente omiten los más elementales cuidados a los que viene obligados a prestar a un hijo cuya grave enfermedad provoca finalmente su muerte, se les puede responsabilizar por ello como autores de un delito de homicidio¹⁴. Aquel mandato de intervención se exige con mayor motivo a quienes de una forma u otra no vienen siendo ajenos a la situación típica ni al directo conocimiento de las previsibles

¹³ Ya SILVA SÁNCHEZ, El delito de omisión. Concepto y sistema, 2.^a ed. (B de F), 2003, pp. 91 ss.

¹⁴ V. p. ej. STS 1324/2020, condenando por homicidio imprudente del artículo 142.

consecuencias de un proceso causal lesivo del bien jurídico¹⁵. Conforme al artículo 11 del CP *los delitos de resultado* se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo equivalga a su causación; estableciendo dicha equivalencia cuando se infrinja por el autor un especial deber jurídico y además, exista una específica obligación legal o contractual de actuar o el omitente haya creado una ocasión de riesgo precedente¹⁶. A falta de una expresa previsión de tipicidad a través de un correspondiente delito de acción.

1. Las omisiones propias e impropias

1. Esta ilustración del diferente contenido de omisiones penadas por la ley se hace corresponder con la tradicional distinción doctrinal entre omisiones propias e impropias, con la referencia a su aspecto más formal de cómo se recogen en la ley¹⁷: la (propia) descripción de la omisión típica sin correspondencia con un tipo comisivo, o la (impropia) determinación del tipo penal omisivo desde un tipo comisivo (*a priori* equivalente). El carácter impropio de la omisión se reconocería en la derivación (o correspondencia) de (o con) un tipo comisivo¹⁸. Aunque frecuentemente acaban por entremezclarse dos aspectos que, a mi juicio, ni son lo mismo ni su consideración por separado tiene por qué conducir a las mismas consecuencias: el de tipicidad, por el que se obtiene la cobertura de omisiones delictivas no explícitas *desde* un tipo comisivo; y el de antijuridicidad material, por el que se asume la equivalencia de la omisión con *su* delito de acción. Equiparando así las categorías de comisión por omisión y de omisión impropia. De aceptar incondicionalmente lo primero, esto es, que toda comisión por omisión supone su implícita tipicidad en la figura comisiva (que no es lo mismo que reconocer la equivalencia de injustos), sería superflua su *propia* mención en la Parte Especial. Es evidente que el legislador no se ha sometido a un programa legislativo basado en semejante técnica de tipificación.

2. La precursora figura del homicidio, en la que acriticamente quedarían comprendidos los casos de no evitación de la muerte de otro equivalentes a los de su causación, no sirve de arquetipo para deducir de la descripción

¹⁵ V. infra, nota 23.

¹⁶ Sobre las merecidas críticas de esta regulación, ya GIMBERNAT ORDEIG, «Prólogo a la 2.ª ed.», *Código Penal*, (Tecnos), 1996.

¹⁷ Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, «La distinción entre delitos propios (puros) y delitos impropios de omisión (o de comisión por omisión)», en CEREZO MIR-LH, 2002, 685 ss.

¹⁸ ROXIN, *PG II*, (Civitas/Thomson), 2003, p. 759.

comisiva el correspondiente delito de omisión en no pocos supuestos. Por muy variadas razones.

a) Para el allanamiento de morada por mantenerse en la misma contra la voluntad del morador (*scil.*: omitir abandonarla), del artículo 202.1, se ha optado por su mención expresa junto al legalmente equivalente comportamiento comisivo de entrar en morada ajena. En realidad ambas formas de realización del mismo delito entrañan importantes diferencias susceptibles de traducirse en distintas medidas de desvalor, ya que la permanencia contra la voluntad del morador no se considera la modalidad de comisión por omisión de la acción de entrar¹⁹.

b) Se entendió que tampoco colmaba suficientemente la exigencia de taxatividad la elipsis de la omisión en la formulación del delito de defraudación tributaria de artículo 305.1, y en los concordantes artículos 306 y 307, precisamente cuando eludir el pago consiste, en esencia, en una omisión. La que ha pasado a ser principal descripción del comportamiento típico, «eludir el pago», acoge comportamientos de «omisión por comisión» cuando el impago se instrumentaliza en comportamientos activos; por ejemplo, de falsedad en la declaración tributaria. Obviamente no es lo mismo sólo no declarar y eludir el pago (omisiones en todo caso), que declarar mendazmente (acción) para justificar la elusión del pago.

c) El artículo 176 *propriamente* castiga la omisión de la autoridad o funcionario público por la que faltando a los deberes de su cargo permite que se ejecuten torturas u otros delitos contra la integridad moral descritos en los artículos que le preceden con sus mismas respectivas penas. Sin embargo por su también expresa vinculación con esos otros delitos se califica como la equivalente comisión por omisión²⁰.

d) El artículo 468.3 expresamente castiga la omisión de medidas exigibles para mantener el correcto estado de funcionamiento de los dispositivos técnicos para controlar el cumplimiento de las penas, equiparándola a su inutilización.

e) En cambio el artículo 404, de la prevaricación administrativa se ha convertido en ejemplar suplantación de la formalidad de la expresa tipicidad por la materialidad de la equivalencia. Sobre todo a partir de la idea de que, en el procedimiento administrativo, la negativa a responder a legítimas peticiones sobre las que deba existir una resolución puede ser equivalente a la resolución

¹⁹ Cfr. HERNÁNDEZ PLASENCIA, «Artículos 202-204», en Díez Ripollés, y Romeo Casabona, *Comentarios al CP. Parte Especial II*, (Tirant lo Blanch), 2004, pp. 895 s.

²⁰ Cfr. MUÑOZ SÁNCHEZ, «Artículos 173-177», en Díez Ripollés, y Romeo Casabona, 2004, pp. 172 ss.

arbitraria expresa cuando es imperativo su dictado²¹. A pesar de que conforme al texto de la ley penal se requiere *dictar* una resolución. En este caso se suele reconocer como una comisión por omisión del delito formulado en su forma activa, e impropia en cuanto implícita en la formulación del tipo comisivo.

Sin embargo, en otros delitos equiparados a la común prevaricación administrativa, como los de los de la llamada prevaricación urbanística del 320.1, y de la llamada prevaricación medioambiental del artículo 329.1, el legislador ha optado por describir propiamente formas omisivas del delito.

f) Probablemente la más amplia vía abierta al castigo de omisiones como comisión por omisión es el de la participación. La autoría descrita mediante comportamientos típicos inequívocamente comisivos dificulta la formal identidad estructural con omisiones que aun así podrían considerarse equivalentes²². Sin embargo, esa dificultad no suele permanecer para la participación propiciatoria del delito comisivo: 1) madre que conociendo los continuados abusos sexuales a su hija menor por la pareja conviviente de aquélla, es condenada por cooperación necesaria en comisión por omisión²³; 2) alcalde que conoce y permite que un auxiliar administrativo del Ayuntamiento ejerza labores propias y exclusivas de agente de la Policía Local, es condenado como cooperador necesario por comisión por omisión del delito de usurpación de funciones del artículo 402 del CP²⁴.

2. El estereotipo de las omisiones puras (o propias) de garante: ejemplo del artículo 196 CP

1. En el CP de 1995, se añadieron al artículo 195 bajo la misma rúbrica «de la omisión del deber de socorro», los específicos delitos de denegación de asistencia sanitaria y de abandono de los servicios sanitarios, en el artículo 196²⁵. Ocupándonos en esta ocasión sólo del delito de omisión de asistencia sanitaria, recordaremos que su novedad se justificó en que había que

²¹ Ejemplo de la alcaldesa que se niega a cumplir, sin justificación alguna, con el debido trámite administrativo ordenado por la Administración competente, de la STS 2716/2021.

²² Sobre el presupuesto de la identidad estructural v. SILVA SÁNCHEZ, «Desarrollo de una propuesta de tripartición (gradualista) de los delitos de omisión», en sus *Estudios sobre los delitos de omisión*, (Gri-gley), 2004, pp. 289 ss.

²³ Calificación que se asume en el ATS 13904/2021, remitiéndose a la STS 1701/2010, en la que por hechos similares, en cambio, se condenó a la madre como coautora.

²⁴ STS 7825/2012.

²⁵ Artículo 196. El profesional que, estando obligado a ello, denegare asistencia sanitaria o abandonar los servicios sanitarios, cuando de la denegación o abandono se derive riesgo grave para la salud de las personas, será castigado con las penas del artículo precedente en su mitad superior y con la de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, por tiempo de seis meses a tres años.

poner remedio a la precedente incongruencia de castigar idénticos hechos unas veces como denegación de auxilio por funcionario público (del art. 371.1 y 3 ACP), y otras por delito de omisión del deber de socorro (del art. 489 bis ACP), según se tratase, respectivamente, de funcionario público o no, y con pena prevista más grave en este último caso; y por otra parte, porque era necesario hacer frente a ciertos comportamientos abstencionistas de los profesionales sanitarios que, no pudiendo calificarse como delito de omisión del deber de socorro, se entendió que merecían reproche penal²⁶.

En efecto, la propia tipificación de este delito pone de manifiesto importantes diferencias con el delito de omisión propia del artículo 195: mientras que el delito de omisión del deber de socorro del artículo 195 parte de un genérico deber de solidaridad respecto a más bienes jurídicos personales que la vida o la salud, como los de la libertad y de la libertad sexual, expresamente citados en el artículo 450 CP, con el que guarda indudable parentesco, el de denegación de asistencia sanitaria del artículo 196, se orienta a la protección únicamente de la salud de las personas (en realidad salud y vida); mientras que el delito de omisión del deber de socorro requiere de una situación de desamparo que, podría considerarse, no se daría con el socorro de personas sin cualificación sanitaria aun siendo necesaria asistencia sanitaria y el profesional sanitario se negase a prestarla, el artículo 196 no menciona como requisito el desamparo²⁷.

2. También contiene dos importantes diferencias estructurales. Por un lado, se diferencia en que se concreta el círculo de posibles autores del delito al profesional sanitario (delito especial propio). Que lo situaría en la posición de garante sintomática de (algunos) delitos de comisión por omisión. Sin embargo, como se ha visto esto no es tan decisivo como sí lo es la correspondencia estructural con un delito de acción²⁸, con el que en caso del artículo 196 CP no contamos, y lo descarta como delito de comisión por omisión²⁹. Lo que no implica que el delito de denegación de asistencia sanitaria, aparentemente descrito como una omisión, no pueda cometerse por acción: ejemplo del profesional sanitario

²⁶ V. ROMEO CASABONA, «Artículo 196», en Díez Ripollés, y Romeo Casabona, 2004, pp. 653 s.; ESQUINAS VALVERDE, *El delito de denegación de asistencia sanitaria o abandono de los servicios sanitarios. El artículo 196 del CP*, Comares, 2006, pp. 6 ss.

²⁷ V. STS 4374/2015, que condena por denegación de asistencia sanitaria al facultativo de guardia que, requerido incluso por agentes de policía, se niega a salir del hospital para atender a un enfermo grave que se encontraba a pocos metros. Pero que de no haberse incorporado al CP el delito del artículo 196 hubiera sido más que discutible la posibilidad de apreciar el delito de omisión del deber de socorro, al no existir una (absoluta) situación de desamparo.

²⁸ V. RUEDA MARTÍN, «Sobre la necesidad de exigir una posición de garante para atribuir una responsabilidad penal. Comentario a la STS 832/2013, de 16 de diciembre de 2013», en *Indret*, 1/2015, pp. 20 s.

²⁹ Así ya ESQUINAS VALVERDE, 2006, p. 39.

que desvía (acción) a pacientes a otros servicios consciente de que con ello no recibirán la asistencia sanitaria necesaria³⁰. Por otro lado, para que la conducta típica pueda tener relevancia penal el precepto requiere que de la misma derive riesgo grave para la salud de las personas. Se trata pues de un delito de resultado de peligro concreto, para cuya realización no basta un peligro hipotético; pero tampoco es necesario un resultado material de pérdida de la salud o muerte. De las que sólo de producirse el resultado material de lesiones o muerte se haría responsable al profesional sanitario, además, si su omisión fuese equivalente a la comisión (comisión por omisión). Sería el caso del profesional sanitario que omite la asistencia a quien tiene exclusivamente a su cargo, y de habérsela proporcionado no habría empeorado su salud o fallecido.

III. ENTRE LA IMPROPIEDAD Y LA EQUIVALENCIA DE LA OMISIÓN PENADA POR LA LEY

1. Conceptos como imputación objetiva y comisión por omisión, no debieran ser instrumentalizados para hacer decir a la ley lo que no dice (pero quizás quiso decir). La, por otros motivos muy merecidamente criticada, redacción del artículo 11 del CP no cierra la puerta a la comisión por omisión que *no* consista en la producción de un resultado. Ni tampoco debiera ser un impedimento para graduar la gravedad de la comisión por omisión en comparación con el tipo comisivo de referencia. Por más que se crea que la ley debiera decirlo, y así evitar que se le haga decir lo contrario. Es obvio que el artículo 11 no *castiga* los delitos de comisión por omisión: sólo es un soporte legal para su castigo a partir de los tipos comisivos de la Parte Especial. Pero naufraga con su programa de imperativa equiparación a partir apriorísticos especiales deberes. Tampoco la relación de equivalencia entre una acción y una omisión, que bendice a la omisión como comisión por omisión, tiene que depender en todo caso de la presencia de un resultado que imputar en el tipo comisivo³¹. No parece descartable que un delito de mera actividad pueda tener

³⁰ Sobre la (no) repercusión de responsabilidad a las autoridades sanitarias que pudieran haber resuelto al respecto mediante órdenes e instrucciones sobre la inicial gestión de la pandemia de COVID-19, v. ATS 10588/2021, con la sola perspectiva de la prevaricación por omisión. Cuando quizás, dependiendo de los concretos hechos considerados, la especialidad del delito del artículo 196 CP por el requisito de tratarse de profesionales sanitarios, se saltaría mediante la autoría mediata sólo si tales órdenes e instrucciones se refieren a la denegación de la asistencia sanitaria.

³¹ V. ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices*, (Atelier), 2007, pp. 58 s.: «[E]l carácter «típicamente comisivo» de una conducta omisiva no es una cuestión que tenga que ver con la imputación del resultado

su igual como omisión, implícito o no en el tipo comisivo, mientras sea reconocible su igualdad estructural, extramuros del artículo 11.

2. Sin embargo, los intentos de ilustración de esos últimos casos fácilmente se deslizan desde la autoría hacia la participación en comisión por omisión, evitando así la dificultad de explicar cómo la conducta típica formulada como una acción se transforma en una omisión equivalente. Como hemos visto que viene ocurriendo con el delito de prevaricación del artículo 404 CP. También quien permite que su vehículo sea conducido por quien conoce que está bajo la influencia de las sustancias a las que se refiere el artículo 379.2 del CP, no pasa de ser un cooperador por omisión de la conducta típica de conducir del autor. Desde la presumible coincidencia de opiniones en que las conductas de participación omisiva pueden ser materialmente equiparables a contribuciones activas, pierde importancia que en ese ámbito de la participación sea necesario el previo filtro de la equivalencia estructural para precisar que más allá de participar por omisión ésta tenga que calificarse de comisión por omisión³². El vínculo con la expresa acción típica, necesario para la autoría y respecto al que se generan las limitaciones de tipicidad para la comisión por omisión, se habría quedado por el camino al pasar al menos exigente ámbito de la participación, y en el que ya no es necesario invocar el artículo 11 del CP.

2. Con todo, la identidad estructural, siendo un requisito previo no debe prejuzgar el contenido de equiparación. Pero sin equiparación estructural, no debería hacerse valer la equiparación material³³. Por eso creo que los casos de participación por omisión aumentarán en nuestra jurisprudencia, en parte como remedio a las dificultades de subsunción de omisiones cuya equivalencia, sorprendentemente ya no sería con la conducta típica prevista para la autoría. Si a ello sumamos la creciente incorporación de nuevos delitos de omisión de garante, las mencionadas preocupaciones de nuestra querida homenajeada están más que justificadas.

producido a la omisión. [...] La imputación o no de un resultado es un fenómeno de escasa importancia para distinguir entre omisiones puras y comisión por omisión».

³² Con razón, RUEDA MARTÍN, 2015, pp. 20 ss.

³³ V. GRACIA MARTÍN, «Los delitos de comisión por omisión (una exposición crítica de la doctrina dominante)», en *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, (UNED), 2001, pp. 417 ss.

LA DOBLE DIMENSIÓN DEL DOLO COMO CRITERIO DE IMPUTACIÓN

VICENTE VALIENTE IVAÑEZ*

I. PLANTEAMIENTO

Es posible considerar, al menos, dos problemas fundamentales en torno al dolo. Por un lado, el problema del *concepto* de dolo; por el otro, el problema de la *determinación* (o aplicación) del dolo¹. Ofrecer una respuesta al primer problema tiene prioridad con respecto al segundo, pues primero deberá tenerse claro qué presupuestos componen el dolo para después establecer, en un caso concreto, si una persona se ha comportado dolosamente en la medida en que «estén presentes» las condiciones de aplicación del (concepto de) dolo. Este trabajo trata de contribuir al análisis del primer problema.

Como es sabido, en la discusión doctrinal y jurisprudencial el problema del concepto de dolo cobra especial relevancia cuando se trata de establecer la demarcación entre el dolo eventual y la así llamada «imprudencia consciente». Es sobre todo en este punto que se hacen evidentes las discrepancias entre las distintas concepciones, las cuales terminan por clasificarse en dos grupos: las concepciones «volitivas» y las concepciones «cognitivas». Simplificando mucho, la diferencia entre unas y otras puede ser de distinto énfasis —en este caso, las concepciones compartirían sus componentes, pero pondrían el acento en alguno

* Profesor Lector de Derecho penal. Universitat de Barcelona.

¹ Al respecto, RAGUÉS I VALLÈS, R., *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Barcelona (J. M. Bosch Editor), 1999, pp. 20 ss.

de ellos–, o de distinta composición –por ejemplo, existen concepciones cognitivas «puras», esto es, concepciones que no conceden un lugar constitutivo de dolo a elemento volitivo alguno–. En el seno de unas y otras podemos encontrar diferentes variantes conceptuales. En esta contribución se asume una concepción «cognitivista» o «representacionista» de dolo. Sin embargo, muy poco se dirá sobre el componente «cognitivo» o representacional.

La idea, entonces, es dar cuenta de un componente que no suele formar parte de la ecuación en la discusión sobre el concepto del dolo. O al menos no de manera explícita. De este modo, se pretende dejar planteada la posibilidad de repensar el dolo como una noción más amplia de lo que nos tiene acostumbrados la doctrina. Y para ello se toman como base una premisa y una hipótesis. La premisa es que el concepto de dolo cumple una determinada función dentro del sistema de atribución de responsabilidad jurídico-penal y, en este sentido, debe ser abordado como un concepto técnico. La función del dolo es ofrecer un criterio de imputación subjetiva; específicamente, debe informarnos de que el sujeto pudo evitar intencionalmente lo sucedido puesto que dispuso de la capacidad para hacerlo. La hipótesis es que el concepto de acción intencional, tal como ha venido trabajándose desde algunas instancias de la filosofía analítica, ofrece herramientas que nos ayudan a explicar la función del dolo. En esta contribución se pretende sacar provecho de algunas de ellas. La conclusión que habrá de seguirse es que no es posible explicar la función del dolo invocando únicamente el componente representacional.

II. ACCIÓN INTENCIONAL Y CONCEPTO DE DOLO

Cuando se aborda el problema de la atribución de responsabilidad, de la expresión de elogio y de reproche, es posible establecer dos distinciones relacionadas. Primero, la distinción entre la *descripción* de aquello que sucede y la *ubicación* de aquello que sucede en el ámbito de responsabilidad de una persona. Segundo, la distinción entre la *imposibilidad de ubicar* aquello que sucede en el ámbito de responsabilidad de una persona y la *posibilidad de ubicar* aquello que sucede en dicho ámbito. Esta última distinción parece integrar la primera, pero no al revés. Pues mientras la segunda distinción da cuenta de dos interpretaciones distintas (incompatibles entre sí) de lo sucedido, la primera da cuenta de dos formas de hablar o perspectivas (compatibles entre sí) de lo sucedido.

De la primera distinción encontramos un *locus classicus* en la *Metafísica de las Costumbres* de Kant, quien en su relación de conceptos preliminares define la *imputatio* como «el juicio por medio del cual alguien es

considerado como artífice (*causa libera*) de una acción [*Handlung*], que entonces se llama hecho [*Tat*] (*factum*)»². Esta distinción se establece cuando un suceso en el mundo (al que llamaremos «evento», y que no es sino el estado de cosas resultante de lo que alguien ha hecho), primero se considera desde esa perspectiva descriptiva para después ser considerado como el resultado de una operación cuya función es atribuir responsabilidad por el evento en cuestión.

Por su parte, a la segunda distinción se refiere de manera célebre Aristóteles en su *Ética* al diferenciar entre «acciones voluntarias» y «acciones involuntarias», siendo éstas «las que se hacen por fuerza o por ignorancia». Para este autor, lo forzoso es «aquello cuyo principio es externo y de tal clase que en él no participa ni el agente ni el paciente; por ejemplo, si uno es llevado por el viento o por hombres que nos tienen en su poder». En cambio, son voluntarias cuando «el principio del movimiento imprimido a los miembros instrumentales está en el mismo que las ejecuta», pues entonces «también radica en él el hacerlas o no»³. Es decir, no de todo lo que se hace podemos *decir* que sea constitutivo de una acción. Mientras una persona está durmiendo puede tirar la almohada al suelo o dar un manotazo a la mesita de noche, haciendo que el vaso de agua se tambalee y derramando parte de su contenido. De tirar la almohada al suelo, golpear la mesa y derramar el agua podemos decir que son cosas que se hacen, pero no podemos afirmar, en un sentido relevante, que sean *acciones* de la persona que duerme.

Si nos situamos ahora en el discurso de la dogmática penal, la primera distinción queda planteada con la diferenciación que se establece entre el comportamiento objetivamente típico y el comportamiento objetivamente típico imputable como doloso (o imprudente). En cambio, la segunda distinción queda expresada cuando diferenciamos entre un comportamiento objetivamente típico imputable como doloso (o imprudente) y un comportamiento objetivamente típico que no es imputable como doloso (ni imprudente)⁴. En ambos casos permanecería la designación de uno de sus pares como comportamiento objetivamente típico (y antijurídico), pero mientras que bajo la primera distinción el comportamiento así designado todavía no ha sido objeto de imputación subjetiva,

² KANT, I., *Metafísica de las Costumbres*, (trad. Cortina Orts, y Conill Sancho), Madrid (Tecnos), AK 333. Al respecto, SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, P., «Reglas de imputación y racionalidad humana», en el mismo (autor), *La libertad del Derecho penal*, Barcelona (Atelier), 2014, pp. 28 ss.

³ ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, (trad. Pallí Bonet), Madrid (Gredos), Libro III, 1110a (pp. 72 s.).

⁴ Esta equiparación parte de la base de que por lo que al injusto doloso y el injusto imprudente se refiere, en uno y otro el injusto objetivo (la realización del tipo objetivo) es enteramente coincidente. La diferencia entre uno y otro injusto únicamente atañe al injusto subjetivo. En detalle, KINDHÄUSER, U., *Gefährdung als Straftat*, Frankfurt am Main (Vittorio Klosterman), 1989, pp. 91 ss.

bajo la segunda distinción el comportamiento así designado lo es en la medida en que la imputación subjetiva ha quedado excluida, es decir, en la medida en que el comportamiento en cuestión no puede ser *explicado* como doloso (o imprudente). Dejando ahora al margen la imprudencia como criterio de imputación subjetiva, la idea sobre la que se pretende reparar es que la función del dolo consistiría en ofrecer un criterio de interpretación de la realización de un determinado comportamiento como «acción»⁵ y, en particular, como acción intencional⁶. De acuerdo con esto, es la cualidad de intencional lo que caracteriza a una acción y la distingue de un mero evento.

Así, conforme a una noción que podemos considerar preteórica, una acción intencional podría ser definida como «una acción que, bajo cierta descripción, el agente es *consciente* de estar llevando a cabo, que lleva a cabo con alguna *intención* o *finalidad* y que realiza *voluntariamente*»⁷. El problema de una definición como esta es que no aclara lo que quepa entender por los rasgos concretos de la acción intencional. Es decir, podremos estar de acuerdo con esta definición desde una perspectiva, si se quiere, intuitiva, pero para que la definición pueda ser operativa, conceptos como conciencia, finalidad o voluntad requieren de un ejercicio de clarificación ulterior.

1. Acción intencional y formación de una intención

De entrada, cabe advertir que la noción de acción intencional no pretende recuperar las exigencias (y, por tanto, limitaciones) del concepto de acción propio de la teoría final⁸. Esto es, un concepto de acción final «ontológicamente» vinculante para la elaboración dogmática penal y sobre el cual predicar el resto de propiedades de la teoría general del delito (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad)⁹. Pues aquí el adjetivo intencional (o el término «intencionalidad»)

⁵ Vid. SILVA OLIVARES, G., «Dolo, valoración y teoría final de la acción», en Acevedo, N.; Collado, R., y Mañalich, J. P. (Coords.), *La justicia como legalidad. Estudios en homenaje a Luis Ortiz Quiroga*, Santiago de Chile (Thomson Reuters), 2020, pp. 229 s. Sobre esta idea, DAVIDSON, D., «Actions, Reasons, and Causes», *Essays on Actions and Events*, Oxford (OUP), pp. 19 s.

⁶ Esta distinción entre «comportamiento» y «acción» se corresponde en cierta medida con la distinción presentada por Kant entre «acción» y «hecho», respectivamente. Sobre esto, Vid. SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, P., 2014, pp. 28 ss.

⁷ MOYA, C., *Filosofía de la mente*, 2.^a ed., 2006, Valencia (Universidad de Valencia), cap. 12 (énfasis en el original).

⁸ Así, sin embargo, la lectura que de ella hace LUZÓN PEÑA, D., *PG*, 3.^a ed., Valencia (Tirant lo Blanch), 2016, 10-34 s. Al respecto, SILVA OLIVARES, G., 2020, pp. 211 ss., especialmente pp. 215 s.

⁹ Como enseguida veremos, la exigencia de anteponer a la tipicidad una fase de comprobación de la acción o del «comportamiento humano voluntario» ha resistido a los ocasos del Causalismo y el Finalismo en algunos planteamientos. Y en los que no ha resistido como categoría o fase previa, se ana-

busca rescatar para la dogmática jurídico-penal el uso que de él se hace en la filosofía de la mente contemporánea. En este sentido, «intencional» se entiende aquí no como «tener una concreta intención» (A tiene la intención o el propósito de acabar con la vida de B), sino como la «capacidad general de la mente de dirigirse sobre objetos o estados de cosas en el mundo»¹⁰. O, dicho de otro modo: la intencionalidad es la propiedad de algunos estados mentales para referirse a otras entidades independientes de ellos, para representar el mundo de un modo que lo relaciona con el sujeto¹¹.

Por su parte, los estados mentales no son (al menos no necesariamente) identificables o reducibles a datos o estados físicos, los cuales tengan una existencia previa y que, como tal, necesiten ser descubiertos. El uso de conceptos psicológicos para hablar de la «vida mental» propia o de terceros es algo que hacemos diariamente. Cuando se trata de uno mismo, el acceso es directo e introspectivo. Cuando se trata de la «vida mental» de terceras personas, el acceso es mediato e inferencial, sobre todo a través de sus comportamientos. Se trata de una práctica que, apelando a ciertas generalizaciones, permite vincular estados mentales y comportamientos. De modo que el éxito de una atribución de estados mentales a otras personas pasa por atender a su comportamiento y otros signos externos. Por tanto, de la aplicación de conceptos psicológicos como «creer» (en lugar del más extendido «saber»¹²), «desear», «esperar», etc., no se sigue una tesis acerca de la ontología de esos estados mentales a los que hacen referencia los conceptos psicológicos. Y esto quiere decir: tampoco supone un compromiso con una concepción «psicologista» del dolo. Más bien, utilizar esos conceptos, hablar de la vida mental de otros, apelar a sus estados mentales (por lo que aquí interesa, aquellos que estipulamos que constituyen el dolo), es una operación de atribución que (a falta de la tecnología que nos posibilite un acceso privilegiado la mente de los otros) solo puede tener éxito a partir de inferencias¹³.

liza (queda absorbido) como elemento básico de la tipicidad (nada menos que) objetiva. Una síntesis de tales planteamientos puede encontrarse en, WALTER, T., *Das Kern des Strafrechts*, Tübingen (Mohr Siebeck), 2006, pp. 25 ss. HERZBERG, R. D., «“Die Vermeidbarkeit einer Erfolgsdifferenz”. Überlegungen zu Günther Jakobs’ –strafrechtlichem Handlungs– und Verhaltensbegriff», en Pawlik, M., y Zaczyk, R. (Eds.), *Festschrift für Günther Jakobs*, Köln (Carl Heymanns), 2007, pp. 148 ss.; GÓMEZ MARTÍN, V., «Concepto de acción y función clasificatoria: una retrospectiva metodológica», en Silva Sánchez, J. M.; Queralt Jiménez, J. J.; Corcoy Bidasolo, M., y Castiñeira Paolu, M. T. (Dir.), *Estudios de Derecho penal. Homenaje al Profesor Santiago Mir Puig*, Montevideo (B de F) 2017, pp. 595 ss.

¹⁰ SEARLE, J., *Making the Social World. The Structure of Human Civilization*, Oxford (OUP), 2010, p. 27.

¹¹ PINEDA, D. (2012), *La mente humana. Introducción a la filosofía de la psicología*, Madrid (Cátedra), 2012, pp. 38 s.

¹² Sobre ello, fundamental, MAÑALICH RAFFO, J. P., «El dolo como creencia predictiva», *Revista de Ciencias Penales*, 2020, pp. 13 ss.

¹³ Es un error, por tanto, la idea extendida en el discurso penal según la cual los estados mentales serían «algo que ocurre literalmente en la cabeza del autor, una entidad empírica que pertenece al universo síquico

La pregunta por la «intencionalidad» de un comportamiento queda condicionada por la descripción de ese comportamiento¹⁴. Esta es la noción de acción intencional «bajo una descripción» verdadera del comportamiento. Pensemos en la descripción «dar muerte a otro ser humano». Un comportamiento así descrito sólo puede ser explicado como acción intencional, esto es, imputado como la obra del cazador A, si es el caso que A sabía que «daba muerte a otro ser humano»¹⁵. Ahora bien, supongamos que ese no era el caso y A creía erróneamente estar «dando muerte a un jabalí». ¿Podemos afirmar que la acción fuera intencional? Podemos hacerlo, pues parece que cometer un error es, en cada caso, hacer alguna otra cosa intencionalmente¹⁶. Entonces, la acción sería intencional no bajo la descripción «dar muerte a otro ser humano», sino bajo la descripción «dar muerte a un jabalí»¹⁷. Y esto significa: no bajo la descripción que es relevante a los efectos del tipo de homicidio¹⁸. De ahí que los supuestos de «ausencia de acción» o «ausencia de comportamiento humano voluntario» no cuenten ni siquiera como acciones (bajo el concepto de acción al uso en la dogmática penal), pues se trata de comportamientos que no son intencionales bajo ninguna descripción verdadera que hagamos de ellos.

Esta distinción entre los escenarios (a) acción intencional bajo *la* descripción relevante para la configuración de un tipo de delito; (b) acción intencional bajo *alguna* descripción, pero no la relevante para la configuración de un tipo de delito; y, (c) acción no intencional bajo *ninguna* de sus múltiples descripciones verdaderas (lo que entonces no podría ser designado propiamente como acción), es relevante porque sólo en uno de ellos (a) es pertinente hablar de intencionalidad (hablamos de evitabilidad intencional) en rela-

de alguien», GRECO, L., «Dolo sin voluntad», *Nuevo Foro Penal*, núm. 88, 2017, p. 13, énfasis añadido; desde una concepción distinta de dolo, PÉREZ BARBERÁ, D., *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*, Hammurabi, Buenos Aires, 2011, pp. 43 ss., 169 ss., 341 s., 591 s., 715 ss., y *passim*; correctamente, si bien desde perspectivas distintas, HRUSCHKA, J., «Über Schwierigkeiten mit dem Beweis des Vorsatzes», FS-Kleinknecht, 1985, pp. 181 ss.; RAGUÉS I VALLÈS, R., 1999, pp. 323 ss.

¹⁴ DAVIDSON, D., «Agency», *Essays on Actions and Events*, OUP, Oxford, 2001, pp. 46 s., 58 s.

¹⁵ Sobre la necesidad de que el agente sepa lo que hace –bajo una descripción– para afirmar la acción intencional bajo la misma descripción, DAVIDSON, D., 2001, p. 50.

¹⁶ *Ibid.*, p. 46.

¹⁷ *Ibid.*, pp. 45 s.; MAÑALICH RAFFO, J. P., «Determinismo, autonomía y responsabilidad penal», en Kindhäuser, U., y Mañalich, J. P., *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*, Montevideo (B de F), 2011, pp. 187 s.

¹⁸ Lo que no excluye su relevancia penal a los efectos de determinar un criterio de imputación subjetiva alternativo (como la imprudencia). En el discurso penal, la idea de la acción imprudente como intencional bajo una descripción no relevante para el tipo de delito se encuentra ya en NIESE, W., *Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit*, Berlin (Mohr), 1951, pp. 56 ss. Sin embargo, el error de este autor fue considerar una intención («finalidad») tal como «jurídico-penalmente irrelevante». Críticamente, STRUENSEE, E., «Der subjektive Tatbestand des fahrlässigen Delikts», *JZ*, 1987, pp. 55 s., sin reparar en la compatibilidad de su planteamiento con el de Niese.

ción con el comportamiento objetivamente típico. Y, como veremos, esto es crucial para el tratamiento de los otros dos escenarios (b y c) como equivalentes en el sentido de acciones no-intencionales bajo la descripción relevante a los efectos del tipo de delito en cuestión.

No obstante, en el contexto de la teoría del delito, lo relevante no es determinar cuál fue la específica intención del potencial autor (si acaso la intención de A fue matar a B), sino establecer que su intención no fue la que debía (que la intención de A no fue evitar la muerte de B). Es decir, la intención que suele servir como premisa del razonamiento toma como hipótesis normativa que la intención (motivación) dominante de todo ciudadano leal a derecho coincide con el objetivo de la norma de comportamiento¹⁹. Así, si la norma de comportamiento prohíbe matar, la intención del destinatario de una norma que se asume contrafácticamente es la de tener la intención de no-matar. Y que la intención del potencial autor no fue la que debía se deduce del hecho de que, en la *situación* relevante, dispuso de la *capacidad de acción* necesaria para evitar la realización del tipo delictivo y que, a pesar de ello, no evitó dicha realización. Cuáles sean los presupuestos de esa capacidad de evitación situacional tiene que venir determinado por los presupuestos de los que depende que un sujeto pueda formarse una intención. Pero no cualquier intención, sino la intención de evitar la realización del concreto tipo delictivo.

Si, por ejemplo, A *quiere* evitar dar muerte a B (contenido de la intención), es necesario que, dada la ocasión de dar muerte a B por medio de un disparo, A se *represente* que B está frente a él, que la escopeta que porta está cargada y que está en condiciones de abstenerse de disparar a B. Si A dispara mortalmente a B porque lo confunde con un jabalí o porque cree que la escopeta está descargada, entonces diremos que, *al momento* de apretar el gatillo, A no fue capaz de realizar su intención de evitar la muerte de B. Es decir, no fue capaz de omitir la acción *debida*. Por tanto, formarse la intención de hacer algo presupone que el sujeto considere, acertada o equivocadamente, estar en condiciones de alcanzar o de llevar a cabo el objeto de su intención. Podría decirse que, para que en el mundo se realice lo que uno quiere, uno ha de creer percibir el mundo tal como es. Por lo que, *prima facie*, sólo puede atribuirse al agente como su acción el hecho delimitado, en su extensión, por el contenido de su representación (o creencia). Es decir, el contenido de una repre-

¹⁹ Vid. KINDHÄUSER, U., 1989, pp. 47 s., 62 s.; MAÑALICH RAFFO, J. P., «La exculpación como categoría del razonamiento práctico», *InDret Penal* 1-2013, pp. 8 ss., ofrece una justificación jurídico-política para la asunción de esa hipótesis; de forma similar, JAKOBS, G., *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt*, Berlin (De Gruyter), 1972, pp. 42 ss., 64 ss.

sentación (o creencia) es el que establece la descripción bajo la cual un comportamiento (un evento) puede ser adscrito como una acción intencional²⁰.

Así, cuando se trata de la posibilidad de evitar intencionalmente se hace referencia a que el agente estuvo en condiciones (hasta aquí: condiciones «cognitivas») de ejecutar u omitir la acción, que entonces pasa a ser entendida como realización de una intención. Aquí hay que reparar en que el dolo cumple con respecto al comportamiento objetivamente típico la misma función que la acción intencional con respecto a un comportamiento descrito de un modo determinado: una función de imputación. Una formulación posible del juicio de imputación por dolo sería: «de haberlo querido [de haber sido esa su intención] habrías podido evitar la realización típica».

2. Acción intencional y realización de una intención

Con ello, sin embargo, todavía no podemos afirmar que la función de imputación pueda cumplirse de forma acabada, lo que se hace evidente en ciertos grupos de casos. Pensemos en el socorrista A que advierte que el bañista B se está ahogando y cuando se dispone a ejecutar la acción de salvamento (pues se ha formado la intención de ejecutar tal acción) se ve físicamente impedido a consecuencia de la ingesta de un potente veneno que le paraliza el cuerpo. B muere ahogado. La posibilidad de imputar al socorrista la omisión como garante de impedir la muerte de B a título de dolo debe ser rechazada a pesar de que dispone de la capacidad «cognitiva» necesaria para formarse la intención de salvar al bañista. Pues la capacidad de evitación intencional presupone, *además*, ser físicamente capaz de ejecutar la acción requerida²¹.

²⁰ Cfr. SILVA OLIVARES, G., «Normas, razones y motivos. El rol de los motivos en el derecho penal», en Ormeño Karzulovic, J. (Ed.), *Acciones, razones y agentes*, Santiago de Chile (LOM Ed.), 2016, p. 342.

²¹ Como es sabido, la doctrina dominante exige para la configuración de la tipicidad en los delitos de omisión la capacidad individual de acción del potencial autor (por ejemplo, ROXIN, C., *AT*, 1.ª ed., München (Beck C. H.), vol. II, 2003, § 31-8 ss., 181; JAKOBS, G., *AT*, 2.ª ed., Berlin (De Gruyter), 1991, § 29-10 ss.; MIR PUIG, S., *PG*, 10.ª ed., Barcelona (Reppertor), 2016, 12-77). En cambio, en un sentido como el que aquí se recoge, VOGEL, J., *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikte*, Berlin (Duncker & Humblot), 1993, pp. 51 ss., 75 s. (ausencia de «comportamiento humano»), 121 ss., quien de la mano de casos de «omissio libera in causa», en los cuales viene en consideración una imputación extraordinaria a título de imprudencia, entiende acertadamente la capacidad de ejecución de la acción requerida no como un elemento para la configuración del tipo objetivo del delito de omisión impropia (ni, por tanto, de la norma de comportamiento), sino, más bien, como un criterio de imputación subjetiva; también MAÑALICH RAFFO, J. P., *Norma, causalidad y acción*, Marcial Pons, Madrid, 2014, pp. 25 ss., con nota 32, ofrece un argumento en esa dirección; en esta línea también, CONTESSÉ SINGH, J. «La omisión impropia como hecho punible», en Ambos. K.; Matus Acuña, J. P.; Malarino, E.; Urquiza, G. y Winter Etcheberry, J. (Coords.), *Reformas Penales*, Santiago (DER), 2017, pp. 48 s..

Formulado de otro modo: la imputación a título de dolo exige atender no sólo a la capacidad de formarse una intención, sino también a la capacidad de realizar la intención previamente formada. Y la razón es la misma: una y otra son necesarias para la posibilidad de evitar intencionalmente, es decir, cumplen la misma función de imputación.

La capacidad física de acción se refiere a la disposición de un grado de control corporal o físico suficiente para evitar la realización de un tipo delictivo. Tratándose de delitos de omisión dolosos, en los que la evitabilidad del resultado exige poner una condición relevante, el control físico es determinante para la imputación. Si el requerimiento consiste en ejecutar alguna acción, pero la persona garante está privada, por lo que sea, del control necesario para ejecutarla, la imputación a título de dolo se verá excluida por mucho que el sujeto se represente las circunstancias relevantes. Sin embargo, la relevancia de esta condición parece ser escasa cuando se trata de delitos de comisión dolosos, pues aquí normalmente es suficiente con omitir poner la condición relevante²².

La exigencia de capacidad física de acción como condición de evitación intencional también parece cobrar sentido cuando estamos frente a supuestos en los que, con ocasión de estar realizando una actividad, el sujeto se ve inmerso en una situación que requiere de la ejecución u omisión de una acción para evitar la realización de un tipo delictivo. Este sería el caso, por ejemplo, en el que un tranvía en pendiente colisiona mortalmente con unos peatones y el conductor, que advierte el peligro, no puede hacer nada para evitar la colisión porque el sistema de frenos no funciona. O, simplemente, en la mayoría de accidentes de tráfico con resultados lesivos para terceros, en los que al momento del hecho la persona que conduce no dispone de la capacidad de ejecutar u omitir la acción que hubiera logrado evitar el resultado. En estos subsiste la posibilidad de que, en un momento anterior, el sujeto hubiera podido asegurar su capacidad de acción por medio de la adopción de alguna medida de cuidado, y entonces entrará en consideración la imprudencia.

El caso del tranvía nos permite observar lo que está en juego aquí. El caso, resuelto por el Tribunal Supremo español (STS de 9 de mayo de 1958, A 1630), dio lugar en la manualística española a diferentes formas de fundamentar la solución, de las que destacaremos dos. O bien se trata como un supuesto de fuerza física irresistible por *ausencia de acción* al momento del hecho, que podrá dar lugar a una responsabilidad por imprudencia (vía *actio libera in*

²² KINDHÄUSER, U., «El tipo subjetivo en la construcción del delito. Una crítica a la teoría de la imputación objetiva», *InDret Penal*, 4-2018, p. 17, nota 37.

causa)²³, o bien como un supuesto de *acción* no imprudente al momento del hecho en la medida en que no quedaría excluido «el control de la voluntad del sujeto sobre sus movimientos o inmovilidad [...] sino [...] *sólo* el control de las acciones del sujeto sobre el curso causal»²⁴. En efecto, si la pregunta es si en el caso podemos hablar de acción u omisión (dejando ahora de lado su distinción conceptual con las actividades) como sustrato óntico, entonces la respuesta debería ser afirmativa si es el caso que se define por referencia al «control de la voluntad del sujeto sobre sus movimientos o inmovilidad».

De hecho, si bien las acciones descritas como «colisionar mortalmente con los peatones» (como instancia de realización de un tipo comisivo de homicidio) o «no impedir la colisión mortal con los peatones por la vía de activar el sistema de frenos» (como instancia de la realización de un tipo omisivo de homicidio) no son intencionales bajo esas descripciones, perfectamente podemos afirmar que sí lo son bajo otras descripciones (por ejemplo «mover las palancas del sistema de frenos»). Es decir, que no sea acción intencional bajo las descripciones de las que depende la relevancia típica del comportamiento no significa que la acción en cuestión no sea intencional bajo otras descripciones alternativas verdaderas. Técnicamente: no toda acción es necesariamente una acción intencional, pero toda acción ha de ser comportamiento intencional bajo alguna de sus múltiples descripciones verdaderas²⁵ (recordemos el supuesto de error de tipo presentado anteriormente).

Lo anterior ofrece una explicación adicional de por qué las propuestas de solución a estos supuestos (y a otros similares, como los accidentes de tráfico con resultados lesivos para terceros) son reticentes a aceptar la existencia de una fuerza física irresistible: no es porque ésta no pueda ser construida²⁶, sino porque subsiste (en la dogmática tradicional) una noción de acción en cierta medida obsoleta. Pues la razón por la cual la fuerza física irresistible pudiera tener un efecto *prime facie* excluyente de la responsabilidad penal radica en que su concurrencia afecta de manera relevante a la capacidad de acción necesaria para la evitar la realización típica de la que se trate; y esto quiere decir, con independencia de si, bajo otras descripciones no relevantes para el tipo de delito, esa acción podía contar como intencional.

En un sentido similar, cuando se trata de un supuesto de error de tipo, lo relevante del error es si informa de un desconocimiento, pero no de un desconocimien-

²³ Vid. MIR PUIG, S., 2015, 8-28 ss., con nota 24.

²⁴ LUZÓN PEÑA, D., 2016, 11-10 ss.

²⁵ MAÑALICH RAFFO, J. P., 2011, p. 187.

²⁶ A partir de la determinación de qué cuenta como «fuerza», qué como «física» y qué como «irresistible».

to *en general*, sino del desconocimiento de *las* circunstancias relevantes para que el sujeto se forme la intención de evitar el resultado. Es decir, la ausencia del «conocimiento» cuya atribución fundamentaría la imputación a título de dolo. Así, del mismo modo que lo que nos interesa del error de tipo es que conlleve el desconocimiento de unas circunstancias específicas, lo que habría de interesarnos en los supuestos de fuerza física irresistible (pero también: de movimientos reflejos y estados de inconsciencia) es que muestran una ausencia de control físico para evitar el suceso²⁷. Tanto en unos (error de tipo) como en otros (ausencia de capacidad física de acción) supuestos lo que falta, por tanto, es la capacidad de evitación intencional. Y esto no es un problema sobre la ontología de la «acción» o el «comportamiento humano», sino, más bien, de imputación subjetiva; pues la disposición de capacidad de evitación intencional (capacidad *compleja* según la propuesta que aquí se ofrece) es el criterio en virtud del cual podemos imputar un comportamiento a título de dolo.

III. LA FUNCIÓN NEGATIVA DEL CONCEPTO DE «ACCIÓN» COMO FUNCIÓN DE IMPUTACIÓN

Si, como se ha tratado de mostrar, lo relevante es la función de imputación del concepto de acción intencional y no la existencia de una acción (comportamiento humano voluntario) en términos ónticos, como enlace básico del resto de presupuestos del sistema del delito, surge la pregunta de si acaso está justificado mantener una categoría o concepto de acción como sustrato o enlace básico cuya función (y, por tanto, justificación) sea de naturaleza sistemática²⁸.

Una posible explicación de la subsistencia de la categoría «acción» nos remonta a los tiempos en los que la ubicación sistemática de lo que hoy se conoce como «tipo subjetivo» era la categoría de la culpabilidad. Entonces, tenía cierto sentido anticipar una posibilidad de excluir la «relevancia penal» de ciertos comportamientos ya en sede de acción. A pesar de que el Finalismo trajo consigo una nueva (y correcta) ubicación sistemática para el «tipo subjetivo» en el injusto, la pretensión de anticipar la irrelevancia penal de algunos comportamientos ha perdurado en la dogmática tradicional. Y lo ha hecho bajo la idea original: no anticipar, a su vez, problemas estrictamente jurídico-pena-

²⁷ A nadie se le ocurriría decir que, en la medida en que el sujeto era consciente de otras circunstancias no relevantes para el tipo, no actuaba en error (o no desconocía lo relevante).

²⁸ Vid. ROXIN, C., y GRECO, L., *AT*, 5.ª ed., 2020, § 8-42 ss.

les²⁹. Sin embargo, la realidad es que la categoría (o fase de análisis) de la acción da respuesta a un buen número de problemas penales. Solo es necesario que el potencial autor, a consecuencia del cansancio acumulado, se haya quedado dormido al volante y en esa situación haya atropellado a otra persona causándole lesiones para que ya en sede de acción comiencen los problemas de imputación jurídico-penal.

Con independencia de los refinamientos teóricos con los que en la actualidad se pueda revestir a la acción (¡Nunca una «personalidad» había manifestado tan poco!), lo cierto es que la única función que cumple es (y sobre esta función el acuerdo doctrinal parece ser total) de naturaleza negativa³⁰. Dicha función consiste en excluir comportamientos que no satisfacen un concepto de acción como «comportamiento humano portador de voluntad», lo que es el caso cuando concurre un supuesto de estado de inconsciencia, de fuerza física irresistible o de movimientos reflejos. Si bajo estas condiciones lo que queda suprimido es la capacidad de control físico de una persona, entonces la función negativa es, estrictamente, una función de imputación.

De este modo, lo relevante no es si se trata de supuestos en los que la «acción» queda excluida, sino, más bien, si se trata de supuestos en los que la «capacidad física de acción» se encuentra afectada de manera suficiente. La consecuencia sistemática inmediata que tendría esto sería la de trasladar la fase de análisis («pretípica» o no) de lo que tradicionalmente se denomina «acción» o «comportamiento humano voluntario» a la imputación subjetiva. Aquí, la aplicación del concepto de dolo habría de atender a la conjunción de dos condiciones. En primer lugar, si el sujeto sabía lo suficiente como para formarse la intención de evitar la realización del tipo de delito. En segundo lugar, si el sujeto disponía del control físico suficiente para realizar esa intención. En definitiva, si el sujeto estuvo en posición de realizar la alternativa de comportamiento conforme a la norma³¹.

El déficit de cualquiera de las dos capacidades excluiría el dolo. Si el déficit fuera «cognitivo», la consecuencia sería el error de tipo. La evitabilidad conforme a cuidado del error daría lugar, en su caso, a la imputación a título de imprudencia. Si el déficit fuera de control físico, la consecuencia sería la incapacidad física de acción. La evitabilidad conforme a cuidado de

²⁹ Al respecto, MARINUCCI, G., *El delito como «acción»*. *Crítica de un dogma*, Madrid (Marcial Pons), 1998, pp. 15, 44 ss., con ulteriores referencias.

³⁰ Sobre esta función, ROXIN, C., y GRECO, L., 2020, § 8-58 ss. Esta función negativa ha sido institucionalizada, por ejemplo, en la § 2.01 del *Model Penal Code (Requirement of Voluntary Act; Omission as Basis of Liability)*, al prever los supuestos bajo los cuales queda excluida la voluntariedad del acto. Supuestos que coinciden con los que operan en nuestros sistemas.

³¹ KINDHÄUSER, U., «Vorsatz als Zurechnungskriterium», *ZStW* (96), 1984, pp. 19 s.

esa incapacidad daría lugar, en su caso, a la imputación a título de imprudencia. En este nivel, la *actio libera in causa* pasaría a ser superflua, pues la imputación a título de imprudencia ya es una modalidad de imputación extraordinaria³². De esta forma se haría evidente el paralelismo entre dolo e imprudencia como criterios de imputación subjetiva.

IV. CONCLUSIÓN

El trabajo ha buscado ofrecer un argumento a favor de un concepto de dolo más amplio. Junto al componente «cognitivo» o representacional, se propone la inclusión de un componente de control físico o corporal. Uno y otro son presupuestos necesarios para la evitabilidad intencional del comportamiento típico. Y afirmar la evitabilidad intencional de un comportamiento implica asumir que, de haberlo querido, el sujeto habría podido decidirse por la alternativa de comportamiento. Ahí radica la función de imputación del concepto de dolo.

En términos sistemáticos, esta reconstrucción del dolo exige trasladar el análisis de lo que tradicionalmente se llama «acción» o «comportamiento humano voluntario» al análisis de la imputación subjetiva. Con ello se aboga por el abandono de un concepto de acción o comportamiento humano voluntario como sustrato sobre el cual predicar el resto de presupuestos del carácter delictivo de un comportamiento. Y ello ha de tener como consecuencia una redefinición del delito como infracción imputable de una norma de comportamiento.

³² Lo superfluo, entonces, se refiere a semejante redundancia, y no, como sostiene un importante sector doctrinal, a que únicamente algunos casos de imprudencia ejemplifiquen la estructura temporal compleja propia de la *alic* sin que ello requiera de la aplicación de reglas de imputación extraordinaria. Al respecto, VALIENTE IVAÑEZ, V. «La imputación extraordinaria como modelo de adscripción de responsabilidad jurídico-penal. El ejemplo de la imprudencia», *RECPC* 22-22 (2020).

MEDIDAS ALTERNATIVAS Y CRITERIOS DE OPORTUNIDAD EN DERECHO PENAL

PROF. GUILLERMO J. YACOBUCCI*

I. INTRODUCCION

Tiempo atrás, Mirentxu Corcoy Bidasolo, nuestra respetada y querida homenajead a través de esta publicación, advirtió que ante la «inflación» del Derecho penal y la «eflación» de las garantías era necesario replantearse qué sistema penal se quiere –deber ser– y cuál en realidad se puede conseguir –ser–. En una muestra de realismo, Mirentxu entendió que «difícilmente se podrá limitar la legislación penal, en cuanto al número de modalidades típicas». De todos modos, sin renunciar al objetivo de racionalizar la respuesta punitiva, reclamó la «búsqueda de medidas alternativas a la prisión...» resaltando, en esa línea, el necesario apego al principio de proporcionalidad, tanto respecto de la existencia de la prohibición como en la graduación de la pena. Para eso propuso, entre otros aspectos a tomar en cuenta, atender a la real desvaloración de las conductas dentro del «contexto histórico y socio cultural», de modo de facilitar la capacidad de «motivación y disuasión» de la ley penal. Todo ello como vía de análisis, no solo del merecimiento de pena, sino en particular de su necesidad. En esa reflexión mostró la relevancia de respuestas alternativas que ponderaran «las especiales circunstancias» del imputado.

* Catedrático de Derecho penal, Director del Departamento de Derecho penal y procesal penal, Universidad AUSTRAL (Argentina). Académico de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Magistrado de la Casación Penal Federal (Argentina).

En ese mismo trabajo, anotó, sin embargo, las dificultades que esa pretensión suscitaba; por un lado, frente a la diversa configuración de los sistemas procesales –inquisitivo/acusatorio– y, por el otro, ante la imperativa y difícil distinción entre arbitrio –propio de cierta competencia funcional– y arbitrariedad –que hace ilegítima la selección de respuesta en el caso concreto.

De cara a ese panorama, la opción procesal fue uno de los caminos escogidos por nuestra homenajeadada para lograr la finalidad perseguida y, en particular, el recurso al principio de oportunidad como instituto que brinde razonabilidad a las posibles reacciones del *ius puniendi*, asumiendo criterios de fragmentariedad, ultima ratio y subsidiariedad¹.

Dentro de esas consideraciones pueden inferirse dos aspectos que serán objeto de una presentación sucinta en esta colaboración: por una parte, el significado que cabe otorgar a las medidas alternativas y, particularmente, al principio de oportunidad. Por otro lado, la referencia a instancias de la teoría del delito que habiliten graduación como medio para evitar lo que Corcoy Bidasolo identifica como un peligro dentro de esos mecanismos: la arbitrariedad.

II. EXIGENCIAS SISTEMICAS FRENTE A LAS LLAMADAS VIAS ALTERNATIVAS

Las denominadas «medidas alternativas» han encontrado, en las últimas décadas, un lugar propio dentro de la praxis penal. Sin embargo, la complejidad de las cuestiones en liza no puede ser obviada por los operadores del sistema, ya que este queda sometido a una tensión indisimulable entre finalidades históricamente diversas. Aun dejando de lado la consideración extrema de visiones *ius publicistas* enfrentadas a las de carácter *ius privatistas*, lo cierto es que una y otra perspectiva tienen algunas directrices por principio diferenciadas y que no siempre pueden ser congruentes entre sí.

En lo que aquí interesa, basta mencionar como ejemplo de esa distinción, la importancia que tuvo para la configuración de la ciencia penal de fines del siglo XIX y principios del XX, haber superado como ratio específica del contenido de ilicitud penal la idea de lesión de derechos. El propio derrotero histórico de la noción del bien jurídico como concepto que trasciende la específica atención a los derechos subjetivos afectados, supuso entonces un cambio significativo en el

¹ CORCOY BIDASOLO, M., «Crisis de las garantías constitucionales a partir de las reformas penales y de su interpretación por los tribunales» en Mir Puig, S., y Corcoy Bidasolo, M. (Dir.), *Constitución y sistema penal*, Madrid, (Marcial Pons), 2012, pp.153-171.

enfoque del ilícito penal y sus consecuencias jurídicas². Por eso, mientras desde esa aproximación del Derecho penal, parece connatural la comprensión del delito como contradicción a la decisión valorativa del legislador volcada en la ley penal y, con esto, la prevalencia de fines de pacificación social, orden público y reafirmación de la ley y el Derecho³; la inclusión de criterios privatistas remite, por el contrario, a poner en primer plano la satisfacción de los intereses individuales, en este caso, prevalentemente, de la víctima. En ese marco, Eser señala que el establecimiento del bien jurídico como punto de referencia político-criminal y como objeto material del concepto de delito ha conducido tanto a una marginación de la víctima individual como a una concepción unilateral de la pena orientada hacia el Estado, que reclama una corrección⁴.

De todos modos, el análisis de las reflexiones que constituyeron la ciencia penal moderna, siempre identifica la trascendencia comunitaria –política– del delito en tanto lesión del orden jurídico pues, como entendía Binding, la finalidad de la norma es garantizar los presupuestos de una vida pacífica y sana.

Por eso, la forma de armonizar estas aproximaciones es lograr un orden de jerarquía específico dentro del régimen penal, más allá de la originaria o natural alineación de la solución alternativa en juego. En concreto, frente a una nómina más o menos pre establecida de casos, se tendrá que ponderar el interés subjetivo en tanto no afecte las finalidades de bien común. Hay aquí un aspecto dilemático de la cuestión, pues el intento de atender los intereses de la víctima –propio de las vías alternativas– debe serlo sin dañar los objetivos sistémicos –penales– en cuyo interior se desenvuelve la cuestión. Se trataría de proponer respuestas jurídicas como expresión de solución del conflicto que, a pesar de implicar obligaciones –de reparar– res-

² Amelung destaca que la teoría del bien jurídico debe su ascenso en el siglo XIX a la emancipación doctrinaria y práctica de la vinculación con el modelo social de la teoría de la infracción del derecho, emergente del contrato social propio de la Ilustración, donde el legislador únicamente podría considerar conductas socialmente dañosas a las que lesionaban los derechos garantizados por el contrato social. AMELUNG, K., «El concepto de bien jurídico en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos», en Hefendehl, R., von Hirsch, A., Wholers, W. (Eds.), *La Teoría del bien jurídico*, Madrid (Marcial Pons), 2016.

³ Una muestra de esta visión, aun en quien remite la actuación del Derecho penal a los intereses vitales, como es el caso de von Liszt, se encuentra en apretada síntesis en algunos de los párrafos con los que define la finalidad del *ius puniendi*. Por eso remarca que, para no encender la guerra entre todos se necesita un orden de paz (*Friedensordnung*) una demarcación de las esferas de acción (*Machtkreise*) ... La voluntad general que está por encima de las individuales, se encarga de esta misión... Las normas de orden jurídico, mandando y prohibiendo, presentando una determinada acción bajo supuestos determinados, son la muralla de defensa de los bienes jurídicos. La protección jurídica que presta el orden del Derecho a los intereses de la vida es la *protección por las normas (Normenschuts)*. «Bien jurídico» y «Normas», son los dos conceptos fundamentales del Derecho... Detrás del orden de paz de las relaciones jurídicas está el poder del Estado. Él es bastante fuerte para obligar por medio de la fuerza a la obediencia de sus normas...». VON LISZT, F., *Tratado de Derecho Penal*, 20.ª edición alemana, traducido al español por Luis Jiménez de Asúa, Tomo 2, Madrid (Reus), 1927, pp. 2-7.

⁴ ESER, A., *Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la víctima*, Bogotá (Universidad Externado de Colombia), 1998, p. 9.

tricciones de derechos, incluso injerencias en ciertas libertades del sujeto imputado, no exterioricen un talante punitivo⁵, pues no puede haber pena sin juicio y, en verdad, el objetivo de los mecanismos alternativos es sustraer la definición del caso al juicio sobre el injusto y la culpabilidad.

De esa forma, dentro del listado de soluciones disponibles, aparecen por un lado la reparación, la mediación, el acuerdo y la suspensión del juicio a prueba y por el otro, la disponibilidad de la acción que, en los sistemas acusatorios de distinta índole, tienen en el Fiscal el agente apropiado para ejercer criterios de oportunidad sobre el progreso de la imputación.

Aunque resulte extraño, tanto la reparación u otras consecuencias propias de las respuestas alternativas –reglas de conducta, deberes etc.– como también las sanciones –penas– tienen un punto en común en el esquema penal. Como dice García Ramírez, la conducta ilícita provoca una lesión jurídica que es preciso reparar con justicia, oportunidad y eficiencia. Donde hay violación sin sanción o daño sin reparación, dice el jurista mexicano, el Derecho entra en crisis como método para resolver conflictos asegurando la paz con justicia. Cuestionada su eficacia, se abriría el recurso a otras vías extrajurídicas que ponen en trance la tranquilidad social⁶. Aun siendo llamadas «alternativas» esas respuestas deben incorporar entonces, dentro del balance de su progreso, compensar lo que se presenta como una alteración significativa de la normatividad.

De tal modo, cualquiera de esos recursos a implementar supone, como punto de partida, una lesión jurídica con características de incidencia penal, donde se atenderá, en un caso, a la satisfacción de los derechos de la víctima como fin prevalente, sin afectar los fines de pacificación general o, en el otro, al restablecimiento de ese orden penal, mediante una condena que imponga las sanciones del catálogo punitivo.

III. COINCIDENCIAS Y DISTINCIONES ENTRE MEDIDAS ALTERNATIVAS Y PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

Si bien las consideradas vías alternativas y los criterios de oportunidad parecen formar parte de un elenco común de instituciones que la Política

⁵ El riesgo residiría en caer en una especie de delito privado –del derecho romano arcaico– olvidando que la pena se integra en el esquema del Derecho penal y la culpabilidad, con características propias, diversas incluso si se asume la culpabilidad del Derecho civil, como en su tiempo analizó von Ihering. VON IHERING, R., *El elemento de la culpabilidad, en el Derecho privado romano* –Leipzig, 1879– edición en español, Buenos Aires/Montevideo (B de F), 2013.

⁶ GARCÍA RAMÍREZ, S., «Las reparaciones en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos», *La jurisdicción internacional. Derechos Humanos y la justicia penal*, México (Porrúa), 2003.

Criminal utiliza para limitar la extensión operativa del sistema penal, en realidad representan opciones con características distintivas.

1. El sentido de la alternativa

Aun así, lo primero que cabe preguntar, cuando se enfrenta el análisis de esos mecanismos de reacción ante el conflicto, es acerca de su finalidad. Más precisamente, ¿alternativas a qué? La respuesta más evidente es que expresan componentes de subsidiariedad, ultima ratio y, a la postre, proporcionalidad, que no «pueden» o «quieren» ser satisfechos mediante el recurso a una reducción del número de tipos de injusto. Recurso que, normalmente, representaría una decisión general, valorativa y, en apariencia al menos, más coherente con los postulados políticos criminales de última ratio y fragmentariedad del ordenamiento. Implicaría pues, en la práctica, la derogación de un número de tipos de injusto que por su ineficacia en términos criminológicos o su innecesariedad en virtud de la concurrencia de otras figuras, recargan inútilmente el funcionamiento del sistema. La omisión de actuar en esa vía revela, sin embargo, una opción dentro de la praxis en la gestión gubernamental, incluso comunicativa, frente a los reclamos sociales por la inseguridad y la falta de respuestas idóneas de cara a la lesión de la tranquilidad social.

Racionalizar el número de tipos penales y limitar la formulación de nuevas figuras delictivas ante cualquier dato de alteración comunitaria mediante la adopción de otras líneas de gestión estatal más eficientes –que también forman parte de la Política criminal– podría presentarse comunicativamente, por su impacto general –propio de toda decisión legislativa– como un favorecimiento de la impunidad y con ello, una defección frente a la inseguridad.

En ese marco, encontraría explicación la opción de privilegiar la respuesta al conflicto en la instancia de aplicación de las normas de decisión –contexto particular de cara al caso– antes que a su previsión en el nivel perteneciente a las normas generales que son las que se integran en la formulación de los tipos de injusto. Dicho de otra forma, se recurre a momentos donde se ha particularizado o individualizado el problema dentro del propio sistema penal y no a su comprensión general previa, que implica dejar fuera del *ius poenale* un universo global de situaciones para ser tramitadas con otros mecanismos. Se muestra vigente el ilícito penal previsto en la formulación legal pero, al mismo tiempo y merced a esas respuestas alternativas, se neutraliza su operatividad en ciertos asuntos particulares.

Este relevamiento que, en los términos de Corcoy Bidasolo exterioriza un Derecho penal que se «puede» conseguir, frente al que se «debe», permite inferir

que la subsidiariedad, ultima ratio y proporcionalidad parecen descansar propiamente en el balance sobre la aplicación de la pena frente al caso y no en la opción legislativa –valoración general– de la reacción del sistema.

Por eso Seber señala que una especie de último refugio de la subsidiariedad se abre en el momento de la consideración punitiva. Más precisamente, no en el establecimiento de la norma, sino en su imposición, pues se trata de evaluar si se necesita un castigo o si este resulta superfluo en el caso concreto –necesidad de pena. De esa forma, la sanción no es tomada como una consecuencia jurídica absoluta, inherente al hecho punible, y queda disponible potencialmente a través de ciertos mecanismos. Claro está, esa disposición resulta solo pertinente cuando el sentido comunicativo de la pena puede realizarse de otra manera o aparece como compensable por otro medio⁷. Decae en el caso concreto la exigibilidad del comportamiento bajo amenaza de pena⁸.

Ante las limitaciones políticas sobre la expansión de los tipos penales, quizás autoimpuesta, la «línea de fuga» se encuentra entonces, en esas vías que operan como *alternativas a la pena* y que no transmitirían, de un modo tan claro o directo, la reducción expresiva de la reacción punitiva, ya que actúan ante el hecho particular. La mediación, el acuerdo y la reparación, entre otros institutos adoptados por el legislador, al final de su operatividad bloquean la sanción penal y, al mismo tiempo, como exigencia de la hora, atienden a la situación de la víctima. Paradójicamente, aun siendo evidente la histórica naturaleza *ius privatista* de esas medidas, su adopción se logra dentro del propio sistema penal, tradicionalmente de indiscutida raíz publicista. Puede pensarse, de todos modos, en una especie de regreso del derecho subjetivo –individuado en su titular– como referencia de la cuestión, al menos, en ciertos supuestos a resolver.

Por eso, como recuerda Roxin, aquellos mecanismos constituirían una especie de tercera vía del Derecho penal –junto a las penas y las medidas de seguridad-⁹. En consecuencia, su legitimación queda vinculada a los fines ordinarios que persigue el orden jurídico penal sin perjuicio de reconocer a la víctima como un sujeto especial que entra en el balance de aquellos objetivos generales del sistema. Busca entonces, en ese contexto de difícil ponderación, que la atención a los intereses de la víctima concreta sea compatible con las pretensiones de pacificación, tranquilidad social e integración –prevención general positiva– que

⁷ SEBER, G., «¿Puede ser «subsidiario» el Derecho penal? Aporías de un principio jurídico indiscutido», en VON HIRSCH, A., SEELMANN, K., WHOLERS, W., ROBLES PLANAS, R., *Limites al Derecho penal*, Barcelona, (Atelier), 2012, pp. 141-144.

⁸ Momsen explica que la inexigibilidad neutraliza las consecuencias a las que tiende teleológicamente el injusto –sanción-. MOMSEN, C., *Die Zumutbarkeit als Begrenzung strafrechtlicher Pflichten*, Baden (Nomos), 2006, p. 53.

⁹ ROXIN, C., *Derecho penal*, PG, vol. I, 2.ª edición, Madrid (Civitas), 1997, par.3, III, pp. 108-110.

la ley penal pretende. Vista la cuestión de esa forma, esos institutos o vías no representan tanto una alternativa al Derecho penal como tal, sino a la pena como reacción privilegiada o absoluta. No al Derecho penal en sí, sino a sus consecuencias jurídicas más gravosas, sobre todo, las relacionadas con las sanciones privativas de la libertad. Así, la reacción institucional debe prosperar, reconociendo la importancia de la persona afectada por el ilícito en la solución del hecho –víctima– de modo de restaurar en lo posible sus derechos –reparación– y ratificando la prevalencia de las normas –finalidad preventiva.

La concreción procesal que desarrollan estas *alternativas* que parecen entonces asumir «consistencia» sustantiva –como tercera vía frente al conflicto de talante penal– también neutraliza el avance del caso jurisdiccionalmente y, en particular, la realización del juicio. Como no puede haber pena sin juicio previo, si el objetivo es evitar la pena sin recurrir a cláusulas o *typus* legales y específicos de no punibilidad, el acuerdo debe bloquear el juzgamiento del hecho como tal. Es decir, como conflicto que implica un hecho potencialmente punible.

2. Los objetivos del principio de oportunidad

Por su parte, el *principio de oportunidad*, si bien se orienta a fines semejantes, es decir, evitar la concreción de la pena, lo cierto es que su fuente de justificación ya no se reduce primordialmente a la atención de los intereses de la víctima, que por cierto pueden ser una exigencia para su aplicación, sino que se orienta al favorecimiento de finalidades más cercanas a funciones político criminales generales que integran, junto a criterios valorativos de eticidad social, estándares de utilidad y conveniencia. Es decir, propios de decisiones con cierto grado de discrecionalidad, conforme objetivos de provecho o interés público-gubernamental¹⁰. De hecho, situaciones dilemáticas pueden favorecer criterios supra legales de inexigibilidad¹¹.

Si la respuesta a esas opciones descansa en la pretensión de neutralizar las sanciones y para ello, en el andarivel procesal, el avance hacía el juicio y la consiguiente posibilidad de imputar el ilícito y la responsabilidad penal; queda aún por reflexionar sobre los motivos de esa decisión. ¿Por qué valerse de vías alternativas a la pena y criterios de oportunidad dentro del sistema punitivo? Pareciera,

¹⁰ Esa aproximación no es novedosa pues, en su época –por citar un ejemplo– Bentham mostraba las situaciones donde no parecía necesaria la pena, entre ellas, cuando no resultaba útil. BENTHAM, J., *The Principles of Morals and Legislation* 1781, (Prometheus Books), 1998. Vid. «chapter XIII» que debe ser puesto en relación con el «chapter XIV» –of the proportion between punishment and offences–.

¹¹ YACOBUCCI, G., *(In) exigibilidad y pena*, Buenos Aires/Montevideo (B de F), 2021, Cap. VI.

en un análisis sin pretensiones de profundidad, que la expansión del Derecho penal, por un lado, ha integrado un universo muy extenso de supuestos que exigen jerarquizar la reacción punitiva, asumiendo la existencia de una supra inclusión de casos que compiten –en sentido utilitarista y también axiológico– con los recursos que el sistema prefiere aplicar a situaciones de mediana o alta gravedad –antijuridicidad material significativa–.

Sin embargo, junto a esos criterios que pueden favorecer una comprensión desde la eficiencia en la asignación de los recursos jurisdiccionales –escasos–, también operan otros cuyo perfil puede definirse desde una aproximación de ética social. Más precisamente, sobre el impacto que la concreta imputación y ejecución de la pena privativa de la libertad supone, no solo en el sujeto alcanzado directamente y su irradiación en el campo inmediato de sus relaciones familiares y sociales, sino también en el universo más amplio del tejido comunitario. No se trata obviamente de las cuestiones analizadas desde la óptica del principio de culpabilidad que veda la trascendencia de la pena más allá del sujeto responsable¹². Lo que se pondera son efectos que, sin incorporarse en ese análisis puntual, sopesa el impacto natural –empíricamente constatable– sobre los vínculos estrechos de sus relaciones afectivas, educativas, laborales y, a la postre, en la dañosidad que la misma pena extiende a la comunidad. La necesidad de sanción y su apreciación bajo el principio de oportunidad entonces, no solo atendería a problemas de gestión jurisdiccional sino también a una perspectiva ética más profunda.

Esa solución Político criminal incorpora, en su lógica material, la necesidad de observar las consecuencias expresivas o comunicativas de su aplicación. Esto es, no debe afectar los fines del sistema penal ni los intereses del particular lesionado que hoy se ha sumado al desenvolvimiento institucional del *ius puniendi*. De allí la relevancia del rol de la víctima y la reparación de la lesión de sus derechos. Por otro lado, la crisis respecto de ciertas funciones pretendidamente asumidas mediante penas privativas de la libertad, ha llevado a idear réplicas de menor injerencia o estigmatización. La privación punitiva de la libertad en su desenvolvimiento preventivo especial positivo –readaptación, reinserción, laborales, terapéuticos etc– se ha tornado una exigencia no siempre alcanzable dentro de entornos de notorias carencias en la operatividad del Estado Social. Por eso, como quedó antes explicitado, la pena no solo afecta al que debe cumplirla, sino que aún dentro de los cánones que prohíben la trascendencia a terceros, implica naturalmente un «costo» para el ámbito o periferia comunitaria del

¹² YACOBUCCI, G., *El sentido de los principios penales*, Montevideo/Buenos Aires (B de F), 2014, cap. IX.

sujeto castigado y para la propia la comunidad política. Y en esto, debe atenderse entonces al daño social –general– implicado cuando el desenvolvimiento preventivo especial penitenciario no se constata como eficaz o, al menos, idóneo para reconstruir los vínculos de la persona con las normas de comportamiento. Ese probable fracaso es un punto a evaluar en la concreta decisión junto, claro está, con aquellas situaciones donde la «necesidad» de pena no es congruente con la inserción social y axiológica del sujeto.

En ese contexto, cabe concluir que las penas han de prevalecer en su importancia ante exigencias de reafirmación del orden jurídico, la paz y la tranquilidad social, evitando que la imagen de impunidad afecte la confianza ciudadana sobre la fuerza de la ley y el Derecho; incluso, aunque supongan un grado de neutralización fáctica del sujeto alcanzado por la sanción. Por el contrario, cuando frente al conflicto con relevancia penal esas exigencias no necesitan ser atendidas mediante la punición, las *vías alternativas* y, sobre todo, los *criterios de oportunidad*, encuentran un espacio de legitimidad que descomprime la natural intensidad e injerencia retributiva del sistema.

III. PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD Y LEGALIDAD PENAL

El principio de oportunidad aparece tradicionalmente en una relación dialéctica y de confronte con el principio de legalidad¹³. En los sistemas de tradición continental, marcados por la matriz del Estado de Derecho Legalista –*Rechtsstaat*– el ejercicio de la potestad penal no se muestra disponible frente a un hecho que se presente con relevancia penal. El marco de legitimación de la potestad penal está integrado por la transferencia de la reacción individual de los ciudadanos hacía el monopolio de la fuerza en manos del Estado. Lo que especifica la reacción estatal es el ejercicio monopólico de esa violencia a través de un mecanismo racional, institucionalizado, representado por el dictado de una ley general e impersonal surgida de un órgano legitimado. Así, el ilícito penal no expresa solo un conflicto entre individuos o esferas de derecho particulares –relación horizontal– sino particularmente la lesión del orden jurídico mediante la realización de la ley penal. Es decir, un vínculo vertical, jerárquico, en términos geométricos: un triángulo, donde el conflicto –base, relación horizontal– sube hasta el ápice por el daño al orden normativo estatal.

¹³ GIACOMOLLI, N., *Legalidade, Oportunidade e Consenso, no Processo Penal*, Porto Alegre (Livreria do Avogado), 2006, pp. 50-51.

El sinalagma de derechos en juego le permite considerar que el sujeto que viola la norma de comportamiento, realizando la ley penal, hace operativo el derecho del Estado a sancionar. La legalidad entonces se presenta como el cauce necesario y obligado para restablecer el derecho afectado. En el orden procesal es posible identificar así una noción formal de acción, ya que aparece como un poder jurídico para excitar la actuación jurisdiccional. Pero, desde una perspectiva material, la acción surge a partir de la provocación del *ius puniendi*. Se entiende de ese modo porque en ocasiones aparece regulada en los códigos penales a pesar de su relación con la operatoria judicial.

La legalidad de la persecución penal, sin embargo, puede asumir distintas modalidades en su ejercicio. Si bien suele considerarse la noción de oportunidad como una excepción a la legalidad, solo es correcta esta apreciación en la medida que haya una discrecionalidad absoluta de disposición –sistema de oportunidad libre– por parte del titular de la acción –Ministerio Público-. De todas maneras, el criterio de oportunidad, en la mayoría de los casos, no es mera discrecionalidad del Ministerio Público, ya que está atado a un cauce concreto del ejercicio de la acción, marcado por determinados supuestos –sistema reglado. Por eso, desde nuestra perspectiva, el principio de oportunidad en tales condiciones de regulación, es un modo del ejercicio de la legalidad penal y no propiamente su excepción. Los supuestos que permiten la abstención de la persecución se interpretan en consecuencia, como una manifestación del principio de legalidad, disciplinado a través de criterios, resoluciones generales o pautas preestablecidas.

El resultado concreto de esta aproximación es la constitución de un elenco de reglas, situaciones y prioridades que determinarán la decisión sobre la imputación penal que, en la práctica, supone descriminalizar –momentánea o definitivamente– o despenalizar mediante pautas de procedimiento. Por tanto, el tema entra en una obligada relación con las instancias constitutivas de la imputación penal. Aunque aparezcan en los extremos de la reflexión, el principio de oportunidad y la punibilidad¹⁴ se encuentran de ese modo intensivamente vinculados.

De allí que, para mantener la coherencia del sistema, los criterios de oportunidad deban asumir contenidos contemplados en la reflexión de la ciencia penal para salvaguardar los fines del Derecho penal. El grado de taxativi-

¹⁴ Las reglas de no punibilidad operan desde perspectiva general positiva, según Cocco, como una vía de subsidiariedad externa frente al ilícito y que actúa en ocasiones en la instancia de intervención judicial. Cocco, G., *La punibilità quarto elemento del reato*, Milan (CEDAM), 2017, pp.38 ss.

dad de esas reglas determinará el ámbito de ponderación concreta en cabeza del Ministerio Público y atenderá al respeto por el principio de igualdad. En general el fiscal no puede aplicar la oportunidad en presencia de cualquier hecho ilícito o sujeto agente, sino que deberá tener presente los supuestos especificados legal, reglamentaria y prudencialmente.

IV. EL RIESGO DE ARBITRARIEDAD EN LA DISPONIBILIDAD DE LA ACCION

La aplicación del principio de oportunidad está sometida al riesgo, remarcado por Naucke¹⁵, de lesionar la igualdad jurídica y, como advirtiera Corcoy Bidasolo, en la medida que su operatividad recae en cabeza del titular de la acción pública, puede ser afectado por la arbitrariedad.

Para evitar esas situaciones, pareciera útil fijar la atención en algún aspecto del análisis de la imputación del delito que exprese gradualidad en términos de antijuridicidad material y rangos de exigibilidad en relación con el sujeto agente, pues mostrarían marcadores sustentables de una decisión de no punibilidad.

Quizás sea algo paradójico en esta cuestión, que el progreso del principio de oportunidad resulte sin embargo relacionado con las instancias de la teoría del delito. Es obvio que, al disponer de la acción, el Fiscal inhibe el juicio, la demostración del injusto y la culpabilidad y, por eso, neutraliza la pena. No hay pues constatación de ilícito y responsabilidad penal. Si bien la decisión de oportunidad –disposición de la acción– neutraliza a la postre la trascendencia penal del conflicto y con ello el interés del Estado en la cuestión, deja subsistente, de todas formas, la línea «horizontal» que va desde la acción del agente a la afectación de la víctima¹⁶. De allí que en buena parte de los sistemas procesales comparados se prevea que una vez dispuesta la acción pública, quede de todos modos expedita la opción de la persecución privada del hecho –querrela. Con esto entra en discusión si se puede hablar propiamente de un derecho fundamental de la víctima a la pena del imputado. Cuestión que, tomada en términos jurídicos estrictos, debe concluir con una respuesta negativa¹⁷.

¹⁵ NAUCKE, W., *Derecho penal, una introducción*, Buenos Aires (Astrea), 2006, pp. 216-217.

¹⁶ La decisión estatal de no punir no puede comprometer plenamente algunos intereses de la víctima. RENZIKOWSKI, J., «Entschuldigung im Nostand», *Jahrbuch für Recht und Ethik*, Vol.11, Duncker & Humblot GmbH, 2003.

¹⁷ En esa línea, negando un derecho de tal naturaleza, con fundamento en fallos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Corte Interamericana de Derechos Humanos, AMBOS, K., y DÍAZ, L., «¿Un

V. CRITERIOS DE OPORTUNIDAD Y DOGMÁTICA PENAL

La dogmática es asumida en nuestro tiempo no solo como una explicación y sistematización de la codificación penal sino especialmente como vía de racionalidad y justicia en la imputación. Por eso, en la medida que el principio de oportunidad se ejerce frente a la posible atribución del injusto y la responsabilidad, parece lógico que la referencia a instituciones de la teoría del delito permita legitimar de un modo republicano el ejercicio de una competencia que exterioriza un cierto grado de discrecionalidad del Fiscal frente al caso concreto.

Debe recordarse que Roxin ha considerado que los fines de la pena, ciertos objetivos extrapenales y los puntos de vista de la culpabilidad también pueden ser relevantes en el Derecho procesal y que esto se muestra especialmente en los supuestos del principio de oportunidad. Por eso explica que, a su criterio, los presupuestos del principio de oportunidad solo pertenecen al Derecho procesal por la decisión del legislador de no recurrir al procedimiento de la subsunción. Si se hubiera optado por una formulación acorde con las exigencias de determinación y exclusión obligatoria de la pena, sostiene Roxin, habría que calificar las situaciones de oportunidad en parte como «causas de exclusión de la responsabilidad» y en parte «como causas de exclusión de la punibilidad»¹⁸.

La primera dificultad que se presenta en este punto es la necesidad de trascender el carácter binario con el que se interpretan en ocasiones el injusto y la culpabilidad. Sin embargo, las propias categorías del ilícito, en su distinción y especificidad exteriorizan valoraciones y necesidades de punibilidad diferenciada –formas de intervención, criterios de imputación subjetiva etc. Así, la decisión sobre la oportunidad parece congruente con el reconocimiento de intensidades, grados, tablas de aproximación que constituyan un campo propicio para la ponderación. Ciertamente, desde la perspectiva de la antijuridicidad formal, la consideración se desenvuelve desde un parámetro binario pero, si se atiende a los elementos que integran la antijuridicidad material es posible reconocer niveles. Ya en el plano de la responsabilidad, por su carácter marcadamente personal, su análisis esta ligado a indicadores diferenciados de capacidad, motivos, circunstancias y exigibilidad.

Derecho humano a la pena?», en Ambos, K.; Malarino, E., y Pastor, D. (Dirs.), *Prevención e Imputación*, Buenos Aires (Hammurabi), 2017.

¹⁸ ROXIN, C., 1997, par. 23, VI.

Básicamente entonces pueden ser idóneos como criterios de oportunidad los relacionados con:

a) Los bienes jurídicos y las normas que regulan su ámbito de desenvolvimiento pues son factores de primer orden en esa línea. Así, a partir de su distinta naturaleza –personal, comunitaria, pública, difusa– pueden sopesarse en su interés en el caso concreto. Además, el riesgo o lesión padecida, el desgaste del objeto al igual que esferas de competencia sobre los mismos dan lugar a disimiles apreciaciones. Por ejemplo, circunstancias de facilitación del conflicto, desinterés del titular o deberes de autoprotección de la víctima. De todos modos, el disvalor del comportamiento también guarda relación primaria con la norma afectada y la consiguiente expresividad del comportamiento analizado frente al orden jurídico. En ese marco, la naturaleza cumulativa del acto evaluado o su posible ejemplaridad pueden entrar en el balance.

b) Aun revistiendo significado *ex post* del hecho, son aptos para entrar en el examen, el arrepentimiento y colaboración del sujeto, ya sea reparando o limitando el daño de su acción o brindando información para resolver el caso. La extensión del proceso o los daños padecidos por el agente en el conflicto son posibles marcadores que hacen innecesaria la pena.

c) La exigibilidad/inexigibilidad como pauta para legitimar la respuesta penal integra en su evaluación la normalidad de las circunstancias, el grado e importancia de la intervención del sujeto, el contexto dilemático en que se desenvolvió la acción, las dificultades excepcionales de motivación y situaciones particulares de exclusión o vulnerabilidad del agente. Esos aspectos permiten un estudio que puede derivar en la disposición de la acción atendiendo la especificidad del contexto personal en que se suscitó el hecho.

En resumen, la ratio compartida y que caracteriza estos criterios naturalmente diferentes es la posibilidad de reafirmar la ley y el Derecho, atendiendo a los intereses de la víctima a pesar del conflicto con talante penal –al menos dejando expedita su acción procesal– sin necesidad de recurrir a la respuesta punitiva, sobre todo aquella privativa de la libertad del sujeto. Así, la no punibilidad del conflicto evitaría la expresión de impunidad que podría lesionar la confianza en la prevalencia del orden jurídico como una de las pautas básicas de la convivencia política.

BLOQUE III

CONSIDERACIONES DE PARTE ESPECIAL

EL NUEVO TIPO AGRAVADO DE BLANQUEO EN EL EJERCICIO PROFESIONAL DE LOS OBLIGADOS POR LA NORMATIVA DE PREVENCIÓN, INCORPORADO POR LA LEY ORGÁNICA 6/2021, Y LOS PROVEEDORES DE SERVICIOS DE CAMBIO DE MONEDA VIRTUAL Y DE CUSTODIA DE MONEDEROS ELECTRÓNICOS

MIGUEL ABEL SOUTO*

He elegido abordar para este merecido homenaje a la profesora Corcoy Bidasolo una novedosa agravante del delito de blanqueo en atención al sujeto activo por remisión a la legislación preventiva en un caso relacionado con las nuevas tecnologías porque ya ella puso de manifiesto el complemento en este ámbito de la normativa penal por la administrativa y el tratamiento específico de los sujetos «sensibles»¹.

Actualmente se han alcanzado, debido al COVID-19², 4.600 millones de usuarios de internet, el 59'5% de la población mundial³, y la última refor-

* Catedrático acr. de Derecho Penal. Universidad de Santiago de Compostela. Esta contribución se integra en el proyecto RTI2018-6H-093931-B-100 (AEI/FEDER, UE), financiado por la Agencia Estatal de Investigación (Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades), Programa operativo FEDER 2014-2020 «Una manera de hacer Europa».

¹ CORCOY BIDASOLO, M., «Crisis de las garantías constitucionales a partir de las reformas penales y de su interpretación por los tribunales», en Mir Puig, S., y Corcoy Bidasolo, M. (dirs.), *Constitución y sistema penal*, Madrid/Barcelona/Buenos Aires/São Paulo (Marcial Pons), 2012, p. 169.

² Cfr. ABEL SOUTO, M., «*Money laundering, COVID-19 and new technologies*», en Arlacchi, P., y Sidoti, F. (eds.), *Financial crime, money laundering and asset recovery. Global trends, theoretical issues and case studies, International Forum on Crime and Criminal Law*, Craiova (Alma), 2021, p. 39.

³ Cfr. GALEANO, S., «El número de usuarios de internet en el mundo crece un 7'3% y alcanza los 4.600 millones (2021)», en <http://www.marketing4ecommerce.net> (septiembre de 2021).

ma penal española en materia de blanqueo no podía ser ajena a este cambio. También con la pandemia se han incrementado los «ciberdelitos», especialmente las estafas de productos médicos necesarios para combatirla y otras estafas *online*⁴, porque los criminales tienen que buscar a sus víctimas en el ciberespacio al no encontrarlas ya en la calle, y los gobiernos tienen que distribuir enormes sumas de dinero para hacer frente a la pandemia con procedimientos rápidos y flexibles «que implican un gran riesgo de corrupción»⁵. La mayoría de los beneficios de estos delitos se blanquean⁶ y con frecuencia se acude a las monedas virtuales. Igualmente, aumentaron con el COVID-19 las ofertas de trabajo a potenciales blanqueadores, dolosos o imprudentes, mediante correos electrónicos que prometen un fácil trabajo en casa facilitando una cuenta bancaria para hacer transferencias o ayudando a supuestas asociaciones filantrópicas, huérfanas de países del tercer mundo o desamparadas viudas millonarias a administrar su dinero⁷. En este marco el recurso a las monedas virtuales, en crecimiento constante, representa un evidente peligro para el blanqueo y el abuso de la profesión, por los proveedores de servicios tanto de cambio de moneda virtual por moneda fiduciaria como de custodia de monederos electrónicos, para blanquear dinero debe tener una consideración especial, según dispone la última reforma penal española sobre el blanqueo, aunque, siguiendo una línea ya habitual, el legislador aprovechó la tramitación de una reforma penal necesaria para introducir muchos otros cambios perturbadores.

Así las cosas, la LO 6/2021, de 28 de abril, da otra vuelta de tuerca a la sanción del blanqueo de dinero dentro del criticable proceso de la «expansión»⁸ de su castigo⁹. A modo de ejemplo de «la regulación cada vez más expansiva»¹⁰ se puede señalar lo ocurrido con los hechos previos: la

⁴ Cfr. INTERPOL, *COVID-19 pandemic. Guidelines for law enforcement*, 26 march 2020, en <http://www.interpol.int>, pp. 14-16 (septiembre de 2021).

⁵ GAFILAT, *Statement on COVID-19 and its associated ML and FT risk*, 8 april 2020, en <http://www.gafilat.org>, p. 3 (septiembre de 2021).

⁶ Cfr. ABEL SOUTO, M., 2021, p. 24.

⁷ *Ibid.*

⁸ CORCOY BIDASOLO, M., 2012, p. 168.

⁹ *Vid.* ABEL SOUTO, M., *La expansión penal del blanqueo de dinero*, Méjico (Centro Mejicano de Estudios en lo Penal Tributario), 2016; del mismo autor, «*The expansion of the punishment for money laundering*», *18th World Congress of Criminology*, 15 a 19 de diciembre de 2016, Nueva Delhi, pp. 1-7; del mismo autor, «*Admission of guilt in economic crimes, money laundering and criminal responsibility of legal persons*», ponencia pronunciada en Ekaterimburgo, el 13 de febrero de 2020, *XVII international research to practice conference Kovalyov readings. Legal reconciliation: compromise or concession?*, *Advances in Social Science, Education and Humanities Research*, núm. 420, 2020, pp. 14-18.

¹⁰ FERRÉ OLIVÉ, J. C., *Tratado de los delitos contra la hacienda pública y contra la seguridad social*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2018, p. 357.

LO 1/1988, de 24 de marzo, tipificó por primera vez el delito de blanqueo circunscrito exclusivamente al narcotráfico, tras la perturbadora reforma de 23 de diciembre de 1992, con los «problemas interpretativos»¹¹ de una duplicada regulación, el Código penal de 23 de noviembre de 1995 amplió las infracciones antecedentes a los delitos graves¹², poco después la LO 15/2003, de 25 de noviembre, expandió los hechos previos a cualquier delito¹³; luego la reforma de 22 de junio de 2010 creó nuevos tipos agravados cuando los bienes procedan de algunos delitos contra la Administración pública, los relativos a la ordenación del territorio o el urbanismo¹⁴, amén de castigar expresamente el autoblanqueo e incorporar las conductas de posesión y utilización, sembrando dudas de constitucionalidad¹⁵, la LO 1/2015, de 30 de marzo, además de llevar a cabo una «profunda revisión»¹⁶ del decomiso, expandió el campo de los hechos previos del blanqueo a las antiguas faltas¹⁷, convertidas mayoritariamente en delitos leves, y por último, de momento, la LO 6/2021, de 28 de abril, transforma los anteriores tipos básicos en agravados cuando los bienes tengan su origen en la trata de seres humanos, la prostitución y explotación sexual, los delitos contra los ciudadanos extranjeros, la corrupción de menores y en los negocios.

También la LO 6/2021, de 28 de abril¹⁸, agrava la pena a los sujetos obligados por la normativa de prevención si blanquean en el ejercicio de su actividad profesional y esta agravante era la única exigida por la

¹¹ LORENZO SALGADO, J. M., «El proyecto de Código penal de 1992 y los delitos relativos a drogas: una valoración crítica», en *Drogodependencias, I Introducción*, Santiago (Universidad de Santiago de Compostela), 1994, p. 105, nota 38.

¹² Vid. ABEL SOUTO, M., *Normativa internacional sobre el blanqueo de dinero y su recepción en el Ordenamiento penal español*, Montevideo/Buenos Aires (B de F), 2020, pp. 268-276.

¹³ Cfr. MATA BARRANCO, N. J. DE LA, *Derecho Penal Europeo y Legislación Española*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2015, pp. 127-130.

¹⁴ Cfr. BLANCO CORDERO, I., *El delito de blanqueo de capitales*, 4.ª ed., Cizur Menor (Thomson Reuters/Aranzadi), 2015, pp. 363-365.

¹⁵ Cfr. CORCOY BIDASOLO, M., 2012, p. 108.

¹⁶ LORENZO SALGADO, J. M., «Directiva 2014/42/UE sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito y la extensión al blanqueo en 2015 del comiso ampliado, previsto inicialmente para la criminalidad organizada transnacional», en Abel Souto, M., y Sánchez Stewart, N. (coords.), *VI congreso internacional sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2019, p. 584.

¹⁷ Vid. ABEL SOUTO, M., «La expansión, operada por la Ley orgánica 1/2015, de los hechos previos del delito de blanqueo a las antiguas faltas», en Abel Souto, M., y Sánchez Stewart, N. (coords.), *V congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2018, pp. 157-187.

¹⁸ Vid. *Ley orgánica 6/2021, de 28 de abril, complementaria de la Ley 6/2021, de 28 de abril, por la que se modifica la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, de modificación de la Ley orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y de modificación de la Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal*, BOE, núm. 102, 29 de abril de 2021, pp. 50883-50886.

Directiva 2018/1673, de 23 de octubre¹⁹, sobre la lucha contra el blanqueo mediante el Derecho Penal, pues las otras agravaciones incorporadas por la LO 6/2021 no resultaban obligatorias según la Directiva 2018/1673, la cual igualmente se ocupa de la responsabilidad de las personas jurídicas²⁰. Muy poco antes en Europa, en el marco de una sucesión normativa sin precedentes que atenta contra la seguridad jurídica, la Directiva 2018/843, de 30 de mayo²¹, o V Directiva contra el blanqueo, con «amplios considerandos»²², que modifica la IV Directiva de 2015, aparte de incorporar novedades en materia de proveedores de servicios tanto de cambio de moneda virtual en moneda fiduciaria como de custodia de monederos electrónicos²³, insistió en la necesidad de «adoptar medidas destinadas a garantizar una mayor transparencia de las transacciones financieras, de las sociedades y otras entidades jurídicas, así como de los fideicomisos (del tipo «trust») e instrumentos jurídicos de estructura o funciones análogas»²⁴. Esta Directiva 2018/843 también acaba de trasponerse a Derecho interno español mediante el Real decreto-ley 7/2021, de 27 de abril, que incorpora como nuevos sujetos obligados a los prestadores de servicios de cambio de moneda virtual por la de curso legal y a los proveedores de servicios de custodia de monederos electrónicos, crea un nuevo modelo de identificación de la titularidad real con un registro único en el ministerio de justicia, adapta el fichero de titularidades financieras y el tratamiento de datos personales a la V Directiva, establece nuevas obligaciones de informar del efectivo no acompañado y declarar el transportado en la entrada o salida de la Unión Europea por los que realicen activida-

¹⁹ Vid. *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, Diario Oficial de la Unión Europea*, L 284, 12 de noviembre de 2018, pp. 22-30.

²⁰ Vid. ABEL SOUTO, M., «Algunas discordancias legislativas sobre la responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el Código penal español», *RGDP*, núm. 35, 2021, pp. 1-62.

²¹ Vid. ABEL SOUTO, M., «Blanqueo de dinero, responsabilidad criminal de las personas jurídicas y directivas de 2018», en Sanz Hermida, A. M. (dir.), *La justicia penal del siglo XXI ante el desafío del blanqueo de dinero. 21st century criminal justice facing the challenge of money laundering*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2021, pp. 41-75. Existe una versión inglesa de este artículo bajo el título «*Money laundering, criminal responsibility of legal persons and 2018 directives*», en pp. 301-334 y en *Journal of Applied Business & Economics*, núm. 22, 2020, pp. 205-222.

²² LORENZO SALGADO, J. M., «El blanqueo de dinero procedente de los delitos descritos en los artículos 368 a 372 del CP y las nuevas tendencias de financiación del terrorismo advertidas por las Directivas de 2018», en Abel Souto, M.; Lorenzo Salgado, J. M., y Sánchez Stewart, N. (coords.), *VII congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2020, p. 459.

²³ Vid. NAVARRO CARDOSO, F., «Criptomonedas (en especial, bitcóin) y blanqueo de dinero», *RECPC*, núm. 21-14, 2019, pp. 1-45.

²⁴ *Directiva (UE) 2018/843 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2018, por la que se modifica la Directiva (UE) 2015/849 relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, y por la que se modifican las Directivas 2009/138/CE y 2013/36/UE, Diario Oficial de la Unión Europea*, L 156, 19 de junio de 2018, considerando 2.

des de transporte profesional de fondos o medios de pago, y modifica la intervención temporal de medios de pago²⁵.

Por tanto, sí resultaba ineludible para el legislador español introducir el tipo agravado que se incorpora en el segundo párrafo del artículo 302.1, y es el que motiva la reforma, pues esta circunstancia agravante se encuentra, junto con la comisión en el marco de una organización delictiva ya contemplada en nuestro ordenamiento, en la Directiva 2018/1673 entre las circunstancias que «con carácter obligatorio»²⁶ «deben»²⁷ tipificarse en virtud del artículo 6.1, a cuyo tenor «los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar» que «se consideren como agravantes» del blanqueo, por lo que la LO 6/2021 establece la imposición de «la pena en su mitad superior» para los sujetos obligados por la normativa de prevención del blanqueo cuando «cometan cualquiera de las conductas descritas en el artículo 301 en el ejercicio de su actividad profesional», agravación que, según la interpretación literal y sistemática, no solo alcanza a la prisión sino también a la multa proporcional, a diferencia de lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 302.1 para los tipos agravados por pertenencia, jefatura, administración o encargo de organizaciones dedicadas al blanqueo.

Efectivamente, aun cuando la legislación penal española sea bastante más expansiva que la Directiva 2018/1673 sobre lucha contra el blanqueo mediante el Derecho Penal y no precisase muchos cambios para cumplir con las exigencias comunitarias²⁸, sí era necesaria una reforma del Código penal «a más tardar el 3 de diciembre de 2020»²⁹, plazo incumplido por el legislador pese a haber sido advertido con tiempo por Lorenzo Salgado: el artículo 303 «tendrá que ser modificado»³⁰ debido al mandato, establecido en la letra b)

²⁵ Vid. *Real decreto-ley 7/2021, de 27 de abril, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de competencia, prevención del blanqueo de capitales, entidades de crédito, telecomunicaciones, medidas tributarias, prevención y reparación de daños medioambientales, desplazamiento de trabajadores en la prestación de servicios transnacionales y defensa de los consumidores*, BOE, núm. 101, 28 de abril de 2021, apartado III, pp. 49752-49754, y artículo 3, pp. 49788-49803.

²⁶ VIDALES RODRÍGUEZ, C., «Condotte integranti il delitto di riciclaggio. Osservazioni sulla Direttiva (UE) 2018/1673 del Parlamento europeo e del Consiglio, 23 ottobre 2018, relativa alla lotta al riciclaggio di capitali attraverso il diritto penale», en *www.criminaljusticenetwork.eu/it* (septiembre de 2021), III.2, e).

²⁷ CARPIO DELGADO, J. DEL, «Hacia la pancriminalización del blanqueo de capitales en la Unión Europea. Un análisis crítico de la Directiva (UE) 2018/1673 relativa a la lucha contra el blanqueo de capitales mediante el Derecho penal», *RP*, núm. 44, 2019, p. 37.

²⁸ Vid. MATA LLÍN EVANGELIO, A., «¿Qué ha cambiado en el concepto de blanqueo con la Directiva 2018/1673, de 23 de octubre, relativa a la lucha contra el blanqueo de capitales mediante el Derecho Penal?», en León Alapont, J. (dir.), *Temas clave de Derecho Penal. Presente y futuro de la política criminal en España*, Barcelona (Bosch Editor), 2021, pp. 447-494.

²⁹ Artículo 13.1, párrafo primero.

³⁰ LORENZO SALGADO, J. M., 2020, p. 465.

del artículo 6.1 de la Directiva 2018/1673, de considerar circunstancia agravante «que el autor sea una entidad obligada en el sentido del artículo 2 de la Directiva (UE) 2015/849, y haya cometido el delito en el ejercicio de su actividad profesional», artículo 2 que no solo incluye a las entidades financieras y de crédito, sino también a un extenso catálogo de personas físicas y jurídicas, cuando actúen profesionalmente, que amplió la Directiva 2018/843³¹ y que acaba de ser trasladado a Derecho interno español por el Real decreto-ley 7/2021, de 27 de abril, el cual modifica, en el apartado 1 del artículo 2 de la Ley 10/2010 sobre prevención del blanqueo, las letras b), h), k), l), m) y r) y añade la z), con lo que el legislador agota todas las letras del abecedario en el amplísimo catálogo, amén de reformar el apartado 4 del artículo 2, artículo en el que se recogen los sujetos obligados por la normativa de prevención a los que se puede aplicar esta nueva agravante.

Concretamente la Ley 10/2010 desde su primera redacción considera sujetos obligados a las entidades de crédito (a)³²; las entidades aseguradoras autorizadas para operar en el ramo de vida, a las que el Real decreto-ley 7/2021 añade los seguros relacionados con inversiones, y los corredores de seguros en los de vida e inversiones (b); las empresas de servicios de inversión (c); las sociedades gestoras de instituciones de inversión colectiva y las sociedades de inversión cuya gestión no esté encomendada a una sociedad gestora (d); las entidades gestoras de fondos de pensiones (e); las sociedades gestoras de entidades de capital-riesgo cuya gestión no esté encomendada a una sociedad gestora (f); las sociedades de garantía recíproca (g); las entidades de pago, a las que se agregaron en 2011 las entidades de dinero electrónico³³ y en 2021 las personas físicas y jurídicas de los artículos 14 y 15 del Real decreto-ley 19/2018, de 23 de noviembre, de servicios de pago y otras medidas urgentes en materia financiera (h); los que cambien moneda profesionalmente (i); los servicios postales respecto a los giros o transferencias (j); «las personas dedicadas profesionalmente a la intermediación en la concesión de préstamos o créditos» y las que, sin autorización como establecimientos financieros de crédito, desarrollen profesionalmente actividades recogidas en la DA primera de la Ley 3/1994, de 14 de abril, remisión que el Real decreto-ley 7/2021 cambia por las previstas en el artículo 6.1 de la Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial, y la concesión de préstamos según la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, aunque en

³¹ Vid. Artículo 1.1.

³² Vid. Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, BOE, núm. 103, 29 de abril de 2010, pp. 37458-37499.

³³ Vid. Ley 21/2011, de 26 de julio, de dinero electrónico, BOE, núm. 179, disposición final octava.

una evidente muestra de desidia legislativa el Real decreto-ley 7/2021 repite al final del párrafo los mismos sujetos obligados que aparecen al principio, aquí entrecomillados (k); los promotores inmobiliarios y quienes ejerzan profesionalmente actividades de agencia, comisión o intermediación en la compraventa de bienes inmuebles, a los que el Real decreto-ley 7/2021 adiciona los arrendamientos de inmuebles anuales de al menos 120.000 euros y los mensuales iguales o superiores a 10.000 euros (l); los auditores de cuentas, contables externos y asesores fiscales, que el Real decreto-ley 7/2021 amplía a «cualquier otra persona que se comprometa a prestar de manera directa o a través de otras personas relacionadas, ayuda material, asistencia o asesoramiento en cuestiones fiscales como actividad empresarial o profesional principal» (m), sorprendente redacción que convierte un mero compromiso en una profesión; los notarios y registradores (n); los abogados, procuradores y profesionales independientes, pero únicamente cuando participen por cuenta de clientes en la compraventa de inmuebles o entidades comerciales, la gestión de fondos, valores u otros activos, la apertura o gestión de cuentas, la creación, funcionamiento o gestión de empresas, fideicomisos, sociedades o estructuras análogas, o cuando actúen por cuenta de clientes en operaciones financieras o inmobiliarias (ñ); los que profesionalmente presten «a» (o «por cuenta de» según el Real decreto-ley 11/2018)³⁴ terceros servicios de constitución de sociedades o personas jurídicas, dirección o secretaría de una sociedad, que el Real decreto-ley 11/2018 cambia por funciones de secretarios no consejeros de consejo de administración o de asesoría externa, facilitar domicilio social o dirección, funciones de socio, fideicomisario, que en 2018 se sustituye por fiduciario, o accionista por cuenta de otra persona, salvo las sociedades que coticen en un mercado regulado, que el Real decreto-ley 11/2018 circunscribe a la Unión Europea, y que estén sujetas a requisitos de información conformes con el Derecho comunitario, que en 2018 se cambia por el de la Unión y las normas que garanticen la adecuada transparencia de la información sobre la propiedad, o disponer que otra persona ejerza dichas funciones (o); los casinos (p); los comerciantes profesionales de joyas, piedras o metales preciosos (q); las personas que comercien profesionalmente con objetos de arte o antigüedades, a los que el Real decreto-ley 7/2021 añade los intermediarios y los que almacenen, comercien con ellos o intermedien en puertos francos (r); los que ejer-

³⁴ Vid. Real decreto-ley 11/2018, de 31 de agosto, de transposición de directivas en materia de protección de los compromisos por pensiones con los trabajadores, prevención del blanqueo de capitales y requisitos de entrada y residencia de nacionales de países terceros y por el que se modifica la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, BOE, núm. 214, artículo 2.2.

zan profesionalmente las actividades del artículo 1 de la Ley 43/2007, de 13 de diciembre, de protección de los consumidores en la contratación de bienes con oferta de restitución del precio (s); los depositantes, custodios o transportistas profesionales de fondos o medios de pago (t); las personas responsables de la gestión, explotación y comercialización de loterías u otros juegos de azar, a las que el Real decreto-ley 11/2018 adiciona la matización de presenciales o por medios electrónicos, informáticos, telemáticos e interactivos, aunque solo respecto de las operaciones de pago de premios en las loterías, apuestas mutuas deportivo-benéficas, concursos, bingos y máquinas recreativas tipo «B», limitación que antes se aplicaba a todos los casos (u); los que realicen movimientos de medios de pago (v); los que comercien profesionalmente con bienes (w); las fundaciones y asociaciones (x); los gestores tanto de sistemas de pago, compensación y liquidación de valores o productos financieros derivados como de tarjetas de crédito o débito emitidas por otras entidades (y); y los proveedores de servicios de cambio de moneda virtual por moneda fiduciaria y de custodia de monederos electrónicos, sujetos obligados introducidos por el Real decreto-ley 7/2021 (z).

El preámbulo de la LO 6/2021, de 28 de abril, se vanagloria de llevar a cabo «una mejora técnica»³⁵ con la introducción de este tipo agravado para los obligados por la normativa de prevención cuando blanqueen en el ejercicio de su actividad profesional, más la técnica legislativa brilla por su ausencia, pues al tratarse de una agravación profesional debería haberse ubicado en el artículo 303 del Código penal, como con acierto se había propuesto doctrinalmente, y no entre los tipos agravados para las organizaciones del artículo 302.1. Además, el asistemático legislador de 2021 desaprovecha la reforma al no eliminar del artículo 303 las aberrantes menciones a los facultativos, trabajadores sociales, docentes o educadores³⁶, carentes de sentido en el blanqueo y que proceden de los delitos relativos al narcotráfico, «lo cual explica, pero no justifica, la sorprendente referencia»³⁷.

Del extensísimo catálogo de sujetos obligados por la normativa de prevención a los que se puede aplicar esta nueva circunstancia agravante, cuando blanqueen en el ejercicio de la actividad profesional, únicamente me voy a ocupar ahora, por los límites a los que obliga la participación en este entrañable homenaje, de los proveedores de servicios de cambio de moneda virtual por moneda fiduciaria y de custodia de monederos electrónicos.

³⁵ LO 6/2021, penúltimo párrafo del preámbulo.

³⁶ Cfr. LORENZO SALGADO, J. M., 2020, p. 465, nota 73.

³⁷ LORENZO SALGADO, J. M., 2020, p. 447.

Obviamente, es necesario evitar los peligros que implica la utilización de las nuevas tecnologías en la comisión del delito de blanqueo, los cuales exigen una actualización constante de las investigaciones. En este sentido la Directiva 2018/1673, sobre el combate contra el blanqueo mediante el Derecho Penal, advierte de que «el uso de monedas virtuales presenta nuevos riesgos y desafíos desde la perspectiva de lucha contra el blanqueo»³⁸, pero ya unos años antes la Directiva 2015/849, o IV Directiva³⁹, exigía «adaptaciones rápidas y continuas del marco jurídico»⁴⁰ para responder a las amenazas del uso de las nuevas tecnologías en el blanqueo y también la Directiva 2018/843, o V Directiva, insiste en la «necesidad de adaptarse a las nuevas amenazas»⁴¹ y de modificar la Directiva de 2015. En la misma línea el informe que la Comisión debe presentar como muy tarde el 11 de enero de 2022 sobre aplicación de la Directiva 2018/843 tiene que incidir en los problemas emergentes y nuevas tendencias e incluir propuestas sobre monedas virtuales, la creación de una base de datos central para las identidades y direcciones de monedero electrónico de los usuarios accesibles para las Unidades de Inteligencia Financiera y los formularios de autodeclaración de los usuarios de monedas virtuales⁴².

Ya el GAFI en junio de 2014 elaboró un informe sobre monedas virtuales⁴³, en junio de 2015 publicó unas directrices para un enfoque basado en el riesgo respecto a las monedas virtuales⁴⁴, en octubre de 2018 modificó la recomendación 15 para aclarar cómo se aplican sus estándares a las actividades u operaciones con activos virtuales⁴⁵ y en junio de 2019 aprobó una nota interpretativa a la recomendación 15⁴⁶, para que las empresas que operan con criptomonedas recopilen y compartan datos de sus clientes en las operaciones superiores a 1.000 euros o dólares, con lo que surgieron preocupaciones sobre si la tecnología *blockchain* tendrá que reestructurarse o si

³⁸ Considerando 6.

³⁹ Vid. Directiva (UE) 2015/849 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo y por la que se modifica el Reglamento (UE) núm. 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y la Directiva 2006/70/CE de la Comisión, Diario Oficial de la Unión Europea, L 141, 5 de junio de 2015, pp. 73-117.

⁴⁰ Considerando 28.

⁴¹ Considerando 6.

⁴² Cfr. Artículo 65, modificado.

⁴³ Vid. FATF, *Report. Virtual currencies. Key definitions and potential AML/CTF risks, June 2014*, en <http://www.fatf.gafi.org> (septiembre de 2021).

⁴⁴ Vid. FATF, *Guidance for a risk-based approach virtual currencies, June 2015*, en <http://www.fatf.gafi.org> (septiembre de 2021).

⁴⁵ Vid. GAFI, «Regulación de activos virtuales», París, 2018, en <http://www.fatf.gafi.org> (septiembre de 2021).

⁴⁶ Cfr. FATF, *Guidance for a risk-based approach. Virtual assets and virtual asset service providers, June 2019*, en <http://www.fatf.gafi.org>, pp. 4, 55 y 56 (septiembre de 2021).

se incrementarán los costes de las criptomonedas⁴⁷ con esta traslación de deberes públicos a los particulares⁴⁸.

En esta línea la Directiva 2018/843 amplió el ámbito de aplicación de la Directiva 2015/849 para detectar actividades sospechosas a los proveedores de servicios de cambio de monedas virtuales por monedas fiduciarias y a los proveedores de servicios de custodia de monederos electrónicos⁴⁹, incorporación de «nuevos sujetos obligados»⁵⁰ que constituye «una medida fundamental»⁵¹ para combatir el blanqueo de dinero y la financiación del terrorismo.

Tanto las monedas virtuales, entre las que destaca el *bitcoin*⁵² aunque existen más de 6.000⁵³, como los proveedores de servicios de custodia de monederos electrónicos se definen en los nuevos apartados 18 y 19 del artículo 3 de la Directiva, la cual advierte de que no deben confundirse⁵⁴ las monedas virtuales con el dinero electrónico, ni con las monedas de juegos, ni con las locales⁵⁵.

Es relativamente fácil regular el intercambio de criptomonedas en los proveedores que cambian monedas de curso legal por digitales o viceversa⁵⁶ para controlar al cliente en la vuelta al mundo real o al intentar escaparse de él; sin embargo, en los proveedores de custodia de monederos electrónicos únicamente se tiene en cuenta la puesta a disposición de un servidor para alojar las claves del usuario y custodiar los fondos almacenados en el monedero electrónico o «billeteras calientes», pero no las «frías» o «programas de *hardware* o *software*, que permiten al usuario almacenar sus claves fuera de línea o con aplicaciones descargables»⁵⁷, con lo que los intercambios de virtual a virtual, que suponen un evidente riesgo para el blanqueo, quedan al margen de la normativa europea⁵⁸.

De otro lado, la Directiva no se aplica a los proveedores de activos virtuales, criptoactivos o *tokens*, que no son monedas virtuales⁵⁹, de manera que per-

⁴⁷ Cfr. HUILLET, M., «El GAFI publicará nuevas reglas para el criptosector mundial que afectan a los *exchanges*, fondos y custodios», en <http://www.es.coin-telegraph>, 2019, p.1.

⁴⁸ Vid. ABEL SOUTO, M., 2021, p. 40.

⁴⁹ Cfr. considerando 8 y nuevas letras g) y h) del artículo 2.

⁵⁰ LORENZO SALGADO, J. M., 2020, p. 460.

⁵¹ *Ibid.*

⁵² Vid. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C., «El *bitcoin* como instrumento y objeto de delitos», *Cuadernos de Política Criminal*, II, núm. 131, septiembre de 2020, pp. 75-103.

⁵³ Cfr. GÓMEZ INIESTA, D. J., «El uso de las monedas virtuales y el dinero electrónico en el delito de blanqueo y la directiva 843/2018», en Abel Souto, M.; Lorenzo Salgado, J. M., y Sánchez Stewart, N. (coords.), *VIII congreso internacional sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2021, apartado 2.

⁵⁴ Cfr. considerandos 10 y 11.

⁵⁵ Cfr. LORENZO SALGADO, J. M., 2020, p. 461, nota 64.

⁵⁶ Cfr. GÓMEZ INIESTA, D. J., 2021, apartado 3 c).

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ Cfr. GÓMEZ INIESTA, D. J., 2021, apartado 3 c).

⁵⁹ Cfr. LORENZO SALGADO, J. M., 2020, p. 461.

mite «nuevas oportunidades para el blanqueo de ganancias con posible financiación de actividades ilícitas»⁶⁰, por lo que debería ampliarse, según recomendó el GAFI, a los activos virtuales⁶¹ para abarcar la participación y promoción de ofertas iniciales de moneda, los intercambios «entre activos virtuales y monedas nacionales como actividad del mercado primario»⁶² y entre criptomonedas o *tokens* como actividad del mercado secundario y la transferencia, liquidación, custodia o administración de activos virtuales⁶³.

Ciertamente el legislador español podría haber ido más allá del mínimo exigido por la Directiva 2018/843 para alcanzar los *tokens* de utilidad, que permiten el acceso a un producto, o de inversión, que habilitan la propiedad⁶⁴, siguiendo al GAFI, en su noción de activos virtuales como «representación digital de valor que puede ser negociado o transferido digitalmente y que puede utilizarse como medio de pago o de inversión»⁶⁵, pero ha perdido su oportunidad al mostrarse secuaz del legislador europeo en la modificación de la Ley 10/2010 sobre prevención del blanqueo operada por el Real decreto-ley 7/2021, de 27 de abril, tanto en la definición de moneda virtual o «representación digital de valor no emitida ni garantizada por un banco central o autoridad pública, no necesariamente asociada a una moneda legalmente establecida y que no posee estatuto jurídico de moneda o dinero, pero que es aceptada como medio de cambio y puede ser transferida, almacenada o negociada electrónicamente»⁶⁶, como en el concepto de proveedores de servicios de custodia de monederos electrónicos o «personas físicas o entidades de prestan servicios de salvaguardia o custodia de claves criptográficas privadas en nombre de sus clientes para la tenencia, el almacenamiento o la transferencia de monedas virtuales»⁶⁷, y entiende el cambio de moneda

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ *Vid. FATF*, 2019, pp. 1-57.

⁶² GÓMEZ INIESTA, D. J., 2021, apartado 4.

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ GÓMEZ INIESTA, D. J., 2021, apartado 3 b).

⁶⁵ *Ibid.*

⁶⁶ Apartado 5 del artículo 1 de la Ley 10/2010, incorporado por el Real decreto-ley 7/2021, cuya redacción únicamente se diferencia del apartado 18 del artículo 3 de la Directiva en el irrelevante singular «moneda virtual», en el uso de la disyuntiva «o» antes de «autoridad», la posición del adverbio «legalmente», el añadido de una cópula y un artículo en «y que no posee el estatuto jurídico», el cambio de «pero aceptada por personas físicas o jurídicas» por «que es aceptada», la sustitución de tres infinitivos por participios y la utilización del adverbio «electrónicamente» en vez de la locución «por medios electrónicos». Ninguno de estos cambios estilísticos, meramente formales, altera el contenido de la definición.

⁶⁷ Apartado 7 del artículo 1 de la Ley 10/2010, incorporado por el Real decreto-ley 7/2021. En este caso el legislador español, tal vez por aparentar que ha hecho algún trabajo en la transposición, cambia el singular «proveedor», del apartado 19 del artículo 3 de la Directiva, por el plural «proveedores», con las obligadas concordancias del sustantivo «entidades», a las que agrega alternativamente las personas físicas, y el verbo «prestan», suprime una coma y a la «salvaguardia» le agrega «o custodia».

virtual por fiduciaria del siguiente modo: «la compra y venta de monedas virtuales mediante la entrega o recepción de euros o cualquier otra moneda extranjera de curso legal o dinero electrónico aceptado como medio de pago en el país en el que ha sido emitido»⁶⁸.

Por último, el Real decreto-ley 7/2021 incorpora una disposición adicional segunda a la Ley 10/2010, la cual «crea»⁶⁹ el registro en el que deben inscribirse los proveedores de servicios de cambio de moneda virtual por moneda fiduciaria y de custodia de monederos electrónicos.

Con todo, la Directiva 2018/843 es consciente de su debilidad, pues «no evita el anonimato»⁷⁰, al mantenerse «en gran parte del entorno de la moneda virtual»⁷¹, ya que «los usuarios pueden llevar a cabo transacciones al margen»⁷² de los proveedores de servicios con intermediarios con servidores fuera de la Unión Europea⁷³, por lo que las Unidades de Inteligencia Financiera, como el Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias⁷⁴ en el caso español⁷⁵, «deben poder obtener informaciones que les permitan asociar las direcciones de las monedas virtuales a la identidad del propietario de la moneda virtual»⁷⁶ y tiene que analizarse la posibilidad de que, voluntariamente, los usuarios efectúen «una autodeclaración a las autoridades»⁷⁷.

Lamentablemente la reciente normativa española de prevención contra el blanqueo no corrige las deficiencias de la Directiva 2018/843, con lo que quedan fuera del nuevo tipo agravado para los proveedores de servicios de cambio de moneda virtual por moneda fiduciaria y de custodia de monederos electrónicos cuando blanqueen en el ejercicio de su actividad profesional los proveedores de activos virtuales que no son monedas virtuales, los proveedores de custodia de monederos electrónicos que permiten almacenar las claves con

⁶⁸ Artículo 1, apartado 7, de la Ley 10/2010, incorporado por el Real decreto-ley 7/2021.

⁶⁹ FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., «Evolución del Derecho penal económico europeo», en Abel Souto, M.; Lorenzo Salgado, J. M., y Sánchez Stewart, N., 2021, apartado 4.

⁷⁰ LORENZO SALGADO, J. M., 2020, p. 460.

⁷¹ NAVARRO CARDOSO, F., 2019, p. 28.

⁷² Considerando 9.

⁷³ FERNÁNDEZ GARCÍA, G., «Los riesgos de las nuevas tecnologías para el blanqueo y el necesario mantenimiento de las ventajas de los avances tecnológicos en la financiación alternativa y el emprendimiento social», en Abel Souto, M.; Lorenzo Salgado, J. M., y Sánchez Stewart, N., 2021, apartado 4.

⁷⁴ Sobre el SEPBLAC y su máxima calificación internacional *vid.* LORENZO SALGADO, J. M., 2020, pp. 460 y 461, nota 63. *Vid.* también FATF, *Consolidated assessment ratings*, en <http://www.fatf-gafi.org> (febrero de 2021).

⁷⁵ En torno a la eficacia del sistema español de lucha contra el blanqueo *vid.* ABEL SOUTO, M., «FATF's most compliant countries. Spain's technical compliance and effectiveness: lessons for least compliant jurisdictions», *De Legibus*, 2021, pp. 1-22.

⁷⁶ Considerando 9.

⁷⁷ *Ibid.*

aplicaciones descargables y los intercambios de virtual a virtual, todo un campo abonado para el blanqueo.

También el GAFI recomendó reducir las transferencias en efectivo mediante técnicas de gestión de fondos modernas y seguras, con inclusión de un aumento del uso de cheques, tarjetas de pago, domiciliación de nóminas y registro automático de operaciones con títulos⁷⁸. Actualmente la recomendación 32.^a exhorta a los países a asegurar que sus autoridades puedan impedir o restringir los movimientos de dinero en efectivo ante sospechas de blanqueo⁷⁹ y la Convención de Naciones Unidas contra la corrupción dispone que los «Estados Parte considerarán la posibilidad de aplicar medidas viables para detectar y vigilar el movimiento transfronterizo de efectivo»⁸⁰, pero «sin restringir en modo alguno la circulación de capitales lícitos»⁸¹. También la Directiva 2018/843 advierte de que «las medidas tomadas deben ser proporcionales a los riesgos»⁸² y en el informe que la Comisión debe presentar como muy tarde el 11 de enero de 2022 se requiere una evaluación del respeto a los derechos y principios fundamentales de la Carta de Derechos Fundamentales en la aplicación de la Directiva 2018/843⁸³.

En esta línea se ha dicho que el dinero en efectivo es el medio común de intercambio en las transacciones criminales⁸⁴ y en sentido similar el gobierno español, aunque pensando más en finalidades recaudatorias, aprobó en el consejo de ministros de 22 de junio de 2012 un proyecto de ley de lucha contra el fraude fiscal que, teniendo en cuenta la experiencia legislativa de otros países comunitarios, limitó a 2.500 euros los pagos en efectivo cuando en las operaciones participen empresarios o profesionales⁸⁵, que se sumó al plan de control de billetes de alta denominación, de 500 y 200 euros⁸⁶. Sobre estas limitaciones de pagos en efectivo el Consejo General del Poder Judicial puso el acento en su trasfondo tributario⁸⁷. En julio de 2021 en España se modificó el artículo 7 de la

⁷⁸ Cfr. recomendación 25.^a, FATF-I, p. 21; recomendación 24.^a, FATF-VII, anexo 1.

⁷⁹ Cfr. FATF, *International standards on combating money laundering and the financing of terrorism & proliferation. The FATF recommendations, february 2012*, en <http://www.fatf-gafi.org>, p. 25 y nota interpretativa a la recomendación 32.^a, pp. 99-102.

⁸⁰ *Instrumento de ratificación de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, hecha en Nueva York el 31 de octubre de 2003*, en BOE, núm. 171, de 19 de julio de 2006, p. 27137, artículo 14.2.

⁸¹ *Ibid.*

⁸² Considerando 2.

⁸³ Cfr. letra g) del artículo 65.1.

⁸⁴ Cfr. JURADO, N., y GARCÍA, R., «El blanqueo de capitales», en Avilés Gómez, M. (coord.), *El enriquecimiento ilícito*, Alicante (Editorial Club Universitario), 2011, p. 172.

⁸⁵ Cfr. «Aprobadas las medidas para la lucha contra el fraude fiscal», en <http://www.lamoncloa.es/ConsejodeMinistros>, viernes, 22 de junio de 2012.

⁸⁶ Cfr. BORE, N., «El gobierno no aclara cómo controlará el pago en efectivo», *La Voz de Galicia*, viernes, 13 de abril de 2012, p. 34.

⁸⁷ Cfr. Consejo General del Poder Judicial, *Informe al anteproyecto de Ley de modificación de la normativa tributaria y presupuestaria y de adecuación de la normativa financiera para la intensificación de las actua-*

Ley 7/2012 para reducir el límite de pagos en efectivo a 1.000 euros⁸⁸, como en Francia y en Italia, y en la India el gobierno prohibió en 2016 los billetes de 500 y 1.000 rupias. También con el COVID-19 el uso de dinero en efectivo es evitado y se prefieren los medios de pago electrónicos, para reducir el posible contagio por el contacto físico con el dinero⁸⁹. Sin embargo, tras el aparente dogma del «carácter criminógeno del dinero en efectivo» se esconde un programa que supera la lucha contra la delincuencia, permite el control del ámbito privado y margina todavía más a los que ganan menos⁹⁰. Amén de que, al huir de la Caribdis del papel moneda nos toparemos con la Escila del dinero electrónico y las monedas virtuales, pues las nuevas tecnologías de pago y las novedosas formas de inversión, según se ha visto, no se hallan exentas de riesgos que pueden frustrar la prevención y represión del blanqueo de dinero.

Incluso, como ha demostrado la pandemia, el covid ha afectado en muchos países al control total de la población mediante los teléfonos móviles para vigilar las prohibiciones de movimientos y aproximación, un control total que también pretende utilizarse en las investigaciones sobre blanqueo para lograr mayor eficacia. No obstante, el control total puede llevarnos al mundo de las telepantallas orwellianas, a un futuro que Orwell describió en su obra *1984*, de «una bota aplastando, incesantemente, el rostro humano»⁹¹.

ciones de prevención y lucha contra el fraude, 31 de mayo de 2012, en <http://www.poderjudicial.es>, pp. 4 y 5.

⁸⁸ Cfr. *Ley 11/2021, de 9 de julio, de medidas de prevención y lucha contra el fraude fiscal, la transposición de la Directiva UE/2016/1164, del Consejo, de 12 de julio de 2016, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior; de modificación de diversas normas tributarias y en materia de regulación del juego*, en BOE núm. 164, de 10 de julio de 2021, p. 82657, artículo 18.

⁸⁹ Cfr. ABEL SOUTO, M., 2021, p. 41.

⁹⁰ Cfr. PIETH, M., «Zur Einführung: Geldwäscherei und ihre Bekämpfung in der Schweiz», en el mismo autor (ed.), *Bekämpfung der Geldwäscherei: Modellfall Schweiz?, Basel und Frankfurt am Main (Helbing & Lichtenhahn)*, Stuttgart (Schäffer-Poeschel), 1992, p. 27. Así también cfr. DIETZI, H., «Der Bankangestellte als eidgenössisch konzessionierter Sherlock Holmes? Der Kampf gegen die Geldwäscherei aus der Optik des Ersten Rechtskonsulenten einer Grossbank», en PIETH, M., 1992, p. 90; HOLZINGER, L., *Weissbuch Schwarzgeld. Geldwaschen in Österreich*, Wien (Promedia), 1994, pp. 19 y 20.

⁹¹ Cfr. ABEL SOUTO, M., 2021, p. 41.

INVESTIGACIONES INTERNAS: PROLEGÓMENOS CONSTITUCIONALES Y CUESTIONES ABIERTAS

RAFAEL ALCÁCER GUIRAO*

I. AVISO A NAVEGANTES: STS 328/2021

La Sentencia dictada por el Pleno del Tribunal Supremo 328/2021, de 24 de abril¹, siendo –en palabras de la Sala Segunda– «un ejemplo paradigmático de esa fricción generada por el derecho del trabajador a su propia intimidad y la facultad del acusado [...] de fiscalizar el uso adecuado de los elementos productivos puestos a disposición de su empleado», constituye además una seria advertencia a los navegantes del proceloso mar del cumplimiento penal en la empresa. En ella se confirma la condena a un empresario individual por delito de descubrimiento y revelación de secretos, al haber accedido al correo electrónico de un trabajador –tanto el corporativo como uno personal que tenía instalado en el ordenador de la empresa–, con el fin de confirmar la existencia de indicios de un delito contra el patrimonio empresarial, obteniendo copia de diversos mensajes que posteriormente fueron aportados como prueba en las diligencias previas incoadas tras la querrela interpuesta por el empresario contra el trabajador por delito de hurto.

En su recurso de casación, el empresario alegó la indebida inaplicación de las eximentes de error de prohibición y legítima defensa, así como la indebida aplicación del artículo 197 del CP, argumentando, de una parte, la ausencia de

* Profesor titular. Universidad Rey Juan Carlos.

¹ ECLI: ES: TS:2021:1486. Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez.

dolo, por cuanto no se actuó para descubrir los secretos de otro o vulnerar su intimidad, sino para investigar su comportamiento ilícito; y aduciendo, de otra parte, que en todo caso la injerencia era proporcionada, pues concurrían en ella los criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

En su respuesta desestimatoria, el Tribunal Supremo destaca que el empresario no solo accedió a correos electrónicos de la cuenta corporativa, sino también a un programa de correo personal que el trabajador había instalado en el ordenador corporativo; y que no consta acreditado ni el consentimiento del trabajador ni tampoco un posible acuerdo o advertencia previa, plasmada en contrato o convenio, que permitiera «excluir cualquier expectativa de privacidad por parte» del trabajador.

La afirmación de dicha expectativa de privacidad determina la existencia, en el caso concreto, de un derecho fundamental a la intimidad del que sería titular el trabajador, cuya vulneración dio lugar, en consecuencia, a la aplicación del delito previsto en el artículo 197 CP. Sobre la vigencia de esa expectativa de privacidad, el Tribunal Supremo reconoce que la sentencia de primera instancia alude a un convenio colectivo sectorial en el que se tipifica como falta grave del trabajador «utilizar los ordenadores ...para usos distintos para los que se ha habilitado, incluyendo el correo electrónico». Pero considera que esa previsión no constituye «una cláusula concebida para reservarse y tolerar, respectivamente, el control sobre las comunicaciones telemáticas –corporativas y personales– de los trabajadores», por lo que «en modo alguno puede interpretarse como una habilitación al empresario para vulnerar las barreras de protección propias del derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones».

Como primera consideración, es relevante destacar que tales conclusiones suponen una ruptura con la línea jurisprudencial que tanto el Tribunal Supremo (Sala de lo Social) como el Tribunal Constitucional habían venido manteniendo, y una consiguiente elevación del estándar de protección de los derechos de los trabajadores. En particular, contradice frontalmente la doctrina plasmada en la STC 170/2013, de 7 de octubre, en la que se consideró suficiente la previsión de una sanción semejante en un convenio colectivo sectorial para considerar excluida toda expectativa de privacidad². Ahora bien, lo cierto es que esa ruptura, y ese refuerzo de la protección de los derechos de los trabajadores, viene impuesta el pronunciamiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala) en el asunto *Barbulescu c. Ru-*

² Muy crítico con ello, VARGAS OVALLE, M. A., y AGUSTINA SANLLEHÍ, J. R., «Obtención de evidencias digitales y privacidad en el correo electrónico en el marco de las investigaciones internas», en: Fortuny Cendra, M. (dir.), *Las investigaciones internas en el compliance penal. Factores clave para su eficacia*, Pamplona (Thomson Reuters Aranzadi), 2021, pp. 135 s.

mania (II), sentencia de 5 de septiembre de 2017, con arreglo al que esa expectativa de privacidad decaería en el caso concreto únicamente cuando exista no solo una prohibición *expresa* de uso para fines personales de los equipos informáticos sino, además, una expresa advertencia al trabajador sobre la posible monitorización de los equipos que utiliza para el desempeño de la prestación laboral³.

La elevación del estándar de protección de los derechos de los trabajadores que consagra esta sentencia conllevará, en consecuencia, importantes restricciones para las investigaciones internas de las empresas. En particular, una decisión fundamental será la de establecer de antemano los términos y límites del uso de las herramientas de producción y comunicación puestas a disposición de la plantilla, bajo la premisa de que cuanto más amplia sea la facultad de uso para fines privados, mayor será el ámbito de legítimo ejercicio de los derechos de privacidad de los trabajadores (los recogidos en el artículo 18 CE) y menores, por tanto, las posibilidades de control y supervisión sobre ordenadores, móviles y servidores de correo electrónico.

II. DELIMITACIÓN DE LOS DERECHOS Y LÍMITES A LA SUPERVISIÓN

Como ya he expuesto, el recurso de casación del empresario planteaba también la indebida inaplicación de la legítima defensa. Junto a ello, la propia Sala reconduce algunas de las alegaciones del recurrente sobre la atipicidad de su conducta a las causas de justificación, manifestando que el hecho de que la exclusión de la tipicidad del artículo 197.1 CP se fundamente en que la injerencia en la esfera de la privacidad del trabajador no menoscaba los principios de necesidad, proporcionalidad e idoneidad, puede llevar a entender que lo que postula la defensa es realmente la concurrencia de una causa de exclusión de la antijuridicidad vinculada al ejercicio legítimo de un derecho (art. 20.7 CP). No obstante, el Tribunal Supremo rechaza esa posibilidad considerando que no existe en los hechos ningún presupuesto fáctico que permita apreciar en el caso concreto el ejercicio legítimo de un derecho; en particular, la circunstancia de que la injerencia en el derecho a la intimidad se prolongara durante tres

³ Sobre el alcance de dicha sentencia, ALCÁCER GUIRAO, R., «Retos para el compliance penal: Barbulescu, Falciani y el reforzamiento de las garantías en el proceso penal», en Cancio Meliá, M.; Maraver Gómez, M.; Fakhouri Gómez, Y.; Guérez Tricarico, P.; Rodríguez Horcajo, D., y Basso, G. (dirs.), *Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, Volumen II, Editores, Madrid (UAM Ediciones), 2019, p. 46.

meses le lleva a concluir razonablemente la inaplicabilidad de la causa de justificación. Pese a ello, en la valoración que realiza la Sala se echa en falta una reflexión adicional sobre el alcance de esa línea de defensa del empresario; en particular, nada se dice sobre la posibilidad de acudir a una eximente incompleta, por cuanto, frente a lo que asevera, quizá no pueda rechazarse categóricamente que el empresario estuviera ejerciendo un derecho, sino que, en todo caso, su ejercicio pudo resultar excesivo.

Esta cuestión enlaza con lo que quisiera explorar a continuación. La supervisión del empresario sobre los equipos de sus empleados para prevenir o reaccionar frente a la comisión de conductas delictivas constituye una pieza esencial no solo de la actividad empresarial sino también de la implementación de un programa de compliance penal a la altura de lo exigido por el artículo 31 bis CP. Sin embargo, esa labor de control y supervisión de empresario encuentra un límite infranqueable en los derechos fundamentales de los trabajadores, especialmente los recogidos en el artículo 18 CE, de modo que una supervisión que, por aspirar a maximizar su eficacia, resulte desproporcionada para la indemnidad de los derechos de los trabajadores, terminará por resultar contraproducente, al poder ser declarada nula la prueba que puede haberse obtenido de la investigación interna (*ex art. 11 LOPJ*), y al poder dar lugar a la condena del empresario o la propia empresa por el delito recogido en el artículo 197, tal como muestra la citada Sentencia del Tribunal Supremo⁴.

Ante las graves implicaciones que puede conllevar, es fundamental determinar dónde haya de estar el límite marcado por los derechos de los trabajadores. Elementales exigencias de seguridad jurídica aconsejan que esa línea esté bien trazada y definida; de ese modo, una vez determinando con claridad el contenido de los derechos fundamentales en juego, la empresa tendría claras las alternativas: la vigencia en el caso concreto de un derecho fundamental impediría legalmente toda injerencia en el mismo; y su menoscabo conllevaría tanto la imposibilidad de utilizar los hallazgos obtenidos en un proceso judicial como incurrir en un delito contra la intimidad. Por su parte, la inexistencia en el caso concreto de tal pretensión de privacidad permitiría a la empresa un acceso prácticamente irrestricto a los contenidos de los ordenadores de los empleados.

Por más que esa diferenciación taxativa sea lo deseable, lo cierto es que esa línea de delimitación sobre el contenido de los derechos no es ni mucho menos

⁴ Entre otros, GÓMEZ MARTÍN, V., «Compliance y derechos de los trabajadores», en KUHLEN, L.; MONTIEL, J. P., y ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., *Compliance y teoría del Derecho Penal*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo (Marcial Pons), 2013, pp. 125 ss.; ALCÁ CER GUIRAO, R., «Cumplimiento penal por la persona jurídica y derechos fundamentales: la intimidad como límite a la vigilancia empresarial», *La Ley* núm. 8053 (2013), pp. 1 ss.

tan clara, ni tan fácil de establecer; en consecuencia, tampoco lo será la que determine las consecuencias de la decisión del empresario: ni en relación con los márgenes de tipicidad o antijuridicidad del artículo 197 CP, ni en relación con la regla de exclusión probatoria prevista en el artículo 11 LOPJ.

La cuestión dista mucho de ser sencilla. La determinación del contenido de los derechos fundamentales en la empresa remite directamente a la controversia sobre la interpretación constitucional de los conflictos entre derechos fundamentales. En esa compleja discusión –y simplificando mucho sus términos– conviven dos perspectivas enfrentadas: para unos, partidarios de una concepción estricta, los derechos constituyen reglas, y los conflictos –meramente aparentes– se resuelven a partir de la *delimitación* de los respectivos contenidos; para otros, los derechos son principios –mandatos de optimización–, pudiendo existir solapamientos entre sus respectivos contenidos no determinados a priori, que deben resolverse por vía de *ponderación* a partir del principio de proporcionalidad⁵.

La aspiración a una delimitación taxativa sobre el contenido de los derechos fundamentales la proporcionaría en mayor medida la primera concepción doctrinal. No obstante, por más que puedan establecerse con carácter previo las condiciones de ejercicio legítimo del derecho –sus límites inmanentes–, en la práctica la concreción del contenido de los derechos dependerá de una necesaria aproximación a las circunstancias del caso concreto, que impedirá una fijación apriorística –sobre el papel en el que se plasme el programa de cumplimiento– de sus márgenes de protección. Es debido a ello que la mayoría de la doctrina constitucionalista tiende a operar con un criterio que aúna ambas vertientes, delimitando categorialmente un núcleo de protección conformado por los elementos definitorios del derecho y, además, un círculo más amplio de mayor indeterminación en el que el conflicto con otros derechos o bienes constitucionales puede ser más complejo de resolver al ser precisa una ponderación tomando en cuenta todas las circunstancias del caso concreto.

A mi modo de ver, esa interpretación en dos pasos –delimitación y ponderación– permite acomodarse mejor a los criterios de resolución de los conflictos entre derechos en el seno de la teoría jurídica del delito. Así, una con-

⁵ Sobre ello y lo que a continuación se menciona en el texto, me permito remitir a ALCÁCER GUIRAO, R., *La libertad del odio*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo (Marcial Pons), 2020, pp. 163 ss., con más referencias. Reflexiones interesantes sobre las relaciones entre la interpretación constitucional de los conflictos de derechos y la teoría del delito aporta el trabajo de FERNÁNDEZ PERALES, F., «La relevancia jurídico-penal del exceso en el ejercicio de derechos fundamentales en el caso 'Aturem el Parlament'», *InDret* 4 (2021), pp. 484 ss.

ducta que se enmarque en el núcleo de protección del derecho fundamental –o, inversamente, que quede inequívocamente fuera del marco protegido del derecho en liza– habrá de considerarse atípica –pues, como reiteradamente afirma el Tribunal Constitucional, «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» (STC 177/2015, de 22 de julio⁶)–. Una vez que abandonamos ese núcleo y entramos en la zona de protección *prima facie*, tal protección deberá concretarse –confirmarse o rechazarse– a partir de un juicio basado en criterios de proporcionalidad, valoración propia de las causas de justificación. En este ámbito, incluso excesos en el ejercicio de un derecho que puedan menoscabar el derecho en conflicto –en nuestro caso, los derechos de privacidad recogidos en el artículo 18 CE– podrían merecer la aplicación de una eximente incompleta, en función de parámetros como la finalidad perseguida, la necesidad de la conducta para tal fin, la intensidad en la injerencia en el derecho menoscabado o la gravedad de los hechos presuntamente delictivos que son objeto de investigación.

También en el ámbito procesal es relevante esa forma de abordar los conflictos entre derechos. Como afirma la STS 489/2018, de 23 de octubre⁷, «tras la teoría de la prueba ilícita late como en tantas materias en el mundo del derecho una ponderación de valores en conflicto». De ese modo, la decisión sobre la aplicación de la regla de exclusión probatoria del artículo 11 LOPJ no podrá resolverse solo a partir de una aproximación categorial a los respectivos contenidos de los derechos que puedan estar en juego entre empresa y empleado, sino que será preciso acudir a parámetros de proporcionalidad. Así, casos inequívocamente claros de ausencia de injerencia en el derecho fundamental –por ser manifiesta la inexistencia de una expectativa de privacidad para el trabajador– permitirán excluir de antemano la ilicitud de las fuentes de prueba obtenidas. No obstante, una apariencia *prima facie* de injerencia en los derechos a la intimidad o el secreto de las comunicaciones obligará a modular su alcance procesal en función de los criterios que conforman la doctrina de la conexión de antijuridicidad desarrollada por el Tribunal Constitucional a partir de la STC 81/1998, de 2 de abril⁸; criterios que no son sino parámetros de proporcionalidad.

En definitiva, los conflictos que pueden surgir entre el derecho de la empresa a velar por su patrimonio y su derecho de defensa, de un lado, y los de-

⁶ ECLI: ES: TC:2015:177.

⁷ ECLI: ES: TS:2018:3754.

⁸ ECLI: ES: TC:1998:81.

rechos de los empleados, de otro, exigen un análisis en dos pasos: en primer lugar, delimitar el contenido de los derechos en juego, a fin de establecer la existencia de una expectativa de privacidad que permita afirmar o descartar la vigencia del derecho fundamental en el caso concreto – y la consiguiente pretensión de respeto–. En segundo lugar, y en los casos en que sí pueda afirmarse esa expectativa de privacidad, será también necesario analizar la proporcionalidad de la injerencia, a fin de determinar (el grado de) la antijuridicidad de la conducta y sus consecuencias jurídicas tanto sustantivas (art. 197 CP) como procesales (art. 11.1 LOPJ).

III. ALGUNAS CUESTIONES ABIERTAS

Este análisis en dos pasos es relevante también desde el punto de vista de la unidad del ordenamiento jurídico: los criterios de delimitación sobre la existencia o inexistencia de un derecho fundamental en el caso concreto serán idénticos y tendrán idénticas consecuencias para todos los órdenes jurídicos –tanto el laboral como el penal– y en todas sus vertientes –sustantiva y procesal–. Sin embargo, los criterios de proporcionalidad serán distintos en el ámbito laboral y penal, puesto que distinto es el fin que persigue la actuación empresarial y distintas son las consecuencias que se ventilan⁹. En particular, no tendrá el mismo «peso» el derecho del empresario al control de la actividad laboral que el derecho/deber de prevenir delitos, teniendo en cuenta, además, que la investigación interna que pueda hacer el empresario como parte de la eficaz implementación de su programa de cumplimiento conllevará también el ejercicio del derecho de defensa de la persona jurídica¹⁰, aspecto que habrá de tener especial relevancia en ese juicio de ponderación.

Al hilo de estas consideraciones, pueden dejarse señaladas una serie de cuestiones que será necesario abordar por doctrina y jurisprudencia, a fin de perfilar los márgenes legítimos de actuación de la persona jurídica en el desarrollo de las investigaciones internas. Dado el limitado espacio de esta contribución, me limitaré a enunciar sucintamente algunas de ellas.

La *primera* atañe a la mera posibilidad de que pueda desaparecer totalmente la vigencia de los derechos de privacidad de los trabajadores. Ciertamente, todo derecho es disponible por su titular, por lo que el consentimiento

⁹ ALCÁZER GUIRAO, R., *La Ley*, 2013, p. 7; VARGAS OVALLE, M. A., y AGUSTINA SANLLEHÍ, J. R., 2021, pp. 132-133.

¹⁰ NIETO MARTÍN, A., «Investigaciones internas», en NIETO MARTÍN, A. (dir.), *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2015, p. 264.

del trabajador, materializado con la firma del contrato y el sometimiento voluntario a las condiciones laborales establecidas por el empleador permitirían eliminar del ámbito de actuación laboral la vigencia de los derechos de privacidad en los casos en que pueda excluirse a priori toda expectativa razonable de privacidad. Como hemos expuesto, a partir del criterio sentado por el Pleno del Tribunal Supremo en la sentencia 328/2021 –acogiendo el estándar *Barbulescu*–, ello se dará cuando exista una expresa prohibición de uso para fines privados claramente comunicada a los empleados, y además se haya comunicado también la advertencia de monitorizaciones periódicas¹¹. No obstante, la misma sentencia dictada por el TEDH en el asunto *Barbulescu* pone en duda que los derechos del trabajador puedan extirparse de modo completo por decisión del empresario –o acuerdo con el trabajador–. Afirma, en este sentido, que «las instrucciones del empresario no pueden reducir a cero la vida privada social en el trabajo. El respeto por la vida privada y por el secreto de las comunicaciones continúa existiendo incluso si quedan restringidas tanto como sea necesario» (§80). En la misma línea, también las últimas reformas en la legislación española corren en esa dirección¹².

La cuestión enlaza con lo que hemos comentado más arriba. Si partimos de la previa y necesaria existencia de una expectativa de privacidad que no puede desaparecer por la decisión consensuada de empresario y trabajador, entonces todo acceso al contenido de los ordenadores personales y correos electrónicos del empleado supondrá un menoscabo de los derechos de privacidad, por lo que la relevancia jurídica de tal injerencia deberá resolverse siempre a través de un juicio de proporcionalidad basado en la ponderación de cir-

¹¹ Estrasburgo suele operar con criterios de ponderación, antes que con reglas de delimitación. No obstante, la sentencia dictada en el caso *Barbulescu* enfatiza estos dos elementos citados en el texto como factores de necesaria concurrencia, pudiendo por ello interpretarse como reglas de delimitación del derecho. Así los ha entendido la STS 489/2018, diferenciado en los siguientes términos los diferentes criterios del *test Barbulescu*: «Algunos se configuran como premisas de inexcusable concurrencia. En particular, no cabe un acceso incontestado al dispositivo de almacenamiento masivo de datos si el trabajador no ha sido advertido de esa posibilidad y/o, además, no ha sido expresamente limitado el empleo de esa herramienta a las tareas exclusivas de sus funciones dentro de la empresa [...]. El resto de los factores de ponderación entrarán en juego para inclinar la balanza en uno u otro sentido solo si se cuenta con ese presupuesto. En otro caso, habrá vulneración aunque exista necesidad, se use un método poco invasivo, etc.».

¹² Así, el artículo 87 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos personales y garantía de los derechos digitales, establece el presupuesto de que «los empleadores deberán establecer criterios de utilización de los dispositivos digitales respetando en todo caso los estándares mínimos de protección de su intimidad de acuerdo con los usos sociales y los derechos reconocidos constitucional y legalmente». De modo semejante, el artículo 20 bis del Estatuto de los Trabajadores –modificado por la Ley antes citada–, dispone que «los trabajadores tienen derecho a la intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por el empleador, a la desconexión digital y a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y geolocalización en los términos establecidos en la legislación vigente en materia de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales».

cunstancias del caso concreto, con la consiguiente merma de seguridad jurídica en las posibilidades y límites de actuación de la empresa a la hora de acometer una investigación interna.

Ello conecta, a su vez, con un *segundo* interrogante, relativo a la necesidad –y dificultad– de delimitar los respectivos contenidos de los derechos a la intimidad y al derecho al secreto de las comunicaciones. La necesidad viene dada por el reforzado marco de protección que la Constitución establece sobre el derecho recogido en el artículo 18.3 CE, al exigir taxativamente la autorización judicial como presupuesto de legitimidad de toda injerencia en el derecho. Frente a lo que, a modo de *obiter dictum*, sostuvo la STS 528/2014, de 16 de junio¹³, la STS 328/2021 –y previamente la STS 489/2018– admite que tanto ese derecho como el derecho a la intimidad puedan ser excluidos de la esfera laboral por consenso del empresario y empleado¹⁴. Es decir, que también respecto del derecho al secreto de las comunicaciones podría desaparecer toda expectativa de privacidad. Pero si, volviendo a la primera cuestión, se asume la imposibilidad de que desaparezca esa expectativa de privacidad, la consecuencia insoslayable será que el empresario nunca podrá adentrarse legítimamente en el derecho al secreto de las comunicaciones, porque para ello no bastará con un saldo positivo en el juicio de proporcionalidad, sino que será precisa una autorización judicial. Para soslayar este problema no creo que sea adecuado –por su difícil encaje constitucional– ensayar la asunción de un nuevo «derecho al entorno digital» que se pretenda autónomo de los anteriores y con un tratamiento unitario, tal como sugiere la STS 489/2018. Por lo demás, el problema relativo a la imposibilidad de que desaparezca la expectativa de privacidad puede agravarse con el refuerzo garantístico que ha introducido la reforma de la LECrim con la L. O. 13/ 2015, incluyendo la exigencia de previa autorización judicial también para el acceso a dispositivos de almacenamiento masivo de información (arts. 588 sexies a ss.). La citada STS 489/2018 soslaya esa duda argumentando que dicha regulación se dirige solo a las fuerzas y cuerpos de seguridad, no a particulares. Pero también esa conclusión resulta discutible, no solo por constituir una interpretación restrictiva sobre los márgenes de protección de derechos fundamentales sino también a la luz de la *doctrina Falciani* (STS 116/2017, de 23 de febrero¹⁵).

La *tercera* cuestión atañe a la oportunidad de plasmar en las normas internas de la empresa los criterios de proporcionalidad que determinarían la

¹³ Sobre dicha sentencia, ALCÁ CER GUIRAO, R., 2019, p. 46.

¹⁴ ECLI: ES: TS:2014:2844.

¹⁵ ECLI: ES: TS:2017:471.

legitimidad de la injerencia en la esfera de privacidad de los trabajadores. El interés de la empresa será introducir prohibiciones de uso y advertencias de monitorización que –de acuerdo a la citada jurisprudencia– permita excluir a priori toda expectativa de privacidad. Ahora bien, ya sea porque normativamente se acoja la premisa mencionada en la primera cuestión –la imposibilidad de eliminar completamente esa expectativa–, ya sea porque la empresa haya acordado otorgar un margen de uso privado de los medios tecnológicos de producción y comunicación, puede resultar adecuado –y en interés de todas las partes involucradas– introducir en la normativa interna de la empresa aquellos factores que podrían justificar la necesidad de afectar esa esfera de privacidad cuando ello resulte imprescindible. Más allá de la mera alusión genérica de que las medidas de supervisión respetarán el principio de proporcionalidad, el diseño de un conjunto de criterios concretos de ponderación acomodado a la jurisprudencia vigente proporcionará a la empresa una poderosa herramienta para poder defender ante un tribunal la legitimidad de una eventual injerencia en los derechos de privacidad de los trabajadores¹⁶. Sin poder profundizar en ello ahora, algunos de los aspectos que debieran tomarse en consideración para ese diseño serían los siguientes¹⁷. (1) Determinar la finalidad que perseguiría la medida de investigación. Como antes destacaba, será mayor la legitimidad de perseguir delitos que la de velar por la prestación laboral, máxime cuando estemos ante delitos que puedan perjudicar el patrimonio social –como era el caso de la STS 328/2021– o que puedan dar lugar a una imputación de la persona jurídica. (2) Sentar límites a la intensidad de la injerencia en la esfera de privacidad, explicitando las herramientas y medidas de investigación que podrá adoptar la empresa. Así, por ejemplo, más incisivo de la intimidad será el acceso a las conversaciones mantenidas por el trabajador que el control sobre las páginas web visitadas; esto último será, a su vez, más incisivo que la grabación de imágenes sin sonido a través de cámaras de circuito cerrado. A tal fin, será oportuno establecer, en el seno del programa de compliance, un protocolo de investigaciones internas, en el que se concreten tales herramientas de supervisión y se establezca un rango de posibilidades de mayor a menor injerencia –desde sistemas de búsqueda ciega por listados de términos a la lectura íntegra de correos o mensajes, por ejem-

¹⁶ MONTIEL, J. P., «Autolimpieza empresarial: compliance programs, investigaciones internas y neutralización de riesgos penales», en KUHLEN, L.; MONTIEL, J. P., y ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., *Compliance y teoría del Derecho Penal*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo (Marcial Pons), 2013, pp. 225 s.

¹⁷ Semejantes criterios de proporcionalidad pueden encontrarse en ALCÁZER GUIRAO, R., «Investigaciones internas», en Ayala Gómez, I., y Ortiz de Urbina Gimeno, I. (coords.), *Memento Penal Económico y de la Empresa*, Madrid (Francis Lefebvre), 2016, NNMM 1737 s.

plo— en función de la gravedad de los hechos investigados. (3) Diferenciar los límites de la supervisión en función de si la investigación es preventiva, confirmatoria o defensiva¹⁸.

Y una *cuarta* cuestión que puede suscitarse es la del alcance de la regla de exclusión probatoria (art. 11.1 LOPJ), en particular en los supuestos en los que la fuente de prueba que hubiera podido obtenerse con vulneración de derechos fundamentales del trabajador tenga virtualidad como *prueba de descargo* de la persona jurídica, por permitirle acreditar la inexistencia de un defecto de organización¹⁹. Partiendo del lugar preeminente que ocupa la presunción de inocencia en el proceso penal, y la consiguiente asimetría en las cargas probatorias y facultades de defensa entre las partes²⁰, pudiera resultar razonable establecer un diferente alcance aplicativo al artículo 11.1 LOPJ cuando la ilicitud de la prueba ha sido obtenida con la finalidad de obtener pruebas de cargo que cuando se persigue acreditar un hecho de descargo²¹. Dependiendo, ciertamente, de la ponderación de factores como, entre otros, la dificultad de haber obtenido esa información por otras vías menos lesivas —juicio de necesidad— o la intensidad de la injerencia en el derecho fundamental —juicio de proporcionalidad en sentido estricto—, existirían razones plausibles para justificar la incorporación al proceso de hallazgos obtenidos con menoscabo de derechos cuando estos abonen la inocencia de la persona jurídica. En el ámbito de las investigaciones internas, la particularidad es el conflicto que puede generarse entre el derecho defensa de la persona jurídica y el del trabajador que ha podido cometer el delito (el hecho de referencia), en la medida en que la defensa de la persona jurídica puede venir presidida por la necesidad de acreditar ese hecho delictivo a fin de colaborar con la investiga-

¹⁸ COLOMER HERNÁNDEZ, I., «Derechos fundamentales y valor probatorio en el proceso penal de las evidencias obtenidas en investigaciones internas en un sistema de compliance», en GÓMEZ COLOMER, J. L., *Tratado sobre Compliance Penal*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2019, pp. 609 ss.

¹⁹ ALCÁCER GUIRAO, R., 2019, p. 46.

²⁰ ALCÁCER GUIRAO, R., «Algunas dudas sobre la duda razonable. Prueba de descargo, estándares de prueba e in dubio pro reo», *RECPC* 23-09 (2021), pp. 36 s.

²¹ En este sentido se pronuncia el Excmo. D. Antonio del Moral García en el voto particular a la STS 569/2013, de 26 de junio (ECLI: ES: TS:2013:4009): «Otra modulación, aunque tampoco pacífica: cuando la prueba ilícita acredita la inocencia —se trata de prueba exculpatoria— debe ceder la prohibición de su utilización. Renunciar al castigo del delincuente para preservar los derechos fundamentales de manera más eficaz es asumible. Pero que en aras de ese mecanismo, meramente preventivo, de protección se condene al inocente no es aceptable. En este conflicto ha de prevalecer sin duda el derecho del inocente a no ser injustamente sancionado. [...]. Una interpretación que basada en la literalidad del artículo 11.1 LOPJ lleve a sustraer al jurado la prueba obtenida ilícitamente que corrobora la coartada del acusado y acredita su inocencia, en entredicho por otro material incriminatorio, no es compatible con los valores constitucionales». Sobre esta discusión, puede verse (en relación con la doctrina chilena) CORREA ZACARÍAS, C., «La prueba ilícita de los particulares: de cargo y de descargo», *Política Criminal* 21 (julio 2016), pp. 120 ss.

ción judicial, o bien por probar que el trabajador eludió fraudulentamente los controles internos de prevención de delitos y no hay, por ello, un defecto de organización interna, elementos que sin duda van en detrimento de la defensa de la persona física, quien podrá alegar la ilicitud de la prueba obtenida con lesión de sus derechos de privacidad²².

²² Sobre ello, ALCÁCER GUIRAO, R., 2019, p. 46.

EL DELITO DE ABANDONO DEL LUGAR DEL ACCIDENTE: CUESTIONABLE LESIVIDAD Y CLARA DESPROPORCIÓN

SOLEDAD BARBER BURUSCO*

I. INTRODUCCIÓN

La LO 2/2019, de 1 de marzo, que inició su tramitación como proposición de ley¹, introdujo en el CP importantes modificaciones relacionadas con la caracterización de la imprudencia grave y menos grave para los delitos de homicidio y lesiones imprudentes cometidos utilizando un vehículo a motor o un ciclomotor; con el incremento de las penas para casos de pluralidad de víctimas en los supuestos de imprudencia grave; y con la incorpo-

* Profesora Titular de Derecho Penal. Universidad Pública de Navarra. El presente trabajo se inscribe en los Proyectos PRO-UPNA20 (6137) 2020-2021 y PID2020-118854GB-I00; IP: Inés Olaizola Nogales y Hugo López López.

Dedico estas breves notas a la Profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo con gran consideración por su obra y con mucho afecto, surgido en el tiempo de su estancia en la Universidad Pública de Navarra.

¹ Proposición de Ley Orgánica presentada por el Grupo Parlamentario Popular: Boletín Oficial de las Cortes Generales (Congreso de los Diputados) núm. 142-1. Los orígenes de la reforma se relacionan directamente con la campaña promovida por Internet bajo el lema *Por una ley justa*, como consecuencia del atropello causado por el conductor de un camión a un ciclista que transitaba por el arcén y que falleció de inmediato. El conductor del camión abandonó el lugar del accidente. La causa tramitó en los juzgados de instrucción de Navacarnero, y el delito de omisión del deber de socorro del artículo 195 CP quedó excluido del objeto del proceso –con la conformidad del MF– atendiendo a que la persona atropellada falleció de inmediato. La viuda de la víctima inició la mencionada campaña, que contó con múltiples apoyos. Inicialmente se solicitaba que el abandono del lugar del accidente se regulara en el artículo 195 como tentativa en los casos de fallecimiento inmediato y que se reintrodujera la imprudencia leve para evitar, que tras la despenalización producida por la reforma penal de la LO 1/2015, de 30 de marzo, las víctimas de accidentes quedaran en situación de desigualdad ante las entidades aseguradoras.

ración del delito de abandono del lugar del accidente. De este delito me ocuparé en las siguientes líneas.

En el nuevo artículo 382 bis del CP se castiga al conductor de un vehículo a motor o de un ciclomotor que voluntariamente abandone el lugar de los hechos tras causar un accidente en el que fallecieran una o varias personas o en el que se causare lesión constitutiva de un delito del artículo 152.2. Si los hechos tuvieran su origen en una acción imprudente del conductor se impondrá la pena de prisión de seis meses a cuatro años y la privación del derecho de conducir vehículos a motor y ciclomotores de uno a cuatro años; y, si el origen fuera fortuito, le corresponderá una pena de tres a seis meses de prisión y de seis meses a dos años de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores. Este precepto se aplicará fuera de los casos contemplados en el artículo 195 y en caso de que no concurra riesgo propio o de terceros.

Dada la prevista aplicación subsidiaria de este tipo penal en relación con el delito de omisión del deber de socorro, deberemos entender que debe aplicarse al conductor que abandone voluntariamente el lugar del accidente luego de causar (de forma fortuita o imprudente) la muerte inmediata de una o varias personas, o los resultados lesivos descritos en los artículos 147.1, 149 y 150 del CP siempre que las personas lesionadas no se encuentren desamparadas y en peligro manifiesto y grave².

2. En el preámbulo se expresa que la Ley «responde a una importante demanda social ante el incremento de accidentes en los que resultan afectados peatones y ciclistas por imprudencia en la conducción de vehículos a motor y ciclomotor». Estas afirmaciones resultan, al menos, inexactas ya que, ante los reclamos efectuados por las víctimas y la adhesión social obtenida, se reconoce, sin duda, una mayor sensibilidad social ante hechos de estas características, pero no un incremento de accidentes que resulte relevante³.

² En el preámbulo de la Ley se explicita que «Se busca evitar el concurso de normas entre este tipo penal y el delito de omisión del deber de socorro del artículo 195.3 del Código Penal para los casos de lesiones a través de la previsión contenida en el texto, de subsidiariedad de este delito respecto de aquél, refiriéndolo a los casos de personas que sufran lesiones graves, pero en las que no concurran los requisitos del peligro manifiesto y grave que exige la omisión del deber de socorro».

³ Así, durante la tramitación de esta Ley, el Fiscal Coordinador de Seguridad Vial presentó ante la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados datos correspondientes al año 2017 de la DGT que indicaba el número de casos de conductores causantes de accidentes que se habían dado a la fuga en accidentes con víctimas: 1.028 de 174.679 conductores, que representaba un 0,6% de los conductores. Dio cuenta también de que los expedientes de pagos realizados por el Consorcio de Compensación de seguros relativos a siniestros causado por vehículos no identificados habían tenido un importante descenso en la última década: de 5.950 en 2007 pasaron a 3.631 en 2017. Tampoco de las principales cifras de la siniestralidad vial brindadas por la DGT correspondientes al año inmediatamente anterior a la tramitación de la reforma se muestran incrementos relevantes: respecto de peatones fallecidos en accidentes de tráfico se produjo en el año 2017 (351) un descenso del 11% respecto del año anterior (387), respecto de ciclistas sí

Se expresa, además, que «Lo que se quiere sancionar en este caso es la maldad intrínseca en el abandono de quien sabe que deja atrás a alguien que pudiera estar lesionado o incluso fallecido, la falta de solidaridad con las víctimas, penalmente relevante por la implicación directa en el accidente frente al abandono, y las legítimas expectativas de los peatones, ciclistas o conductores de cualquier vehículo a motor o ciclomotor, de ser atendidos en caso de accidente de tráfico». Respecto de estas pretensiones del legislador no queda más que señalar que la primera de ellas resulta del todo impertinente desde cualquier perspectiva que se la aborde en el ámbito del Derecho penal y, en cuanto a la segunda, la relacionada con las legítimas expectativas de las víctimas de ser atendidas en caso de accidentes de tráfico, no se relaciona necesariamente con la conducta descrita en el precepto, que nada indica respecto de la obligación de prestar alguna clase de auxilio a las víctimas.

3. Las cuestiones problemáticas que plantea este delito de fuga incorporado en el artículo 382 bis del CP, como ya ha señalado la doctrina⁴, son múltiples. Así, a la hora de analizar la conducta típica resulta necesario determinar el significado y alcance de la expresión «causar» y de esta manera delimitar quiénes entre los conductores pueden ser autores del delito; también, en cuanto al resultado lesivo exigido cabe preguntarse si con la referencia al artículo 152.2 se pretende incluir a las lesiones del artículo 147.1, 149 y 150 (excluyendo las del artículo 147. 2 y 3), o también que las lesiones sean consecuencia de una impru-

aumentó la mortalidad en 2017 (78) respecto del año anterior (67) en un 11%, volviendo a disminuir en 2018 a 58 víctimas, y descendió en un 6% el número de heridos hospitalizados.

⁴ Ver, por muchos: TAMARIT SUMALLA, J. M., «El nuevo tratamiento legal de la imprudencia y el delito de abandono del lugar del accidente», en QUINTERO OLIVARES, G., *Las reformas penales de 2019*, Pamplona (Aranzadi), 2019, pp. 11-35; VICENTE MARTÍNEZ, R. DE, *Siniestralidad vial, delitos imprudentes y fuga*, Madrid, (Reus) 2019; TRAPERO BARREALES, M. A. «Comentario urgente sobre la reforma penal vial y otros aspectos controvertidos», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 21-11 (2019); CASTRO MORENO, A., «Comentario crítico a la LO 2/2019, de 1 de marzo, de reforma del Código Penal, en materia de imprudencia en la conducción de vehículos a motor y ciclomotores: nuevo delito de abandono del lugar del accidente», *La Ley Penal* núm. 138, 2019, pp. 1-43; ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, B., «El nuevo delito de abandono del lugar del accidente en el espejo del delito de fuga alemán», *La Ley Penal*, núm. 139, julio-agosto 2019, pp. 1-15; BUSTOS RUBIO, M., «Aproximación crítica al nuevo delito de abandono del lugar del accidente (art. 382 bis del Código Penal)», *La Ley* núm. 8175, 2019, pp. 1-17; BENÍTEZ ORTUZAR, I. F., «Primeras reflexiones a vuelapluma acerca del delito de abandono del lugar del accidente del artículo 382 bis CP. El nuevo delito de "fuga"». En *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, núm. 13, 2018, pp. 56-70; el mismo: «Notas críticas a la política criminal en materia de seguridad vial», en *Libro Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario*, V.2, Madrid (Reus) 2020, pp. 1409-1419; Vidales Rodríguez, C., «El delito de abandono del lugar del accidente: un análisis orientado a las consecuencias», en *Libro Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario*, V.2, Madrid (Reus) 2020, pp. 1985-1994; RODRÍGUEZ MORO, L., «La última nueva figura delictiva en materia de seguridad vial incorporada en el Código Penal por la LO 2/2019, de 1 de marzo: aplicabilidad y valoración crítica del delito de abandono del lugar del accidente tras causarlo del artículo 382 bis CP», *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad*, 7 (2020);

dencia menos grave. Por otra parte, la acción típica, el abandono del lugar, presenta un importante grado de imprecisión que plantea una serie de interrogantes, tales como si por abandono debe entenderse alejamiento físico del lugar del accidente, ¿qué distancia debe ponerse por medio?, ¿qué tiempo debe esperarse en el lugar para que no exista abandono?, ¿qué papel puede jugar la identificación/no identificación del conductor?, ¿no abandona quien mantiene su presencia en el lugar o se exige algo más?, etc., etc. En este trabajo solo haré referencia al bien jurídico protegido en el precepto y a las penas previstas en el mismo.

II. ¿QUÉ BIEN JURÍDICO PENAL SE PROTEGE?

1. Si se atiende a las manifestaciones efectuadas por el legislador en el preámbulo de la Ley y a la descripción contenida en el precepto, no resulta sencillo identificar un bien jurídico merecedor de protección penal. En efecto, la ubicación sistemática del precepto no parece una referencia útil para determinar el bien jurídico tutelado⁵, ya que la única relación que puede establecerse entre el tipo del artículo 382 bis y su ubicación entre los delitos contra la seguridad vial, es que se trata del ámbito en el que el conductor del vehículo de motor o ciclomotor luego de causar el siniestro, debe producir el abandono; pero con la prohibición de abandonar el lugar del siniestro no se protege ni la seguridad vial, el normal desenvolvimiento del tráfico rodado, ni la vida e integridad de las personas, por lo que se puede sostener también su inadecuada ubicación sistemática. Tampoco la pretendida «maldad intrínseca de la conducta» ni la «falta de solidaridad con las víctimas» a que se alude en el preámbulo de la Ley pueden tomarse como referencia. En el primer caso, porque resulta inadmisibles que ese tipo de valoraciones relacionadas con el fuero interno de todas las personas que realizan una clase de conductas (cualesquiera que fueren) pueda ser objeto de consideración por parte del Derecho penal y menos aún para justificar la creación de un tipo penal⁶; y, en segundo lugar, porque de la

⁵ En este sentido, TRAPERO BARREALES, M. A., *RECPyC*, 21-11 (2019), p. 42; CASTRO MORENO, A., *La Ley Penal*, núm. 138, 2019, p. 20;

⁶ La valoración de la moralidad intrínseca de la conducta para justificar las sanciones penales resulta incompatible con un Derecho penal respetuoso con la exclusiva protección de bienes jurídicos. Ver, más extensamente y en concreta referencia a esta expresión: CASTRO MORENO, A., *La Ley Penal*, núm. 138, 2019, pp. 20-22. Acertado, también, desde mi perspectiva, el mantenimiento por parte del Grupo Parlamentario Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea, de una enmienda de supresión del artículo 382 bis debido a que «expresa un desvalor puramente ético y desconectado de la misión esencial del Derecho Penal que, bien es sabido, no es otra que la protección de bienes jurídicos considerados más importantes. Desde el momento en que la Exposición de Motivos reconoce que lo que se pretende sancionar con el nuevo 382 bis es la ‘maldad intrínseca’ o ‘la falta de solidaridad con las víctimas’ con independencia de

redacción típica del precepto no se deriva que se le exija al autor prestar alguna forma de auxilio a la o las personas lesionadas a fin de dar respuesta a sus «legítimas expectativas de ser atendidas». Por otra parte, si se tratare de una o varias personas muertas, nada puede hacer por ellas⁷.

2. Tampoco se explicita en el precepto ni se deriva directamente del texto la razón por la que se prohíbe el abandono del lugar del siniestro. Si bien en nuestra legislación no se ha regulado hasta este momento el delito de fuga⁸, otras legislaciones de nuestro entorno sí lo hacen⁹, y a la hora de determinar el bien jurídico protegido, se sostiene que se protege exclusivamente el interés privado de los participantes en el accidente en la realización de sus pretensiones civiles¹⁰; y, en este sentido, tomando como referencia estas legislaciones que tipifican conductas similares a las descritas en el artículo 382 bis del CP, se han pronunciado algunos autores en nuestro país, sosteniendo que cabe entender que nos encontramos ante un delito contra la administración de jus-

que concurra o no el desamparo o el peligro en la víctima y renunciando, por tanto, a valorar si existe o no lesión de un bien jurídico se está caminando peligrosamente a la ya superada identificación entre delito y pecado». Boletín Oficial de las Cortes Generales. Senado. 21/12/2018, p. 8.

⁷ En sentido contrario, FRÍAS MARTÍNEZ, E., *La Ley* núm. 4209, 2019, p. 11, sostiene que «el bien jurídico protegido no es plenamente coincidente con el tutelado en la omisión del deber de socorro, va más allá. Este es el motivo por el que se incluye en el capítulo de los delitos contra la seguridad vial, el bien jurídico es pluriofensivo, junto con la solidaridad se tutela la seguridad vial, motivo por el que se castiga con pena de derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores».

⁸ Ver, entre otros, Benítez Ortúzar, I. F.; *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, núm. 13, 2018, pp. 60-63; LANZAROTE MARTÍNEZ, P., *La Ley* núm. 9359, 2019, p. 3 s., CASTRO MORENO, A., *La Ley Penal* 138 (2019), pp. 22-24; TRAPERO BARREALES, M., *RECPyC* núm. 21-11, 2019, p. 38 y n. 81. No obstante la falta de tipificación, entre otros, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., «Omisión de socorro a la propia víctima», en *EDJ* 114 (2007), pp. 49 s., señala cómo una línea jurisprudencial del TS en el supuesto de desamparo del inc. 3 del artículo 195, llega a sostener «que existe para el conductor que provoca el accidente un deber jurídico derivado de las normas administrativas que le imponen atención a la víctima»; o que «junto al deber general de socorrer, existe para el conductor que causa el accidente un deber de presencia, de reparación en lo posible del daño causado, o específico de asistencia»; también CORCOY BIDASOLO, M., «Homicidios y lesiones imprudentes cometidos con vehículos a motor o ciclomotor», en *EDJ* 114 (2007), p. 91, expresa que en un número considerable de resoluciones, el TS «parte de la premisa de que en la base del comportamiento del conductor que no se detiene tras haber puesto en peligro de forma imprudente la vida o la integridad física de la víctima existirá un deseo de sustraerse a la acción de la Justicia igualmente reprotable...»

⁹ Por ejemplo, en Francia, Italia, Alemania. En este último país, el § 142 del StGB, con el nombre de «Alejamiento no permitido del lugar del accidente» se castiga con la pena de hasta tres años o multa, al partícipe de un accidente que después del accidente de tráfico se aleje del lugar, antes de haber facilitado la identificación de su persona, de su automóvil y de su tipo de participación, o que haya esperado un tiempo razonable sin que se hayan efectuado las identificaciones. También se castiga al partícipe que después de vencido el plazo de espera, con justificación o con excusa, se haya alejado, y no haya facilitado que se realicen las comprobaciones inmediatamente después. Se prevé la posibilidad de atenuar la pena o prescindir totalmente de ella, si el partícipe en el accidente permite voluntariamente que las comprobaciones se efectúen posteriormente dentro de las veinticuatro horas siguientes cuando se han causado daños materiales insignificantes.

¹⁰ KUHLEN, L., «Características, problemas dogmáticos e importancia práctica del derecho penal alemán de circulación vial, en *InDret* 2/2013, p. 16.

ticia y el derecho a la reparación de la víctima, atendiendo al hecho de que con su conducta el conductor dificulta las labores de indagación de las circunstancias del accidente y la posterior indemnización efectiva a favor de las víctimas directas o indirectas¹¹.

3. La Memoria de la FGE de 2020¹² recoge el reconocimiento de que el bien jurídico protegido está referido al deber de colaboración con las potestades o facultades de investigación de las causas del accidente por las policías de tráfico, que considera esenciales para las estrategias preventivas sobre la siniestralidad y, sobre todo, para fundamentar la aplicación de las normas penales o sancionadoras de orden administrativo, así como las acciones resarcitorias de las víctimas. Incluye también las condiciones psicofísicas para seguir conduciendo con seguridad del causante del accidente que se da a la fuga. Da cuenta de que los supuestos de agonizantes irreversibles los califican las Fiscalías como omisión de socorro del artículo 195 CP con fundamento en el derecho a una muerte digna, y solicitan al perito forense, a estos efectos, que dicamine si ha habido un mínimo de supervivencia temporal con posibilidad abstracta de prestar cuidados paliativos, previéndose en el nuevo delito la hipótesis de reparaciones resarcitorias por el daño moral sufrido.

También en una sentencia que condena por estos hechos¹³, se reconoce que «nos encontramos ante un delito contra la Administración de justicia y en una salvaguarda del derecho a la reparación que toda víctima merece del daño

¹¹ TAMARIT SUMALLA, J. M., 2019, p. 31; Lanzarote Martínez, P., *Diario La Ley*, núm. 9359, 2019, p. 6; CASTRO MORENO, A., *La Ley Penal*, núm. 138, 2019, p. 24, expresa que debería ubicarse entre los delitos contra la Administración de Justicia al responder a la conveniencia de responder a las responsabilidades penales y civiles que pudieren corresponder al causante del accidente que abandona el lugar de los hechos.

En contra, ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, B., *La Ley Penal*, núm. 139, 2019, pp. 7 ss., rechaza que lo que se trate de proteger sea el interés del Estado en la investigación de los accidentes configurándose el abandono como un delito contra la Administración de Justicia, porque si se afirma este interés público, se produciría una intolerable violación del *nemo tenetur*, cosa que no sucede al ser el bien jurídico un interés privado. Por ello sostiene que el bien jurídico protegido en este delito «únicamente puede ser la legítima expectativa resarcitoria de las víctimas y de sus familiares; más concretamente, el derecho a una indemnización civil que tienen las víctimas en caso de accidentes con heridos, y los familiares en caso de accidentes con víctimas mortales. Para que esa expectativa no se frustre, es necesaria la conservación de las pruebas y muy especialmente la identificación de los partícipes en el accidente».

¹² Memoria FGE 2020, p. 889, criterio que también se recoge en el Oficio remitido por el Fiscal de Sala coordinador de Seguridad Vial con la finalidad de unificar criterios de fecha 17 de marzo de 2021, del que deriva que debe realizarse atestado si el causante del accidente no se detiene o se marcha antes de la llegada de los agentes, aun cuando haya llamado a los servicios sanitarios y prestado asistencia a los heridos. También considera irrelevante para la instrucción el hecho de que se haya dejado aviso sobre su identidad, y también considera que cuando el sujeto activo se vaya temporalmente del lugar, indicando su localización, se instruirá atestado si, debido a las circunstancias por él originadas se dificulta la fiabilidad de las pruebas del alcohol o drogas en relación al momento del accidente.

¹³ SJP Ávila núm. 32/2020, de 20 de julio, confirmada por la SAP Ávila núm. 88/2020, de 9 de diciembre.

que se le ha causado, pues en todo caso el conductor, al desarrollar la conducta típicamente antijurídica dificulta las labores de indagación de las circunstancias del siniestro y la posterior indemnización efectiva que merecen las víctimas directas o indirectas del mismo...».

4. Sin duda resulta adecuada la identificación de la conducta prohibida con la salvaguarda de los intereses indemnizatorios de las víctimas directas e indirectas del siniestro y de los intereses relacionados con la investigación de la producción del accidente a fin de aclarar las responsabilidades penales o administrativas que pudieran derivarse del mismo, pero el problema radica en la determinación de si esos intereses, o alguno de ellos puede ser elevado a la categoría de bien jurídico penal, cuestión que considero de muy difícil justificación. En primer lugar, porque la obligada presencia del conductor en el lugar del siniestro, si éste se ha causado de forma imprudente, necesariamente implica una excepción al principio de impunidad del autoencubrimiento y, en consecuencia, una clara lesión del derecho constitucional de defensa recogido en el artículo 24 CE que incluye el derecho a no colaborar en el descubrimiento del hecho ni en la identificación del responsable¹⁴. Además, los intereses que se pretenden proteger, ya sea los patrimoniales de las víctimas en su derecho a ser resarcidas, ya sea los relacionados con la facilitación de investigaciones penales o administrativas, no tienen ni la entidad ni la gravedad suficientes como para limitar y poner en cuestión derechos constitucionalmente reconocidos en la Sección de los derechos fundamentales y las libertades públicas. De otra opinión, no tan radical, es la de autores que propician, atendiendo a las cuestiones recién expuestas, una interpretación restrictiva del alcance del tipo y una graduación de la pena atendiendo al grado de entorpecimiento que la conducta del autor supondría para la prueba del hecho y la reparación¹⁵.

En segundo lugar, entiendo que no se justifica que tales intereses puedan ser considerados bienes jurídico penales, porque existen y pueden identificarse medios menos lesivos y no necesariamente menos efectivos para perseguir estas conductas. La FGE en la Memoria correspondiente al año 2018, indicaba que los casos de abandono del lugar del accidente podían

¹⁴ En este sentido, por muchos, CASTRO MORENO, A., *La Ley Penal*, núm. 138, 2019, p. 24, quien aclara que no cabe «argumentar de contrario que la exigencia de colaboración coercitiva que encierra la reforma no lesiona tal derecho porque afecta a un momento temporal anterior al propio nacimiento del procedimiento investigador, de modo que no haría lesión de un derecho procesal sin proceso, ya que el deber de detención impuesto al sujeto tiende directamente a la iniciación de dicho procedimiento».

¹⁵ En este sentido, TAMARIT SUMALLA, J. M., 2019, p. 31; También KUHLEN, L., *InDret* 2/2013, p. 19, quien expresa que en Alemania la cuestión relativa a la autoincriminación no conduce según la opinión mayoritaria a la inconstitucionalidad del § 142, sino únicamente a la necesidad de una interpretación restrictiva de los deberes de colaboración de los partícipes en el accidente.

ser sancionados mediante la Ley de Tráfico como infracciones graves o, en su defecto, como infracciones leves¹⁶. De una escasa valoración de la lesividad de estas conductas, se ha pasado directamente a incorporarlas como delitos menos graves en el CP, e imponer penas acumulativas, siendo una de ellas la de prisión. Resulta por tanto, un término medio razonable, la propuesta de incorporar estas conductas a la Ley de Tráfico como constitutivas de infracciones muy graves e incrementar el monto de la sanción pecuniaria, antes de caracterizarlas como delito¹⁷.

III. LAS PENAS PREVISTAS

1. Las penas previstas para el autor de un delito de abandono del lugar del accidente son las siguientes: en caso de que los hechos tuvieran su origen en una acción imprudente del conductor se castigarán con las penas de prisión de seis meses a cuatro años y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de uno a cuatro años; y, para el caso de que el origen de los hechos que dan lugar al abandono fuera fortuito le corresponderá la pena de tres a seis meses de prisión y la privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de seis meses a dos años.

2. Cualquiera sea la justificación que se atribuya a la incorporación del delito de abandono del lugar del accidente en el CP, las penas previstas son excesivas. En efecto, de considerar admisibles las razones expuestas por el legislador en el preámbulo de la Ley, no se explica la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor o ciclomotores, ni desde una perspectiva de prevención general ni especial, para supuestos en los que puede no haberse cometido ninguna infracción de tráfico (caso fortuito), o en los que haya mediado imprudencia leve o levísima (conductas atípicas). Para los casos de homicidio y lesiones por imprudencia grave y menos grave, dado que estas prohibiciones se encuentran previstas para esos hechos, tampoco parece que tenga sentido incluirlas en el tipo de abandono del lugar del accidente; además de que, en ocasiones, podrán resultar aplicables también por la comisión de otros delitos para la seguridad vial previstos en los artículos 379 a 381 del CP y que pueden

¹⁶ Artículo 76: Infracciones graves: «q) No facilitar al agente de la autoridad encargado de la vigilancia de tráfico en el ejercicio de las funciones que tenga encomendadas su identidad, ni los datos del vehículo solicitados por los afectados de un accidente de circulación, estando implicado en el mismo», Artículo 75: infracciones leves: «c) Incumplir las normas establecidas en esta Ley que no se califiquen expresamente como infracciones graves o muy graves en los artículos anteriores.»

¹⁷ Así lo propuso el Grupo Parlamentario Unidos Podemos; también, VICENTE MARTÍNEZ, R. DE , 2019, p. 140, VIDALES RODRÍGUEZ, C., 2020, p. 1993.

resultar concurrentes¹⁸. Si se atiende a la misma justificación, tampoco se comprende la diferenciación de la gravedad de la pena de prisión para unos supuestos y otros (caso fortuito o imprudencia), pero menos aún que la prisión alcance hasta cuatro años en caso de imprudencia, equiparando la lesividad de la conducta de quien abandona el lugar del accidente dejando a una o más personas muertas o a personas lesionadas que no se encuentran desamparadas y en peligro manifiesto y grave; con la lesividad de conducta de quien no socorre a una persona desamparada y en peligro manifiesto y grave.

3. Si admitimos que con el delito de fuga el bien jurídico protegido se enmarca en los delitos contra la Administración de Justicia, dado que se protegen los intereses indemnizatorios de las víctimas y los relacionados con el esclarecimiento de las circunstancias del siniestro, menos sentido parece tener, desde una perspectiva preventiva, la pena de privación del derecho a conducir vehículos de motor y ciclomotores. Por otra parte, si comparamos la pena de prisión de hasta cuatro años con las penas previstas en el Título XX, De los delitos contra la Administración de Justicia, advertimos, en primer lugar, que en una importante cantidad de delitos no se prevé la pena de prisión, o se prevé de forma alternativa con otra, generalmente de multa o inhabilitación; y solo en dos casos el máximo de prisión alcanza los cuatro años: en un tipo cuya modalidad comisiva es la violencia o la intimidación, y en el caso del testigo que falte a la verdad ante la Corte Penal Internacional en contra del acusado. Cuestiones de espacio impiden efectuar un análisis más detallado de los distintos niveles de lesividad entre el delito en cuestión y los previstos contra la Administración de Justicia, pero considero que con estos pocos datos puede advertirse con bastante claridad la existencia de desproporción en sentido estricto en las penas previstas para el delito de fuga.

4. Para terminar, me parece que tiene algún interés dar cuenta de la importancia que pueden tener (al menos la ha tenido en un caso) las valoraciones que el legislador efectúa en el preámbulo de la Ley sobre la conducta que tipifica, aunque, explícitamente se afirme que el bien jurídico no se relaciona con tales valoraciones. En efecto, la sentencia a la que he hecho referencia en el apartado anterior¹⁹, trata de un caso en el que se condena a dos personas como autoras criminalmente responsables de un delito de homicidio por imprudencia grave a la pena de 3 años de prisión y 5 años de privación del derecho a conducir vehículos de motor a cada uno; y por el delito de abandono del lugar de accidente a 3 años de prisión y 2 años y 6 meses de privación del derecho a conducir vehículos de

¹⁸ En este sentido, TRAPERO BARREALES, M., *RECPyC*, 21-11 (2019), p. 56.

¹⁹ Ver n. 14.

motor y ciclomotores a cada uno. En la misma se expresa que «...es evidente que no nos encontramos ante la incriminación de un deber de solidaridad respecto de quien se encuentra en situación de riesgo para su vida o su salud. (...) La Exposición de Motivos se refiere a la ‘maldad intrínseca’ que debe descartarse en todo caso, como bien jurídico protegido al referirse a una dimensión moral del comportamiento ajena al Derecho penal...». Se afirma, a continuación, que el bien jurídico tutelado es el de la Administración de justicia, en la salvaguarda del derecho a la reparación que toda víctima merece del daño que se le ha causado...». En el caso no concurren circunstancias atenuantes ni agravantes en ninguno de los dos condenados, por lo que se concretan las penas «en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho». Para determinar la pena del delito de fuga se expresa que se va a atender a la gravedad apreciada en las conductas de abandono, y luego de relatar cómo el peatón impacta contra el primero de los vehículos, y es arrollado por el segundo vehículo y arrastrado durante varios metros, este último vehículo se subió a la acera y recuperó el control de inmediato, se expresa: «Ninguno de los dos conductores detuvo la marcha. Ni siquiera accionaron los frenos de los vehículos. No solo merece sancionarse la insolidaridad, patente, de los conductores que, tras provocar un accidente tan grave (por su burda inobservancia de las más elementales precauciones en la conducción) se dan a la fuga. En todo caso, el bien jurídico antes señalado resulta groseramente lesionado.»

Resulta bastante claro que la «gravedad» de las conductas que en la sentencia se valoran son las que llevan a la muerte de la víctima, no las mayores o menores dificultades que los autores provocaron en el caso para determinar cómo ocurrieron los hechos o para que las víctimas indirectas fueran resarcidas en sus derechos patrimoniales. De ahí la necesidad de acudir a un criterio —el de la falta de solidaridad— que en la misma sentencia se rechaza como fundamento de protección para justificar la tipificación; pero que se emplea sin mayor explicación y de forma claramente impertinente para graduar la pena, que se impone en la misma cuantía que la que se impone por el homicidio por imprudencia grave.

DE NUEVO SOBRE EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

ISIDORO BLANCO CORDERO*

I. INTRODUCCIÓN

En junio de 2021 el entonces ministro de Justicia, Juan Carlos Campo, declaró que el debate sobre la introducción en el Código Penal español del delito de enriquecimiento ilícito «sigue sobre la mesa y está de plena actualidad» y que se empiezan a encontrar en el plano doctrinal posiciones «más favorables», que ofrecen alternativas parecidas a ese delito¹. Sale, de nuevo, al debate público un tema que dista mucho de ser pacífico en el ámbito jurídico. Desde que publicamos nuestro último trabajo sobre el tema que contenía un análisis de las iniciativas parlamentarias del momento², se han publicado algunos estudios interesantes de Derecho comparado, y se ha elaborado una base de datos con la legislación de los países que castigan estas conductas. También se ha pronun-

* Catedrático de Derecho penal. Universidad de Alicante. Trabajo realizado en el marco del proyecto de investigación titulado «Manifestaciones de desigualdad en el actual sistema de justicia penal: examen crítico de las razones de necesidad, oportunidad y peligrosidad para la diferencia» (AEQUALITAS) Ref.: RTI2018-096398-B-I00 concedido en la convocatoria 2018 de Proyectos de I+D+i «Retos investigación» del programa estatal de I+D+i orientada a los retos de la sociedad, financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades.

¹ *La Vanguardia*, 4 de junio de 2021 <https://www.lavanguardia.com/vida/20210604/7506626/campo-debate-sobre-delito-enriquecimiento-ilicito-esta-actualidad.html>, «Campo: El debate sobre el delito de enriquecimiento ilícito está de actualidad» (lavanguardia.com) (última visita 9 de septiembre de 2021).

² Cfr. BLANCO CORDERO, I., «El debate en España sobre la necesidad de castigar penalmente el enriquecimiento ilícito de empleados públicos», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea), 2017, núm. 19-16, pp. 1-35. Disponible en internet: <http://criminet.ugr.es/recpc/19/recpc19-16.pdf> ISSN 1695-0194 [RECPC 19-16 (2017), 5 ago].

ciado algún Tribunal Constitucional nacional declarando nula la regulación del delito. Todo ello aconseja un repaso y actualización de lo estudiado anteriormente, que presentamos para homenajear la trayectoria docente e investigadora de la profesora *Mirentxu Corcoy Bidasolo*.

El *enriquecimiento ilícito* es un delito vinculado generalmente al fenómeno de la corrupción³. Se prevé en las normas internacionales para sancionar a los empleados públicos que no puedan justificar sus incrementos patrimoniales. Una referencia expresa a este delito se encuentra a nivel global en el artículo 20 de la *Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción* de 2003 (CNUCC), que no tiene carácter obligatorio para los Estados. A nivel regional se encuentran referencias en la *Convención interamericana contra la corrupción* de 1996 y en la *Convención de la Unión Africana para prevenir y combatir la corrupción* de 2003. Si bien existen tres convenios internacionales en los que se alude a la penalización del enriquecimiento ilícito, no se aprecia en Derecho comparado un modelo único para hacer frente a la conducta del empleado público que se enriquece ilícitamente. Algunos países sancionan penalmente esta conducta, otros la configuran como una infracción de orden civil y, finalmente, se encuentran aquellos que la han caracterizado como una infracción administrativa⁴. Veamos cómo se regula en el orden penal.

II. ANÁLISIS DE LOS ELEMENTOS DEL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO A NIVEL INTERNACIONAL Y EN EL DERECHO COMPARADO

La normativa internacional, especialmente la CNUCC, y el Derecho comparado nos permiten ofrecer una visión de los distintos modelos y problemas que genera la regulación de este delito.

No existe un patrón claro en cuanto a quien puede ser *sujeto activo*. En la gran mayoría de los países es un delito que solo pueden cometer *empleados públicos* (definición que después aclara la normativa nacional). En algunos se prevé incluso un período de enfriamiento, durante el que siguen siendo consi-

³ Con todo, es cierto que en algunos países se castiga también el enriquecimiento ilícito de particulares (por ejemplo, en Colombia).

⁴ En Fiji constituye tanto una infracción penal (cuando es cometida por empleado público, Section 10 of Fiji's Prevention of Bribery Act), como un ilícito civil (cuando se trata de un particular, Section 71F of Fiji's Proceeds of Crime Act). Cfr. DORNBIERER, A., *Illicit Enrichment: A Guide to Laws Targeting Unexplained Wealth*, Basel Institute on Governance, Basel, 2021, disponible en <https://learn.baselgovernance.org/course/view.php?id=65>, p. 46.

derados empleados públicos aquellos han cesado en su cargo⁵. Se evita de esta manera que puedan sustraerse a la ley aquellos servidores públicos que retrasan la recepción de las coimas a momentos posteriores al cese en sus funciones. Existen, sin embargo, otros países en los que es punible también la conducta de los *particulares* que se enriquecen y no justifican adecuadamente dicho incremento patrimonial. Así, en *Colombia* se castiga no solo el enriquecimiento ilícito de servidores públicos, sino también el de cualquier persona⁶. Lo mismo ocurre en *Lituania* (art. 189 CP *Lituania*). *Bolivia*⁷ solo persigue al particular si se acredita que su enriquecimiento afectó a bienes del Estado⁸.

En algunos países también responden las *personas jurídicas*, como en *Lituania* (art. 189(1).3 CP). En *Senegal*, el artículo 163 bis CP puede aplicarse a una persona jurídica, de derecho privado, si ha recibido ayuda económica pública. En *Madagascar* el artículo 183.1 CP impone a las personas jurídicas el cese de sus operaciones comerciales hasta por veinte años si poseen bienes procedentes de alguien que se había enriquecido ilícitamente, son intermediarias o se benefician de ello de cualquier forma⁹.

En lo relativo al *objeto material*, el artículo 20 CNUCC señala que el delito consiste en el «incremento significativo del patrimonio» del funcionario público. Existen en Derecho comparado dos modelos a la hora de referirse a esta cuestión. Algunas legislaciones computan los activos reales, la propiedad o los recursos pecuniarios que han sido adquiridos o son controlados por el servidor público, esto es, la incorporación de elementos al activo patrimonial. Otras optan por un enfoque que tiene en cuenta cualquier elemento valorable económicamente (incluidos todos los servicios recibidos o gastos generales realizados) que

⁵ Por ejemplo, en *Guatemala*, comete delito de enriquecimiento ilícito (de particulares) «quien sin ser funcionario o empleado público, administre, ejecute o maneje recursos públicos o bienes del Estado, hasta cinco años después de haber cesado en dicha función» (art. 448ter CP *Guatemala*). También el Código Penal de *Santo Tomé y Príncipe* permite castigar al funcionario público que durante el período de ejercicio de funciones públicas o durante los tres años posteriores al cese de tales funciones, cometa el delito de enriquecimiento ilícito (art. 455). Cfr. DORNBIERER, *Illicit Enrichment*, cit., p. 48.

⁶ Artículo 327 CP *Colombia*, «enriquecimiento ilícito de particulares», que pune a quien «de manera directa o por interpuesta persona obtenga, para sí o para otro, incremento patrimonial no justificado, derivado en una u otra forma de actividades delictivas». Como vemos, exige que dicho enriquecimiento se derive de actividades delictivas.

⁷ Artículo 28 (Enriquecimiento Ilícito de Particulares con Afectación al Estado), de la Ley de Lucha Contra la Corrupción, Enriquecimiento Ilícito e Investigación de Fortunas «Marcelo Quiroga Santa Cruz» (Ley núm. 4 de 31 de marzo de 2010).

⁸ En algunos países no se limita el círculo de posibles sujetos activos, por lo que en principio se aplica también a los particulares, si bien esto se discute por encontrarse regulado el delito en leyes específicas contra la corrupción (y no en los códigos penales u otras leyes más generales). Cfr. DORNBIERER, *Illicit Enrichment*, cit., p. 49.

⁹ Toda la información puede consultarse en la base de datos sobre normativa relativa al enriquecimiento ilícito que ha elaborado el Basel Institute on Governance, <https://learn.baselgovernance.org/mod/data/view.php?id=2033>.

contribuye a la mejora del «nivel de vida» de una persona¹⁰. Algunas legislaciones describen de manera expresa qué se incluye en el concepto de incremento patrimonial, el cual tiene en cuenta no solo el incremento del activo, sino también la disminución del pasivo (como la cancelación de deudas). Por ejemplo, las leyes penales sobre el enriquecimiento ilícito de Argentina, Ecuador, Guatemala, Panamá y Paraguay toman específicamente en consideración las «deudas», «obligaciones» o «pasivos» que se hayan reducido o cancelado.

Algunas legislaciones valoran también el incremento del patrimonio de *terceras personas* con estrecha relación con el empleado público, si se acredita que es este quien detenta o controla dicho incremento, o que se produjo sin contraprestación o muy por debajo del precio del mercado. Se trata así de evitar que el funcionario se enriquezca poniendo los bienes a nombre de terceros. Por ejemplo, el artículo 224 del Código Penal Federal de *México* señala de manera expresa que para los efectos de este delito «se computarán entre los bienes que adquieran los servidores públicos o con respecto de los cuales se conduzcan como dueños, los que reciban o de los que dispongan su cónyuge y sus dependientes económicos directos, salvo que el servidor público acredite que éstos los obtuvieron por sí mismos». El artículo 3(1) de la Ley núm. 2523, que previene, tipifica y sanciona el enriquecimiento ilícito en la función pública y el tráfico de influencias de *Paraguay*, castiga al funcionario que aumenta el activo propio o el de su cónyuge o conviviente, o disminuye el pasivo (cancelando deudas o extinguido obligaciones que afectaban a su patrimonio tras su ingreso en la función pública) propio, el de su cónyuge o su conviviente, y sus parientes hasta el segundo grado de consanguinidad y de afinidad, en condiciones que sobrepasen sus legítimas posibilidades económicas.

El incremento patrimonial debe ser, dice la CNUCC, «significativo», lo que apunta a que ha de tener importancia cuantitativa. Esta debe valorarse tomando como referencia los ingresos legítimos del funcionario (como dice la Convención, «respecto de sus ingresos legítimos»). Es evidente la indeterminación del concepto, con la consiguiente inseguridad jurídica que genera. Las legislaciones de los países evitan fijar una concreta cuantía y recurren a calificativos tales como «apreciable», «notable», «relevante», «desproporcionado», etc., siendo después la jurisprudencia la que fija criterios al respecto. Con todo, algunas establecen cuantías concretas, como ocurre con el artículo 484 del CP de *Honduras*, que castiga al servidor público «que incrementa su patrimonio en más de quinientos mil Lempiras (L. 500.000) por encima de

¹⁰ Por ejemplo, la legislación de Paraguay alude a la recepción de servicios como un medio a través del cual alguien puede enriquecerse ilícitamente. Cfr. sobre ello DORNBIERER, *Illicit Enrichment*, cit., p. 54.

sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y hasta dos (2) años después de haber cesado en ellas».

Corresponde a la *acusación acreditar* que se ha producido el incremento significativo del patrimonio. También quien acusa deberá normalmente probar que existe una desproporción respecto de los ingresos legítimos del empleado público, si bien en algún modelo se exige a este que acredite que tiene suficientes ingresos legítimos para justificar el aumento del patrimonio¹¹. Se pone como ejemplo el caso de *Perú*, cuyo artículo 401 CP, relativo al delito de enriquecimiento ilícito, dispone expresamente que «se considera que existe indicio de enriquecimiento ilícito cuando el aumento del patrimonio o del gasto económico personal del funcionario o servidor público, en consideración a su declaración jurada de bienes y rentas, es notoriamente superior al que normalmente haya podido tener en virtud de sus sueldos o emolumentos percibidos o de los incrementos de su capital o de sus ingresos por cualquier otra causa lícita»¹².

Desde el punto de vista *subjetivo*, la CNUCC dispone que se podrá castigar este delito «cuando se cometa intencionalmente». La mayoría de las legislaciones lo configuran como un delito doloso, y en algunas de ellas se afirma dicho dolo con la prueba de la existencia de un incremento patrimonial significativo y de su carácter desproporcionado con respecto a los ingresos del empleado público. Es interesante el caso de *Lituania*, donde el tipo penal admite expresamente el dolo eventual (se exige que la persona sea consciente o «probablemente sea consciente de que los bienes no podrían haber sido adquiridos con ingresos legítimos») ¹³, si bien el Tribunal Constitucional ha ido más allá declarando que el delito puede incluso cometerse incluso por imprudencia como consecuencia de una falta de cuidado¹⁴.

¹¹ DORNBIERER, *Illicit Enrichment*, cit., p. 94, explica los diferentes modelos de carga de la prueba del enriquecimiento ilícito.

¹² La Corte Suprema de Justicia ha declarado, remitiéndose a los instrumentos internacionales, que el delito de enriquecimiento ilícito «muestra de un modo relativo la inversión de la carga de la prueba. En donde la carga de probar, está circunscrita a demostrar la existencia del incremento patrimonial de un funcionario público, cuando son muy superiores a los que regularmente hubiera podido alcanzar como resultado de sus ingresos legítimos; y es a partir de ese instante, en que se invierte la carga de la prueba, correspondiendo al funcionario el deber de acreditar que ese incremento desmesurado, ha tenido una causa justificada lícita». Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Transitoria Casación, Manuel Enrique Cárdenas Valseca, n° 953-2017 (2018).

¹³ La traducción al inglés dice «while being aware or being obliged and likely to be aware that such property could not have been acquired with legitimate income».

¹⁴ Case no. 14/2015-1/2016-2/2016-14/2016-15/2016– The Constitutional Court of the Republic of Lithuania in the name of the Republic of Lithuania ruling on the compliance of Paragraph 1 of Article 1891 of the Criminal Code of the Republic of Lithuania with the Constitution of the Republic of Lithuania 15 March 2017, no KT4-N3/2017, párrafo 22, disponible en inglés en <https://www.lrkt.lt/en/court-acts/search/170/ta1688/content> (última visita, 22 de septiembre de 2021).

III. SOBRE LA LEGITIMIDAD DEL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

La legitimidad del delito de enriquecimiento ilícito no es un tema pacífico. Se han lanzado objeciones tanto desde el punto de vista sustantivo como, principalmente, desde la perspectiva procesal.

1. Obstáculos de naturaleza sustantiva

Desde el punto de vista sustantivo se cuestiona la necesidad de intervención penal para hacer frente a estos comportamientos, especialmente por la inexistencia de un bien jurídico merecedor y necesitado de tutela penal.

En numerosos ordenamientos jurídicos se ubica este delito bajo la rúbrica de los delitos contra la Administración Pública (porque solo puede cometerlo el servidor público). Parece presumirse, por ello, que el enriquecimiento tiene su origen en un acto corrupto como el cohecho o la prevaricación, que de probarse sería objeto de sanción (y no el enriquecimiento ilícito). Sin embargo, esta postura no tiene en cuenta que el origen del enriquecimiento puede ser otro, como una estafa organizada por el funcionario, el cobro de una herencia, la remuneración por cometer asesinatos o lesiones, extorsión, etc., que nada tienen que ver con la administración pública. Desde otras posturas se ha dicho que el delito de enriquecimiento ilícito fundamenta su injusto en el ataque a los *bienes jurídicos* vulnerados por la actividad delictiva de la que proceden los bienes que incrementan el patrimonio del funcionario. Esta postura no resulta en absoluto convincente. Como advirtió el Tribunal Constitucional portugués, la protección del bien jurídico tutelado por el delito previo no satisface las exigencias del principio de ofensividad. Se estarían salvaguardando todos los bienes jurídicos defendidos en el Código penal, quedando así incluidos en su ámbito de protección comportamientos excesivamente heterogéneos desde la perspectiva de su lesividad.

El recurso al instrumento punitivo ha de tener carácter de *ultima ratio*, presupone siempre la ineffectividad de otros mecanismos de protección menos gravosos para el ciudadano. Sólo está legitimado el recurso a la sanción penal cuando otros medios de control social y otras sanciones de índole civil, administrativa etc., se muestran insuficientes para la tutela de bienes jurídicos. Precisamente la necesidad de introducir el delito de enriquecimiento ilícito requiere valorar si existen medios suficientes para hacer frente a las conductas que castiga. Conviene, por ello, explorar las opciones que ofrece el *Derecho*

administrativo sancionador, con la incorporación de infracciones que sancionen el enriquecimiento ilícito. También conviene valorar las posibilidades que ofrece la *normativa tributaria* a través del concepto de «ganancia patrimonial no justificada», que permitirá someter a tributación las rentas del empleado público no justificadas y no declaradas y sancionarle (penal o administrativamente) en caso de que no pague sus impuestos.

2. Obstáculos de naturaleza procesal

A. INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA EN MATERIA PENAL: VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

El *problema* fundamental que plantea el delito de enriquecimiento ilícito es el de su compatibilidad con las normas de Derechos humanos, puesto que parece invertir la *carga de la prueba* en el ámbito penal. Se dice desde algunos sectores que se trata de un tipo penal que crea la sospecha de que el funcionario público se ha enriquecido mediante la comisión de un hecho delictivo. Este, a quien se presume culpable, debe acreditar que los bienes que posee tienen un origen lícito, y si no lo hace resulta sancionado penalmente. Con todo, no existe unanimidad a la hora de valorar si esta infracción penal respeta o no los derechos fundamentales.

A.a *El delito de enriquecimiento ilícito no viola la presunción de inocencia*

A nivel nacional se conocen pronunciamientos de tribunales de garantías que se han favorables a la constitucionalidad de este delito, posiblemente como consecuencia de la configuración del mismo en la legislación nacional. Así, Lituania y Argentina han confirmado la legitimidad de sus preceptos en la medida en que no existe una inversión de la carga de la prueba vulneradora de la presunción de inocencia.

El Tribunal Constitucional de *Lituania* se pronunció sobre un recurso interpuesto contra el delito previsto en el artículo 189 CP (introducido en 2010) que alegaba que este vulneraba la presunción de inocencia y el principio de legalidad (en el que se incluye en la tradición lituana el de proporcionalidad). El Tribunal Constitucional de este país entendió que el recurso no estaba bien planteado desde el punto de vista del cuestionamiento de su constitucionalidad, si bien concluyó que las cuestiones sometidas a su consideración po-

dían solventarse en la práctica judicial¹⁵. El recurso alegaba vulneración de la presunción de inocencia con el argumento de que el delito forzaba al acusado a autoincriminarse dado que debía informar de las actividades delictivas que habían originado los bienes que enriquecían su patrimonio. El Tribunal rechazó esta alegación argumentando que el delito no impone al acusado el deber de explicar el origen de su patrimonio. El legislador lituano fue muy cuidadoso al elaborar el precepto, procurando evitar cualquier referencia a la obligación del acusado de explicar el origen de los bienes, y haciendo alusión exclusivamente a bienes que el encausado no puede obtener de fuentes legales. La presunción de inocencia obliga a acreditar más allá de toda duda razonable mediante pruebas presentadas por la acusación la existencia de tales bienes, que no pueden haberse obtenido por el acusado de fuentes legales. No es necesario que el acusado justifique el origen de los bienes.

En *Argentina* el artículo 268 (2) del CP sanciona este delito. En el conocido *caso Alsogaray*¹⁶ la Cámara Nacional de Casación Penal examinó en 2005 si vulneraba derechos fundamentales, entre ellos el principio de presunción de inocencia. A su juicio, «no se advierte que el artículo 268 (2) del Código Penal implique o defina una inversión de la carga de la prueba poniendo en cabeza del sospechado el deber de demostrar su inocencia mediante la justificación de la procedencia del enriquecimiento, porque lo cierto es que la prueba del enriquecimiento en tal sentido injustificado corresponde al órgano jurisdiccional y al Ministerio Público Fiscal, quienes no son sustituidos en esa carga por el imputado». Entiende el tribunal de casación penal que el enriquecimiento ilícito debe interpretarse como un «un delito de comisión, consistente en enriquecerse de manera apreciable e injustificada durante el ejercicio de la función pública y no –como pretende la defensa– ante un delito de omisión, consistente en ‘no justificar un enriquecimiento considerable al ser debidamente requerido». Concluye: «‘El principio de inocencia, y su importante correlato procesal –el *in dubio pro reo*–, quedan incólumes, en tanto el imputado es inocente mientras no se pruebe lo contrario y esa prueba de culpabilidad queda siempre en cabeza del Ministerio Público Fiscal, que al momento del requerimiento ya debe contar con los elementos de cargo que dan cuenta de la existencia de un enriquecimiento apreciable, que *prima facie*, no se encuentra justificado en los ingresos

¹⁵ Cfr. BIKELIS, «Prosecution for illicit enrichment: the Lithuanian perspective», *Journal of Money Laundering Control* 20(2), 2017, pp. 203-214.

¹⁶ Cámara Nacional de Casación Penal, sala IV, ‘Alsogaray’, causa núm. 4787 (2005) (9 de junio de 2005).

legítimos del funcionario». Este caso fue confirmado en apelación por la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina en 2008.

A.b *El delito de enriquecimiento ilícito viola la presunción de inocencia*

A nivel internacional, algunos países han planteado oficialmente su preocupación acerca de la compatibilidad de este delito con la presunción de inocencia presentando objeciones al artículo 20 de la CNUCC. *Canadá* señala que el delito de enriquecimiento ilícito previsto en el mencionado artículo es incompatible con la constitución de Canadá, con la Carta canadiense de derechos y libertades fundamentales y con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, por lo que no va a incluir el delito de enriquecimiento ilícito. La República Socialista de *Vietnam* realiza una declaración en la que, de acuerdo con los principios del Derecho vietnamita, no considera obligatoria la disposición relativa a la criminalización del enriquecimiento ilícito. También, en relación con la *Convención interamericana contra la corrupción* algunos países como Canadá o Estados Unidos de América han realizado declaraciones interpretativas expresas a la Convención alegando que la sanción penal del enriquecimiento ilícito podría vulnerar sus respectivas Constituciones al implicar una inversión de la carga de la prueba.

A nivel nacional, las decisiones de los Tribunales constitucionales de algunos países han anulado preceptos de este tipo por infringir la presunción de inocencia.

En *Italia*, un mes después del asesinato del juez Giovanni Falcone en mayo de 1992 se aprobó en Italia un delito (no tanto contra la corrupción, cuanto contra la mafia y sus actividades delictivas) que castigaba la desproporción de bienes en relación con las rentas declaradas o la actividad económica del sujeto, y cuya procedencia legítima este no podía demostrar (introducido mediante la Ley núm. 356/1992, art. 12quinquies, párrafo 2). Dos años más tarde, en 1994, el Tribunal Constitucional italiano anuló este precepto por vulnerar el artículo 27 de la Constitución italiana que consagra el derecho a la presunción de inocencia¹⁷.

En *Portugal*, el intento de incluir el delito de enriquecimiento ilícito en su Código penal fracasó por la anulación por parte del Tribunal Constitucional (TC) de dicho país¹⁸. El Parlamento luso aprobó el Decreto núm. 37/XII que

¹⁷ Corte Costituzionale. *Sentenza* 48, 1994, 09/02/94.

¹⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional portugués (*Acórdão*, núm. 179/2012).

incluía el delito de enriquecimiento ilícito en el código penal, tanto de particulares (artículo 335º-A), como una modalidad agravada cuando fuera cometido por funcionario (artículo 386º), así como la Ley núm. 34/87, de 16 de julio (artículo 27º-A), que aprobó el régimen de los delitos de responsabilidad de los titulares de cargos políticos. En el uso de sus atribuciones, el presidente de la República presentó un recurso de inconstitucionalidad contra estas normas alegando que violaban el derecho a la presunción de inocencia. El TC portugués concluyó por mayoría (existen votos particulares contrarios) que se trataba de un delito inconstitucional por dos motivos fundamentales: a) inexistencia de un bien jurídico protegido por el delito claramente identificado; b) vulneración del derecho a la presunción de inocencia¹⁹.

Más recientemente, en 2019, el Tribunal Constitucional de *Ucrania* ha anulado las disposiciones penales sobre el enriquecimiento ilícito contenidas en el artículo 368.2 CP por vulnerar, entre otros, el principio de presunción de inocencia²⁰. Al margen de las controversias políticas generadas por esta decisión²¹, entiende el Tribunal Constitucional que no es posible limitar o anular el principio constitucional de presunción de inocencia y que las leyes de enriquecimiento ilícito no son compatibles con la Constitución puesto que transfieren deberes del Estado al acusado. En la medida en que este delito exime a la fiscalía de su obligación de recabar pruebas de la legalidad de la adquisición de los bienes en una cuantía significativa por parte de una persona, traslada tal deber de la fiscalía (del Estado) a la defensa (sospechoso o imputado), que es quien debe acreditar el origen de sus fondos, lo cual es inaceptable desde la perspectiva del principio constitucional de presunción de inocencia.

B. VULNERACIÓN DEL DERECHO A NO DECLARARSE CULPABLE (*NEMO TENETUR PRODERE SEIPSUM*)

El delito de enriquecimiento ilícito precisa, además de la prueba de un incremento patrimonial, que el empleado público no justifique razonablemente el carácter lícito del mismo. La dificultad surge cuando el *acusado decide callarse* y no explicar el origen de su enriquecimiento. En este caso la condena

¹⁹ Los argumentos pueden verse en el trabajo BLANCO CORDERO, «El delito de enriquecimiento ilícito desde la perspectiva europea», cit.

²⁰ Case No. 1-135/2018(5846/17), Decision of the Constitutional Court of Ukraine in the case upon the constitutional petition of 59 People's Deputies of Ukraine on conformity of Article 368.2 of the Criminal Code of Ukraine to the Constitution of Ukraine (February 26, 2019); la traducción no oficial al inglés de esta sentencia está disponible en: <http://web.ccu.gov.ua/en/docs/2541>.

²¹ Cfr. la información que aporta DORNBIERER, *Illicit Enrichment*, cit., p. 138 y nota al pie 442.

del empleado público se va a basar exclusivamente en el incremento patrimonial y en su silencio. Sabemos que un derecho vinculado a la presunción de inocencia es el que asiste al acusado de *no declararse culpable*. Este implica, entre otras cosas, el derecho a guardar silencio y a no ser obligado a presentar pruebas que puedan incriminarle. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) entiende que este derecho, que no se menciona específicamente en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), constituye un principio internacional generalmente reconocido que forma parte fundamental de la noción de proceso justo²². Pues bien, una condena basada exclusivamente en la callada del acusado supondría, a nuestro juicio, una vulneración del derecho a un juicio justo. Este derecho solo resulta salvaguardado si, en el caso concreto, la acusación ha presentado evidencias adicionales que supongan un esfuerzo probatorio en orden a dejar claro que el origen de los bienes es ilícito o, al menos, que es descartable que tengan una procedencia lícita. El tribunal puede realizar una inferencia del silencio o darle un efecto incriminatorio cuando, en función de las pruebas ya practicadas, sea justificable excepcionalmente que se extraigan consecuencias negativas del mismo. Dicho de otro modo, si existiendo pruebas incriminatorias objetivas al respecto, cabe esperar del imputado una explicación. No es suficiente como prueba incriminatoria la sola existencia de un incremento patrimonial no justificado.

Frente a esto, los Tribunales de garantías de algunos países han considerado que la regulación del delito de enriquecimiento ilícito *no invierte la carga de la prueba*. Así, los tribunales de Lituania y Argentina entienden que la regulación de este delito no tiene ningún efecto sobre estos principios, ya que una persona acusada siempre mantiene su derecho a guardar silencio durante todo el proceso.

El Tribunal Constitucional de *Lituania* ha explicado que corresponde al fiscal «demostrar que el delito... se ha cometido» y que, en aplicación del derecho de defensa, el acusado tiene derecho a declarar y a cuestionar las sospechas (cargos) presentados en su contra. Señala que el acusado puede optar por prestar testimonio, pero de ninguna manera está «obligado a probar que no se ha cometido el acto delictivo de enriquecimiento ilícito» de manera que «las situaciones en las que el sospechoso / acusado opta por guardar silencio no pueden empeorar su situación en el proceso penal»²³.

²² Cour Européene des Droits de l'Homme, *Heaney and McGuinness c. Ireland* núm. 34720/97 (21 de diciembre de 2000).

²³ Case núm. 14/2015-1/2016-2/2016-14/2016-15/2016– The Constitutional Court of the Republic of Lithuania, cit., punto 39.3.

Similar es la posición adoptada por la Cámara Nacional de Casación Penal *argentina* en el caso Alsogaray²⁴, que fue posteriormente confirmada por la Corte Suprema del país. Siguiendo los argumentos de que no vulnera la presunción de inocencia, explica que «si el imputado hiciera uso de su derecho a callar, también en este caso serán las instancias judiciales las que tendrán la carga de probar –idéntica a la de otros tipos penales en los casos en que los imputados se abstienen de declarar (...)»²⁵.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

Es recurrente el debate en España (especialmente entre los políticos) acerca de la necesidad de castigar penalmente el enriquecimiento ilícito de funcionarios. Sin embargo, los principios limitadores del Derecho penal, tan intensamente reivindicados por la profesora *Mirentxu Corcoy*²⁶, aconsejan analizar la necesidad de intervención penal en este campo y, en especial, si existen otros medios menos lesivos de los derechos de los ciudadanos. Es importante, por ello, explorar la vía administrativa, que permite sancionar a aquellos empleados públicos que, obligados a declarar sus bienes, no lo hacen cuando experimentan un incremento en su patrimonio. Entre las posibles consecuencias jurídicas podría incluirse, desde luego, el decomiso (administrativo) de los bienes (a falta de regulación del decomiso civil o extinción de dominio). Asimismo, en el ámbito penal, el delito fiscal es una herramienta que puede ser eficaz si se consigue encontrar una vía que permita privar al empleado público de los bienes no justificados. En cualquier caso, la inadecuada regulación del delito de enriquecimiento ilícito, cosa que ocurre en la redacción contenida en las normas internacionales y en las legislaciones de algunos países, puede suponer una violación del derecho a la presunción de inocencia y a no declarar contra sí mismo, por lo que es aconsejable actuar con prudencia en este ámbito.

²⁴ Cámara Nacional de Casación Penal, sala IV, ‘Alsogaray’, causa núm. 4787 (2005).

²⁵ Algo similar han señalado los Tribunales argentinos en el caso de 2017 de César Santos Gerardo del Corazón de Jesús Milani. Cfr. Juzgado Criminal y Correccional Federal 3, ‘César Santos Gerardo del Corazón de Jesús Milani’, CFP 6734/2013 (2017/09).

²⁶ CORCOY BIDASOLO, M., «¿Es posible limitar la intervención penal en el siglo XXI?», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. extra 1, 2021, pp. 89-105.

MENORES DE EDAD PENALMENTE RESPONSABLES DE DELITOS SEXUALES

MIGUEL ÁNGEL BOLDOVA PASAMAR*

I. INTRODUCCIÓN

Los delitos sexuales cometidos por menores de edad penal constituyen una tipología de delitos que adquiere una significación especial en la delincuencia juvenil, tanto por la señalada naturaleza de esas infracciones como por el específico sentido de la sexualidad en los adolescentes. Aunque en general los menores tienen una menor capacidad que los adultos para comprender el carácter ilícito de las conductas tipificadas en el Código penal (en adelante CP) y para controlar o adecuar su propia conducta a las exigencias del Derecho¹, en las infracciones de carácter sexual la capacidad de control de los impulsos y del comportamiento se halla menos desarrollado aún en el menor de edad penalmente imputable, debido a su inexperiencia en esta índole de relaciones sociales, así como a los cambios de todo orden que experimenta durante su adolescencia. Se dice, incluso, que durante ese período de transición hacia la edad adulta la capacidad de motivación disminuye respecto de la niñez situada en la fase inmediatamente previa a la adolescencia y a sus comienzos².

* Catedrático de Derecho penal. Universidad de Zaragoza.

¹ GONZÁLEZ RUS, J. J., «El menor como responsable penal y como sujeto pasivo especialmente protegido. Congruencias e incongruencias», en *El menor como víctima y victimario de la violencia social (Estudio jurídico)*, Morillas Cueva (dir.), Suárez López (coord.), Dykinson, 2010, pp. 103 ss.

² MARTÍN CRUZ, A., *Los fundamentos de la capacidad de culpabilidad penal por razón de edad*, Comares, 2004, pp. 260 s.

Aunque los delitos sexuales no se encuentran entre los más frecuentemente cometidos por los menores que delinquen (que se concentran en determinados delitos contra la propiedad y contra las personas), constituye una clase de infracción recurrente por parte de algunos de ellos. En la propia Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (en adelante LORPM) se mencionan expresamente determinadas agresiones sexuales cualificadas –las de los arts. 179 y 180 CP, que en principio constituyen los delitos más graves contra la libertad sexual– como hechos que, junto con los homicidios, los delitos de terrorismo y los delitos castigados en el CP o en las leyes penales especiales con pena de prisión igual o superior a quince años, dan lugar obligatoriamente, a tenor del artículo 10.2 LORPM, a la imposición de la medida de internamiento en régimen cerrado (con una duración mínima o periodo de seguridad para menores que delinquieron con dieciséis o diecisiete años de edad), seguida posteriormente de libertad vigilada de mayor duración que en otros delitos.

Estas previsiones legales que tienden a acentuar los aspectos retributivo y preventivo-general de la respuesta penal chocan con una realidad singular, cual es la particular capacidad de culpabilidad de los adolescentes en materia de conductas sexuales infractoras y la consiguiente formulación del juicio de reprochabilidad en cada caso concreto. Como bien indica Cruz Marquez³, habida cuenta de que la aparición de los impulsos y necesidades sexuales durante la adolescencia pueden impedir al menor la reflexión e inhibición de su comportamiento y favorecer una solución delictiva de sus problemas, la intensa carga punitiva prevista en el artículo 10.2 LORPM por la comisión de determinados delitos sexuales, relega completamente el interés superior del menor, tanto por lo que respecta a la valoración de la culpabilidad (sus peculiaridades cognitivas y volitivas de la imputabilidad, así como el conocimiento de la antijuridicidad y la exigibilidad de un comportamiento conforme a Derecho), como en relación con la decisión de la medida adecuada y su ejecución. Esta autora sugiere por ello revisar las diferentes modalidades delictivas sexuales a la luz de las peculiaridades que presente el menor en materia de culpabilidad, analizando la posible ausencia de imputabilidad por falta del elemento volitivo o la posible concurrencia de un error de prohibición invencible, así como todo el historial afectivo y familiar del menor que revelen evidencias –maltrato, abusos, aislamiento, etc.– que puedan ser valoradas en sede de culpabilidad.

³ CRUZ MARQUEZ, B., «Presupuestos de la responsabilidad penal del menor: una necesaria revisión desde la perspectiva adolescente», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 15, 2011, pp. 264 s.

Con carácter general, los menores y las personas jóvenes son los grandes damnificados de los delitos sexuales, apareciendo como víctimas de agresores y abusadores sexuales, que normalmente son personas de mayor edad que aquéllas y frecuentemente adultos. No solo son punibles las conductas sexuales realizadas por éstos mediante formas agresivas (violencia o intimidación)⁴ o abusivas (prevalimiento, engaño, anulación de la voluntad mediante el uso de fármacos o drogas, etc.), sino también la realización de actos de carácter sexual con un menor de dieciséis años aunque medie el consentimiento. Así pues, los adultos son los principales victimarios sexuales tanto de menores de edad como de otros adultos. Sin embargo, no hay que subestimar el papel representado por el ofensor sexual adolescente, no solo por el número de delitos sexuales que llegan a cometer durante la minoría de edad, sino también porque los estudios sugieren que muchos de los ofensores sexuales adultos comenzaron su conducta sexual abusiva en la juventud⁵.

II. LA DELINCUENCIA SEXUAL JUVENIL EN ESPAÑA EN CIFRAS

Desde el punto de vista estadístico, a pesar de la existencia una elevada cifra negra de delitos sexuales, porque no se denuncian o no se judicializan, en los últimos años se observa un aumento constante de condenas por tales delitos cometidos por menores de edad⁶. La Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2020 confirmó un importante incremento de esa clase de delitos tras la reforma del CP por LO 1/2015, de 30 de marzo. A ella le corresponde una de las causas fundamentales del aumento en concreto de la figura delictiva de los abusos sexuales (comprensiva de la realización, sin violencia ni intimidación, de actos de carácter sexual consentidos y no consentidos)⁷, pues elevó de trece a dieciséis años la edad para prestar válidamente consentimiento en las relaciones sexuales, convirtiendo en delictivas muchas conductas

⁴ Muchas veces innecesarias por la vulnerabilidad de los menores, sobre todo de corta edad.

⁵ DÍAZ MORFA, J., «Ofensores sexuales juveniles», *Revista de Estudios de Juventud*, núm. 63, 2003, p. 93. Disponible en: <http://www.injuve.es/sites/default/files/art9.pdf> (fecha última consulta: 9 de abril de 2021).

⁶ Condenas por delitos sexuales: 322 (2017), 408 (2018) y 548 (2019). Condenas por el conjunto de delitos: 13.643 (2017), 13.664 (2018) y 14.112 (2019). En 2019 los delitos sexuales representaron el 3,88% del total de delitos cometidos por menores de edad. Fuente INE.

⁷ Teniendo en cuenta que las acciones sexuales que tras la reforma de 2015 habrían quedado bajo el prisma de los abusos sexuales a menores de dieciséis años (antes atípicas desde los trece) serían consentidas por ambas partes pero delictivas, el delito que más se incrementa es precisamente el de abusos sexuales. De acuerdo con la Memoria de la FGE 2020, los abusos sexuales denunciados siguieron ascendiendo: 664 (2015), 795 (2016), 935 (2017), 1.185 (2018), y 1.370 (2019). En cambio, las agresiones sexuales contabilizadas habían descendido respecto del año anterior: 476 (2016), 451 (2017), 648 (2018) y 564 (2019).

que hasta ese momento no lo eran: las relaciones sexuales libremente consentidas con menores de dieciséis pero mayores de doce años (es decir, menores con trece, catorce o quince años de edad), a excepción de lo prevenido en el artículo 183 quater CP sobre sexo entre menores de edades próximas (que es susceptible de incluir adultos jóvenes)⁸.

En concreto, en 2019 hubo 416 menores condenados por delitos sexuales (estos menores cometieron un total de 548 delitos de naturaleza sexual), un 28,8% más que el año anterior. Uno de cada ocho delitos sexuales de los que resultó condena tuvieron como responsable a un menor de 18 años (3.401 delitos sexuales de adultos frente a 548 cometidos por menores)⁹. Los estudios europeos sitúan la tasa anual de delitos sexuales cometidos por menores de edad entre el 5 y el 24%¹⁰. Asimismo se constata un incremento respecto de los años anteriores de condenas a menores por la comisión de agresiones y abusos sexuales en los que las víctimas eran menores de dieciséis años¹¹. También es destacable el aumento de los delitos de prostitución y corrupción de menores¹² y de exhibicionismo y provocación sexual^{13/14}. Por el contrario, el delito de menor significación estadística para los menores infractores es el acoso sexual¹⁵.

Por otro lado, en los registros sobre menores que cometen delitos sexuales no destaca una concreta edad sobre otra (frente a la estadística general de los jóvenes delincuentes, según la cual a medida que se incrementa la edad del menor es también mayor el número de delitos cometidos), sino que la cifra de

⁸ V., por ejemplo, RAMOS VÁZQUEZ, J. A., «La cláusula Romeo y Julieta (art. 183 quater del Código penal) cinco años después: perspectivas teóricas y praxis jurisprudencial», en *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. 41, 2021, pp. 334 ss.; y BOLDOVA PASAMAR, M.Á., «La relatividad legal de la edad de consentimiento sexual de los menores de dieciséis años: regla y excepción», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 23, 2021, pp. 4 y 21 ss.

⁹ Desde el punto de vista de los datos policiales, en 2019 el 9,07 % de los delitos sexuales investigados en España tenían como sospechoso a un menor de edad (del total de 9.638 delitos sexuales, 874 habrían sido cometidos por menores de 14 a 17 años); v. Informe sobre delitos contra la libertad e indemnidad sexual en España, 2019, p. 28.

¹⁰ V. SIRIA, S.; ECHEBURÚA, E., y AMOR, P., «Characteristics and risk factors in juvenile sexual offenders», *Psicothema*, 2020, vol. 32, núm. 3, pp. 314-321. Disponible en internet: <http://www.psicothema.es/pdf/4607.pdf> (fecha última consulta: 9 de abril de 2021).

¹¹ Frente a los casos en los que la víctima menor de agresiones y abusos sexuales tenía 16 ó 17 años, que en 2019 fueron un total de 235 (60 agresiones sexuales, de las que 6 fueron violación, más 165 abusos sexuales), las condenas por agresiones y abusos sexuales a menores de 16 años alcanzaron un total de 245. Fuente INE.

¹² 19 (2017), 43 (2018) y 52 (2019). Fuente INE.

¹³ 14 (2017), 19 (2018) y 23 (2019). Fuente INE.

¹⁴ Los datos estadísticos se proyectan sobre la rúbrica del capítulo correspondiente del título VIII del libro II del CP, de modo que, por ejemplo, los delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores en la práctica se concentran en las conductas relacionadas con la pornografía infantil o de personas con discapacidad necesitadas de especial protección (elaboración, posesión o difusión de la misma).

¹⁵ 10 (2017), 1 (2018) y 3 (2019). Fuente INE.

condenados es más o menos similar en todos los rangos de edad¹⁶. En el año 2019, el 75% de estos delinquentes sexuales menores de edad tenían la nacionalidad española y en el 98,1% de las condenas los responsables eran varones (frente al 81,2% del conjunto de delitos). En ese mismo año las principales medidas adoptadas en esta clase de condenas relacionadas con delitos de índole sexual por orden de mayor a menor fueron las siguientes: la libertad vigilada, la prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima, el internamiento en centro cerrado o semiabierto y la realización de tareas socioeducativas, muy por encima de las demás medidas¹⁷.

Las últimas Memorias de la Fiscalía General del Estado matizan que el aumento de denuncias no se corresponde con un correlativo incremento de sentencias condenatorias, pues ciertamente una parte significativa de presuntos abusos sexuales entre menores de edades parejas o similares son susceptibles de archivarse por aplicación del artículo 183 quater del CP¹⁸. No obstante, en todas ellas se expresa que el fenómeno de la delincuencia sexual juvenil es muy preocupante, pudiendo tratarse de un problema educativo en su origen. Llamam la atención sobre tres cuestiones vinculadas: a) la primera precisamente radica en las graves carencias de formación en materia sexual del involucrado, más allá del simple aprendizaje sobre reproducción humana y prevención de embarazos o enfermedades de transmisión sexual; b) la segunda es la implicación progresiva en los delitos sexuales de menores de más corta edad con significativas cifras de archivos de diligencias por ser los investigados de edad inferior a catorce años, lo que se pone en relación con el consumo de pornografía a edades muy tempranas, así como con comportamientos y relaciones altamente sexualizados entre menores de muy corta edad; y c) por último, la cada vez más frecuente actuación grupal en algunas agresiones sexuales, reproduciéndose en diversos lugares las conocidas últi-

¹⁶ De acuerdo con los datos del INE:

- Menor de 14 años: 91 (2017), 106 (2018) y 142 (2019).
- Menor de 15 años: 90 (2017), 99 (2018) y 131 (2019).
- Menor de 16 años: 94 (2017), 101 (2018) y 179 (2019).
- Menor de 17 años: 52 (2017), 102 (2018) y 96 (2019).

¹⁷ De las 846 medidas aplicadas en condena en 2019: 331 fueron de libertad vigilada, 238 consistieron en la prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima, 109 fueron de internamiento en régimen cerrado y 74 de internamiento en régimen semiabierto, y, finalmente, en 55 ocasiones se impuso la realización de tareas socioeducativas. Fuente INE.

¹⁸ Este precepto en principio solo resulta aplicable a los delitos contemplados en el capítulo II bis del título VIII del libro II del CP (excepción hecha de los delitos del art. 183.2, esto es, actos de carácter sexual que se cometan empleando violencia o intimidación). Sin embargo, la FGE aboga por estimar cierta equivalencia con respecto a otros delitos sexuales situados fuera del referido capítulo (concretamente los de elaboración y posesión de pornografía infantil). Así CIRCULARES FGE 2/2015, y 1/2017.

mamente como «manadas», con un posible efecto contagio y con pérdida de conciencia de la gravedad y la responsabilidad individual de la acción al diluirse dentro del grupo.

III. EL ESTUDIO DEL COMPORTAMIENTO SEXUAL DELICTIVO DEL MENOR

El análisis del delincuente sexual ha sido objeto de numerosas investigaciones desde distintas ópticas y disciplinas (Psicología, Psiquiatría, Sexología, Criminología, Sociología, etc.), también cuando de menores de edad se trata. De éstas se desprende que el comportamiento adolescente sexual violento no puede explicarse de manera generalista a través de una teoría explicativa única, porque es una superposición de procesos individuales, psicológicos y sociales, todos ellos mediados por el entorno de desarrollo y aprendizaje¹⁹. En efecto, los ofensores sexuales adolescentes proceden de todos los entornos (socioeconómicos, etnoculturales, y religiosos), así como es variado también su nivel de funcionamiento intelectual, su motivación, las víctimas que eligen, y las conductas que cometen²⁰. Aunque la investigación etiológica y tipológica centrada en los jóvenes que cometen delitos sexuales ha producido resultados contradictorios y lejos de ser definitivos, ha proporcionado información importante según Leverage: los menores que han cometido delitos sexuales constituyen una población heterogénea en términos etiológicos, patrones y antecedentes delictivos, características de personalidad, presentación clínica y riesgo de reincidencia sexual y no sexual, aunque en todo caso también consta la evidencia empírica del maltrato infantil en el desarrollo temprano²¹.

En el primer estudio publicado en España sobre adolescentes que han cometido algún delito sexual²², realizado sobre una muestra de 73 adolescentes varones que estaban cumpliendo una medida judicial por la comisión de un delito sexual en diversas Comunidades Autónomas, Siria, Echeburúa y Amor

¹⁹ V. RICH, P., *Understanding, assessing and rehabilitating juvenile sexual offenders*, 2.ª ed., John Wiley & Sons, 2011.

²⁰ DÍAZ MORFA, J., 2003, p. 94.

²¹ LEVERAGE, T., «Etiology and Typologies of Juveniles Who Have Committed Sexual Offenses», SOMAPY Research Brief, U. S. Department of Justice, 2015, p. 5. Disponible en internet: <https://smart.ojp.gov/SOMAPI-brief-juvenile-recidivism> (fecha última consulta: 9 de abril de 2021). Este autor sostiene que los modelos de estudio, que han incluido experiencias de la primera infancia y funcionamiento familiar, deben ampliarse para incluir variables sociales más amplias, como la exposición a medios de comunicación sexualmente violentos y las características de las ecologías sociales.

²² V. SIRIA, S.; ECHEBURÚA, E., y AMOR, P., 2020, pp. 314-321.

constatan respecto de las características de los delitos sexuales que alrededor de la mitad de las víctimas eran de edad similar a los autores (54%), mientras que el 34% eran niñas y niños más pequeños y el 12% eran mujeres adultas. La mayoría de estas víctimas eran de sexo femenino (75%), pero hubo un 25% de víctimas masculinas (todas ellas de edad inferior o similar al joven). El 46% de las víctimas eran personas conocidas por el autor, mientras que el 18% pertenecían a su propia familia y el 36% eran personas totalmente desconocidas. Si bien en la mayoría de las ocasiones los adolescentes cometieron el delito solos, en un 22% de los casos lo cometieron entre dos o más personas. Además, el 46,6% de la muestra repitió su conducta sexualmente coercitiva. Como conclusión afirman que estos jóvenes, con presencia elevada de la variable «inadecuada sexualización durante la niñez» (víctima de violencia sexual, ambiente familiar sexualizado, fantasías sexuales desviadas) y consumo de pornografía antes de los doce años, cometen delitos sexuales contra personas de su entorno más cercano y de edad similar o inferior.

IV. DELITOS SEXUALES QUE COMETEN LOS MENORES

En primer lugar, y no por evidente, deben ignorarse una serie de conductas sexuales que no tienen por qué constituir un delito sexual, aunque desde un punto de vista médico-psiquiátrico puedan estimarse desviadas o desde otro punto de vista –sociológico o psicológico–, se consideren abusivas y, en consecuencia, se estudien a los sujetos menores que las realizan desde la misma perspectiva del problema: mironismo, fetichismo, llamadas telefónicas obscenas, etc.²³ Y es que no se criminaliza el sexo que se sale de la normalidad, sino únicamente aquellos comportamientos típicos que atentan contra los bienes jurídicos de la libertad sexual o la indemnidad sexual, que se encuentran contemplados como delitos en el título VIII del libro II del CP²⁴.

En principio, los delitos sexuales de los que puede ser penalmente responsable un menor de edad de entre catorce y diecisiete años son los mismos que puede cometer culpablemente un adulto. De ellos puede responder a título de autor, pero también de simple partícipe. Como se indicó previamente, en las estadísticas de menores (pero también de los adultos) destaca un incremento en

²³ DÍAZ MORFA, J., 2003, p. 95 distingue entre abuso sexual y ofensa sexual: todas las ofensas son una forma de abuso sexual, pero no lo contrario.

²⁴ Algunas conductas típicas del CP que se sitúan fuera del referido título también pueden comprender aspectos sexuales en el comportamiento; por ejemplo, el acoso persecutorio o algunos delitos contra la intimidad.

los últimos años de los abusos sexuales y, sobre todo, de los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años, que se convierten en la actualidad en las infracciones de contenido sexual más recurrentes o reiteradas entre los menores, frente a una discreta disminución de las agresiones sexuales a mayores de dieciséis años o más (parcialmente condicionada por la elevación de los límites de edad de trece a dieciséis en la reforma del CP de 2015)²⁵.

Las tipificaciones introducidas en las últimas reformas vinculadas con las nuevas tecnologías de la comunicación y de la información (especialmente las distintas modalidades típicas en torno a la pornografía infantil, así como el *grooming* y el *sexting*) también afectan a los menores infractores. Ahora bien, algunos de los nuevos tipos penales relacionados con dichas tecnologías tienen todo su sentido en la lucha contra los comportamientos abusivos de los adultos dirigidos a menores. Sin embargo, dejan de tenerlo cuando hablamos de menores con escasa diferencia de edad entre sí²⁶, hasta el punto de que, como se dice en la SAP de Málaga (sec. 8), 268/2017 de 3 de mayo, «podemos encontrarnos ante la paradoja de que unas normas promulgadas para protegerlos pueden acabar produciendo el efecto de criminalizar alguna de sus conductas».

En sentido opuesto se sitúan un conjunto de figuras delictivas de corte sexual que resultan normalmente raras, excepcionales o extrañas en relación con los menores de edad como infractores o sujetos activos de las mismas: a) por un lado, el delito de omisión del garante del artículo 189.6 CP, que castiga el hecho de no impedir la continuación del estado de prostitución o corrupción de otro menor, lo que es jurídica o prácticamente imposible que pueda ponerse a cargo de un menor de edad, pues tendría que tener la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento del menor corrompido o prostituido; b) por otro lado, tanto el acoso sexual (art. 184 CP), que alude a un ámbito laboral, docente o de prestación de servicios, como la prostitución coactiva de personas mayores de edad (art. 187 CP) son figuras delictivas de escasa incidencia entre los menores. También será residual el caso de un menor que resulte penalmente responsable

²⁵ Según los datos del INE, las agresiones sexuales de los artículos 178 a 180 CP cometidas por menores pasaron de 112 en 2013 (entonces sujetos pasivos de trece años o más) a 60 en 2019 (en ese momento sujetos pasivos de dieciséis años o más), mientras que esos mismos delitos cometidos por adultos fueron 605 en 2013 y 428 en 2019; en cambio, los abusos sexuales cometidos por menores fueron 99 en 2013 y 165 en 2019 (en adultos 838 en 2013 y 1.218 en 2019); del resto de delitos contra la libertad e indemnidad sexuales cometidos por menores se registraron 21 en 2013, pero alcanzaron la cifra de 323 en 2019. De entre ellos destaca sobre todo que en 2019 se contabilizaron 245 agresiones y abusos sexuales a menores de dieciséis años (en adultos se registraron 529); el resto de condenas fueron 3 por acoso sexual, 23 por exhibicionismo y provocación sexual y 52 por prostitución y corrupción de menores.

²⁶ En concreto, los delitos contemplados en el artículo 183 ter, relativos al embaucamiento de menores de dieciséis años, constituyen la transposición de la Directiva 2011/93/UE, que, a diferencia de nuestra regulación, los reserva exclusivamente a sujetos activos que sean «adultos» (art. 6).

en calidad de cliente de la prostitución de otro menor de edad o persona con discapacidad necesitada de especial protección (art. 188.4 CP) o como asistente a espectáculos exhibicionistas o pornográficos que tengan esos mismos sujetos pasivos del delito (art. 189.4). Si en alguna de las indicadas figuras delictivas no cabe concebir la autoría del menor, tampoco debería concebirse el castigo de su participación. Por el contrario, el resto de delitos del título VIII no plantean especiales dificultades en cuanto a su posible correspondencia e imputación a un menor penalmente responsable.

V. LA PROBLEMÁTICA JURÍDICA DE LOS DELITOS SEXUALES COMETIDOS POR MENORES DE EDAD Y LOS EFECTOS JURÍDICOS EN SU RESPONSABILIDAD

De los delitos sexuales más comunes entre los menores infractores hay que distinguir dos grandes grupos de casos por sus distintas repercusiones en la LORPM:

a) comportamientos sexuales violentos cometidos por menores contra adultos y contra menores de dieciséis y diecisiete años, es decir, agresión sexual (atentado contra la libertad sexual realizado con violencia o intimidación) y violación (que implica, además, acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías) de los artículos 178 y 179 CP, así como esos mismos comportamientos sexuales violentos contra menores de dieciséis años tipificados en el artículo 183.2 y 3 CP; y

b) comportamientos sexuales no violentos cometidos por menores contra otros menores de edad, que pueden comprender tanto conductas abusivas, con y sin contacto físico (mediante engaño, prevalimiento, etc., cuya tipificación en los artículos 181 y 182 o en el artículo 183.1 y 3 CP depende de si el sujeto pasivo es mayor o menor de dieciséis años), como esos mismos comportamientos sexuales realizados con el consentimiento de un menor de dieciséis años, así como las conductas descritas en los artículos 183 bis y 183 ter CP (cuyo carácter no delictivo dependerá de que sean sujetos próximos en edad y grado de desarrollo o madurez física y psicológica, según el art. 183 quater CP).

Esta distinción es relevante con respecto a las consecuencias más gravosas que se reservan en la LORPM al primer grupo de conductas, en todo caso por cometerse los hechos con violencia o intimidación (arts. 9.2 y 10.1). Pero, además, se logra alcanzar la máxima rigurosidad de las medidas previstas por la ley para el menor infractor si el comportamiento que realiza responsablemente

constituye una agresión sexual agravada (art. 10.2), bien por el hecho adicional del acceso carnal (art. 179 CP), bien por la aplicación a la agresión de una circunstancia que cualifica la infracción (art. 180 CP).

1. **Hechos de contenido sexual graves o cualificados: medida de internamiento en régimen cerrado con carácter facultativo**

Atendiendo a las consecuencias jurídicas previstas en la LORPM, la medida de internamiento en régimen cerrado puede aplicarse (carácter facultativo) a tenor del art. 9.2.a) de la LORPM cuando la infracción sexual constituya un *delito grave*, con la duración contemplada en el artículo 10.1. La mitad de los delitos del título VIII tienen esa naturaleza: a) violación del artículo 179; b) agresión sexual agravada (art. 180); c) abuso sexual con acceso carnal (arts. 181.4 y 5 y 182.2); d) agresiones y abusos sexuales (con o sin acceso carnal) a menores de dieciséis años (art. 183); e) prostitución de menores cuando exista violencia o intimidación, el sujeto pasivo sea menor de dieciséis años o, siendo mayor, concorra una circunstancia cualificada (art. 188.1, 2 y 3); f) tipos agravados de utilización de menores o de personas con discapacidad necesitadas de especial protección para elaborar material pornográfico, y producción y tráfico de pornografía infantil (art. 189.2).

Por el contrario, por no corresponderles la calificación de delito grave –aunque sí en todo caso de *delito menos grave*– no cabe aplicar internamiento en régimen cerrado, pero se pueden imponer otras clases de internamientos (incluidos, si procede, terapéuticos) y, desde luego, libertad vigilada u otras medidas contempladas en artículo 7.1 LORPM, en relación con las siguientes figuras delictivas: a) abusos sexuales sin acceso carnal (art. 181.1, 2 y 3); b) abusos sexuales a menores de dieciséis años (arts. 183 bis y 183 ter); c) acoso sexual (art. 184); d) exhibicionismo y provocación sexual (arts. 185 y 186); e) prostitución coactiva de mayores de edad (art. 187) y favorecimiento de la prostitución de menores de dieciséis y diecisiete años (art. 188.1, pfo. 1.º); f) tipos básicos de captación o utilización de menores o de personas con discapacidad necesitadas de especial protección con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos o para elaborar material pornográfico, lucrarse con ello o financiarlo, así como la producción, posesión preordenada al tráfico y el propio tráfico de pornografía infantil o de personas con discapacidad necesitadas de especial protección (art. 189.1); g) el resto de conductas de menor entidad, como la posesión de dicho material y la asistencia a espectáculos exhibicionistas o pornográficos de esas personas (art. 189.4 y 5).

En estas últimas hipótesis típicas y puesto que no hay ningún delito sexual que se pueda calificar como leve (ni como imprudente, al no preverse esta forma delictiva), la duración máxima de las medidas que puedan ser impuestas –excluida la de internamiento en régimen cerrado– tendrá que ser la prevista con carácter general en el artículo 9.3 de la LORPM.

La letra b) del artículo 9.2 de la LORPM resulta aplicable (se faculta un posible internamiento en régimen cerrado) a la agresión sexual del tipo básico del artículo 178 CP, porque, aunque es un delito menos grave, para su ejecución requiere el *empleo de violencia o intimidación*. Más complicado resulta vincular un delito sexual que no sea grave con el hecho de que *se haya generado grave riesgo para la vida o la integridad física de las personas*, ya que a pesar de que esta específica consecuencia no resulta ajena a las estructuras típicas de las figuras agravadas de los delitos sexuales –arts. 180.1.5.^a, 183.4.e), 187.2.c), 188.3.d) y 189.2.d)– la misma se concentra principalmente en las hipótesis de delitos graves.

La letra c) del artículo 9.2 de la LORPM se aplicará también (y es posible decretar el internamiento en régimen cerrado) si el delito sexual se comete *en grupo o el menor perteneciere o actuare al servicio de una banda, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades*.

2. Hechos de contenido sexual extraordinariamente graves: medida de internamiento en régimen cerrado con carácter preceptivo

El artículo 10.1.b) LORPM prevé medidas muy rigurosas (internamientos en régimen cerrado se prevén con carácter preceptivo, seguidos de libertad vigilada) en los supuestos de «extrema gravedad» si al tiempo de cometer los hechos el menor responsable tuviera dieciséis o diecisiete años de edad. En ese supuesto el Juez deberá imponer una medida de internamiento en régimen cerrado de uno a seis años, complementada sucesivamente con otra medida de libertad vigilada con asistencia educativa hasta un máximo de cinco años. Solo podrá hacerse uso de lo dispuesto en los artículos 13 y 51.1 LORPM una vez transcurrido el primer año de cumplimiento efectivo de la medida de internamiento. La indeterminación de esta cláusula, cuyo contenido solo en parte se define en la ley («se entenderán siempre supuestos de extrema gravedad aquellos en los que se apreciara reincidencia»), ha sido criticada por la doctrina, aunque se constata un uso judicial muy restringido de estos supuestos porque, al margen de los casos de reincidencia, la estimación de unos hechos como casos de extrema gravedad solo procede si el órgano judicial estima precisa una

intervención especialmente intensa²⁷ o si, por el conjunto de circunstancias concurrentes, merecen un especial reproche²⁸. Ello puede tener lugar, por ejemplo, si el menor ha cometido una pluralidad de infracciones.

Esas medidas, tanto para mayores dieciséis años como para menores de dicha edad, son todavía más rigurosas en las hipótesis de «máxima gravedad» del artículo 10.2 LORPM (carácter imperativo del internamiento cerrado, en algunos casos con una duración mínima, complementado con libertad vigilada)²⁹. Las mismas tienen lugar «cuando el hecho sea constitutivo de alguno de los delitos tipificados en los artículos 138, 139, 179, 180 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 Dictamen 2/2015 de la Fiscalía General del Estado, sobre criterios de aplicación del artículo 10 de la LORPM, en delitos contra la libertad sexual, tras las reformas del CP por LO 5/2010, de 22 de junio y LO 1/2015, de 30 de marzo, lleva a cabo una interpretación en virtud de la cual las reformas mencionadas del CP no alteran sustancialmente el entendimiento del artículo 10.2 de la LORPM. El mismo se aplicará también a las violaciones y agresiones sexuales agravadas cometidas por un menor de edad penal contra otro menor de trece años del artículo 183.2 y 3. Y ello a pesar de que actualmente y desde 2010 entre el artículo 180.1.3.^a y el artículo 183 CP existe una relación de exclusión recíproca: «cuando los hechos se cometan contra una persona que se halle en una situación de especial vulnerabilidad por razón de su edad (...) salvo lo dispuesto en el artículo 183»³⁰.

Antes de la reforma del CP de 2010, que reestructuró los delitos contra la libertad sexual, regulando como una categoría aparte y agravada los cometidos contra menores de trece años, los actos sexuales con violencia o intimidación

²⁷ FEIJOO SÁNCHEZ, B., «Artículo 10», en VVAA., *Comentarios a la Ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores*, 2.^a ed., Civitas-Thomson Reuters, 2018, p. 285.

²⁸ V. CIRCULAR FGE 9/2011, de 16 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de reforma de menores y DICTAMEN FGE 2/2015, sobre criterios de aplicación del artículo 10 de la LORPM, en delitos contra la libertad sexual, tras las reformas del CP por LO 5/2010, de 22 de junio y LO 1/2015, de 30 de marzo.

²⁹ De acuerdo con el precepto, al menor de catorce o quince años de edad al tiempo de cometer los hechos el Juez le debe imponer 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. Si el menor tuviere dieciséis o diecisiete años de edad, se le impondrá 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 segundo tramo de edad solo podrá hacerse uso de las facultades de modificación, suspensión o sustitución de la medida impuesta cuando haya transcurrido, al menos, la mitad de la duración de la medida de internamiento impuesta.

³⁰ La redacción actual viene dada por la LO 8/2021, de 4 de junio, que no afecta en lo fundamental a la problemática que se menciona en el texto.

(agresiones sexuales) sobre menores de trece años, aunque no implicaran acceso carnal, integraban la agravación contenida en el artículo 180.1.3.^a CP al que remite el 10.2 LORPM desde su redacción de 4 de diciembre de 2006 (LO 8/2006)³¹. En esa circunstancia agravante se presumía *iuris et de iure* la especial vulnerabilidad del menor de trece años. Por lo tanto, una agresión sexual del artículo 178 realizada sobre un menor de trece años era necesariamente una agresión sexual agravada del artículo 180.1.3.^a CP. Desde la reforma de 2010 tales actos se contemplan en el artículo 183 CP y desde la modificación de 2015 este precepto se amplía a menores de dieciséis años. La FGE estima que, conforme al espíritu de la ley, las agresiones sexuales a menores de trece años deben seguir considerándose «en general» delitos de máxima gravedad para aplicarles el artículo 10.2 LORPM. Para la FGE: a) esto es indiscutible si la víctima fuera menor de cuatro años [art. 183.4.a) en relación con el 180.1.3.^a]; b) si la víctima es menor de trece con carácter general hay que predicar idéntica vulnerabilidad en atención a los antecedentes históricos y legislativos, aunque debe atenderse a las circunstancias del caso concreto (a mayor diferencia de edad, mayor vulnerabilidad); c) si la víctima tiene entre trece y quince no cabe apreciar lo dispuesto en el artículo 10.2 LORPM, salvo que en el caso concreto se demuestre la vulnerabilidad.

En la doctrina Feijoo Sánchez alude igualmente a esta cuestión, considerando que el artículo 10.2 LORPM es aplicable a las agresiones sexuales a menores de dieciséis años del capítulo II bis del título VIII del libro II CP, por entender que se trata de supuestos que estaban en el artículo 179 cuando entró en vigor la LO 8/2006, última reforma de la LORPM, y ello con independencia de que alguna modalidad, como la del segundo inciso del artículo 183.3 CP (violación a menor de dieciséis años), contemple una pena que llega a los quince años de prisión si no se comparte la tesis mencionada³².

El problema es relativamente complejo, pues se centra en si una agresión sexual a un menor de cierta edad (trece o dieciséis años) constituye *per se* una agresión sexual agravada a los efectos del artículo 10.2 LORPM, al margen de otras circunstancias que harían que esa agresión sexual fuera igualmente agravada, esto es, las contenidas en los números 1.^a a 5.^a del artículo 180.1 CP, entre las que se encuentra la especial vulnerabilidad de la víctima por razones de edad.

En nuestra opinión, ciertamente tiene sentido que el artículo 10.2 LORPM se aplique a las violaciones de menores de dieciséis años del artículo 183.3 CP,

³¹ Para entonces la redacción del tipo agravado decía: «cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad o situación y, en todo caso, cuando sea menor de trece años».

³² FEIJOO SÁNCHEZ, B., 2018, p. 299, n. 242.

puesto que son conductas estructuralmente equivalentes a las de los artículos 179 y 180 CP, pero todavía más graves (por afectar no solo a la libertad sexual, sino también a la indemnidad sexual). Con ello se efectúa una interpretación extensiva o amplia del precepto, y no por analogía *in malam partem*, pues la violación de un menor de esa edad también realiza el tipo del artículo 179 CP, que entra en concurso de leyes con el tipo del artículo 183.3 CP (y que se resuelve por la especialidad del segundo). Pero es más dudoso que se puedan considerar de máxima gravedad las agresiones sexuales del tipo básico del artículo 183.2 CP a un menor de dieciséis años (por ejemplo, un beso o un tocamiento forzados) solo por el hecho de que la víctima no cuente aún con la edad del consentimiento sexual y sin que sea especialmente vulnerable por razón de edad en el caso concreto, esto es, sin que concurra la tercera de las circunstancias del artículo 180.1 CP –especial vulnerabilidad por razón de la edad– o cualquiera de las restantes.

En cambio, en ninguno de los abusos sexuales sobre menores (sin consentimiento) es aplicable el artículo 10.2 LORPM, sino únicamente los artículos 9.2 (el delito es en todo caso grave) y 10.1, pudiendo incluso calificarse el delito como de extrema gravedad en las hipótesis en las que el imputado sea mayor de dieciséis años en función de la gravedad de los hechos y las circunstancias del autor y, en todo caso, si concurre reincidencia.

No obstante, la regulación del artículo 10.2 podría resultar afectada en este punto por la propuesta contenida en el Proyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual, de 26 de julio 2021 (121/000062), al margen de la edad de la víctima. Éste elimina la distinción entre agresión y abuso sexual, unificando todos los comportamientos en la figura única de agresión sexual, la cual ya no se define como hasta el momento por el empleo de violencia o intimidación para atentar contra la libertad sexual, sino únicamente por la ausencia de consentimiento. De ese modo las consecuencias más graves previstas en el artículo 10.2 LORPM no se aplicarían únicamente a las agresiones sexuales agravadas, sino también a los abusos sexuales agravados, tal y como se configurarían *de lege lata* (atentados contra la libertad o indemnidad sexual de una persona sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento), pues en el futuro estas conductas pasarían a ser consideradas por la ley agresiones sexuales agravadas, bien por el acceso carnal (D. F. 4.^a, ocho del Proyecto), bien por la concurrencia de un subtipo cualificado (D. F. 4.^a, nueve del Proyecto).

¿CUESTIONA LA AGRAVACIÓN DEL QUEBRANTAMIENTO DE CONDENA POR RAZÓN DE GÉNERO EL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD POR EL HECHO?

CAROLINA BOLEA BARDON*

I. INTRODUCCIÓN

Con la presente contribución me sumo al homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy, a quien me unen intensos lazos de afecto y el orgullo de pertenecer a una misma escuela, la escuela de Santiago Mir Puig. El objeto de este trabajo es poner de manifiesto algunos de los problemas que se derivan de la actual regulación en materia de quebrantamiento de penas y medidas en el contexto de la violencia de género y doméstica¹. Para ello, en primer lugar, se expondrá la problemática derivada de la aplicación del artículo 57.2 CP. En segundo lugar, se analizará la modalidad típica agravada de quebrantamiento de condena prevista en el artículo 468.2 CP. A continuación, se examinarán las distintas soluciones aportadas por la jurisprudencia. Finalmente, se hará una propuesta interpretativa del artículo 468.2 CP con la pretensión de ofrecer una respuesta adecuada desde el punto de vista político-criminal, pero que a su vez sea dogmáticamente sostenible.

* Profesora Titular de Derecho penal. Universidad de Barcelona.

** Este trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades: «Responsabilidad penal por el hecho y Estado democrático. Una investigación sobre la legitimidad de la criminalización de ideas y caracteres» (FACTUM, RTI 2018-097727-B-100).

¹ Se trata de dos temas a los que la homenajeadada ha dedicado su atención en distintos momentos de su trayectoria investigadora.

II. PROBLEMÁTICA DERIVADA DE LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 57.2 CP

Desde la reforma operada por la LO 15/2003, el artículo 57 CP, en su apartado segundo, impone al juez la obligación de acordar, como pena accesoria privativa de derechos, la prohibición de aproximación a la víctima o a otros sujetos recogida en el artículo 48.2 CP por un tiempo de hasta diez años, si el delito fuera grave o de hasta cinco si fuera menos grave, en todos aquellos casos en los que la víctima fuera alguna de las personas protegidas que menciona ese mismo apartado y el delito fuera alguno de los previstos en el primer apartado del mismo artículo 57². Como consecuencia de esta imposición, surge el problema de su incumplimiento y la consiguiente comisión del delito de quebrantamiento de condena del artículo 468.2 CP. El carácter imperativo de la pena de alejamiento ha determinado un claro incremento de los delitos de quebrantamiento de condena en el ámbito de la violencia de género. Es el segundo delito, por detrás del de violencia de género ocasional del artículo 153.1 CP (45%), con el mayor número de condenas (18,7%), seguido por el delito de amenazas leves del artículo 171.4 CP (17,9%)³. Asimismo, es el segundo delito que más veces se investiga (por detrás del 153.1CP)⁴. Especialmente sorprendente es la cifra de quebrantamientos consentidos por la víctima que muestran las estadísticas⁵. En este sentido, diversos estudios destacan el notable aumento de los casos de quebrantamiento de condena relacionados con la prohibición de aproximarse y/o comunicarse con la víctima, que tienen lugar por iniciativa de la persona protegida o con su consentimiento⁶. En respuesta a la problemática que arrojan estas cifras, desde distintas posiciones se aboga

² Como advierte, LAURENZO COPELLO, P., «¿Hacen falta figuras género específicas para proteger mejor a las mujeres?, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXV, 2015, p. 802, «detrás de esta medida se percibe la desconfianza hacia un estamento judicial poco implicado por entonces con el problema del maltrato; pero también la aceptación implícita de un estereotipo muy habitual en las políticas de género: la idea de que toda mujer que ha vivido algún episodio de violencia, cualquiera sea su entidad, sufre alienación emocional y está incapacitada para adoptar decisiones «correctas» por sí misma».

³ Vid. Consejo General del Poder Judicial, «Estudio sobre la aplicación de la Ley integral contra la violencia de género por las Audiencias Provinciales», marzo 2016, p. 16.

⁴ Vid. «Guía de actuación con perspectiva de género en la investigación y enjuiciamiento de los delitos de violencia de género», FGE, 2020, p. 35.

⁵ En un estudio realizado en Cataluña se examinaron 542 resoluciones judiciales dictadas en los años 2007 y 2008, mostrando que en un 43% de todas las condenas por quebrantamiento se daba el consentimiento de la víctima, vid. CALVET BAROT, G., y CORCOY BIDASOLO, M., «Avaluació i impacte de les respostes al fenomen de la violència de gènere a Catalunya (2007-2008)», *Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Generalitat de Catalunya*, 2010, p. 14.

⁶ Vid. PÉREZ RIVAS, N., «Cuando la respuesta penal a la violencia de género se vuelve contra la víctima: aproximación a la realidad española», *Polít. crim.*, vol. 11, núm. 21, 2016, pp. 35 s.; DÍEZ RIPOLLÉS J. L.; CEREZO DOMÍNGUEZ, A. I. y BENÍTEZ JIMÉNEZ, M. J., *La política criminal contra la violencia sobre la mujer pareja (2004-20014)*, Valencia (tirant lo blanch), 2017, pp. 153 ss. Según estos últimos autores (pp. 155 ss.), el volumen de sentencias condenatorias por quebrantamientos consentidos oscila entre los

por eliminar la obligatoriedad del artículo 57.2 CP, permitiendo la imposición facultativa de la pena en función de la constatación de una situación objetiva de riesgo⁷. También han surgido voces en la doctrina a favor de suprimir el alejamiento como medida autónoma para subsumirla en la medida de libertad vigilada⁸.

III. PENA AGRAVADA DE QUEBRANTAMIENTO EN EL CONTEXTO DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO Y DOMÉSTICA

El delito de quebrantamiento previsto en el artículo 468.2 CP se configura actualmente como un tipo específico, una modalidad agravada de quebrantamiento de condena que entra en juego cuando la pena, la medida cautelar o la medida de seguridad se ha impuesto en un procedimiento por delito de violencia doméstica o de género. En lo referente a las penas, el delito de quebrantamiento específico se refiere a todas las penas privativas de derechos incluidas en el artículo 48 CP: privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos; prohibición de aproximación a la víctima o a otras personas, de acercarse a su domicilio, lugar de trabajo o frecuentado por ellas y suspensión del régimen de visitas, comunicación y estancia con los hijos reconocido en sentencia civil; y prohibición de comunicación con la víctima o con otras personas. Junto al quebrantamiento de estas penas se incluye el de medidas cau-

años 2004-2014 en torno al 50% de todos los casos (basándose en los datos aportados por el Observatorio estatal de violencia sobre la mujer. Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad).

⁷ Cfr., en este sentido, VALEIJE ÁLVAREZ, I., «Penas accesorias, prohibiciones del artículo 48.2 del CP y delito de quebrantamiento de condena. Consideraciones críticas sobre el artículo 57.2 del CP», *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXVI, 2006, p. 336; FARALDO CABANA, P., «Las penas de los delitos relacionados con la violencia de género. Especial referencia a la prohibición de aproximación y su quebrantamiento», en PUENTE ABA, L. M. (dir.), *La respuesta penal a la violencia de género. Lecciones de diez años de experiencia de una política criminal punitivista*, Granada (Comares), 2009, pp. 202 s.; JIMÉNEZ DÍAZ, M. J., «Algunas reflexiones sobre el quebrantamiento inducido o consentido», en JIMÉNEZ DÍAZ, M. J. (coord.), *La Ley integral. Un estudio multidisciplinar*, Madrid (Dykinson), 2009, p. 418; OLAIZOLA NOGALÉS, I., «Violencia de género: elementos de los tipos penales con mayor dificultad probatoria», *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXX, 2010, p. 309; LAURENZO COPELLO, P., 2015, pp. 804 s.

⁸ Uno de los principales defensores de este posicionamiento es SANZ MORÁN A., «Libertad vigilada y quebrantamiento de condena: artículos 106 y 468 CP», en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J./GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., (dirs.), *Consideraciones a propósito del proyecto de ley de 2009 de modificación del Código penal (Conclusiones del Seminario interuniversitario sobre la reforma del Código penal celebrado en la Universidad Carlos III de Madrid)*, Valencia (tirant lo blanch), 2010, p. 142, siguiendo en este punto la Propuesta de modificaciones al Proyecto de reforma del Código penal de la plataforma «Otro derecho penal es posible».

telares o de seguridad de la misma naturaleza⁹. Asimismo, desde la reforma operada por LO 1/2015, el quebrantamiento específico también es aplicable cuando el quebrantamiento tiene por objeto la medida de libertad vigilada regulada en el artículo 106 CP.

La actual regulación penal en materia de quebrantamiento en el contexto de violencia de género y/o doméstica merece algunas consideraciones. En primer lugar, no deja de sorprender y resulta difícil de explicar que la imposición de pena de prisión obligatoria en caso de quebrantamiento de condena (art. 468.2 CP) no establezca distinción alguna en función del objeto del quebrantamiento¹⁰. Además de poco distintivo, prever una misma e idéntica pena, prisión, para el supuesto tanto de quebrantamiento de pena como de medida de seguridad o medida cautelar puede resultar desproporcionado¹¹. En segundo lugar, no se atiende al hecho de que el autor del quebrantamiento pueda con posterioridad resultar absuelto del delito de violencia de género por el que había sido sometido a una medida cautelar¹². En tercer lugar, no se tiene en cuenta la gravedad del delito que se imputa o por el que ha sido condenado el autor del quebrantamiento, que puede ir desde unas vejaciones injustas de carácter leve hasta una tentativa de asesinato. En cuarto lugar, cabe destacar la incompatibilidad de esta modalidad típica con el subtipo agravado de quebrantamiento previsto en los delitos de violencia de género, para no incurrir en un *bis in ídem*¹³. Por último, no queda claro el papel que juega el consentimiento de la mujer en relación con la vulneración de la prohibición de aproximación, cuestión de suma trascendencia práctica y dificultad teórica que constituye el objeto del presente trabajo y se analiza a continuación.

⁹ Las medidas de seguridad que presentan la misma naturaleza que las penas privativas de derechos antes mencionadas son algunas de la incluidas en el catálogo de medidas de seguridad no privativas de libertad del artículo 96.3 CP. Téngase en cuenta que, según establece el artículo 544 bis LECrim, el juez puede imponer como medidas cautelares la prohibición de residir en un determinado lugar, barrio, municipio, provincia u otra entidad local, o Comunidad Autónoma, la prohibición de acudir a determinados lugares, barrios, municipios, provincias u otras entidades locales o Comunidades Autónomas y la prohibición de aproximarse a determinadas personas o de comunicarse con ellas.

¹⁰ En cambio, sí se tiene en cuenta la distinción a efectos de exigir el pronunciamiento expreso del juez en la sentencia de primera instancia para el mantenimiento de las medidas cautelares adoptadas durante la tramitación de la causa por delito de violencia de género. Dicho mantenimiento no se puede presumir mientras se resuelven los recursos contra la sentencia (art. 69 LO 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género). De ahí, que la falta de pronunciamiento expreso en la sentencia por parte del juez sobre el mantenimiento de dichas medidas implica que dejan de estar operativas desde la fecha de la sentencia y, en consecuencia, el incumplimiento de la prohibición de aproximación (medida cautelar) no podría subsumirse en el delito de quebrantamiento de medida cautelar (*vid.*, al respecto, BENLLOCH PETIT, G., «Delitos contra la Administración de Justicia», en Silva Sánchez, J. M. (dir.), *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, 6.ª ed., Barcelona (Atelier), 2019, p. 424 s.

¹¹ Se muestra crítica frente a la falta de distinción, JIMÉNEZ DÍAZ, 2009, pp. 418 s.

¹² *Vid.* SAP Madrid 15.ª, 157/2013, 21-02 y la SAP Madrid 27.ª, 164/2014, 17-02.

¹³ De este modo, el ámbito de aplicación del 468.2 se reduce a los supuestos en que se incumple la pena o medida de alejamiento, pero sin cometer un nuevo 153 o 173.2.

IV. QUEBRANTAMIENTO DE PENAS O MEDIDAS CONSENTIDO POR LA VÍCTIMA

1. Consecuencias para el autor del quebrantamiento

A la vista de la regulación actual del delito de quebrantamiento de condena establecida en el artículo 468.2 CP, interesa ahora dirigir la mirada a los casos en que la víctima de violencia de género consiente o incluso insta a su pareja o expareja a vulnerar la prohibición de aproximación. Con anterioridad al Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 25 de enero de 2008, las posiciones jurisprudenciales oscilaban entre las siguientes opciones: a) considerar la conducta atípica por desaparecer las circunstancias que motivaron la pena o medida¹⁴; b) condenar únicamente al obligado por la pena o medida, con independencia del consentimiento de la víctima¹⁵; y c) castigar tanto al obligado como a la víctima por el artículo 468.2¹⁶. A partir del Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 25 de enero de 2008, la jurisprudencia mayoritaria interpreta que hay que negar toda eficacia al consentimiento de la víctima tanto en los casos de quebrantamiento de pena como de medida cautelar¹⁷. No obstante, existe una línea jurisprudencial minoritaria partidaria seguir otorgando relevancia al consentimiento de la mujer¹⁸. Llegados a este punto, cabe preguntarse si el mencionado Acuerdo obliga a sostener la irrelevancia del consentimiento de la víctima. Textualmente, establece lo siguiente: «el consentimiento de la víctima no excluye la punibilidad a efectos del artículo 468.2 del Código penal». Pero adviértase que ello no significa que no pueda tener ninguna relevancia¹⁹. Así parece entenderlo también la STS 803/2015, 09-12, que, tras pronunciarse a favor de considerar que el con-

¹⁴ Vid. STS 1156/2005, 26-09.

¹⁵ Vid. SAP Barcelona, 20.ª, 29 de noviembre de 2006.

¹⁶ Vid. SAP Barcelona 20.ª, 21 de febrero de 2007.

¹⁷ Vid. STS 39/2009, 29-01; STS 1010/2012, 21-12; SAP Barcelona 20.ª, 45/2013, 03-01; SAP Tarragona 4.ª, 51/2013, 29-01; SAP Madrid 7.ª, 130/2013, 11-02.

¹⁸ Vid. STS 803/2015, 09-12; STS 39/2009, 29-01, Voto Particular: lo que «se pone en duda es el carácter general de la solución adoptada como interpretación del artículo 468 CP, es decir, la irrelevancia absoluta del consentimiento independientemente de las condiciones en las que el mismo fue emitido. Ello tiene importancia en el presente caso, en el que no se han constatado en el hecho probado circunstancias reveladoras de circunstancias personales de la víctima, ni en la situación en la que actuó, que hayan privado de relevancia a su consentimiento (incapacidad de juicio, engaño, amenaza, error). En realidad, en la sentencia de la Audiencia se ha presumido la incapacidad de consentir de la esposa».

¹⁹ Vid. también, STS 61/2010, 28-01, en la que, después de al analizar el Acuerdo en cuestión, se acaba admitiendo que «la idea de una exclusión incondicional, siempre y en todo caso, de la relevancia del consentimiento, no está implícita en ese acuerdo. De ahí que la conclusión alcanzada por el Pleno no deba ser entendida en absoluta desconexión con las circunstancias de cada caso concreto».

sentimiento de la mujer no excluye la aplicación del 468.2 CP, a modo de *obiter dictum* admite la posibilidad de que en algún caso se excluya la responsabilidad por quebrantamiento si el acercamiento deriva de una clara iniciativa de la persona protegida por la prohibición, no fácilmente eludible y el autor manifiesta una actitud pasiva.

La tesis que niega eficacia al consentimiento de la mujer apunta hacia la pérdida de autoestima de la mujer, como efecto psicológico derivado de la situación de violencia a la que se ha visto sometida, y la situación de riesgo a la que se vería de nuevo expuesta de alzarse las barreras de protección previstas por el ordenamiento jurídico²⁰. Los partidarios de esta postura pretenden salir al paso de la crítica acerca de la vulneración del principio de autodeterminación de la víctima, afirmando que «es indudable que la mujer puede ejercer su derecho a la reanudación de la convivencia. Precisamente, en ejercicio de esa facultad que solo a ella incumbe, deberá comparecer voluntariamente ante el órgano judicial competente e instar del Juez la consiguiente resolución que, una vez valoradas las circunstancias concurrentes, podrá dejar sin efecto el obstáculo para el restablecimiento de la comunicación y la convivencia»²¹.

La tesis anterior plantea un grave problema que seguramente el ávido lector ya habrá podido detectar: los efectos psicológicos que supuestamente aconsejan negar la relevancia al consentimiento de la mujer se deberían probar en el caso concreto y no presumir con carácter general. Lo contrario es una muestra de paternalismo jurídico que no repercute en beneficio de la mujer, aunque de entrada pudiera parecer otra cosa²².

Por lo que se refiere a la *responsabilidad criminal del quebrantador*, apuntan algunos autores que, hasta el momento y en tanto no se lleven a efecto

²⁰ Vid. SSTS 1065/2010 de 26-11; 61/2010, 28-01: «Los efectos psicológicos asociados a la victimización de la mujer maltratada, hacen aconsejable negar a ésta su capacidad para disponer de una medida cautelar de protección que no se otorga, desde luego, con vocación de intermitencia, afirmando o negando su validez y eficacia en función de unos vaivenes afectivos que, en la mayoría de los casos, forman parte de los síntomas de su propio padecimiento».

²¹ STS 61/2010, 28-01.

²² En una línea próxima a la defendida en este trabajo, JIMÉNEZ DÍAZ, M. J., 2009, p. 416, partiendo del ejemplo del marido que, puntualmente, propina a su mujer una bofetada, que determina un delito leve del artículo 153.1, que lleva aparejado de forma obligatoria la prohibición de aproximación sostiene que «es frecuente que la mujer denuncie a su agresor tan solo a modo de advertencia, sin intención ninguna de romper la relación. Incluso, puede que no sea ella quien haya interpuesto la denuncia, sino que haya sido un vecino o alguien que ha presenciado la agresión en la calle quien llamó a la Policía. No sorprende que en este tipo de supuestos la mujer, de forma plenamente libre y responsable, decida seguir adelante con su relación afectiva, propiciando con ello la ejecución de un delito de quebrantamiento de la pena de alejamiento de la que, finalmente, puede que respondan los dos. Pena de alejamiento cuya imposición obligatoria, al menos en hipótesis como las expuestas, resulta totalmente desproporcionada y perturbadora».

las reformas legales sugeridas, solo cabe seguir solicitando el *indulto* y la correspondiente *suspensión* de la ejecución de la pena²³. Esa es una posible solución, pero, como más adelante se verá, no hay que descartar otras opciones dogmáticamente sostenibles y seguramente más adecuadas desde la perspectiva político-criminal.

2. Consecuencias para la mujer

Como se pone de manifiesto en la *praxis*, con relativa frecuencia es la propia víctima del delito de violencia de género la que acepta o incluso propone reanudar la convivencia con su expareja con el consiguiente quebrantamiento de medidas o penas de alejamiento. La cuestión que se suscita a continuación es cómo proceder ante estos casos, pues castigarla como cooperadora necesaria o inductora puede resultar paradójico porque el alejamiento se impone precisamente para protegerla a ella. No obstante, parte de la doctrina se muestra favorable a hacer responder a la mujer víctima como partícipe del delito de quebrantamiento de condena. Así, por ejemplo, Montaner Fernández, se muestra a favor de castigar tanto a la mujer víctima como al hombre porque parte de que el artículo 468.2 CP, a diferencia del artículo 468.1 CP, es un delito especial de posición y no de deber, con lo que, según ella, rigen las reglas generales de participación y la mujer podría llegar incluso a ser autora²⁴. Sin embargo, el argumento gramatical que emplea para sostener dicha afirmación, basado en que el núm. 2 del artículo 468 no dice «quebrantar en su condena» como hace en el núm. 1, resulta demasiado débil. De hecho, en ambos casos el delito de quebrantamiento de condena responde a un mismo fundamento, ya sea la protección del correcto funcionamiento de la Administración de Justicia, según la doctrina mayoritaria, ya sea garantizar que no se frustren las finalidades de la pena, como sostienen, con mejor criterio, algunos autores²⁵. Y, si bien es cierto que en el núm. 2 se añade la protección de la mujer víctima de malos

²³ Así, JIMÉNEZ DÍAZ, M. J., 2009, p. 419.

²⁴ MONTANER FERNÁNDEZ, R., «El quebrantamiento de penas o medidas de protección a las víctimas de la violencia doméstica», *InDret* 4/2007, pp. 13 s. A favor de la tesis de la participación, también JIMÉNEZ DÍAZ, M. J., 2009, p. 419, si bien admitiendo la operatividad del error de prohibición y, en última instancia, la vía del indulto.

²⁵ Críticamente, sobre la inclusión del quebrantamiento de condena entre los delitos contra la Administración de Justicia por considerar que solo ofrece una fundamentación formal del castigo, CORCOY BIDASOLO, M., «El quebrantamiento de condena. Una propuesta legislativa: la frustración de la pena», *ADPCP*, 1992, p. 119.

tratos, pasando a constituir un delito pluriofensivo, sigue pudiéndose afirmar que el delito se configura en sus dos modalidades como un delito especial de deber, entendiendo por tal aquel en el que la infracción del deber constituye el núcleo de la conducta típica²⁶. Rechazar el castigo de la mujer como partícipe aparece a todas luces como la solución político-criminalmente más adecuada²⁷. Y, además, es dogmáticamente sostenible, siempre que se parta de la tesis de la impunidad del *extraneus* en un auténtico delito especial de deber. En efecto, la norma que prohíbe quebrantar la condena se dirige al condenado y a nadie más. Cumplir la condena es una obligación personal y, del mismo modo, también lo es la infracción de esa obligación. El fundamento del injusto reside precisamente en la infracción de ese deber personal.

En ocasiones la víctima no se limita a consentir el quebrantamiento de penas o medidas por parte del condenado o encausado, sino que es ella misma quien toma la iniciativa de ir al encuentro del autor. ¿Habría que entender que es inductora de un delito de quebrantamiento de condena del que es autor el hombre? Lo primero debe negarse si estamos ante un delito especial de deber. Lo segundo no sería típico porque no es el hombre quien está quebrantando la pena o media, a no ser que se entienda que se produce un quebrantamiento en comisión por omisión, lo que obligaría a afirmar que el hombre se halla en una posición de garante referida al control de una fuente de peligro o a la protección de un bien jurídico, conclusión que no casa con el entendimiento de la mujer como persona libre y responsable. Hacer responder al hombre como autor en estos casos se muestra como una solución poco respetuosa con el principio de culpabilidad, pues acaba haciendo responder por un hecho ajeno²⁸.

²⁶ Sobre la necesidad de mantener la distinción entre delitos de posición y delitos especiales de deber, *vid.* ROBLES PLANAS, R., *La participación en el delito: fundamento y límites*, Madrid (Marcial Pons), 2003, pp. 238 ss.; El mismo, *Garantes y cómplices*, Barcelona (Atelier), 2007, pp. 129 ss.; 69 ss.; ROBLES PLANAS, R., y RIGGI, E., «El extraño artículo 65.3 del Código penal», en Robles Planas, R. (dir.), *La responsabilidad en los «delitos especiales»*, Buenos Aires (B de f), 2014, pp. 69 ss.; ROBLES PLANAS, R. «VII Réplica», 2014, pp. 353 s.

²⁷ En esta línea, la interpretación que hace la FGE, «Guía de actuación con perspectiva de género en la investigación y enjuiciamiento de los delitos de violencia de género», 2020, p. 36, cuando afirma que la participación de la mujer «ha de llevarse al plano de la modulación de la responsabilidad del autor y no a una responsabilidad penal de la mujer protegida». De otra opinión, DÍEZ RIPOLLÉS J. L.; CEREZO DOMÍNGUEZ, A. I., y BENÍTEZ JIMÉNEZ, M. J., 2017, p. 284, para quienes la tesis de que no cabe participación punible «es bastante discutible en términos técnico-jurídicos, al menos por lo que se refiere al delito de quebrantamiento de la pena». Y añaden que «es fácil intuir que estamos ante un medio de desactivar una consecuencia indeseada a la que conduce una interpretación estricta de lo que es la participación».

²⁸ Sobre el principio de culpabilidad como límite al *ius puniendi* del Estado, *vid.* MIR PUIG, S., *Derecho penal, Parte General*, 10.ª ed., Barcelona (Reppertor), 2016, 4/64, pp. 134 s. Con buen criterio la SAP

3. Vías de solución propuestas por la jurisprudencia para determinar el castigo del hombre

Tal como se ha visto en el apartado anterior, la jurisprudencia se acoge de forma mayoritaria al Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 25-01-08, para interpretar que hay que negar toda eficacia al consentimiento de la víctima²⁹. Se parte de la premisa de que el quebrantamiento no tiene un sujeto pasivo particular y de que el bien jurídico lesionado es la falta de acatamiento a una resolución judicial³⁰. No obstante, en algunas sentencias se procede a rebajar (o incluso a excluir) la responsabilidad del quebrantador recurriendo a distintas figuras dogmáticas, intentando hallar una salida político-criminalmente satisfactoria. Las soluciones van desde la atenuación de la pena vía error de prohibición o circunstancias atenuantes genéricas (principalmente, la analógica), hasta la exclusión de la pena por apreciar un error de tipo o por admitir la concurrencia de una causa de justificación³¹. Llama la atención la diversidad de propuestas dirigidas en mayor o menor medida a modular la responsabilidad del quebrantador cuando cuenta con el consentimiento de la víctima. Todas ellas dan cuenta de la rigidez del sistema penal en este punto y, en particular, de la aplicación excesivamente formalista del precepto por parte de la jurisprudencia. Sin embargo, la mayoría de esas propuestas no atienden al fundamento de la agravación de la pena, sino que se orientan hacia las circunstancias personales que afectan a la responsabilidad individual del sujeto.

Madrid 6.^a, 269/2014, 6-05, señala que «la prohibición judicial de aproximación y comunicación con una persona impide al sometido a tal prohibición, según el artículo 48 del Código Penal, que se acerque a dicha persona y que establezca comunicación con ella, pero no le obliga a huir en caso de que la persona para cuya protección se dictó la prohibición de aproximación y comunicación decida por su propia iniciativa acercarse y comunicarse en tal acercamiento con el sometido a la prohibición». *Vid.*, también, STS 803/2015, 9-12; SAP Madrid 7.^a, 207/2013, 11-03. De otra opinión, FARALDO CABANA, P., 2009, pp. 197 s., para quien «con independencia de quién haya tomado la iniciativa, si no se aleja del lugar o interrumpe la comunicación a mi juicio comete delito de quebrantamiento de condena, sin que pueda excusarse en el comportamiento de la otra persona, a la cual, hay que recordarlo, no se ha impuesto ninguna prohibición».

²⁹ *Vid.* SSTS 803/2015, 9-12; 110/2012, 21-12; STS 1348/2011, 14-12; SSAP Madrid 27.^a, 164/2014, 17-02; Madrid 7.^a, 130/2013, 11-02; Madrid 27.^a, 81/2020, 6-02.

³⁰ Así, recientemente, STS 140/2020, 12-05. La STS del Pleno 567/2020, 30-10, añade que no constituye elemento del tipo penal del delito de quebrantamiento la exigencia de requerimiento previo ni apercibimiento de incurrir en responsabilidad penal, ni tampoco una comunicación que indique el comienzo de la efectividad de la medida.

³¹ *Vid.* SAP Salamanca 6/2013, 25-01 (error de prohibición vencible); SAP de Islas Baleares 1.^a, 283/2017, 13-12 (error de prohibición vencible); STS 748/2018, 14-02 (error de tipo invencible); SAP Las Palmas 1.^a, 276/2015 (estado de necesidad putativo); SAP Madrid 17.^a, 228/2010, 01-03 (atenuante analógica de provocación o consentimiento del incumplimiento del alejamiento por parte de la víctima como muy cualificada); SAP Madrid 17.^a, 65/2012, 13-01 (atenuante analógica de provocación o consentimiento); SAP Sevilla 4.^a, 38/2015, 02-02 (atenuante analógica atenuante analógica de provocación o consentimiento); STS 661/2020, 3-12 (atenuante de reparación del daño); STS 667/2019, 14-01 (individualización de la pena).

V. CRÍTICA Y REFLEXIÓN FINAL

La tesis de la irrelevancia del consentimiento de la mujer a favor de la que se dicta la prohibición de aproximación resulta, por diversos motivos, inaceptable³². En primer lugar, la mujer que solicita una medida de alejamiento no renuncia a la posibilidad de una reanudación de la convivencia (libre desarrollo de la personalidad). En segundo lugar, el juez debería valorar en el caso concreto si el consentimiento se ha prestado en condiciones que permitan afirmar su validez. En tercer lugar, si el consentimiento es válido, no hay razón material para mantener la medida cautelar y, por ende, para condenar por quebrantamiento, al menos en cuanto a la medida cautelar. Es cierto que subsiste una desobediencia a una orden judicial, pero esta no debería pasar de ser calificada de leve, con lo que, desde la reforma de 2015, quedaría impune³³. Lo dicho en relación con la medida no sería extensible a los casos de quebrantamiento de pena, porque esta tiene una naturaleza distinta. Sin embargo, ahí se podría dejar abierta la puerta a una sanción menos aflictiva (en ningún caso de prisión). La razón que vendría a explicar esta solución es que el *plus* de pena que supone la prisión respecto al 468.1CP responde a un injusto mayor representado por la puesta en peligro de la integridad e indemnidad de la mujer³⁴. En el caso en que ella consienta (válidamente) esa situación objetiva de riesgo se convierte en una autopuesta en peligro, con lo que el injusto se ve atenuado y decae la necesidad de aplicar la pena de prisión. Lo correcto sería entonces aplicar el n.º 1 del 468 CP. En cualquier caso, si se decide mantener la pena de prisión, ésta debería ser suspendida a condición de que el autor participe en programas de igualdad de trato y no discriminación (art. 83.1.6.º CP).

El hecho de negar toda relevancia al consentimiento de la víctima supone admitir que la estigmatización que toda pena lleva consigo determina aquí el endurecimiento de la respuesta penal ante un injusto que puede no presentar un *plus* de desvalor en el caso concreto. De ahí que quepa pensar que el estigma de maltratador acompaña al sujeto con independencia (al menos en parte) de los concretos actos que realice. De hecho, se atiende más a los riesgos que presuntamente comporta su conducta futura (peligrosidad futura) que al daño social causado por el delito (principio de lesividad). Todo ello sin tener en cuenta quién asume ese riesgo. No parece que el principio de responsabilidad por el hecho quede así suficientemente garantizado.

³² Se muestra partidario de la modulación de la responsabilidad del autor y no a una responsabilidad penal de la mujer protegida, el Dictamen de la Fiscal de Sala de Violencia sobre la Mujer de 7 de febrero de 2020 sobre consecuencias jurídicas para la víctima en los supuestos de consentimiento al quebrantamiento.

³³ Como es sabido, el art. 556.1 CP únicamente recoge la desobediencia grave, dejando las conductas que anteriormente se subsumían en la falta de desobediencia del antiguo artículo 634 CP fuera del CP, pudiendo constituir una mera infracción administrativa.

³⁴ En realidad, entiendo que responde a la lógica de las medidas de seguridad.

¿PROHIBIR EL ENALTECIMIENTO DEL TERRORISMO VULNERA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN?

CARLOS CASTELLVÍ MONSERRAT*

I. INTRODUCCIÓN¹

La STC 35/2020 estimó que la condena de César Strawberry por enaltecimiento del terrorismo no había cumplido con «la exigencia de valoración previa de si la conducta enjuiciada era una legítima manifestación del ejercicio del derecho fundamental a la libertad de expresión». La ausencia de dicha valoración previa comportó «una vulneración de los derechos fundamentales no tomados en consideración». Así, en última instancia, dicha vulneración *por omisión* dio lugar a la anulación de la sentencia condenatoria.

El objetivo de este trabajo es efectuar la valoración previa que omitió la condena anulada. Es decir, valorar si los hechos que motivaron la condena de César Strawberry están amparados por la libertad de expresión. Para ello, en primer lugar, se analizará si dichos hechos quedan incluidos en el ámbito protegido *prima facie* por la libertad de expresión. A continuación, se examinará si, conforme a lo declarado por el TC, las expresiones de Strawberry son lo suficientemente lesivas como para justificar una restricción de dicho ámbito. Finalmente, se extraerán algunas conclusiones generales sobre la relación entre la libertad de expresión y el enaltecimiento del terrorismo. De este modo, se trata-

* Profesor lector, Universitat de Barcelona.

¹ Este trabajo ha sido desarrollado en el marco del Proyecto de investigación «La libertad de expresión desde la teoría del delito» (DER2017-85334-P), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad y dirigido por los Profes. Joan Queralt y Sergi Cardenal.

rá de responder a la pregunta que titula esta contribución al merecido Libro Homenaje a la Dra. Mirentxu Corcoy Bidasolo: ¿prohibir el enaltecimiento del terrorismo vulnera la libertad de expresión?

II. LA FUNDAMENTACIÓN Y LA DELIMITACIÓN DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Los hechos que motivaron la condena de César Strawberry consisten en la publicación de los siguientes *tweets*: «el fascismo sin complejos de Aguirre me hace añorar hasta los GRAPO»; «a Ortega Lara habría que secuestrarle ahora»; «Street Fighter, edición post ETA: Ortega Lara versus Eduardo Medina»; «Franco, Serrano Suñer, Arias Navarro, Fraga, Blas Piñar... si no les das lo que a Carrero Blanco, la longevidad se pone siempre de su lado»; «Cuántos deberían seguir el vuelo de Carrero Blanco».

¿Quedan amparados dichos *tweets* por el ámbito protegido *prima facie* por la libertad de expresión? Pues bien, eso depende de cuál sea el fundamento de la libertad de expresión. Al fin y al cabo, el fundamento de dicha libertad determinará cuál es el contenido que, *a priori*, queda protegido por ella. De este modo, contestando a la pregunta acerca de ¿por qué se protege la libertad de expresión?, podrá resolverse la cuestión de ¿qué protege la libertad de expresión? Esto último determinará si los *tweets* transcritos –y, en general, las conductas de enaltecimiento del terrorismo– pueden incluirse dentro del ámbito protegido *prima facie* por la libertad de expresión.

1. El fundamento individual

El primero de los posibles fundamentos de la libertad de expresión está vinculado a la autonomía individual². De acuerdo con él, el reconocimiento de la libertad de expresión surge de la importancia que tiene para cualquier individuo expresarse. Al fin y al cabo, la expresión tiene un valor intrínseco para el desarrollo y la realización de las personas. Desde esta perspectiva, la protección de dicho valor sería, precisamente, lo que fundamentaría la libertad de expresión.

Resulta evidente que, con este fundamento, el ámbito protegido *prima facie* por la libertad de expresión sería amplísimo: abarcaría cualquier forma

² RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *Libertad de expresión, discurso extremo y delito*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2012, p. 107.

de expresión. A estos efectos, el contenido de dicha expresión sería, en todo caso, irrelevante. La expresión en cuestión siempre constituiría una manifestación de la autonomía del individuo y, por ello, siempre tendría ese valor intrínseco que fundamenta su protección. En consecuencia, toda expresión estaría, *a priori*, protegida por la libertad de expresión: desde un exabrupto privado hasta el mejor de los discursos políticos.

Al delimitar de este modo el ámbito protegido *prima facie* por la libertad de expresión, indudablemente, los *tweets* de Strawberry quedarían incluidos en él. En tanto que dichos *tweets* constituyen una manifestación de su autonomía individual, la publicación de los mismos quedaría, *a priori*, protegida por la libertad de expresión.

2. El fundamento democrático

El segundo fundamento de la libertad de expresión no se vincula con la autonomía individual, sino con la política³. De acuerdo con este fundamento, el reconocimiento de la libertad de expresión surge de su importancia para la democracia. Esto es, de su importancia para la adopción de decisiones públicas. La relación entre lo uno y lo otro es simple: la posibilidad de debatir sobre asuntos públicos constituye un presupuesto para tomar decisiones políticas legítimas. Sin debate público no hay democracia. Por ello, desde esta perspectiva, la libertad de expresión tendría un valor instrumental para los procesos democráticos y, en definitiva, para «la formación de una opinión pública libre»⁴.

De acuerdo con este fundamento, ¿qué ámbito protege *prima facie* la libertad de expresión? Pues bien, obviamente, dicho ámbito es más reducido que el derivado del fundamento anterior: en lugar de abarcar cualquier clase de expresión, abarca únicamente las expresiones políticas. Esto es, las expresiones que guardan relación con asuntos públicos. De este modo, el contenido de las expresiones sí resulta relevante: su carácter público determinaría su protección *prima facie* por la libertad de expresión y, en cambio, su carácter privado comportaría su desprotección. Así, por ejemplo, la opinión que un vecino tenga sobre otro no estaría protegida por la libertad de expresión, pues la formulación de esta clase de opiniones no contribuye en modo alguno al debate público. Por el contrario, esa misma opinión sí quedará protegida *prima facie* por la libertad de expresión si, en lugar de referirse al vecino, atañe al presidente

³ ALCÁCER GUIRAO, R., *La libertad del odio*, Madrid (Marcial Pons), 2020, pp. 128 ss.

⁴ STC 112/2016.

del gobierno. En tanto que las opiniones sobre un personaje público sí contribuyen al debate político, su formulación quedaría, *a priori*, protegida por la libertad de expresión.

En este punto, conviene realizar dos aclaraciones. La primera: el hecho de que una opinión esté protegida *prima facie* por la libertad de expresión no prejuzga su licitud. En este sentido, una opinión amparada *a priori* por la libertad de expresión puede ser ilícita (e, incluso, delictiva). Así, por ejemplo, la formulación de una opinión muy ofensiva contra el presidente del gobierno (o contra otro personaje público) puede quedar cubierta por el contenido *prima facie* de la libertad de expresión –debido a su carácter público– y, simultáneamente, constituir un delito. Y al revés: el hecho de que una opinión quede fuera del ámbito protegido por la libertad de expresión no presupone su ilicitud⁵. Al fin y al cabo, una opinión que no esté protegida por la libertad de expresión puede ser perfectamente lícita. Por ejemplo, la opinión que un vecino tenga sobre otro puede ser ajena al ámbito protegido por la libertad de expresión –debido a su carácter privado– y, a pesar de ello, no ser delictiva. A fin de cuentas, dicha opinión puede ser muy poco ofensiva, neutra o, incluso, positiva.

¿Qué relevancia tiene entonces el ámbito protegido *prima facie* por la libertad de expresión? Pues bien, la principal consecuencia de incluir una expresión en dicho ámbito es que su prohibición requerirá mayor justificación. Esto es, mayor lesividad. De esta forma, el umbral de ofensividad necesario para prohibir una opinión será más elevado cuando afecte al contenido protegido *prima facie* por la libertad de expresión (y más reducido cuando no incida en dicho contenido). Así, en última instancia, una opinión igualmente lesiva podrá ser, a la vez, lícita en un caso –si atañe al presidente del gobierno– e ilícita en otro –si va dirigida contra un vecino–. Después de todo, en el primer caso, los beneficios de prohibir dicha expresión deberán compensar el sacrificio que supone limitar un derecho fundamental. En cambio, en el segundo, lo sacrificado será, únicamente, un principio general de libertad (cuyo contenido, en realidad, queda afectado por cualquier prohibición).

Una segunda aclaración: fundamentar la libertad de expresión en su valor instrumental para la democracia no implica reducir su contenido a las expresiones que, en sí mismas, resulten valiosas para la opinión pública. Es decir, a las expresiones inteligentes, razonables, constructivas, etc. De lo contrario, una gran cantidad de opiniones políticas podrían quedar excluidas del ámbito protegido por la libertad de expresión, pues alguien podría considerar que su contenido no es valioso para la opinión pública. Esto, sin embargo, no

⁵ ALCÁCER GUIRAO, R., 2020, p. 213.

debería ser así. Lo valioso para la formación de una opinión pública «libre» es, precisamente, que cualquiera pueda expresarse sobre asuntos de naturaleza pública (con independencia de lo inteligente, razonable o constructiva que sea su opinión). En este sentido, el fundamento democrático no delimita el contenido de la libertad de expresión a partir del valor que tenga una opinión política en concreto, sino a partir del valor que tienen, en general, las opiniones políticas. Precisamente por ello, el ámbito protegido *prima facie* por la libertad de expresión se delimita, simplemente, mediante el carácter «público» o «político» de una expresión (y no mediante la utilidad de dicha expresión para lo «público» o lo «político»).

Una vez aclarado esto último, resta ahora por contestar a la pregunta de si, con este fundamento, los *tweets* de Strawberry quedan incluidos dentro del ámbito protegido *prima facie* por la libertad de expresión. Pues bien, teniendo en cuenta que dichos *tweets* enaltecen el terrorismo y que, por definición, el terrorismo persigue una finalidad política⁶, una vez más, la respuesta debe ser afirmativa. A fin de cuentas, toda expresión que enaltezca el terrorismo tiene, en alguna medida, «carácter político». En consecuencia, aunque los *tweets* en cuestión no resulten valiosos para la opinión pública, sus connotaciones políticas determinan que, *a priori*, queden protegidos por la libertad de expresión.

3. El fundamento militante

El tercer fundamento de la libertad de expresión también se vincula con la democracia. Sin embargo, no se vincula con cualquier democracia, sino, únicamente, con una democracia que respete determinados valores. Esto es, en definitiva, con una democracia militante. Así, de acuerdo con este fundamento, el reconocimiento de la libertad de expresión surgiría de su importancia para la adopción de algunas de decisiones públicas (las que pueden tomarse legítimamente en esa democracia), pero no de otras. De este modo, la libertad de expresión tendría un valor instrumental para la democracia militante en cuestión⁷.

Con este fundamento, el ámbito protegido *prima facie* por la libertad de expresión sería, de nuevo, más reducido que el derivado del fundamento ante-

⁶ CANCIO MELIÁ, M., y DÍAZ LÓPEZ, J. A., ¿Discurso de odio y/o discurso terrorista?, Navarra (Aranzadi), 2019, p. 139.

⁷ Esta es la fundamentación que, implícitamente, acoge el TEDH cuando aplica la cláusula de abuso de derecho (art. 17 CEDH) y, de este modo, niega la protección *prima facie* de la libertad de expresión a determinados discursos contrarios a los valores democráticos. Así, ALCÁCER GUIRAO, R., 2020, p. 158.

rior: en lugar de abarcar cualquier clase de expresión política, abarcaría solamente expresiones políticas compatibles con determinados valores. Así, por ejemplo, si uno de esos valores es la igualdad, una opinión política que negara el derecho a voto de las mujeres, simplemente, no quedaría amparada por la libertad de expresión (lo cual, como ya se ha visto, no prejuzgaría la prohibición de dicha opinión). En todo caso, la concreta delimitación de las expresiones políticas amparadas *prima facie* por la libertad de expresión dependería de los valores que, en esa democracia, resulten incuestionables. Es decir, dependería del conjunto de decisiones políticas que puedan tomarse legítimamente.

Adviértase que esta última delimitación abriría la puerta a que, directamente, los *tweets* de Strawberry no queden incluidos en el ámbito protegido *prima facie* por la libertad de expresión. El motivo es simple: si se considera que dichos *tweets* se oponen a determinados valores –como la dignidad de las personas– o, incluso, que persiguen una finalidad política «anticonstitucional» –como implantar la «dictadura del proletariado»–, inmediatamente, podría negarse su compatibilidad con la democracia y, de este modo, quedar excluidos del ámbito protegido por la libertad de expresión (pues permitir la formulación de opiniones políticas antidemocráticas carece de valor instrumental para una democracia militante). En cualquier caso, la inclusión o exclusión de los *tweets* mencionados en el contenido amparado *prima facie* por la libertad de expresión dependería, obviamente, de qué valores resulten incuestionables en la democracia (militante) en cuestión.

4. El fundamento del Tribunal Constitucional y la delimitación negativa del discurso del odio

Una vez expuestos los tres posibles fundamentos de la libertad de expresión (así como sus respectivos ámbitos de protección), resta ahora por averiguar cuál es el escogido por el TC. De este modo, podrá determinarse qué ámbito queda protegido *prima facie* por la libertad de expresión y, de paso, si los *tweets* de Strawberry quedan incluidos en él.

Pues bien, en primer lugar, debe señalarse que el TC, en sus sentencias, hace alguna mención aislada al fundamento individual de la libertad de expresión⁸. No obstante, las (escasas) menciones del fundamento individual siempre van acompañadas de referencias, mucho más extensas, al fundamento democrático. En este sentido, pueden traerse a colación sus repetidas alusiones a

⁸ STC 65/2015.

«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»⁹. Así pues, para el TC, la libertad de expresión no se fundamenta (solo) en la autonomía individual, sino (también) en su valor instrumental para «la formación de una opinión pública libre»¹⁰.

En todo caso, el TC rechaza abiertamente el fundamento militante de la libertad de expresión. Dicho rechazo resulta plenamente coherente con sus repetidas afirmaciones de que «en nuestro sistema no tiene cabida un modelo de democracia militante, esto es, un modelo en el que se imponga, no ya el respeto, sino la adhesión positiva al ordenamiento y, en primer lugar, a la Constitución»¹¹. Partiendo de esta premisa, la conclusión es obligada: el fundamento militante de la libertad de expresión no tiene cabida en una democracia que se considera «no militante».

Es cierto que, aparentemente, esto último entra en contradicción con algunas declaraciones realizadas por nuestra jurisprudencia. Así, por ejemplo, la afirmación de que «el discurso de odio opera como criterio de delimitación negativa del derecho fundamental a la libertad de expresión»¹². En efecto, el denominado «discurso del odio» solo podría delimitar negativamente el ámbito protegido *prima facie* por la libertad de expresión si, tal y como se acaba de descartar, el fundamento de dicha libertad fuera el militante. Al fin y al cabo, solo con dicho fundamento podría sostenerse que, a pesar de tener carácter político, el discurso del odio está excluido del ámbito protegido *prima facie* por la libertad de expresión.

¿Cómo puede resolverse esta contradicción entre el fundamento (democrático) de la libertad de expresión y su delimitación (negativa) mediante el discurso del odio? Pues bien, en mi opinión, dicha contradicción desaparece cuando se advierte que, en realidad, la jurisprudencia no está empleando el discurso del odio para delimitar (negativamente) el ámbito protegido *prima facie* por la libertad de expresión, sino para delimitar (positivamente) el ámbito de restricciones legítimas a la libertad de expresión. En otras palabras, la jurisprudencia no está afirmando que el discurso del odio queda excluido del ámbito protegido *prima facie* por la libertad de expresión, sino más bien que, cuando concurre dicho discurso, el ámbito protegido *prima facie* por la libertad de expresión puede restringirse legítimamente. En este sentido, cuando la jurisprudencia

⁹ STC 177/2015.

¹⁰ STC 112/2016.

¹¹ STC 235/2007.

¹² STS 645/2021, de 16 de julio.

dencia afirma que «el discurso del odio no está protegido por la libertad de expresión»¹³, realmente, no está determinando qué contenido tiene *a priori* la libertad de expresión –cuestión que depende únicamente de su fundamento–, sino cómo debe resolverse el conflicto entre dicha libertad y determinados intereses colectivos: priorizando los intereses colectivos cuando una expresión pueda calificarse como «discurso del odio».

Así pues, no resulta problemático afirmar que, de acuerdo con nuestra jurisprudencia constitucional, la libertad de expresión descansa sobre el fundamento democrático. En consecuencia, su ámbito protegido *prima facie* deberá abarcar cualquier expresión que, de un modo u otro, pueda ser calificada como «política». Teniendo en cuenta que, en general, el enaltecimiento del terrorismo tiene carácter político, los *tweets* de César Strawberry quedarán incluidos dentro dicho ámbito. De esta forma, su prohibición (penal) constituirá una *restricción* de la libertad de expresión. Esto, sin embargo, no prejuzga su legitimidad. Precisamente, a continuación, se tratará de determinar si dicha restricción está justificada y, por tanto, constituye (o no) una auténtica vulneración de la libertad de expresión.

III. LA RESTRICCIÓN DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y SU JUSTIFICACIÓN

¿Cuándo resulta legítimo restringir la libertad de expresión? Pues bien, de acuerdo con el TC, la restricción de la libertad de expresión que comporta prohibir el enaltecimiento de delitos «con algún contenido político» –desde el terrorismo hasta el genocidio– solamente estará justificada cuando dicho enaltecimiento pueda calificarse como «discurso del odio». Así, la delimitación de este concepto será, en realidad, la delimitación de las restricciones de la libertad de expresión que están justificadas. ¿Y cuándo el enaltecimiento de un delito será una manifestación del discurso del odio? La respuesta, según el TC, es la siguiente: *cuando propicie o aliente, aunque sea de forma indirecta, una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades*¹⁴. Esto fue, precisamente, lo que declaró la STC 235/2007 a propósito del delito de justificación del holocausto. Teniendo en cuenta las similitudes entre dicho delito y el enaltecimiento del terrorismo –pues ambos consisten en justificar o enaltecer un crimen–, el TC ha sostenido que el delito de enalteci-

¹³ STS 106/2015, de 19 de febrero.

¹⁴ STC 112/2016.

miento del terrorismo también deberá requerir ese peligro para, de este modo, ser considerado como discurso del odio y, así, constituir una *restricción justificada* de la libertad de expresión. En consecuencia, la prohibición del enaltecimiento del terrorismo –en tanto que restricción de la libertad de expresión– solo será legítima cuando requiera «una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades»¹⁵.

De acuerdo con esta exigencia, parece evidente que la condena de César Strawberry vulneró (no solo por omisión) su libertad de expresión. Al fin y al cabo, sus *tweets* carecen de cualquier capacidad para incitar, aunque sea de forma indirecta, a la comisión de los delitos de terrorismo. En este sentido, aunque el peligro que exige TC está definido de forma muy difusa, el enaltecimiento de grupos terroristas que desde hace años ya no están en activo –como los GRAPO o ETA–, claramente, no provoca «una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades»¹⁶. En consecuencia, dicho enaltecimiento no constituye una manifestación del discurso del odio y, precisamente por ello, la restricción de la libertad de expresión que supone su prohibición no está justificada.

IV. ¿PROHIBIR EL ENALTECIMIENTO DEL TERRORISMO VULNERA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN?

Prohibir el enaltecimiento del terrorismo restringe la libertad de expresión. Al fin y al cabo, el ámbito protegido *prima facie* por dicha libertad abarca cualquier expresión política y, por definición, el enaltecimiento del terrorismo tiene carácter político. En consecuencia, de acuerdo con el TC, la prohibición del enaltecimiento del terrorismo solo será legítima cuando constituya una manifestación del discurso del odio. Es decir, cuando provoque «una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades»¹⁷. En el resto de casos, la prohibición del enaltecimiento del terrorismo vulnerará la libertad de expresión.

¿Qué diferencia existe entre afirmar esto último e imponer una determinada interpretación (restrictiva) del artículo 578 CP? Pues bien, a nivel material, no existe ninguna diferencia. En este sentido, considerar ilegítima la prohibición del terrorismo «no peligroso» equivale a interpretar el tipo del artículo 578

¹⁵ STC 35/2020.

¹⁶ Así, GALÁN MUÑOZ, A., «El delito de enaltecimiento terrorista», *EPC*, núm. 38, 2018, p. 297.

¹⁷ STC 35/2020.

CP de forma que exija «peligrosidad». En realidad, la única diferencia entre lo uno y lo otro es que, teóricamente, el TC solo puede hacer lo primero¹⁸. En efecto, el TC no es un tribunal de «supercasación» y, por tanto, no puede abordar aspectos de legalidad ordinaria referidos a la interpretación (restrictiva o no) de un concreto tipo penal. O, al menos, no puede abordar dichos aspectos cuando, mediante la prohibición del tipo penal, solamente se restringe un principio general de libertad (por ejemplo, cuando se prohíbe matar, robar, violar, etc.). No obstante, cuando el tipo penal en cuestión prohíbe una conducta que, en todo caso, queda amparada por el contenido *prima facie* de un derecho fundamental –cosa que no ocurre con cualquier prohibición¹⁹– la función del TC es, *de facto*, la propia de un tribunal de «supercasación». Al fin y al cabo, la delimitación (negativa) de las interpretaciones que vulneran el derecho fundamental en cuestión –por restringir injustificadamente su contenido *prima facie*– equivale a la interpretación (positiva) del tipo penal. Precisamente, esto es lo que sucede con todos aquellos tipos penales que, necesariamente, presuponen una restricción de la libertad de expresión. Es decir, con todos aquellos tipos penales cuya realización requiere una expresión «política». Esto podría predicarse, por ejemplo, del tipo de injurias al Rey (aunque no del tipo general de injurias, pues estas no siempre serán «políticas»). Y, por supuesto, esto es lo que ocurre con el delito de enaltecimiento del terrorismo.

Es posible que, en esta clase de tipos penales –que prohíben íntegramente conductas amparadas *prima facie* por la libertad de expresión–, el TC no deba imponer su interpretación admitiendo recursos de amparo, sino mediante una (auto)cuestión de inconstitucionalidad. Es decir, mediante una sentencia interpretativa (como la que dictó, en su día, sobre la justificación del holocausto). Después de todo, en estos casos, el TC estaría determinando cuál es la única forma constitucional de interpretar el tipo en cuestión (cosa que no ocurriría, por ejemplo, en el caso de las injurias, pues la posibilidad de que estas no sean

¹⁸ STC 112/2016.

¹⁹ GARCÍA AMADO, J. A., «Sobre la sentencia del TC 35/2020 en el conocido como caso Strawberry», *Almacén de Derecho*, 2020, sugiere lo contrario al indicar que «resulta muy difícil pensar un delito en el que la conducta del actor no tenga algún encaje como ejercicio de algún derecho fundamental, y más allá de que toda conducta puede verse como plasmación del derecho general de libertad del artículo 17 de la Constitución. El que allana la morada de otro ejerce su libertad ambulatoria». No obstante, el derecho fundamental reconocido en el artículo 17 CE no abarca cualquier manifestación de la libertad individual (ambulatoria o no). En este sentido, el TC ha indicado que el ámbito protegido por dicho precepto es mucho más reducido: «la libertad personal protegida por este precepto es la «libertad física», la libertad frente a la detención, condena o internamientos arbitrarios, sin que pueda cobijarse en el mismo una libertad general de actuación o una libertad general de autodeterminación individual, pues esta clase de libertad, que es un valor superior del ordenamiento jurídico –art. 1.1 de la Constitución–, sólo tiene la protección del recurso de amparo en aquellas concretas manifestaciones a las que la Constitución les concede la categoría de derechos fundamentales» (STC 120/1999).

«políticas» impediría que el TC se pronunciara sobre la interpretación general del tipo). De todos modos, aunque no se opte por la vía de la (auto)cuestión de inconstitucionalidad, parece oportuno que, en supuestos como el de Strawberry, el TC se pronuncie sobre el fondo del asunto. Es decir, que no aprecie una vulneración de la libertad de expresión «omisiva», sino «activa». Al fin y al cabo, resulta sencillo apreciar que los *tweets* de dicho autor no constituyen una manifestación del discurso del odio. Esto es, que no generan «una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades»²⁰. Por ello, en lugar de reprochar al tribunal sentenciador la ausencia de un examen previo sobre si los *tweets* enjuiciados están amparados (o no) por la libertad de expresión, el TC podría haber afirmado directamente que, debido a su carácter «político» y a su falta de «peligrosidad», los *tweets* enjuiciados están amparados por la libertad de expresión²¹.

²⁰ STC 35/2020.

²¹ LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., «Los límites de la libertad de expresión: cinco tesis», *Almacén de Derecho*, 2021, sostiene lo contrario al afirmar que, en esta clase de casos, el TC debería «limitarse a analizar si el acto de los poderes públicos, la sentencia recurrida, se ajustó a los cánones constitucionales: si hubo una ponderación de que concurría una expresión, que la misma era política (de interés público) y (...) si concurría una incitación siquiera indirecta a la violencia». Sin embargo, creo que los cánones constitucionales (tal y como han sido expuestos) no obligan a ponderar la «peligrosidad» del enaltecimiento, sino que, más bien, obligan a considerar ilegítima la prohibición del enaltecimiento cuando no concurre dicha «peligrosidad». En este sentido, la ponderación entre la libertad de expresión y los intereses colectivos correspondientes es, precisamente, lo que subyace a la obligación de considerar ilegítimo el enaltecimiento «no peligroso». Por ello, me parece que, si la sentencia condenatoria no ha dado por acreditada la peligrosidad en cuestión, el TC podría afirmar directamente que dicha condena ha vulnerado, de forma activa, la libertad de expresión del recurrente.

LA PROTECCIÓN PENAL DEL BOSQUE

JOSÉ LUIS DE LA CUESTA ARZAMENDI*

I. PRELIMINAR

La búsqueda en el texto del CP vigente en torno al término «bosque» resulta bien frustrante para cuantos consideramos que (todos) los bosques merecen ser reconocidos y protegidos al mayor nivel en una sociedad como la presente caracterizada por una «elevada industrialización» y un «sistema de vida» que tantos «efectos negativos» generan para el medio ambiente¹ por su propia individualidad y por su relevancia ecológica, así como por su valor económico, paisajístico, cultural...

El artículo 357 es el único precepto del CP actual que recoge los términos «arbolado» y «bosques»; centrado en el incendio de bienes propios, se ocupa de establecer las circunstancias que limitan penalmente la soberanía característica del derecho de propiedad, entre las que se cuenta –junto al propósito de defraudar o perjudicar a terceros (o la causación de defraudación o perjuicio)– el peligro de propagación a edificio, arbolado o plantío ajeno o el hecho de perjudicar «gravemente las condiciones de la vida silvestre, los bosques o los espacios naturales». Tampoco se encuentran referencias a los bos-

* Catedrático de Derecho Penal. Director del Instituto Vasco de Criminología (UPV/EHU). Presidente honorario de la Asociación Internacional de Derecho Penal (AIDP). Grupo Consolidado de investigación GICCAS (Gobierno Vasco IT 1372-19).

¹ CORCOY BIDASOLO, M., «Los delitos relativos a la ordenación del territorio y el medio ambiente: una perspectiva criminológica», en Corcoy Bidasolo, M., y Ruidíaz García, C. (coords.), *Problemas criminológicos en las sociedades complejas*, Pamplona (Universidad Pública de Navarra), 2000, p. 56.

ques en la legislación penal especial, sede en no pocos ejemplos del Derecho comparado² de la protección penal de la flora y la fauna.

El CP de 1995 no sigue en este punto a los textos anteriores, los cuales también aludían a «los bosques» en otros pasajes. En particular, y en relación con los delitos contra el ambiente, la reforma de 1983 incluyó a los «bosques» en el artículo 347 bis (delito ecológico), al lado de las «condiciones de la vida animal, [...] espacios naturales o plantaciones útiles», y lo mismo hizo el artículo 323 de PLOCP 1980, que prefería hablar de «personas», «animales», «bosques o plantaciones útiles». «Bosques, espacios naturales o plantaciones útiles» eran igualmente mencionados por el artículo 310.1 (entre los «delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente», capt. II, tít. XII, L. II) de la Propuesta de Anteproyecto del Nuevo CP de 1983.

El repaso del CP vigente pone de manifiesto la preferencia de su articulado por los términos «plantas», «masas forestales» o «montes».

«Causar o poder causar daños sustanciales [...] a animales o plantas» se incluye, en los «delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente», como exigencia alternativa tanto para las conductas de contaminación ambiental (art. 325.1), como en materia de residuos (art. 326.1) y para el delito de explotación irregular de instalaciones peligrosas (art. 326 bis). También en los «delitos relativos a la energía nuclear y a las radiaciones ionizantes» se requiere la puesta en peligro, entre otros, de «animales o plantas» (art. 343.1) o el que los comportamientos incriminados «causen o puedan causar [...] daños sustanciales [...] a animales o plantas» (art. 345.1)³.

Por su parte, la alusión a «montes o masas forestales» es la seguida por el legislador en los delitos de incendios forestales (arts. 352 y 354).

Que los términos «plantas», «montes» o «masas forestales» se encuentran relacionados con los bosques es algo que no suscita dudas.

Conforme al Diccionario de la Real Academia, la primera acepción del término «árbol» identifica a este con toda «planta perenne, de tronco leñoso y elevado, que se ramifica a cierta altura del suelo», de aquí que no quepa sostener que los artículos 325.1, 326.1, 326 bis, 343.1 y 345.1 se olviden de los árboles.

² HAVA GARCÍA, E., *Protección jurídica de la Fauna y la Flora en España*, Madrid (Trotta), 2000, pp. 128 ss.

³ La opción por las «plantas» es también la de los textos europeos en materia de protección penal del ambiente. Así lo hacen tanto la renombrada Resolución (77)28 del Consejo de Europa, sobre la Contribución del Derecho penal a la protección del medio ambiente, y el Convenio núm. 172 de 1998 del Consejo de Europa sobre la protección del medio ambiente por el derecho penal, como, en la Unión Europea, la Decisión marco 2003/80/JAI (derogada en su momento por STJUE de 13 de septiembre de 2005 (caso C-176/03) como consecuencia del conflicto institucional) y la Directiva 2008/99/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal (DOUE-L-2008-82440).

Ahora bien, los bosques no son simplemente una acumulación de plantas o árboles. En la actualidad, cuando hablamos de bosque se piensa, por lo común, no solo en un «sitio poblado de árboles y matas» (Diccionario de la RAE)—, sino en mucho más: unos ecosistemas específicos integrados por formaciones forestales (árboles y sotobosque) de cierta densidad y extensión⁴ y caracterizados también por su alta biomasa, por constituir el hábitat de muchos organismos biológicos y especies animales, y por cumplir funciones centrales en la naturaleza, entre las que, además del conocido efecto sumidero⁵ y su contribución a la regulación de la temperatura ambiental, destaca la de modulación de los flujos hidrológicos y conservadores del suelo. Todo esto no queda cubierto a través de la simple mención de las «plantas» que los delitos relativos a los recursos naturales y medio ambiente contienen.

Más apropiadas se presentan, por ello, y desde esta perspectiva, las referencias a «masas forestales» de los delitos de incendios forestales, pues —si bien conviene advertir que, conforme al Diccionario, el adjetivo «forestal» no solo remite a lo «perteneciente o relativo a los bosques», sino también «a los aprovechamientos de leñas, pastos, etc.»— el significado de «masa forestal» apunta a un «conjunto de árboles en pie que ocupan una determinada área forestal».

En cuanto al término «monte», muy extendido en la legislación administrativa (como el de masa y/o biomasa forestales), nuclearmente el concepto de monte integra sin duda al «terreno forestal arbolado»⁶. Ahora bien, el concepto ampliado del artículo 5.1 II de la Ley de Montes, va mucho más allá y lo extiende a otras realidades que nada tienen que ver con el bosque. Quedan, además, fuera del concepto de monte (art. 5.2), entre otros, los «terrenos urbanos», lo que no deja de suscitar la cuestión de los bosques urbanos...

II. PROTECCIÓN DEL BOSQUE EN EL CP VIGENTE

Como se desprende de lo anterior, la falta de alusión explícita a los bosques, fuera del artículo 357 CP, no supone ausencia de toda protección penal.

⁴ REYNA ALFARO, L. M., «La Protección Penal de los Recursos Forestales», *Derecho & Sociedad*, núm. 39, 2012, p. 113.

⁵ «Cualquier proceso, actividad o mecanismo que absorbe un gas de efecto invernadero, un aerosol o un precursor de un gas de efecto invernadero de la atmósfera» (art. 1.8 de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático, adoptada en Nueva York el 9 mayo 1992 y que entrara en vigor en 1994); se trata, en todo caso, al parecer, de un proceso más propio de los bosques alterados y jóvenes, que de los bosques maduros (los cuales vienen a ser reservorios estables en el ciclo global del carbono). <https://es.wikipedia.org/wiki/Bosque>.

⁶ BOBES SÁNCHEZ, M. J., «capítulo XV. Régimen jurídico de los montes», en González García, J. V. (dir.), *Derecho de los bienes públicos*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2015, p. 1110.

Elementos patrimoniales, los bosques disfrutan, obviamente, de la protección que corresponde a éstos; y, de ser bienes públicos, resultan amparados por las normas penales protectoras del patrimonio público⁷.

Por su parte, y desde el prisma de la biodiversidad y función medioambiental, a través de los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente, la flora y la fauna y los delitos de incendio, se instrumenta otra línea de protección, aunque de manera más bien indirecta y, en todo caso, incompleta.

Las referencias a «montes» y «masas forestales», contenidas en los *Delitos de incendios forestales* (arts. 352-355), permiten dar por protegidos a los bosques frente a los daños causados por el fuego, si bien quedan naturalmente fuera de este marco los que no tengan ese origen.

Los *Delitos contra la fauna y la flora* tipifican la tala (art. 332), pero solo la de especies protegidas de flora silvestre. En todo caso, lo dispuesto en los artículos 332.1 II y 334.1 II⁸ suministra una vía adicional de protección no pocas veces desapercibida: el bosque será con frecuencia el hábitat de las especies protegidas, cuya eliminación, destrucción o alteración grave castigan.

En los *Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente* (arts. 325 ss.), la figura de contaminación, tradicionalmente de peligro, integra a partir de la reforma de 2015 supuestos de causación de daño cuya incriminación reclama la normativa europea,⁹ pero que, con una técnica legislativa muy censurable¹⁰ —«inadmisible en esta clase de delitos por más que sea usual en las Directivas europeas»¹¹—, acaban asimilados penalmente por el legislador español, al colocar «inexplicablemente»¹² al mismo nivel el «causar» y el «poder causar» daños sustanciales a los elementos en ellos referidos, entre los cuales se encuentran las «plantas»: esto es, «la flora en general, no solo la amenazada»¹³.

⁷ ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., y MONTANER FERNÁNDEZ, R., «capítulo XI. Protección penal de los bienes públicos», en González García, J. V., y Agoués Mendizábal, C. (coords.), *Derecho de los bienes públicos*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2015, pp. 643-695.

⁸ «Conductas de destrucción indirecta». GARCÍA ÁLVAREZ, P., y LÓPEZ PEREGRÍN, C., «Los delitos contra la flora, la fauna y los animales domésticos. Análisis doctrinal y jurisprudencial, con referencia a la reforma introducida por la LO 5/2010, de 22 de junio», *RECPC*, núm. 15, 2013, p. 6.

⁹ Así, artículo 2 Convenio Europeo núm. 172 y, sobre todo, artículo 3 Directiva 2008/99/CE.

¹⁰ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., «Contaminación ambiental, residuos e instalaciones peligrosas para los recursos naturales y el ambiente, tras la reforma de 2015», *Revista Penal*, núm. 36, 2015, p. 90.

¹¹ MARTÍNEZ-BUIJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal Económico y de la Empresa, PE*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2019, p. 998. Estamos, en efecto, ante un ejemplo más de la copia por el legislador español del tenor literal de textos internacionales y/o europeos, cuando la vocación de estos no es definir tipos penales, ni reclaman que todas las conductas a sancionar penalmente sean objeto de las mismas penas, cuestiones que, respetando los elementos mínimos fijados, compete decidir al legislador interno.

¹² MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. PE*, 23.ª ed. (con la colaboración de López Peregrín, C), Valencia (Tirant lo Blanch), 2021, p. 566.

¹³ CORCOY BIDASOLO, M., «Delitos contra el medio ambiente (arts. 325-331; 338-340)», en Corcoy Bidasolo, M., y Gómez Martín, V. (dirs.), *Derecho Penal Económico y de Empresa. PG y PE. Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados*, T. 2, 2.ª ed., Valencia (Tirant lo Blanch), 2020, p. 693.

Ahora bien, para poder generar responsabilidad penal, los comportamientos han de coincidir con los tipificados: en particular, en el caso del artículo 325, además de contravenir «las leyes u otras disposiciones generales protectoras del medio ambiente», suponer bien captaciones de aguas, bien provocación o realización, directa o indirecta, de «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». Como subraya Corcoy Bidasolo¹⁴, las importantes «lagunas de punibilidad» generadas por la «desafortunada» técnica utilizada, dejan fuera «conductas gravemente lesivas para el medio ambiente»: como «la utilización abusiva de recursos naturales», «determinadas plantaciones o crías de animales que destruyen el entorno» o hasta «las talas abusivas de árboles».

Tampoco el delito contra los espacios naturales (art. 330) cubre directamente todos los montes o bosques: precisa que se trate de «un espacio natural protegido» y que el daño grave afecte a «alguno de los elementos que hayan servido para calificarlo», quedando otros supuestos al margen de lo punible por esta vía. Esto, sin entrar en lo suscitado por la STS 2011/2001, de 5 diciembre (Sala Segunda), que consideró inaplicable este precepto a una tala de 30 árboles (encinas y robles), con poda de otros 18 y realización de plantaciones impropias en un espacio natural protegido.

En suma, a la falta de referencia explícita a los bosques –que contrasta con su condición de «indispensables para el desarrollo económico y el mantenimiento de todas las formas de vida»¹⁵– se añade en el CP vigente la incompleta protección asegurada a los mismos a través de los tipos penales que protegen las «plantas», los «espacios naturales», los «montes» y las «masas forestales». Ante el mosaico defectuoso, con muchos espacios vacíos, que deriva de las disposiciones penalmente aplicables, resulta, por ello, no solo oportuno sino muy necesario un replanteamiento del sistema de protección penal de los bosques que permita superar esta insatisfactoria situación y dotar a la protección del bosque de la visibilidad requerida para el cumplimiento de la función pedagógica que también en este plano corresponde al Derecho penal, algo para lo que no basta con la simple inclusión de menciones puntuales al bosque en los artículos que, en la actualidad, integran los delitos relativos a la protección de la flora y la fauna, o en los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente.

¹⁴ *Ibidem*, pp. 697 s.

¹⁵ Apdo. g) del Preámbulo de la *Declaración autorizada, sin fuerza obligatoria, de principios para un consenso mundial respecto de la ordenación, la conservación y el desarrollo sostenible de los bosques de todo tipo*. NACIONES UNIDAS, *Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el medio Ambiente y el Desarrollo. Río de Janeiro, 3 a 14 de junio de 1992*, vol. I, A/CONF.151/26/Rev.1 (vol. I), Nueva York, 1993, p.462.

III. UN ATAQUE A LOS BOSQUES NECESITADO DE UNA PREVISIÓN PENAL ESPECÍFICA

Partiendo de la función de *ultima ratio* que corresponde al sistema penal en este marco (como en todos), y dejando al margen, por el momento, tanto la cuestión de la tipificación penal del tráfico de madera o productos forestales procedentes de tala ilegal¹⁶, como las voces dirigidas a la inserción en el CP del delito de «arboricidio» –que, para las posturas más radicales, habría de castigar la tala de un árbol, bien directamente o, al menos, en la línea del crimen de genocidio, cuando la finalidad perseguida sea la eliminación de un bosque–, pienso que en el momento actual, a la vista de la regulación presente, la atención prioritaria debería centrarse en el establecimiento de un tipo penal específico destinado a asegurar la protección del bosque frente a los casos más graves de deforestación: un fenómeno que, en el marco del aseguramiento de la «ordenación, conservación y el desarrollo sostenible de los bosques de todo tipo» (*el subrayado, nuestro*), fuera ya objeto de la *Declaración autorizada, sin fuerza obligatoria*¹⁷ de la Conferencia de Río de 1992¹⁸, quedando integrado en el *capítulo 11 de la Agenda 21* «Lucha contra la deforestación» (Área de Programas A).

Ciertamente, en un sentido amplio, no toda actividad deforestadora es incompatible con la conservación de la estructura y función del bosque; es más algunas pueden hasta ser precisas para mantener el propio ecosistema forestal. La intervención penal debe por ello centrarse en la deforestación abusiva: esto es, aquellas conductas agresoras de los bosques que resultan en la eliminación, destrucción o grave reducción de la superficie forestal, y respecto de las que la necesidad de una lucha eficaz es ampliamente compartida, muy en especial por el grave riesgo que generan de «erosión del suelo», «pérdida de diversidad biológica», «daños a los hábitat de la fauna y la flora silvestres» o «degradación de

¹⁶ Que el artículo 332 CP solo cubre respecto de las «especies protegidas de flora silvestre», «sus partes», «derivados de las mismas» o «sus propágulos»; ver también artículo 2.2. b) de la Ley de Contrabando.

¹⁷ NACIONES UNIDAS, 1993, pp. 126 ss. Con el nuevo siglo el año 2000 llegó la aprobación por el ECOSOC del *Acuerdo internacional sobre los bosques* (Res. 2000/35) y en 2007, por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de un *Instrumento jurídicamente no vinculante sobre todos los tipos de bosques* (A/Res/62/98, de 17 diciembre 2007). HINOJO ROJAS, M., y GARCÍA GARCÍA-REVILLO, M., *La protección del medio ambiente en el Derecho Internacional y en el Derecho de la Unión Europea*, Madrid (Tecnos), 2016, pp. 75 ss. En todo caso, hay que lamentar que el proceso de elaboración de un instrumento internacional vinculante en materia de bosques sigue «inconcluso». CORONEL NÚÑEZ, G. E.; MEDINA PEÑA, R., y PUERTA HERNÁNDEZ, F., «El Derecho Penal ambiental en la protección de los servicios ecosistémicos boscosos», *Universidad y Sociedad*, 10(2), 2018, p. 76. Para un repaso en el ámbito europeo, BOBES SÁNCHEZ, M. J., 2015, pp. 1097 ss.

¹⁸ LANLY, J. P., *Los aspectos forestales en la conferencia de las naciones unidas sobre el medio ambiente y el desarrollo*, p. 4/9 <https://www.fao.org/3/u7760s/u7760s0b.htm>

las cuencas»¹⁹, particularmente perjudiciales tanto para la calidad de vida y el desarrollo, como para los ecosistemas forestales y el medio ambiente.

A la hora de la tipificación de la deforestación abusiva penalmente ilícita, son varias las alternativas que, respetando la estructura actual del Código, podrían seguirse de entrada, *de lege ferenda*:

– Insertar el nuevo delito entre los contrarios a la fauna y la flora (tít. XVI, capt. IV), subrayando la condición del bosque de parte de la flora.

– Colocar lo entre los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente (tít. XVI, capt. III), reforzando así su valor medioambiental; en esta línea, que considero la más apropiada, la inserción del nuevo delito en el artículo 330 (daño a espacios naturales) o en un nuevo artículo inmediatamente a continuación sería probablemente la solución más simple.

En todo caso, se trataría de incriminar la eliminación o destrucción total o parcial de un bosque²⁰ –concepto que, por razones de seguridad jurídica, merecería una apropiada delimitación–, así como aquellas otras conductas que igualmente supongan un grave daño o degradación sustancial de la estructura y funciones de un ecosistema forestal. Y es que los bosques, como biomas, se presentan como un conjunto de componentes y de procesos que integran los ecosistemas forestales, modalidades de los ecosistemas terrestres «en las que dominan los árboles», pero donde se desarrollan además comunidades que «interactúan con los elementos abióticos presentes (suelos, clima, agua...)» y se encuentran «biológicamente integradas de animales, plantas y microorganismos» que forman «la biocenosis o conjunto biótico»²¹.

La protección penal que el bosque precisa, y su visibilidad, quedarían, con todo, mucho mejor servidas si el nuevo delito se incluyera en un capítulo separado dentro del título XVI del libro II del CP, a caballo entre los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente (capt. III) y los delitos relativos a la fauna y la flora (capt. IV).

Contenido del nuevo capítulo III bis («Delitos contra los espacios naturales protegidos y bosques»), sería, inicialmente:

– El actual delito contra los espacios naturales del artículo 330.

¹⁹ NACIONES UNIDAS, 1993, p. 130.

²⁰ Destrucción, incendio, daño o tala, total o parcial, de «bosques u otras formaciones boscosas, sean naturales o plantaciones», «sin contar con permiso, licencia, autorización o concesión otorgada por autoridad competente» son, por su parte, las conductas incriminadas por el artículo 310 del CP Peruano. LAMADRID UBILLÚS, A., «Los delitos forestales», *Revista científica Monfragüe Desarrollo Resiliente*, vol. X, núm. 1, enero 2018, pp. 91 ss; REYNA ALFARO, L. M., 2012, pp. 111 ss.

²¹ <https://www.ecologiaverde.com/ecosistema-forestal-que-es-caracteristicas-flora-y-fauna-2899.html>.

– El nuevo delito consistente en *destruir o eliminar total o parcialmente un bosque o, de cualquier otro modo, causar un grave daño o degradación sustancial a los elementos y funciones principales de un ecosistema forestal*, a castigar, en principio, con las mismas penas del artículo 330.

Además, por su condición de delitos de daño y por los objetos a los que afectan también deberían pasar al título XVI los incendios forestales (arts. 353-355), los cuales constituyen probados ataques medioambientales y no solo, o particularmente, agresiones contra la seguridad colectiva, que es lo que subraya su actual tratamiento como una modalidad más de incendios²². Contiguos a los incendios forestales se encuentran los incendios en zonas de vegetación no forestal (Sección 3.^a del capt. II, tít. XVII del libro II CP), delitos de incendio silvestre para cuya punición se requiere perjudicar «gravemente el medio natural»²³, lo que aconseja asimismo su traslado al título XVI.

Dentro del título XVI los delitos de incendio podrían integrarse en el propuesto nuevo capítulo III bis o, mejor, constituir un capítulo independiente (capítulo III ter: «Delitos de incendios forestales y silvestres»).

Los delitos contra los espacios naturales y los bosques habrían de ser susceptibles de cualificación (pena en su mitad superior) de concurrir de alguna de las circunstancias 1.^a (afectación de «una superficie de considerable importancia), 2.^a («que se deriven grandes o graves efectos erosivos en los suelos»), 3.^a (primer inciso: alteración significativa de «las condiciones de la vida animal o vegetal) ó 6.^a («grave deterioro o destrucción de los recursos afectados») contempladas para los incendios forestales por el actual artículo 353.1, así como en el caso del artículo 353.2 (actuación «para obtener un beneficio económico con los efectos derivados del» delito). Igualmente, debería preverse, como tipo privilegiado, la imposición de la pena inferior en grado en aquellos supuestos que –a la vista de la extensión de lo destruido, eliminado, dañado o incendiado u otras circunstancias– merezcan ser considerados como de menor entidad.

²² MUÑOZ CONDE, F., 2021, pp. 576 s; SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J. A., «capítulo 40. Delitos contra la seguridad colectiva (I)», en Morillas Cueva, L. (Dir.), *Sistema de Derecho Penal. PE*, 2.^a ed., Madrid (Dykinson), 2016, pp. 973 ss y pp. 977 ss.

²³ MUÑOZ CONDE, F., 2021, p. 618.

IV. DERECHO PENAL, REGULACIÓN JURÍDICO-ADMINISTRATIVA Y/O DERECHO PRIVADO

En los ámbitos, como el que nos ocupa, donde la regulación y control de las conductas peligrosas o dañinas corresponde a la Administración, la existencia de una regulación jurídico-administrativa completa y eficaz resulta, como se ha dicho, indispensable: también para el adecuado funcionamiento del sistema penal, aunque pueda suscitar no pocas controversias en cuanto al respeto de principios fundamentales y, muy en particular, del «*non bis in idem material y procesal*»²⁴.

Con frecuencia, el deseo de asegurar la adecuada coordinación de lo dispuesto por el CP con la regulación administrativa lleva a la construcción de tipos penales caracterizados por su accesoriedad, al incorporarse al tenor literal del precepto penal la exigencia de ilegalidad del comportamiento desde el prisma jurídico-administrativo (accesoriedad de norma) o, alternativamente, una falta de autorización (accesoriedad de acto)²⁵, algo habitual en el marco de los delitos contra el ambiente. La accesoriedad de norma constituye una técnica preferible en el plano jurídico-penal a la accesoriedad de acto, que suele generar múltiples problemas en supuestos de autorizaciones irregulares y por lo que respecta al error; no son, con todo, infrecuentes los casos en que, a través del articulado legal o reglamentario, la ilegalidad (accesoriedad de norma) se reconduce a la postre a una cuestión de accesoriedad de acto: la existencia o no de una autorización administrativa válida.

Comparto con nuestra homenajead²⁶ la necesidad de limitación de «la accesoriedad del Derecho penal respecto del Derecho administrativo en materia medioambiental», por lo que, al igual que en el actual artículo 330 (daño a los espacios naturales protegidos), parece preferible evitar toda referencia a la contravención de la legislación ambiental o a la ausencia de autorización a la hora de la descripción típica del nuevo delito de deforestación, encauzando el tratamiento de lo que eventualmente se suscite respecto de los comportamientos susceptibles de autorización administrativa (o de aquellos cuya legitimidad pro-

²⁴ CORCOY BIDASOLO, M., y GALLEGU SOLER, J. I., «Infracción administrativa e infracción penal en el ámbito medioambiental: non bis in idem material y procesal (Comentario a la STC 177/1999, de 11 de octubre)», *Actualidad penal*, núm. 8, 2000, p. 159.

²⁵ DE LA MATA BARRANCO, N. J., *Protección penal del ambiente y accesoriedad administrativa. Tratamiento penal de comportamientos perjudiciales para el ambiente amparados en una autorización administrativa ilícita*, Barcelona (Cedecs), 1996, pp. 74 ss.

²⁶ CORCOY BIDASOLO, M., 2020, p. 695.

teja el derecho privado) por la vía de la justificación por «ejercicio legítimo de un derecho» (art. 20, 7.º) o del error de prohibición (art. 14.3)²⁷.

V. OTRAS CUESTIONES

1. Responsabilidad penal de las personas jurídicas

Introducida en 2010 en el CP la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, los delitos de contaminación ambiental (arts. 325 s.) fueron inmediatamente integrados (anterior art. 327) entre los potencialmente capaces de generar esa nueva responsabilidad penal; quedaron, con todo, fuera los demás delitos contra los recursos naturales y el ambiente del capítulo III.

Con la reforma de 2015, que incidió asimismo de manera importante en la regulación del artículo 31 bis (añadiendo tres preceptos), la nueva redacción del artículo 328 puso fin a aquella incomprensible situación y amplió el marco de las figuras delictivas contempladas, que se extiende ya a todos «los delitos recogidos en este capítulo»²⁸ y, por tanto, entre ellos, al delito de daño a espacios naturales protegidos del artículo 330.

También de los delitos contra los bosques y de los delitos de incendios forestales y silvestres, cuya inclusión en el título XVI aquí se propone, debería derivar la responsabilidad de las personas jurídicas en los supuestos contemplados por los artículos 31 bis ss.

2. La sanción penal de la imprudencia

Lo mismo cabe decir respecto de la imprudencia, que ha de ser igualmente punible en relación con todos estos delitos.

3. La agravante específica del artículo 338

En cuanto a la agravante específica del artículo 338 (capítulo V: disposiciones comunes), se centra en la afectación de «algún espacio natural protegido» por

²⁷ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., «Cuestiones dogmáticas relativas al delito de contaminación ambiental», *RP*, núm. 4, 1999, pp. 37 ss.

²⁸ Lo que, para Corcoy Bidasolo, no comprende los supuestos del artículo 329 (prevaricación funcional) y 331 (delito imprudente). CORCOY BIDASOLO, M., 2020, p. 714.

la comisión de alguno de los delitos del título XVI, y ordena en tal caso, como «tipo supercualificado»²⁹, la imposición de «la pena superior en grado». Haciendo abstracción de las cuestiones concursales que suscita,³⁰ coherentemente con lo mantenido en esta propuesta, el tenor literal del artículo 338 debería reformarse para incluir, junto a los espacios naturales protegidos, a los bosques.

²⁹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, 2019, p. 1041.

³⁰ CORCOY BIDASOLO, M., 2020, p. 713.

EL MALTRATO INFANTIL Y LA IDEA DE SEGURIDAD EN LOS DELITOS CONTRA LAS RELACIONES FAMILIARES: ¿UNA TUTELA CORRECTA?¹

NORBERTO J. DE LA MATA BARRANCO*
LEYRE HERNÁNDEZ DÍAZ**

I

El título XII del libro II del Código Penal, relativo a los delitos contra las relaciones familiares, es seguramente, junto con el título VIII, en el que más se atiende al menor como destinatario de la conducta punible y al que más debería atenderse como víctima de ella. Así, aunque en primer término parezca que no es sino la institución familiar lo que realmente desea protegerse, un breve repaso de sus distintos preceptos permite observar que al menor se alude, directa o indirectamente, en los delitos de alteración de la filiación y sustitución de niñas o niños del artículo 220, en el delito de tráfico de menores para su adopción ilegal del artículo 221, en el delito de quebrantamiento de los deberes de custodia de un menor del artículo 223, en el delito de inducción de menores al abandono de domicilio del artículo 224, en el delito de sustracción de menores del artículo 225 bis, en el delito del artículo 226 consistente en dejar de cumplir los deberes de asistencia inherentes a la patria potestad, tutela, guarda, custodia o acogimiento familiar o en dejar de prestar la asistencia necesaria legalmente establecida a,

¹ El presente trabajo forma parte de la investigación del Grupo Consolidado en Ciencias Criminales del Gobierno Vasco IT 1372-19 y se encuadra en el Proyecto MICINN PID2020-116407RB-I00DER.

* Catedrático de Derecho Penal UPV/EHU.

** Profesora de Derecho Penal UPV/EHU.

entre otros, descendientes necesitados, en el delito de impago de prestaciones económicas a favor de los hijos del artículo 227, en el delito de abandono de menores de los artículos 229 y 230, en el delito de entrega de menores a terceros del artículo 231 y en el delito de utilización, préstamo o tráfico de menores para la mendicidad del artículo 232, se tenga o no, según los casos, algún tipo de vínculo familiar y al margen de que en varios de ellos puedan protegerse también otras personas no menores (cónyuge, ascendientes, etc.).

Se utiliza el concepto «menor» pero también el término «menor de edad» y, en ocasiones, se alude a los términos (dependiendo de los delitos) «niño», «hijo» o «hijo menor». Sea como fuere, la idea parece clara, en relación a quien es objeto (destinatario, al menos) de las distintas conductas. No tanto en cuanto a quien es sujeto activo de las distintas infracciones, pues la aparente exigencia de «relación familiar» requerida por la rúbrica del título, se quiebra en varias figuras. Esas referencias descriptivas, ¿conllevan también la consideración del menor como «sujeto pasivo», entendiendo que estamos antes la tutela de un bien jurídico individual, o como víctima si se considera que lo que se protege es un bien colectivo? ¿O simplemente son referencias para explicar en qué modo se tutela la «institución familiar» (perspectiva formal) o las relaciones o derechos que derivan de ella (perspectiva material)? Téngase en cuenta que si bien es cierto que en delitos del título, como el de «matrimonios ilegales»², la intención legal de proteger al menor puede solo indirectamente entenderse presente, no cabe negar incluso también aquí la aparición, en algunos supuestos al menos (sea o no consciente de ello el legislador), de posibles dificultades de atribución de paternidad, afecciones psicológicas o consecuencias económicas negativas para menores que en el futuro puedan surgir del posible matrimonio ilegal, que es cierto podrán resolverse en los tribunales, pero con la complicación y prolongación en el tiempo consustanciales a todo procedimiento judicial³.

² Sobre estos delitos y, en especial, sobre el interés a proteger, véase MIR PUIG, S., «Matrimonios ilegales en el Código Penal», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 27, 3, 1974, pp. 433 ss. Más recientemente, LABACA ZABALA, M. L., «Los matrimonios ilegales en la Ley Orgánica 10/1995 del Código Penal», *Revista de Derecho y Proceso Penal*, 13, 2005, pp. 83; MUÑOZ SÁNCHEZ, J., «Los delitos relativos a los matrimonios ilegales», *Actualidad Penal*, 48, 2001, pp. 1139 ss.; o PÉREZ FERRER, F., «Análisis de los problemas interpretativos y aplicativos del delito de bigamia en el Derecho Penal español», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 22-05, 2020, pp. 3 ss.

³ Así, CARRETERO SÁNCHEZ, A., «Algunos aspectos penales del maltrato infantil», *Diario La Ley*, 6261, 2005, pp. 7 ss., incluye incluso dentro del núcleo de los delitos de maltrato infantil los delitos contra los derechos y deberes familiares, además de las lesiones y los delitos contra la libertad sexual. Las estadísticas policiales y judiciales revelan la importancia cuantitativa de la violencia sexual contra menores entre personas próximas y la que la violencia doméstica tiene en la que reciben los menores es un ejemplo claramente constatable. Cuando se analizan los delitos contra las relaciones familiares, la lesividad al menor pasa desapercibida a menudo y, sin embargo, es un componente en el análisis de los distintos tipos que hay que poner de relieve.

Que la institución familiar ha ido cambiando –en lo que representa, en cómo se configura, en cómo se entiende hoy en día, en definitiva– es evidente. Claro que ya no es la que existía en 1848 cuando recogiendo los dispersos delitos de 1822 de bigamia, matrimonios clandestinos, desacato contra la autoridad de los padres, adulterio o esposición [exposición] de niños, entre otros, el legislador crea el título dedicado a los delitos contra el estado civil de las personas (manteniendo, sin embargo, en el título dedicado a los delitos contra la libertad y seguridad la sustracción y el abandono de niños), pero es que tampoco es la de 1995 cuando surge por primera vez el Capítulo dedicado a los delitos contra los derechos y deberes familiares. Que la importancia de la institución ha ido transitando hacia la del individuo que puede formar parte de la misma se observa ya claramente en la interpretación de los delitos contra la Administración, por ejemplo, y también debe observarse en delitos contra «la familia». Pero, más allá incluso de ello, debe valorarse cómo puede darse cabida a una reformulación no solo interpretativa de unos delitos que claramente necesitan un nuevo replanteamiento. En estas líneas, homenaje sentido a nuestra querida colega, Mirentxu Corcoy, solo queremos poner de relieve en qué medida puede entenderse presente el peligro para el «correcto desarrollo del menor» en este ámbito, como ya se ha mantenido en otros (así, sin duda, en los delitos, por ejemplo, denominados de «*child grooming*»).

II

En los delitos relativos a la suposición de parto, la alteración de la paternidad, estado o condición del menor de los artículos 220 a 222 éste se ve afectado sin duda en sus derechos de filiación⁴. Menor que en los supuestos de suposición de parto lo habrá de ser niña o niño recién nacidos o, al menos, lo suficientemente jóvenes como para no tener conciencia aún de las relaciones de familia⁵. También en el caso de las conductas de ocultación o entrega de hijo con el fin de alterar o modificar su filiación parece que el mismo deberá ser lo suficientemente joven como para no tener conciencia de las relaciones

⁴ Entre otros, véanse, por ejemplo, CASTIÑEIRA PALAU, M. T., y MONTANER FERNÁNDEZ, R. «Delitos contra las relaciones familiares», *Lecciones de Derecho Penal, parte especial*, Barcelona (Atelier), 2015, p. 205. También, en detalle, CARRASCO ANDRINO, M. M. «Protección penal de la filiación», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 12-06, 2010, p. 3. Véase, sin embargo, VILLACAMPA ESTIARTE, C., «La protección penal del derecho del menor a conocer la propia identidad: análisis del denominado delito de «tráfico de menores»», *Revista de derecho y proceso penal*, 5, 2001, pp. 67 ss.

⁵ Así, por todos, MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte especial*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2015, p. 274.

de familia⁶. En el apartado 3 del artículo 220 se utiliza el término «niño» para penalizar conductas de sustitución de uno por otro, con lo que, y al no referirse el legislador al «hijo», no estamos ante conductas que deban llevarse a cabo necesariamente por uno de los progenitores o familiares del menor. Además, en principio⁷, se verán afectados los derechos de filiación, no de uno, sino de dos menores⁸, de nuevo sin conciencia aún de las relaciones familiares⁹.

Las previsiones del artículo 221, relativo al delito de tráfico de menores con el fin de establecer una relación análoga a la de filiación¹⁰, necesarias para cumplir con el Convenio europeo relativo al reconocimiento y la ejecución de decisiones en materia de custodia de menores de 20 de mayo de 1980, la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 o el Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional de 29 de mayo de 1993¹¹, pretenden además dar cobertura a conductas que no encajan en el artículo precedente por no realizarse por progenitores o que simplemente se consideran más graves, y necesitadas por tanto de mayor penalidad, por mediar compensación económica. En todo caso, conductas de entrega de «cualquier menor», que puede entenderse que además de afectar a derechos de filiación cosifican al menor al tratarle como «objeto» de tráfico¹²; menor que basta que lo sea de dieciocho

⁶ De nuevo, MUÑOZ CONDE, F., 2015, p. 274.

⁷ Téngase en cuenta que es posible que uno de los menores esté muerto en el momento de la sustitución. Así lo señalan, por ejemplo, CASTIÑEIRA PALAU, M. T., y MONTANER FERNÁNDEZ, R., 2015, p. 206. En contra, autores como MENDOZA BUERGO, B. «Sección 2. Suposición de parto y alteración de la paternidad, estado o condición del menor», 2016, p. 1122, consideran que el término «otro» del precepto legal obliga a interpretar, aunque no explican de modo indiscutible por qué, que ambos menores deben estar vivos en el momento de la sustitución.

⁸ Detenidamente, CARRASCO ANDRINO, M. M., 2010, p. 14.

⁹ Véase, entre otras, FERNÁNDEZ BAUTISTA, S., «II. Suposición de parto y ocultación o entrega de hijos (art. 220). Sustitución de un niño por otro y venta de niños (arts. 221-222)», *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, tomo 1, 2.ª edición, Valencia (Tirant lo Blanch), 2019, p. 409.

¹⁰ Debiendo diferenciarse claramente, no obstante, este delito de los delitos de trata de seres humanos del artículo 177 bis del Código Penal y de tráfico de seres humanos (migrantes) del artículo 318 bis del Código Penal. Sobre ambos, sintéticamente, GUILLÉN ÁLVAREZ, I., «Aproximación y análisis jurídico a los fenómenos del tráfico y trata de seres humanos», *Diario La Ley*, 8585, 2015, pp. 2 ss. Recientemente, DE LA MATA BARRANCO, N. J., «Trata de personas y favorecimiento de la inmigración ilegal, dos conductas de muy distinto desvalor», *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 23-06, 2021, pp. 1 ss.

¹¹ De interés sobre las exigencias de la regulación internacional, UHÍA ALONSO, J. M., «Problemática de tipo legal derivada de la adopción internacional», *Diario La Ley*, 46, 1998, pp. 2 ss.

¹² Señala MUÑOZ CONDE, F., 2015, p. 275, que en este delito el bien jurídico no tiene que ver con el estado civil ni con la seguridad del menor, sino que lo que se castiga es en realidad convertir al menor en una especie de mercancía. En sentido similar, MENDOZA BUERGO, B., 2015, p. 1123, indica que se tutelan la dignidad y los derechos de un menor que no puede ser objeto de mercantilización. Puede estarse de acuerdo con ambos autores, aunque no nos parece desacertado vincular la cosificación del menor a la tutela de su integridad y, en cierta medida, emparentarla con la de seguridad. En todo caso, lo que parece claro es que cuanto más avanzamos en la lectura de los preceptos del título más nos alejamos de la idea de tutela familiar y que, desde luego, la realidad actual parece distar mucho del concepto de familia (o de relación familiar) que puede entenderse todavía presente en el Código.

años¹³, aun con conciencia de su ya establecida filiación familiar¹⁴ y, por tanto, difícil de entender vulnerada; sí en un pretendido intento de ello, pero no en cuanto a la conciencia de saber quién se es. Este delito, en todo caso, puede ser cometido con menores de corta edad, claro está, pero también (por el dictado del precepto) con los que simplemente estén por debajo de los 18 años, siempre que se den lógicamente las condiciones para ello (y se acredite la antijuridicidad material de la conducta).

Que haya un interés aquí de tutela distinto al de la estricta protección de la filiación puede ser discutible, pero no puede negarse que, al menos en algunas de las conductas del Capítulo (con más claridad en las del artículo 221), cierta atención a las condiciones futuras de vida del menor (vinculadas a su identidad, que no solo a su filiación, e incluso a su seguridad, económica y personal), o incluso a su dignidad (de nuevo en el supuesto de tráfico contemplado en el artículo 221), deben estar presentes y creemos que a pesar de la dicción del precepto lo están en el significado de la punición de tales conductas, aunque no quizás en la interpretación que se está dando a las mismas.

III

La regulación del delito de quebrantamiento de custodia se encuentra en el artículo 223¹⁵ (que hay que poner en conexión con la figura del artículo 226) y la del de inducción de menores al abandono de domicilio o del régimen de custodia judicial o administrativo en el artículo 224¹⁶, con una previsión atenuatoria en el artículo 225, que permite entender presente en estas figuras la consideración de la integridad física y/o psíquica del menor o, al menos la seguridad personal del menor derivada del normal ejercicio del deber de convivencia de los obligados por ella¹⁷, además, en su caso, de los derechos derivados del ejercicio

¹³ Véase MENDOZA BUERGO, B., 2015, p. 1122.

¹⁴ Expresamente, lo señala RUEDA MARTÍN, M. Á., «Delitos contra las relaciones familiares», *Derecho Penal, Parte especial*, Granada (Comares), 2016, p. 313.

¹⁵ Sobre el delito, de interés, ARMENDÁRIZ LEÓN, C., «Delitos contra los derechos y deberes familiares en el Código Penal Español», *Revista Penal México*, 6, 2014, pp. 9 ss.

¹⁶ En profundidad, SÁNCHEZ LINDE, M., «El delito de inducción de menores al abandono del domicilio familiar», *La Ley Penal*, 128, 2017, pp. 2 ss.

¹⁷ Así, DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *Los delitos contra la seguridad de los menores e incapaces*, Valencia (Tirant lo Blanch), 1999, p. 20. Téngase en cuenta, además, que la aplicación del tipo atenuado exige que el menor no haya sido objeto de vejaciones, sevicias o acto delictivo alguno, aspectos por tanto que deben estar presentes en la interpretación del objeto de tutela de ambos preceptos porque responden a una realidad criminológica y judicial que va más allá de la mera quiebra de una relación familiar.

de la patria potestad, tutela o custodia¹⁸. Hablamos lógicamente de menores de dieciocho años no emancipados, ya que la protección de la guarda no tiene sentido si legalmente el sujeto pasivo puede regir sus bienes y su persona¹⁹ y ello es algo que ha de resaltarse en el contexto de estas líneas. La idea de entender presente la seguridad del menor en cuanto a la discusión sobre lo que ha de tutelarse se refuerza entendiendo que la figura del artículo 224 no cabe aplicarla cuando el menor ya estaba decidido a abandonar el domicilio o a infringir el régimen de custodia²⁰, aunque ello también quiebre la relación familiar, en relación con la cual esta voluntad (consentimiento) poca eficacia debería poder tener.

IV

En cuanto al delito de sustracción de menores del artículo 225 bis introducido mediante Ley Orgánica 9/2002, de 10 de diciembre²¹, su objetivo no es otro, según la escueta exposición de motivos de la propia ley, que el de evitar los efectos perjudiciales para el interés superior del menor que «en supuestos de crisis familiares puedan ocasionarles determinadas actuaciones de sus progenitores»²². Este interés superior del menor, que debe estar siempre presente en las relaciones familiares y en la interpretación de los delitos contra las mismas²³, y que en lo que concierne a los derechos derivados de la patria potes-

¹⁸ Destaca el carácter pluriofensivo del delito MOLINA FERNÁNDEZ, F., «Quebrantamiento de los deberes de custodia e inducción de menores al abandono de domicilio», *Memento Práctico Penal*, Madrid (Francis Lefebvre), 2016, p. 1129. En un sentido similar, señala ARMENDÁRIZ LEÓN, C., 2014, p. 10, que los bienes jurídicos protegidos son la relación familiar y el derecho del menor a permanecer con sus padres o guardadores.

¹⁹ Así, el propio MOLINA FERNÁNDEZ, F., 2016, p. 1129.

²⁰ En este sentido, MORALES PRATS, F. y DE LAS HERAS VIVES, L., «Delitos contra los derechos y deberes familiares», *Las crisis familiares. Tratado práctico interdisciplinar*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2021, p. 680.

²¹ Sobre la evolución histórica de este delito véase PARRILLA VERGARA, J., «Evolución histórica del delito de sustracción de menores», *La sustracción internacional de menores desde una perspectiva multidisciplinar*, Barcelona (J. M. Bosch), 2019, pp. 269 ss.; también DE VICENTE MARTÍNEZ, R., «Evolución legislativa y jurisprudencial del delito de sustracción de menores», *La sustracción internacional de menores desde una perspectiva multidisciplinar*, Barcelona (J. M. Bosch), 2019, pp. 299 ss., especialmente, sobre la supresión de la falta.

²² En relación con el marco jurídico que configura el principio del interés superior del menor véase FERNÁNDEZ DÍAZ, C. R., «Efectos y defectos de las penas limitadoras de la patria potestad en el Código Penal Español. Especial referencia a los casos de violencia de género», *Revista General de Derecho Penal*, 33, 2020, pp. 15 ss.; extensamente sobre la configuración en nuestro ordenamiento jurídico de este principio y sobre su interpretación, MAYORDOMO RODRIGO, V., «David frente a Goliath: el superior interés del menor y el derecho a la tutela judicial efectiva en tela de juicio», *Estudios Penales y Criminológicos*, XL, 2020, pp. 784 ss.

²³ En este sentido, MARTOS NÚÑEZ, J. A., «Sobre la naturaleza del bien jurídico protegido en el delito de sustracción de menores», *La sustracción internacional de menores desde una perspectiva multidisciplinar*, Barcelona (J. M. Bosch), 2019, p. 327.

tad y de la custodia atribuida por resolución judicial se materializa en el de la posibilidad (obligación) de convivir con el progenitor que tenga atribuida la guarda y custodia, se ha considerado bien jurídico del precepto, añadiéndose en ocasiones la idea de la necesidad de que el mismo se proteja mediante la tutela a su vez de la paz en las relaciones familiares o no acudiendo a las vías de hecho para imponer un régimen de custodia diverso al que se ha establecido en los tribunales²⁴. Hay autores que apelan al derecho del menor a mantener una relación regular y contacto con ambos progenitores²⁵ y quien, creemos que con acierto, también aquí vincula el bien jurídico a la idea de seguridad y libertad del menor²⁶ (volviendo con ello, paradójicamente, al siglo XIX), menor que, aunque los compromisos internacionales de los que España es parte, como el Convenio de la Haya de 1980²⁷ o el más reciente Reglamento (UE) 2019/1111 solo extienden sus previsiones al que lo es de 16 años, hay que entender como menor de 18 años²⁸, a pesar de que en el Código no se especifique así expresamente, precisamente por la falta de alusión a otro tipo de minoría diferente de la genérica.

Conviene llamar la atención, en cuanto a la conducta de retención del apartado 2.2.º de este artículo 225 bis, sobre el hecho de que el propio Convenio de la Haya en su artículo 13. B. justifica la misma en las situaciones en que con la restitución se pone al menor en una situación de peligro físico o psíquico o en una situación intolerable²⁹, lo que lógicamente cabe trasladar a la interpreta-

²⁴ Véase TORRES FERNÁNDEZ, M. E., «Los nuevos delitos de secuestro parental e inducción de hijos menores al incumplimiento del régimen de custodia», *Diario La Ley*, 5857, 2003, pp. 8 ss.; en un sentido próximo, considerando «[...] un bien jurídico de carácter pluriofensivo, que protege los intereses del menor y, además, el buen funcionamiento de la Administración [...]», MARÍN ESPINOSA CEBALLOS, E. B., *El delito de sustracción de un menor por su progenitor*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2014, pp. 32 ss.

²⁵ Véase MARTÍNEZ GARCÍA, Á. S., «capítulo III. De los delitos contra los derechos y deberes familiares», *Comentarios prácticos al Código Penal*, Pamplona (Thomson Reuters-Aranzadi), 2015, pp. 860 ss.

²⁶ Así, ALONSO CARVAJAL, A., «El delito de traslado ilícito de menores del artículo 225 bis del Código Penal español», *La Ley. Derecho de familia*, 21, 2019, p. 6., para quien hay que tener en cuenta la percepción psicológica del menor en muchos casos, según su madurez de juicio, de estar sufriendo un acto de agresión continuado; también el mismo autor, sobre los efectos psicológicos de la sustracción tanto para los menores como para los progenitores, en «Los aspectos penales», *La sustracción interparental de menores*, Madrid (Dykinson), 2006, pp. 114 ss.; con detenimiento, LORENTE MARTÍNEZ, I. *Sustracción internacional de menores: estudio jurisprudencial, práctico y crítico*, Madrid (Dykinson), 2019, pp. 14 ss.

²⁷ Artículo 4 del Convenio de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de 25 de octubre de 1980: «El Convenio se aplicará a todo menor que tuviera su residencia habitual en un Estado contratante inmediatamente antes de la infracción de los derechos de custodia o de visita. El Convenio dejará de aplicarse cuando el menor alcance la edad de 16 años.»

²⁸ Extensamente, MONGE FERNÁNDEZ, A. *El delito de sustracción de menores. Aspectos dogmáticos y jurisprudenciales*, Barcelona (J. M. Bosch), 2017, pp. 77 ss.

²⁹ La doctrina ha puesto claramente de manifiesto que es el interés superior del menor el que rige estas excepciones a la no devolución o retención del mismo: por todos, ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Interés del menor y cooperación internacional en materia de desplazamiento de menores: los casos difíciles», *Cooperación jurídica internacional, Colección Escuela Diplomática*, 5, 2001, pp. 132 ss.; o GONZÁLEZ

ción de nuestro Código³⁰ y permite de nuevo resaltar la idea de «seguridad» del menor que impregna la interpretación de todo el título³¹.

En relación a la interpretación que del bien jurídico protegido en este delito de sustracción de menores viene realizando la jurisprudencia, lo cierto es que ésta ha sido cambiante y no uniforme³², apelándose en ocasiones a la idea de seguridad de las y los menores o al derecho de cada menor a desarrollarse en libertad con sus progenitores y no verse privados de la relación que puedan mantener con ambos y, en otras, manteniendo la idea de que el bien jurídico en estos delitos está vinculado a los derechos derivados de las relaciones familiares y de la guarda y custodia. No obstante, parece que teniendo en cuenta la reciente sentencia sobre el caso «Juana Rivas», el Tribunal Supremo quiere mantener, en base a la ubicación sistemática del propio artículo 255 bis del Código Penal y en contra de la normativa internacional que inspiró la LO 9/2002 y de la propia exposición de motivos de ésta, que el bien jurídico no es otro que, en palabras del propio tribunal, «la paz en las relaciones familiares»³³; a nuestro juicio, equivocadamente y en base a una algo trasnochada concepción de lo que la familia debe representar.

V

También en los delitos de abandono de los artículos 226 a 228 del Código³⁴ se atiende la tutela de los menores (o de descendientes o hijos, aunque no lo sean),

BEILFUSS, C. «Regulación comunitaria de la sustracción internacional de menores», *La sustracción interparental de menores*, Madrid (Dykinson), 2006, pp. 92 ss.

³⁰ Véase MOLINA FERNÁNDEZ, F., «B. Sustracción de menores», *Memento Práctico Penal*, Madrid (Francis Lefebvre), 2016, p. 1136. Más recientemente, ALONSO CARVAJAL, A., «Los aspectos penales», *La Ley. Derecho de familia*, 21, 2019, pp. 123 ss.

³¹ En esta misma línea, LORENTE MARTÍNEZ, I., 2019, p. 231, entiende que el bien jurídico en el delito de sustracción no es otro que la seguridad del menor, no solo en sentido físico, sino como derecho al libre desarrollo de la personalidad, lo que incluye su derecho a poder relacionarse regularmente con ambos progenitores. Sobre la idea de seguridad como bien jurídico del delito de sustracción de menores, aunque sin compartirla y entendiendo, sorprendentemente (en cuanto se pone el acento no en el menor, sino en el mayor), que el bien jurídico protegido en este delito es la patria potestad y los derechos inherentes a la misma, véase MARTOS NÚÑEZ, J. A., 2019, pp. 331.

³² Sobre los distintos criterios jurisprudenciales en relación al bien jurídico protegido en este delito, MORALES PRATS, F., y DE LAS HERAS VIVES, L., 2021, pp. 621 y 622; y sobre la interpretación jurisprudencial mayoritaria MARÍN ESPINOSA CEBALLOS, E. B., 2014, 31.

³³ Así, en el Fundamento Jurídico cuarto de la STS 1403/2021 de 23 de abril.

³⁴ En profundidad, sobre el delito de abandono regulado en el artículo 226 del Código Penal, así como sobre sus diferencias con el impago del artículo 227, DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E. M., *Las figuras de abandono de familia en sentido estricto*, Madrid (Dykinson), 2005, pp. 15 ss.

según las distintas interpretaciones, para garantizar la seguridad de éstos³⁵ o su libertad y seguridad³⁶, aunque varios autores insistan en que lo protegido es el cumplimiento adecuado de los derechos y deberes que legalmente se generan como consecuencia de la relación familiar, económicos o asistenciales³⁷, muchos de ellos, en un sentido estricto (como el de recibir una formación integral, el de ser representado o administrado en sus bienes), ajenos a esa idea de seguridad (en su sentido físico más estricto), por mucha amplitud que quiera dársele a la misma (véanse, en la normativa civil de remisión, los artículos 154, 173.1, 226, 269, 270, p. ej., del Código Civil), pero que sí inciden «en su supervivencia, desarrollo afectivo, social y cognitivo» (así, Sentencia del Tribunal Supremo 1016/2006, de 25 de octubre), también seguridad psíquica y, sin duda, seguridad en la garantía, como antes se decía, de un correcto proceso de formación personal.

La idea de seguridad, concretada en la necesidad de sustento económico, parece ser el referente del artículo 227 en concreto³⁸ o, como mejor se ha expresado, «la integridad personal de los destinatarios de las prestaciones entendidas como el conjunto de condiciones y en el caso concreto de este delito, las condiciones económicas judicialmente reconocidas, que les permiten llevar una vida digna»³⁹. Así, la idea de seguridad como bien jurídico en este delito se puede concretar en la garantía de cubrir adecuadamente las necesidades asistenciales de todo tipo que puedan tener los miembros más vulnerables de la familia⁴⁰. Es cierto que, como se ha señalado adecuadamente por la doctrina, en el delito de impago de pensiones el ataque a desvalorar puede considerarse pluriofensivo porque, recordemos, la conducta típica exige una resolución judicial o convenio judicial que establezca la obligación de pago de una prestación económica a cargo de un cónyuge a favor del otro o de sus hijos, descripción que responde, por tanto, a la idea, también, de protección del respeto a las decisiones judicia-

³⁵ Entre otros, LAURENZO COPELLO, P., *Los delitos de abandono de familia e impago de pensiones*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2001, pp. 15 ss.; o MARTÍNEZ GARCÍA, Á. S., 2015, p. 869. Extensamente, Díez RIPOLLÉS, J. L., 1999, pp. 13 ss.

³⁶ Así, entre otros, MARTÍNEZ GUERRA, A., «título XII Delitos contra las relaciones familiares», *Código Penal Comentado y con Jurisprudencia*, Madrid (La Ley), 2009, p. 750.

³⁷ En este sentido, entre otros, CERES MONTES, J. F., *La protección jurídico-penal de los derechos y deberes familiares en el nuevo Código Penal*, Madrid (Colex), 1996, pp. 16 ss., que también alude (pp. 9 ss.) al orden familiar.

³⁸ Véase MARTÍNEZ GUERRA, A., 2009, p. 876.

³⁹ Literalmente, LAURENZO COPELLO, P., 2001, p. 69.

⁴⁰ Alude a tales necesidades asistenciales como bien jurídico del delito del artículo 227 del Código Penal, entre otras muchas, COLÁS TURÉGANO, M. A., «La incapacidad para el pago de la deuda en el delito de impago de pensiones», *Revista General de Derecho Penal*, 32, 2019, p. 3; en el mismo sentido, LÓPEZ JARA, M., «La reclamación de alimentos y otras prestaciones en el proceso penal: el delito de impago de pensiones», *La Ley. Derecho de familia*, 21, 2019, pp. ss.

les⁴¹. No obstante, lo que principalmente pretende tutelarse no puede ser otra cosa que la seguridad de los miembros de la familia garantizada con ese sustento económico reconocido judicialmente, seguridad sin duda puesta en peligro ante el impago de las prestaciones debidas. Es más, esta protección de la seguridad de los miembros más débiles de la familia se ve reforzada con la interpretación que la doctrina y jurisprudencia hacen de la naturaleza de las obligaciones económicas de este artículo 227. Así, cuando el legislador señala en el número 2 del precepto que también será delito el impago de cualquier otra prestación económica, la interpretación de lo que puede incluirse dentro de dicha prestación económica se hace siempre en clave de atender la seguridad del ex cónyuge o del descendiente⁴². Es decir, podrá incluirse en ella cualquier obligación de pago, sea del tipo que sea, que de no cumplirse ponga en riesgo la seguridad asistencial de los miembros más vulnerables de la familia⁴³.

El resto de delitos del título, comprendidos en los artículos 229 a 232, son los que más claramente reflejan, en las conductas que describen, una clara afección a la seguridad de los menores⁴⁴. Téngase en cuenta que en las conductas de utilización o préstamo de menores para la mendicidad el hecho familiar ni siquiera tiene por qué estar presente.

En el delito de abandono propio del artículo 229 la seguridad personal de los menores está claramente tutelada. Con independencia del concreto peligro que para su vida, salud, integridad física o libertad sexual se genere, lo que conllevará la aplicación del tipo agravado del apartado 3, por supuesto, «sin perjuicio de

⁴¹ Véase LÓPEZ JARA, M., 2019, pp. 25 ss. Señala expresamente MAGRO SERVENT, V., «La casuística del delito de impago de pensiones en el nuevo Código Penal (Ley 15/2003, de 25 de noviembre)», *Diario La Ley*, 5934, 2004, pp. 1629 ss. que «[...] el bien jurídico protegido no se limita a la seguridad personal de los miembros más débiles económicamente de la familia, aun cuando ello fuera la finalidad primordial de su tipificación penal, sino que incluye también el interés del Estado en el cumplimiento de las resoluciones judiciales y el respeto al principio de autoridad [...]».

⁴² De nuevo, LÓPEZ JARA, M., 2019, pp. 25 ss.

⁴³ Así se expresa en numerosas resoluciones judiciales, como, por ejemplo, en la reciente STS 2158/2020, de 25 de junio (Fundamento Jurídico segundo) que incluyen el impago de la hipoteca de la vivienda familiar dentro de las prestaciones económicas descritas en este artículo 227 del Código Penal por cubrir dicho pago una necesidad básica, como es el derecho a la vivienda, de los miembros más vulnerables de la familia, en este caso los hijos menores. Al respecto, detenidamente, MAGRO SERVENT, V., «La violencia económica del art. 227 del Código Penal», *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, 12, 2016, pp. 6 ss.

⁴⁴ Señala, por ejemplo, FERNÁNDEZ BAUTISTA, S., «I. Abandono, sustracción, inducción a abandonar el domicilio y mendicidad de menores (arts. 223-225 bis, 229-233)», *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, tomo 1, 2.ª edición, Valencia (Tirant lo Blanch), 2019, p. 394, que estamos ante delitos complejos que afectan a la seguridad, entendida en opinión de la autora, como peligro para la vida, salud o libertad, de estos menores o personas especialmente vulnerables; pero también a sus derechos con el incumplimiento de los deberes de asistencia.

castigar el hecho como corresponda si constituyera otro delito más grave»⁴⁵. En todo caso el apartado 1, tácitamente, implica un riesgo para la seguridad del menor, al que se sitúa en una situación de desamparo, que, también, aun momentáneamente, debe estar presente en el abandono temporal del artículo 230.

En el abandono impropio del artículo 231 de nuevo se distingue la penalidad según se haya puesto o no en peligro concreto la vida, salud, integridad física o libertad sexual del menor, aunque en la mayoría de supuestos del tipo básico será difícil atisbar un riesgo, aun lejano, para la seguridad del menor, con lo que el objeto de protección no es tan sencillo de definir en este precepto. Como se señala en los Tribunales, «este tipo delictivo se denomina abandono impropio porque realmente no se abandona al menor [...] sino que se da a un tercero para que cuide de él sin un previo control administrativo. El reproche penal que se hace a este comportamiento es que el menor [...] se entrega a otra persona o institución sin cumplirse los trámites que la Administración y la Ley establecen para ello»⁴⁶. Precepto más emparentado con lo que es la quiebra de una normativa extrapenal o de un decisión judicial (y, por tanto, quizás, contra el correcto funcionamiento de las Administraciones, pública o judicial), al menos en algunos casos de ausencia de peligro para el menor (claramente en la entrega a instituciones públicas), que obligaría a un más detenido análisis de lo que en realidad significa (ciertamente no solo de esta figura) para valorar en definitiva cómo rehacer el capítulo en su conjunto (y el título XII incluso), seguramente vaciándolo prácticamente de contenido, destipificando algunas conductas y reubicando otras cuantas.

En la descripción de conductas del artículo 232, vinculado a la prohibición de la utilización de menores para la mendicidad, como decíamos, el hecho familiar está totalmente ausente⁴⁷ (salvo en la previsión penológica de privación de la patria potestad⁴⁸ para el supuesto en el que exista dicha relación familiar y en la

⁴⁵ Y la aplicación del concurso que proceda: de delitos, como indica RUEDA MARTÍN, M.Á., 2016, p. 325, o de leyes, como reclama MARTÍNEZ GARCÍA, Á. S., 2015, p. 899, lo que lógicamente dependerá de la posición que se mantenga sobre el bien tutelado y de la relevancia que pretenda darse en estos preceptos a la tutela de «las relaciones familiares».

⁴⁶ En estos términos, entre otras muchas resoluciones, el Auto de la Audiencia Provincial de Donostia-San Sebastián 1441/2019, de 30 de diciembre, Fundamento de Derecho Tercero.

⁴⁷ Algunos autores consideran incluso que, a pesar de que el delito de utilización de menores para la práctica de la mendicidad también pueda de alguna manera atentar contra el régimen jurídico de los derechos y deberes familiares, la instrumentalización mercantilista de la conducta activa del menor en el ejercicio de la práctica de la mendicidad y el atentado a su dignidad hacen que la aplicación del artículo 232 del Código penal decaiga siempre a favor del delito de trata de seres humanos del artículo 177 bis del Código Penal. En este sentido, NIETO GARCÍA, Á. J. «Concurso penal de la trata de seres humanos y utilización de menores como mendigos», *Diario La Ley*, 7867, 2012, pp. 2 ss.

⁴⁸ Extensamente sobre la limitación de la patria potestad, FERNÁNDEZ DÍAZ, C. R., «Efectos y defectos de las penas limitadoras de la patria potestad en el Código Penal Español. Especial referencia a los casos de violencia de género», *Revista General de Derecho Penal*, 33, 2020, pp. 2 ss.; también, REY

concepción de algún autor para quien «la instrumentalización del menor para la obtención de dinero supone una lesión de la dignidad del menor que atenta directamente contra el régimen jurídico de los derechos y deberes familiares, circunstancia ésta que apoya su ubicación sistemática»⁴⁹, que no se acierta a entender – nosotros desde luego no lo conseguimos– en la conexión que hace entre dignidad y vínculo familiar), pudiendo ser sujeto activo, además de los progenitores o personas con vínculo familiar con la víctima, cualquiera. La definición del bien jurídico del precepto no es sencilla y a ella no ayuda la discusión sobre la relevancia que se ha de otorgar a la posible existencia de un consentimiento que no es fácil de decir si puede o no excluir la relevancia penal de los hechos cuando en otros ámbitos, tan o más sensibles en relación con la correcta formación del menor (ejercicio de libertad sexual), sí puede aceptarse dicha eficacia. Lo que las conductas descritas parecen lesionar o, al menos, poner en peligro, es la formación y educación del menor, su libertad (según se interprete este concepto), quizás su dignidad personal⁵⁰ o incluso, no siempre, su salud e integridad.

VI

¿Qué importancia tiene hoy en día la «familia» a la hora de valorar su tutela penal, desde el reconocimiento del artículo 39.1 de la Constitución? ¿Tiene algo que ver con la de los «hijos» del artículo 39.2? ¿Y con la de los menores, en general? ¿En serio en 2021 nos interesa penalmente la ilegalidad del matrimonio al margen de los perjuicios que para las partes implicadas (más vulnerables) puedan derivarse de ella? ¿Cómo debemos valorar desde un pretendido bien colectivo el consentimiento del menor? ¿Volvemos a estar en tutelas que protegen aunque no se quiera por parte de la «víctima» dicha protección? Fijémonos más en los menores (no necesariamente de 18 años), en lo que necesitan, requieren, demandan, y a partir de ahí configuremos tutelas penales actualizadas y no trasnochadas.

HUIDOBRO, L. «La pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento», *Diario La Ley*, 6007, 2004, pp. 2 ss.

⁴⁹ Así, NIETO GARCÍA, Á. J., «La utilización de menores para la práctica de la mendicidad», *Diario La Ley*, 7467, 2010, p. 5

⁵⁰ Así, habla de la dignidad como bien jurídico protegido en estos delitos PRATS CANUT, J. M. «título XII. Delitos contra las relaciones familiares», *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Cizur Menor (Thomson Reuters-Aranzadi), 2008, p. 580.; también FERNÁNDEZ BAUTISTA, S., 2019, 402.

2020 O LAS SIETE SENTENCIAS DEL PLENO DE LA SALA DE LO PENAL DEL TRIBUNAL SUPREMO EN MATERIA DE SEGURIDAD VIAL

ROSARIO DE VICENTE MARTÍNEZ*

A la Profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo

I. INTRODUCCIÓN

A lo largo de 2020 el Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha dictado siete importantes sentencias en materia de Seguridad Vial que se unen a las dictadas en años anteriores¹ al examinar recursos de casación que habían sido admitidos por presentar «interés casacional» en los términos previstos a estos efectos en la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales. En su Preámbulo la citada Ley justifica la labor unificadora de la doctrina penal del Tribunal Supremo en estos términos: «es necesario remodelar la casación

* Catedrática de Derecho Penal. Universidad de Castilla-La Mancha.

¹ La primera sentencia sobre el nuevo recurso de casación por infracción de ley fue precisamente sobre la negativa a someterse a la segunda prueba de alcoholemia, *Vid.*, más ampliamente en DE VICENTE MARTÍNEZ, R., «Dos sentencias del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que han unificado el escenario de los delitos contra la Seguridad Vial», *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal* núm. 47, 2017, pp. 85 ss.; DOLZ LAGO, M. J., «Primera sentencia sobre el nuevo recurso de casación por infracción de ley contra sentencias de apelación de las Audiencias Provinciales y de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional», *Diario La Ley*, 6 de junio de 2017.

para conseguir que cumpla de forma eficaz su función unificadora de la doctrina penal. Actualmente un porcentaje limitado de delitos tiene acceso al recurso de casación y, por consiguiente, su interpretación unificadora se lleva a cabo por las Audiencias Provinciales, lo que no garantiza un tratamiento homogéneo para toda España. A esta realidad se unen las sucesivas reformas del Código Penal, a impulsos de exigencias sociales, transposición de directivas europeas o con motivo del cumplimiento de normativas internacionales, la última de las cuales en virtud de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, ha supuesto cambios profundos en la ley sustantiva. Ante esta situación se hacía imprescindible una reforma del ámbito material del recurso de casación para permitir que el Tribunal Supremo aportara la exigible uniformidad en tales materias.

Para hacer posible el acceso de los nuevos delitos al recurso de casación la reforma contempla distintas medidas que actuarán como contrapesos para equilibrar el modelo y hacerlo plenamente viable. En primer lugar, se generaliza el recurso de casación por infracción de ley, si bien acotado al motivo primero del artículo 849, y reservando el resto de los motivos para los delitos de mayor gravedad. En segundo lugar, se excluyen del recurso de casación las sentencias que no sean definitivas, esto es, aquellas que se limiten a declarar la nulidad de las resoluciones recaídas en primera instancia, por considerarse que en estas situaciones la casación se convertiría en un trámite superfluo y dilatorio, sin que suponga sustraer la causa al conocimiento del Tribunal Supremo, toda vez que esta vía impugnativa permanecerá abierta una vez resueltas las causas de nulidad. Y, finalmente, se instituye la posibilidad de que el recurso pueda ser inadmitido a trámite mediante providencia «sucintamente motivada» por unanimidad de los componentes de la Sala cuando carezca de interés casacional, aunque exclusivamente cuando se trate de recursos interpuestos contra sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales o la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. A efectos de determinar la existencia de ese interés casacional deberán tomarse en consideración diversos aspectos, entre otros, los siguientes: si la sentencia recurrida se opone abiertamente a la doctrina jurisprudencial emanada del Tribunal Supremo, si resuelve cuestiones sobre las que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, o si aplica normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no existiese una doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo ya consolidada relativa a normas anteriores de igual o similar contenido.

De esa forma, existirá doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo en todas las materias, sustantivas, procesales y constitucionales».

Para conseguir esta ansiada unificación, la reforma modifica el artículo 847 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que pasa a tener la siguiente redacción:

«1. Procede recurso de casación:

a) Por infracción de ley y por quebrantamiento de forma contra:

1.º Las sentencias dictadas en única instancia o en apelación por la Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia.

2.º Las sentencias dictadas por la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional.

b) Por infracción de ley del motivo previsto en el número 1.º del artículo 849 contra las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

2. Quedan exceptuadas aquellas que se limiten a declarar la nulidad de las sentencias recaídas en primera instancia».

El legislador, con esta reforma, asegura que el Tribunal Supremo extienda su labor de unificación de criterios en la interpretación y aplicación de las normas del Derecho penal a aquellas materias de las que, en principio, no llega a conocer, salvo por razón de conexidad; en concreto, aquellos delitos cuyo conocimiento se atribuye, en última instancia, vía recurso de apelación, a las distintas Audiencias Provinciales, con el consiguiente riesgo de que surjan disparidad de criterios en la aplicación de una misma norma, en función del lugar donde se haya cometido el delito.

Completa la previsión del artículo 847, el nuevo párrafo segundo añadido por la misma Ley de 2015 al artículo 889 de la LECrim², que exige que el recurso revista interés casacional, dado que la carencia de este requisito se erige como causa de inadmisión³.

No obstante, la introducción en la Ley de Enjuiciamiento Criminal de esta modalidad de recurso de casación suscitó problemas en orden a la verificación de cual o cuales pudieran ser los motivos por los que se podía fundamentar el recurso, debido a la existencia de distintos preceptos que pudieran entrar en contradicción. El Tribunal Supremo zanjó la cuestión con el Acuerdo No Jurisdiccional del Pleno de la Sala Segunda de 9 de junio de 2016, fijando que únicamente se podía fundar dicho recurso en los supuestos de error de derecho –

² Conforme establece el párrafo segundo del artículo 889: «La inadmisión a trámite del recurso de casación en el supuesto previsto en el art. 847.1.b) podrá acordarse por providencia sucintamente motivada siempre que haya unanimidad por carencia de interés casacional».

³ Vid. más ampliamente en SANZ MORÁN, A., «Primeros frutos de la nueva casación penal», *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, núm. 48, 2017, pp. 15 ss.

infracción de un precepto penal sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de la ley penal—, siempre y cuando exista interés casacional en la resolución del recurso; igualmente deben ser inadmitidos aquellos recursos que aleguen infracciones procesales o constitucionales, sin perjuicio de que en este último caso, se puedan alegar para reforzar la alegación de infracción de una norma penal sustantiva⁴.

Conforme al Acuerdo adoptado «tiene interés casacional, conforme a la exposición de motivos: a) si la sentencia recurrida se opone abiertamente a la doctrina jurisprudencial emanada del Tribunal Supremo, b) si resuelve cuestiones sobre las que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, c) si aplica normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no existiese una doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo ya consolidada relativa a normas anteriores de igual o similar contenido».

Pues bien, una de las materias que se han beneficiado de este recurso ha sido, sin lugar a duda, los delitos contra la seguridad vial. Solo en 2020 el Pleno ha tenido ocasión de pronunciarse sobre: la aplicación del artículo 385 ter a una pena distinta de la pena de prisión (sentencia del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo 38/2020, de 6 de febrero); la aplicación de la pena accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión de taxista por un delito del artículo 384 (sentencia del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo 42/2020, de 10 de febrero); la posibilidad de que el delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas se cometa en grado de tentativa cuando no se ha llegado a arrancar el vehículo (sentencia del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo 48/2020, de 11 de febrero); sobre la imputación a título de dolo eventual de los resultados lesivos producidos en el marco del delito del artículo 381 (sentencia del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo 251/2020, de 27 de mayo); sobre la posibilidad de aplicar el delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas en tasas inferiores a 0,60 mg/l (sentencia del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo 292/2020, de 10 de junio); sobre la naturaleza jurídica del artículo 382 (sentencia del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo 350/2020, de 25 de junio) o sobre la imprudencia en el tráfico viario (sentencia del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo 421/2020, de 22 de julio)⁵.

⁴ Vid. GONZÁLEZ GUTIÉRREZ, J., y GARCÍA MIGUEL, S., «El recurso de casación tras la reforma introducida por la Ley 41/2015», *Diario La Ley*, 8 de marzo de 2021.

⁵ Una reseña a éstas y a anteriores sentencias del Pleno del Tribunal Supremo en materia de seguridad vial, puede verse en LANZAROTE MARTÍNEZ, P., *Doctrina unificada del Tribunal Supremo sobre delitos contra la seguridad vial*, Madrid (Wolters Kluwer), 2021.

II. LA SENTENCIA DEL PLENO DE LA SALA SEGUNDA DEL TRIBUNAL SUPREMO 38/2020, DE 6 DE FEBRERO, SOBRE LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 385 TER A UNA PENA DISTINTA DE LA PENA DE PRISIÓN

El artículo 385 ter del Código penal dispone: «En los delitos previstos en los artículos 379, 383, 384 y 385, el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, podrá rebajar en un grado la pena de prisión en atención a la menor entidad del riesgo causado y a las demás circunstancias del hecho».

La recurrente, condenada como responsable de un delito contra la seguridad vial previsto en el párrafo segundo del artículo 384 del Código penal, tras invocar sentencias contradictorias de varias Audiencias Provinciales, sostiene que el artículo 385 ter no es de aplicación exclusiva a la pena de prisión sino que debe ser aplicado a la totalidad de las penas que aparecen recogidas en el artículo 384 del Código penal y, con ello, a la pena de trabajos en beneficio de la comunidad por la que ha sido condenada, pena que, en consecuencia, propone sea reducida en un grado en virtud del artículo 385 ter.

La sentencia del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo 38/2020, de 6 de febrero⁶ considera que la cláusula recogida en el artículo 385 ter debe ser aplicada únicamente a la pena de prisión. Para el Tribunal Supremo: «Una primera aproximación al precepto nos lleva, en una interpretación literal del mismo, a considerar que se refiere únicamente a la rebaja de la pena de prisión pues así lo dispone expresamente. No parece que sea otro el tenor literal del artículo 385 ter.

Igual conclusión se alcanza atendiendo a criterios lógicos o sistemáticos. Examinados otros preceptos del Código Penal en los que el legislador ha previsto semejantes cláusulas de atenuación a la que contempla el precepto examinado con el propósito de relajar en alguna medida la exacerbación punitiva en determinados delitos, se observa que cuando el legislador autoriza la posible atenuación de diversas penas que de forma conjunta o alternativa están previstas para un mismo hecho así lo expresa, utilizando para ello formulas abiertas. [...] Idéntica solución se alcanza si atendemos al elemento teleológico en la interpretación del precepto. (...) con la finalidad de, sin suprimir la pena de prisión, permitir al Juez la posibilidad de rebajarla en atención a la menor entidad del riesgo causado y a las circunstancias del hecho, como era el caso de conduc-

⁶ Vid. un comentario a esta sentencia en MAGRO SERVET, V., «Alcance en el uso de la rebaja de la pena del art. 385 ter CP en delitos contra la seguridad vial», *Tráfico y Seguridad Vial*, núm. 252, 2020.

tas que pese a circular a gran velocidad o sobrepasar el tipo penal de alcoholemia, no habían causado ni accidente ni víctimas.

Por último, y en consonancia con los antecedentes parlamentarios, el apartado XXV del Preámbulo de la citada Ley Orgánica 5/2010 hace referencia expresa a la posibilidad de atenuar la pena de prisión, y no otras penas, prevista en los artículos 379, 383, 384 y 385 del Código Penal. De esta forma se expone: «Por último, en los supuestos de imposición de la pena de prisión, tratándose de los delitos contenidos en los artículos 379, 383, 384 y 385, se concede a los jueces la facultad excepcional de rebajarla en grado atendiendo a la menor entidad del riesgo y a las demás circunstancias del hecho enjuiciado.»

En definitiva desde una interpretación apegada al sentido literal del precepto así como sistemática y también desde la *voluntas legislatoris*, es obligado concluir que la cláusula atenuatoria recogida en el artículo 385 ter del Código Penal debe ser aplicada únicamente a la pena de prisión».

III. LA SENTENCIA DEL PLENO DE LA SALA SEGUNDA DEL TRIBUNAL SUPREMO 42/2020, DE 10 DE FEBRERO, SOBRE LA APLICACIÓN DE LA PENA ACCESORIA DE INHABILITACIÓN ESPECIAL PARA EL EJERCICIO DE LA PROFESIÓN DE TAXISTA POR UN DELITO DEL ARTÍCULO 384

El recurrente, taxista de profesión, fue condenado como autor de un delito del artículo 384 del Código penal por conducir habiendo sido privado del permiso de conducir por resolución judicial, concurriendo la circunstancia agravante de multirreincidencia, a la pena de ocho meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y asimismo con inhabilitación especial para el ejercicio de la actividad profesional de taxista durante el tiempo de tres años.

Cuestiona el recurrente la determinación de la pena de «inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio» cuando se impone como pena accesoria y denuncia en el motivo primero –único con interés casacional– tres infracciones:

- 1) Vulneración del deber de motivación de la pena accesoria referida.
- 2) Imposibilidad de imponer de forma conjunta las penas de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo y la de inhabilitación profesional.

3) La indebida aplicación de la pena de inhabilitación profesional, ya que la extensión de la pena impuesta (tres años) es superior a la pena principal (8 meses de prisión).

En cuanto a la falta de motivación, entiende el Tribunal Supremo que «tanto la sentencia dictada por el Juez de lo Penal núm. 26 de Barcelona de fecha 18-1-2018 como la dictada por la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Barcelona de 8-6-2018 justifican la extensión de la pena de inhabilitación para el ejercicio de su profesión como taxista «teniendo en cuenta que efectivamente todos los ilícitos se han cometido desempeñando la actividad profesional como taxista por parte del mismo, siendo reiterada su conducta delictiva teniendo relación directa dicha actividad profesional con el ilícito perpetrado y la evidencia derivada de su hoja histórico-penal de la más que probable reincidencia en dicho comportamiento».

Por lo tanto, aún de forma especialmente escueta, la decisión del tribunal se encuentra motivada. No obstante, la falta de motivación de que se denuncia respecto a la concreta imposición de esta pena de inhabilitación especial afecta a otro aspecto y en el que la queja deberá ser estimada».

[...] «En cuanto a la extensión de la pena de inhabilitación profesional y la infracción del artículo 33.6 CP, el motivo deberá ser estimado, tal como solicita el Ministerio Fiscal, al apoyar el motivo.

En efecto, el delito por el que el recurrente fue condenado –conducción sin permiso (384 CP)– no lleva consigo como pena específica o principal la inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión, por lo que habrá que entender que la pena de tres años de inhabilitación especial para el ejercicio de la actividad profesional de taxista tiene la consideración de pena accesoria (art. 56.3 CP) y, por lo tanto, de aplicación lo preceptuado en el núm. 6 del artículo 33 CP («las penas accesorias tendrán la duración que respectivamente tenga la pena principal, excepto lo que dispongan otros preceptos de este Código», redacción dada por el artículo único apartado 2 de la LO 15/2003, de 28 de noviembre de 2003, con vigencia desde el 1 de octubre de 2004). Consecuentemente al no ser de aplicación la excepción prevista en el precepto, la inhabilitación deberá tener la misma duración que la pena principal impuesta (esto es, en el caso concreto, 8 meses)».

El Tribunal Supremo recurre a la interpretación que la Sala Segunda viene manteniendo en anteriores sentencias y dicta una segunda sentencia en la que condena al acusado a la pena accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio de la actividad profesional de taxista durante el tiempo de ocho meses.

IV. LA SENTENCIA DEL PLENO DE LA SALA SEGUNDA DEL TRIBUNAL SUPREMO 48/2020, DE 11 DE FEBRERO, SOBRE LA POSIBILIDAD DE QUE EL DELITO DE CONDUCCIÓN BAJO LA INFLUENCIA DE BEBIDAS ALCOHÓLICAS SE COMETA EN GRADO DE TENTATIVA CUANDO NO SE HA LLEGADO A ARRANCAR EL VEHÍCULO

La sentencia del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo 48/2020, de 11 de febrero analiza la posibilidad de apreciar la comisión del delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas en grado de tentativa cuando solo se han iniciado los actos preparatorios para la conducción, pero no se ha llegado a arrancar el vehículo⁷.

Según los hechos probados el acusado, a través de la correspondiente aplicación, activó y alquiló desde su terminal una motocicleta de una empresa de alquiler, llegando a sacar el vehículo de su establecimiento y ponerse el casco reglamentario, intentando conducirlo y circular con él, en el momento en que fue sorprendido por una dotación de la Policía Local.

Estos hechos o parecidos han sido solucionados por la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales de manera contradictoria pues mientras unas Audiencias se posicionaban a favor de la posibilidad de aplicar la tentativa, otras, por el contrario, han considerado la conducta atípica.

La resolución del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo concluye que no es posible la tentativa en supuestos en los que no se llega a accionar el vehículo y, por tanto, no se lleva a cabo alguna conducta relativa al verbo típico «conducir». Ello aunque sea muy alta la tasa de alcoholemia en la persona, ya que lo decisivo sobre esta forma imperfecta es la realización de actos de conducción, no que el sujeto se encuentre bajo los efectos de estas sustancias. Para el Tribunal Supremo: «La conducta será delictiva si concurren los dos elementos que integran la comisión de este delito de peligro abstracto, la conducción del vehículo de motor y ciclomotor, y el resto de presupuestos del tipo objetivo: determinada tasa de alcohol en aire espirado o acreditación de que el conductor se hallaba bajo la efectiva influencia de las bebidas alcohólicas. Pero, además, se requiere para que ello sea así, una peligrosidad real para usuarios potenciales que ha de determinarse mediante un juicio hipotético, peligrosidad que se puede identificar con la idoneidad de la acción. [...] Supuestos como el

⁷ Un comentario a esta sentencia puede verse en MAGRO SERVET, V., «¿Procede la tentativa en el delito del art. 379 CP cuando no se ha iniciado la conducción, pero se está a punto de hacerlo, o es impune?», *Tráfico y Seguridad Vial*, núm. 248, 2020.

analizado o similares, tales como entrar en un vehículo o subirse a un ciclomotor, sin llegar a accionarlo, sin llevar a cabo alguna conducta relativa al verbo típico «conducir», no puede considerarse como tentativa del delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes, por muy alta que sea la tasa de alcoholemia en el sujeto, ya que lo decisivo sobre esta forma imperfecta es la realización de actos de conducción, no que el sujeto se encuentre bajo los efectos de estas sustancias.»

V. LA SENTENCIA DEL PLENO DE LA SALA SEGUNDA DEL TRIBUNAL SUPREMO 251/2020, DE 27 DE MAYO, SOBRE LA IMPUTACIÓN A TÍTULO DE DOLO EVENTUAL DE LOS RESULTADOS LESIVOS PRODUCIDOS EN EL MARCO DEL DELITO DEL ARTÍCULO 381

La sentencia objeto de la censura casacional condena a la recurrente como autora de un delito de conducción con manifiesto desprecio por la vida de los demás (artículo 381, que absorbe el delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas del artículo 379.2 por el concurso de normas del artículo 8.2 del Código penal) a su vez en concurso normativo del artículo 382 con un delito de homicidio del artículo 138 del Código penal, y dos delitos de homicidio intentado en concurso ideal entre sí del artículo 77, con la concurrencia de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal atenuante de embriaguez, como muy cualificada, a la pena de seis años, diez meses y quince días de prisión.

La recurrente denuncia un error de derecho por la aplicación indebida del artículo 138, respecto de los tres resultados contra el bien jurídico vida, dos en grado de tentativa y uno consumado. Sostiene que del relato fáctico «no resulta el debido conocimiento de la situación de peligro, ni la asunción de este», y transcribe, parcialmente, la jurisprudencia del Tribunal Supremo destacando las afirmaciones del mismo en torno a la exigencia de que el conductor debe conocer y percibir el riesgo directamente y con antelación suficiente. Sostiene que no era una conductora «kamikaze», sino que se equivocó de salida de la autovía y que apenas condujo dos kilómetros en dirección contraria, y que lo hizo bajo los efectos de bebidas alcohólicas.

El motivo se desestima. Conforme dispone el Tribunal Supremo en esta sentencia: «Hemos de recordar que la vía impugnatoria elegida es la del error de derecho, que supone que el recurrente debe respetar el relato fáctico declarado probado en la sentencia, sin pretensión revisora del hecho probado y discutiendo

la errónea aplicación de la norma penal sustantiva que invoca como inaplicada, o indebidamente inaplicada. En el caso, niega que los resultados típicos fueran dolosos lo que llevaría a la aplicación del artículo 142 del Código penal, en el delito consumado, y 152, respecto de los intentados, lesiones por imprudencia. [...] Se estima que obra con dolo quien, conociendo que genera un peligro concreto jurídicamente desaprobado, no obstante, actúa y continúa realizando la conducta que somete a la víctima a riesgos que el agente no tiene la seguridad de poder controlar y aunque no persiga directamente la causación del resultado, del que no obstante ha de comprender que hay un elevado índice de probabilidad de que se produzca. Entran aquí en la valoración de la conducta individual parámetros de razonabilidad de tipo general que no puede haber omitido considerar el agente, sin que sean admisibles por irrazonables, vanas e infundadas esperanzas de que el resultado no se produzca, sin peso frente al más lógico resultado de actualización de los riesgos por el agente generados. [...] Con referencia al dolo eventual, lo hemos considerado como el conocimiento del elevado peligro concreto que la conducta desarrollada entraña para el bien jurídico, pese a lo cual el autor lleva a cabo la ejecución, asumiendo o aceptando así el probable resultado que pretende evitar la norma penal».

VI. LA SENTENCIA DEL PLENO DE LA SALA SEGUNDA DEL TRIBUNAL SUPREMO 292/2020, DE 10 DE JUNIO, SOBRE LA POSIBILIDAD DE APLICAR EL DELITO DE CONDUCCIÓN BAJO LA INFLUENCIA DE BEBIDAS ALCOHÓLICAS EN TASAS INFERIORES A 0,60 MG/L

La resolución dictada en la primera instancia condenó al acusado como autor de un delito contra la seguridad del tráfico, en su modalidad de conducción de vehículo de motor en estado de embriaguez, a la pena de multa de 7 meses a razón de una cuota diaria de 6 euros y privación del derecho a conducir vehículos de motor y ciclomotores por tiempo de 18 meses.

La sentencia de la Audiencia Provincial, dictada en grado de apelación, mantuvo el pronunciamiento condenatorio respecto de la pena de multa, pero rebajó la privación del derecho a conducir vehículos de motor al tiempo de 1 año y 1 día.

A juicio del recurrente, la resolución combatida ha incurrido en un error de derecho en el juicio de subsunción, por indebida aplicación del artículo 379.2 del Código penal. Estima que la aplicación del margen de error del etilómetro contenido en la Orden ITC3707/2006 (7,5%), obligaría a reducir, por ministe-

rio de la ley, los índices que determinaron el grado de presencia del alcohol en aire expirado. De ahí que los 0,66 mg correspondientes a la primera prueba quedarían reducidos a 0,60 y los 0,62 mg de la segunda se situarían en 0,57 mg de alcohol por litro de aire expirado.

Como quiera, dice la recurrente que el artículo 379.2 fija en 0,60 mg el índice que obliga, «en todo caso» a estimar que el conductor no está en condiciones de conducir, desaparecería la base fáctica sobre la que se apoya la condena.

El Tribunal Supremo en su sentencia 292/2020⁸ considera que: «[e]l artículo 379.2 del CP impone al órgano sentenciador que estime, en todo caso, que el conductor de un vehículo de motor no se halla en condiciones de incorporarse a la conducción rodada si supera una tasa de alcohol de 0,60 miligramos por litro de aire expirado o una tasa de alcohol en sangre de 1,2 gramos por litro. Con esta fórmula el legislador está valiéndose del censurado sistema de prueba tasada, en el que el desenlace valorativo de un determinado medio de prueba está ya predefinido. Esa solución, si bien se mira, implica que es el legislador quien define, de forma anticipada y taxativa, cuándo ha de entenderse generado un peligro abstracto para el bien jurídico protegido. Como tal, no es excepcional en el ámbito del derecho comparado. Algunos Estados próximos geográficamente al nuestro fijan incluso un índice sensiblemente inferior. Pero es inquestionable que, del mismo modo que un coeficiente que desborde esos parámetros determina la condena del acusado, la absolución no es obligada cuando existen otros elementos de juicio que avalan, de modo inequívoco, la conclusión de que el conductor ponía en riesgo la integridad de las personas o de los bienes como consecuencia de su estado de embriaguez.

Por consiguiente, aun cuando en el hecho probado se hubiera incorporado el resultado derivado de la aplicación del margen de error impuesto por la orden ITC3707/2006 y se hubiera degradado el índice arrojado por las dos pruebas a las que Jaime fue sometido, seguiría existiendo base fáctica para su condena. En efecto, el contacto del acusado con el alcohol es innegable. Así lo refleja la prueba a la que fue sometido, más allá de que el índice no arrojara el margen al que el legislador asocia como irremediable la condena. Pero además en el *factum* se sostiene que el acusado conducía el vehículo matrícula....-YDW «...bajo la previa ingesta de bebidas alcohólicas que disminuían notablemente sus facultades psico-físicas en orden al debido manejo del vehículo, motivo por el que circulaba

⁸ Un comentario a esta sentencia puede verse en MAGRO SERVET, V., «Valoración de la prueba en la comisión del delito de conducción en estado de embriaguez (art. 379.2 CP) con índice inferior al 0,60 pero con signos externos de alcoholemia», *Tráfico y Seguridad Vial*, núm. 256, 2020.

haciendo desplazamientos laterales hacia izquierda y derecha, así como con la línea longitudinal discontinua de separación de carriles bajo el eje longitudinal del vehículo». Así mismo se añade que el acusado «...presentaba síntomas de ingesta alcohólica: olor a alcohol, ojos vidriosos, hablar lento».

En definitiva, no hubo error de subsunción y el motivo ha de ser desestimado (art. 883.4 y 885.1 LECrim)».

VII. LA SENTENCIA DEL PLENO DE LA SALA SEGUNDA DEL TRIBUNAL SUPREMO 350/2020, DE 25 DE JUNIO, SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL ARTÍCULO 382

El Tribunal Supremo plantea en esta sentencia en qué casos es de aplicación la cláusula concursal del artículo 382 o bien el concurso real, y llega a la conclusión en la sentencia 350/2020⁹ de que no se aplicará la norma concursal del artículo 382 si el delito de conducción temeraria concurre con otro delito de lesiones dolosas.

La Audiencia Provincial aplicó el artículo 382 y entendió que los hechos probados eran constitutivos de dos delitos, uno, tipificado en el artículo 381.1, como conducción temeraria con manifiesto desprecio por la vida de los demás, y otro, un delito doloso de lesiones del artículo 148.1 agravado por la utilización de instrumento peligroso, en este caso, mediante el uso de un automóvil.

El acusado consideró improcedente la aplicación del artículo 382. El Tribunal Supremo tras afirmar que «esta censura casacional contiene una formulación técnica de indudable interés, dando oportunidad a esta Sala Casacional de describir los contornos jurídicos de la cláusula concursal contenida en el artículo 382 del Código Penal, dirimiendo la doctrina contradictoria de las Audiencias al respecto», entiende que «la cuestión que plantea la parte recurrente es que no puede ser aplicada la cláusula concursal del artículo 382 del Código Penal cuando el delito de resultado lesivo es un delito de lesiones, doloso, máxime en este caso, con dolo directo, en el cual el acusado dirige su acción hacia la comisión de un delito contra la integridad física del sujeto pasivo, de forma consciente, utilizando el vehículo a motor como instrumento peligroso, es decir, como arma delictiva.

En el caso, el dolo directo es incuestionable en tanto que dirige el vehículo hacia Baltasar, a quien pretende lesionar con el utensilio que supone el auto-

⁹ Un comentario a esta sentencia puede verse en MAGRO SERVET, V., «Interpretación del alcance de la cláusula concursal del artículo 382 CP en la seguridad vial», *Tráfico y Seguridad Vial*, núm. 259, 2021.

móvil que conduce. La norma concursal prevista en el artículo 382 del Código Penal está pensada para conceder una respuesta penológica adecuada a aquellos hechos delictivos que causan, además del peligro, un resultado lesivo. El legislador no quiere que el delito de peligro quede absorbido en el delito de resultado, sino que se aplique un concurso delictivo, de manera que se imponga la pena del delito más grave en su mitad superior.

Pero esta norma concursal no puede ser aplicada cualquiera que sea el delito de lesión causado. Ciertamente, la literalidad de la norma no lo impide, porque únicamente se refiere a que se produzca «un resultado lesivo constitutivo de delito, cualquiera que sea su gravedad». Pero quien con su acción se dirige a causar individualmente un resultado doloso frente a una persona en particular, utiliza el automóvil como un instrumento, no resultando afectado el riesgo causado para la circulación hacia ese concreto sujeto, porque, respecto de él, lo que quiere el autor es herirlo o matarlo. Ahora bien, si con tal acción pone en peligro concreto, como lo es en este caso, otros bienes jurídicos individuales, tal acción no puede quedar impune, sino que se aplicará, frente a ellos, la correspondiente sanción por la comisión de un delito de peligro en el ámbito de la seguridad vial.

En efecto, en el supuesto que estamos analizando, se ponen en concreto peligro la vida o integridad, primeramente, de dos personas más, la de Olga y la de su madre. Y en una segunda fase, la de una multitud de personas, particularmente niños que salen del colegio, en donde la conducta incurso en el artículo 381 del Código Penal, está fuera de toda duda.

De modo que la cláusula concursal se aplicará indudablemente al resultado lesivo, cuando se trate de delitos imprudentes, y se aplicará el concurso real, como en nuestro caso, cuando existan otros bienes jurídicos puestos en juego, como la vida o la integridad física de terceros, y la acción sea dolosa.

Dicho de otro modo: cuando el autor pretenda con una conducta (dolosa) utilizar el vehículo como instrumento del delito para causar la muerte o lesionar al sujeto pasivo del delito contra la vida o la integridad de las personas, al no existir propiamente riesgo para la seguridad de la vía, pues la acción queda concentrada en el sujeto pasivo, tal acción quedará sancionada en el correspondiente delito cometido con dolo directo hacia tal víctima.

Ahora bien, cuando además del daño producido con dolo directo, se cometa un delito de peligro por afectar a la seguridad de la vía, peligro que afectará a terceros, se aplicará el correspondiente concurso real de infracciones, siendo sancionadas por separado.

Para la aplicación de la norma concursal se requiere que el autor, además del riesgo prevenido, origine un resultado lesivo constitutivo de un deli-

to imprudente, o eventualmente con dolo eventual. El dolo directo de atentar contra la vida o causar una lesión a la víctima perseguida por el autor, impide la aplicación de la cláusula concursal, porque lo querido es llevar a cabo tal resultado. En ese supuesto, cuando se afecta la seguridad vial que incluya como bien jurídico a terceros, podrá dar lugar a un concurso real de delitos, a sancionar por separado».

El Tribunal Supremo llega a la conclusión de que «como quiera que entendemos, como nos pide el recurrente, que no se aplique tal cláusula concursal por tratarse el segundo delito de un delito doloso, cometido con dolo directo, e impedirlo nuestra doctrina legal, reflejada en nuestros anteriores fundamentos jurídicos (véase la STS 744/2018, de 7 de febrero de 2019), hemos de sancionar ambos comportamientos por separado, como hizo el Juzgado de lo Penal».

VIII. LA SENTENCIA DEL PLENO DE LA SALA SEGUNDA DEL TRIBUNAL SUPREMO 421/2020, DE 22 DE JULIO, SOBRE LA IMPRUDENCIA EN EL TRÁFICO VIARIO

La sentencia del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo 421/2020 ha sido objeto de varios comentarios¹⁰ dada la importancia de la misma al unificar la doctrina en materia de imprudencia en el ámbito viario. Se trata de un accidente de tráfico con resultado de muerte calificado por el Juzgado de lo Penal núm. 1 de Ceuta de un delito de homicidio por imprudencia grave cometido con vehículo a motor. La Audiencia Provincial de Ceuta, en sentencia de 6 de febrero de 2018, previa modificación de los hechos probados, entendió que la imprudencia era de carácter leve y, en consecuencia, absolvió al acusado. La acusación particular interpuso recurso de casación por infracción de ley, por aplicación indebida de los artículos 141.1 y 2.

El Tribunal Supremo lleva a cabo un minucioso estudio de la imprudencia y aclara las dudas sobre las distintas clases de la misma, particularmente de la imprudencia menos grave de la que dice: «Eскурridizo resulta el concepto de

¹⁰ Vid. LANZAROTE MARTÍNEZ, P., «Comentario a la Sentencia 421/2020, de 22 de julio del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo sobre imprudencia en tráfico», en *Diario La Ley* de 16 de septiembre de 2020; MAGRO SERVET, V., «La imprudencia menos grave y la referencia del último inciso del artículo 152.2.2 CP (“atendida la entidad de esta infracción ...”», *Tráfico y Seguridad Vial*, núm. 254, 2020; ANTÓN Y ABAJO, A., «Sucumbir a los sesgos: la imprudencia menos grave y la STS (Sala 2.ª) 421/20, de 22 de julio de 2020», en *Diario La Ley* de 8 de marzo de 2021; MARTÍN FERNÁNDEZ, D., «Análisis de la Sentencia del Tribunal Supremo 421/2020, de 22 de julio. A propósito de la definición de imprudencia menos grave», *Diario La Ley* de 20 de octubre de 2020.

imprudencia menos grave: hay que construirlo, según acabamos de sugerir, aunque la cuestión no es pacífica en la doctrina, a base de dividir la antigua categoría de imprudencia leve en dos grupos: las imprudencias más graves de las antiguas leves y las restantes. El grupo de las imprudencias menos graves es una categoría de fronteras difusas tanto por arriba como por abajo. Debe abrirse paso como en cuña entre esas dos formas (grave y leve, que se corresponden con las tradicionales temeraria y simple) que gozaban de arraigo y contaban con ciertos criterios unificadores.»

El Tribunal Supremo estima parcialmente el recurso de casación y en segunda sentencia condena al acusado como autor de un delito de homicidio culposo por imprudencia menos grave, lo que le lleva a clarificar la interpretación de la imprudencia menos grave, estableciendo un criterio meramente orientativo conforme al cual «la presencia de una infracción grave supone una presunción de imprudencia menos grave», concluye la sentencia.

Hay que advertir que, en materia de imprudencia en el tráfico viario, el mes de julio de 2021 se presentó una iniciativa legislativa sobre la supresión del inciso final de los artículos 142 y 152 del Código penal, que supondría dejar al juez sin la facultad de archivar una denuncia por valorar la infracción como imprudencia menos grave¹¹.

¹¹ Vid. la Proposición de Ley Orgánica de modificación del Código Penal en materia de imprudencia en la conducción de vehículos a motor o ciclomotor. BOCG. Congreso de los Diputados, serie B, núm. 179-1, de 30 de agosto de 2021.

SOCIEDAD DEL RIESGO Y FRAUDES ALIMENTARIOS

JULIO DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO*

I. LA MODERNA SOCIEDAD DEL RIESGO

La sociedad «moderna» es una sociedad de riesgo y los beneficios que estos riesgos proporcionan a la sociedad los justifican, pero, al mismo tiempo, el ciudadano, para poder ejercer realmente su libertad precisa tener una cierta seguridad y confianza en que esos riesgos no son superiores a los que aparentan ser¹. La necesidad de seguridad reclama una reacción.

En la actualidad, si se buscaran algunas de las características de la sociedad moderna, parece que podría llegarse sin mucha discusión al acuerdo de que dos de ellas consisten en que se trata de una sociedad de organizaciones y de una sociedad del riesgo². Empezando por esto último, es común recordar que la denominación «sociedad del riesgo» procede del modelo teórico desarrollado principalmente por el sociólogo alemán Ulrich Beck³ y que serviría para caracterizar y definir a la actual sociedad postindustrial, en la que los avances tecnológicos son fuentes de mayores riesgos, que tienen su origen en decisiones y comportamientos humanos, para los ciudadanos⁴.

* Profesor Emérito de Derecho Penal. Universidad Autónoma de Madrid.

¹ CORCOY BIDASOLO, M., *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, Valencia (Tirant lo Blanch), 1999, p. 192.

² FEJOO SÁNCHEZ, B., «Autorregulación y Derecho penal de la empresa: ¿una cuestión de responsabilidad individual?», en Arroyo Jiménez, L., y Nieto Martín, A. (dirs.), *Autorregulación y sanciones*, Valladolid 2008, p. 201.

³ BECK, U., *La Sociedad del riesgo*, Barcelona (Ed. Paidós Ibérica), 2019.

⁴ *Vid.*, extensamente en la doctrina penal española, MENDOZA BUERGO, B., *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, Madrid 2001, pp. 23 ss.; ÍÑIGO CORROZA, E., *La responsabilidad penal del fabrican-*

Es frecuente contemplar cómo en la literatura penal se utilizan expresiones como «sociedad del riesgo», «Derecho penal del riesgo», «política criminal del riesgo», «dogmática del riesgo», «políticacriminal en las sociedades postindustriales», «expansión del Derecho penal» y, en fin, «responsabilidad penal por el producto»⁵, todas ellas asociadas a distintos fenómenos aparecidos con el auge y desarrollo de los modernos avances científico-técnicos en materias como la ecología, la genética, los medicamentos o los alimentos. Es más, cuando se hace referencia al «moderno o nuevo Derecho penal» es frecuente caracterizarlo mediante las etiquetas de Derecho penal «del riesgo», Derecho penal «simbólico» e, incluso más modernamente, Derecho penal «del enemigo»⁶.

En lo que aquí y ahora atañe, la sociedad postindustrial, además de la «sociedad del riesgo» tecnológico, es una sociedad con otros caracteres individualizadores, que convergen en su caracterización como una sociedad de «objetiva» inseguridad. De entrada, debe significarse que el empleo de medios técnicos, la comercialización de productos o la utilización de sustancias cuyos posibles efectos nocivos no se conoce de modo seguro y, en todo caso, se manifestarán años después de la realización de la conducta, introducen un importante factor de incertidumbre en la vida social⁷, lo que legitima la intervención penal. De esta manera, puede decirse que el riesgo y la amenaza aparecen percibidos como fenómenos centrales de la sociedad⁸.

Si, como se ha dicho en alguna ocasión, la alimentación es una actividad de riesgo, al mismo tiempo que la sociedad demanda una mayor productividad para satisfacer el consumo y contribuir así al incremento del bienestar, exige un aumento de las condiciones de seguridad⁹. No es una

te por defectos de sus productos, Barcelona (Bosch), 2001, pp. 23 ss.; FELJOO SÁNCHEZ, B., «Sobre la «administrativización» del Derecho penal en la «sociedad del riesgo»», Díaz-Maroto, J. (ed.), *Derecho y Justicia Penal en el siglo XXI. Liber Amicorum en homenaje al Profesor Antonio González-Cuéllar García*, Madrid 2006, pp. 137 ss.; JIMÉNEZ DÍAZ, M. J., «Sociedad del riesgo e intervención penal», en *Revista Electrónica de Derecho Penal y Criminología*, 16-08, 2014.

⁵ Vid. sobre todas ellas, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., «Repercusión de la «responsabilidad penal por el producto» en los principios garantizadores y la dogmática penales», *Nuevas posiciones de la dogmática jurídica penal, Cuadernos de Derecho Judicial*, VII, 2006, pp. 112 ss.

⁶ Vid., por ejemplo, sobre estas manifestaciones, SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I., «Alternativas al derecho penal del enemigo desde el derecho penal del ciudadano», Cancio Meliá, M., y Gómez-Jara Diez, C. (eds.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, vol. 2, Buenos Aires (Edisofer), 2006, pp. 845 ss.; JAKOBS, G., y CANCIO MELIÁ, M., *Derecho penal del enemigo*, Madrid (Civitas), 2003.

⁷ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J., *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 3ª ed., Buenos Aires (B de F), 2011, pp. 15-16.

⁸ Como indicara DONNA, E., «La sociedad de riesgos y los delitos de peligro abstracto», García Valdés, C. et al. (coord.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, tomo 1, Madrid (Edisofer), 2008, p. 872.

⁹ «En medida creciente, la *seguridad* se convierte en una pretensión social a la que se supone que el Estado y, en particular, el Derecho penal deben dar respuesta», Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J., 2011, p. 31.

casualidad que el descubrimiento de la figura del consumidor coincida con la difusión de productos defectuosos¹⁰. La existencia de un producto nocivo para la salud en el mercado ya supone la lesión del *principio de confianza* en su inocuidad y, por consiguiente, ya no cabe confiar racionalmente en la indemnidad de la salud individual de los ciudadanos¹¹. En todo caso, el así llamado «principio de confianza», que surgió en Alemania a mediados del pasado siglo XX como un criterio jurisprudencial destinado a determinar la responsabilidad por imprudencia en el ámbito del tráfico viario¹², si bien se ha propuesto en alguna ocasión su aplicación en el ámbito de la responsabilidad por el producto¹³, no parece haber tenido demasiada aplicación (ni siquiera en la STS de 23 de abril de 1992, que resolvió el caso del aceite de colza desnaturalizado).

Sin embargo, aquí debe hacerse una referencia obligada a la doctrina jurisprudencial, que parece arrancar en la STS 1546/1999, de 6 de noviembre (RJ 1999/8102) que, a mi juicio de una manera inapropiada, toma algunas de las consideraciones que se vierten en la STJCE 1998/80, de 5 de mayo de 1998, en el caso de las «vacas locas», respecto a la aplicación en las figuras de los «fraudes alimentarios» del llamado «*principio de precaución*», importado del derecho medioambiental alemán en la década de los setenta del siglo pasado bajo la denominación de *Vorsorgeprinzip*¹⁴.

Pues bien, nuestro Tribunal Supremo y algunas Audiencias Provinciales que siguen de forma adhesiva esa dirección, entienden que «Lo decisivo es el carácter peligroso de la sustancia administrada y no el peligro real con ella para la salud pública y, en consecuencia, parece obvio que el peligro abstracto

¹⁰ ÍÑIGO CORROZA, E., 2001, pp. 30-31. El cambio experimentado en el sistema de valores de los consumidores ha provocado una mayor concienciación en materia de calidad alimentaria. Vid. FERNÁNDEZ OLMOS, M., «Pautas de calidad en el sistema agroalimentario español», *Agroalimentaria*, núm. 28, 2009, pp. 59-65.

¹¹ CORCOY BIDASOLO, M., «Delitos alimentarios y protección penal de la salud pública», *Revista de Bioética y Derecho*, 42, 2018, p. 7.

¹² Vid., por todos, MARAVER GÓMEZ, M., *El principio de confianza en Derecho Penal*, Madrid (Thomson), 2009.

¹³ Por ejemplo, PAREDES CASTAÑÓN, J. M., y RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *El caso de la colza: responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos*, Valencia (Tirant lo Blanch), 1995, pp. 157 ss.

¹⁴ Vid. ESCOBAR VÉLEZ, S., *La responsabilidad penal por productos defectuosos*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2012, pp. 54-76. La aplicación del principio de precaución ampara la actuación anticipada de los poderes públicos cuando fallan los dispositivos para garantizar la seguridad alimentaria. Se trata de una figura para afrontar situaciones de peligro para la salud de las personas en situaciones de incertidumbre científica, de incerteza. La aplicación de dicho principio debe desarrollarse siempre en el marco del método del análisis del riesgo (base científica). RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO, B., y PÉREZ GARCÍA, M., «La seguridad alimentaria en el ordenamiento jurídico europeo e interno español. Evolución, regulación y perspectivas ante la PAC 2014-2020», Menéndez Rexach, A. (dir.), *Estudios Jurídicos sobre seguridad alimentaria*, Madrid (Marcial Pons), 2015, pp. 60-66.

no puede depender del peligro concreto generado, sino de la realización de la acción peligrosa en sí misma»¹⁵.

De esta manera, la prohibición formal basada en el principio de precaución llega hasta la de los peligros razonablemente sospechados por la Administración¹⁶, con lo que ese principio comunitario de precaución, no penal, pasa a convertirse de este modo «en un criterio político criminal con influencia directa en la interpretación de los tipos penales»¹⁷. Además, hace que se identifique el injusto con la mera *infracción de un deber*, calificación que se atreve a dar el TS cuando dice de forma categórica que «Se trata de un delito que puede ser considerado de infracción de deber y que, como tal, se comete por quien está obligado a su cumplimiento. El deber que impone el artículo 364.2.1.º CP no requiere que la infracción sea producto de un determinado movimiento corporal personal del destinatario de la norma, sino que puede ser cometido tanto en forma activa como omisiva, es decir, también cuando se omite impedir que quienes están a las órdenes del titular de la empresa cometan la acción infractora»¹⁸.

En definitiva, el principio de precaución, válido en el ámbito del derecho civil y administrativo, no puede trasladarse al Derecho penal¹⁹.

Ante los diversos razonamientos que hacen los tribunales, debe insistirse en que la exigencia típica de que las *sustancias no permitidas generen riesgo para la salud de las personas* dota a la infracción de la naturaleza de un delito abstracto-concreto, de aptitud o idoneidad, lo que supone que responde a una

¹⁵ Vid. SSTS 1546/1999, de 6.11 (RJ 1999/8102); 1973/2000, de 15.12 (RJ 2000/10337); 18/2001, de 20.1 (RJ 2001/180); 1442/2002, de 14.9 (RJ 2002/8653); SSAP Murcia 2.ª 56/2001, de 12.9 (JUR 2001/314231); La Rioja, única, 3/2002, de 10.1 (JUR 2002/338); Segovia 9/2002, de 11.4 (ARP 2002/357); Zaragoza 3.ª 319/2003, de 17.10 (JUR 2003/252068); Huesca 1.ª 82/2006, de 10.4 (JUR 2006/167318); Pontevedra 2.ª 102/2006, de 13.9 (JUR 2006/258186), entre otras.

¹⁶ «Cuando existe una prohibición formal de esta naturaleza, basada en el principio de precaución, la realización del tipo no depende de un peligro concreto y científicamente demostrado de forma absoluta y concluyente del acierto del legislador al establecer la prohibición. La materia regulada por estos delitos es especialmente sensible y requiere no solo la prohibición de peligros totalmente demostrados, sino inclusive la de aquellos peligros razonablemente sospechados por la Administración», Cfr. STS 1442/2002, de 14 de septiembre (RJ 2002/8653). En todo caso, esta STS fue anulada posteriormente por la STC 165/2004, de 4 de octubre, por estimar vulnerado el derecho del recurrente en amparo a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa (art. 24.2 CE), retrotrayendo las actuaciones al momento inmediatamente anterior a la celebración del juicio oral en instancia.

¹⁷ Cfr., críticamente y con razón, GARCÍA RIVAS, N., «Influencia del principio de precaución sobre los delitos contra la seguridad alimentaria», *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Pamplona (Civitas), 2005, p. 1405. Vid., también, NAVARRO CARDOSO, F., «Retos del Derecho penal global», *Estudios penales y criminológicos*, vol. XL, 2020, pp. 1043-1092.

¹⁸ Cfr. STS 2.ª 1442/2002, de 14 de septiembre (RJ 2002/8653).

¹⁹ «Puesto que con ello se incumplen principios tan esenciales como los relativos a la presunción de inocencia y el *in dubio pro reo*, así como los referentes al principio de responsabilidad subjetiva», Cfr. CORCOY BIDASOLO, M., «Protección penal de la salud de los consumidores e imputación de homicidios y lesiones: el caso de la colza», Corcoy Bidasolo, M., y Gómez Martín, V. (dirs.), *Fraude a consumidores y Derecho penal*, Madrid (Edisofer, B de F), 2016, p. 499.

deliberada opción técnica-legislativa mediante la que se trata de acotar el alcance al tipo, dotándolo de un contenido de injusto material razonable²⁰. En todo caso, parece poco convincente, por ejemplo, que pueda sancionarse penalmente a aquel ganadero que ha empleado sustancias peligrosas en el engorde de su ganado cuando todavía no ha sido sacrificado, entendiéndose que, en esos casos, tal adelantamiento de la intervención penal no responde al fundamento del derecho penal, por lo que tales conductas debería quedar como ilícitos administrativos hasta que se demuestre la existencia de un peligro real para la vida o salud de los individuos²¹.

II. LA RESPONSABILIDAD PENAL POR EL PRODUCTO DEFECTUOSO O PELIGROSO

Las figuras penales referidas a los fraudes alimentarios, junto con la *responsabilidad penal por el producto defectuoso o peligroso*, expresión con la que se hace referencia a la responsabilidad penal²² de los productores o distribuidores de bienes de uso o consumo defectuosos o peligrosos respecto de las posibles lesiones o puestas en peligro de bienes jurídicos esenciales de los usuarios o consumidores, fundamentalmente la vida y la integridad personal (y, también en distinta medida, el patrimonio²³), derivadas de la utilización normal del producto en cuestión, vienen a ser exponentes del llamado Derecho penal de la *sociedad del riesgo*²⁴.

Según el artículo 8.1 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, son *derechos básicos de los consumidores y usuarios*: a) La protección contra los

²⁰ Cfr. DOVAL PAÍS, A., «Problemas aplicativos de los delitos de fraude alimentario nocivo. Especial referencia al umbral del peligro típico en la modalidad de administración de sustancias no permitidas a animales de abasto», Boix Reig, F. et al. (coord.), *Responsabilidad penal por defectos en productos destinados a los consumidores*, 2005, Iustel, p. 374.

²¹ Cfr. ÍÑIGO CORROZA, E., 2001, p. 301.

²² Que se deriva, parcialmente, de un conjunto de normas encuadradas en el derecho penal accesorio, vid. VOGEL, J., «Responsabilidad penal Por el producto en Alemania: Situación actual y perspectivas de futuro», *Revista Penal*, núm. 8, julio 2001, p. 95.

²³ HASSEMER, W., MUÑOZ CONDE, F., *La responsabilidad por el producto en derecho penal*, Valencia (Tirant lo Blanch), 1995; PAREDES CASTAÑÓN, J. M., «Responsabilidad penal por productos defectuosos», CAMACHO VIZCAÍNO, A. (Dir.), *Tratado de Derecho Penal Económico*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2019, pp. 601 ss.; ÍÑIGO CORROZA, E., 2001; ESCOBAR VÉLEZ, S., 2012.

²⁴ Así, por ejemplo, AGUADO LÓPEZ, S., «Consecuencias jurídicas en el ámbito de la responsabilidad penal por el producto, en especial en los delitos de fraude alimentario», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 2005, pp. 57 ss.

riesgos que puedan afectar su salud o seguridad. b) La protección de sus legítimos intereses económicos y sociales; en particular frente a las prácticas comerciales desleales y la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos. c) La indemnización de los daños y la reparación de los perjuicios sufridos. d) La información correcta sobre los diferentes bienes o servicios y la educación y divulgación para facilitar el conocimiento sobre su adecuado uso, consumo o disfrute. f) La protección de sus derechos mediante procedimientos eficaces, en especial en relación con las personas consumidoras vulnerables.

Como se ha indicado en alguna ocasión, cuando se utiliza la expresión de *responsabilidad por productos defectuosos* no se está haciendo referencia, en principio, de un instituto específico de responsabilidad penal, de nuevas estructuras de imputación o nuevos tipos penales (aunque los haya, sobre todo en el ámbito de los delitos de peligro), sino de establecer, conforme a los criterios de imputación jurídico-penales tradicionales, la responsabilidad del productor o distribuidor respecto de las muertes, lesiones o puestas en peligro de la salud de los consumidores²⁵.

También se ha señalado que, en supuestos de responsabilidad penal por productos defectuosos, solo debería recurrirse a la técnica de los delitos de peligro concreto frente a puestas en peligro de la vida o la integridad o la salud y, en cuanto a la de delitos de peligro abstracto, esta técnica sería aceptable no solo en aquellos supuestos en los que una acción abstractamente peligrosa genere por sí sola, dada su entidad, una desestabilización social importante, sino también allí «donde la exigencia de seguridad (de los bienes jurídicos) merezca por sí sola protección penal, constituyéndose en un bien jurídico intermedio o instrumental: así la salud pública parece ser un bien jurídico de esta naturaleza, instrumental respecto de la protección de la vida y la salud individuales»²⁶.

Establecer aquí criterios de imputación jurídico-penales no resulta fácil, dadas las peculiaridades que presentan estos supuestos, en los que han de resolverse problemas de causalidad, de autoría (pues en estos casos el productor o distribuidor suelen ser empresas, con el problema adicional de determinar la responsabilidad dentro de esa estructura empresarial) y la posición de garantes que a ellos se les asigna, por lo que inicialmente ha sido la jurisprudencia la

²⁵ Así, expresamente, RODRÍGUEZ MONTAÑES, T., «Incidencia dogmática de la jurisprudencia del caso de la colza y otros casos en materia de productos defectuosos», Boix Reig, F. y Bernardi, A., (dirs.), *Responsabilidad penal por defectos en productos destinados a los consumidores*, Madrid (Iustel), 2005, p. 116.

²⁶ PAREDES CASTAÑÓN, J. M., «La responsabilidad penal por productos defectuosos. Problemática político-criminal y reflexiones de lege ferenda», Corcoy Bidasolo, M. (dir.), *Derecho Penal de la Empresa*, Pamplona (Ed. Universidad Pública de Navarra), 2002, p. 429.

encargada de determinar esta responsabilidad penal por el producto, tanto en Alemania como en España²⁷.

Caracterizada la denominada *criminalidad empresarial* por ciertas peculiaridades en el modo de realización delictiva, tales como la *división funcional del trabajo* en el plano horizontal, y la *jerarquía* en el plano vertical, son, precisamente, los delitos cometidos en el ámbito de la empresa los que presentan mayores problemas de identificación del autor, pues en las organizaciones empresariales existen directivos que toman decisiones, otras personas que transmiten la decisión y otras que materialmente las reciben y ejecutan, con lo cual debe determinarse si todos ellos responden penalmente y, en su caso, si deben hacerla como autores o partícipes²⁸.

En estos casos, se ha dicho que la comisión por omisión viene a ofrecer un recurso técnico alternativo, dogmáticamente acreditado, para la imputación de responsabilidad criminal por aquel delito allí donde al menos, se compruebe que dolosa o (en los casos en que también esto sea punible) imprudentemente, el titular o directivo de la empresa no hizo que le era posible y exigible para evitar la ejecución²⁹. En todo caso, para determinar una posible responsabilidad por imprudencia o por dolo no hay que perder de vista la organización empresarial como realidad, ya que la empresa tiene una posición de garante original que es asumida por directivos (y administradores, por el gobierno corporativo) y que va generando en cascada o en cadena una delegación de deberes parciales³⁰.

Aquí debe recordarse³¹ que la concreta posición de garante, formalmente, el artículo 11, apartado b) CP, nace cuando el omitente haya creado

²⁷ Vid. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., «Incidencia dogmática de la jurisprudencia del caso de la colza y otros casos en materia de productos defectuosos», Boix Reig, F., y Bernardi, A., (dirs.), *Responsabilidad penal por defectos en productos destinados a los consumidores*, Madrid (Iustel), 2005, pp. 116-121, señalando como principales hitos jurisprudenciales los casos *Contergan* (o de la talidomida) y *Erdal o Lederspray* (un *spray* para el calzado y la piel) en Alemania, y el caso del aceite de *Colza* desnaturalizado, en España, estas dos últimas con evidentes paralelismos entre ellas.

²⁸ DEMETRIO CRESPO, E., «Sobre la posición de garante del empresario por la no evitación de delitos cometidos por sus empleados», Serrano-Piedecabras, J. R., y Demetrio Crespo, E. (dirs.), *Cuestiones actuales de Derecho penal económico*, Madrid (Colex), 2008, pp. 61-62, quien pone, precisamente, como ejemplo de la problemática sobre la autoría y la participación «la constelación referida a la llamada responsabilidad penal por el producto, vinculada a delitos contra la salud de los consumidores».

²⁹ PEÑARANDA RAMOS, E., «Sobre la responsabilidad en comisión por omisión respecto de hechos delictivos cometidos en la empresa (y en otras organizaciones)», Díaz-Maroto, J. (ed.), *Derecho y Justicia Penal en el siglo XXI. Liber Amicorum en homenaje al Profesor Antonio González-Cuéllar García*, Madrid (Colex), 2006, p. 413.

³⁰ Sobre los criterios de imputación en relación a actividades empresariales, Vid. FEIJOO SÁNCHEZ, B., *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva*, Madrid (Cámara), 2007, pp. 181-210. Vid., también, GERMANO, R., «Consideraciones generales sobre la responsabilidad penal por la no evitación imprudente del delito doloso ajeno: dos residuos», *Revista Jurídica UAM*, 40, 2019, pp. 77-100.

³¹ Como se hace, por ejemplo, en la STS 37/2006, de 25 de febrero (RJ 2006/3331).

una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente. De este deber derivado de su posición de garante surge la obligación de tomar determinadas medidas de seguridad destinadas a evitar que la situación arriesgada se concrete en una lesión, imponiéndole una obligación de actuar para evitar el delito en una situación de riesgo previamente originado.

La inacción, cuando estaba obligado a actuar en defensa del bien jurídico, equivale a la realización de un acto positivo, pues una hipotética acción esperada por la norma hubiera sido causa para la no producción del resultado. No se puede olvidar que en la comisión por omisión se imputa un resultado lesivo a una persona, no por su conducta activa, sino por no haberlo impedido cuando habría ese deber (norma prohibitiva), resultando equiparable la realización activa del tipo penal. Esta equivalencia que tiene carácter esencial para la configuración de un delito impropio de omisión se debe apreciar cuando la omisión se corresponde valorativamente con el hecho positivo y posee un sentido social equivalente a la comisión activa del tipo.

En los delitos de resultado dicha equivalencia no ofrece dificultades pues no requiere, por regla general, una acción de cualidades específicas, siendo suficientes con la aptitud causal del comportamiento. En los delitos de omisión solo debe requerir una causalidad hipotética. Es decir, la comprobación de si la realización de la acción omitida hubiera evitado la producción del resultado con una seguridad rayana en la probabilidad.

El presupuesto subjetivo de la participación omisiva parte de la constatación de que el omitente conocía su especial posición de garante y conocía la posibilidad de actuar con arreglo a la posición ostentada y, sin embargo, omite el comportamiento que le era exigible cooperando así con el actuar del autor material.

III. LOS FRAUDES ALIMENTARIOS Y EL CÓDIGO PENAL

Con la entrada en escena de la sociedad del riesgo se ha visto seriamente comprometida la posibilidad de continuar garantizando pacíficamente la seguridad colectiva, por lo que el Estado se ve en la tesitura de convertirse en previsor, lo que exige de él tareas de anticipación y control de cursos futuros inciertos en su acaecimiento y dañosidad³², con lo que la «sociedad del riesgo» o «de la inse-

³² PRIETO AVARRO, E., «Sobre los límites y posibilidades de la respuesta jurídica al riesgo», Da Agra, C., et al. (Dir.), *La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto*, Barcelona (Atelier), 2003, pp. 37-38.

guridad» conduce inexorablemente al «Estado vigilante» o «Estado de la prevención»³³. Es en este contexto en el que el calificado como «Derecho penal del riesgo» apresta su arsenal punitivo para conjurar los nuevos peligros de origen humano que se dicen propios de la «sociedad del riesgo»³⁴.

Junto a ello, debe tenerse en cuenta que, ante la incapacidad de controlar la gestión de riesgos mediante las estrategias tradicionales, el Estado deja la gestión primaria de los nuevos riesgos en manos particulares, especialmente de las organizaciones, de las empresas, pasando a controlar en un segundo plano dicha gestión primaria. En este contexto, la autorregulación³⁵, potenciando nuevas estrategias para que el Derecho controle y supervise el funcionamiento de aquéllas en el marco de determinados sistemas sociales como el mercado, la técnica o la ciencia, se ha convertido en una dinámica característica de lo que, precisamente, se ha convenido en denominar «sociedad del riesgo»³⁶.

La inseguridad que generan dichos riesgos propicia la tendencia de «pretender *anticiparse a todo peligro* para evitar siquiera su surgimiento, así como el rechazo a todo lo que se reputa como daño o lesión, más aún si tiene las notas de gravedad, difusividad y, al menos, relativa irreversibilidad»³⁷. Desde el punto de vista de la política criminal, ello propicia el adelantamiento de la tutela penal y la configuración de delitos de peligro abstracto, como ha ocurrido en la mayor parte de las figuras que se engloban en lo que suele denominarse *fraudes alimentarios*³⁸. Desde luego que «En pocos lugares de

³³ SILVA SÁNCHEZ, J., 2011, p. 152. *Vid.*, también, DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado», Bacigalupo, S., y Cancio Meliá, M. (coords.), *Derecho penal y política transnacional*, Barcelona (Atelier), 2005, pp. 243-282.

³⁴ OCTAVIO DE TOLEDO, E., «Repercusión de la «responsabilidad penal por el producto» en los principios garantizadores y la dogmática penales», *Cuadernos de Derecho Judicial*, Núm. 7, 2006, p. 119.

³⁵ La idea de la autorregulación se asocia modernamente con la de la culpabilidad empresarial *versus* culpabilidad individual. *Vid.*, sobre esto en nuestro país, por todos, GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *La culpabilidad penal de la empresa*, Madrid-Barcelona (Marcial Pons), 2005, pp. 228 ss., NIETO MARTÍN, A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Madrid (Iustel), 2008, pp. 59 ss., y las críticas al respecto formuladas a las tesis de ambos autores, así como a la anterior en Alemania de G. HEINE, por FEJOO SÁNCHEZ, B., «Autorregulación y Derecho penal de la empresa: ¿una cuestión de responsabilidad individual?», Arroyo Jimenez, L., y Nieto Martín, A. (dirs.), *Autorregulación y sanciones*, 2.ª ed., Aranzadi, 2015, pp. 205 ss.

³⁶ *Vid.* FEJOO SÁNCHEZ, B., 2015, p. 203. Sobre la política criminal de los modelos de autorresponsabilidad en el marco de la empresa, *Vid.* CANCIO MELIÁ, M., «¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas? Algunas consideraciones sobre el significado político-criminal del establecimiento de responsabilidad criminal de la empresa», Mir Puig, S., y Corcoy Bidasolo, M., Gómez, V. (coords.), *Nuevas tendencias en Política Criminal*, Buenos Aires (B de F), 2006, pp. 10-16.

³⁷ MENDOZA BUERGO, B., «Gestión del riesgo y política criminal de seguridad en la sociedad del riesgo», Díaz-Maroto, J. (ed.), *Derecho y Justicia Penal en el siglo XXI. Liber Amicorum en homenaje al Profesor Antonio González-Cuéllar García*, Madrid (Colex), 2006, p. 360.

³⁸ GÓMEZ MARTÍN, V., «Cultura del control, sociedad del riesgo y política criminal», Mir Puig, S., y Corcoy Bidasolo, M. (dirs.) *Política criminal y reforma penal*, Buenos Aires (B de F), 2007, pp. 71 ss.

las leyes penales como éste, se habla con tanta frecuencia de normas-barrera o normas-obstáculo»³⁹.

Esto es lo que ocurre en los tipos penales contemplados, por ejemplo, en los artículos 363 a 367 del Código Penal español⁴⁰, configurados, básicamente, como leyes penales en blanco, necesitados de su complementación con la legislación administrativa al respecto, tanto nacional como europea⁴¹. En la delimitación entre infracción administrativa y delito debe de ser requisito esencial la efectiva nocividad del producto⁴², nocividad que ha de entenderse como dañosidad o perjuicio para la salud⁴³.

Por lo que se refiere al derecho interno, la Ley 17/2011, de 5 de julio, de Seguridad Alimentaria y Nutrición, constituye la base sobre la que se asienta el establecimiento de normas nacionales en materia de seguridad alimentaria, como aspecto fundamental de la salud pública. Deben de tenerse en cuenta, además, la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad; la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública; la Ley 43/2002, de 20 de noviembre, de Sanidad Vegetal; la Ley 8/2003, de 24 de abril, de Sanidad Animal; la Ley 11/2001, de 5 de julio, por la que se crea la Agencia Española de Seguridad Alimentaria y Nutrición; la Ley 12/2013, de 2 de agosto, de medidas para mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria, y la Ley 28/2015, de 30 de julio, para la defensa de la calidad alimentaria⁴⁴.

³⁹ OCTAVIO DE TOLEDO y UBIETO, E., «Notas para un estudio de los fraudes alimentarios en el derecho penal», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 57, 1979, p. 65.

⁴⁰ DÍAZ-MAROTO y VILLAREJO, J., *El Derecho penal ante los fraudes alimentarios*, Pamplona (Civitas), 2010, pp. 61 ss.

⁴¹ El Reglamento (CE) núm. 178/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero de 2002, por el que se establecen los principios y los requisitos generales de la legislación alimentaria, se crea la Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria y se fijan procedimientos relativos a la seguridad alimentaria, establece el marco de regulación de la Unión Europea en materia de seguridad alimentaria. Dicho Reglamento fue desarrollado y complementado por varias disposiciones, a las que se denomina en conjunto «paquete de higiene», entre las que se incluyen el Reglamento (CE) núm. 852/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativo a la higiene de los productos alimenticios; el Reglamento (CE) núm. 853/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, por el que se establecen normas específicas de higiene de los alimentos de origen animal; y el Reglamento (UE) 2017/625 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2017, relativo a los controles y otras actividades oficiales realizados para garantizar la aplicación de la legislación sobre alimentos y piensos, y de las normas sobre salud y bienestar de los animales, sanidad vegetal y productos fitosanitarios (conocidos como «reglamentos del paquete de higiene»).

⁴² CORCOY BIDASOLO, M., 2018, p. 10; MUÑOZ CONDE, F., «La responsabilidad por el producto en el Derecho penal español», *Rev. Derecho y Sociedad*, 49, 2017, pp. 259-261.

⁴³ CORCOY BIDASOLO, M., «Fraudes masivos y responsabilidad penal por el producto», Demetrio Crespo, E., y Nieto Martín, A. (dirs.), *Derecho Penal económico y derechos humanos*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2018, p. 347.

⁴⁴ Recientemente se ha publicado el RD 1086/2020, de 9 de diciembre, por el que se regulan y flexibilizan determinadas condiciones de aplicación de las disposiciones de la Unión Europea en materia de higiene de la producción y comercialización de los productos alimenticios y se regulan actividades exclu-

Las conductas consistentes en la manipulación y adulteración de los alimentos destinados al consumo humano, que se agrupan en lo que, quizás impropriamente, suele denominarse «fraudes alimentarios», recibiendo también la denominación de «delitos alimentarios». Los fraudes alimentarios muestran una dimensión que supera la del consumidor individual, concurriendo un interés general a la salud pública, referido a la colectividad en su conjunto y un interés de la propia industria y comercio en preservar la confianza y tranquilidad de los consumidores en la inocuidad o seguridad de los productos que consumen.

Los fraudes nocivos –aquellos que integran atentados contra la salud individual o pública– ofrecen, en la práctica, dificultades en su detección y represión en su caso, en función de las dificultades que surgen a la hora de determinar la peligrosidad de los productos. Las escasas resoluciones judiciales dan buena prueba de ello.

La respuesta del derecho penal se contempla, como ya se ha dicho, en los distintos tipos configurados en los artículos 363 a 367 del Código penal. Allí nos encontramos con las figuras de manipulación de alimentos (art. 363), de adulteración con aditivos u otros agentes no autorizados (art. 364), de envenenamiento o adulteración con sustancias infecciosas o gravemente nocivas (art. 365), la responsabilidad de las personas jurídicas (art. 366) y el castigo de su comisión por imprudencia grave (art. 367)⁴⁵.

En todo caso, la excesiva confianza en el recurso penal, la sensación de inseguridad social y el fácil empleo de los delitos de peligro abstracto pueden implicar que, en la práctica, cualquier manifestación de incertidumbre o desconfianza reclame una intervención penal.

das de su ámbito de aplicación, que ha simplificado y adaptado la normativa nacional sobre higiene de los alimentos que se encontraba dispersa en diversos reales decretos, la mayoría de ellos anteriores a los reglamentos del paquete de higiene, y que ahora se derogan.

⁴⁵ Sobre la actual configuración de dichos tipos penales, *vid.* DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., «Delitos relativos a productos o sustancias destinados al consumo: fraudes alimentarios», Molina Fernández, F. (coord.), *Memento Práctico Penal 2021*, Madrid (Francis & Taylor), 2020, pp. 1728-1741.

DERECHO PENAL Y DIVERSIDAD CULTURAL: DELITO DE MATRIMONIO FORZADO

CELIA DÍAZ MORGADO *

I. INTRODUCCIÓN: EL DERECHO A CONTRAER MATRIMONIO Y LOS MATRIMONIOS FORZADOS

La libertad de toda persona a contraer libremente matrimonio, así como la libertad para elegir al que será su cónyuge, se reconoce a todas las personas como derecho en numerosos instrumentos internacionales, debiéndose garantizar su ejercicio en condiciones de igualdad. Así, el artículo 16.1 de la *Declaración Universal de Derechos humanos de 1948* proclama que hombres y mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, en igualdad de condiciones y sin discriminación por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia. Para a continuación añadir que ambos cónyuges disfrutarán de iguales derechos no solo en cuanto a la celebración del matrimonio sino también durante y en caso de disolución matrimonial. Asimismo, el apartado segundo del mencionado precepto establece que solo podrá contraerse matrimonio mediante el libre y pleno consentimiento de los futuros esposos, configurándose el consentimiento libre y pleno de ambos contrayentes como el elemento nuclear del matrimonio.

* Subdirectora e investigadora del Observatorio de Derecho Público. IDP Barcelona (Observatorio participado por la Universidad de Barcelona). Sirva esta humilde contribución como una muestra de la infinita admiración, respeto y gratitud hacia la Dra. Mirentxu Corcoy. Su visión del Derecho penal y de la vida es fuente de inspiración constante.

La libertad para elegir cónyuge y contraer matrimonio ha sido reiterada en numerosos tratados internacionales. Así ocurre en el *Convenio sobre el consentimiento, la edad mínima para contraer y el registro de matrimonio de 1962* en el que tímidamente se insta a los Estados Parte a adoptar todas las medidas adecuadas para garantizar la libertad en la elección del cónyuge, la abolición del matrimonio de niños y la práctica de los esponsales de las jóvenes antes de la edad núbil, estableciendo con tal fin las penas que fueran necesarias y creando un registro civil o de otra clase para la inscripción de todos los matrimonios. Se reitera, asimismo, lo dispuesto en la Resolución 843 (IX) de la Asamblea General de la ONU de 17 de diciembre de 1954 donde se puso de manifiesto la pervivencia de costumbres, antiguas leyes y prácticas que sometían a las mujeres a la subordinación de terceros en el ámbito del matrimonio y de las relaciones familiares de forma incompatible con los derechos reconocidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos, al impedirles la elección de su marido o al privar a la viuda del derecho a la guarda de sus hijos o del derecho a contraer nuevas nupcias, entre otras. Algunas de estas prácticas e instituciones fueron escasos años después de esta resolución introducidas en la propia *Convención Supletoria sobre abolición de la Esclavitud, Tráfico de Esclavos y las Instituciones y Prácticas similares a la Esclavitud de 1956* como análogas a la esclavitud, como aquella que permite que una mujer, sin derecho a oponerse, sea prometida o dada en matrimonio a cambio del pago de una recompensa económica o en especie a sus padres, su tutor o su familia o a cualquier otra persona o grupo de personas, de forma que se mercantiliza de manera clara a la futura esposa.

El interés por los matrimonios forzados en el ámbito internacional se ha reavivado, adoptándose nuevos instrumentos internacionales que señalan los matrimonios forzados como un fenómeno que debe ser atajado. Por un lado, encontramos tratados internacionales vinculados a los derechos del niño y, por otro lado, otros tratados que reconocen los matrimonios forzados como una manifestación de la violencia de género. Este tratamiento, centrado en los derechos del niño y de las mujeres, parte de la constatación de que los matrimonios forzados afectan de forma especial a los menores de edad y a las mujeres como consecuencia de la especial situación de subordinación y sometimiento en la que se encuentran. Por eso no puede extrañar que la *Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Mujeres* (CEDAW), adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1979, reitera a los Estados la necesidad de fijar una edad mínima para contraer matrimonio y la adopción de medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el ma-

trimonio y aseguren, en condiciones de igualdad, la posición jurídica de hombres y mujeres [art. 16.1.a) y b)]. Y que la Convención *sobre los Derechos del Niño* de 1989, y, especialmente, las Observaciones Generales emitidas por el Comité de Derecho del niño muestren especial interés en los matrimonios precoces y forzados.

No obstante, y a pesar del reconocimiento de estos derechos con vocación de universalidad los mismos no eran plenamente garantizados por todos los Estados, ni en el momento de adoptar los anteriores instrumentos internacionales ni tampoco lo son, plenamente, en la actualidad. El reconocimiento, desarrollo y garantía de este derecho ha sido desigual en los diferentes Estados, lo que ha favorecido a prácticas y costumbres contrarias al mismo, y a pesar de la preocupación de la Comunidad Internacional, su pervivencia institucionalizada en algunos Estados o su tolerancia en otros.

II. MATRIMONIOS FORZADOS Y OTRAS TIPOLOGÍAS DE MATRIMONIO

Los matrimonios forzados se identifican con aquellos celebrados sin el consentimiento libre y pleno de, al menos, uno de los cónyuges que ha sido obligado, mediante el uso de violencia o intimidación ejercida por terceros, a unirse en matrimonio¹. Los medios coercitivos, violencia o intimidación, son ejercidos normalmente por los miembros de la propia familia, o por miembros influyentes de la comunidad en la que se integra el cónyuge coaccionado. Y, precisamente, el uso de estos medios determina que estemos ante un matrimonio celebrado sin auténtico consentimiento, elemento sobre el que se fundamenta todo matrimonio en la sociedad occidental.

El matrimonio forzado, *stricto sensu*, se refiere a la ausencia de consentimiento válido y libre respecto al momento mismo de celebración del matrimonio. En el momento de la celebración del matrimonio se exterioriza formalmente un consentimiento, que en realidad se encuentra viciado o es nulo como consecuencia de haber sido sometido a violencia o intimidación. Sin embargo, en ocasiones, el carácter forzado del matrimonio se produce de forma sobrevenida con posterioridad a la celebración voluntaria del matrimonio, al ejercerse violencia o intimidación sobre uno o ambos cónyuges, con la finalidad de evitar la disolución del matrimonio, obligándoles a permanecer juntos.

¹ IGAREDA GONZÁLEZ, N., «Debates sobre la autonomía y el consentimiento en los matrimonios forzados», *Anales de la Cátedra de Francisco Suárez*, 47, 2013, p. 204.

El ejercicio de violencia o intimidación sobre el futuro contrayente es un elemento característico del matrimonio forzado, sin perjuicio de que, en ocasiones, se identifique como modalidad específica de matrimonio forzado al denominado *matrimonio prematuro o precoz* en el que el contrayente al que se le impone la celebración del matrimonio es, precisamente, un menor de corta edad a los que de forma general se les niega capacidad para consentir la celebración del matrimonio.

Lo cierto es que la concurrencia de violencia o intimidación es el elemento que permite, al menos, teóricamente diferenciar los matrimonios forzados de otras tipologías de matrimonios «libres» susceptibles de confundirse habitualmente con los primeros, como son los *matrimonios pactados* o los *matrimonios de conveniencia*. Diferenciar entre matrimonio libre y forzado no es una cuestión fácil, existen entre ambas categorías situaciones intermedias difíciles de calificar. Estas dificultades derivan, principalmente, de que la propia concepción de la institución del matrimonio es cambiante y depende, del contexto cultural e histórico², así como del hecho de que ciertas ideas como el honor familiar, el respeto a las decisiones familiares o la aceptación de los miembros de la comunidad, nos resultan extrañas en la actual sociedad europea, a pesar de haber formado durante siglos de nuestra tradición cultural.

A diferencia de los matrimonios forzados, los *matrimonios pactados* se caracterizan porque son las familias de los futuros cónyuges los que acuerdan la celebración del matrimonio, normalmente cuando todavía son niños. Sin embargo, en los matrimonios pactados los contrayentes no se oponen al matrimonio, no se ejerce sobre ellos violencia o intimidación para que se celebre, sino que lo consienten y aceptan, manteniendo cierta capacidad para aceptar o rechazar la propuesta familiar³. No deben identificarse automáticamente los matrimonios pactados con matrimonios forzados⁴, aunque tampoco debe desconocerse que algunos matrimonios inicialmente pactados devienen en forzados cuando uno de los futuros cónyuges muestra su recelo a la celebración del ma-

² Es en el siglo XIX cuando se instala en Europa el concepto de la libre elección del propio cónyuge. BRIONES MARTÍNEZ, I. M., «Los matrimonios forzados en Europa. Especial referencia a Francia, Dinamarca, el Reino Unido, Alemania y Noruega», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 20, 2009, p. 1.

³ VIDAL GALLARDO, M., «Ilegalidad del matrimonio forzado como manifestación de una forma de violencia de género. (Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal)», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 40, 2016, p. 13.

⁴ IGAREDA GONZÁLEZ, N., «Matrimonios forzados: ¿otra oportunidad para el derecho penal simbólico?», *Indret*, 1, 2015, p. 2.

rimonio, ejerciéndose en ese momento coacciones o amenazas por miembros de la comunidad o la familia a la que pertenecen.

Otra tipología de matrimonio que tampoco responde a los estándares occidentales, pero genera menores problemas de delimitación son, precisamente, los denominados *matrimonios de conveniencia*. En este tipo de matrimonios, los cónyuges contraen libre y voluntariamente matrimonio, pero la finalidad es que despliegue los efectos jurídicos que se vinculan a él para hacer uso de una serie de beneficios derivados. Nos encontramos aquí, más bien, con un caso de fraude de ley donde se simula una relación que desplegará efectos jurídicos frente a terceros y frente a los Estados, con la finalidad de obtener una serie de beneficios o activar ciertas instituciones jurídicas que de otra manera no podrían obtenerse. La estrecha vinculación entre los matrimonios de conveniencia y los flujos migratorios explica el motivo por el que poderes públicos se han preocupado desde hace tiempo en el control de los mismos. Ahora bien, en ocasiones un aparente matrimonio de conveniencia puede esconder un matrimonio forzado como ocurre en aquellos casos en los que a través del matrimonio obligado se pretende lograr la entrada en el territorio del futuro cónyuge –un familiar o un miembro de la comunidad con quien la familia pudo haber contraído algún tipo de deuda– a territorio europeo.

En muchas comunidades, tanto los matrimonios pactados, como los matrimonios forzados son una forma habitual y consolidada de celebración del matrimonio⁵, así como los matrimonios de conveniencia son un instrumento fraudulento para lograr, por ejemplo, la entrada y permanencia en territorio europeo, flexibilizándose así los exigentes requisitos de entrada y permanencia. La existencia de una sociedad cada vez más globalizada y multicultural explica que estas prácticas hayan reaparecido en nuestra sociedad.

III. LA RESPUESTA ESTATAL A LOS MATRIMONIOS FORZADOS: EL DELITO DE MATRIMONIO FORZADO EN ESPAÑA

El delito de matrimonio forzado se introdujo *ex novo* en nuestro CP, mediante la LO 1/2015, a través de la incorporación de un nuevo precepto, el artículo 172 bis CP. Como viene siendo habitual en los últimos tiempos, ninguna motivación adi-

⁵ Los matrimonios forzados son una realidad extendida en ciertas comunidades del Norte de África, Oriente próximo y Oriente medio, Asia meridional, América Latina y ciertos colectivos de etnia gitana, como también lo son los denominados matrimonios pactados. *Vid.* ASÍN CABRERA, M. A. «La práctica judicial española ante la diversidad multicultural de las relaciones familiares», *Anuario de la inmigración en España 2014*, (CIDOB), 2015, pp. 302-326.

cional añade el Legislador sobre la necesidad de la nueva tipificación ni mucho menos sobre su justificación: una alusión genérica a instrumentos internacionales y comunitarios parece ser suficiente. En concreto, se hace referencia a la necesidad de transponer adecuadamente la Directiva europea 2011/36, dar cumplimiento a los mandatos de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de Naciones Unidas. Ahora bien, no puede más que sorprender que sean, precisamente, estos dos instrumentos a los que se aluda para justificar la introducción de un nuevo delito de matrimonio forzado cuando ninguno de ellos establece la obligación de incluir de forma específica un delito de estas características en el catálogo de delitos nacionales.

A diferencia de los instrumentos anteriores el *Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica* (en adelante, Convenio de Estambul), al que ninguna referencia se realiza en el contexto de los matrimonios forzados, sí se refiere en su artículo 37 a ciertas obligaciones penales. En concreto impone a las partes a que adopten *las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para tipificar como delito el hecho, cuando intencionadamente se obligue a un adulto o un menor a contraer matrimonio*. Así como también la obligación de *tipificar como delito el hecho, cuando se cometa intencionadamente, de engañar a un adulto o un menor para llevarlo al territorio de una Parte o de un Estado distinto a aquel en el que reside con la intención de obligarlo a contraer matrimonio*. Ahora bien, estas disposiciones internacionales no pueden entenderse como una obligación automática de tipificar de forma expresa y autónoma el delito de matrimonio forzado, en las dos modalidades descritas, sino la obligación de que dichas conductas sean subsumibles en un tipo penal, por lo que la reforma solo estaría justificada en base a este instrumento internacional si con anterioridad a la entrada en vigor de la LO 1/2015 dichas conductas no tuviesen una adecuada respuesta penal en nuestro ordenamiento.

Lo cierto es que el Legislador español ha optado por cumplir literalmente con la obligación de tipificar como delito específico los matrimonios forzados, pero sin que ello fuese acompañado de una reflexión previa, por ejemplo, de las complejas relaciones concursales que podrían generarse. Y es que es difícil sostener que previamente existiese una laguna de punibilidad en este ámbito. En este sentido, con anterioridad a la entrada en vigor de la LO 1/2015 podían aplicarse sin especial dificultad diferentes tipos penales a las situaciones de matrimonio forzado⁶, así como a la pluralidad de conductas que pudiesen rea-

⁶ De forma clara, el delito de coacciones (art. 172 CP), el delito de amenazas (art. 169 ss. CP) e incluso en otros delitos más graves contra la libertad, como el delito de detenciones ilegales (art. 163 CP),

lizarse durante la duración del matrimonio sobre la persona coaccionada para contraerlo. Cuestión ésta muy distinta a que tan solo un número irrisorio de casos de matrimonios forzados fuesen denunciados y diesen lugar a la sustanciación de un procedimiento penal, situación, por otro lado, que tampoco ha variado tras la incorporación del específico delito.

El nuevo delito de matrimonio forzado se ubica sistemáticamente en título VI rubricado *De los delitos contra la libertad*, y, en concreto, en su capítulo III en el que se integran los delitos de coacciones. Esta ubicación sistemática y su configuración como una modalidad de coacciones nos permite avanzar en la identificación del bien jurídico penalmente protegido por el delito, que no puede ser otro que la libertad individual, siendo la libertad para contraer matrimonio⁷ una manifestación de esa libertad personal. En concreto, la libertad de obrar o lo que es lo mismo la libertad para ejecutar con plena libertad las decisiones internamente adoptadas⁸. En el delito de matrimonio forzado la conducta coactiva del autor se dirige a obligar a otro, contra su voluntad, a hacer lo que no quiere, en este caso: contraer matrimonio⁹; impidiendo que la víctima haga valer su libertad para no contraer matrimonio y obligándola a exteriorizar un consentimiento matrimonial que no se corresponde con su voluntad. La configuración del delito de matrimonio forzado como un delito contra la libertad y como una modalidad *sui generis* del delito de coacciones, así como la formulación de las conductas típicas, nos permite avanzar que su incorporación en nuestro ordenamiento jurídico penal no es consecuencia de una urgente necesidad de colmar una laguna de punibilidad, sino que responde a fines simbólicos.

En el artículo 172 bis CP encontramos dos modalidades delictivas. El delito de matrimonio forzado (art. 172 bis 1); el delito de forzamiento a abandonar o impedir regresar a territorio español (art. 172 bis 2) y, finalmente, un subtipo agravado cuando la víctima sea menor de edad (art. 172 bis 3).

secuestro (art. 164 CP), delitos contra la integridad moral (art. 173 CP) o física como las lesiones (arts. 147 y 148 CP) o delitos contra la libertad e indemnidad sexual, concurriendo delitos de agresiones sexuales (arts. 178 ss. CP), o de abusos sexuales (arts. 181 ss.). Incluso en los casos más graves, de los denominados «crímenes de honor», delitos de homicidio (art. 138 CP) y de asesinato (art. 139 CP). *Vid.* SAP Cádiz, 173/08, de 23 de junio y la posterior STS (Sala de lo Penal) núm. 1399/2009, de 8 de enero de 2010, impusieron la condena por delitos de coacciones, amenazas, maltrato, contra la integridad moral y violación sexual a los familiares y cónyuge de una menor a la que forzaron a contraer matrimonio con un primo.

⁷ TORRES ROSELL, N., «Matrimonio forzado: Aproximación fenomenológica y análisis de los procesos de incriminación», *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXV, 2015, p.893; CARPIO BRIZ, D., *Manual de Derecho penal. Parte especial. Tomo I, 2.ª*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 2015, p. 139.

⁸ ESQUINAS VALVERDE, P., «El delito de matrimonio forzado (art. 172 bis CP) y sus relaciones concursales con otros tipos delictivos», *RECPC*, 20-32, 2018, p. 12.

⁹ BRIONES MARTÍNEZ, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 20, 2009.

1. El delito de matrimonio forzado en sentido estricto (art. 172 bis. 1 CP)

La primera de las conductas típicas previstas en el artículo 172 bis CP nos remite a la esencia misma de los matrimonios forzados, entendidos como aquella unión celebrada sin el consentimiento de, al menos, uno de los contrayentes, como consecuencia de las «presiones» ejercidas por terceros. Se tipifica así, en el primer apartado del precepto, la conducta consistente en *compeler* (obligar a alguien) *a otra persona a contraer matrimonio*, siendo necesario que ello se logre mediante el ejercicio de *violencia* (fuerza física) o *intimidación grave* (fuerza psicológica).

Siguiendo las disposiciones del Convenio de Estambul nuestro legislador ha matizado que estas «presiones» no pueden ser de cualquier naturaleza, sino que deben ser resultado del ejercicio de violencia o intimidación grave. De esta forma, el legislador ha configurado el delito de matrimonio forzado como un *delito de medios comisivos determinados*. Y, precisamente, en los medios comisivos se encuentra una de las innovaciones de nuestro legislador, pues no solo incorpora como medio comisivo la violencia, tal y como se esperaría al encontrarnos en el ámbito del delito de coacciones, sino también la intimidación que debe ostentar la categoría de grave. Parece haberse tenido en cuenta el contexto, normalmente familiar, en el que se realiza el delito y las relaciones existentes entre autor y víctima. Y es que es, precisamente, ese contexto familiar el que explican porque en la mayoría de los matrimonios forzados no es necesario acudir a la violencia para doblegar la voluntad de la víctima y forzarla a celebrar el matrimonio. Ahora bien, la gravedad de la intimidación debería valorarse exclusivamente a efectos de determinación de la pena, sin que parezca necesario calificar expresamente como grave la intimidación exigida por el tipo penal¹⁰.

El delito de matrimonio forzado se configura como un delito común, del que puede ser autor cualquier persona. La realidad criminológica nos muestra que con frecuencia el sujeto activo del delito es algún miembro de la familia de la víctima que la presiona para que contraiga matrimonio, pero lo cierto es que el círculo de potenciales autores es mucho más amplio. La violencia o intimidación puede ser ejercida por un amplio abanico de personas, desde los familiares directos de la persona obligada a contraer matrimonio hasta miembros de la comunidad en la que se integra, pasando por la futura familia política o el otro consorte¹¹. Por ello,

¹⁰ MANZANARES SAMANIEGO, J. L., «Novedades en los delitos de amenazas y coacciones según el anteproyecto de reforma del Código penal», *La Ley*, 8080, 2013.

¹¹ Si el futuro cónyuge no ejerce la violencia o intimidación, pero es conocedor de las presiones a las que es sometida la víctima para la celebración del matrimonio y, aun así, consiente la celebración del matrimonio, su responsabilidad penal será la propia de un partícipe –cooperador necesario–.

no puede extrañar que el Legislador haya optado por no introducir ningún requisito adicional en términos de autoría y prescindir de cualquier referencia a los lazos familiares que unan al autor con la víctima. En idéntico sentido y aunque las víctimas de este delito son, principalmente, niñas y mujeres, siendo estas conductas una manifestación de violencia de género, lo cierto es que la víctima del delito, de acuerdo con la efectiva tipificación realizada, puede ser indistintamente un hombre o una mujer.

Desde la perspectiva del tipo subjetivo estamos ante un delito doloso, no siendo punible la imprudencia; por otro lado, difícilmente imaginable. No obstante, podrían darse las circunstancias para la apreciación de un error de prohibición fundado en factores culturales¹².

Estamos, por lo demás, ante un delito de resultado, cuya consumación obliga a la efectiva celebración del matrimonio civil o religioso¹³, lesionándose así el bien jurídico protegido. En aquellos casos en los que se ejerce la violencia o la intimidación sobre una persona para que contraiga matrimonio, pero no llega a celebrarse el matrimonio estaríamos, por tanto, ante una tentativa lo que podría conllevar un trato privilegiado, si tenemos en cuenta las penas previstas, por ejemplo, para el delito de amenazas¹⁴.

Ahora bien, el tipo penal se refiere a contraer *matrimonio*, sin realizar ninguna mención ni a las parejas de hecho, ni a otras uniones análogas al matrimonio. Esto nos obliga a plantearnos qué ocurre cuando la violencia o intimidación se ejerce para que la víctima otorgue su consentimiento a la celebración de otro tipo de ritos, que, si bien carecen de validez en España o, incluso, en el lugar en el que se celebre, son reconocidos socialmente en el seno de la comunidad en la que se celebran. Al respecto la doctrina parece coincidir en que la consumación delictiva exigiría la formalización del acto religioso o ritual del matrimonio con apariencia de licitud, pero sin que sea necesario que ese concreto acto tenga validez en España o en lugar en el que se celebre¹⁵. Sin embargo, es posible encontrar algún pronunciamiento judicial, con ocasión del delito de trata con fines de celebración de matrimonios forzados, dirigido a negar que ciertos ritos, como el

¹² Confirmando la aplicación del error de prohibición en el caso de la madre, atendiendo a sus particulares circunstancias la STS (Sala Penal) núm. 835/2012, de 31 de octubre; En contra de la apreciación de un error de prohibición vencible STS 1399/2009, de 8 de enero; OLAIZOLA NOGALES, I., «La relevancia de la motivación cultural en el Código Penal», *RECPC*, 20-3, 2018, p. 22 ss.

¹³ ESQUINAS VALVERDE, P., *RECPC*, 20-32, 2018, p. 20; CARPIO BRIZ, D., «artículo 172 bis», en *Comentarios al CP. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, 2.ª, Valencia (Tirant lo Blanch), 2015, p. 623.

¹⁴ Si el matrimonio no se celebra como consecuencia de ser haber sido impedido por la propia actuación de aquéllos que inicialmente ejercieron la violencia o intimidación la conducta será impune al tratarse de un caso de desistimiento. Y ello, sin perjuicio de que puedan ser sancionados por los concretos delitos que puedan apreciarse como resultado de la violencia o intimidación grave ya ejercida.

¹⁵ ESQUINAS VALVERDE, P., *RECPC*, 20-32, 2018, p.20.

rito gitano, que carecen de reconocimiento legal como unión matrimonial y sin perjuicio de su arraigo y sustento tradicional, puedan equiparse al matrimonio a efectos penales¹⁶. Equiparar el matrimonio a estos ritos o uniones de hecho, sin una referencia expresa en el tipo penal, nos haría incurrir en una interpretación analógica *ad malam partem*. Por ello, parecería adecuado una reforma del tipo penal dirigida a incluir estos ritos y uniones en el ámbito propio de este delito, para evitar una dualidad en el tratamiento penal: si estamos ante un matrimonio la conducta sería subsumible en el delito de matrimonio forzado, mientras que si estamos ante otro tipo de ritos o uniones maritales, con reconocimiento social y efectos en la comunidad en la que se practican, serían de aplicación otros tipos penales, como el delito de coacciones, por ejemplo.

Asimismo, debe destacarse que no son susceptibles de ser calificadas como delito de matrimonio forzado todas aquellas conductas de violencia o intimidación dirigidas a impedir la finalización de la unión matrimonial¹⁷, lo que daría lugar a la aplicación de otros tipos penales.

2. El delito de forzamiento a abandonar o impedir regresar a territorio español (art. 172 bis. 1 CP)

Junto a la tipificación de los matrimonios forzados se recoge una modalidad delictiva dirigida a prevenir la efectiva celebración del matrimonio forzado, produciéndose un adelantamiento de las barreras de protección ofrecidas por el derecho penal y facilitando la persecución penal del delito. Si el matrimonio se celebra en el extranjero las dificultades para detectar de persecución aumentan considerables y, devienen prácticamente en insalvables, si no se permite el retorno al territorio español. De conformidad con lo dispuesto por el Convenio de Estambul, se incorpora como conducta alternativa a la conducta consistente en obligar a una persona a contraer matrimonio en contra de su voluntad, equiparándola a efectos penológicos, aquélla consistente en *forzar a una persona a que abandone el territorio español o a que no regrese a él, haciendo uso de violencia, intimidación grave o engaño, con la finalidad de cometer los hechos a que se refiere el apartado anterior*.

En este caso, nos encontramos ante un delito mutilado de dos actos que se caracteriza por la realización dolosa de una conducta – forzar a una persona

¹⁶ SAP Barcelona, sección 3.ª, 357/2018, 30 de julio de 2018.

¹⁷ Vid. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos: Informe sobre la prevención y eliminación del matrimonio infantil, precoz y forzado, de 3 de abril de 2014.

a que abandone o no regrese a territorio español— con la finalidad de realizar una posterior conducta dolosa —cometer el delito de matrimonio forzado previsto en el apartado 1 del artículo—. En consecuencia, esta modalidad típica no exige para su consumación la efectiva celebración del matrimonio, sino que es suficiente que el empleo de los medios comisivos consiga que la persona abandone el territorio español o le impida regresar a él.

Esta segunda modalidad delictiva exige también la utilización de ciertos medios comisivos —violencia, intimidación grave o engaño—. Destaca la incorporación de un nuevo medio comisivo que no se encuentra presente en el delito de matrimonio forzoso: el engaño. Este medio comisivo, al igual que los restantes, no se emplea, en esta modalidad típica, para lograr la celebración del matrimonio, sino para lograr el desplazamiento de la víctima o bien para evitar que ésta regrese a España. Con esta previsión pretende responderse a la realidad del fenómeno que nos muestra que en Europa los matrimonios forzados afectan, principalmente, a jóvenes nacionales o residentes en Europa que son ajenos a ciertas prácticas culturales propias del lugar de origen. En este contexto, no es extraño que los progenitores trasladen a los jóvenes al país de procedencia, aprovechando un período vacacional, por ejemplo, para que contraigan matrimonio allí y sin que medie su consentimiento¹⁸.

3. Penalidad

El marco penológico de ambas conductas delictivas fija dos consecuencias jurídicas alternativas, la pena de prisión y la multa. En concreto, se fija una pena de prisión de seis meses a tres años y seis meses o una pena de multa de doce a veinticuatro meses. Como parámetros para determinar la concreta pena a imponer en cada caso establece el legislador la necesidad de atender a *la gravedad de la coacción o de los medios empleados, parámetros que no solo son innecesarios*, sino que también son distorsionadores. Y ello, porque como bien señaló el Consejo General del Poder Judicial la gravedad del acto de coacción siempre será la misma, la celebración del matrimonio forzado, debiéndose acudir más bien a la gravedad de los medios empleados.

Nuestro legislador ha optado por no tipificar el matrimonio precoz como una modalidad de matrimonio forzado, pero sí ha previsto una agravación de la pena fundamentada en la minoría de edad de la víctima. En este sentido, el

¹⁸ VILLACAMPA ESTIARTE, C. y TORRES ROSELL, N., «El matrimonio forzado y su tratamiento institucional: visión profesional y victimal», *Revista General de Derecho Penal*, 32, 2019, pp. 23-24.

apartado tercero del artículo 172 bis CP recoge un subtipo agravado por razón de la edad del sujeto pasivo que exige para su apreciación la concurrencia de todos y cada uno de los elementos exigidos por el tipo básico. Cuando ello sea así, la acreditación de la minoría de edad del sujeto forzado a celebrar matrimonio o a abandonar el territorio, entrará en juego la agravación y la imposición de la pena correspondiente en la mitad superior.

4. Relaciones concursales

El delito de matrimonio forzado puede concurrir simultánea o sucesivamente con otros delitos, dando lugar relaciones concursales ciertamente complejas.

Por un lado, al exigir el tipo penal que se haga uso de ciertos medios comisivos, como son la violencia o la intimidación, es frecuente que este delito concorra con los delitos de coacciones y/o amenazas. De acuerdo con las reglas generales, en estos supuestos, tanto el delito de amenazas como el de coacciones quedarían consumidos en la acción típica de matrimonio forzado, en virtud del principio de absorción. Sin embargo, es posible que el delito, en cualquiera de sus modalidades, concorra con alguna de las modalidades del delito de amenazas que conlleven una pena superior a la prevista para este delito, debiéndose aplicar en este caso el principio de alternatividad a favor del delito de amenazas. Asimismo, habrá un *concurso de delitos* con el delito de lesiones en aquellos casos en los que la violencia ejercida para compeler a la víctima haya sido excesiva y haya causado algún daño a su integridad física. También es habitual que el delito de matrimonio forzado concorra con otra serie de delitos contra la libertad sexual o de violencia de género, que se perpetrarían, normalmente, después del matrimonio.

Especialmente importante puede ser la relación del delito de matrimonio forzado y el delito de trata de personas –art. 177 bis CP–. De hecho, de concurrir el delito de trata con el delito de matrimonio forzado en sentido estricto (art. 172 bis 1 CP) la relación que se establece es la propia de un concurso real de delitos, atendiendo a la cláusula del apartado 9 del artículo 177 bis¹⁹ o bien de concurso medial. Sin embargo, la relación concursal entre el delito de trata con fines de celebración de matrimonios forzados [art. 177 bis. 1. e) CP] y el delito de forzamiento a abandonar o impedir regresar a territorio español es bastante más complicada de resolver, generando en la mayoría de los casos la inaplicación del artículo 172 bis 2 CP. Y es que, aunque sea parcialmente, la estructura de ambos

¹⁹ ESQUINAS VALVERDE, P., *RECPC*, 20-32, 2018, p. 28 ss.

delitos es coincidente. Especialmente, cuando nos encontramos ante la acción de compeler o engañar a una persona para trasladarla (fuera del territorio español) con el fin de celebrar un matrimonio forzado que puede ser subsumida en ambos delitos. En este caso, la aplicación del delito de matrimonio forzado, a pesar de ser este más específico, nos llevaría a una solución penológicamente inadecuada al suponer un trato privilegiado para su autor, siendo que la pena prevista para este delito es muy inferior a la establecida para el delito de trata, que en su modalidad básica prevé una pena de prisión de 5 a 8 años. Lo anterior, unido al mayor número de medios comisivos previstos en el delito de trata – abuso de una situación de superioridad, de necesidad o de vulnerabilidad–, la no necesidad de que se celebre el matrimonio, así como la mayor penalidad prevista obligará a realizar un importante esfuerzo para delimitar aquellas conductas que deberán ser sancionadas a través del delito de trata y aquéllas otras que deberán reconducirse a través del delito de matrimonio forzado (art. 172 bis. 2 CP).

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

En España existe un amplio desconocimiento de los matrimonios forzados, a diferencia de lo que ocurre en otros países europeos con una mayor tradición en la gestión de la multiculturalidad.

Estamos ante comportamientos que se realizan en ámbito privado de la familia y en el contexto de comunidades cerradas lo que dificulta la visibilidad del fenómeno²⁰ generando una elevada cifra negra. Si a esto le unimos la ausencia de una política pública nacional y/o autonómica dirigida a prevenir los matrimonios forzados es comprensible que prácticamente no existan datos en España²¹. Sin embargo, ello no implica que estas prácticas sean inexistentes en nuestro territorio sino que demuestran la necesidad de adoptar una visión de conjunto y establecer medidas integrales que permitan conocer, prevenir y sancionar este tipo de comportamiento.

²⁰ Son pocas las víctimas que denuncian, el conocimiento de su situación se conoce, principalmente, a través de los servicios sociales, personal de salud, o recursos migratorios con los que pueden mantener ciertos lazos de confianza *Vid.* ANTIGONA, «Forced marriage in Spain: a qualitative report» within the Matrifor Project «Approaching forced marriages as a new form of trafficking in human beings» (http://www.matifor.eu/sites/default/files/pdf/Analytical_report_Spain.pdf).

²¹ El cuerpo de los Mossos d'Esquadra de Cataluña recopila desde el año 2009 los casos de matrimonios forzados detectados por sus miembros en territorio catalán. Los datos pueden consultarse en https://mossos.gencat.cat/ca/els_mossos_desquadra/indicadors_i_qualitat/dades_obertes/Visors_altres_dades/visualitzacio_matrimonis_forcosos/. En concreto se han detectado 194 casos entre 2009 y 2021. Asimismo, este cuerpo policial dispone de un Protocolo de Prevención y abordaje del matrimonio forzado en Cataluña.

La reforma penal, en lo que a los matrimonios forzados se refiere, no parece responder a una especial sensibilidad de los poderes públicos en su prevención, sino a una reacción automática a la necesidad de dar cumplimiento formal a las obligaciones supranacionales, cumpliendo una clara función simbólica. Las conductas que configuran este delito podía ser subsumidas sin mayores esfuerzos interpretativos en otros tipos penales, con anterioridad a 2015, por lo que su incorporación al CP parece responder a una utilización simbólica del derecho penal dirigido a transmitir ciertos mensajes²². La prevención y sanción efectiva de un fenómeno tan complejo como son los matrimonios forzados no puede ni debe ser abordado única y exclusivamente a través del derecho penal, cuando, además, ello puede provocar una profunda crisis en el seno familiar susceptible de revictimizar a la víctima.

²² MAQUEDA ABREU, M. L., «¿Es la estrategia penal una solución a la violencia contra las mujeres?», *InDret*, 4, 2007, p. 16; MAQUEDA ABREU, M. L., «El nuevo delito de matrimonio forzado: artículo 172 bis Código Penal», *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2013, pp. 560-562.

EL CULTIVO COMPARTIDO DE CANNABIS. UNA CUESTIÓN NO RESUELTA

SILVIA FERNÁNDEZ BAUTISTA *

I. EL CONSUMO COMPARTIDO Y LOS CLUBES SOCIALES DE CANNABIS

La reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido a reavivar un debate doctrinal, jurisprudencial y social acerca de la legalidad de los conocidos como «clubes sociales de cannabis». Bajo esta denominación se conocen coloquialmente aquellas asociaciones –la mayoría legalmente inscritas como tales– de consumidores de cannabis que se agrupan en los locales destinados al efecto para consumir dicha sustancia y donde normalmente también se suministra y *cultiva* esta droga, además de realizar otras actividades como la organización de eventos socioculturales relacionados con ella. Junto a la creciente inscripción de estas asociaciones y el aumento progresivo de sus usuarios, la llamada jurisprudencia menor, basándose en las resoluciones del Tribunal Supremo, pudo generar y extender la creencia social de que dicha actividad se acomodaba a los parámetros de la legalidad y, más concretamente, que era jurídico-penalmente atípica por equiparable al «consumo compartido». En efecto, el Tribunal Supremo cuenta con una sólida jurisprudencia que, basada en una interpretación restrictiva de carácter teleológico, excluye del ámbito de la tipi-

* Profesora Agregada de Derecho penal. Universidad de Barcelona. Sirva esta contribución como merecido homenaje a la Prof. Dra. Mirentxu Corcoy, de la que tanto he aprendido. Su constante iniciativa, siempre en proyectos novedosos, su particular visión del mundo universitario y su capacidad innata de adaptación son un legado impagable.

cidad del delito de tráfico de drogas (art. 368 ss. CP) algunas conductas. Una de ellas es el denominado «consumo compartido» que, siempre y cuando cumpla con los requisitos o indicios establecidos jurisprudencialmente, podrá entenderse irrelevante desde la perspectiva jurídico penal.

Con este panorama social, normativo y jurisprudencial se dicta la primera de las sentencias del Tribunal Supremo (STS 484/2015, 7-09), seguida por otras resoluciones, negando que la reiterada y consolidada jurisprudencia que durante años ha elaborado para excepcionar algunas conductas del ámbito típico del artículo 368 CP sea aplicable a fenómenos como el de los clubes cannábicos¹. El Alto Tribunal viene así a confirmar que la actividad llevada a cabo por tales asociaciones excede, con mucho, los criterios que definen jurisprudencialmente el consumo compartido como conducta atípica. A saber: a) las personas agrupadas para el consumo compartido deben ser consumidores habituales o adictos; b) el consumo de la sustancia debe llevarse a cabo en lugar cerrado; c) el acto deberá circunscribirse a un grupo reducido de adictos o drogodependientes y ser estos identificables y determinados y d) las cantidades de droga deben ser reducidas y limitadas al consumo diario².

II. ¿PUEDE SER EQUIPARADO EL CO-CULTIVO AL CULTIVO PARA EL AUTOCONSUMO?

El elenco de circunstancias anteriormente expuestas es de preceptivo análisis para determinar si la compra, la posesión y el posterior consumo, más allá de la estricta individualidad, pueden ser equiparadas, en cuanto a su atipicidad, a conductas relacionadas con el autoconsumo. Sin embargo, poco se dice acerca de una actividad que pudiera ser hasta cierto punto lógica en la voluntad de varios sujetos que pretenden consumir conjuntamente: el cultivo común de la sustancia por las personas que se agrupan para evitar así acudir a la oferta criminalizada de un tercero que les abastezca. Dicho de otro modo, resulta necesario conocer bajo qué circunstancias y/o condicionantes –si es que son distintos a los ya exigidos para el consumo compartido– el cultivo

¹ Sin ánimo de exhaustividad *vid.* las SSTS 484/2015, 7-09; 596/2015, 5-10; 788/2015, 9-12; 563/2016, 27-06; 571/2016, 29-06; 698/2016, 7-09; 684/2018, 20-12; 87/2019, 19-02; 261/2019, 24-05; 275/2019, 29-05; 521/2019, 30-10; 563/2019, 19-11, 205/2020, 21-05; 378/2020, 8-07; 380/2020, 8-07; 722/2020, 30-12; 508/2021, 10-06.

² Ampliamente sobre esta cuestión *vid.* entre otros DOPICO GÓMEZ ALLER, J., *Transmisiones atípicas de drogas. Crítica a la jurisprudencia de la excepcionalidad*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2013, *passim*; MARAVER GÓMEZ, M., «La doctrina del consumo compartido en el delito de tráfico de drogas. Análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *InDret*, núm. 2, 2019, pp. 4 ss.

común o co-cultivo de la sustancia consumida después puede equipararse al cultivo para el autoconsumo (atípico)³.

Sobre esta cuestión no se ha pronunciado con rotundidad el Tribunal Supremo en sus resoluciones. Es más, cuando lo ha hecho, ha sido para negar la atipicidad del co-cultivo. Tal es el caso de la STS 1377/1997, 17-11, en la que el objeto específico de enjuiciamiento es el co-cultivo de un grupo determinado de personas. Resumiendo los hechos probados: En el seno de una asociación debidamente inscrita en el correspondiente Registro de Asociaciones de la Generalitat de Catalunya cuyos estatutos establecían como fines de la misma, entre otros, el estudio biológico del cannabis *sátiva* y la creación de un foro de debate público en relación a todas las cuestiones que se derivan del consumo de dicha sustancia y las consecuencias de la criminalización de conductas relacionadas con el consumo y cultivo de aquella, excluyéndose expresamente como fin de la Asociación el fomento o difusión del consumo de cannabis, se decidió –tras la propuesta de los socios y de adoptar el acuerdo en la oportuna Asamblea General– arrendar una finca con la finalidad de que en la misma cada socio llevaría individualmente a cabo la plantación y cultivo de dos plantas de cáñamo y que una vez se recolectara la cosecha que se obtuviera se repartiría igualitariamente y con intervención de notario entre los socios participantes. Una vez fue arrendada la finca se procedió en abril de 1993 a la plantación, participando noventa y siete socios, los cuales sembraron, cada uno de ellos, dos plantas de cáñamo *índico*. También se da por acreditado que la plantación de cannabis iba destinada exclusivamente al autoconsumo de las personas que individualmente plantaron los ejemplares de cáñamo *índico* y que no puede afirmarse que los inculpados promovieran actividades favorecedoras del consumo ilegal de estupefacientes de terceras personas.

Ante tales hechos, el Tribunal Supremo, se pronunció rechazando la atipicidad de la conducta. Previamente, la Audiencia Provincial de Tarragona estimó que aquella no reunía la idoneidad necesaria para la difusión de la sustancia cultivada a terceros ajenos al co-cultivo. En contra de esta argumentación, aduce el Tribunal Supremo que los delitos de tráfico de drogas son «[...] delitos de peligro abstracto. Estos delitos son aquellos que incriminan conductas peligrosas según la experiencia general y que resultan punibles sin necesidad de poner concretamente en peligro el bien jurídico protegido [...]» «[...] desde este punto

³ Para un análisis más exhaustivo con información bibliográfica y jurisprudencial *vid.* FERNÁNDEZ BAUTISTA, S., *Los clubes sociales de cannabis. Antijuridicidad e imputación personal*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2021, *passim*.

de vista el cultivo de plantas que producen materia prima para el tráfico de drogas es un acto característicamente peligroso para la salud pública, no obstante que en el caso no se haya llegado a producir un peligro concreto. La cuestión de la idoneidad consiguientemente no depende de la concreción del peligro, sino exclusivamente de la abstracta adecuación al mismo que ha establecido el legislador. De estas consideraciones se deduce que el juicio sobre la idoneidad realizado por la Audiencia es impropio de la comprobación de la tipicidad de un delito al que esta Sala en repetidas oportunidades ha considerado como un delito de peligro abstracto [...]». Todo ello para acabar estimando el recurso de casación y condenar a los tres procesados –secretario de la asociación, tesorero y socio asesor biólogo respectivamente– por un delito de tráfico de drogas referente a sustancias que no causan grave daño a la salud.

El objeto principal de enjuiciamiento en esta resolución es, precisamente, la acción de cultivar conjuntamente la sustancia estupefaciente que va a ser consumida con posterioridad por aquellos que se agrupan para cultivarla. En raras ocasiones ello acontece de este modo. En la jurisprudencia posterior –tanto de Audiencias Provinciales primero, como del Tribunal Supremo después– el co-cultivo se enjuicia normalmente en el marco de una conducta más compleja: la actividad general de los clubes cannábicos. En efecto, en la jurisprudencia menor –básicamente– el núcleo decisorio se ha basado en concretar el cumplimiento o no de las exigencias del consumo compartido por parte de los clubes sociales de cannabis. Una vez determinada la tipicidad o atipicidad del supuesto enjuiciado no se ha mostrado mayor interés en analizar particularizadamente la cuestión del co-cultivo⁴. Sin embargo, ello resulta de vital importancia, pues puede constituir un indicio más sobre el que basar la relevancia o irrelevancia jurídico penal de dichas asociaciones, algunas de las cuales optan por producir y elaborar la sustancia estupefaciente que luego consumen sus socios.

Aclarar qué relevancia pueda tener el hecho de que los llamados a agruparse cultiven dicha sustancia es esencial. Si se estima que el co-cultivo puede, con determinados condicionantes, ser equiparado al cultivo para el autoconsumo, dicho extremo aportaría un elemento más al análisis indiciario de la posible atipicidad del consumo compartido⁵. Quizá el hecho de incluir –aunque

⁴ Analiza la jurisprudencia menor en relación con esta cuestión MUÑOZ SÁNCHEZ, J., «La relevancia penal de los clubes sociales de cannabis: Reflexiones sobre la política de cannabis y análisis jurisprudencial», *RECPC*, núm. 17, 2015, pp. 20 ss.

⁵ En parecidos términos se expresa MUÑOZ SÁNCHEZ, J., *RECPC*, núm. 17, 2015, p. 27 cuando, al analizar la jurisprudencia de Audiencias Provinciales, afirma que estas admiten que es un supuesto distinto a los que se engloban bajo la construcción jurisprudencial del consumo compartido, pero que comparte el mismo fundamento que conduce a la atipicidad de la conducta, lo que permite interpretar los

veladamente en ocasiones— entre los indicios o requisitos del consumo compartido la caracterización de este como un acto esporádico sin vocación de habitualidad tiende a excluir el co-cultivo como un indicador del consumo compartido. Dificilmente puede casar con el requisito de la ausencia de habitualidad una conducta que requiere de una perduración evidente en el tiempo para obtener la sustancia estupefaciente y que, en raras ocasiones, se agota con la obtención del producto para una única consumición.

III. EL CULTIVO COMPARTIDO COMO CONDUCTA PREVIA AL CONSUMO COMPARTIDO

Habida cuenta de que el cannabis es un estupefaciente con ciclo natural de cosecha, puede ser hasta cierto punto lógico—incluso conveniente— que los agrupados en las asociaciones de consumidores de esta sustancia tengan como actividad su cultivo para la posterior distribución entre los socios⁶. Con expresa alusión y transcripción literal de la STS 1377/1997, 17-11, concluye el Tribunal Supremo⁷ que la actividad del cultivo solo puede ser tolerada desde la perspectiva penal—admitiendo la ilicitud administrativa en todo caso por aplicación de la L 17/1967— cuando esta sea destinada al consumo personal. Pues bien, con un argumento bastante circular resuelve que en los supuestos enjuiciados esa finalidad no puede apreciarse, pues resulta evidente la alteridad propia del artículo 368 CP en la conducta de los acusados como responsables y/o dirigentes de un club cannábico que dispensa sustancia estupefaciente a sus usuarios. Argumento circular ya que parte de la base apriorística—en ocasiones analiza esta cuestión antes de entrar en el estudio de otros requisitos— de que los clubes sociales de cannabis enjuiciados no reúnen los requisitos del consumo compartido y por tanto no son asimilables al autoconsumo. Ello implica, a su vez, que el cultivo llevado a cabo por dichas asociaciones no pueda ser atípico. Siendo ello así, el Tribunal Supremo estaría admitiendo la atipicidad del co-cultivo o cultivo compartido bajo determinadas circunstancias, pero no en las condiciones propias de las asociaciones de consumidores de cannabis enjuiciadas. El Alto Tribu-

requisitos exigidos para la aplicación de la doctrina del consumo compartido como indicadores que han de valorarse desde el concreto análisis de cada caso y que permiten deducir si se deriva o no un riesgo para la salud de terceros.

⁶ Esta circunstancia no se aprecia en el caso enjuiciado en la STS 698/2016, 7-09. En los hechos probados se determina que «... la asociación obtenía de ignorados proveedores la marihuana que suministraba en la citada sede de la asociación». Tampoco acontece en la STS 521/2019, 30-10.

⁷ *Vid.* de manera expresa las SSTS 484/2015, 7-09; 596/2015, 5-10; 788/2015, 9-12.

nal justifica la punibilidad de este co-cultivo en la imposibilidad de excluir la alteridad en esta conducta, pero dicha alteridad se ha deducido –aunque ello se fundamente después (i)– de la no concurrencia de las exigencias jurisprudenciales para el consumo compartido en la conducta de dispensación de la sustancia estupefaciente en el club social de cannabis. Así las cosas, y en aplicación de toda lógica, el fundamento de la tipicidad o atipicidad del co-cultivo pende, prácticamente en exclusiva, del cumplimiento del resto de requisitos exigibles al consumo compartido.

Tal y como ya se ha apuntado, podría afirmarse que el co-cultivo no es, en todo caso, una conducta delictiva conforme a lo establecido en el artículo 368 CP –conclusión a la que podría llegarse si se tiene como único referente jurisprudencial la STS 1377/1997, 17-11– pues cabe la posibilidad de excepcionarla siempre y cuando pueda excluirse toda posibilidad de difusión a terceros⁸. Esta interpretación permitiría afirmar, para el caso que nos ocupa, que no es preceptivo que los que se agrupan para consumir deban forzosamente acudir a un tercero proveedor, sino que pueden procurarse la producción necesaria para esta finalidad. Ciertamente es que, si se pretende huir de la oferta criminalizada del tráfico de estupefacientes lo deseable, incluso, sería que las asociaciones o clubes cannábicos procurasen su propia producción. Sin embargo, se me antoja cierta dificultad en el argumento acabado de exponer. Si como requisito o indicio –en el mejor de los casos– del consumo compartido se exige que sean cantidades mínimas acordes a un consumo diario e inmediato, difícilmente el co-cultivo case bien con esta circunstancia, pues la actividad de cultivar requiere, amén de cierta continuidad y constancia, una previsión de consumo más allá del diario⁹. El cultivo es, lógicamente, una conducta que permite un acopio para el consumo diferido en el tiempo¹⁰. En

⁸ En este sentido *vid.* la STS 684/2018, 20-12, afirmando que el cultivo es una de las acciones expresamente mencionadas en el artículo 368 CP. Se convierte en conducta típica cuando su objetivo final es ese consumo contrario a la legalidad, en el bien entendido que todo consumo de drogas tóxicas, estupefacientes o psicotrópicas que no entre en los supuestos expresamente autorizados por los Convenios y las normas administrativas vigentes en España, constituye un «consumo ilegal» a los efectos de cumplir el tipo del artículo 368 CP como destinatario de las conductas de promoción, favorecimiento o facilitación que tal tipo prevé y sanciona penalmente. Sin embargo, prosigue el Alto Tribunal advirtiendo la necesidad de recortar la excesiva consecuencia que podría extraerse de esta aseveración: el cultivo no autorizado siempre es delictivo.

⁹ En este sentido, la STS 596/2015, 5-10, rechaza que el cultivo compartido pueda tener como justificación de la absolución la doctrina del consumo compartido, pues aquel presenta una nota peculiar: mientras el consumo compartido se caracteriza por el consumo de droga en un momento episódico, el cultivo compartido supone y exige una cierta permanencia, ya que se desarrolla durante un cierto tiempo, su producto se reparte entre los partícipes, sin que exista un consumo colectivo puntual, sino dilatado en el tiempo, perdurabilidad que no aparece en la doctrina del Tribunal Supremo del «consumo compartido».

¹⁰ Así lo entiende la SAP Vizcaya 27-3-2015, que absuelve a los dirigentes del club social de consumidores de cannabis «Pannagh», sentencia que recurrida ante el Tribunal Supremo se revoca por

mi opinión tal objeción evidencia la imposibilidad de aplicar, a conductas dispares, los mismos criterios de valoración para determinar su atipicidad. El cultivo, la compra, la tenencia o la dispensación son conductas distintas que por bien que vayan destinadas a un uso colectivo no pueden valorarse con idénticos criterios. La especial idiosincrasia de alguna de ellas, especialmente del cultivo, aconsejan la delimitación de criterios que se acomoden a tal naturaleza y que permitan valorar si en ella existe alteridad o riesgo de difusión a terceros ajenos a los agrupados en tales menesteres.

IV. ¿EL CULTIVO COMPARTIDO COMO CONDUCTA ATÍPICA? LA MISMA INCERTIDUMBRE DE SIEMPRE

El Tribunal Supremo no ha resuelto totalmente esta cuestión, pues se ha limitado a determinar la no adecuación del cultivo que realizan algunas asociaciones de esta naturaleza a los supuestos atípicos, pero por no cumplirse otros requisitos. El Tribunal Supremo no determina qué condicionantes específicos debe reunir el co-cultivo o cultivo compartido para ser entendido como atípico, ni en el ámbito de los clubes sociales de cannabis ni en otros supuestos de cultivo común o colectivo perfectamente imaginables¹¹. Debe tenerse en cuenta que la conducta del cultivo de sustancias estupefacientes es, por

la STS 788/2015, 9-12. La Audiencia Provincial de Vizcaya se muestra favorable a admitir el cultivo compartido pues entiende que puede ser tan atípico como lo es el cultivo para consumo personal. También reconoce las diferencias entre el consumo compartido y el co-cultivo para el consumo compartido. Mientras el primero se caracteriza por el consumo de la droga en un momento episódico, al cultivo compartido es inherente cierta permanencia, perdurabilidad que no aparece –reconoce la Audiencia Provincial– en los casos de los acopios para fiestas o celebraciones, con los que habitualmente se relaciona el consumo compartido.

¹¹ La STS 484/2015, 7-09, se limita a firmar que «la filosofía que late tras la doctrina jurisprudencial que sostiene la atipicidad del consumo compartido de sustancias estupefacientes también puede alcanzar, en otro orden de cosas, a la decisión compartida de cultivo de la conocida como marihuana para suministro en exclusiva a ese grupo de consumidores en condiciones congruentes con sus principios rectores que hacen asimilable esa actividad no estrictamente individual al cultivo para el autoconsumo». Ciertamente es que poco después afirma que «... son indicadores que favorecerán la apreciación de la atipicidad el reducido número de personas que se agrupan informalmente con esa finalidad, el carácter cerrado del círculo, sus vínculos y relaciones que permiten conocerse entre sí y conocer sus hábitos de consumo y además alcanzar la certeza más allá del mero compromiso formal exteriorizado, de que el producto se destina en exclusiva a ese consumo individual de quienes se han agrupado, con la razonable convicción de que nadie va a proceder a una redistribución o comercialización por su cuenta, los hábitos de consumo en recinto cerrado». Prosigue el Tribunal Supremo afirmando que esta estimación quedaría definitivamente ratificada si el cultivo compartido va seguido de un consumo compartido y se comprueba la ausencia de espíritu comercial, la espontaneidad y la voluntad libre e iniciativa propia de quienes se agrupan. Como fácilmente puede comprobarse, los indicios ofrecidos no distan de los que la jurisprudencia viene exigiendo para determinar cuándo estamos ante un supuesto de consumo compartido –en el bien entendido de compra con «bolsa común»– lo que implica, bajo mi punto de vista, que algunas de las cuestiones acabadas de exponer no puedan resolverse.

expresa dicción legal, una conducta típica a los efectos del artículo 368 CP y que puede imputarse al sujeto activo de modo independiente y en forma consumada, esto es, sin necesidad de que posteriormente realice otros actos propios del tráfico de esta. Precisamente por este motivo, se recurre a indicios que permiten deducir cuándo esta conducta puede ser entendida como atípica por servir al autoconsumo o cuándo, por el contrario, resulta conforme a la dicción del artículo 368 CP por estar presente la alteridad. Dicho de otro modo: las circunstancias del cultivo permitirán deducir –o serán un elemento más al valorar– si efectivamente su finalidad es el autoconsumo u otras asimilables como el consumo compartido. Por esta razón entiendo que debieran delimitarse los indicios que permitan concluir si dicho cultivo va a ser destinado a tal consumo compartido. La existencia o la concurrencia del elemento de la alteridad debe deducirse de las circunstancias que rodean al propio cultivo y no solo de los condicionantes y características que asisten a la conducta posterior de dispensación de la sustancia. Por tanto, las preguntas que debieran haberse respondido giran en torno a si el cultivo puede ser realizado por una persona ajena absolutamente a la estructura u organización del club social de cannabis o si necesariamente debe formar parte de la organización y estructura del mismo; o si por el contrario deben participar todos los agrupados o socios en el cultivo para así garantizar la imposibilidad de difusión o facilitación a terceros de la sustancia¹²; o si el cultivo puede hacerse en una ubicación distinta a la sede del club social de cannabis, e incluso algo tan básico como si la propia actividad de cultivo de la sustancia puede ser un elemento positivo para valorar la actividad propia de estos clubes.

En definitiva, resulta imprescindible establecer criterios específicos que coadyuven al entendimiento de que tal actividad de cultivo es, en si misma, atípica y no hacer depender esta conclusión exclusivamente de si su posterior dispensación o consumo se da en un ámbito como el consumo compartido¹³. De

Así, la pregunta acerca de si deben ser todos los que cultiven o puede ser solo uno o unos pocos sujetos los que realicen esta actividad, no queda despejada de toda duda.

¹² Sin resolver la cuestión, la STS 684/2018, 20-12, FJ 3.º, reproduce los fundamentos jurídicos de la STS 484/2015, 7-09, afirmando, de nuevo, que «la filosofía que late tras la doctrina jurisprudencial que sostiene la atipicidad del consumo compartido de sustancias estupefacientes puede alcanzar a la decisión compartida de cultivo de la conocida como marihuana para suministro en exclusiva a un grupo reducido de consumidores en condiciones congruentes con sus principios inspiradores que hacen asimilable esa actividad no estrictamente individual al cultivo para el autoconsumo».

¹³ A este respecto señala, no obstante, la STS 484/2015, 7-09, que la evaluación de cuándo una conducta de cultivo compartido o colectivo puede entenderse abarcada por la filosofía que inspira la atipicidad de la «compra compartida» es una cuestión de caso concreto. A mayor abundamiento afirma el Tribunal Supremo «...que no es función de la jurisprudencia (como sí lo sería de una hipotética legislación administrativa de tolerancia) establecer una especie de listado como si se tratase de los requisitos de una licencia administrativa, de forma que la concurrencia, aunque fuese formal, de esas condiciones aboque a la inope-

lo contrario, podríamos llegar al absurdo de aceptar como conducta penalmente irrelevante cultivos masivos que abastezcan de esta sustancia únicamente a comunidades que dispensan y consumen en condiciones de consumo compartido¹⁴. También sería necesario hacer referencia a la cantidad de sustancia final permitida en cada ciclo productivo y otros condicionantes que aseguren que, tanto la conducta del consumo compartido, como la necesaria y previa del cultivo compartido pueden, en definitiva, llegar a ser acordes con la filosofía que subyace a la atipicidad de aquella conducta: falta de peligrosidad para el bien jurídico protegido por exclusión de la alteridad. Ahora bien, en lo que entiendo no cabe confusión alguna es en la ilegalidad del co-cultivo que no reúna los condicionantes exigidos por la L 17/1967, que requiere la autorización expresa a tales efectos por la autoridad competente: la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios (RD 1275/2011, 16-9). La contrariedad con el Derecho no se agota en la tipicidad penal de los hechos¹⁵.

Las dificultades acabadas de exponer en cuanto a los condicionantes que permitirían entender el co-cultivo como una conducta atípica tienen, en mi opinión, un claro origen: el intento de aplicar a conductas muy dispares los mismos criterios o indicios de atipicidad. Si recordamos las conductas que el Tribunal Supremo ha excepcionado del ámbito del delito de tráfico de estupefacientes comprobamos que, en su origen, el conocido como «consumo compartido» no son más que diversas conductas, perfectamente determinadas, que analizadas con el argumento genérico de la falta de lesividad al bien jurídico y concretado ello en indicios más o menos tasados, permiten concluir en su irre-

rancia del artículo 368; y la ausencia de una sola de ellas haga nacer el delito. Eso significaría desenfocar lo que se debate de fondo: perfilar la tipicidad del artículo 368. Se castiga la promoción del consumo ajeno, pero no la del propio consumo. La actividad que, aun siendo colectiva, encaje naturalmente en este segundo ámbito, por ausencia de estructuras puestas al servicio del consumo de terceros, no son típicas».

¹⁴ *Vid.* los hechos juzgados en la STS 87/2019, 19-02, en la que la plantación clandestina de marihuana se fija en una nave alquilada en una localidad distinta a la de la sede del club social de cannabis («Airam» sita en Barcelona) al que supuestamente abastecía. Los hechos probados describen que los agentes policiales comprobaron que varios vehículos entraban y salían de esa nave con el material más diverso y que en la entrada y registro se incautaron 2.808 plantas en proceso de crecimiento. Ante tal circunstancia, el Tribunal Supremo afirma que se trata de una distribución masiva, en la que no se relata ningún tipo de control que garantice, de manera eficaz, que el abastecimiento de marihuana a los distintos socios (al menos 2.000 en la asociación «Airam») no tuviera otro recorrido que el puntual, personal y exclusivo autoconsumo por su adquirente. El Tribunal Supremo concluye que dicho cultivo presenta un riesgo de difusión de la sustancia prohibida y destaca en su argumentario: 1) que el cultivo se desarrollaba de manera intensiva y masiva, 2) que se abordó en una población distinta a aquella en la que se encontraba el único punto de venta del que los acusados aseguraron servirse y 3) que los agentes policiales observaron un trájin de distintos vehículos que intervenían y podían abastecerse en el centro de producción.

¹⁵ Así se expresa la STS 684/2018, 20-12, FJ 3.º «... también el cultivo es atípico cuando no se detecte alteridad como presupuesto de la intervención penal: facilitar o favorecer el consumo de otros. El cultivo para el exclusivo consumo personal es contrario a la legalidad, pero carece de relieve penal». En el mismo sentido *vid.* la STS 563/2019, 19-11, FJ 3.º

levancia jurídico penal. En mi opinión, aquellos indicios o criterios que permiten argumentar la falta de lesividad al bien jurídico protegido como fundamento de la interpretación teleológica son insuficientes o ineficaces cuando se trasladan, sin más, a otras conductas que, aunque puedan resultar hasta cierto punto similares, son distintas de las que originaron tal filosofía en el Tribunal Supremo. Tal es el caso del co-cultivo y de la actividad propia de los clubes sociales de cannabis. En mi opinión ello no debe conducir necesariamente a negar la posibilidad de un co-cultivo atípico, antes, al contrario. Un cultivo en condiciones tales que permitan deducir claramente que la sustancia obtenida revierte únicamente en los agrupados sería no solo factible, sino deseable. Y no solo en la forma de un club social de cannabis, sino también en otras circunstancias de intendencia menos estructurada.

CLÁSICAS Y NUEVAS CONDUCTAS FRAUDULENTAS EJECUTADAS EN LA RED Y SU SUBSUNCIÓN EN LOS TIPOS DE ESTAFA Y ESTAFA INFORMÁTICA CONTENIDOS EN EL CÓDIGO PENAL

JAVIER GUSTAVO FERNÁNDEZ TERUELO *

I. PLANTEAMIENTO

Entre las fórmulas significativas de fraude en la Red están aquellas a través de las que se logra la sustracción de datos que permiten la suplantación de personalidad de la víctima en el uso de un servicio de naturaleza económica; así se obtienen, por ejemplo, las claves bancarias, datos de tarjetas de crédito o claves de acceso a determinadas páginas o servicios de índole económica; dichos datos serán posteriormente utilizados para realizar disposiciones patrimoniales u obtener ventajas económicas en favor del autor o de un tercero. La fórmula a la que nos referimos implica, normalmente, el acceso al dispositivo electrónico de la víctima a través de la red sin que ella sea consciente o la entrega de los datos relevantes de acceso por parte del propio titular o de un tercero como consecuencia de una maniobra engañosa. Otra de las características de este tipo de fraudes es que a partir de la obtención fraudulenta de los datos de acceso se inicia una segunda fase dirigida a su uso, que también presenta particularidades relevantes desde el punto de vista fáctico y jurídico.

* Catedrático de Derecho penal. Universidad de Oviedo.

II. OBTENCIÓN SUBREPTICIA DE LAS CLAVES DE ACCESO O ELEMENTOS NECESARIOS PARA LA ACTIVACIÓN DE DETERMINADOS SERVICIOS DE PAGO

1. La propia víctima hace llegar al defraudador los datos necesarios para realizar las transacciones (*phishing* y sus variantes: *smishing*, *vishing*, etc.)

Una de las fórmulas más relevantes utilizadas por parte de los promotores de este tipo de fraude es el recurso a *mecanismos de ingeniería social*, cuya principal característica es que se aprovechan de la falta de información y formación que tiene una parte de las víctimas potenciales, con el objetivo último de acceder ilícitamente a determinados sistemas de información. En ese contexto, la técnica más utilizada sigue siendo, a día de hoy, el clásico *phishing*, que, eso sí, se encuentra en constante evolución. Se caracteriza por el envío masivo de mensajes (correo, sms¹, mensajería instantánea, etc.) o incluso la realización de llamadas telefónicas² que pretenden aparentar provenir de fuentes fiables, adoptando su imagen corporativa: con logotipos, imágenes y textos que normalmente han sido recogidos del sitio real, para conseguir, de ese modo, que la víctima ponga en manos del defraudador los datos necesarios para realizar transacciones económicas fraudulentas.

Las fórmulas escritas de suplantación suelen incluir un enlace que lleva a webs falsas con aspecto casi idéntico al de la entidad suplantada (*spoofing*)³. El envío puede ser masivo e indiscriminado y, de este modo, algunos de los receptores resultan ser, efectivamente, clientes de la entidad suplantada. En otros casos, bajo distintas promesas, se les reconduce a determinados espacios virtuales. En todos ellos lo que en última instancia se requiere de la víctima es la facilitación del acceso a datos personales relevantes (contraseñas, números y ccv de tarjetas de crédito, etc.) para el posterior intento de fraude patrimonial.

¹ El llamado *smishing* (palabra compuesta que hace referencia a SMS y *phishing*) se basa en el envío de mensajes SMS, u otros mensajes a través de aplicaciones de mensajería instantánea, para recrear comunicaciones con el usuario aparentemente legítimas (suplantando la identidad de alguna persona o entidad) y con el objetivo último de obtener sus datos personales (contraseñas, datos de tarjetas, incluido el CCV, etc.) y económicos relevantes o conseguir que realice un pago o pulse en el link de un enlace que provocará la descarga de software malicioso.

² El *vishing* se caracteriza por la realización de llamadas con los mismos objetivos que el *phishing* y el *smishing* (ver nota anterior).

³ El *spoofing* es la suplantación de una página web real por otra falsa, con el fin de realizar una acción fraudulenta con los objetivos descritos en el resto de fórmulas expuestas.

El grado de conocimiento actual de algunos de estos tipos de fórmulas por los usuarios hace que el porcentaje de éxito en la realización del fraude sea generalmente muy bajo, lo cual, sin embargo, se ve compensado, precisamente, por el carácter masivo del envío. A la vez, la constante invención de nuevas fórmulas, cada vez mejor desarrolladas y por tanto más creíbles para los potenciales destinatarios, determina un número significativo de fraudes exitosos.

2. **Sustracción digital de los datos necesarios para realizar las transacciones sin el conocimiento de la víctima: spyware y asimilados**

El acceso a distancia al dispositivo de la víctima para hacerse con datos de acceso de contenido económico puede tener lugar a través de múltiples vías. Una fórmula frecuente es el recurso a archivos espía (*spyware*) –aplicaciones que se consiguen introducir en el dispositivo electrónico de la víctima, y cuyo objetivo es el envío, a un lugar exterior (habitualmente a una cuenta o dispositivo del defraudador), de datos del sistema donde están instalados (normalmente datos necesarios para el acceso a determinados sistemas de contenido económico), todo ello sin el conocimiento del titular–.

La descarga del software que permite la sustracción se produce a través de fórmulas como alguna de las ya descritas en el apartado anterior. Otro mecanismo por el que el software malicioso se consigue descargar en el dispositivo del usuario es el llamado *scareware*; se trata de la aparición en pantalla al acceder a determinadas webs de mensajes de advertencia (obtención de premios, detección de virus, etc.) que provocan que, debido al interés o a la preocupación del usuario por aquello que falsamente se le notifica, ejecute la descarga de una aplicación que contiene el *malware*. También son frecuentes las noticias falsas recibidas por aplicaciones de mensajería con peticiones de todo tipo, que suelen ir acompañadas de un enlace para participar en la votación o para restaurar la cuenta perdida. El objetivo final es siempre llevar al usuario a un enlace que al ser utilizado determina la descarga del archivo malicioso, que después se autoejecutará en el sistema operativo de su dispositivo. Dentro de ese tipo de conductas estaría también el llamado *baiting*, procedimiento que se sirve para instalar el software desde unidades USB infectadas o discos ópticos que son conectados por terceros en sus dispositivos. Igualmente en ocasiones la descarga se produce al entrar en una web de *software* pirata y acceder al elemento protegido por derechos de propiedad intelectual (*software*, especial-

mente). El *malware* instalado consigue cambiar las DNS del equipo para redireccionar a la víctima a otra web (*Spoofing DNS*).

Desde hace tiempo la finalización de operaciones de carácter económico (especialmente banca *online*) requiere la introducción en el sistema de una información concreta para confirmar la operación, la cual es recibida por *SMS*. Ello ha derivado en que por parte de los defraudadores hayan desarrollado mecanismos de duplicación de tarjetas *SIM* (*SIM swapping*), lo que pueden conseguir con algunos datos personales del titular de la línea (nombre y apellidos, DNI, fecha de nacimiento, los 4 últimos dígitos de la cuenta bancaria, etc.), que –a su vez– han podido obtener por otras de las vías antes expuestas. Con estos datos, el defraudador solicita un duplicado de la *SIM*, suplantando la identidad de la víctima. La víctima del fraude percibirá únicamente que su dispositivo se queda sin cobertura móvil y mientras el defraudador puede confirmar la operación fraudulenta.

3. Fórmulas de obtención de los datos necesarios para realizar las transacciones económicas basadas en el engaño directo entre víctima y defraudador

Al margen de las fórmulas de ingeniería social y del recurso a software malicioso de sustracción de datos, existen otro tipo de fórmulas menos complejas en su ejecución que se basan en el engaño de un interlocutor sobre el otro. Son por ejemplo: a) Fraudes de pago por anticipado (ya sea por correo o a través de páginas web), en los que la víctima es persuadida de adelantar dinero con la promesa de obtener una mayor ganancia posterior; b) Fraudes sentimentales, en los que el autor contacta a través de un servicio de citas online, con identidad falsa y tras ganar la confianza de la víctima se le propone un encuentro solicitando dinero para pagar los gastos del desplazamiento o de otro tipo; c) Fraudes de caridad, en los que se suplantan organizaciones humanitarias solicitando donaciones para catástrofes naturales, personas desvalidas, etc.; d) Ofertas de trabajo falsas, en las que se ofrece un puesto de trabajo, previo pago, con unas condiciones salariales muy buenas que no son reales, y que ni siquiera existe; e) Oportunidades de negocio o trabajos desde casa, en los que se ofrecen grandes rendimientos por la actividad y se solicita una cantidad por anticipado en concepto de permisos, compra de material, etc. f) La llamada *estafa nigeriana*⁴, consistente en el envío masivo de correos electróni-

⁴ AP de Islas Baleares (Sección 2.ª) de 21/9/2021 (ARP/2021\72), que califica ese comportamiento como estafa cualificada y delito continuado de falsificación de documentos oficiales.

cos que ofrecen a los destinatarios diferentes opciones de ganar dinero: premios de lotería o herencia millonaria, en los que para recibir el dinero, primero hay que desembolsar una cantidad supuestamente destinada a sufragar trámites previos o corroborar los datos bancarios; etc.

4. Transacciones de comercio electrónico fraudulentas

Muchas de las conductas fraudulentas se producen en operaciones de comercio electrónico; se trata, básicamente, de fraudes en la entrega de la cosa (por parte del vendedor) o en el pago del precio (por parte del comprador). Por lo tanto, de ellas pueden ser víctimas tanto el comprador como las empresas que lícitamente se dedican a este comercio, e, incluso, las entidades bancarias que ponen a disposición del presunto vendedor los instrumentos de pago. Las fórmulas habituales de fraude consisten en el envío o la entrega de un bien que no reúne las características con base en las cuales se realizó su oferta y adquisición o incluso en la falta de envío o entrega, utilizando como formas de pago el pago anticipado o contra reembolso. Desde el punto de vista del adquirente, la mayoría de los supuestos fraudulentos se basan en la ausencia de pago y suplantación de la personalidad del comprador real, haciendo soportar los cargos de éste a una tercera persona que desconoce la operación.

III. SUBSUNCIÓN TÍPICA EN LOS TIPOS PENALES DE ESTAFA Y ESTAFA INFORMÁTICA

En este apartado tratamos de analizar si todas las conductas fraudulentas antes descritas y otras que pudieran plantearse en el ámbito Internet, pueden ser subsumidas en alguno de los modelos de estafa recogidos en el Código Penal, ya sea la estafa común (art. 248.1) o la llamada estafa informática (art. 248.2).

Los elementos caracterizadores del delito de *estafa común* son sobradamente conocidos, por lo que nos limitamos a enunciarlos de modo escueto y atendiendo, primordialmente, a su configuración jurisprudencial. Así, el castigo penal por tal delito requiere la presencia de los siguientes: a) Un *engaño precedente o concurrente* concebido, con criterio amplio, atendiendo a la ilimitada variedad de supuestos que la vida real ofrece. Dicho engaño ha de ser «bastante», es decir, suficiente y proporcional para la consecución de los fines propuestos. Se tendrán en cuenta para valorar el engaño tanto las condiciones subjetivas

del sujeto pasivo, como las objetivas que concurren en el caso. La maniobra defraudatoria ha de revestir apariencia de realidad y seriedad suficientes para engañar a personas de mediana perspicacia y diligencia. La idoneidad abstracta se complementa con la suficiencia en el específico supuesto contemplado. Dicho engaño puede ser implícito, explícito, activo u omisivo; b) Producción de un *error esencial* en el sujeto pasivo desconocedor o con conocimiento deformado e inexacto de la realidad, por causa del engaño, lo que le lleva a actuar bajo una falsa presuposición que parte de un motivo viciado y es causa de la subsiguiente disposición patrimonial; c) *Acto de disposición patrimonial*: la lesión del bien jurídico tutelado, el daño patrimonial, será producto de una actuación directa del propio afectado, consecuencia del error experimentado y, en definitiva, del engaño, acto de disposición que ha de ser entendido, genéricamente, como cualquier comportamiento de la persona inducida a error, que arrastre o conlleve de forma directa la producción de un daño patrimonial en sí misma o en un tercero, no siendo necesario que concorra en la misma persona la condición de engañado y de perjudicado. Es, en definitiva, toda acción u omisión que implique un desplazamiento patrimonial, ya sea en forma de entrega, cesión o prestación de la cosa, derecho o servicio de que se trate o *mero movimiento contable*. No es necesario, en todo caso, que la disposición se efectúe por quien tiene la facultad jurídica de llevarla a cabo; d) El *perjuicio* («en perjuicio») que se ocasiona como consecuencia de la transmisión patrimonial. Éste puede afectar tanto a quien realiza ésta como a un tercero. El perjuicio típico habrá de ser tenido en cuenta para determinar la gravedad del delito; e) *Ánimo de lucro*, como elemento subjetivo del injusto, entendido como propósito por parte del infractor de obtención de una ventaja patrimonial correlativa; f) *Nexo causal* o relación de causalidad entre el engaño provocado y el perjuicio experimentado, ofreciéndose éste como resultado del primero. El engaño ha de motivar (producir) un error que induzca a realizar un acto de disposición que determine un perjuicio.

El criterio esencial para determinar en todo caso, y por tanto en los supuestos antes descritos, si es susceptible de aplicación el *delito de estafa común* pasará por comprobar si ha existido un *engaño (y consiguiente error) que sufre una persona física como consecuencia de la trama engañosa elaborada por otra, lo que le lleva a realizar la disposición patrimonial*. Así, para apreciar el delito de estafa común es requisito *sine qua non* una relación/interlocución entre, al menos, dos personas: la que engaña y el engañado.

Pues bien, con base en ese criterio, entre los supuestos antes descritos, son susceptibles de subsunción en la «estafa común» los *fraudes cometidos en operaciones de comercio electrónico*, tanto si el que defrauda es el comprador

como si es el que oferta el producto o servicio. En el primer caso se produce la adquisición de un bien a través de la Red por parte de un sujeto (el engañado) al que, finalmente, no se le envía o, aun enviándose, resulta ser defectuoso o distinto de lo pactado, aspecto conocido y predispuesto por el vendedor (el que engaña). También, en principio, habrá estafa común en aquellos supuestos en que es el comprador el que elude, de algún modo, pagar al vendedor (el engañado) el precio pactado, quedándose, sin embargo, con el bien recibido.

La misma situación se plantea con las fórmulas *basadas en el engaño directo entre víctima y defraudador* en los que el remitente (el que engaña) solicita de la víctima –y ésta ejecuta– alguna actividad (disposición patrimonial) que redundará en beneficio del primero y en perjuicio de sí misma (engañada). En los casos expuestos no existen mayores dificultades para su subsunción en el delito de estafa común recogido en el artículo 248.1 al margen, claro está, de la necesaria presencia del resto de elementos típicos.

Sin embargo, de entre las conductas antes descritas, existen otras cuya dinámica comisiva *no encajan en esta modalidad típica (estafa común)*, básicamente *por estar ausentes los elementos de engaño y error que debe sufrir la víctima como consecuencia de una trama fraudulenta (además de la consiguiente disposición patrimonial que, en este caso, es ya realizada por el propio defraudador o por un tercero)*. En efecto, recordemos que no pueden ser castigadas a través del delito de estafa común todas aquellas conductas en las que falta un sujeto persona física *que sufre el engaño*. Son supuestos en los que sólo interviene el primer sujeto (el defraudador) sin que exista otro al que –*prima facie*– se dirija la maniobra engañosa siendo, por lo tanto, el propio defraudador (o un tercero) el autor de la disposición patrimonial. En concreto:

i) Los fraudes realizados mediante la introducción en el dispositivo del defraudador de algunos tipos de software malicioso que capta y pone en manos del defraudador los datos necesarios para realizar las transacciones; recordemos que, en el supuesto antes descrito, se trata de archivos que, una vez introducidos en el ordenador sin que la víctima sea consciente de ello, envían a través de la Red las claves de acceso a diferentes servicios informáticos y entre ellos las de banca *on-line*, con las cuales el defraudador puede realizar (directamente o a través de intermediarios) una disposición fraudulenta a su favor o en favor de un tercero. Lo mismo puede decirse de aquellos casos en los que el defraudador, mediante el acceso al sistema, consigue hacer desaparecer o disminuir deudas propias o ajenas. Obsérvese que en tales supuestos (y en todos los que posibiliten la obtención de las claves de acceso sin interven-

ción de su titular) no hay ningún mensaje dirigido a la víctima para que ésta haga algo (no hay engaño ni error que motive una disposición patrimonial).

ii) La misma dificultad de subsunción en la estafa común se plantea con los supuestos de fraude en los que es la propia víctima la que hace llegar al defraudador los datos necesarios para realizar las transacciones (*phishing* y *equivalentes*); en este caso, como ya se expuso, un sujeto (el que engaña) hace llegar un mensaje a las posibles víctimas, consiguiendo que algunas de ellas (engañadas) transmitan datos o claves personales, que serán posteriormente utilizados por el defraudador (o un tercero) para realizar una disposición en favor propio o de un tercero. Sin embargo, a partir de ahí, para conseguir la transferencia patrimonial a su favor (o en favor de tercero) *no necesita contactar más con su interlocutor*, sino que él mismo (o un tercero) hace uso de las referidas claves, por lo que en ese segundo momento no puede afirmarse que exista engaño ni, por tanto, error motivador de una disposición patrimonial⁵.

Precisamente debido a la insuficiencia de la estafa común para resolver algunos supuestos en los que está ausente el engaño y error definitorios de este delito, el legislador penal de 1995 creó un nuevo modelo de estafa, la llamada *estafa informática*. Ésta aparece configurada en el artículo 248.2, apartado a) CP con el siguiente tenor literal: «También se consideran reos de estafa los que, con ánimo de lucro y valiéndose de alguna manipulación informática o artificio semejante, consigan una transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de otro». Tal y como apuntamos, esta modalidad *tiene su razón de ser en la insuficiencia del modelo clásico de estafa* para hacer frente a los supuestos de manipulaciones informáticas, en los que *no están presentes ni el engaño ni el error* que, como es sabido, son elementos esenciales de la estafa común⁶; todo ello bajo la idea de que actuar sobre dispositivos electrónicos no es una forma de engaño porque «a las máquinas no se les puede engañar».

Veamos, en lo que nos ocupa, *si pueden ser subsumibles* en el concepto definidor de la estafa informática (manipulación informática o artificio semejante) todos aquellos supuestos a los que ya nos referimos que no encajan en la estructura de la estafa común (engaño – error – disposición patrimonial – perjuicio). Recordemos que se trata de conductas en las que falta un sujeto persona física que sufre el engaño o al que se dirija la manio-

⁵ FARALDO CABANA, P., *Las nuevas tecnologías en los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2009, p. 91.

⁶ Vid., ROMEO CASABONA, C. R., «Tendencias actuales sobre las formas de protección jurídica ante las nuevas tecnologías», en *Poder Judicial*, 2.^a época, número 31, septiembre de 1993, pp. 180 ss.

bra engañosa, el cual, además, no realiza disposición patrimonial alguna. El autor del delito no ha utilizado ninguna treta ni artimaña para viciar la voluntad de la víctima, puesto que la acción empieza en el ordenador, pero no tiene a ninguna otra persona física como destinatario. Sin embargo, en los supuestos subsumibles en la estafa informática *sí existe el ánimo de lucro*, puesto que quien defrauda actúa guiado por ese afán de enriquecerse económicamente, y *el perjuicio a tercero*, ya que se produce un detrimento económico al patrimonio de otra persona⁷. Esta idea ya podía verse claramente explicada en la STS de 21 de diciembre de 2004 (RJ 2004/8252)⁸. A lo que añade la STS de 20 de noviembre de 2001 (RJ 2002\805) que «el engaño, propio de la relación personal, es sustituido como medio comisivo defraudatorio por la manipulación informática o artificio semejante». Como ya se ha comentado, a la ausencia de engaño y error en la estafa informática debe añadirse una ulterior diferencia con la estafa común, la transferencia de activos patrimoniales no es realizada por la víctima del engaño, sino por el propio autor o un tercero⁹.

Para determinar si pueden castigarse a través de la estafa informática aquellos supuestos que antes hemos descrito y que no son susceptibles de subsumición a través de la estafa común, es preciso dilucidar qué ha de entenderse por *manipulación informática o artificio semejante*. Pues bien, según el concepto más extendido derivado, fundamentalmente, de la interpretación jurisprudencial [STS de 20 de noviembre de 2001 (RJ 2002\805) y STS de 26 de junio de 2006 (RJ 2006\4925), y posteriores] lo relevante será que la máquina, informática o mecánica, *actúe a impulsos de una actuación ilegítima que bien puede consistir en la alteración de los elementos físicos, de aquellos que permiten su programación, o por la introducción de datos falsos*. El resto de elementos típicos del delito de estafa informática no plantean especial dificultad; así, ésta exige que los autores «consigan la transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial», siendo suficiente para ello el cambio fáctico de adscripción

⁷ Se trata de conductas que se aproximan más al hurto que a la estafa común; FARALDO CABANA, P., «Los conceptos de manipulación informática y artificio semejante en el delito de estafa informática», en *Eguzkilore*, núm. 21, diciembre 2007, p. 37.

⁸ El tipo penal del artículo 248.2 CP tiene la función de cubrir un ámbito al que no alcanzaba la definición de la estafa introducida en la reforma de 1983. La nueva figura tiene la finalidad de proteger el patrimonio contra acciones que no responden al esquema típico del artículo 248.1 CP, pues no se dirigen contra un sujeto que pueda ser inducido a error. En efecto, los aparatos electrónicos no tienen errores como los exigidos por el tipo tradicional de la estafa, es decir, en el sentido de una representación falsa de la realidad. El aparato se comporta según el programa que lo gobierna y, en principio, sin error».

⁹ FARALDO CABANA, P., 2009, p. 86.

del elemento patrimonial¹⁰, lo que ocurre en los supuestos antes enunciados (que no pueden ser resueltos a través de la estafa común).

Sin embargo, un concepto de «manipulación informática o artificio semejante», así entendido (restringido), dificultaría la subsunción en el tipo de supuestos como los antes descritos: a) supuestos de fraude en los que es la propia víctima la que hace llegar al defraudador los datos necesarios para realizar las transacciones *phishing* y *equivalentes*; y b) *los fraudes realizados mediante la introducción en el dispositivo del defraudador de algunos tipos de software malicioso que capta y pone en manos del defraudador los datos necesarios para realizar las transacciones*. En tales supuestos no se trata de alteración de elementos físicos ni de programación ni introducción de datos falsos, necesarios según el concepto estricto de manipulación informática antes descrito. Quien ha obtenido las claves (auténticas) y las utiliza desde su propio dispositivo para realizar una transferencia a su favor o de un tercero (cambio de titularidad de los activos) a través de la Red no ha alterado elemento físico o de programación alguno ni ha introducido datos falsos (las claves y demás datos de acceso son, obviamente, los auténticos).

Es cierto que, en algún caso, el Tribunal Supremo se ha visto obligado a ampliar el concepto de manipulación informática para resolver un supuesto concreto en el que no eran útiles los conceptos descritos; así, por ejemplo, la STS de 21 de diciembre de 2004 (RJ 2004\8252), según la cual para colmar la acción típica de la estafa informática será suficiente la presencia de dos requisitos: el primero, que el autor carezca de autorización para usar el medio informático y, el segundo, que produzca «efectos semejantes a la estafa común». Con ello consigue condenar por estafa informática el supuesto enjuiciado, referido a la manipulación por terceros del terminal de venta situado en un establecimiento comercial, realizando operaciones de abono en favor del defraudador¹¹. Sin embargo, obsérvese que, quizás tampoco esa interpretación podría

¹⁰ El resto de elementos típicos del delito de estafa informática no plantean especial dificultad; así, ésta exige que los autores «consigan la transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial», siendo suficiente para ello el cambio fáctico de adscripción del elemento patrimonial; *vid.* PÉREZ MANZANO, M., en *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, vol. II, Ceura, Madrid, 1998, p. 456. El precepto exige, además, otros dos requisitos de la estafa común («con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero»), cuyo significado es sobradamente conocido.

¹¹ «Lo importante es, ante todo, la realización de las acciones constitutivas de un artificio semejante a una manipulación informática. En efecto, al texto del art. 248.2 CP considera aplicable la pena de la estafa cuando el autor se ha valido de ‘alguna manipulación informática’ o de algún ‘artificio semejante’ La cuestión de cuáles son los artificios semejantes debe ser determinada por la aptitud del medio informático empleado para producir el daño patrimonial. En este sentido es equivalente, a los efectos del contenido de la ilicitud, que el autor modifique materialmente el programa informático indebidamente o que lo utilice sin la debida autorización o en forma contraria al deber. En el presente caso, por lo tanto, el recu-

determinar la condena por estafa informática en los supuestos analizados y posterior utilización de las claves y demás datos de acceso, pues el defraudador no carecerá de autorización para usar *el medio informático* (*sino para utilizar las claves*) en el momento de realizar la transferencia ilícita, ya que normalmente actuará (introduciendo los datos de acceso sustraídos) sobre un equipo propio o de uso legítimo. Ciertamente es que, en nuestro caso, sí podría entenderse que tiene lugar una «actuación contraria al deber», según la referencia contenida en la propia sentencia.

En realidad, los casos de utilización ilegítima de las claves en el ámbito Internet (conseguidas a través de los métodos descritos u otro en el que no intervenga el «engañado» en el momento de la transferencia o disposición patrimonial) y que permiten al sujeto hacerse con los valores patrimoniales de la víctima poseen una dinámica comisiva compuesta por dos fases: a) La sustracción inmaterial de las claves (sustracción subrepticia o envío por la propia víctima). b) Su uso ilícito, suplantando la personalidad del verdadero titular (además del beneficio y perjuicio).

En todo caso, *la introducción en el dispositivo del defraudador de algunos tipos de software malicioso que permite el acceso al mismo*, ya que capta y pone en manos del defraudador los datos necesarios para realizar las transacciones puede ser una conducta subsumible en el tipo penal que castiga el acceso ilícito a sistemas informáticos, contenido en el artículo 197 bis CP, si bien esta solución es obviamente insatisfactoria, ya que no castigaría el aspecto patrimonial defraudatorio. Y además, no podría ser utilizada para los *supuestos de fraude en los que es la propia víctima la que hace llegar al defraudador los datos necesarios para realizar las transacciones phishing y equivalentes*.

En definitiva, en la medida que este tipo de conductas no pueden ser subsumidas en la estafa común y tampoco la previsión del artículo 197 bis CP resuelve mínimamente el problema, es preciso profundizar en soluciones interpretativas del tipo penal de estafa informática, que permitan su correcta subsunción. Lo que, tras la sustracción de las claves por medios informáticos u obtención de las mismas mediante engaño, se produce es una suplantación respecto al verdadero titular, ya que el que introduce determinadas datos de acceso privativos afirma –inciertamente– con ese acto ser determinada persona, pues son claves personales que identifican, únicamente, a su titular legítimo. Se simula, en definitiva, la realidad a través de medios informáticos (que

rente carecía de autorización para utilizar el medio informático y, además, produjo efectos semejantes a la misma, sobre el patrimonio del Banco».

son los meros canales de comunicación)¹². No hay alteración alguna del sistema o software que lo soporta.

Sin embargo, dichos comportamientos pueden y deben, en mi opinión, quedar subsumidos en la estafa informática, de acuerdo al propio sentido gramatical del término manipular (*Del lat. manipŭlus*) entendido como operar con las manos o con cualquier instrumento (en este caso, sobre un sistema informático). A idénticas conclusiones puede llegarse recurriendo a criterios teleológicos y racionales; «manipulación informática» simplemente implicaría operar sobre un sistema informático, quedando todo el desvalor del tipo en el resto de los elementos del precepto (*con ánimo de lucro (...) consigan una transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de otro*) elementos que, sin duda, concurren en los dos supuestos problemáticos analizados¹³.

VI. LA RESPONSABILIDAD DE LOS INTERMEDIARIOS NECESARIOS PARA LA EJECUCIÓN DEL FRAUDE (MULEROS)

En el caso de la banca *on-line* y *asimilados* (tanto si los datos necesarios para realizar las transacciones son sustraídos a través de mecanismos informáticos, como si son enviados por la propia víctima) los autores suelen venderlos a terceros que culminarán el fraude o (mucho menos frecuente) proceder a su uso directo. Para ello pueden abrir una cuenta bancaria a la que remiten mediante transferencia *online* el dinero sustraído. Sin embargo, en la medida en que dicho comportamiento entraña un elevado riesgo para el defraudador, en la práctica, cada vez es más frecuente la intervención de intermediarios, conocidos con el nombre de «mulas» o «muleros». Son ellos quienes prestan sus cuentas bancarias personales para recibir el dinero y, tras quedarse con una comisión, lo remiten al lugar indicado por los autores del fraude (normalmente giros postales al extranjero a través de compañías que

¹² Sobre las conceptualizaciones amplias del concepto «manipulación informática», *vid.* FARALDO CABANA P., *Eguzkilore*, núm. 21, diciembre 2007, p. 54, que la define como introducción de los datos del verdadero titular en el sistema, sin contar con su autorización, para obtener una transferencia patrimonial; considera igualmente que resulta aplicable la descripción que se contiene en el artículo 3 de la D. M. 2001/1413/JAI. MATA Y MARTÍN, R., *Estafa convencional, estafa informática y robo en el ámbito de los medios informáticos de pago. El uso fraudulento de tarjetas y otros medios de pago*, Pamplona (Aranzadi), 2007, pp. 65 ss. GALÁN MUÑOZ, A., *El fraude y la estafa mediante sistemas informáticos*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2005, pp. 559 ss. defiende un concepto muy amplio de «manipulación informática» que permitiría subsumir en dicha figura cualquier conducta realizada mediante la utilización de sistemas informáticos, idónea para conseguir una transferencia no consentida de activos patrimoniales; deja de este modo carente de todo contenido la segunda modalidad típica («otro artificio semejante»).

¹³ Reciente sentencia condenatoria en un caso de phishing; STS (de 23 julio de 2019 (RJ 2019\3039)).

no identifican al receptor). Los muleros suelen ser captados a través de Internet mediante infinidad de fórmulas; por ejemplo: a) supuestas y engañosas ofertas de trabajo, para lo que tienen que rellenar un cuestionario que se ofrece en una página web de la supuesta empresa contratante y facilitar un número de cuenta en la que se van a ingresar transferencias de supuestos clientes ofreciendo, a cambio, una comisión o porcentaje del dinero recibido; b) una supuesta imposibilidad de abrir una cuenta al no ser el sujeto residente; c) posibilidad de ganar dinero fácil, etc.

Desde un punto de vista penal, el asunto desde hace tiempo viene planteando la interesante cuestión relativa a una *posible responsabilidad penal de los citados intermediarios*; en definitiva, si puede ser sancionada la conducta de quienes ponen sus cuentas al servicio de los defraudadores a cambio de dinero. La respuesta no es sencilla y la jurisprudencia, hasta la fecha, está ofreciendo respuestas dubitativas. La solución vendrá determinada por el aspecto subjetivo del autor y por ello es preciso distinguir aquellas situaciones en las que estos desconocen totalmente que están colaborando en la realización de un acto delictivo, de aquellas que lo conocen o, más frecuentemente, lo sospechan o se lo imaginan (actuando subjetivamente, por tanto, con dolo eventual). En el primer caso debe descartarse cualquier tipo de responsabilidad. Más dudas se suscitan en el segundo, pues en el caso de que se pueda llegar a la conclusión de que el sujeto, de algún modo, conocía o aceptaba estar participando en un hecho delictivo se plantea una segunda cuestión: si tal hecho puede ser subsumido en alguno de los tipos penales presentes en el Código penal español. En concreto, nuestros tribunales se han planteado una eventual subsunción en los tipos penales de estafa, blanqueo de dinero e incluso receptación.

Considero que no es posible la subsunción en el tipo de *receptación*. Aparentemente, cuando el *mulero* actúa con ánimo de lucro y, con conocimiento de la comisión de un delito contra el patrimonio, ayuda a los responsables a aprovecharse de los efectos de éste; sin embargo, el delito en cuestión *no está aún consumado*, sino que, precisamente, la recepción por parte del *mulero* es el último momento necesario para determinar la consumación (perjuicio o pérdida patrimonial derivados de la disposición patrimonial). También de modo más que discutible, por la misma razón, se ha recurrido al delito de blanqueo de dinero para castigar a los denominados *muleros* en casos de *phishing*; así por ejemplo, SAP Valladolid de 21 de junio de 2010 (ARP 2010\766)¹⁴.

¹⁴ «Lo que hacen es, literalmente, aceptar el ofrecimiento de prestar una cuenta corriente de su titularidad, para que en ella se hagan ingresos de dinero que, a su vez, se transferirán a otras cuentas, en be-

En cuanto a una posible participación en un delito de *estafa común* (en ningún caso informática, como equivocadamente plantea alguna resolución judicial), el acto a valorar radicaría en la entrega de un número de cuenta propio, sabiendo de forma cierta o admitiendo la posibilidad (dolo eventual) de que ésta sea utilizada para cometer el fraude. A mi juicio, si está presente el elemento subjetivo, se tratará, normalmente, de una aportación idónea esencial para fundamentar la imputación objetiva de una acción de cooperación necesaria, al haber removido obstáculos que hubieran impedido o dificultado la acción del autor. Sin embargo, no debe olvidarse que la posibilidad de admitir la participación con dolo eventual en el delito de estafa no es en absoluto pacífica¹⁵.

Veamos a continuación algunas sentencias que llegan a resultados contradictorios respecto al castigo a través del delito de estafa, en virtud de una diferente valoración del elemento subjetivo. En primer lugar, la Sentencia de la Audiencia Provincial Madrid de 22 de enero de 2009 (*JUR* 2009\ 179374) resolvió un supuesto idéntico al planteado, en el que un sujeto contactó con unos desconocidos que, diciendo ser una empresa, le contrataron como «comisionista financiero» para actuar recibiendo dinero en una cuenta corriente a su nombre y transferir los fondos a personas desconocidas a través de Western Union a Rusia (Volgagrado o Moscú), quedándose los intermediarios (*muleros*) con el 10% de la cantidad en concepto de comisión. La perjudicada refirió cómo entró en Internet en una dirección donde se había suplantado una página del Banco Santander y, para acceder a los productos que se ofrecían, introdujo sus datos personales, los cuales fueron utilizados por personas desconocidas para acceder a su cuenta y ordenar una transferencia a la cuenta del imputado, para que éste, una vez recibida la cantidad, sacara el dinero y lo enviase a Rusia, como así hizo. Se afirma en tal sentido lo siguiente: «No hay duda de que en esta causa concurren los requisitos de la estafa, (...) Alega el recurrente que ignoraba realmente el entramado, pero, de ser cierto lo que expone, su posición es de «ignorancia deliberada», (...) la ignorancia del resto del operativo no borra ni disminuye su culpabilidad porque fueron conscientes de la antijuridicidad de su conducta, prestando su conformidad con un evidente ánimo de enriqueci-

neficio de personas a las que tampoco se conoce, percibiendo por ello un porcentaje, en este caso de un 5%, y esto resulta tan evidente y notoriamente anómalo, que supone adoptar como cautela mínima el abstenerse de operar, pero los acusados prefieren ignorar cualquier extremo o dato relativo al origen y al destino del dinero y perciben una comisión por algo que, realmente, les era muy sencillo y fácil. Y en ello radica la imprudencia grave, ya que su negligencia propicia que un dinero procedente de una estafa informática encuentre la vía para no ser recuperado, cuando, los acusados, con un mínimo de diligencia o cuidado, podrían haber evitado el daño patrimonial que se produjo».

¹⁵ Favorable a dicha posibilidad en nuestra doctrina es, entre otros, CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal Español. Parte General. Teoría jurídica del delito*, tomo III, Madrid (Tecnos), 2001, p. 234.

miento, ya supieran, no quisieran saber –ignorancia deliberada–, o les fuera indiferente el origen del dinero que en cantidad tan relevante recibieron. (...) En la sociedad actual el acervo de conocimientos de cualquier persona de nivel cultural medio conoce y sabe de la ilicitud de una colaboración que se le pueda pedir del tipo de la que se observa en esta causa». En el mismo sentido, AAP Madrid de 16 de julio de 2010 (*JUR* 2010\310040).

A una solución opuesta (absolución) llega, sin embargo, la SAP de Zaragoza (Sección 3.ª) 28/8/2016 (ARP\2016\1144), que excluye la estafa en el caso de aceptación de una oferta de trabajo a través de internet que consiste en recibir transferencias no consentidas de dinero que luego se envían a personas desconocidas cobrando una comisión. Considera el tribunal que «el descuido consistente en no apurar la indagación sobre la naturaleza de la oferta recibida se sitúa en el ámbito de la imprudencia, no constando que conocieran que el dinero procedía de una manipulación informática». Del mismo modo, en la previa SAP Córdoba de 20 de enero de 2010 (ARP 2010\1118)¹⁶ se estima que no cabe pensar que de la mera aceptación de un contrato sin más precisiones, se tenga que presumir el previo conocimiento de que los bienes proceden de un delito (a efectos del eventual castigo por un delito de blanqueo). También se excluye la cooperación con un delito de estafa (informática)¹⁷.

¹⁶ Declara probado que «con fecha 22 de marzo de 2006 Patricia recibió en cuenta NUM004 de la que era titular mantenida en la entidad BBVA una transferencia por importe de 2.980 €, y procedente de la cuenta titularidad de Custodia de la misma entidad, y que ésta no había ordenado ni autorizado. Esta transferencia aparecía con la indicación «VPNTODAY SALE 321». El mismo día y a través de la entidad «Western Union» remitió la suma de 2.492,50 €, abonando además una comisión de 89,50 €, a un destinatario que nombró como Ángel Daniel de la localidad rusa de Omsk, cuya correspondencia a persona real no se ha acreditado. El resto de dinero inicialmente transferido permaneció en ese momento en cuenta de Patricia que ha aportado contrato de fecha 7 de marzo de 2006 que suscribió con la entidad VPN Service, cuya real existencia se ignora».

¹⁷ «En cuanto a la acusación formulada por el Ministerio Fiscal por delito de estafa informática al incluir la conducta imputada en el artículo 248.2 del Código Penal (...) podemos decir que efectivamente existió acuerdo de la acusada con terceras personas para recibir transferencias y remitir su importe, deducida una comisión, a esas personas, extremo reconocido sin ambages por la acusada, pero el problema que surge es si tenía efectivo conocimiento de que esa transferencia se había realizado de forma fraudulenta, elemento preciso en tanto que estamos hablando de conductas eminentemente dolosas».

INVESTIGACIONES INTERNAS CORPORATIVAS: DE LA PRÁCTICA A LA TEORÍA

JOSÉ-IGNACIO GALLEGO SOLER*

I. INTRODUCCIÓN

Las páginas que siguen pretenden ser un merecido testimonio de gratitud, respeto, admiración y cariño, para Mirentxu Corcoy, mediante una humilde contribución a esta obra colectiva. A ella le debo muchas cosas, entre ellas, que intente enseñar en las aulas dogmática con vocación práctica, y que en la medida de lo posible, intente ejercer la abogacía con vocación dogmática. Es por ello que el objeto del presente trabajo se centra sobre un concreto aspecto del *Compliance*, a saber, exponer cuáles son los principales retos que tiene que sortear una organización cuando decide –en las circunstancias que se dirán más adelante– llevar a cabo una investigación interna corporativa (en adelante IIC). No en vano se ha afirmado que los interrogantes que se ciernen sobre las investigaciones internas tal vez sean «la cuestión más candente en la discusión sobre compliance»¹.

Uno de los requisitos legales para que un modelo de compliance penal sea considerado eficaz es su adecuación para la prevención de delitos, y las IIC son un claro exponente para evidenciar este objetivo, en la medida en que, al margen de que supongan la obtención de eventual material probatorio en el marco

* Profesor Titular de Derecho Penal. Universidad de Barcelona.

¹ En estos términos, y refiriéndose al ámbito de la discusión alemana, KUHLEN, L.: «Cuestiones fundamentales de *Compliance* y derecho penal», en Montiel, y Ortiz de Urbina (eds.): *Compliance y teoría del Derecho penal*, Madrid (Marcial Pons), 2013, p. 75.

de un procedimiento judicial, también constituyen un mecanismo de monitorización y evaluación del programa². Desde el punto de vista específicamente penal, lo realmente importante es advertir la violación de normativa (o la exposición al riesgo) que pueda generarse en el marco organizativo. Desde este punto de vista, las empresas vienen obligadas a llevar a cabo una vigilancia de los mecanismos de prevención de delito que les aboca a una investigación interna con ocasión o en prevención de un proceso penal. En ocasiones estas IIC evidencian que la propia empresa está implicada organizativamente en los problemas, es decir que constatan la existencia de problemas organizativos y precisamente por eso son un mecanismo idóneo para neutralizar el defecto de organización³. En otros casos, lo que se pone de relieve en la IIC es que el problema ha venido motivado por el comportamiento de personas físicas, por lo que se puede obtener material probatorio para determinar su inocencia o culpabilidad, o en su caso para las sanciones disciplinarias que correspondan. Incluso en los casos en los que se advierte la responsabilidad de personas físicas, se pueden llegar a identificar elementos sistémicos problemáticos con trascendencia para prevenir hechos futuros.

También es notorio que, al menos hasta la actualidad, no existe en nuestro país (ni en países de nuestro entorno de cultura jurídica) ninguna regulación legal detallada de las IIC, de cómo deben desarrollarse, ni de los efectos que pueden producir en el proceso penal. Esa ausencia de regulación legal hace que aún no exista un criterio legal de cómo hay que articular los posibles conflictos de intereses entre la persona jurídica (interés a obtener una atenuación o exención de pena) y los intereses de las personas físicas que pueden ser objeto de investigación, esencialmente el respeto a sus derechos particulares cuando pueden ser requeridos a colaborar y someterse a entrevistas eventualmente inculpativas, o cuando se puede plantear el acceso a sus comunicaciones en terminales propiedad de la empresa. Sin perjuicio de lo anterior, sí que existen desde hace tiempo buenas prácticas y/o reglas técnicas que de un modo u otro aluden

² También TEJADA PLANA, D., *Investigaciones internas, cooperación y nemo tenetur: consideraciones prácticas nacionales e internacionales*, Cizur Menor (Thompson-Reuters Aranzadi), 2020, p. 124 s., destaca este doble componente. Sobre esta doble consideración vid. BOEHLER, C., y MONTIEL, J. P.: ¿Cómo testear la adecuación de un programa de compliance? Introducción al «modelo de los tres filtros». *Polít. crim.*, vol. 16, núm. 31, 2021, p. 209; LEÓN ALAPONT, J.: «Retos jurídicos en el marco de las investigaciones internas corporativas: a propósito de los compliances», RECP 22-04 (2020) (disponible en línea <http://criminet.ugr.es/recpc>), p. 3 s.; NIETO MARTÍN, «Investigaciones internas», Lección VIII, en el mismo (dir.) *Manual de Cumplimiento Penal en la Empresa*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2015, p. 232.

³ Sobre este argumento, como manifestación de un modelo de prevención eficazmente ejecutado vid. SILVA SÁNCHEZ, J. M.: «La exigente de 'modelos de prevención de delitos'. Fundamentos y bases para una dogmática», en Ragués i Vallés, R., y Robles Planas, R., (dirs.) *Delito y empresa. Estudios sobre la teoría del delito aplicada al Derecho Penal económico-empresarial*, Barcelona (Atelier), 2018, p. 248 ss.

a varios aspectos, siendo particularmente reseñable los supuestos de la experiencia norteamericana⁴. Y de forma más próxima a nosotros, en octubre de 2021 se publicó la regla técnica UNE-ISO 3702: 2021, Sistemas de gestión de la denuncia de irregularidades, que «proporciona orientación para que las organizaciones creen un sistema de gestión de la denuncia de irregularidades basados en los principios de confianza, imparcialidad y protección. [...] Puede ayudar a una organización a mejorar su política y procedimientos de denuncia de irregularidades, existentes, o a cumplir con la legislación aplicable en materia de denuncia de irregularidades».

En lo que sigue plantearemos algunas cuestiones problemáticas prácticas con la intención de valorar las cuestiones teóricas comprometidas en los casos en los que las IIC operan reactivamente, esto es, tras la constatación de un hecho que verosímelmente permite hablar de una sospecha de infracción de alguna de las obligaciones contenidas en el sistema de gestión de riesgos penales de la entidad.

II. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LAS IIC

Cuando se analiza la situación norteamericana, y por ejemplo se trata de saber qué peculiaridades presentan las IIC en el marco de la FCPA –que es probablemente uno de los principales ámbitos prácticos de esta institución–, resulta que en la norma no encontramos ni una sola referencia en la que se aluda a cómo se deben realizar, o a la virtualidad que puede tener en el marco de la sanción (esto es, de la atenuación y/o exención de pena). Hay que remitirse a las *Sentencing Guidelines* para ver que lo realmente determinante es cómo se puede eximir o atenuar la responsabilidad penal de una persona jurídica, o cómo se pueden llegar a soluciones negociadas en el marco del proceso penal. Explican estas *Guidelines* que, una vez se ha detectado la comisión de un hecho punible dentro de la persona jurídica, su legal representante debe realizar un informe que recoja las investi-

⁴ Al respecto se pueden consultar, entre otros: *United States Attorney's Manual (DOJ, 1997)*, accesible en línea: <https://www.justice.gov/archives/usam/united-states-attorneys-manual>) que en 2018 fue sustituido por el *Justice Manual (DOJ 2018)*, accesible en línea: <https://www.justice.gov/jm/justice-manual>); *Unites States Sentencing Guidelines (DOJ, 2018)*; la última versión anotada de 2021 está accesible en línea: <https://www.ussc.gov/guidelines/2021-guidelines-manual-annotated>); *A Resource Guide to the US Foreign Corrupt Practices Act, (DOJ, 2022)*, accesible en línea: <https://www.justice.gov/criminal-fraud/fcpa-resource-guide>); *Good Practice Guidance on Internal Control, Ethics and Compliance* (OECE, 2010; accesible en línea: <https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/44884389.pdf>); *Anti-Corruption Ethics and Compliance Handbook for Business (OEDE / UNODC, The World Bank, 2013)*; accesible en línea: <https://www.oecd.org/corruption/Anti-CorruptionEthicsComplianceHandbook.pdf>).

gaciones realizadas para su determinación⁵. Cuando hay que valorar si las IIC se han realizado debidamente por personal cualificado, los tópicos que se deben tomar en consideración son: el modo en el que se ha determinado qué tipo de denuncias o alertas (*red flags*) deben ser investigadas; el modo en el que la compañía asegura que las IIC tengan un alcance adecuado; las medidas para garantizar la independencia y objetividad, así como su debida documentación; y quién determina las personas que deben conducir las IIC⁶.

No existe una fórmula establecida previamente para cuáles sean los pasos por los que deba pasar una IIC. Sin embargo, las agencias de aplicación norteamericanas esperan que las IIC tengan un alcance riguroso, independiente y objetivo por parte del equipo de investigación, grandes esfuerzos de preservación de evidencias, una revisión meticulosa de correos electrónicos y de otro material (incluyendo servidores, ordenadores portátiles, dispositivos personales...), análisis de registros financieros y entrevistas a empleados actuales, empleados antiguos y/o terceras partes si son relevantes, así como el análisis del origen y la solución estructurada apropiada para tratar esas causas. Dependerá en cada caso de lo que sea razonable, según las circunstancias del caso, para determinar cuál es el alcance que deba tener una IIC.

En el marco de la UNE-ISO 37002: 2021, los pasos operativos del sistema de gestión de la denuncia de irregularidades serían los siguientes: (a) recepción de la denuncia, por medio de canales visibles, accesibles y seguros; (b) evaluación de la irregularidad denunciada; (c) tratamiento y (d) conclusión. En lo que sigue trataremos de exponer algunas de las cuestiones prácticas que se suscitan en las IIC.

III. ¿QUIÉN ES ACONSEJABLE QUE GESTIONE LA IIC? SECRETO PROFESIONAL: CONTENIDO, EXTENSIÓN Y BENEFICIARIOS

La compañía debe valorar si la IIC debe ser administrada por personal interno (auditores, abogado interno) o por un abogado externo, o incluso si se debe

⁵ Se presume que el programa de compliance falla, si la empresa retrasa de forma injustificada la presentación de tales informes a las autoridades competentes. No existe, sin embargo, un límite temporal para la presentación de los informes, puesto que, dependiendo de la gravedad y complejidad del delito, será necesario invertir más o menos tiempo para obtener su esclarecimiento. Por ello, al hablar de un «retraso injustificado en el envío de los informes», dentro de esa «justificación» hay que incluir un periodo prudencial para que la empresa realice una investigación sobre el delito cometido, determine a los eventualmente responsables y obtenga los medios de prueba. Si el retraso se produce a causa de esa investigación, se entiende que está justificado y no es un argumento de peso para creer que el programa adoptado es ineficaz; pero, si la empresa no lograra justificar el retraso, posiblemente el programa fracasase, ya que podría pensarse que la demora se ha producido intencionalmente (ya sea para ocultar o destruir pruebas, proteger a los responsables, etc.).

⁶ Al respecto *vid.* «Evaluation of Corporate Compliance Programs», DOJ, 2020, punto VII.

contratar a un abogado externo independiente para que supervise la investigación gestionada por personal interno. Lo razonable, en todo caso, es que exista en el sistema de gestión de riesgos penales una política o un procedimiento que determine cómo se llevará a cabo, y por tanto quién será el responsable de su gestión. Una vez más, *estamos ante una manifestación de la autorregulación regulada en la que la organización debe ajustar sus posibilidades reales en el marco de las mejores prácticas* en este ámbito.

En la discusión americana se enfatiza que una investigación realizada por un abogado externo, aunque más costosa, puede ayudar a: proporcionar seguridad al gobierno de que puede confiar en los resultados de la investigación si el cliente decide autoinformarse; evitar sugerencias de influencia indebida por parte de los empleados; permitir que los abogados internos regresen a sus trabajos del día; siendo que, además, es necesario que el abogado externo no tenga relación con asesoramiento jurídico previo posiblemente vinculado a la infracción normativa en análisis.

En ocasiones se ha indicado que la intervención de un abogado externo permite fortalecer el *privilegio de confidencialidad abogado-cliente*. Tradicionalmente la jurisprudencia europea viene a considerar que el privilegio de confidencialidad abogado-cliente (y por tanto el secreto profesional) opera de forma distinta en abogados externos y en abogados *in-house*, siendo que estos últimos serían considerados como «no independientes» y por ello tendrían deberes de información, y no deberes de abstención y reserva⁷. En la actualidad, el artículo 39 del Estatuto General de la Abogacía Española (RD 135/2021, de 2 de marzo) deja claro que la Abogacía también podrá ejercerse por cuenta ajena como profesional de la Abogacía de empresa en régimen de relación laboral común, mediante contrato de trabajo formalizado por escrito y en el que habrán de respetarse la libertad, independencia y secreto profesional básicos para el ejercicio de la profesión. De ese modo en nuestro país no puede pretenderse en la actualidad que los abogados internos no gocen del secreto profesional, y por tanto del privilegio de confidencialidad. En mi opinión la cuestión a la que realmente hay que dar respuesta no es si un abogado interno tiene privilegio de confidencialidad sino si las labores propias del desempeño de una IIC pueden entenderse como funciones propias de un abogado, y la respuesta a ello es positiva en base a la definición que el artículo 1.2 del citado Estatuto realiza del contenido de la profesión. *Las labores que se desempeñan en el marco de las IIC no son otras que las que sirven para instrumentalizar la defensa de derechos de personas jurídicas*, de tal modo que

⁷ Sobre esta cuestión *passim*. GOENA VIVES, B., «El secreto profesional del abogado *in-house* en la encrucijada: tendencias y retos en la era del *compliance*», *RECPC*, 2019, núm. 21-19, pp. 1-26.

—sin perjuicio de que obviamente esta labor la pueden desarrollar otros profesionales y no es ni exclusiva ni excluyente de la Abogacía⁸— hay que considerar que cuando un abogado (interno o externo) interviene en una IIC tiene privilegio de confidencialidad, y deber de secreto, si bien no se puede pretender que todos los extremos de la IIC estén cubiertos por ese secreto.

Conviene no olvidar que *el titular del secreto profesional es el cliente*, y por tanto basta con que el mismo expresamente dispense a su abogado del mismo para que éste, llegado el caso, pudiera dar explicaciones sobre lo acontecido. Es por ello que es aconsejable que antes de que comience la investigación la organización incorpore protocolos en sus controles internos para ayudarlo a preservar el privilegio de confidencialidad de abogado-cliente, tanto con abogados internos como externos.

En los casos en que la IIC involucre varias firmas de abogados de diferentes países, consultores forenses y/o equipos de revisión de documentos, entre otros, es clave establecer y seguir precauciones básicas. Es aconsejable en estos casos que se determine quién es el cliente para la investigación en la correspondiente hoja de encargo que, además, delimite el perímetro de la IIC y su finalidad⁹. Además habría que documentar que el propósito de la participación de los abogados es *brindar asesoramiento jurídico para el correcto ejercicio del derecho de defensa*. También sería conveniente documentar que cualquier persona que no sea un abogado a quien se le hayan *delegado* responsabilidades de investigación trabaja *bajo la dirección de un abogado*, y que debe informar al mismo de sus hallazgos. La finalidad de ello es que, de este modo esta comunicación (y la información que se transmita) esté amparada por el privilegio de confidencialidad. En general, toda la comunicación que se genere entre trabajadores y abogados estará protegida con ese privilegio siempre que tenga la finalidad de buscar y recibir asesoramiento para la persona jurídica. Por ello es aconsejable marcar todos los documentos y comunicaciones relaciones con la IIC con algún elemento gráfico que señale este privilegio.

También es necesario advertir en todas las entrevistas que se realicen con testigos, notificar a los empleados que los abogados representan solo a la em-

⁸ A modo de ejemplo, el *Libro blanco sobre la función de Compliance*, elaborado por ASCOM (Asociación Española de *Compliance*), 2017, cuando alude al perfil formativo del *Compliance Officer* únicamente alude a que tendrá una formación o acreditación profesional coherente con sus cometidos esenciales.

⁹ Si bien la respuesta intuitiva a esta pregunta sería que el cliente es la persona jurídica, no es tan evidente puesto que en muchos casos el interlocutor y quien realiza el encargo puede ser un alto directivo que no tiene funciones ejecutivas delegadas del órgano de administración. Entiendo que debería ser el órgano de gobierno de la entidad quien entre las funciones de liderazgo y compromiso con la función de *compliance* efectuara el encargo para, de este modo, asegurar que el verdadero titular del secreto profesional fuese la entidad.

presa y no a los empleados individualmente, y advertir a los entrevistados que deben mantener las conversaciones confidenciales. Sobre este punto nos extendremos un poco seguidamente.

IV. SOBRE LAS ENTREVISTAS CON EMPLEADOS (Y DIRECTIVOS) Y LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES QUE SE DERIVAN PARA LAS PARTES

Cuando se da inicio a una IIC todos los sujetos implicados –principalmente quienes son objeto de la investigación– deben tener constancia de este hecho. Y ello en la medida en que se producirá material probatorio que, en su caso, puede llegar incluso a ser incriminatorio para determinadas personas. Es precisamente para garantizar el equilibrio entre las diversas necesidades de tutela (incluyendo en su caso el conflicto de intereses en el que pueda incurrir el Letrado que se ocupe de la IIC), que en USA se acepta la necesidad de que operen las denominadas «Upjohn Warnings» (derivadas de la decisión del Tribunal Supremo *Upjohn v. United States*, 449 U. S. 383 (1981)). Mediante estas advertencias se pretende garantizar que la información que se obtenga en la IIC tenga el privilegio de confidencialidad propio de la relación abogado-cliente. Se trata de obtener la máxima información que, en su caso, podrá ser aportada en un procedimiento judicial. Es por ello que es de vital importancia documentar la prestación del consentimiento otorgado por el trabajador a ser entrevistado, habiéndosele informado previamente de las advertencias referidas. Ahora bien, también hay que ser consciente que si le pide al trabajador que firme el documento al inicio de la entrevista, ésta estará condicionada y probablemente el trabajador no se muestre particularmente colaborador.

Sirva ya indicar que en nuestra bibliografía no se ha desarrollado particularmente en qué medida esta entrevista puede acabar suponiendo una autoincriminación y por tanto qué derechos le asisten al empleado¹⁰.

Si bien no existe un único modelo sobre cómo articular estas advertencias por parte del abogado de la empresa a los trabajadores, generalmente contienen las siguientes indicaciones que se deben poder acreditar documentalmente que son conocidas y aceptadas por el trabajador:

- *Represento a la empresa, no soy su abogado.*
- *Voy a preguntarle determinadas cuestiones sobre un problema. Nuestra conversación es confidencial (y tiene el privilegio de la confidencialidad), pero la empresa puede decidir mantener o no ese privilegio. Si la empresa de-*

¹⁰ Se ocupa de este extremo recientemente TEJADA PLANA, D., 2020, p. 139 ss.

cide renunciar a este privilegio, la información que usted proporcione puede ser facilitada a terceros.

– Una vez que usted declare, es privilegio de la entidad facilitar a las autoridades el contenido de su declaración.

– Usted puede hablar de ese problema con terceras personas, pero no puede hablar de lo que nosotros hablemos en esta entrevista con otros empleados o con terceras personas, con la excepción de su abogado si decide contratar uno.

– ¿Quiere ser entrevistado?

– Si accede a la entrevista, es importante que sepa que tiene la obligación de decir la verdad, y que debe distinguir lo que usted sabe o conoce directamente, de lo que terceras personas le han dicho, y de lo que usted supone.

El contenido de la entrevista variará, obviamente en función de la clase de infracción investigada, y de la posición que ocupe el entrevistado. Pero es razonable que, tras las *Upjohn Warning* se estructure el interrogatorio en base a los siguientes puntos: (a) Background del entrevistado (datos completos del entrevistado, formación detallada, experiencia...); (b) historia laboral (en la actual empresa): posición actual y previas, contenido de las funciones y competencias (actuales y previas), departamento en el que se integra, explicación con detalle de cadena de reporte (actual y previa): subordinados y superiores...; (c) experiencia laboral previa: posiciones, contenido, departamento en el que se integra, explicación con detalle de cadena de reporte (subordinados y superiores), formación que recuerde en materia de compliance; (d) temas clave (*key topics*) relativos al hecho investigado; (e) cuestiones aclaratorias.

Las mejores prácticas sugieren que en las entrevistas estén dos personas, el abogado que la lleva a cabo y otra persona (preferentemente abogado también) que tome notas y elabore un informe de la entrevista. Ese informe servirá para anotar indicaciones sobre el comportamiento frente al interrogatorio, fecha de realización, duración de la misma, si está grabada y/o transcrita.

V. ¿BAJO QUÉ CIRCUNSTANCIAS SE PUEDE ACCEDER AL CORREO CORPORATIVO UTILIZADO POR LA PERSONA INVESTIGADA Y APORTAR SUS HALLAZGOS AL PROCESO PENAL?

La importante STS 528/2014, de 16 de junio, a propósito del cuestionamiento de la utilización como prueba del análisis del correo de un empleado, y en las dudas sobre la custodia del disco duro depositado en las dependencias de la empresa consultora contratada por la empresa denunciante para su análisis, indicó que la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ya había expuesto que el ordenador registrado es propiedad de la empresa, es una herramienta facilitada

exclusivamente para desarrollar su trabajo, y en el caso en que lo utilizara para emitir algún tipo de mensaje personal ajeno al trabajo, estaba asumiendo –cediendo– la falta de confidencialidad –secreto– de las comunicaciones que pudiera tener usando tal terminal informático. También se incide en que esta postura ha sido avalada por el propio Tribunal Constitucional, pero deja claro que no se puede aplicar sin más al ámbito penal. Este es uno de los principales elementos de esta resolución, dejar claro que *la limitación del derecho al secreto de las comunicaciones opera de forma diferenciada en la jurisdicción social y en la penal*. En el ámbito penal está claro que debe operar la garantía de que solo con resolución judicial se puede autorizar esa injerencia, sin que tenga relevancia alguna la titularidad de la herramienta que se utilice. Y también enfatiza la idea de que no cabe hablar de una «tácita renuncia» al derecho porque la misma no se produce, ni es querida por el comunicante.

Reina acuerdo que, a la hora de valorar el alcance que pueden tener las IIC se deben formular las cuestiones contenidas en el conocido como *test Barbulescu*, para conocer si el empleador puede controlar estos elementos¹¹. La Sentencia del Tribunal Europeo Derechos Humanos de 5 de septiembre de 2017 (*Barbulescu II*), asunto *Barbulescu v. Rumanía*, núm. 61469/08 profundiza la cuestión de los controles que los empresarios pueden adoptar sobre el uso de los equipos, y establece cuáles son las seis cuestiones a examinar para comprobar si el empresario ha violado el artículo 8 del CEDH que consagra el derecho al respeto a la vida privada y familiar. Esta resolución parte del hecho que las instrucciones de una empresa no pueden anular el ejercicio de privacidad social en el puesto de trabajo. Y aunque pueden limitarse, es necesario respetar la privacidad y confidencialidad de las comunicaciones (dado que en el caso en cuestión, la empresa también invadió el contenido privado del chat «Yahoo» del trabajador). Los seis factores a tener en cuenta para que las medidas sean consideradas conformes al contenido del artículo 8 CEDH son los siguientes: (1) Si el empleado ha sido informado de forma clara de la posibilidad de que el empleador tome medidas para supervisar su correspondencia y otras comunicaciones; si ha sido informado con anterioridad a que se lleve a cabo. (2) Cuál es la extensión de la supervisión del empleador (si se ha realizado sobre la totalidad o parte de las comunicaciones; si se ha limitado en el tiempo) y el grado de intrusión en la vida privada del empleado (el número de personas que han tenido acceso a los resultados de esa supervisión). (3) Si el empleador ha presentado argumentos legítimos para justificar la vigilancia de las comunicaciones y el acceso al contenido de sus mensajes. La vigilancia del con-

¹¹ Así lo considera el documento *Global Best Practices For Conducting Internal Investigations*, 2021, p. 36 en relación con los modelos europeos de IIC.

tenido de las comunicaciones es por su propia naturaleza, una intrusión muy invasiva de la privacidad, de tal modo que es preciso que exista una motivación para ello. (4) Si era posible un sistema de vigilancia basado en medidas menos intrusivas que el acceso directo a las comunicaciones del empleado. (5) Cuáles fueron las consecuencias de la supervisión para el empleado afectado. Si las consecuencias eran proporcionales a la invasión que dicha supervisión ha supuesto para el ejercicio de la libertad protegida; y si sirvieron los resultados para alcanzar el objetivo declarado de la medida. Y (6) si al empleado se le ofrecieron garantías adecuadas (conforme a la ley nacional), teniendo en cuenta, que las medidas tenían carácter intrusivo. Como se ha destacado doctrinalmente¹², esta resolución fija un estándar de protección superior al establecido por los tribunales laborales españoles, para los que basta con que el empresario haya establecido una prohibición de uso personal sin que sea preciso exigir además el expreso aviso de fiscalización. El estándar nacional incluso ha sido avalado por el propio Tribunal Constitucional (STC 241/2012, de 17 de diciembre), quien ha llegado a reconocer que basta para que decaiga toda expectativa de privacidad en la empresa con que exista la prohibición genérica en un convenio colectivo, no siendo preciso que se haya notificado al trabajador (STC 170/2013).

La STS 489/2018, de 23 de octubre alude a la resolución Barbulescu II como un hito «extremadamente relevante de la jurisprudencia recaída en esta materia» para resolver los casos de acceso no legítimo al ordenador del empleado. Y en base a estos criterios de ponderación concluye que la premisas de inexcusable concurrencia son que «[...] *no cabe un acceso in consentido al dispositivo de almacenamiento masivo de datos si el trabajador no ha sido advertido de esa posibilidad y/o, además, no ha sido expresamente limitado el empleo de esa herramienta a las tareas exclusivas de sus funciones dentro de la empresa* (los usos sociales admiten en algún grado y según los casos, como se ha dicho, el empleo para fines personales, creándose así un terreno abonado para que germine una expectativa fundada de privacidad que no puede ser laminada o pisoteada). [...] Si existiese esa expresa advertencia o instrucción en orden a la necesidad de limitar el uso del ordenador a tareas profesionales, (de la que en podría llegar a derivarse una anuencia tácita al control o, al menos, el conocimiento de esa potestad de supervisión) y/o además alguna cláusula conocida por ambas partes autorizando a la empresa a medidas como la aquí llevada a cabo; o, si se hubiese recabado previamente el consentimiento de

¹² Vid. ALCÁZER GUIRAO, R., «Retos para el *compliance* penal: Barbulescu, Falciani y el reforzamiento de las garantías en el proceso penal», en Cancio Meliá, M.; Maraver Gómez, M.; Fakhouri Gómez, Y.; Guérez Tricarico, P.; Rodríguez Horcajo, D., y Basso, G. (dirs.), *Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, Volumen II, Editores, Madrid (UAM Ediciones), 2019.

quien venía usando de forma exclusiva el ordenador (en caso de negativa, nada impedía recabar la autorización necesaria) pocas dudas podrían albergarse sobre la legitimidad de la actuación indagatoria llevada a cabo por la empresa. Pero en las circunstancias en que se llevó a cabo hay que afirmar que el ordenamiento ni consiente, ni consentía en la fecha de los hechos, tal acción intrusiva por ser lesiva de derechos fundamentales».

A raíz de esta situación jurisprudencial la duda que actualmente se suscita a nivel doctrinal es (i) si siempre será precisa autorización judicial para efectuar una injerencia en el secreto de las comunicaciones, puesto que habría que partir del axioma de que la expectativa de privacidad no puede desaparecer en virtud de la acción empresarial, o (ii) si en determinadas circunstancias que dieran cabida a los requisitos del *test Barbulescu*, la misma sería legítima y podría incluso operar como medio lícito de prueba en el marco del proceso. Nieto Martín diferencia supuestos de secreto de las comunicaciones e intimidad en relación con la necesidad de existencia de autorización judicial en función del momento en que se produce el acceso a las comunicaciones¹³. Pongámonos en un plano práctico, lo que normalmente se puede plantear en el marco de una IIC no es monitorizar los mensajes que se están enviando en tiempo real, sino comprobar los que ya se han enviado. En estos casos el derecho que debe operar no es el del secreto de las comunicaciones, sino el de la intimidad. Las consecuencias de esta diferenciación son evidentes: solo el derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) cuenta con una expresa cláusula constitucional de reserva vinculada a la existencia de resolución judicial, inexistente para el derecho a la intimidad (art. 18.1 CE) en el que debe operar el criterio de la ponderación. Para Alcácer Guirao esta diferenciación no es atendible en la medida en que (i) el TC ha reconocido la necesidad de garantía judicial en casos de injerencia legítima de derechos fundamentales aunque no exista un reconocimiento constitucional expreso, y siempre bajo el principio de proporcionalidad (SSTC 70/2002 y 173/2011); (ii) la reforma procesal operada por medio de la LO 13/2015 ha extendido la necesidad de autorización judicial en los casos de acceso a ordenadores u otros dispositivos electrónicos de almacenamiento de datos (art. 588 sexies LECrim) de tal modo que los derechos de los trabajadores serían infranqueables en el marco de una ICC, y no podría pretenderse para este último autor que el artículo 11.1 LOPJ no es aplicable a los particulares, por vedar dicha interpretación el propio TS en el caso Falciani (STS 116/2017, 23 febrero) al extender la regla de exclusión probatoria a los particulares que

¹³ NIETO MARTÍN, A., 2015, p. 250.

actúan como «agente al servicio de los poderes públicos» en los casos en que «de forma directa o indirecta, haya actuado como pieza camuflada del Estado al servicio de la investigación penal». Es por ello que Alcácer Guirao propone hablar de una suerte de causa de justificación procesal que permita excepcionar la regla de exclusión probatoria, que debería ponderarse caso a caso conforme a criterios de proporcionalidad.

Más recientemente y desde otra perspectiva ha ahondado más en esta cuestión la Sentencia de la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional núm. 14/2020, de 6 de octubre (Caso Pescanova). En esta resolución se da respuesta a una cuestión previa planteada por las defensas, que tiene que ver con la eventual nulidad de un forensic presentado como pericial por las acusaciones, en la medida en que accedió a los correos electrónicos sin autorización judicial pero, en algunos casos con el consentimiento individual y personal de determinados afectados por la medida y, en otros casos, sin él, considerando las defensas que, incluso en los supuestos en que medió consentimiento, éste estaba viciado al no haberse informado a los afectados de sus derechos y de que, en definitiva, su contenido podía suponer un reconocimiento de su participación en los hechos¹⁴. Es precisamente para evitar algunos de estos problemas que se contemplan en esta resolución que considero que es conveniente que en la organización exista una política expresamente aceptada por el trabajador que: (i) limite el uso del ordenador u otras herramientas que la empresa ponga a su disposición para el correcto desempeño de sus ocupaciones laborales a tareas estrictamente profesionales; (ii) informe que la empresa tiene derecho a controlar su uso

¹⁴ En la Sentencia citada se examinan hasta cuatro cuestiones de gran interés (desde los motivos del forensic, la forma en la que se prestó el consentimiento y las condiciones exigidas por quienes autorizaron la medida, hasta la actuación procesal de los afectados durante toda la fase de instrucción y hasta la presentación del escrito de conclusiones provisionales) pero ahora nos interesa ver el análisis que se efectúa de la jurisprudencia existente sobre la cuestión en casos similares y sus consecuencias. Concretamente si en el caso presente era de aplicación la doctrina emanada de la Sentencia del Tribunal Supremo núm 489/2018, de 23 de octubre. La Audiencia Nacional descarta aplicar esta doctrina al caso que enjuicia, en esencia, porque considera que los supuestos de hecho en ambos casos son esencialmente diferentes. Uno de los elementos diferenciales con el caso del que conoce la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional tiene que ver con que varios de los acusados, a la sazón empleados, sí que prestaron el consentimiento ante quien era la máxima autoridad de la empresa al momento de realizarse el análisis de sus ordenadores, que era la administración concursal. Otro de los elementos diferenciales que en el caso que resuelve, tiene que ver con que el forensic no se elaboró para presentarse a un proceso penal (su finalidad era conocer las razones de una deuda, no siendo en ese momento previsible la existencia de indicios delictivos). En este contexto se diferencian los casos de correos en los que se ha prestado el consentimiento por los interlocutores, de los casos en los que no ha sido así, pero no se acepta la nulidad cuando el contenido de esos correos ha podido ser averado por otro medio de prueba. A pesar de ello es cierto que nada dice la Sala sobre el modo en el que se prestó el consentimiento cuando se hizo, en relación a que nadie les advirtió de las consecuencias que podía tener en cuanto a reconocer su eventual responsabilidad en los hechos.

cuando exista una sospecha fundada de que no se están utilizando estas herramientas para tareas estrictamente profesionales. Y que cuando se controle ese uso, únicamente tendrá acceso a esa información personas que ejerzan la función de compliance en la entidad, y (iii) que informe que la aceptación de esta política supone que su contenido forma parte de las obligaciones laborales asumidas por el trabajador.

VI. ¿CÓMO AFECTA A LA DEFENSA DE LA PERSONA JURÍDICA APORTAR UNA IIC EN LA QUE SE HAYAN VULNERADO LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS FÍSICAS QUE HAYAN SIDO OBJETO DE LAS MISMAS?

La realidad nos constata que lo usual es que cuando una organización tiene un modelo robusto de gestión de riesgos penales, sus normas internas pretenden aplicar en mayor o menor medida las garantías del investigado en el proceso penal a sus propias IIC, a pesar de las diferencias que existen entre ambos supuestos. Hasta la fecha no contamos con argumentaciones judiciales relevantes que planteen qué efectos tendría en el proceso penal una IIC que acceda al proceso como medio de prueba, cuando se pueda cuestionar la eventual vulneración de derechos fundamentales en su desarrollo. Como ha dicho Gómez-Jara Díez «la relativa privatización de la Justicia que implican las investigaciones internas –alentadas por la subyacente autorregulación regulada que anima el espíritu del sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas– obliga a proceder con cautela a la hora de establecer las garantías que vertebran este tipo de actuaciones empresariales»¹⁵.

Sin perjuicio de ello, sí que existe una cierta discusión sobre una cuestión análoga referida a la *valoración en el proceso penal de medios de prueba obtenidos por un particular con vulneración de derechos fundamentales*. Es el caso de la STS 116/2017, de 23 de febrero, a propósito del conocido asunto de la Lista Falciani. En el FJ 5 de esta resolución se apuntaba, a propósito de la controversia acerca de la licitud probatoria de la información contenida en los archivos de esta lista, y en su caso de la nulidad probatoria: «el concepto de ilicitud probatoria no exige como presupuesto la comisión de un hecho ilícito. El artículo 11 de la LOPJ vincula ese efecto, no a la autoría de un delito, sino a la obtención de las pruebas mediante un acto vulnerador de los derechos o libertades fundamentales que, por definición, puede ser o no constitutivo de delito». Esta resolución fue recurrida en

¹⁵ GÓMEZ-JARA DÍEZ en *Prólogo* a TEJADA PLANA (2020), p. 12.

amparo ante el Tribunal Constitucional, cuyo Pleno dictó la STC 97/2019, que viene a abordar de lleno la cuestión del fundamento constitucional de la regla de exclusión y, tras exponer los principios generales de la doctrina constitucional sobre la prueba ilícita y la evolución del propio Tribunal Constitucional sobre este particular –prestando particular atención a la evolución de su doctrina sobre los elementos del juicio de ponderación–, ha venido a fijar en qué casos se puede valorar en el marco del proceso penal la prueba obtenida por un particular, constando una previa vulneración de derechos fundamentales. Los comentarios que ha suscitado esta resolución del Tribunal Constitucional van todos en la misma línea, que no es otra que *se ha producido el fin de la exclusión de la prueba ilícita en el proceso penal*¹⁶. Y a partir de aquí se abre un interrogante teórico: ¿lo relevante es la protección del derecho del acusado en el proceso o la correcta actuación de los poderes públicos en futuros procedimientos? De este modo lo importante para decidir sobre la exclusión dejaría de ser el *factum* (hecho) de la vulneración y pasaría a ser el *quod* (por qué).

En el marco de las IICC, Tejada Plana ha sostenido que cuando la empresa (parte procesal no pública) despliega actuaciones investigadoras al margen o de forma paralela a la de las autoridades, no le es aplicable la excepción Falciani, porque su actuación investigadora se propicia por el propio legislador en virtud de las posibilidades de exención o atenuación de la pena que tienen las empresas colaboradoras. Y, además que, no se están propiciando prácticas como las realizada por el Sr. Falciani.

En mi opinión *ejercer el derecho de defensa por quien puede tener responsabilidad penal es algo ajeno a la actividad estatal*. No se puede por tanto –a diferencia de lo que sucede en el modelo norteamericano– utilizar la información en la que se concrete la IIC contra la voluntad de la entidad. Además de esto sucede que la Jurisprudencia expuesta va referida a la *valoración en el proceso penal de medios de prueba obtenidos por un particular con vulneración de derechos fundamentales, siendo que la persona que ha obtenido esos medios de prueba inicialmente no será juzgado en el mismo proceso penal. Y este elemento es determinante puesto que la persona jurídica aporta la IIC para tratar de delimitar la responsabilidad penal a la persona física, es decir, se trata del ejercicio del derecho de defensa*.

Creo conveniente aportar al fundamento de análisis de las IIC la teoría de raigambre constitucional de la eficacia horizontal entre particulares de los dere-

¹⁶ ASENCIO MELLADO, J. M.: «La STC 97/2019, de 16 de julio. Descanse en paz la prueba ilícita», La Ley núm. 9488, 16 octubre 2019; LORCA NAVARRETE, A. M.: «¡¡La prueba ilícita ha muerto. Viva la prueba ilícita (en el proceso justo)!!

chos fundamentales, la *Drittwirkung*. Como es sabido, el basamento de esta tesis radica en que si se entiende que los derechos fundamentales son límites al poder, y hoy en día el poder (económico o social) se ostenta no sólo por el Estado sino también por los particulares –y muy especialmente por las personas jurídicas–, resulta razonable expandir la eficacia de estos derechos a las relaciones privadas. No creo que la diferenciación entre la teoría mediata (los derechos fundamentales son valores y por tanto es necesario que algún órgano del Estado intervenga atribuyendo derechos a particulares) y la inmediata (los derechos fundamentales son verdaderos derechos subjetivos, y sus efectos son inmediatos entre particulares) sea aquí necesaria en la medida en que el Tribunal Constitucional ya ha determinado, hace décadas, la existencia de ese efecto en las relaciones horizontales laborales. Ahora bien, partiendo de que esa eficacia no es predicable de todos los derechos fundamentales, habrá que estar al fundamento y contenido de cada derecho para comprobar si puede y debe desplegar eficacia en las relaciones entre particulares¹⁷.

Entiendo que las garantías del debido proceso, como por otra parte ser reconoce en el punto 8.4.1. de la UNE 27002: 2021, deben respetarse en toda IIC, lo que supone en todo caso al menos el derecho del denunciado a ser asistido por un abogado que designe, así como a no responder a ninguna cuestión que se le formule.

¹⁷ En palabras de CRUZ VILLALÓN («La incidencia de la Carta (DFUE) en la confluencia de la eficacia horizontal de los derechos fundamenatles y la ineficacia horizontal de las directivas: de Küçükdeveci a Danks Industri», AFDUAM 21 (2017), p. 120): «El casuismo se impone, en cierto modo como parte del código genético de la *Drittwirkung*».

¿UN NUEVO GOLPE DE GRACIA A LAS INVESTIGACIONES INTERNAS CORPORATIVAS? REFLEXIONES EN VOZ ALTA SOBRE LA SENTENCIA DE TRIBUNAL SUPREMO 328/2021, DE 22 DE MARZO

VÍCTOR GÓMEZ MARTÍN *

I. PLANTEAMIENTO

Resulta cada vez más frecuente en la actual práctica empresarial que las empresas con gran preminencia comercial –muy particularmente las cotizadas–, por temor al riesgo reputacional que podría representar el conocimiento por parte del mercado (competidores y consumidores) de la existencia de un *affair* interno de cierta relevancia, prefieran no denunciarlo externamente ante las autoridades públicas competentes para su persecución y depurar de puertas adentro las responsabilidades individuales que del mismo pudieran derivarse. Piénsese, por ejemplo, en una destacada entidad bancaria en una de cuyas oficinas se haya producido una apropiación indebida continuada de dinero por parte de alguno de sus empleados. Ciertamente, la denuncia de los hechos ante las autoridades policiales, fiscales o judiciales pondría de relieve que la voluntad de la empresa no es otra que la de perseguir a quienes, precisamente en perjuicio del mercado, atentan contra sus intereses y los de la propia entidad. Sin embargo, a través de la denuncia se conocerían, al mismo tiempo, la existencia de unos hechos que de otro modo podrían ser ocultados, y que, sin duda,

* Catedrático de Derecho penal. Universidad de Barcelona.

provocarían desconfianza en el consumidor sobre la fiabilidad del servicio prestado por la empresa y sus procedimientos de control interno¹.

En este contexto, cuando los órganos de dirección de la empresa o, en su caso, el *compliance officer* de la compañía, tengan fundada sospecha –a través de los canales de denuncia por parte de trabajadores (*whistleblowing*) o por cualquier otra vía– de que alguno de los miembros de la corporación habría podido incurrir en alguna irregularidad constitutiva de despido o, incluso, de delito, puede decidirse llevar a cabo una investigación interna para la averiguación de los hechos. Dependiendo de cómo se realicen tales investigaciones, la prueba será lícita y, por tanto, válida para fundamentar un despido disciplinario, la condena por un delito, etc., o bien todo lo contrario, esto es, ilícita, en el sentido apuntado, e, incluso, eventualmente constitutiva de un delito contra la intimidad o el secreto de las comunicaciones del trabajador. Obviamente, todo modelo de prevención de delitos que pretenda incorporar la realización de investigaciones privadas entre sus medidas preventivas y de averiguación de los hechos estará obligado a establecer criterios que permitan conocer con claridad cuándo sucederá lo primero y cuándo, en cambio, lo segundo.

Revisten especial interés, en este contexto, aquellos supuestos en los que la dirección de empresa decide despedir a uno de sus empleados con base en información obtenida gracias a la intervención de alguno de los medios productivos utilizados por aquél. Recurrido el despido por eventual vulneración de su derecho fundamental a la intimidad personal y el secreto de las comunicaciones, corresponde a la jurisdicción social decidir, entonces, si el despido resulta o no procedente en atención a si la prueba aportada como base del mismo es o no nula, de acuerdo con lo previsto en el artículo 11, 1 LOPJ. No es de extrañar, por ello, que revista en este contexto particular trascendencia el cuerpo jurisprudencial construido en el ámbito del Derecho laboral como consecuencia del análisis de si las pruebas obtenidas por el empresario a efectos de acreditar la existencia de motivos de despido disciplinario vulneran o no algún derecho del trabajador. Particularmente relevante es, a tales efectos, no solo la jurisprudencia vertida sobre la materia por el Tribunal Supremo, sino, muy especialmente, las numerosas resoluciones del Tribunal Constitucional por la hipotética vulneración de derechos fundamentales del trabajador, singularmente de su derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones.

Con base en todo lo anterior, y especialmente a partir de la STEDH *Barbulescu vs. Rumanía* (II), también la Sala 2.^a del Tribunal Supremo ha

¹ PASTOR MUÑOZ, N., «La respuesta adecuada a la criminalidad de los directivos contra la propia empresa: ¿Derecho penal o autorregulación empresarial?», *InDret* 4/2006, 1 (6).

terciado en los últimos años en relación con el particular con una polémica línea jurisprudencia, cuyo más reciente exponente viene representado por la STS 328/2021, 22-4 (Ponente Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez). Esta resolución constituirá el objeto de reflexión de las siguientes líneas, dedicadas a mi querida y admirada madre académica, la Prof. Dra. Mirentxu Corcoy, fuente inagotable de energía positiva e inspiración, y a quien nunca podré llegar a agradecer suficientemente la inmerecida confianza que siempre ha depositado en mí.

II. UN APUNTE PREVIO: SOBRE LA CORRESPONDENCIA ENTRE LOS DEBERES DE VIGILANCIA PREVENTIVOS Y REACTIVOS CON LOS PRINCIPIOS DE DESCONFIANZA Y CONFIANZA

Resulta habitual en la práctica empresarial que la dirección societaria asuma su deber de realizar las funciones necesarias para el cumplimiento del deber de organizar adecuadamente los distintos niveles de actividad de la empresa de forma no necesariamente inmediata, sino por medio de la técnica de la delegación. Si el delegante confía el desarrollo de ciertas competencias en el delegado y selecciona a tal efecto a una persona competente para dicho cometido, lo lógico será concluir que la relación entre delegante y delegado derivada del proceso de delegación debería estar regida por el principio de confianza². De acuerdo con este principio, si el delegante obra correctamente en su ámbito de competencia puede partir de la premisa de que el delegado también lo va a hacer en el suyo. Pero si existen indicios de que el delegado va a obrar (o está obrando) de modo defectuoso, entonces el delegante deberá intervenir para evitar el resultado lesivo, aunque este se produzca en el ámbito de organización del delegado³. El principio de confianza presupone,

² SILVA SÁNCHEZ, J. M., «Deberes de vigilancia y *Compliance* empresarial», en el mismo, *Fundamentos del Derecho penal de la empresa*, Montevideo-Buenos Aires (BdF), 2013, pp. 163 s.; ROBLES PLANAS, R., «Principios de imputación en la empresa», en Ragués i Vallès, R., y Robles Planas, R. (dirs.), *Delito y empresa. Estudios sobre la teoría del delito aplicada al Derecho penal económico-empresarial*, Barcelona (Atelier), 2018, p. 37.

³ SILVA SÁNCHEZ, J. M., 2018, p. 164; ROBLES PLANAS, R., 2018, p. 31. Con carácter general sobre este principio *vid.* MONTANER FERNÁNDEZ, *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal. A propósito de la gestión medioambiental*, Barcelona (Atelier), 2008, pp. 121 ss.; FEIJOO SÁNCHEZ, B. J., *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva*, Madrid (Reus), 2007, pp. 193 ss.; PIÑA ROCHEFORT, J. I., y COX VIAL, F., «Consideraciones sobre la vigencia del principio de confianza en la imputación en el seno de la empresa», en Silva Sánchez, J., y Miró Llinares, F. (dirs.), *La teoría del delito en la práctica penal económica*, Madrid (La Ley), 2013, pp. 183 ss.; monográficamente, destacando su relación con el principio de autorresponsabilidad, MARAVER GÓMEZ, M., *El principio de confianza en derecho penal*, Madrid (Civitas), 2009, pp. 403 ss. y *passim*.

de este modo, la existencia en estos casos de un deber jurídico especial por virtud del cual el delegante debe evitar resultados lesivos producidos en una esfera de competencias *prima facie* de un tercero, en concreto del delegado. Lo determinante será conocer, lógicamente, en qué supuestos debe aplicarse este principio y qué clase de vinculación se establece entre los sujetos a los que el mismo resulta aplicable⁴.

La vigencia del principio de confianza guarda relación con el reparto de una tarea común entre sujetos que conforman un grupo delimitado de personas. En este contexto, aunque sobre el delegante recaería –como ya se ha apuntado– el deber jurídico especial de evitar resultados lesivos que tendrían lugar en una esfera ajena de competencias (la del delegado), no tendría, en cambio, el deber de procurarse conocimiento acerca de si el delegado está obrando o no de manera defectuosa. El delegante se encuentra vinculado, por tanto, por deberes de vigilancia meramente reactivos, no, en cambios, por deberes de naturaleza preventiva o proactiva⁵. Podría decirse, por ello, que lo característico del principio de confianza y las relaciones regidas por el mismo sería, por tanto, un elemento negativo: la ausencia en el delegante de un deber de supervisión, vigilancia o control sobre el delegado⁶.

En las relaciones presididas por el principio opuesto, esto es, el de desconfianza, sobre el delegante sí recaería, en cambio, un doble deber jurídico especial que tendría por objeto la gestión de una esfera competencial ajena: por un lado, un primer deber de vigilancia y control sobre el delegado, que le obligaría a procurarse información sobre el modo en que el tercero estaría realizando su actividad⁷; por otro, un deber posterior de instar al tercero a la corrección –o, en algunos casos, dependiendo de las competencias que hayan sido conferidas al delegante, incluso de corrección directa– de su actuación defectuosa, con el objeto de evitar, de este modo, las consecuencias lesivas derivadas de aquélla⁸.

Este doble deber resulta predicable, por ejemplo, de los administradores, pero podría tener un contenido algo distinto en otros sujetos. Así, por ejemplo, en el caso de los altos directivos o el *compliance officer*, el deber de vigilancia de terceros subordinados tendría por objeto, por una parte, la obligación previa

⁴ SILVA SÁNCHEZ, J. M., 2018, pp. 167.

⁵ ROBLES PLANAS, «El responsable de cumplimiento –‘compliance officer’– ante el Derecho penal», en Silva Sánchez (dir.), Montaner Fernández (coord.), *Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas*, Barcelona (Atelier), 2013, p. 323.

⁶ SILVA SÁNCHEZ, J. M., 2018, p. 168.

⁷ SILVA SÁNCHEZ, J. M., 2018, p. 168; MONTANER FERNÁNDEZ, 2008, pp. 157 ss.; ROBLES PLANAS, R., 2018, p. 30.

⁸ SILVA SÁNCHEZ, J. M., 2018, p. 171.

de obtener conocimiento del desarrollo de la actividad en las diferentes esferas competenciales⁹; y, por otra, la obligación de transmitir la información obtenida al superior con competencias para corregir la situación defectuosa¹⁰. La distinción entre posición de deber del empresario dominada por el principio de confianza o desconfianza ha servido de base para la distinción entre deberes de vigilancia activos y deberes de vigilancia reactivos, defendida entre nosotros por un sector de la doctrina. Los primeros obligarían al delegante a la realización de tareas de supervisión de modo periódico y ordinario, mientras que los segundos presupondrían la existencia de deberes de información y reporte periódico que recaerían, en cambio, sobre el delegado¹¹. Así, por ejemplo, si la relación entre la administración y la alta dirección, por un lado, y la alta dirección y los directivos de segundo nivel u otros empleados, por otro, estuviera presidida por el mencionado principio de desconfianza, las respectivas consecuencias serían las siguientes: la gestión de la esfera de competencias del empleado debería estar sometida al control del directivo de segundo nivel; la de este a la supervisión del alto directivo; y, finalmente, este último debería mantener puntualmente informado de su actuación funcional al administrador¹². La dinámica del control doble o múltiple consiste en que un garante tiene como cometido compensar los fallos de otro garante, por lo que le incumbe plenamente aquello que el segundo garante realiza¹³.

III. EN CONCRETO, LOS DEBERES PREVENTIVOS Y REACTIVOS DE VIGILANCIA EN EL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES

Dos preceptos clásicos del Estatuto de los Trabajadores (ET) han venido sirviendo de base a los Jueces y Tribunales de lo Social para resolver la problemática de referencia: los artículos 18 y 20, 3 ET. El primero de ellos permite al empresario la realización de registros corporales y de efectos personales del trabajo en caso de indicio de comisión de infracción contra el patrimonio de la empresa o sus integrantes. Se consagra, de este modo, una *facultad excepcio-*

⁹ ROBLES PLANAS, R., 2013, p. 323.

¹⁰ SILVA SÁNCHEZ, J. M., 2018, p. 172.

¹¹ En este sentido se expresa, por ejemplo, DOPICO GÓMEZ-ALLER, «Posición de garante del *compliance officer* por infracción del «deber de control»: una aproximación tónica», en Mir Puig, S.; Corcoy Bidasolo, M., y Gómez Martín, V. (dirs.), Hortal Ibarra, J. C., y Valiente Iváñez, V. (coords.), *Responsabilidad de la empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*, Montevideo-Buenos Aires (BdF), 2014, pp. 516 s.

¹² SILVA SÁNCHEZ, J. M., 2018, p. 169.

¹³ ROBLES PLANAS, R., 2018, p. 37.

nal del empresario sometida, eso sí, a una serie de *estrictos límites*. Por una parte, se exige que el registro sea necesario «para la protección del patrimonio empresarial y del de los demás trabajadores de la empresa»; por otra, debe realizarse «dentro del centro de trabajo y en horas de trabajo», para garantizar la presencia del trabajador o, en su caso, la «asistencia de un representante legal de los trabajadores o, en su ausencia del centro de trabajo, de otro trabajador de la empresa, siempre que ello fuera posible». Además, el registro habrá de «respetar al máximo la dignidad e intimidad del trabajador». La referencia a la dignidad es genérica a todo tipo de intervención del empresario sobre la esfera del trabajador, mientras que la alusión a la intimidad se refiere a la taquilla: a pesar de ser titularidad de la empresa, se trata de un elemento cedido por la empresa al trabajador para uso privado de este, por lo que forma parte de su esfera de intimidad. De este modo, el registro corporal, el de la taquilla y el de los efectos del trabajador debe ser *idóneo* (útil para conseguir el fin legítimo pretendido), *necesario* (el mecanismo menos restrictivo para alcanzar el objetivo) y *proporcionado en sentido estricto* (que el objetivo perseguido, fundamento en la existencia de sospechas, compense la restricción individual). Esto es, *proporcionado en sentido amplio*¹⁴.

Dispone el artículo 20, 3 ET, por su parte, que «[e]l empresario podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad humana...». La jurisprudencia española aplica el precepto a la vigilancia del puesto de trabajo mediante micrófonos y cámaras, y al control de las llamadas telefónicas y de los ordenadores (archivos, correo electrónico, navegación por internet). En estos supuestos, se considera que la empresa tiene derecho a controlar los elementos productivos de su titularidad que pone a disposición del trabajador para que desarrolle su actividad laboral. A diferencia de lo que sucede en los registros corporales, de las taquillas y los efectos personales, en los que la empresa asume prácticamente funciones de policía privada, en el caso del artículo 20, 3 ET el

¹⁴ STC 26-9-2007, F. J. 3.º; 186/2000, 10-7. En un sentido parecido ROMEO CASABONA, C. M., *Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2004, p. 136. Acerca de la aplicación de este principio al ámbito laboral en supuestos de eventual restricción de derechos fundamentales, y, en particular, en los supuestos que nos ocupan *vid.* CONDE MARÍN, La buena fe en el contrato de trabajo. Un estudio de la buena fe como elemento de integración del contrato de trabajo, 2007, pp. 354 ss., en especial p. 365 s. Para una exposición detallada del contenido del principio de proporcionalidad y su incidencia en todas las categorías del delito *vid.*, por todos, MIR PUIG, S., «El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho penal», en Carbonell Mateu, J. C.; González Cussac, J. L.; Orts Berenguer, E., y Cuerda Arnau, M. L. (dirs.), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2009, pp. 1357 ss.

derecho de la empresa deriva directamente del haz de derechos y deberes recogidos por la relación contractual. Entre ellos se encuentra el deber del trabajador de desarrollar correctamente su actividad y el derecho de la empresa a controlar que ello sucede. En este contexto, se considera conforme a derecho, entre otras intervenciones¹⁵, la *instalación de micrófonos*¹⁶ y *cámaras*¹⁷ en determinadas zonas del centro de trabajo; el control de *ordenadores y cuentas de correo corporativos* mediante instrumentos (programas) informáticos de intervención, ya que tales elementos productivos se consideran *inidóneos para albergar información personal de trabajador*¹⁸. Lo mismo sucede con las *líneas telefónicas titularidad de la empresa*, que se consideran inadecuadas para el mantenimiento de conversaciones particulares de los trabajadores¹⁹.

Ello no obstante, cuando de elementos productivos de la empresa se trate, la jurisprudencia social entiende que el derecho del empresario a controlar el trabajo del empleado prevalece sobre el derecho de este a realizar un uso personalizado del medio. Para que ello suceda resulta imprescindible *que la empresa haya comunicado previamente al trabajador*, como parte de su relación contractual, la existencia de mecanismos de control de conversaciones telefónicas, ordenador, etc.²⁰. En defecto de tal información, del establecimiento

¹⁵ Amplia casuística se encuentra en MONTTOYA MELGAR, A., «Comentario al artículo 20», en Monttoya Melgar, A.; Galiana Moreno, J. M.; Sempere Navarro, A., y Ríos Salmerón, B., *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Pamplona (Thomson-Reuters), 2007, pp. 157 ss.

¹⁶ No obstante, la jurisprudencia social exige para ello la concurrencia de determinados elementos. Por una parte, la medida debe ser necesaria para garantizar mayor seguridad en la empresa; por otra, es preciso que la instalación sea conocida por trabajadores y el comité de empresa antes del inicio de la relación de trabajo; además, los micrófonos deben ser visibles; y, por fin, la instalación debe realizarse en lugares concretos y particularmente sensibles del centro de trabajo. Estos requisitos se hallan contenidos, entre otras resoluciones, en la STSJ Galicia de 25 de enero de 1996.

¹⁷ Sin que quepa, como es lógico, difusión posterior de las filmaciones: *vid.* SSTSJ Valencia de 22 de mayo de 1996, Galicia de 21 de abril de 1995, Andalucía de 17 de enero de 1994, Madrid de 12 de marzo de 1992, entre otras muchas.

¹⁸ STC 358/2007, 30-4, F. J. Único; 666/2006, 19-6, F. J. 4.º Sobre esto en la doctrina laboral, *vid.* CARDONA RUBERT, M.ª B., *Informática y contrato de trabajo*, Valencia (Tirant lo Blanch), 1999; la misma, «Comentario a la STSJ Cataluña 14 de noviembre de 2000», AS, núm. 17, 2001; VAL ARNAL, J. J., «Comentario a la STSJ Cataluña 5 julio 2000», AS, núm. 17, 2001.

¹⁹ SSTC 237/2007, 21-3, F. J. 2.º de 26 de septiembre de 2007, F. J. 4.º; 281/2005, 7-11 de 28 de marzo de 2003, F. J. 6.º; 8-3-2001, F. J. 3.º; AATC de 14 de julio de 2011, F. J. 1.º de 14 de abril de 2008; SSTS de 30 de septiembre de 2007 y de 19 de junio de 2006; SSTSJ (social) Madrid de 14 de noviembre de 2010 y de 16 de octubre de 1998; (social) Andalucía de 9 de marzo de 2003; (social) Cataluña de 14 de noviembre de 2000 y de 5 de julio de 2000; AAP Barcelona de 21 de enero de 2009. Así, la grabación de conversaciones entre trabajador y cliente se considera legítima siempre que tenga por finalidad de corregir defectos de la técnica comercial respetando la intimidad de ambos (STS 5-12-03).

²⁰ STEDH *Barbulescu v. Rumanía* (II); STS 489/18, 23-10. En relación con dicha resolución, ampliamente, ALCÁZER GUIRAO, R., «Retos para el compliance penal: Barbulescu, Falciani y el reforzamiento de las garantías en el proceso penal», en Cancio Meliá, M.; Maraver Gómez, M.; Fakhouri Gómez, Y.; Guérez Tricarico, P.; Rodríguez Horcajo, D., y Basso, G. (dirs.), *Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, Volumen II, Editores, Madrid (UAM Ediciones), 2019, p. 46.

previo de reglas de uso de los medios o, en su caso, de la exclusión de determinadas conexiones, la jurisprudencia entiende que prevalece la expectativa a la intimidad del trabajador²¹. Evidentemente, un programa de cumplimiento que incorpore un sistema de investigación privada a los trabajadores de una determinada empresa no podrá dejar de tener en consideración este criterio. Sin perjuicio de lo anterior, la intervención de la empresa deberá respetar los principios constitucionales que limitan la restricción de derechos individuales. El principio fundamental es el de *proporcionalidad*²². De acuerdo con este principio, el medio de control empleado no puede ser desproporcionado. Tal es el caso, por ejemplo, de aquellos programas informáticos que registran de forma indiscriminada el contenido de todo lo que aparece en la pantalla del trabajador, con independencia de si se trata o no de información profesional o personal. Resultan más respetuosos con el principio mencionado, por ello, los *programas de búsqueda ciega*, que realizan una búsqueda selectiva de contenidos a partir de una serie de palabras claves de contenido específicamente laboral introducidas previamente en el programa. La selección de las palabras claves deberá no solo atender al concreto ámbito profesional de que se trate, sino, a ser posible, a los concretos campos semánticos implicados en el correspondiente caso²³.

IV. POR FIN, ALGUNAS REFLEXIONES EN VOZ ALTA SOBRE LA SENTENCIA DE TRIBUNAL SUPREMO 328/21, DE 22 DE ABRIL

En el supuesto de hecho que resuelve la sentencia objeto del presente comentario, la ya referida STS 328/2021, 22-4, la administradora única de una empresa dedicada a la construcción, ante la sospecha de que uno de sus empleados podría estar trabajando para la competencia sustrayendo materiales de aquélla, accede a mensajes de correo electrónico, tanto de la cuenta corporativa como de la personal, de uno de sus empleados, para aportar finalmente parte de lo hallado como prueba en el correspondiente procedimiento laboral. En su Sentencia de 10 de junio de 2019, el Juzgado de lo Penal núm.

²¹ STC de 27 de diciembre de 2010.

²² STC de 8 de marzo de 2001, F. J. 4.º; 98/2000, 10-4, FF. JJ. 7.º y 8.º

²³ En relación con todo lo anterior *vid.*, por todos, MONTIEL, J. P., «Autolimpieza empresarial: compliance programs, investigaciones internas y neutralización de riesgos penales», en Kuhlen, L.; Montiel, J. P., y Ortiz de Urbina Gimeno, I., *Compliance y teoría del Derecho Penal*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo (Marcial Pons), 2013, pp. 225 s.; ALCÁCER GUIRAO, R., «Investigaciones internas», en Ayala Gómez, I., y Ortiz de Urbina Gimeno, I. (coords.), *Memento Penal Económico y de la Empresa*, Madrid (Francis & Taylor), 2016, NNMM 1737 s.

5 de Madrid condenó a la administradora de la empresa como autora de un delito de descubrimiento y revelación de secreto a la pena de un año de prisión y accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Pese a que en el recurso de casación presentado contra dicha resolución la defensa de la condenada alegó la eventual concurrencia de legítima defensa (art. 20, 4 CP), la STS 328/2021, 22-4 descarta de plano esta posibilidad, por considerar –con todo acierto– que los presupuestos objetivos de dicha una causa de justificación brillan completamente por su ausencia. La cuestión sería, en todo caso –prosigue la resolución–, conocer si la intervención de la administradora en el correo electrónico del empleado quedaría amparada por la causa de justificación prevista en el artículo 20, 7 CP, por entender que se habría podido realizar en el marco del ejercicio legítimo de la facultad de dirección y control de la actividad laboral. La STS 328/2021, 22-4 considera, con razón, que no es factible dilucidar tal cuestión con apoyo en los reiterados artículos 18 y el 20, 3 ET, ya que ninguno de ellos se refiere expresamente a la intervención de medios productivos vinculados a las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC). Tampoco distinguen, precisamente por ello, entre medios productivos aportados por la empresa y medios aportados por el trabajador, en aplicación de la –cada vez más habitual en la práctica empresarial– política empresarial *Bring Your Own Devices (BYOD)*.

De la forzada interpretación de los preceptos de referencia habitualmente practicada por la jurisprudencia social, la STS 328/2021 extrae, acertadamente, dos interesantes conclusiones. Por un lado, que el tenor literal de los mismos hace tiempo que fue claramente superado por el vertiginoso desarrollo de la sociedad de la información. Por otro, que una cosa es la jurisdicción laboral y otra la penal, sin que lo concluido sobre la legalidad del despido en el primer ámbito deba ser determinante para decidir sobre el delito de descubrimiento y revelación de secreto en el segundo.

En cuanto a lo primero, la STS 328/2021, 22-4, recuerda que el cuerpo normativo constituido por los artículos 18 y 20, 3 ET toma como punto de referencia un contexto laboral completamente ajeno al escenario actual. En este, la eventual intervención de la empresa ya no tendría por objeto el cuerpo del trabajador o su taquilla (art. 18 ET), sino su ordenador, cuenta de correo, navegaciones por internet o geolocalizaciones captadas a través de un automóvil o un dispositivo de telefonía móvil, entre otras TIC. Esta insuficiencia normativa quedaría parcialmente subsanada, no obstante, gracias a dos preceptos de nuevo cuño: el artículo 20 bis ET

y el artículo 87, 1 LO 3/18, 5-12, de Protección de datos personales y garantía de los derechos digitales.

De mayor calado es el segundo de los extremos apuntados por la resolución que ahora nos ocupa, relativo a si lo acordado en la jurisdicción laboral en relación con la procedencia o improcedencia del despido del trabajador debe condicionar de algún modo la decisión sobre la responsabilidad del empleador por el delito previsto en el artículo 197 CP. Como ya plantearan las SSTs 528/2014, 16-6 (Ponente: Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín) y 489/18, 23-10 (Ponente: Excmo. Sr. Antonio del Moral García), que *transpuso* para España el criterio de la conocida STEDH *Barbulescu vs. Rumanía* (II), la STS 328/2021 establece una clara cesura entre el orden social y el penal, con base en la fundamental distinción constitucional entre el derecho fundamental a la intimidad personal (art. 18, 1 CE) y el secreto de las comunicaciones personales y, en especial, las postales, telegráficas y telefónicas (art. 18, 3 CE). En el 18, 4 CE se añade la privacidad informática. Según la doctrina mayoritaria, todos estos derechos derivan del derecho a la intimidad y pueden considerarse concreciones del mismo²⁴. La doctrina constitucional asume parte de esta diferenciación para reconocer un régimen de protección propio para cada uno de ellos. Así, mientras la intervención de las comunicaciones siempre requerirá resolución judicial, «no existe en la Constitución reserva absoluta de previa resolución judicial respecto del derecho a la intimidad personal, de modo que excepcionalmente hemos admitido la legitimidad constitucional de que en determinados casos y con la suficiente y precisa habilitación legal la policía judicial realice determinadas prácticas que constituyan una injerencia leve en la intimidad de las personas, siempre que se hayan respetado las exigencias dimanantes del principio de proporcionalidad»²⁵.

Es precisamente aquí cuando cobraría plena carta de naturaleza, a juicio de la STS 328/2021, 22-4, el elemento de la información previa de la dirección de empresa al trabajador sobre la política de uso de TIC y los medios de control de su cumplimiento. De este modo, dicha información previa (a través del contrato de trabajo, un documento específico –como, por ejemplo, el protocolo de uso de TIC del modelo de prevención de delitos– o el correspondiente convenio colectivo) podría servir, tanto en el ámbito laboral

²⁴ BOLEA BARDON, C., «Delitos contra la intimidad», en Corcoy Bidasolo, M. (dir.), Hortal Ibarra, J. C. (coord.), *Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Adaptado a las LLOO 1/2019 y 2/2019 de Reforma del Código Penal. Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados. Tomo 1*, 2.ª ed., Valencia (Tirant lo Blanch), 2019, p. 341.

²⁵ SSTC 281/06, FJ 3; 70/02, FJ 10. Sobre esta doctrina *vid.* BOLEA BARDON, C., 2019, pp. 343 s.

como en el penal, para hacer prevalecer la facultad de control del empleador sobre el derecho a la intimidad del trabajador con respecto a datos personales, resultantes o no de una comunicación. No, en cambio, con respecto a las comunicaciones en curso (por ejemplo, cartas o mensajes de móvil o de correo electrónico no abiertos), para cuyo acceso sería siempre necesaria autorización judicial. Para la STS 328/2021, una cosa sería la consideración laboral del incumplimiento por parte del trabajador de la prohibición, por ejemplo, de instalar en el ordenador corporativo un programa de mensajería electrónica personal, que podría justificar la intervención en el mismo del empleador y, en su caso, la procedencia del despido; y otra completamente distinta que, con ello, el trabajador esté renunciando a su –a juicio de la STS 328/2021– irrenunciable derecho fundamental al secreto de las comunicaciones.

Que sea razonable distinguir entre datos personales y secreto de las comunicaciones no significa, sin embargo, ni que esta delimitación resulte en todo caso fácilmente practicable, ni tampoco que deba ser directamente trasladada de su ámbito natural de operatividad, el de la relación Estado-ciudadano (por ejemplo, en el marco de una diligencia de entrada y registro domiciliario o de una de intervención telefónica). En cuanto a lo primero, en el ámbito de las TIC la determinación de cuándo una comunicación puede considerarse consumada quizá no siempre resulte tan sencilla como cuando de una carta de correo postal se trata. Cabe dudar, por ejemplo, si ello sucede con respecto al mensaje *abierto, pero aún no leído*, o si realmente se vulnera el secreto de las comunicaciones cuando un programa de búsqueda ciega hace saltar la alarma no por su contenido, sino por su título o la identificación de sus interlocutores. Adviértase, a este respecto, que a través del derecho fundamental del artículo 18, 3 CE no solo se protege el contenido mismo de la comunicación, sino también otros elementos de la misma, como, por ejemplo, el título de un mensaje o la identidad subjetiva de los interlocutores²⁶. Tales datos podrían ser de todos modos captados accidentalmente incluso a través de un programa de búsqueda ciega en principio respetuoso con el principio de proporcionalidad, por no contribuir a la realización –como ya se enunció– de una búsqueda indiscriminada de información.

²⁶ SSTC 123/02, FJ 6; 56/03, FJ 3; 230/07, FJ 2; 142/12, FJ 3; y 241/12, FJ 4; STEDH de 2 de agosto de 1984, caso *Malone vs. Reino Unido*, § 84 y, de 3 de abril de 2007, caso *Copland vs. Reino Unido*, § 43. En relación con este particular *vid.* BOLEA BARDON, C., 2019, p. 344.

V. EPÍLOGO

En este sentido, si, como concluye la resolución comentada –y las citadas SSTS 528/2014, 16-6 y 489/18, 23-10–, la *apertura* de un mensaje de correo electrónico todavía no leído por su destinatario requiere necesariamente la interrupción de la eventual investigación interna iniciada y la solicitud de la correspondiente autorización, cabe formularse razonablemente la siguiente pregunta: ¿sigue teniendo sentido la realización de una investigación interna que muy probablemente tendrá que ser interrumpida *ab initio*? Una respuesta negativa a este cuestión conducirá necesariamente a concluir que la STS 328/2021, 22-4, asesta un nuevo golpe de gracia, acaso en esta ocasión mortal de necesidad, a las investigaciones internas corporativas. Esta es, en realidad, la hipótesis que da título a la presente contribución, a través de la cual he pretendido rendir sentido homenaje a la Prof. Mirentxu Corcoy a propósito de un ámbito temático, el del *compliance*, en el que aún nos queda un largo camino por recorrer juntos.

¿POR QUÉ LOS LLAMAN *DELITOS CONTRA LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS EXTRANJEROS* CUANDO –SIEMPRE– QUISIERON REFORZAR EL CONTROL ESTATAL SOBRE LOS FLUJOS MIGRATORIOS IRREGULARES (ART. 318 BIS CP)?

JUAN CARLOS HORTAL IBARRA*

«En este mundo globalizado, hemos caído en la indiferencia globalizada. Nos hemos acostumbrado al sufrimiento de otras personas: no me afecta, no me concierne, ¡no es asunto mío!».

*Palabras pronunciadas por el Papa Francisco en su visita a Lampedusa el 8 de junio de 2013, y reproducidas por Zygmunt Bauman en su libro *Extraños llamando a la puerta*, (Paidós), 2016, p. 26.*

Las presentes líneas no habrían sido posible sin la concurrencia de un cúmulo de *causalidades* directamente emparentadas con la persona aquí mecidamente homenajead. La primera data del siglo pasado cuando, en contra del sentir mayoritario de mi promoción, tomé *ex ante* la arriesgada decisión –pero *ex post* atinada elección– de abandonar el plan del 53 para

* Profesor Agregado de Derecho penal. Universidad de Barcelona. El presente trabajo, enviado el 14/11/21, se enmarca en los proyectos de investigación «*Ganancias ilícitas y Derecho penal*» (RTI2018-094287-B-I00), y «*Responsabilidad penal por el hecho y Estado democrático. Una investigación sobre la legitimidad de la criminalización de ideas y caracteres*» (RTI2018-097727-B-I00), financiados por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, y liderados, respectivamente, por la Prof. Dra. Luz María Puente Aba y el Prof. Dr. Víctor Gómez Martín.

adaptarme al del 92. Gracias a ello, literalmente, me enamoré del Derecho penal seducido por las inolvidables clases de Parte General y Parte Especial impartidas, respectivamente, por el Prof. Mir y la Prof. Corcoy en el curso más fructífero e intenso de cuantos integraron mi caminar por la extinta licenciatura. Lo que por aquel entonces nunca vislumbré –aunque confieso que sí lo soñé– fue que, años después, lograría consolidarme como penalista en la prestigiosa «Escuela de Barcelona». Un anhelado objetivo que no habría sido posible sin la complicidad de Santiago, y la cooperación necesaria de Mirentxu. De la misma forma que el estudio sobre los delitos de peligro o –como ella gusta llamar, con razón, contra bienes jurídico-penales supraindividuales¹– devino tránsito natural en la que fuera su tesis doctoral², mis lazos con la Dra. Corcoy trascendieron de la formal relación alumno-docente, a la de orgulloso discípulo-co-maestra, y amiga-consejera. Es cierto que nuestro vínculo, cual cotización, sufrió fluctuaciones en el tiempo, pero también lo es que siempre la defendí, tomé mis propias decisiones –acertada o equivocadamente–, y asumí sus costes. Sirva esta contribución para rendirle tributo a su exitosa y dilatada carrera académica, y expresarle mi sincero agradecimiento por erigirse en el espejo profesional y vital cuyo reflejo me ayudara a crecer como profesor y persona. Abrigo la esperanza de que en las próximas páginas haya sabido plasmar algunas de tus enseñanzas en la faceta investigadora. La libertad en la selección del tema, huyendo de las coyunturales modas. La fidelidad al estilo, respetando al lector. Y la honestidad científica, primando el rigor sin descuidar la forma ni la valentía en su abordaje.

¹ Entiendo que lo fue para quien no escatimó energías en la discusión en torno a dos tesis ampliamente arraigadas en la doctrina tradicional: a) la configuración dogmática de los delitos de peligro como tentativas imprudentes autónomamente tipificadas, y b) su consideración político-criminal como meros adelantamientos de la barrera protectora dispensada a los bienes jurídico-penales individuales. En el libro fruto del segundo ejercicio presentado en la obtención de la Cátedra en la Universidad Pública de Navarra, la profesora Corcoy construyó una verdadera «Teoría general de los delitos de peligro» en que aunó las necesidades de tutela en las modernas sociedades actuales con el escrupuloso respeto de los principios limitadores del *ius puniendi*. Un constructo que cimentó sobre la dotación de autonomía a los bienes jurídico-penales supraindividuales en tanto condición esencial para el desarrollo de la personalidad, y la nítida distinción entre la lesión del objeto del delito y la lesión del bien jurídico. Vid. ampliamente, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales. Nuevas formas de delincuencia y reinterpretación de tipos penales clásicos*, Valencia (Tirant lo Blanch), 1999, pp. 175-225.

² Que cristalizó en la que fue su primera monografía titulada *El delito imprudente: criterios de imputación del resultado*, Barcelona (PPU), 1989, cita obligada en el estudio de la imprudencia a la que dedicaría otros trabajos en que aplicó sus planteamientos a sectores específicos como el tráfico viario o la actividad laboral, «Homicidio y lesiones imprudentes cometidos con vehículos a motor o ciclomotor», *EDJ*, núm. 114, 2007, pp. 77-118; y «Siniestralidad laboral y responsabilidad penal», en Mir Puig, S., y Corcoy Bidasolo, M. (dirs.), Hortal Ibarra, J. C. (coord.), *Protección penal de los derechos de los trabajadores: seguridad en el trabajo, tráfico ilegal de personas e inmigración clandestina*, Montevideo-Buenos Aires (Bdef), 2009, pp. 359-382.

I. TRES BUENAS RAZONES PARA UN REENCUENTRO TEMÁTICO: ALGO MÁS QUE UNA MERA INTRODUCCIÓN

1. En la variopinta tipología de contribuciones que orbitan en el poblado universo de los libros homenaje, la mía es una avanzadilla de lo que, próximamente, podría convertirse –o no– en una investigación de mayor calado. Esta opción, la del artículo de corte introductorio, convive con otras aportaciones donde el autor dialoga con la obra del homenajeado, elabora originales libres para la ocasión, o alternativamente recurre al socorrido reciclado de trabajos ya publicados. Esta última *praxis* que podría responder a la coyuntural jubilación de toda una generación de penalistas, constituye también una manifestación «menor» de la tóxica cultura del «publica o perece» en cuya implantación han jugado un significativo papel las agencias estatales –y autonómicas– de evaluación, así como la primacía del factor de impacto como criterio rector. Y digo «menor» porque, con independencia de la calidad atesorada, es conocido, hoy por hoy, el escaso valor por éstas concedido a los «capítulos de libro» que integran dichas colectáneas, y el efecto desaliento que esta ínfima calificación tiene en el envío de manuscritos inéditos. Ahora bien, más allá de la singular morfología de estas obras, resulta cuanto menos inquietante comprobar cómo la apremiante necesidad por cumplimentar las cuantitativas exigencias administrativamente impuestas ha traído consigo negativas consecuencias para la salud del profesorado, pero también la integridad de la investigación resultante. Del mismo modo que esta propensión a la (sobre)producción se ha erigido en un eficaz acelerante en la contumaz devaluación de la actividad docente considerada, erróneamente, como una rémora en la legítima consolidación y promoción en el escalafón universitario³.

2. Retomo el estudio de los equívocamente llamados delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros tres lustros después de mi primer acercamiento con el mismo espíritu crítico⁴, y la firme voluntad de denunciar la hipocresía del legislador en la criminalización de la facilitación a la inmigración *clandes-*

³ Al respecto, *Vid.* las ilustrativas conclusiones contenidas en DELGADO LÓPEZ-CÓZAR, E.; FEENSTRA, R. A., y PALLARÉS-DOMÍNGUEZ, D., *Investigación en Ética y Filosofía en España. Hábitos, prácticas y percepciones sobre comunicación, evaluación y ética de la publicación científica*, 2020: <http://hdl.handle.net/10234/189924>. Y, en nuestra disciplina de conocimiento, las audaces reflexiones de POMARES CINTAS, E., «¿Qué hay detrás de la evaluación de la calidad de la investigación universitaria? Hacia otra cultura de la investigación», *Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 21, 2021, pp. 173-199.

⁴ *Vid.* HORTAL IBARRA, J. C., «A vueltas sobre el bien jurídico-penal protegido en los mal llamados «delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros»», en Mir Puig, S., y Corcoy Bidasolo, M. (dirs.), Gómez Martín, V. (coord.), *Política criminal y reforma penal*, Montevideo-Buenos Aires (Bdef), 2007, pp. 463-504.

*tina*⁵. En aquel exploratorio trabajo describí y valoré las distintas posiciones doctrinales en torno al bien jurídico-penal protegido en el artículo 318 bis. Me sumé a la línea doctrinal que defendió que era –y es– el control estatal y comunitario de los flujos migratorios irregulares el interés directamente tutelado. Lo avalaba tanto la relegación de la tutela de los derechos de los migrantes a los subtipos agravados como la expresa, aunque errónea, equivalencia legal operada en la LO 11/2003 entre los conceptos de inmigración clandestina y tráfico ilegal de personas en el tipo básico. Sin embargo, puse de manifiesto igualmente que la vinculación del mencionado precepto con el mantenimiento del orden socioeconómico aconsejaba, de entender necesaria y merecida la intervención penal, su reubicación en el título XIII. Ahora, dando un paso más, me alinee con los autores que sostienen que la contención migratoria *ilegal* no constituiría un fin en sí mismo. Al contrario, estaría mediatamente pergeñada al aseguramiento final de las condiciones económico-prestacionales (y socio-convivenciales) consustanciales al maltrecho «Estado del bienestar» frente a las amenazas que la entrada y permanencia masiva de inmigrantes *ilegales* representarían para su exclusivo y preferente disfrute por los ciudadanos nacionales y europeos⁶. Dicha aseveración casaría con la instrumentalización de los delitos contra los derechos de los trabajadores en la cruzada migratoria a raíz de las incorporaciones perpetradas en las

⁵ Una actitud hipócrita de las autoridades comunitarias y nacionales que presentan a los inmigrantes como víctimas de las organizaciones criminales que se lucran con su traslado al tiempo que elevan los muros y no escatiman recursos en dificultar lo que más ansían: la entrada y permanencia en el territorio de la Unión. Asistimos a una suerte de «bipolaridad» en que se infantiliza la figura del migrante a quien se acaba convirtiendo en chivo expiatorio de todos los males al que es preciso neutralizar. Es por ello que comparto el diagnóstico expuesto, entre otros, por CANCIO MELIÁ, M., «Migración y Derecho penal en España», en Peña, L., y Ausín, T. (coords.), *Pasando fronteras* «el valor de la movilidad humana», Madrid (Plaza y Valdés), 2015, p. 166; y LAURENZO COPELLO, P., «El modelo de protección penal de los inmigrantes: de víctimas a excluidos», en Cancio Meliá, M., y Pozuelo Pérez, L. (coords.), *Política criminal en vanguardia: Inmigración clandestina, terrorismo y criminalidad organizada*, Cizur Menor (Thomson Civitas), 2008, p. 226.

⁶ De entre todos los autores que propugnaron desde el principio la naturaleza supraindividual del bien protegido en el artículo 318 bis y su directa identificación con la ordenación de los flujos migratorios transfronterizos, destacaría a MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., *La inmigración como delito. Un análisis político-criminal, dogmático y constitucional del tipo básico del artículo 318 bis CP*, Barcelona (Atelier), 2007, pp. 33-34, 83-118 y 122-125, quien, a mi juicio, puso en valor los intereses subyacentes en el reforzamiento penal de esta política pública y la necesidad de desactivarlos como fundamento de su deslegitimación. No quisiera pasar por alto el concienzudo ejercicio dogmático y político-criminal desarrollado por PÉREZ ALONSO, E., *Tráfico de personas e inmigración clandestina*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2008, pp. 356-379, quien partiendo de un concepto amplio de tráfico ilegal de personas que englobaría los fenómenos de la inmigración clandestina y la trata de seres humanos, y de la negación de su equiparación en el artículo 318 bis (en su versión tras la aprobación de la LO 11/2003), abogó por la dualidad de bienes jurídicos como fórmula para salvaguardar la operatividad del polémico precepto. De igual modo que entiendo de justicia, destacar la honestidad científica demostrada por LAURENZO COPELLO, P., 2008, pp. 223-226, quien defendiera una interpretación restrictiva de tráfico de personas circunscrita a los actos de intermediación idóneos para menoscabar la integridad moral de los migrantes, que no dudó en abandonar cuando en 2003 el legislador incluyó como alternativa la inmigración clandestina.

LLO 7/2012 y 1/2015. De ahí que *gracias* a esta desnaturalización haya cobrado *ex post* sentido la incardinación del artículo 318 bis a renglón seguido de los *nuevos* ilícitos funcionalizados a tal fin⁷.

3. Mi reencuentro con el binomio inmigración informal-derecho penal no es casual, sino que responde a una triple razón. En primer lugar, a la obligación ético-cívica de (re)llamar la atención sobre el drama humano que *esconde* este poliédrico y estructural fenómeno⁸. Una tragedia que tiene su epicentro en la fosa común del Mediterráneo, donde en el período comprendido entre 2014 y 2021 perecieron y desaparecieron más de 22.000 personas, logrando así el triste reconocimiento de la ruta migratoria más peligrosa del mundo⁹. Se trata, lógicamente, de una cifra estimada porque, desgraciadamente, tenemos la certeza de que un número indeterminado de naufragios pasan inadvertidos tanto a las autoridades como a las distintas opiniones públicas, habiendo recibido el gráfico calificativo de invisibles. Iniciativas como el Proyecto Migrantes Desaparecidos de la OIM no sólo permiten cuantificar, por aproximación, la magnitud de la

⁷ Un proceso de adulteración que ya denuncié en 2015, «Título XV. De los Delitos contra los derechos de los trabajadores», en Corcoy Bidasolo, M., y Mir Puig, S. (dirs.), Vera Sánchez, J. S. (coord.), *Comentarios al Código penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2015, pp. 1097-1098; sobre el que insistí en 2018, «Tutela de las condiciones laborales y reformas penales: ¿el ocaso del Derecho Penal del Trabajo?», *RDPC*, núm. 20, 2018, pp. 68-71, y en el que tomé como referencia el trabajo de TRAPERO BARREALES, M. A., «La transformación del derecho penal laboral: de protector de los derechos de los trabajadores a garante de la competencia empresarial y de las políticas migratorias», *CPC*, núm. 114, 2014, pp. 5-44, quien, salvo error u omisión por mi parte, fue la primera en poner de manifiesto esta mutación. Dicha tesis hizo fortuna tanto entre los autores que estudiaron los cambios experimentados en el núcleo del Derecho penal del trabajo, BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F., «A propósito de los nuevos artículos 311.2 CP y 311 bis CP. ¿Delitos contra los derechos de los trabajadores?», en De La Cuesta Aguado, P. M., *et al.* (coords.), *LH-Terradillos Basoco*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2018, pp. 1038-1039 y 1041-1045; POMARES CINTAS, E., «La revisión de los delitos contra los derechos de los trabajadores según la reforma de 2015», en Quintero Olivares, G. (dir.), *Comentario a la reforma penal del 2015*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2015, pp. 633-635; como entre quienes trataron o retomaron el análisis del artículo 318 bis con ocasión de su reformulación en la LO 1/2015, entre otros, DE LA MATA BARRANCO, N. J., «Trata de personas y favorecimiento de la inmigración ilegal, dos conductas de muy distinto desvalor», *RECPC*, núm. 23, 2021, pp. 24-27; MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., «La criminalización de la solidaridad», *Revista Crítica Penal y Poder*, núm. 18, 2019, p. 16; y PÉREZ ALONSO, E., «Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros tras la reforma de la LO 1/2015», en De Vicente Remesal, J., *et al.* (dirs.), *LH-Luzón Peña*, Madrid (La Ley), 2020, p. 1840. Mención especial merece NAVARRO CARDOSO, F., «El delito de contratación ilegal del artículo 311 bis CP: un nuevo despropósito, y un viejo vicio, legislativo», en De La Cuesta Aguado, P. M., *et al.* (coords.), *LH-Terradillos Basoco*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2018, pp. 1053-1055, quien aún admitiendo la protección de sendos objetos jurídicos, estima que en la contratación de trabajadores extranjeros irregulares, cuanto menos, se vulnerarían también sus derechos de seguridad social «*amén de que lo normal es aprovecharse de su situación para imponerles condiciones de trabajo intolerables*» (p. 1062).

⁸ Cfr. FERRAJOLI, L., «Políticas contra los migrantes y crisis de la civilidad jurídica», *Revista Crítica Penal y Poder*, núm. 18, 2019, p. 184: «*Toda reflexión y toda política racional sobre inmigración debería partir del reconocimiento de que se trata de un hecho irreversible, que es el resultado de la inicua estructura económica del planeta*».

⁹ Cfr. DE LUCAS MARTÍN, J., *El Mediterráneo: el naufragio de Europa*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2016, p. 81, quien se lamenta de la *conversión* del Mare Nostrum en un cementerio.

tragedia, sino que deberían servir para concienciar a la ciudadanía sobre la forma en que sus gobiernos afrontan la inmigración. El giro humanitario en su tratamiento ha de iniciarse por el desenlace final de la actual política migratoria represiva y excluyente: la implementación de un sistema coordinado de información que permita la ágil identificación de los fallecidos y la repatriación de los cuerpos a fin de garantizar el duelo de las familias, pero también posibilitar la realización de los trámites que exigen el certificado de defunción (pensiones, herencias, matrimonio....)¹⁰.

4. En segundo lugar, quiero compartir mi preocupación por el auge de la extrema derecha cuyo discurso xenófobo-nacional-populista tiene como eje principal la anatemización de los inmigrantes¹¹. Unas formaciones políticas que, junto al aumento de las desigualdades sociales y la corrupción de las élites políticas y económicas, están poniendo en peligro –y a prueba– los cimientos de las Democracias liberales. Ciertamente, la inmigración constituye una de sus banderas, pero desde luego no es la única. Junto al desprecio mostrado hacia otras minorías como el colectivo LGTBIQ, se caracterizarían por el negacionismo de realidades empírica y científicamente constatadas, ya sean la violencia de género, el cambio climático, o más recientemente, la eficacia de las vacunas contra la COVID-19. Y, naturalmente, por su empeño en la desacreditación de los medios de comunicación no afines ideológicamente. Un catálogo de intolerancias a las que nuestra franquicia ha añadido en clave local dos temáticas íntimamente conectadas: a) la patrimonialización de la idea de España y de la unidad territorial en su declarado combate contra el secesionismo catalán; y b) la negativa a todo reconocimiento a las víctimas del bando perdedor en la Guerra Civil en su desacomplejada defensa de la herencia franquista. En sintonía con otras *hermanas* europeas, la marca española realiza un uso demagógico-partidista del fenómeno migratorio. Y, *consecuentemente*, construye un discurso en el que se criminaliza a los migrantes, identificados como sujetos peligrosos que alteran la convivencia y compiten con los *nacionales* por los escasos recursos públicos¹². Pero también señalan a las personas

¹⁰ De ahí la relevancia que adquieren investigaciones como la impulsada por Cruz Roja Española («caso *Dajla 2309*») en la que se identificó con el empleo de metodología científica a los 33 marroquíes que zarparon en una patera con destino a Canarias cuya embarcación apareció a 1200 km (Isla de São Nicolau en Cabo Verde) de su punto de partida (costas del Sáhara occidental) con tres cadáveres en su interior.

¹¹ Cfr. BOZA MARTÍNEZ, D., «Crimmigration as electoral strategy: the case of Brexit», *REIC*, núm. extra 2, 2020; KAYA, A., «Populismo e inmigración en la Unión Europea», (Lacomba, A., trad.), *Anuario CIDOB de la inmigración*, núm. 2017, 2017, pp. 53-79; y PARDOS-PRADO, S., «Actitudes ante la inmigración y comportamiento electoral en Europa», *Anuario CIDOB de la inmigración*, núm. 2019, 2019, pp. 52-65.

¹² No en vano, el delito de favorecimiento a la inmigración irregular constituye, junto a la expulsión penal (art. 89 CP), una flagrante manifestación del denostado por ilegítimo «Derecho penal del enemigo» –antítesis del Derecho penal del hecho–, por cuanto, como ha señalado con razón CANCIO MELIÁ, M., 2015,

o entidades que, con el manido y falaz argumento del efecto llamada, realizan labores de salvamento y les prestan asistencia humanitaria¹³. Con este simplista argumentario, contribuyen a elevar el clima de crispación política reinante, y arrastran a otros partidos conservadores –de mayor o menor trayectoria temporal– a *radicalizarse* con el fin de taponar la fuga de votos por el flanco derecho, alejándose así de sus postulados más centristas.

5. Y, por último, especialmente, pretendo condenar el cinismo del legislador patrio cuando, materialmente, erigió al Derecho penal en *mero* complemento del control estatal sobre los flujos migratorios irregulares, pero, nominalmente, dijo hacerlo en favor de los derechos de los migrantes¹⁴. En efecto, precisó cuatro reformas del artículo 318 bis en quince años, pero finalmente admitió lo que, algunos autores, ya detectaron en su primigenia versión: el auténtico leitmotiv de la intervención penal era y es el reforzamiento del entramado administrativo diseñado para prevenir y reducir los flujos migratorios irregulares. Un desiderátum *hábilmente* enmascarado con una eufemística intitulación de la que no se prescinde, y fraguado, a su vez, en la endémica confusión de tres fenómenos empírica y criminológicamente próximos, pero diferenciados en el plano conceptual: la inmigración irregular, el tráfico de personas y la trata de seres humanos. No en vano, esta recurrente equivocación se plasmó en la originaria redacción del artículo 318 bis a raíz de su insólita introducción en la, abreviando, Ley de Extranjería (LO 4/2000). Se agudizó con la aprobación de la LO 11/2003 en que se equipararon el tráfico ilícito de personas y la inmigración *clandestina*. Perduró en la reforma operada en la LO 5/2010 en que, tras la autónoma incriminación de la trata (art. 177 bis), se mantuvieron algunos elementos consustanciales a ésta última en la (re)tipificación de la facilitación a la inmigración informal. Y, por fin, se completó la es-

pp. 164-168: «Al identificarse la llegada y permanencia del inmigrante con una amenaza penalmente relevante, es el propio inmigrante quien acaba siendo visto no ya como un 'ciudadano', sino como una fuente de conflictos, como un 'enemigo'» (p. 166).

¹³ Cfr. MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., *Revista Crítica Penal y Poder*, núm. 18, 2019, pp. 17-18, quien ilustra esta electoralista estrategia con dos certeros ejemplos.

¹⁴ Un cinismo groseramente reflejado en la mendaz rúbrica que el legislador conserva pese a reconocer en el Preámbulo de la LO 5/2010 que, a diferencia de la trata, «el delito de inmigración clandestina siempre tendrá carácter transnacional, predominando, en este caso, la defensa de los intereses del Estado en el control de los flujos migratorios» (XII). En parecidos términos, se han expresado PÉREZ ALONSO, E., 2020, p. 39; y POMARES CINTAS, E., «Reforma del Código Penal español en torno al delito de tráfico ilegal de migrantes como instrumento de lucha contra la inmigración ilegal en la Unión Europea», *Revista de Estudios Jurídicos UNESP*, núm. 29, 2015, p. 20, quien, atinadamente, concluye: «Porque no deja de ser un ejercicio de cinismo legislativo interponer los derechos de los extranjeros (inmigrantes ilegales) como «escudo protector» de la indemnidad de las fronteras exteriores de la Europa-fortaleza y, asimismo, utilizar el Derecho penal para legitimar una legislación que excluye los derechos fundamentales de este colectivo de seres humanos al amparo del propio derecho».

cisión en la LO 1/2015, donde el legislador reveló la verdadera naturaleza del artículo 318 bis: «(...) *se modifica la actual regulación del delito de inmigración ilegal, separando claramente esta figura delictiva del delito de trata de seres humanos y ajustando tipos y penas a las exigencias derivadas de la Directiva 2002/90/CE y la Decisión Marco 2002/946/JAI*». La competencia demostrada es abrumadora porque *solamente* tardó trece años y requirió tres reformas del Código penal para acabar reproduciendo lo dispuesto en la primera de las normas comunitarias citadas¹⁵.

6. Ahora bien, más allá del tórpido actuar del legislador español, lo cierto es que no se trata de una decisión unilateral. Al contrario, trasciende los límites territoriales nacionales para enmarcarse en la restrictiva política comunitaria de *fortificación* de la Unión en respuesta a las oleadas migratorias procedentes del África Subsahariana y Oriente Próximo. Una política en la que los Estados del sur han *asumido* a regañadientes la posición de *gendarmes* (España, Italia, Grecia y Malta) y que descansaría sobre tres pilares. La uniformización normativa de la respuesta punitivo-sancionadora. El establecimiento de un sistema de vigilancia en la frontera sur (FRONTEX). Y la externalización del control y contención de los flujos migratorios informales a los agentes privados como son las compañías de transporte. Pero también y, significativamente, a los países emisores de los inmigrantes y a los que, en tránsito, los retienen a cambio, respectivamente, de una mayor cuota en la ayuda al desarrollo y una generosa compensación económica *ad hoc*¹⁶. Basta traer a colación los sucesivos «convenios» suscritos por España y Marruecos, y el vergonzante acuerdo cerrado entre la UE y Turquía en tanto palmarios ejemplos de esta subrogación policial vulneradora de los derechos humanos cuya protección es abanderada y autoexigida en los países delegantes y la organización supranacional que los aglutina. Es *curioso* comprobar cómo los escollos en la construcción de un auténtico Derecho penal europeo, desaparecen en la consecución de los objetivos que, en mi opinión, explican –que no justifican– la asunción de esta reaccionaria e insolidaria política migratoria en el corazón de la vieja Europa. En primer lugar, contener la *bolsa* de trabajadores irregulares como presupuesto necesario para evitar la

¹⁵ Para una valoración crítica que suscribo de la literal transposición *Vid.* ampliamente POMARES CINTAS, E., *Revista de Estudios Jurídicos UNESP*, núm. 29, 2015, pp. 15-18.

¹⁶ Para una descripción de sendas prácticas gubernamentales, *Vid.* entre otros muchos, GABRIELLI, L., «La externalización europea del control migratorio ¿La acción española como modelo?», *Anuario CIDOB de la inmigración*, núm. 2017, 2017, pp. 127-152; y GONZÁLEZ NAVAS, A., «Externalización de fronteras en la Unión Europea, condicionalidad migratoria de la ayuda oficial al desarrollo y derechos humanos de las personas migrantes», en *II Congreso Internacional «África-Occidente»: corresponsabilidad en el desarrollo*, Vol. 2, 2011, pp. 87-108.

alteración de las reglas de la libre competencia en el seno de la (des)Unión Europea. En segundo lugar, preservar el diezmodo Estado del Bienestar comprometido por la *constatada* propensión de los inmigrantes a beneficiarse de sus prestaciones sociales, y a utilizar los servicios públicos en detrimento de la población autóctona. Y, en tercer lugar, responder a la amenaza que para la seguridad nacional entraña el terrorismo yihadista cuya identificación con la política migratoria es *cuasi* automática.

7. Sin embargo, los denodados esfuerzos desplegados por la UE *en pro* del blindaje fronterizo no impedirá el irrefrenable deseo de quienes buscan una oportunidad en el «primer mundo», huyendo de la pobreza, la violencia, la guerra o la emergencia ecológico-climatológica¹⁷. Pero también seducidos por los parabienes que la sociedad capitalista de consumo les ofrece en un mundo intercomunicado. En este empeño arriesgan sus vidas tras una larga y penosa travesía hasta acabar hacinadas a bordo de una frágil *embarcación* carente de las más elementales medidas de seguridad. Momento en que quedan a merced de los responsables de las organizaciones criminales que, a cambio de fuertes sumas de dinero, se *ocupan* del traslado a las costas europeas. Pero también al albur de la volátil –y populista– actitud de las autoridades de los países de llegada, sólo en parte mitigada gracias a la –*torpedeada*–¹⁸ labor desempeñada por las distintas ONG’s que operan, según el origen y destino de los *trasladados*, en el Mediterráneo oriental (Siria/Grecia), central (Libia/Italia) y occidental (Marruecos/España). Unas rutas cuya intrínseca peligrosidad es inversamente proporcional a las trabas impuestas desde los Estados receptores. De hecho, la propia existencia de estas comprometidas entidades civiles constitu-

¹⁷ Al respecto recomiendo los trabajos de HUGO LÓPEZ, M., «El deseo de emigrar en África Subsahariana», *Anuario CIDOB de la Inmigración*, núm. 2018, 2018, pp. 64-77; y GARCÍA RUIZ, A., «Los olvidados de la movilidad humana: migración y desplazamiento de personas frente al desafío climático y medioambiental», *Revista Crítica Penal y Poder*, núm. 18, 2019, pp. 134-144. En el primero se analizan los resultados de una encuesta elaborada en 2017 por el *Pew Research Center* en seis países del África Subsahariana a cuyos habitantes se les preguntaba, entre otras cuestiones, sobre su intención de migrar. Y en el segundo, la problemática de los desplazamientos por razones medioambientales y la figura del refugiado ecológico. Una cita que completaría con los reveladores datos recogidos en el informe elaborado en 2021 por la Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR) y *Greenpeace* titulado «Huir del clima» en que sitúan en el centro del debate el fenómeno de las migraciones climáticas con motivo de la COP26.

¹⁸ Hasta el punto de que la Fiscalía ha perseguido penalmente a los responsables de estas entidades sin ánimo de lucro por los rescates marítimos operados en Italia, MILITELLO, V., «El tráfico de migrantes en el Mediterráneo: el caso italiano», (Díaz Morgado, C., trad.), en Cancio Meliá, M., *et al.* (eds.), *LH-Agustín Jorge Barreiro*, Vol. II, Madrid (UAM), 2019, p. 1148, una acusación como coautores o partícipes del delito de favorecimiento de la inmigración irregular que, en su opinión, revelaría la intrínseca contradicción en la que se hallarían las autoridades: la voluntad de erradicar dicho fenómeno y la simultánea obligación nacional e internacional de salvar y proteger a quienes se encuentran en riesgo cierto de perecer, los inmigrantes.

ye una flagrante confirmación de la inoperancia demostrada por la UE en la *gestión* de la causa migratoria en general, y en la *gobernanza* de la mal llamada «crisis de los refugiados» en particular¹⁹.

II. «ILEGAL» VS. «INFORMAL»: UNA TELEGRÁFICA ACLARACIÓN TERMINOLÓGICA CON FINALIDADES PEDAGÓGICAS

1. A buen seguro el atento lector habrá observado el uso de la cursiva en la mención *ilegal* y *clandestina*. Con ello pretendo forzar una aclaración terminológica con finalidades pedagógicas. Es cierto que al tildar la actividad inmigratoria de *ilegal* o *clandestina* constatamos el hecho de que el acceso, tránsito o permanencia en territorio nacional o comunitario se materializó contraviniendo las exigente normativa de extranjería. Pero también lo es que al elegir sendos adjetivos se descalifica a quien la protagoniza. Mayores dudas me suscita el uso de las expresiones «inmigrantes sin papeles» o «indocumentados». Tienen razón quienes apuntan que, desde la perspectiva del migrante, esta falta de documentación puede percibirse como una situación coyuntural condicionada al cumplimiento de un trámite meramente burocrático²⁰. Pero si ponemos el acento en el punto de vista de los autóctonos, denotaría la existencia de una posición contraria o al margen de la legalidad susceptible de despertar recelos y desconfianzas entre los menos tolerantes que los verían como intrínsecamente inferiores²¹.

2. Todo ello explicaría mi categórico rechazo a unos calificativos cuyo contenido intrínsecamente estigmatizante contribuye a la (re)victimización de este vulnerable colectivo que, cuando es tachado de *ilegal*, es equiparado *de facto* a las mercancías, objetos o sustancias cuya comercialización está prohibida, ya sean armas, drogas, bienes culturales, especies exóticas u órganos. Una cosificación doblemente perniciosa donde a la persona del migrante se le niega la ciudadanía inherente al concepto de soberanía en el Estado-Nación, pero también a la fórmula del Estado Social y Democrático de Derecho. Y, acto

¹⁹ Vid. ARANGO VILA-BELDA, J., «A través del Mediterráneo: tragedia de los refugiados y crisis de la UE», *Anuario CIDOB de la inmigración*, núm. 2015-2016, 2016, pp. 30-55, quien pone el acento en la imperativa distinción de los colectivos que padecieron esta verdadera crisis humanitaria: «*demandantes de asilo, migrantes forzosos y otras personas necesitadas de protección internacional, además de –los– refugiados en sentido estricto*» (p. 33).

²⁰ Cfr. MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., 2007, p. 21, nota 20.

²¹ Cfr. FERRAJOLI, L., *Revista Crítica Penal y Poder*, núm. 18, 2019, p. 186: «Si la igualdad y la participación común en los derechos son un factor de educación cívica, que promueve la percepción del diferente como igual, inversamente la desigualdad jurídica es un factor de des-educación, que genera una imagen del otro como alguien naturalmente inferior, porque ya es jurídicamente inferior».

seguido, se le priva de la dignidad consustancial a la condición de ser humano. *Paradójicamente*, en la era de la globalización no adquiere carta de naturaleza legal el derecho universal a inmigrar y se instauran férreos controles estatales sobre las fronteras. Pero simultáneamente asistimos a la desregulación sin freno de los mercados financieros –que motivaron la profunda crisis de 2008–, y a la generalizada circulación de mercancías y capitales²².

3. Partiendo de la obvia premisa de que el lenguaje no es neutral, estimo que desde la academia también debe eludirse el uso de expresiones que fomentan los estereotipos, las imprecisiones y los prejuicios hacia un colectivo que es señalado, desde un sector de la opinión pública y de la población, como el responsable de la inseguridad, el desempleo y la carestía de los recursos públicos. Trato con ello de amortiguar, en una especie de graduación diabólica, el miedo, resentimiento y odio mostrados por algunos hacia quienes, con su sola presencia, cuestionarían los valores y estilo de vida propios. En este inaplazable objetivo, obviamente, devienen pieza esencial los medios de comunicación que están obligados a reflejar la realidad, pero que, indefectiblemente, también la moldean. Así lo hacen cuando, en lugar de adoptar un léxico inclusivo favorecedor de la integración social del inmigrante, optan por términos excluyentes, incluso, de corte belicista (invasión, asalto, oleada, ataque...) que acentúan la imagen de estas personas como fuente de problemas, conflictos y malas noticias²³. Dícese, delin-

²² Una asimetría que ha sido puesta de relieve por los penalistas, entre otros, MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., 2007, pp. 24-25 y 106-111; y PÉREZ MACHÍO, A. I., «Trata de personas con fines de explotación laboral: la globalización del delito y su incidencia en la criminalización de la victimización irregular», *EPC*, núm. 36, 2016, pp. 380-389. Y, por supuesto, también por los filósofos del derecho, entre otros, ARCOS RAMÍREZ, F., «¿Existe un derecho humano a inmigrar? Una crítica del argumento de la continuidad lógica», *Doxa*, núm. 43, 2020, pp. 285-312; y FERRAJOLI, L., *Revista Crítica Penal y Poder*, núm. 18, 2019, pp. 191-192, quien aboga por la configuración del *ius migrandi* como un auténtico derecho a tener derechos y presupuesto básico de un constitucionalismo global donde se garantice «la libertad de movimientos de la persona como ya lo es la libre circulación de bienes».

²³ Es un hecho empíricamente corroborado el que algunos medios de masas maximizan los aspectos negativos y minimizan los positivos cuando *informan* sobre la inmigración como fenómeno social, incidiendo así sobre las actitudes y creencias que muestran los nacionales hacia la persona del inmigrante, y las políticas implementadas para aplacarlas. En este sentido, se han pronunciado, entre otros, IGARTUA PEROSANZ, J. J., «Papel de los medios de comunicación en el fenómeno migratorio», en Comité Especializado de Inmigración (ed.), *El fenómeno migratorio en España: reflexiones desde el ámbito de la Seguridad*, Gobierno de España, 2019, pp. 361-368; TORTAJADA GIMÉNEZ, I., et al., «Inmigración, crisis económica y discursos radiofónicos: hacia un lenguaje excluyente», *Estudios sobre el mensaje periodístico*, núm. 20, 2014, pp. 899-916. Una mala *praxis* que no ha pasado inadvertida a la doctrina penalista, entre otros, BRANDARIZ GARCÍA, J. A., «La conexión entre migración, inseguridad y criminalidad: influencia de las retóricas mediáticas en la construcción de estereotipos negativos», en Muñoz Conde, F., et al. (dirs.), LH-Landrove Díaz, Valencia (Tirant lo Blanch), 2011, pp. 177-195, quien concluye: «En síntesis, parece claro que los medios, sustentados en las retóricas de sus fuentes oficiales, consolidan una contemplación del fenómeno migratorio primordialmente en clave de conflicto, inseguridad y delito, y son en gran medida responsables de los severos efectos negativos que produce esa narrativa» (p. 192).

cuencia y marginación, pauperización de las condiciones laborales y desleal competencia socio-prestacional²⁴.

4. No en vano, estos mantras asociados a los inmigrantes irregulares están en la base de la preferente atención policial que se les dispensa, pero también en el tuétano de la propia (des)legitimación del Derecho penal llamado a apuntalar una política pública nacional y comunitaria. Y, por tanto, a potenciar la vertiente securitaria en detrimento de la cooperativa en el tratamiento de la inmigración informal. Lo que, desde luego, no contribuye a ofrecer la justa, ordenada y segura solución que merece el sistémico fenómeno migratorio porque la intervención se focaliza sobre las molestas *consecuencias* y no las tangibles causas que lo motivan. En el enfoque securitario, la persona del migrante no es vista como una víctima, sino, esencialmente, como el mero objeto de un delito en el que se proyectaría, nítidamente, el ejercicio de la soberanía estatal²⁵. De ahí la importancia que, en mi opinión, adquieren los análisis doctrinales orientados a contrarrestar, desde la razón, estos mitos y automatismos que son producto de la emoción, con el auxilio de los datos y estudios empírico-objetivos brindados por la sociología, la ciencia política, la economía y la criminología²⁶.

²⁴ De todos ellos quisiera destacar por razones obvias el binomio delincuencia-inmigración que tanto juego ofrece a quienes lo explotan con espurias finalidades demoscópicas. Son numerosos los estudios donde se desmiente, desde la empiria y el examen objetivo de los datos oficiales, el arraigado automatismo político-social según el cual todo aumento de la migración trae consigo un incremento de la criminalidad. Al respecto pueden citarse, entre otros muchos, los siguientes: ANTÓN PRIETO, J. I., «Inmigración y delito en el imaginario colectivo: alternativas a una relación perversa», en Pérez Álvarez, F. (coord.), *LH-Alexandri Baratta*, Salamanca (Universidad de Salamanca), 2004, pp. 247-266; FERNÁNDEZ-PACHECO ALISES, G., «Jóvenes de origen inmigrante en España y delincuencia: ¿Criminalización o realidad?», *Anuario de justicia de menores*, núm. 18, 2018, pp. 15-38; GARCÍA ESPAÑA, E., «Más inmigración, menos delincuencia», *Revista Crítica Penal y Poder*, núm. 18, 2019, pp. 194-205; MARTÍNEZ, R., y LEE, M. T., «Inmigración y delincuencia», *REIC*, núm. 2, 2004; MONTERO PÉREZ DE TUDELA, E., «La sobrerrepresentación del extranjero en las estadísticas de la criminalidad española: Política de extranjería vs política penitenciaria. Discusión y algunas recomendaciones», *CPC*, núm. 133, 2021, pp. 213-249; y ZULOAGA LOJO, L., «La concepción securitaria de la inmigración en el caso español», *Revista de pensamiento e investigación social*, núm. 2, 2016, pp. 215-244. Para una sucinta descripción de las distintas aproximaciones criminológicas que han ampliado el objeto de estudio más allá de la criminalidad protagonizada por los inmigrantes para focalizar el interés «en la reacción social y los sistemas de control que les afectan», *Vid.* últimamente, FERNÁNDEZ BESSA, C., *Los centros de internamiento de extranjeros (CIE). Una introducción desde las Ciencias Penales*, Madrid (Iustel), 2021, pp. 37-48.

²⁵ Cfr. MILITELLO, V., 2019, ampliamente, pp. 1149-1151, quien, sensatamente, pone de relieve la paradoja que en el fondo ello supone: «considerar al migrante irregular como objeto material del delito de *smuggling* (contrabando) equivale a que el ordenamiento jurídico le otorgue un trato similar al que se pretende evitar con la tipificación de la trata de personas» (p. 1150).

²⁶ Como ha puesto de relieve MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., 2007, pp. 84 ss., para deslegitimar la intervención del Derecho penal en el control estatal y supraestatal de los flujos migratorios irregulares deben desactivarse los intereses latentes que justificarían la implementación de esta limitadora política en materia de inmigración. Unos intereses que, gráficamente, DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *El derecho penal como herramienta de la política migratoria*, Granada (Comares), 2009, pp. 25-31, identifica con cinco prejuicios ampliamente enraizados en la sociedad y por ello de difícil remoción: «el inmigrante invasor, el inmi-

III. TRES TESIS A MODO DE AVANZADILLA –Y CIERRE–: O CÓMO EMPLEAR LOS NUEVOS DELITOS LABORALES EN LA CAUSA MIGRATORIA

1. A modo de adelanto –y cierre–, en este exploratorio trabajo sostengo, en esencia, tres tesis. Primera, resulta hartamente complicado tutelar los *derechos de los ciudadanos extranjeros* mediante el castigo de quienes favorecen su entrada en territorio nacional burlando la exigente reglamentación de extranjería. Y ello por una simple y sencilla *razón*. Porque tanto la incriminación inicial como las sucesivas reformas acometidas en el marco del artículo 318 bis CP estaban destinadas a desincentivar dicha *facilitación* con la voluntad última de desmotivar a aquéllos dispuestos a solicitarla, y de esta manera reducir el número de inmigrantes «*ilegales*». Esto es, penalizando al *facilitador-intermediario* eliminamos al colectivo vulnerable cuyos intereses declaramos amparar. Desde luego, nada impide la ilegalización de todo acto migratorio desarrollado al margen de los canales reglados de acceso y permanencia. Pero como penalista me resisto a calificar de legítima la utilización del Derecho penal en la implementación de esta restrictiva política migratoria, y, por tanto, a justificar la imposición de una pena también a quien presta ayuda solidaria a los que entran, transitan y permanecen en nuestro territorio vulnerando la normativa administrativo-sancionadora²⁷. Con esta errónea decisión político-criminal se convirtió, por enésima vez, a la máxima expresión del *ius puniendi* en mero suplemento de su hermano menor. Se mermó la eficacia preventiva del que, en teoría, se presenta como el último de los recursos con los que cuenta el Estado para garantizar la convivencia y la paz social. Y se acabó haciendo de la hipotética solución parte del problema²⁸. No obstante, de reincidir el legis-

grante delinciente, el inmigrante causante del descenso de los salarios, el inmigrante gorrón social y el inmigrante inadaptado social» (p. 26).

²⁷ Sobre la naturaleza, alcance y déficits de la «cláusula humanitaria» contenida en el artículo 318 bis 1 párr. II, *Vid.* ampliamente POMARES CINTAS, E., *Revista de Estudios Jurídicos UNESP*, núm. 29, 2015, pp. 15-17, quien partiendo de la correspondencia del término «*ayuda humanitaria*» con la noción internacional, niega la aplicación de esta causa de exención de pena a los casos de colaboración por razón familiar o amistosa, ya que, a diferencia de la primera, no se caracterizan ni por su carácter desinteresado, ni imparcial ni independiente. De tal forma que únicamente se beneficiarían del tipo atenuado previsto en el artículo 318 bis 6 donde, a criterio del juzgador, se permite la imposición de la pena inferior en grado. Y concluye, acertadamente, que si la finalidad legislativa era la no criminalización de la solidaridad hubiera bastado con la inclusión del ánimo de lucro en el tipo básico de ayuda a la entrada en sintonía con lo dispuesto en la conducta descrita en el artículo 318 bis 2.

²⁸ Comparto plenamente la conclusión de MILITELLO, V., 2019, p. 1159: «*contener fenómenos transnacionales a través de la amenaza de la pena deviene imposible, al ser incapaz de motivar a personas dispuestas a arriesgar sus vidas para mejorar sus destinos*»; así como la irónica puntualización de CANCIO MELIÁ, M., 2015, p. 153, cuando enfatiza que las condenas por el delito castigado en el artículo 318 bis se concentran en las personas que ocupan el –fungible– eslabón final de la organización criminal tales como

lador en la fallida tesis de que estamos en presencia de un interés necesitado y merecedor de tutela penal, le recomendaría su *traslado* al ámbito de los delitos contra el orden socioeconómico. Es la consecuencia lógica del planteamiento aquí defendido, por cuanto sería precisamente la conservación de lo que queda del Estado del bienestar, el bien último a garantizar frente a los riesgos, fundados o inducidos, imputados a la inmigración irregular.

2. Sin embargo, la energía legislativa en la consecución de este objetivo es tan fuerte que trascendió el radio de acción del artículo 318 bis, impactando en la propia configuración del Derecho penal del trabajo que vio alterada su naturaleza. De garantizar un plus de protección a los derechos de los trabajadores en tanto parte débil de la relación laboral, pasó, preferentemente, a tutelar dos intereses ajenos, cuando no contrapuestos, a su razón de ser. Dicha mutación trajo causa de la extensión de los comportamientos típicos en el artículo 311.2 (LO 7/2012) y el alumbramiento del inédito artículo 311 bis (LO 1/2015). Con sendos preceptos se pretendió, ante todo, fomentar la competitividad e iniciativa empresarial para aflorar el empleo sumergido, y nutrir así las famélicas arcas públicas con nuevas cotizaciones e impuestos. Y, simultáneamente, fortalecer la política nacional y europea destinada a prevenir y reprimir la inmigración informal. Ciertamente, con la mera tipificación del empleo de irregulares no acompañada de la efectiva lesión de los derechos laborales a este colectivo reconocidos, se persiguió contrarrestar el factor de atracción de quienes deciden llegar a Europa a cualquier precio con la esperanza de conseguir un trabajo en precarias condiciones²⁹. Y, adicionalmente, se buscó el no compartir las –cada vez más reducidas– prestaciones y ayudas públicas con aquéllos que, objetivamente, más las precisan. Esto es, se utilizaron los nuevos delitos laborales como instrumento de lucha contra la inmigración «ilegal», pero también como herramienta *en pro* de la preservación del menguante Estado del Bienestar. De ahí que, atendidos los bienes jurídicos verdaderamente amparados en ambos artículos, concluyera que hubiera resultado más coherente, a la par que honesta, su oportuna reubicación. A tal fin le sugerí al legislador dos posibles «emplazamientos»: los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social (arts 305 ss), y los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (art. 318 bis) en que se sal-

el timonel de la embarcación interceptada, «(y no a los dirigentes de las «grandes mafias de la inmigración» omnipresentes en el discurso oficial y mediático)».

²⁹ Aunque con algo de retraso el legislador nacional dio cumplimiento al diáfano objetivo marcado en la Directiva 2009/52/CE: «La posibilidad de encontrar trabajo en la UE sin poseer el estatuto legal exigido es uno de los principales factores de atracción de la inmigración clandestina en la UE. Así pues, la lucha contra la inmigración clandestina y la estancia ilegal debe incluir medidas que atajen ese factor de corrección» (considerando núm. 2).

vaguardarían el patrimonio de las primeras y las políticas migratorias estatales –y comunitarias– implementadas *contra* los segundos.

3. Y, tercera tesis, la incriminación de la facilitación a la inmigración informal asegura los réditos comunicativos y electorales inherentes a toda intervención penal. No obstante, lejos de resolver este poliédrico y sistémico problema, favorece la consolidación de la *industria* que satisface –en pésimas condiciones de seguridad– esta lucrativa actividad clandestina, y redundante en la estigmatización social de los inmigrantes que recaban sus «servicios». La conjunción de esta fuerte demanda migratoria con la penalización de quienes la canalizan se erigiría en caldo de cultivo idóneo para la proliferación de las redes que, indistintamente, hacen del traslado de solicitantes de asilo o migrantes económicos una ingente fuente de ingresos. Pero simultáneamente sirven de pretexto a las autoridades nacionales y europeas para disponer de los recursos preventivo-represivos necesarios para erradicarlas con la *soterrada* voluntad de blindar las fronteras, y *librarnos* de quienes amenazan nuestra seguridad y bienestar económico³⁰. En efecto, la contravención es respondida con la *concesión* estatal del «estatus de irregular» que sume al inmigrante en una estructural situación de indefensión potencialmente alentadora de comportamientos lesivos y/o discriminatorios que no son reportados porque tiene mermada su capacidad real de denuncia³¹. Dicho «estatus» se adquiere tanto si el inmigrante transgrede esta rigurosa normativa de la mano de un familiar, amigo o activista solidario como sirviéndose de una organización que se aprovecha de la desesperación ajena. Pero la segunda, a diferencia de los primeros, actúa como *lubricante* de la lesión de bienes jurídico-penales nucleares (vida, salud individual,

³⁰ Cfr. CANCIO MELIÁ, M., «Inmigración, Derecho penal y criminalidad organizada. Algunos comentarios al hilo de *Biutiful*», en Nasuki, M., y Soto, D. (eds.), *Cine y criminalidad organizada. Una mirada multidisciplinar*, Santiago de Chile (Cuarto Propio), 2012, p. 5, quien, certeramente, subraya: «cabe pensar que la criminalidad organizada, omnipresente en el debate político-criminal relativo a las migraciones, puede servir de pantalla de cobertura para desviar la atención de lo esencial: la vida de marginación y explotación a la que se ven obligados muchos ciudadanos extranjeros sin título de residencia deriva directamente de la decisión política –compartida en la UE– de practicar una política de inmigración restrictiva, populista e injusta». En la misma línea, LAURENZO COPELLO, P., 2008, pp. 226, 232-236; y MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., 2007, pp. 60-61.

³¹ La delación acarrearía la visualización de su estado de irregularidad y la posterior activación de su expulsión administrativa. Este perjudicial efecto tendrá lugar tanto en el hipotético supuesto de que denuncie la conculcación de sus derechos laborales ante la Inspección de Trabajo o el Ministerio Fiscal de haber adquirido esta lesión tintes jurídico-penales. Y, a mayor abundamiento, su condición de «irregular» le desmotivaría a ejercer derechos que, formalmente, tiene reconocidos tales como la asistencia sanitaria o la escolarización de sus descendientes menores. Y otros que le estarían vetados precisamente por serlo como sucede con el acceso a una vivienda social. Lo cual en casos extremos deriva en «desgraciadas consecuencias» como el fallecimiento de los padres e hijos (de 4 meses y 3 años de edad) en el incendio declarado en una antigua sucursal bancaria sita en Barcelona que ocupaban junto a otras cuatro personas que, milagrosamente, resultaron ilesas.

integridad moral, libertad sexual...) en la medida en que, potencialmente, propicia la prolongación del vínculo contraído tanto en los países de tránsito como de destino. Ya sea con la finalidad de (*re*)cobrarse la deuda contraída —y supuestamente no satisfecha— o transferir el dominio sobre la persona del migrante a otra banda especializada en su explotación laboral o sexual como formas más frecuentes de abusos.

4. De hecho, se insiste, con motivo, en que el traslado de inmigrantes constituye una de las actividades que, junto al narcotráfico y el tráfico de armas, mayores beneficios reporta a la delincuencia organizada de corte transnacional³². Ahora bien, tratándose de una *industria auxiliar* realizada al margen de la legalidad y que, por ende, no tributa en el impuesto de sociedades, es complicado contabilizar con precisión el provecho efectivamente obtenido³³. En la *praxis*, irónicamente, los «márgenes comerciales» dependerán, sobre todo, de la intensidad ejercida por los Estados en el control fronterizo en origen, tránsito o destino. De tal forma que las mayores dificultades a la hora de sortear los obstáculos estatalmente interpuestos serán repercutidas en el coste final a sufragar por el solicitante de una prestación exenta de garantías y repleta de peligros. Una vez más, la tragedia de muchos se convierte en el beneficio de unos pocos, y mientras escribo estas líneas observo atónito cómo se utilizan los migrantes cual arma arrojadiza con finalidades geopolíticas y económicas. Y entonces constato, desde la resignación, que casi nada queda de la conmovedora fotografía del niño Aylan que tantas conciencias removió, y me pregunto, *ingenuamente* esperanzado, si algún día quienes toman las decisiones contemplarán la inmigración desde la Justicia, solidaridad y empatía que merecen nuestros semejantes.

³² *Vid.* por todos, LAURENZO COPELLO, P., 2008, p. 232.

³³ Sirva como guía la barajada en 2016 por la UNODC que cuantificó en una horquilla de 4.600 a 6.000 millones de euros la ganancia generada con ocasión de los 2,5 millones de migrantes objeto de tráfico, cifra de la que se hacen eco últimamente MOYA GUILLEM, C., y TAPIA BALLESTEROS, P., «Ganancias ilícitas de la delincuencia transnacional e instrumentos penales para disuadirla», *EPC*, núm. 41, 2021, p. 799.

EUTANASIA Y DERECHO PENAL: ALGUNOS PUNTOS DE ANÁLISIS SOBRE LA REGULACIÓN DE LA PRESTACIÓN DE LA AYUDA PARA MORIR EN LA LORE

LETICIA JERICÓ OJER*

I. INTRODUCCIÓN

El derecho a disponer sobre la propia vida, pero más concretamente el derecho a elegir el momento y la forma en que dejamos de vivir, ha suscitado desde siempre un indudable interés desde la perspectiva de la moral, la ética y, por supuesto, del Derecho. Un aspecto que también ha sido y es crucial para el Derecho penal a tenor de la incriminación en el artículo 143 CP de las formas de participación en el suicidio y de la eutanasia activa directa, problemática sobre el que la homenajeadora se ha pronunciado en multitud de ocasiones¹. Sirvan estas líneas, Mirentxu, como sincero reconocimiento y agradecimiento por tu dedicación a nuestra ciencia y por los momentos profesionales y personales que tuvimos la oportunidad de compartir en el período en el que fuiste catedrática de Derecho penal en la Universidad Pública de Navarra.

* Profesora titular de Derecho Penal. Universidad Pública de Navarra.

¹ CORCOY BIDASOLO, M., «Política criminal en el ámbito de la disponibilidad de la vida humana (eutanasia)», Gómez Martín, V., (coord.), Mir Puig, S., y Corcoy Bidasolo, M., (dirs.), *Política criminal y reforma penal*, Madrid (Edisofer), 2007, pp. 219-272; «La regulación legal de la eutanasia en el CP español. Propuestas de reformas legislativas», Mendoza Buergo, B., (coord.), *Autonomía personal y decisiones médicas: Cuestiones éticas y jurídicas*, Madrid (Civitas), 2010, pp. 299-322; «Fin de la vida. Regulación de la eutanasia y muerte digna», Reyes, A. (coord.), *Morir en libertad*, Barcelona (Edicions de la Universitat de Barcelona), 2016, pp. 107-126.

Tras su tramitación parlamentaria² y superando las advertencias frente a posibles dislates jurídicos³ la aprobación de la LORE⁴ ha llevado a la modificación del artículo 143.4 CP y a la introducción novedosa del artículo 143.5 CP. Por un lado se produce un ajuste del contenido del artículo 143.4 CP con los requisitos exigidos en la LORE, manteniendo la atenuación motivada por una disminución del injusto⁵ al que causare o cooperare activamente con actos necesarios y directos a la muerte de una persona que sufriera un padecimiento grave, crónico e imposibilitante o una enfermedad incurable, con sufrimientos físicos o psíquicos constantes e insoportables, por la petición expresa, seria e inequívoca de ésta. Por su parte, el artículo 143.5 CP prevé la exención de responsabilidad penal a quien causare o cooperare activamente a la muerte de otra persona, siempre y cuando se haya cumplido lo establecido en la LORE⁶. De ahí que resulte imprescindible el análisis de lo establecido en la LORE, pues la presencia o no de sus requisitos y procedimiento en la realización de la prestación de ayuda para morir

² Críticamente ROMEO CASABONA, C., «La Ley Orgánica de la eutanasia y la adaptación del Código Penal», *Foro FICP*, núm. 2, 2021, p. 40; TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., «La Ley Orgánica de regulación de la eutanasia: Valoración global y primeras dudas interpretativas», *Teoría & Derecho*, núm. 29, 2021, p. 112, al considerar que tanto la complejidad de la materia como su carácter novedoso deberían haber motivado su tramitación no como proposición de ley sino como proyecto de ley, con el objetivo de recabar informes o dictámenes que hubieran ayudado a clarificar múltiples cuestiones de esta regulación.

³ Atendiendo a la regulación inicial recogida en el Anteproyecto de la LORE que limitaba la exención de responsabilidad penal exclusivamente a los médicos. Ello hubiera implicado el aumento del reproche penal cuando la prestación hubiera sido realizada por familiares y allegados por la aplicación de los artículos 142.2 y 3 CP. De manera coincidente en la doctrina v. CARBONELL MATEU, J. C., «El castigo de la ayuda al suicidio es inconstitucional», *DMD*, núm. 82, 2020, p. 12; DE LA MATA BARRANCO, N., «El Derecho penal y la eutanasia», *DMD*, núm. 82, 2020, p. 24; GARCÍA ÁLVAREZ, P., «La reforma del artículo 143 del Código Penal por la Ley Orgánica, de regulación de la eutanasia ¿La despenalización de la eutanasia, «por fin»?», *RGDP*, núm. 35, 2020, pp. 18 ss.; GONZÁLEZ RUS, J. J., «Una ley manifiestamente mejorable», *DMD*, núm. 82, 2020, pp. 30 ss.; NÚÑEZ PAZ, M. A., «Intervención de terceros en la muerte deseada y política legislativa», *DMD*, núm. 82, 2020, pp. 37 ss.; PAYÁN ELLACURÍA, E., «Análisis jurídico-penal de la Ley Orgánica de regulación de la eutanasia: una propuesta *lege ferenda*», *e-Eguzkilore*, núm. 5, 2020, p. 19; BARQUÍN SANZ, J., «Tratamiento jurídico-penal de la eutanasia tras la reforma de 2021», *CPC*, núm. 133, 2021, pp. 33 ss.; CARBONELL MATEU, J. C., «Ley de la eutanasia: Una ley emanada de la dignidad», *Teoría & Derecho*, núm. 29, 2021, p. 63; GARCÍA MAGNA, D., «La opinión pública sobre la eutanasia en España ante una inminente reforma legal», *REEPS*, núm. 7, 2021, p. 12; PEÑARANDA RAMOS, E., «Participación en suicidio, eutanasia, autonomía personal y responsabilidad de terceros», Valiente-Lanuza, C., (coord.), *La eutanasia a debate: primeras reflexiones sobre la Ley Orgánica de Regulación de la Eutanasia*, Madrid (Marcial Pons), 2021, p. 237.

⁴ LO 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia.

⁵ TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., *Teoría & Derecho*, núm. 29, 2021, p. 118. En contra, v. ROMEO CASABONA, C., *Foro FICP*, núm. 2, 2021, pp. 63 ss., al estimar que la disminución de la pena aparece motivada por la menor reprochabilidad.

⁶ Transcurridos más de cuatro meses desde la entrada en vigor de la LORE a día de hoy no existen datos oficiales de personas que se han acogido a la prestación de la ayuda morir regulada en la LORE, aunque de la información ofrecida por los medios de comunicación se puede concluir que la cifra supera la decena de casos.

determinará la exención de responsabilidad penal o, en su caso, su posible atenuación.

La tramitación de la LORE coincidió con la declaración de inconstitucionalidad del § 217 StGB, de 26 de febrero de 2020, en virtud de la cual el Tribunal Constitucional alemán (BVerfGE) proclamó la existencia de un derecho fundamental al suicidio. Al margen del interesantísimo debate respecto a la posibilidad de incorporar teleológicamente sus consideraciones a la legislación española⁷, por razones de espacio no voy a poder abordar los numerosos interrogantes que plantea esta nueva ley. Me limitaré a realizar algunas breves reflexiones sobre algunas cuestiones que, en mi opinión, suscitan un especial interés como es la exigencia de mayoría de edad para solicitar la prestación, la delimitación de la situación de incapacidad de hecho y la eficacia del documento de instrucciones previas, la limitación que podría existir en la práctica con relación a las modalidades de la prestación, la posibilidad de adelantar los plazos para recabar el consentimiento informado, el reconocimiento de la objeción de conciencia y la creación del registro de objetores y, por último, la referencia a la Comisión de Garantía y Evaluación (CGyE) como órgano de control previo.

II. EL REQUISITO DE LA MAYORÍA DE EDAD

Uno de los requisitos subjetivos que establece la LORE para solicitar la prestación de ayuda a morir es el haber alcanzado la mayoría de edad [art. 5.1a)]⁸. La doctrina ha planteado de forma crítica dicha limitación⁹, abogando por la modificación del criterio en el sentido de otorgar el derecho a la prestación a los menores de edad que acrediten una capacidad material de consentir. Coincido con los argumentos que se han utilizado para ofrecer una explicación a la restricción que plantea la LORE expresados en términos de prudencia y de coherencia¹⁰. Prudencia ante la amenaza que se cernía (y que se ha materializado) de

⁷ A favor CARBONELL MATEU, J. C., *DMD*, núm. 82, 2020, pp. 10 ss. Por el contrario, manifestando sus dudas v. PEÑARANDA RAMOS, E., 2021, pp. 201 ss., quien considera que el reconocimiento del derecho al suicidio no implica que el Estado no pueda intervenir penalmente para prevenir el suicidio, sino sólo una limitación intensa de la orientación y el alcance de esta intervención.

⁸ Además de tener la nacionalidad española o residencia legal en España o certificado de empadronamiento que acredite la permanencia en territorio español superior a 12 meses y ser capaz y consciente en el momento de la solicitud.

⁹ Grupo de Estudios de Política Criminal, Comunicado sobre la Proposición de Ley Orgánica de regulación de la eutanasia, 2021.

¹⁰ JUANATEY DORADO, C., «Reflexiones a propósito de la propuesta de regulación de la eutanasia voluntaria en España», *RDGP*, núm. 34, 2020, pp. 16 ss.; TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., *Teoría & Derecho*, núm. 29, 2021, p. 104.

la interposición de un recurso de inconstitucionalidad a la LORE y coherencia con el régimen del consentimiento otorgado por los menores que se recoge en la Ley de Autonomía del Paciente (LAP)¹¹.

Por eso creo que a futuro, conforme se vaya consolidando no sólo la prestación de la ayuda para morir sino también eliminando ese excesivo paternalismo que inspira generalmente el tratamiento de la minoría de edad, debería optarse por ampliar el derecho a la prestación a los menores maduros. Resultaría necesario cambiar el prisma desde el que actualmente se analiza la validez del consentimiento en la minoría de edad, transitando hacia el reconocimiento en la minoría de edad transitando hacia el reconocimiento de la capacidad material de consentir en el ámbito médico, de lo que ya tenemos experiencia en el ámbito autonómico¹². Como sostiene Juanatey Dorado ello obligará, dadas las particulares condiciones del solicitante¹³, a afinar muchísimo los procedimientos para valorar si el menor tiene la capacidad o no para consentir. Llegado el caso, y tras el cumplimiento del procedimiento establecido en la LORE, podría reconocerse la prestación de la ayuda para morir si el menor maduro se encontrara en un contexto eutanásico, es decir, sufiera un padecimiento grave, crónico e imposibilitante o una enfermedad grave o incurable. No creo que a priori existan argumentos suficientes para, aun en la hipótesis de reconocer la validez al consentimiento prestado por el menor maduro, excluir de la prestación al menor que sufra una situación de padecimiento crónico e imposibilitante (pensemos por ejemplo en una tetraplejia)¹⁴, frente al que se encuentra en el otro supuesto de contexto eutanásico, es decir, si sufre una enfermedad grave e incurable. En este sentido se ha sostenido que exigir al menor maduro un tiempo extra de espera para intentar adaptarse a la situa-

¹¹ Sí que es cierto que el art. 9.4 LAP reconoce la validez del consentimiento por representación cuando, en dicha situación, el menor esté emancipado o sea mayor de 16 años, no tenga la capacidad modificada judicialmente y sea capaz de comprender intelectual y emocionalmente el sentido de la intervención. Sin embargo, en ningún caso la LORE admite un consentimiento por representación. De ahí probablemente la puntualización realizada por PEÑARANDA RAMOS, E., 2021, pp. 225 y ss.

¹² Ley Foral 17/2010, de 8 de noviembre, de derechos y deberes de las personas en materia de salud en la Comunidad Foral de Navarra, que regula en el artículo 51.2 el otorgamiento del consentimiento por representación. Dispone este precepto que cuando se trate de menores emancipados o con dieciséis años cumplidos no incapaces ni incapacitados no cabe prestar el consentimiento por representación. Sin embargo, en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente.

¹³ JUANATEY DORADO, C., «Sobre la Ley Orgánica de regulación de la eutanasia voluntaria en España», *Teoría & Derecho*, núm. 29, 2021, pp. 83 ss.

¹⁴ TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., *Teoría & Derecho*, núm. 29, 2021, p. 104, quien excluiría de la prestación los casos en los que el menor maduro se encontrara en una situación de padecimiento grave, crónico e imposibilitante.

ción de padecimiento no resultaría una imposición desproporcionada frente al que sufre una enfermedad grave¹⁵. Entiendo que si a futuro se reconoce la voluntad de consentir al menor maduro ambos casos justificarían por igual la prestación, siempre y cuando se cumpliera el procedimiento establecido en la LORE. En este hipotético contexto, creo que obligar al menor a cumplir la mayoría de edad en los casos de padecimiento y dilatar el acceso a la prestación generaría un sufrimiento añadido al ya experimentado y supondría, además, otorgar un tratamiento desfavorable al menor con relación al mayor adulto.

III. LA SITUACIÓN DE INCAPACIDAD DE HECHO Y LA EXIGENCIA DE INSTRUCCIONES PREVIAS O DOCUMENTO SIMILAR

Junto con el requisito de la mayoría edad analizado anteriormente se exige que para poder recibir la prestación la persona sea capaz y consciente en el momento de la solicitud [art. 5.1.a)]. Puede suceder que el médico/a responsable certifique que el paciente no se encuentra en el pleno uso de sus facultades ni puede prestar su conformidad libre, voluntaria y consciente. Siempre y cuando se den los supuestos de contexto eutanásico y el paciente haya suscrito con anterioridad un documento de instrucciones previas, voluntades anticipadas o documentos equivalentes legalmente reconocidos se podrá facilitar la prestación de ayuda para morir (art. 5.2). Para la valoración de la situación de incapacidad de hecho la LORE remite a los protocolos de actuación elaborados por el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud. Dicho protocolo, siguiendo con la línea garantista que impregna todo el articulado de la LORE, en primer lugar recomienda como mecanismo de valoración la entrevista clínica del médico/a responsable con el paciente y en aquellos casos en los que no se obtenga un resultado concluyente se puede recurrir con carácter complementario a distintas herramientas de apoyo o a la interconsulta con un profesional sanitario experto¹⁶.

Creo que es muy importante reivindicar el valor del documento de instrucciones previas, dado que en algunas CCAA se están planteando casos en donde se obliga a ratificar o actualizar dicho documento firmado con anterioridad a la entrada en vigor de la LORE. Se debe dejar claro que en ningún caso

¹⁵ TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., *Teoría & Derecho*, núm. 29, 2021, p. 104.

¹⁶ *Protocolo de actuación para la valoración de la situación de incapacidad de hecho*, Ministerio de Sanidad, 2021, p. 3 ss.

la LORE establece dicha exigencia, por lo que habrá que otorgar plena validez a la manifestación de voluntad recogida en este tipo de documentos, siempre y cuando evidentemente la voluntad del paciente se haya expresado de manera clara e inequívoca. Ni se debe exigir su posterior ratificación en el caso de pacientes que se encuentren en plenitud de facultades, ni tampoco comprobar la orientación de las voluntades anticipadas acudiendo a los familiares cuando se trate de pacientes que ya no están en posesión de sus plenas facultades mentales¹⁷.

Otra cuestión interesante que plantea Peñaranda Ramos relacionada con el documento de instrucciones previas aparece vinculada con la delimitación del contexto eutanásico y la apreciación subjetiva del sufrimiento que requiere la LORE. Efectivamente, la prestación de ayuda para morir exige la concurrencia del contexto eutanásico, es decir, que la persona solicitante sufra una enfermedad grave e incurable o un padecimiento grave, crónico e imposibilitante en los términos establecidos por la Ley y que lleven asociados un sufrimiento físico o psíquico constante e intolerable (o insoportable) *para quien lo padece*¹⁸. No se alude al sufrimiento físico o psíquico insoportable de manera objetiva, es decir, ante los ojos de cualquiera, sino que debe ser intolerable para la persona que los padece. Dicho esto, resulta paradójico formular ya la petición de la prestación en el documento de instrucciones previas planteando una situación (padecimiento subjetivo del sufrimiento) que no se produce en el momento de la firma del documento y que puede ser difícilmente comprobable cuando la persona fácticamente sufra una enfermedad grave o incurable o un padecimiento crónico e imposibilitante. Quizás esta objeción, sin duda alguna razonable, se pueda superar atendiendo a la posibilidad de incorporar escalas validadas médicamente que permiten medir el sufrimiento de pacientes no comunicativos o bajo sedación profunda¹⁹.

¹⁷ A favor de solicitar la comprobación por parte de los familiares de la voluntad inicial recogida en el documento de instrucciones previas, v. ROMEO CASABONA, C., *Foro FICP*, núm. 2, 2021, p. 53.

¹⁸ PEÑARANDA RAMOS, E., 2021, pp. 226 y 231, quien manifiesta la dificultad de dejar constancia en el documento de instrucciones previas la solicitud de la prestación condicionada por la exigencia de sufrimientos físicos o psíquicos para la persona con anterioridad a experimentarlos

¹⁹ Podría ser útil la escala de Campbell diseñada no sólo para evaluar la presencia del dolor, sino también para cuantificar su intensidad. La presencia del dolor puede ir asociada a indicadores fisiológicos (hipertensión, taquicardia, sudoración, lagrimeo), conductuales (expresión facial o el tono muscular) o la información recibida por los familiares, v. PARDO, C.; MUÑOZ, T., y CHAMORRO, C., «Monitorización del dolor. Recomendaciones del grupo de trabajo de analgesia y sedación de la SEMICYUC», *Me intensiva*, núm. 30 (8), pp. 382 ss.

IV. LAS MODALIDADES DE LA PRESTACIÓN: LIMITACIONES EXISTENTES EN LA PRÁCTICA

Según lo dispuesto en el art. 3 g) de la LORE la prestación de ayuda a morir puede revestir dos modalidades: en primer lugar, la administración directa al paciente de una sustancia por parte del profesional sanitario competente y, por otra, la prescripción de dicha sustancia realizada por el profesional sanitario al paciente, de manera que éste se la pueda auto administrar para causar su propia muerte. Se establecen claramente las posibilidades de ejecutar la prestación y que, en definitiva, se identifican con las modalidades de eutanasia activa directa y el suicidio asistido. Considero que esta dualidad debe ser acogida favorablemente²⁰, dado que se facilita al paciente la posibilidad de elegir una u otra modalidad sin que ninguna de ellas tenga carácter preferente. Sin embargo, puede que la realidad médica limite materialmente las posibilidades teóricas que ofrece la LORE en su articulado. Si bien parece no existir mayor problema en el ámbito sanitario por lo que respecta a la administración de medicamentos vía intravenosa (1.ª modalidad) sí que existen inconvenientes reales para la administración oral por parte del paciente (2.ª modalidad). En España no hay comercializado ningún medicamento de uso humano que contenga la fórmula médica recomendada (pentobarbital), dado que la producción del otro principio (secobarbital) es muy limitada. Tampoco es posible conseguir un medicamento registrado en otro país en una presentación oral adecuada que contenga alguno de estos principios activos. Por ello, desde el Ministerio de Sanidad, ante una situación de desabastecimiento de ambos principios se recomienda la utilización del a vía intravenosa²¹. Esto exige, sin lugar a dudas, que la información que se proporcione al paciente por parte del médico/a responsable se circunscriba a las opciones reales para no generar falsas expectativas en el paciente respecto a la modalidad de la prestación.

V. EL ADELANTAMIENTO DEL PLAZO PARA RECABAR EL CONSENTIMIENTO INFORMADO

La LORE regula en su artículo 8 el procedimiento a seguir por el médico/a responsable cuando exista una solicitud de prestación de ayuda para morir. Una vez recibida la primera solicitud de prestación por parte del paciente el

²⁰ PEÑARANDA RAMOS, E., 2021, p. 228.

²¹ *Manual de Buenas Prácticas en Eutanasia*, Ministerio de Sanidad, 2021, pp. 40 ss.

médico/a responsable iniciará un primer proceso deliberativo acerca del diagnóstico, posibilidades terapéuticas y resultados esperables, así como sobre posibles cuidados paliativos. Se articula ya desde un momento inicial del procedimiento la posibilidad de que el paciente opte por los cuidados paliativos que en ningún caso deben tener un carácter excluyente respecto de la prestación de ayuda para morir²² y de los que se presume idéntico valor humanitario que la conducta de eutanasia²³. En este proceso deliberativo se deberán abordar cuestiones médicas, de índole familiar o social que se tengan normalmente en cuenta en la práctica asistencial para ayudar a que el profesional sanitario pueda discernir si el paciente actúa de manera voluntaria, sin presiones externas y con conocimiento²⁴. Transcurridos al menos 15 días naturales desde la primera solicitud y si el paciente desea seguir adelante podrá presentar ante el médico/a responsable una segunda solicitud de prestación de ayuda para morir. Sin embargo, si el médico/a responsable considera que es inminente la pérdida de capacidad del solicitante para otorgar su consentimiento podrá aceptar cualquier período menor que considere apropiado en función de las circunstancias clínicas concurrentes [art. 5.1d)].

Se ha reprochado que esta previsión incorpora cierta inseguridad jurídica que afecta a la posibilidad de valorar adecuadamente la validez del consentimiento que presta el paciente²⁵. En mi opinión, la posibilidad de reducir el plazo de los 15 días naturales no necesariamente genera este riesgo. En primer lugar porque la reducción del plazo no se establece de manera obligatoria, sino que será el facultativo/a quien decida si, a tenor de las circunstancias concurrentes, se puede establecer un plazo menor para recabar este consentimiento. Es importante tener en cuenta que la opción de una persona en favor de la prestación de ayuda para morir no es una decisión frívola. Probablemente la persona afectada lleve madurando esta decisión mucho tiempo antes de iniciar el procedimiento a través de esa primera solicitud. Por eso es absolutamente admisible que la LORE permita que el médico/a responsable (que habitualmente será su médico/a de atención primaria con el que le una especial relación de confianza²⁶), si considera que la pérdida de capacidad de la persona solicitante es inminente,

²² PRESNO LINERA, M. A., «Constitucionalidad de una Ley Orgánica de Eutanasia», *DMD*, núm. 82, 2020, p. 9; GARCÍA MAGNA, D., *REEPS*, núm. 7, 2021, p. 12.

²³ En contra ROMEO CASABONA, C., *Foro FICP*, núm. 2, 2021, pp. 35 ss., quien considera que la eutanasia debe ser la excepción al entender que los cuidados paliativos implican una mayor humanidad.

²⁴ *Manual de Buenas Prácticas en Eutanasia*, 2021, p. 14.

²⁵ PAYÁN ELLACURÍA, E., *e-Eguzkilore*, núm. 5, 2020, p. 22, planteando por ejemplo si un intervalo de 2 días sería suficiente para garantizar la validez del consentimiento; ROMEO CASABONA, C., *Foro FICP*, núm. 2, 2021, p. 51.

²⁶ *Manual de Buenas Prácticas en Eutanasia*, 2021, p. 6.

pueda aceptar cualquier período menor que considere apropiado en función de las circunstancias clínicas concurrentes. En algunos casos siguiendo con el ejemplo planteado, será suficiente el plazo de dos días para que el médico acredite la capacidad del paciente para consentir (por ejemplo en aquellos casos en los que el paciente se muestra lúcido, sea muy consciente de su situación y pueda reiterar su petición ante un pronóstico de vida muy limitado en un contexto de empeoramiento progresivo), sin que ello suponga merma alguna de la seguridad jurídica o de las garantías exigidas. Sí que me gustaría dejar constancia que ante una pérdida inminente de la capacidad de otorgar el consentimiento el procedimiento a seguir debe ser el establecido en el artículo 5.1 d), sin que sea aconsejable en este momento como alternativa la firma del documento de voluntades anticipadas o la modificación de uno anteriormente suscrito, por su mayor burocratización y extensión temporal.

VI. EL RECONOCIMIENTO DE LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA Y LA CREACIÓN DEL REGISTRO DE OBJETORES

La LORE en su artículo 16 reconoce el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia por los profesionales sanitarios que intervengan en el procedimiento de la prestación de ayuda para morir. Esta previsión debe ser valorada muy positivamente al contemplarse como el ejercicio el derecho a la libertad ideológica consagrado en el artículo 16.1 CE, sin que pueda discriminarse a ningún profesional sanitario que haya declarado su condición de objetor de conciencia. Sin embargo, es importante establecer ciertas limitaciones a este derecho como es su reconocimiento individual o personal y no colectivo, el carácter específico y por lo tanto que vaya dirigido a acciones concretas y necesarias, directas, anteriores o simultáneas, sin las cuales no hubiera podido llevarse a cabo la prestación de ayuda para morir²⁷. El profesional sanitario que sea objetor de conciencia y reciba una solicitud en primer lugar deberá informar al paciente sobre el ejercicio de su derecho a la objeción y estará obligado a derivar de inmediato dicha solicitud a su superior o a otro profesional para continuar con el procedimiento, de acuerdo con lo establecido por cada CCAA²⁸.

²⁷ Eso implica no reconocer el derecho a la objeción de conciencia, por ejemplo, de conductores de ambulancias, personal de limpieza o personal de administración.

²⁸ *Manual de Buenas Prácticas en Eutanasia*, 2021, pp. 24 ss.

Para garantizar el ejercicio de este derecho la LORE contempla del mismo modo la creación de un registro de profesionales sanitarios objetores de conciencia. No comparto la opinión de quien califica esta previsión de despropósito bajo el argumento de la vulneración de datos personales²⁹. Entiendo que la creación de un registro de objetores no supone la vulneración de ningún derecho fundamental, en especial del derecho a la intimidad³⁰ o de la libertad ideológica. Con motivo del recurso de inconstitucionalidad presentado en el año 2010 frente a la Ley Foral que regula la creación de registros de objetores de conciencia a la práctica de interrupciones voluntarias del embarazo aprobada por el Parlamento de Navarra³¹, el TC tuvo la oportunidad de pronunciarse avalando la creación de este tipo de registros³². A estos efectos, el TC consideró que la Ley Foral presentaba una naturaleza esencialmente procedimental y cuya finalidad era meramente organizativa, permitiendo con ello compatibilizar ordenadamente la prestación sanitaria de la interrupción voluntaria del embarazo con el ejercicio de la objeción de conciencia por parte de los profesionales. El TC señaló que la creación del registro establece una prueba de que el objetor ha realizado la declaración cumpliendo los requisitos legalmente previstos y ayuda a garantizar la seguridad y confidencialidad de unos datos a los que debe tener acceso los responsables del Servicio Público de Salud³³ para tener conocimiento de la disponibilidad del personal sanitario y puedan organizar de manera idónea la forma de la prestación.

A tenor de esta argumentación considero que la creación del registro de objetores de conciencia previsto en la LORE no supone la vulneración de ningún derecho fundamental, pues permite en estrictos términos de proporcionalidad hacer compatible el derecho a la prestación de la ayuda para morir con plenas garantías y el respeto a la intimidad y a los datos de carácter personal de los objetores. En todo caso, sí que el acceso a dicho registro deberá ser limitado, restringiendo por ejemplo su acceso a los titulares de la Dirección del Centro, direcciones médicas y direcciones de enfermería de los centros hospitalarios.

²⁹ ROMEO CASABONA, C., *Foro FICP*, núm. 2, 2021, p. 57.

³⁰ Igualmente, JUANATEY DORADO, C., *RDGP*, núm. 34, 2020, pp. 23 ss.

³¹ Ley Foral 16/2010, de 8 de noviembre por la que se crea el registro de profesionales en relación con la interrupción voluntaria del embarazo.

³² STC 151/2014, de 25 de septiembre.

³³ Sí que es cierto que el TC declaró la inconstitucionalidad de un inciso del artículo 5 de la Ley Foral 16/2010 que permitía el acceso a los datos a aquellas personas que autorizara el titular de la Gerencia del Servicio Navarro de Salud, al suponer una contravención de lo establecido en el artículo 18.4 CE y del artículo 11.1 de la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal.

Al margen de estas consideraciones, lo que sí es cierto es que la negativa del personal sanitario a inscribirse en el registro puede paralizar fácticamente el desarrollo de la prestación legalmente reconocida. Quizás una medida que pueda paliar posibles retrasos encubiertos sea la creación de un listado de personal sanitario dispuesto a garantizar el derecho a la prestación, que permita de manera ágil articular las debidas sustituciones cuando se produzca una negativa por parte, sobre todo, del médico/a responsable.

VII. LA INTERVENCIÓN DE LA COMISIÓN DE GARANTÍA Y EVALUACIÓN (CGYE)

Un aspecto muy destacado en la regulación de la prestación de la ayuda para morir es la creación de la Comisión de Garantía y Evaluación (CGyE). En mi opinión son dos las cuestiones que se han suscitado mayor controversia y que pasaré a analizar: 1.º) la crítica unánime por parte de la doctrina a la función de control previo asignada a la CGyE y 2.º) la existencia de diecinueve CGyE, una en cada CCAA y otras dos en las ciudades de Ceuta y Melilla, lo que puede implicar una aplicación desigual de la LORE.

1. La exigencia de verificación como control previo: un reproche desde la desconfianza

La LORE establece en el artículo 10 la exigencia de que, con carácter previo a la realización de la prestación, un/a profesional médico y un/a jurista miembros de la CGyE verifiquen la concurrencia de los requisitos y condiciones establecidos para el correcto ejercicio de derecho. Igualmente el artículo 18 establece que la CGyE debe verificar en el plazo de dos meses si la prestación de ayuda a morir se ha realizado correctamente. Se ha señalado que el control previo realizado por la CGyE no es solo peligroso, sino también sumamente discutible³⁴. Peligroso, ya que trasciende a la relación médico paciente y deja la decisión en manos de un ente cuya composición queda delegada en cada CCAA. Sumamente discutible ya que aleja la decisión final de la voluntad del solicitante.

³⁴ CARBONELL MATEU, J. C., *Teoría & Derecho*, núm. 29, 2021, pp. 57 ss. Igualmente en contra del control previo v. *Grupo de Estudios de Política Criminal*, 2021.

Esta exigencia, en opinión de la doctrina, supone incrementar la excesiva burocratización procedimental que ya de por sí establece la LORE³⁵.

La doctrina ha entendido que la excesiva burocratización de la LORE sólo puede explicarse en clave de desconfianza. Una desconfianza hacia la propia solicitud de la persona afectada, lo que hace que la LORE genere un sistema procedimental que le obliga a repetir la petición porque se duda de la misma³⁶ y, sobre todo, una desconfianza hacia la relación médico-paciente. En mi opinión, sin negar el evidente carácter procedimental de la LORE, creo que hay que enfocar el análisis desde una perspectiva que va mucho más allá de la mera suspicacia. El propio art. 1 delimita cuál es el objeto de la Ley y que entiendo que está muy vinculado con el ámbito de las garantías, no sólo de la persona sino también del personal sanitario que la asiste. En primer lugar, regula el derecho que corresponde a toda *persona* que cumpla las condiciones exigidas a solicitar y recibir la ayuda a morir, el procedimiento a seguir y las garantías que deben observarse. Del mismo modo, sistematiza la intervención del *personal sanitario* que va a atender a estas personas y la definición de su marco de actuación. Para la primera se construye un procedimiento destinado a asegurar que dicha persona manifestará su petición de ayuda a morir sin interferencias y, sobre todo, en un contexto médico asistido que le ayudará a transitar sin dolor y en condiciones dignas. Para el segundo grupo el articulado de la LORE consolida igualmente un ámbito de garantías.

Entiendo por ello que el establecimiento de un control previo por parte de la CGyE no puede ser interpretado en clave de desconfianza principalmente hacia el personal sanitario. Reprochar la excesiva intervención de la LORE en un proceso deliberativo del final de la vida que, a juicio de muchos, debería implicar solo a médico y paciente supone, en mi opinión, dibujar un escenario que se aleja de la realidad. Parece que el establecimiento de mecanismos de aseguramiento viniera a alterar un entorno idílico en donde el afectado solicita la prestación y el/la médico responsable valora la situación y, tras la oportuna reflexión, decide en uno u otro sentido sin mayores interrogantes. Por el contrario, entiendo que ante decisiones de tal calado es probable que el personal

³⁵ ROMEO CASABONA, C., *Foro FICP*, núm. 2, 2021, pp. 47 ss.

³⁶ QUINTERO OLIVARES, G., «La libertad para decidir morir cuando la vida ya no se percibe como un bien», *DMD*, núm. 82, 2020, p. 15 al entender que la LORE pone en duda la sinceridad de los motivos de paciente. JUANATEY DORADO, C., *Teoría & Derecho*, núm. 29, 2021, p. 87. En contra, ROMEO CASABONA, C., *Foro FICP*, núm. 2, 2021, p. 53, quien contrariamente sostiene que nos encontramos ante un procedimiento tendencioso encaminado a que se mantenga la petición inicial del interesado de forma automática, procurando incluso vías alternativas con dudoso aseguramiento de la validez del consentimiento o ratificación posterior.

médico se enfrente con elevadas dosis de incertidumbre a una cuestión que le preocupa: la posible atribución de responsabilidad jurídica derivada de su actuación. Por eso entiendo que para el profesional médico es de indudable importancia el aval externo realizado por terceros, incluso antes de proceder a la prestación de la ayuda para morir. ¿De verdad creemos que, al menos inicialmente, el profesional sanitario procedería a realizar la prestación de ayuda para morir o a facilitar los medios para que la persona afectada la ejecute a la espera de que una Comisión decida a posteriori que su comportamiento es adecuado a la ley? Más aún, es que incluso con la aprobación de esta ley tan procedimental y garantista se están produciendo casos de negativas médicas a la participación en la prestación no motivadas por objeción de conciencia, sino por falta de información y de seguridad acerca de cómo se debe proceder. Más al contrario, entiendo que la intervención inicial de los dos profesionales de la CGyE³⁷ puede evitar lo que podría ser una paralización encubierta de la prestación (razonable, por otro lado) al no contar los profesionales médicos con la debida seguridad jurídica para llevarla a cabo.

Probablemente, iniciar el camino sin un control previo hubiera alentado los discursos contrarios la legalización de la eutanasia auspiciados bajo la amenaza de una pendiente resbaladiza³⁸ y hubiera tenido su impacto en una disminución del apoyo parlamentario muy lejos del realmente conseguido. En definitiva, que se optara por la exigencia de un control previo ha servido no sólo para neutralizar los argumentos de sectores que se oponen frontalmente a la realización del derecho, sino también para mitigar las posibles vacilaciones de los que están a favor e igualmente avalar con todas las garantías la intervención del personal sanitario, agente clave en todo el proceso. Con esta argumentación no estoy negando la burocratización del procedimiento, puesto que es algo resulta algo obvio. Lo que estoy proponiendo es implementar una razón distinta, alejada del argumento de la desconfianza y que se aproxima a la necesidad de favorecer o impulsar, al menos en los primeros momentos de andadura de la LORE, el derecho a la prestación. Probablemente, el devenir de los años y la experiencia que se vaya adquiriendo permitirá a futuro pulir algunos aspectos procedimentales de la LORE susceptibles de mejora.

³⁷ Téngase en cuenta en este sentido que no se exige la intervención colectiva de todos los miembros de la CGyE, lo que podría llevar a una mayor complejidad del procedimiento, sino de dos de ellos que deberán elaborar sus informes en el plazo máximo de 7 días naturales.

³⁸ BELTRÁN AGUIRRE, J. L., «El procedimiento y los controles necesarios con el fin de garantizar la observancia de los requisitos objetivos y subjetivos», Valiente-Lanuza, C., (coord.), *La eutanasia a debate: primeras reflexiones sobre la Ley Orgánica de Regulación de la Eutanasia*, Madrid (Marcial Pons), 2021, pp. 181 ss.

2. La diversificación de la CGyE: la posible aplicación desigual de la LORE

La LORE delega la creación y la determinación del régimen jurídico de la CGyE a los gobiernos autonómicos (art. 17.2), dotándoles de este modo de un poder de bloqueo real a través de la técnica de retrasar maliciosamente la creación de las Comisiones o nombrar entre sus miembros a personas que estén en contra del derecho a la prestación. Esta previsión ha originado razonablemente cierto recelo, alertando de una posible aplicación desigual de la LORE al albur del distinto posicionamiento ideológico del gobierno autonómico de turno³⁹. Lo cierto es que se han planteado distintas alternativas con el fin de garantizar de una aplicación igualitaria de la LORE. Así, se ha postulado la creación de una CGyE única a nivel estatal, de naturaleza administrativa similar a las reguladas en Portugal y en Alemania, aunque esta opción en opinión de algún autor supondría la invasión de competencias en la administración autonómica y la restricción de la potestad de organización de sus estructuras⁴⁰. Al margen de esta consideración, si bien es cierto que la creación de una Comisión única podría contribuir a dotar de cierta uniformidad la aplicación de la LORE creo que podría plantear problemas desde la perspectiva de su efectividad. Hemos podido analizar cómo la LORE articula un procedimiento muy garantista que puede suponer una dilación extensa para el ejercicio del derecho. En todo el proceso resulta clave, a mi entender, la relación y el contacto directo de todos los agentes implicados, desde la persona solicitante, al médico/a responsable, el equipo asistencial, el médico/a consultor, el par de profesionales de la CGyE y la propia CGyE. La intervención de todos ellos La intervención de todos ellos debe contribuir a la agilización del procedimiento en la medida de lo posible y esto sólo puede articularse a través de la inmediatez. Instituir una CGyE única, si bien contribuiría a lograr esa pretendida uniformidad en los criterios de resolución, comprometería seriamente aquella finalidad e incluso podría hacer peligrar el cumplimiento de los plazos establecidos. Qué decir de los obstáculos que tendría que sortear una CGyE única en el acceso a los historiales clínicos teniendo en cuenta los distintos sistemas de informatización de la información en las diferentes CCAA, la creación de espacios compartidos y confidenciales donde intercambiar la información o las dificultades que tendrían el par de profesional de entrevistarse personalmente con la persona solicitante. Se han establecido ciertos mecanis-

³⁹ GARCÍA ÁLVAREZ, P., *RGDP*, núm. 35, 2020, pp. 59 ss.; GONZÁLEZ AGUDELO, G., «Garantizar la efectiva aplicación de la ley», *DMD*, núm. 82, 2020, pp. 33 ss.; PAYÁN ELLACURÍA, E., *e-Eguzkilore*, núm. 5, 2020, p. 2019; CARBONELL MATEU, J. C., *Teoría & Derecho*, núm. 29, 2021, p. 57 ss.

⁴⁰ BELTRÁN AGUIRRE, J. L., 2021, p. 191.

mos que pueden paliar en parte las posibles desigualdades a través de la previsión de reuniones anuales de todas las CGyE para la homogeneización de criterios (art. 17.5) y sobre todo la posibilidad de interponer un recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa frente a las decisiones desfavorables de la CGyE (art. 10.5)⁴¹.

VIII. VALORACIÓN FINAL

Tras este breve análisis de algunos de los aspectos que recoge esta novedosa ley y no pudiendo haber abordado otros temas de indudable interés, al margen de cuestiones manifiestamente mejorables (o al menos susceptibles de una mayor clarificación) considero que nos encontramos ante una ley de regulación de la prestación de la ayuda para morir que debe ser valorada positivamente. Son varios los motivos que me llevan a sustentar esta opinión: En primer lugar, porque podemos afirmar que la sociedad española está ya transitando en el reconocimiento del derecho que tenemos cada uno de nosotros/as a decidir cuándo y, sobre todo, cómo queremos poner el punto final a nuestra historia. Es decir, garantizar para quien lo solicite un tránsito humanizado y sin sufrimiento y facilitar una despedida consciente, serena y acompañada médica y familiarmente si así se desea. En segundo lugar, porque la despenalización de la eutanasia implica conquistar ámbitos de libertad y reconocer que los/las ciudadanos de este país somos consideradas personas libres y maduras para afrontar con garantías y dignidad la que probablemente sea la decisión más importante que debemos asumir: el cuándo y el modo del adiós. En tercer lugar, porque existe un auténtico compromiso e implicación del Estado para facilitar, en un marco de garantías, la realización de la prestación. Por último, porque esta ley ha sido capaz de recoger y aunar distintas sensibilidades de un amplio marco parlamentario, rara vez alineado en aras del bien común de la ciudadanía más allá de los puros intereses partidistas.

Se ha advertido de los riesgos que pueden boicotear la aplicación de la LORE como son los relativos a la objeción de conciencia de los profesionales sanitarios, la falta de recursos materiales o personales o el clima social de

⁴¹ Quizás pudiera haberse arbitrado la creación de una CGyE, a propuesta de los parlamentos autonómicos, que dependiera no tanto de la orientación política del ejecutivo autonómico y que permitiera sortear los posibles bloqueos procedentes de gobiernos no muy afines al ejercicio del derecho a la prestación o también la constitución de un organismo de carácter autonómico compuesto por integrantes a propuesta de distintos sectores. Sin embargo, se debe reconocer que la heterogeneidad de los miembros podría tener cierto impacto en el funcionamiento de la CGyE y provocar retrasos en el procedimiento.

sejable que desde las CCAA se arbitrara un procedimiento ágil de designación de estos médicos/as consultores. También sería deseable poder anticipar la consulta con este médico/a consultor para que pueda iniciarla sin mayor demora⁴⁶, aunque en todo caso su informe debe ser posterior al elaborado por el médico/a responsable.

No creo que sea el momento de reprochar a la LORE su visión cortoplacista y el no haber dado el paso de ir más allá incluyendo una regulación más amplia del derecho a disponer sobre la vida al margen del contexto eutanásico. Probablemente el contexto social en el que se desarrolló toda la tramitación de la LORE, sobre el que sobrevolaba continuamente la amenaza de sectores ultraderechistas, condicionó de manera relevante la gestación y aprobación de esta Ley. Valoremos que se ha conseguido lo que hasta hace unos años era un clamor popular y algo que parecía impensable: iniciar el camino. El trayecto será largo pero no me cabe la menor duda de que la práctica ofrecerá oportunidades para detectar posibles disfunciones y realizar propuestas para mejorar lo que, desde mi punto de vista, ha sido una de las mayores conquistas sociales del inicio del s. XXI.

⁴⁶ MANUAL DE BUENAS PRÁCTICAS EN EUTANASIA, 2021, p. 15.

COMETER EL DELITO DE MALTRATO DEL ARTÍCULO 153 CP EN PRESENCIA DE MENORES EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO: DE LA INTERPRETACIÓN RACIONAL A SU APLICACIÓN ARBITRARIA

UJALA JOSHI JUBERT*

El objeto de este breve artículo es reflexionar sobre la aplicación jurisprudencial de la doctrina contenida en la STS (Sala de lo Penal, Sección Pleno) núm. 188/2018 de 18 de abril, que se ocupa de interpretar la expresión «se perpetre en presencia de menores» contenida en el artículo 153.3 CP, circunstancia que determina que se aplique la pena en su mitad superior.

Reflexiones todas ellas surgidas de la lectura de diversos artículos publicados por la homenajeadada, la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo, a la que en tan alta estima y consideración tengo, como persona, profesora, e investigadora.

Entre los artículos que quiero mencionar para mis propósitos están «La expansión del derecho penal y garantías Constitucionales»¹, «La interpretación en Derecho penal. *Favor libertatis vs. Favor securitatis. In dubio pro reo versus In dubio contra reo*»² y «Problemática jurídico-penal y político-criminal de la regu-

* Profesorar Titular de Derecho penal. Universidad de Barcelona.

¹ CORCOY BIDASOLO, M., «Expansión del derecho penal y garantías constitucionales», *Revista de Derechos Fundamentales – Universidad de Viña del Mar* – núm. 8 (2012), pp. 45-76.

² CORCOY BIDASOLO, M., «La interpretación en Derecho penal. *Favor libertatis versus Favor securitatis. In dubio pro reo versus In dubio contra reo*», en Luzón Peña, D. M. (dir.), *Derecho penal en un Estado Social y Democrático de Derecho. LH al Profesor Santiago Mir Puig*, Madrid (Editorial La Ley), 2010, pp. 145 ss.

lación de la violencia de género y doméstica»³. En el primero de los trabajos citados, la profesora Corcoy, pone de manifiesto la actual expansión del derecho penal en detrimento de las garantías constitucionales del investigado motivada, en parte, por el creciente peso de la víctima y sus derechos en el proceso penal. Con el fin de controlar dicha expansión, propone medidas concretas dirigidas no solo al legislador, sino también al juez como aplicador de la ley, como, por ejemplo, la configuración de una causa de punibilidad «del derecho al debido proceso».

Y es que, la actual expansión del derecho penal ya no se circunscribe a la proliferación normativa, sino que contribuye a ella la interpretación que de las normas sustantivas y procesales realiza la jurisprudencia, alejándose día a día de los cánones de interpretación al uso en derecho penal, de la vinculación material al bien jurídico protegido como criterio rector de la interpretación, y espiritualizando, que, no normativizando, los conceptos construidos por la dogmática jurídico penal, haciendo un uso meramente formal y retórico de la misma⁴. Por lo, a pesar de los años transcurridos, vuelve a tener sentido preguntarse, cómo hiciera en su día Enrique Gimbernat, si tiene futuro la dogmática jurídico penal⁵, añadiendo a la pregunta si tiene futuro en la actual jurisprudencia del Tribunal Supremo. De momento, y de seguir con la dinámica jurisprudencial actual, como intuye la homenajeadada, intuición que en su caso se convierte siempre en realidad, su futuro es, en el mejor de los casos, más que dudoso.

Basta un repaso de la jurisprudencia más reciente⁶, para advertir cómo los criterios interpretativos que dice utilizar distan mucho de los que realmente aplica, deteriorándose hasta casi la inexistencia de la salvaguarda del derecho de defensa del investigado, contribuyendo a ello la inversión de la carga de la prueba, creciendo, en definitiva, la distancia entre el concepto de un determinado constructo interpretativo y su aplicación. En definitiva, se puede observar una divergencia entre los principios declarativos de la jurisprudencia (doctrina jurisprudencial) y su aplicación, normalmente en contra

³ CORCOY BIDASOLO, M., «Problemática jurídico-penal y político-criminal de la regulación de la violencia de género y doméstica», *Revista de Derecho, Universidad Pontificia de Valparaíso*, XXXIV (2010) I Semestre, pp. 305-347.

⁴ CORCOY BIDASOLO, M., *Revista de Derechos Fundamentales-Universidad de Viña del Mar*, núm. 8, 2012, p. 73: Luchar contra la «utilización» de la dogmática para obviar la prueba de los hechos, como sucede con la utilización que lleva a efecto la jurisprudencia de la imputación objetiva, o con el concepto de dolo, respecto del que los tribunales utilizan alternativamente uno u otro concepto según les «convenga» en el caso concreto, o con el concepto de «autor», que en la actualidad abarca a cualquier interviniente, a partir del «dominio compartido».

⁵ GIMBERNAT ORDEIG, E., «¿Tiene futuro la dogmática jurídico penal?», en el mismo, *Estudios de Derecho Penal*, 3.ª ed., 1990, Madrid (Tecnos), 140 ss.

⁶ Por ejemplo, y en la línea sugerida por Corcoy, la relativa al dolo eventual: STS núm. 66/2022 de 27 de enero; STS núm. 265/2021 de 24 de marzo.

del investigado. Veamos cómo sucede todo ello en la interpretación jurisprudencial del artículo 153.3. CP. Para ello distinguiré dos aspectos: uno, el conceptual, dirigido a dotar de contenido y definir los límites de la agravación, y otro, su aplicación a los casos concretos, y la prueba que debería practicarse para su acreditación.

La STS (Sala de lo Penal, Sección Pleno) núm. 188/2018 de 18 de abril se ocupa de interpretar⁷ el alcance que debe tener la expresión contenida en el artículo 153.3. *en presencia de menores*. El supuesto de hecho analizado es el siguiente: después de una discusión entre el acusado y su esposa, aquel la agarra de los brazos empujándola, provocando que cayera al suelo tras golpearse con la cama, hechos que sucedieron en la habitación del hijo menor de la pareja que en aquellos momentos estaba junto con sus otros hermanos en la habitación del matrimonio. A consecuencia de estos hechos, la esposa sufrió lesiones consistentes en contusiones en codo derecho, brazo izquierdo, contusión en glúteo izquierdo. El juzgado de lo penal núm. 4 de Madrid condenó al acusado como autor responsable de un delito de lesiones leves sobre la mujer, del artículo 153.1 y 3 del Código Penal, sentencia posteriormente confirmada por la Audiencia Provincial de Madrid Sección 26, y también por el Tribunal Supremo. Las cuestiones debatidas en todas las instancias son el contenido que debe darse a la expresión *en presencia de menores* y su aplicación al caso concreto.

Para la Audiencia Provincial de Madrid, la presencia de los menores que justifica la aplicación del subtipo agravado no requiere que los menores llegaran a observar (ver) la agresión, sino que debe «equivaler su presencia a la circunstancia de que se encuentre en el lugar en el que ésta se produjo, teniendo conciencia de ella y de la situación de crispación y violencia que, en presencia de ellos, tiene lugar». La defensa del condenado, por su parte, considera que la interpretación de la Audiencia supone una aplicación analógica o extensiva en contra del reo prohibida por el principio de legalidad previsto en el artículo 25.1. CE, siendo la interpretación correcta aquella que circunscribe la agravación a los supuestos en que los menores presencian los hechos, y no cuando los intuyen, se los imaginan o se los cuentan. Finalmente, el Tribunal Supremo concluye que para su aplicación no es necesario que los menores tengan que estar físicamente delante de las personas que protagonizan la escena violenta, de modo que el menor pueda tener una percepción visual directa de ellas, bastando con que se percate o perciba de la si-

⁷ En el sentido que propone GARCÍA AMADO, J. A., «Interpretación y aplicación de la ley penal», en *Anuario de Derecho Penal* (monográfico *Interpretar, Argumentar, Decidir*), 2005, pp. 32 a 73.

tuación de crispación o de enfrentamiento familiar por cualquiera de los medios sensoriales con que pueda cerciorarse de los hechos. Por lo demás, única interpretación compatible con la finalidad de la agravación que no es otra, según el Tribunal Supremo, que evitar la victimización de los menores que residen en el entorno doméstico.

En la labor de interpretación es usual partir de consideraciones lingüísticas, tanto de tipo semántico como gramatical⁸. Para ello se suele recurrir a los diccionarios al uso, en nuestro caso al diccionario de la Real Academia Española. Según este diccionario «en presencia de» significa asistencia personal, estado de la persona que se halla delante de otra u otras o en el mismo sitio que ellas. Ninguna de las interpretaciones propuestas se ajusta a este contenido. Para la Audiencia Nacional no es necesaria la presencia física, bastando la conciencia del menor de la situación de crispación. La defensa del condenado exige que el menor presencie los hechos, y el Tribunal Supremo considera suficiente para la aplicación de la agravante que el menor se percate de la situación de crispación o enfrentamiento familiar por cualquiera de los medios sensoriales.

De partirse de la interpretación semántica y gramatical debería concluirse que la agravante debería aplicarse en aquellos casos en que los menores estuvieran presentes durante la comisión de los hechos, prescindiendo de la percepción sensorial de los mismos (por ejemplo, en el supuesto de un menor sordo y con ceguera). La existencia de distintas posturas interpretativas demuestra que para la asignación de sentido sobre la base de reglas lingüísticas a la expresión «en presencia de menores»⁹ no basta con el significado propuesto por los diccionarios al uso, sino que es necesario recurrir a otros criterios interpretativos, como la interpretación teleológica aceptada actualmente por doctrina y jurisprudencia. En este caso, parece razonable que la dotación de significado se realice a partir del fin del precepto analizado y del bien jurídico protegido, siendo el límite la interpretación extensiva y/o analogía en contra del reo prohibida en derecho penal¹⁰.

⁸ Sobre ello, resulta muy interesante, los estudios de KUDLICH, H. contenidos en el libro *Cuestiones fundamentales de la aplicación del Derecho penal, contribuciones a la teoría del método y a la imputación en el Derecho penal*, Madrid, (Marcial Pons), 2018, pp. 47 ss.

⁹ Expresión utilizada por SILVA SÁNCHEZ, J. M., «Sobre la interpretación teleológica en Derecho Penal», *Estudios de filosofía del Derecho penal, Universidad Externado de Colombia*, Bogotá (Editorial Cordillera), 2006, p. 368.

¹⁰ En este sentido, por ejemplo, la STS 657/2013 (RJ 2013, 8064), en la que se establece que cuando se interpretan y aplican las leyes penales, los jueces y magistrados tienen prohibida la interpretación y la analogía *in malam partem*. También el Tribunal Constitucional se pronuncia en este sentido, por ejemplo, STC núm. 126/2001, de 4 de junio, en la que se afirma que «la garantía material del principio de legalidad comporta el mandato de taxatividad o certeza, que se traduce en la exigencia de

9. Podemos convenir con el Tribunal Supremo, que la finalidad que persigue la agravación de la pena que prevé el apartado 3 del artículo 153 es evitar la victimización de los menores que residen en el entorno doméstico, objetivo que tiene un sentido protector de sus personas en el contexto de la fenomenología de la violencia intrafamiliar o doméstica. Desde esta óptica, tiene sentido, es conforme a la lógica jurídica¹¹, limitar la aplicación de la agravación (interpretación restrictiva teleológica) a los menores integrados en el círculo de sujetos del artículo 173.3 CP. Cómo también resulta razonable y ajustado a los fines del precepto, interpretar la expresión en «presencia de menores» en el sentido de «presenciar» los hechos descritos en el tipo, por cualquier medio sensorial, (en este caso, vista y oído) siempre y cuando el menor se percate o perciba directamente el maltrato del que su madre es objeto por parte de su padre.

Llevadas a cabo las operaciones interpretativas descritas en los apartados anteriores, el contenido de la expresión «en presencia de menores» queda limitado a los supuestos en que aquellos formen parte del círculo de sujetos a los que se refiere el artículo 173.3 CP, siendo necesario que adviertan de forma directa por cualquier medio sensorial los actos de violencia que el padre está ejerciendo sobre la madre, siendo insuficiente que los menores estén en la misma vivienda –pues podrían estar en otra habitación con la televisión encendida con auriculares, sin poder percibir los actos de violencia– y siendo excesivo exigir la presencia física y menos todavía la necesidad de «ver» los actos de violencia. Pues esta última interpretación no permitiría aplicar el subtipo agravado en los casos de menores que padecieran ceguera. La interpretación propuesta, a mi modo de ver, no es extensiva en contra del reo¹², sino que la atribución de sentido se hace a partir de la utilización de un criterio interpretación válido como es el teleológico.

En consecuencia, de aceptarse la interpretación propuesta, para la aplicación de la agravación al caso concreto será necesario acreditar –probar– los si-

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 y, por otro, les está vedada la interpretación extensiva y la analogía *«in malam partem»*. En el mismo sentido el TEDH, considera que el artículo 7 del Convenio establece, además la prohibición de retroactividad penal, el principio de que el derecho penal no debe interpretarse extensivamente en detrimento del acusado (Uttley contra el Reino Unido (diciembre), núm. 36946/03, de 29 de noviembre de 2005; Dragotoni y militar-Pidhorni, Rumania, 39-48; Del Rio Prada vs España [GC], 79).

¹¹ De acuerdo con el contenido dado por GARCÍA AMADO, J. A., *Anuario de Derecho Penal*, 2005, p. 57.

¹² Sobre ello, con múltiples referencias bibliográficas, RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑOZ, J., «La interpretación extensiva de la ley», *Derechos y Libertades*, núm. 40, Época II, enero 2019, pp. 67-108.

guientes extremos: a) la relación de parentesco establecida en el artículo 173.3 CP, b) los hechos de violencia descritos en el artículo 153.1 CP, y c) la percepción directa por cualquier medio sensorial por parte del menor de los actos de violencia que su padre está ejerciendo sobre su madre, no bastando la mera intuición o suposición –que en ningún casos son percepciones sensoriales–, por ejemplo, por haberlos vivido antes y d) el conocimiento del padre de que los hechos están siendo percibidos por los menores (dolo).

No obstante, el Tribunal Supremo, como exponía al inicio, en su vivencia disociativa entre lo que declara (doctrina jurisprudencial) y la aplicación al caso, en la práctica no exige prueba del tercer y cuarto elementos, bastando con que los hechos tengan lugar cerca de donde están los menores, sin comprobar si los han efectivamente visto u oído, ni si el dolo del padre abarca dicha circunstancia. Ejemplo claro de ello es la STS (Sala de lo Penal, Sección 1.ª) núm. 478/2021 de 2 de junio.

Los hechos declarados probados por el Juzgado de lo Penal, aceptados por el Tribunal Supremo, son los siguientes: «Adrián, mayor de edad, mantuvo una relación de afectividad con Felicísima fruto de la cual tuvieron, a una hija de 4 años (sic). En fecha 1 de junio del 2018 sobre las 8:30 horas el Sr. Adrián se personó en el domicilio de Felicísima para recoger la hija en común pese a que la Sra. Felicísima había llamado a la madre del Sr. Adrián para decirle que no pasara a recoger a la niña en ese momento porque estaba dormida y con fiebre; pese a lo cual el Sr. Adrián llamó a la Sra., Felicísima y le dijo que le bajara a la niña. La Sra. Felicísima bajó a la niña, y por este motivo, se inició una discusión entre ambos, en la que, tras introducir la Sra. Felicísima a la niña en el vehículo y dejar su ropa en el interior, el Sr. Adrián con ánimo de menoscabar la integridad física de la Sra. Felicísima le dio una patada en la espinilla mientras le decía a ver si te caes». El Juzgado de lo Penal condenó a Adrián por el delito de maltrato en el ámbito de la violencia de género agravado por haberse cometido en presencia de menores, del artículo 153.1.º y 3.º del Código Penal. Recurrida la sentencia en apelación, la Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso, revocando la aplicación del subtipo agravado por considerar que no había quedado probado que la menor hubiera advertido el desenlace de los hechos, puesto que en el relato de hechos probados no se contiene información que permita conocer que la menor, que se encontraba dentro del coche, estuviera mirando a sus padres.

El Tribunal Supremo casa la sentencia y dicta otra apreciando la concurrencia de la agravante, sin modificar los hechos probados. Después de reproducir la doctrina sobre la expresión *en presencia de menores* contenida en la STS (Sala de lo Penal, Sección Pleno) núm. 188/2018 de 18 de abril, en la

aplicación de la agravante al caso concreto prescinde de ella, contentándose con comprobar que la menor se encontraba en un contexto en el que hubiera podido percibir los actos de violencia. La aplicación de la agravante la fundamenta el TS en la presunción de que la menor estaba en condiciones de advertir la patada que su padre dio a su madre, siendo lo relevante que «la misma se encontraba en condiciones físicas y locativas idóneas para advertir de cualquiera de las formas posibles los hechos. Y a partir de ese dato, expresamente reflejado en los hechos probados, lo lógico es inferir que efectivamente la menor se percató de lo ocurrido».

En mi opinión, no hay nada de lógica en la conclusión alcanzada por el Tribunal Supremo. Se trata más bien de una condena basada en presunciones en contra del reo, que infringe el principio de inocencia, así como los principios básicos de la prueba de indicios configurada por el Tribunal Constitucional. Siendo cierto que en los casos de menores víctimas lo aconsejable es prescindir de su testimonio en el acto del juicio oral con el fin de preservar su indemnidad, ello no permite condenar sin contar con el acerbo probatorio necesario para destruir la presunción de inocencia¹³ que no requiere de prueba directa, bastando la prueba de indicios siempre y cuando estos cumplan con una serie de requisitos¹⁴. En este caso, por ejemplo, se hubiera podido practicar prueba —simplemente preguntando a testigos y acusado— sobre si las ventanas del coche estaban bajadas, cuán lejos estaban los progenitores del co-

¹³ La destrucción de la presunción de inocencia exige la verificación de una triple comprobación (SSTS 658/2014 de 16 de octubre (RJ 2014, 5019), 487/2012 de 13 de junio (RJ 2012, 8386): a) En primer lugar, se debe analizar el «juicio sobre la prueba», es decir, si existió prueba de cargo, estimando por tal aquella que haya sido obtenida con respeto al canon de legalidad constitucional exigible, y que, además, haya sido introducida en el Plenario de acuerdo con el canon de legalidad ordinaria y sometido al cedazo de la contradicción, intermediación e igualdad que definen la actividad del Plenario. b) En segundo lugar, se ha de verificar «el juicio sobre la suficiencia», es decir, si constatada la existencia de prueba de cargo, ésta es de tal consistencia que tiene la virtualidad de provocar el decaimiento de la presunción de inocencia. c) En tercer lugar, debe verificarse «el juicio sobre la motivación y su razonabilidad», es decir, si el Tribunal cumplió con el deber de motivación, si explicitó los razonamientos para justificar el efectivo decaimiento de la presunción de inocencia.

¹⁴ A saber: a) El indicio debe estar acreditado por prueba directa, y ello para evitar los riesgos inherentes que resultarían de admitirse una concatenación de indicios, con la suma de deducciones resultante que aumentaría los riesgos en la valoración. b) Los indicios deben ser sometidos a una constante verificación que debe afectar tanto a la acreditación del indicio como a su capacidad deductiva. Con este requisito se pretende evitar tanto el azar como la posibilidad de la falsificación, y se materializa a través de la motivación en la que el aplicador debe plantearse la necesaria concordancia de deducciones, la independencia en la acreditación de indicios, la racionalidad de la deducción etc. c) Los indicios deben ser plurales e independientes, con lo que se pretende evitar que sea tenido por indicio un hecho único, aunque acreditado por distintas fuentes. d) Los indicios deben ser concordantes entre sí, de manera que converjan en la conclusión. La divergencia de uno de ellos hace que la prueba indiciaria pierda eficacia y hará de aplicación el principio «*in dubio pro reo*». e) La conclusión debe ser inmediata, sin que sea admisible que el hecho consecuencia pueda llegar a través de varias deducciones o cadena de silogismos. (Ver por todas, SAP Barcelona, núm. 387/2008 de 2 junio, SAP Barcelona, núm. 827/2015 de 29 octubre).

che...lo que hubiera permitido obtener indicios sobre la percepción auditiva o visual de los hechos por parte de la menor.

En definitiva, no hay más que dar la razón a la profesora Corcoy cuando constata la tendencia jurisprudencial *de utilizar construcciones dogmáticas para defraudar el derecho de defensa e intentar «salvar» los límites garantistas derivados del derecho de defensa, manteniendo formalmente su existencia, pero deviniendo, en la práctica, casi inexistentes, invirtiéndose la carga de la prueba, lo que determina que, para la parte acusadora, cada vez es necesaria una menor prueba, prueba que corre a cargo de la defensa. Para la acusación no será necesario probar el conocimiento por el acusado de los hechos ni la lesividad ex post de su conducta y ni tan siquiera como han acontecido realmente los hechos.*

INTIMIDAD Y REVELACIÓN NO CONSENTIDA DE IMÁGENES O GRABACIONES AUDIOVISUALES (ART. 197.7 CP)

CARMEN JUANATEY DORADO*

I. INTRODUCCIÓN

El objetivo de este trabajo es señalar algunas de las cuestiones que suscita el delito de revelación no consentida de imágenes o grabaciones audiovisuales obtenidas con la anuencia de la persona afectada (art. 197.7 CP¹). Para ello me centraré, en primer lugar, en la interpretación del ámbito de la intimidad que debe ser el objeto de protección a través del capítulo I, del título X, del Código penal en el que se ubica este precepto, y a continuación analizaré algunos de los aspectos del tipo básico que me parecen de mayor interés.

* Catedrática de Derecho Penal, Universidad de Alicante. Es una satisfacción para mí contribuir con este trabajo al homenaje a la Profesora Mirentxu Corcoy y de esta forma mostrarle mi afecto y reconocimiento por su aportación al conocimiento del Derecho penal.

¹ Este precepto establece: «Será castigado con una pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a doce meses el que, sin autorización de la persona afectada, difunda, revele o ceda a terceros imágenes o grabaciones audiovisuales de aquella que hubiera obtenido con su anuencia en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros, cuando la divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal de esa persona.

La pena se impondrá en su mitad superior cuando los hechos hubieran sido cometidos por el cónyuge o por persona que esté o haya estado unida a el por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, la víctima fuera menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección, o los hechos se hubieran cometido con una finalidad lucrativa».

II. LA INTIMIDAD COMO OBJETO DE PROTECCIÓN EN EL CAPÍTULO I, DEL TÍTULO X DEL CÓDIGO PENAL

El interés protegido bajo el capítulo I, del título X, CP, es la intimidad², lo que comprende los derechos a la propia imagen y al secreto de las comunicaciones. De hecho, el derecho a la propia imagen no es objeto de protección penal específica y autónoma, sino que se protege a través del derecho a la intimidad –y también del derecho al honor–; esto es, la utilización de la imagen de una persona, sin su consentimiento, si no lesiona o pone en peligro su intimidad –o su honor– no es objeto de sanción penal. E, igualmente, el secreto de las comunicaciones se protege penalmente en la medida en que la violación de este derecho afecta a la intimidad: la utilización de artificios técnicos de grabación del sonido o de la imagen, si no lesiona o pone en peligro la intimidad no será objeto de sanción penal.

Conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional, el derecho a la intimidad personal tiene por objeto «garantizar un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana»; este derecho –afirma el Tribunal– atribuye a su titular un poder de control sobre la información relativa a su vida privada o, lo que es lo mismo, «el poder jurídico de imponer a terceros el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima y la prohibición de hacer uso de lo así conocido». Por lo demás, el Tribunal ha precisado que la intimidad protegida en el artículo 18.1 CE no se reduce necesariamente a la que se desarrolla en un ámbito doméstico o privado³.

El alcance de este derecho, no obstante, se encuentra delimitado por el de otros derechos y bienes constitucionales; especialmente, por el ejercicio de las libertades de expresión e información reconocidas en el artículo 20 de la Constitución⁴.

Así pues, el Tribunal Constitucional ha configurado el derecho a la intimidad como un derecho autónomo que otorga a su titular un poder de control sobre la información relativa a la vida privada, sin que dicho control se cons-

² No obstante, la incorporación del artículo 197 bis CP dentro de este capítulo I ha llevado a algunos autores a incluir, junto a la intimidad, un nuevo bien jurídico: la seguridad de los sistemas informáticos y de las redes. Sobre esto véase DOVAL PAIS, A., y ANARTE BORRALLO, E., «Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio (1)», en BOIX REIG, J., *Derecho Penal, Parte Especial*, V. I, 2.^a ed., Madrid (Iustel), 2020, p. 495.

³ STC 25/2019, de 28 de febrero, F. J. 4.º, con referencia a las SSTC 77/2009, de 23 de marzo, F. J. 2.º y 12/2012, de 30 de enero, F. J. 5.º, entre otras.

⁴ SSTC 37/89, de 15 de febrero, F. J. 7.º; 207/1996, de 16 de diciembre, F. J. 3.º; 70/2002, de 3 de abril, F. J. 10.º; y 25/2019, de 28 de febrero, F. J. 7.º

triña necesariamente a la información referente al ámbito doméstico o privado. Sin embargo, desde el punto de vista penal y por razones de proporcionalidad y de intervención mínima, en mi opinión, la concreción de la esfera de la intimidad que debe ser protegida a través de los delitos de descubrimiento y revelación de secretos ha de desarrollarse en un ámbito más restringido: el interés protegido penalmente ha de afectar a los aspectos más íntimos de la vida privada. Fuera de este ámbito reducido, la protección ha de corresponder a las vías civil y administrativa.

Lo anterior me lleva a establecer la distinción entre la idea de intimidad en sentido amplio (o privacidad), que haría referencia a ese poder de control sobre cualquier aspecto de la vida privada; y la intimidad en sentido estricto, que haría referencia a ese poder de control pero limitado a una esfera mucho más restringida, la que se desarrolla en el ámbito más íntimo y privado de la vida de las personas y que debería ser el objeto de protección por el Derecho penal (sería un subconjunto dentro del conjunto que representa la intimidad en sentido amplio).

Es cierto que no es sencillo delimitar cuál podría ser ese ámbito restringido. Para ello habrá que atender a las circunstancias que rodean el hecho como, por ejemplo, el lugar en el que se desarrolla la actividad de la persona (ha de ser un ámbito reservado a la intimidad) o que el hecho afecte a lo que de acuerdo con los usos sociales representa la esfera más íntima de la vida personal.

No obstante, en relación con lo anterior, hay al menos dos cuestiones controvertidas. La primera es la ambigüedad existente respecto de lo que deba entenderse por un «ámbito reservado a la intimidad», a pesar de que se trata de un elemento que puede marcar la línea divisoria entre el ilícito civil y el penal. Así, mientras el Tribunal Supremo no ha considerado como un lugar reservado a la intimidad un despacho profesional⁵, sin embargo, el Tribunal Constitucional en relación con grabaciones realizadas en las dependencias comunes de un hotel ha apreciado, en un caso que había sido dirimido en el ámbito civil, infracción del derecho a la intimidad, por considerar que en tal lugar se desarrolla una «faceta estrictamente reservada de la vida privada»⁶. La solución, ine-

⁵ Así lo ha entendido, en el ámbito penal, la STS 652/2016, de 15 de julio, F. J. 8.º Para una referencia a otras resoluciones en este mismo sentido puede verse, JUANATEY DORADO, C., y DOVAL PAIS, A., «Límites a la protección de la intimidad frente a la grabación de conversaciones o imágenes», en *La protección jurídica de la intimidad*, Madrid (Iustel), 2010, pp. 147-148.

⁶ STC 176/2013, de 21 de octubre, F. J. 7.º

vitiblemente, pasa por atender a todas las circunstancias del hecho y a las expectativas razonables de privacidad de la persona o personas afectadas⁷.

La segunda cuestión es la delimitación de la esfera más íntima de la vida personal. Estamos ante un concepto inevitablemente vago que presenta contornos difusos. En principio, el criterio podría ser entender que lo que caracteriza a este concepto son los aspectos relativos al llamado «núcleo duro» de la intimidad (esto es, los relativos a la ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual –art. 197.5 CP–). Pero esto no parece satisfactorio: por un lado, aun tratándose de información o imágenes que afecten a este núcleo es posible que, una vez valoradas las circunstancias concretas del caso, por razones de proporcionalidad e intervención mínima, el hecho deba quedar al margen del Derecho penal (por ejemplo, imágenes de la persona rezando en su domicilio); y, por otro lado, es posible que las imágenes, aun no perteneciendo al núcleo duro de la intimidad, puedan afectar a esa esfera más íntima de la vida personal que se desea mantener al margen del conocimiento de los demás (por ejemplo, una imagen de la persona en un lugar apartado realizando algún tipo de acción en la que, normalmente, ni ella ni nadie en su lugar, de acuerdo con los usos sociales, desearía ser vista⁸). Es obvio que habrá casos que no presenten dificultades a la hora de incluirlos bajo ese ámbito más íntimo de la vida personal, pero otros pueden presentar dudas, y para resolver esas dudas habrá que atender, inevitablemente, a todos los elementos del hecho y a una valoración que permita concretar si, de acuerdo con los usos sociales, se trata de aspectos verdaderamente íntimos de la vida personal.

El criterio propuesto choca con la existencia de la agravante recogida en el artículo 197.5 CP que incrementa la pena de algunos de los delitos previstos en el artículo 197 CP, cuando la conducta afecte precisamente a ese núcleo duro de la intimidad. Por ello, *de lege ferenda* lo razonable sería, en mi opinión, un cambio legislativo que suprimiese la agravante del artículo 197.5 CP y modificase el artículo 197 CP en el sentido de requerir expresamente que las conductas ahí reguladas supongan un atentado grave a la intimidad⁹. Esto in-

⁷ Por ejemplo, este podría ser el caso que se conoció a través de la prensa, en septiembre de 2021, de las mujeres que en una romería, ante la inexistencia de aseos, se retiraron a orinar en un lugar apartado y fueron grabadas sin su consentimiento para, posteriormente, publicar sus imágenes en páginas porno a través de internet. Me parece claro que las mujeres decidieron no orinar a la vista del público y buscaron un lugar apartado en el que ni ellas ni cualquier persona en su lugar podía prever que pudieran ser objeto de una grabación; en mi opinión, en este supuesto hay una expectativa de privacidad más que razonable.

⁸ Desde mi punto de vista, este sería también el caso mencionado en la nota anterior: la acción de orinar no entra dentro de ese núcleo duro de la intimidad y, sin embargo, es una acción que se encuadra, de acuerdo con los usos sociales, en el ámbito más íntimo de la vida personal.

⁹ En este orden de cosas, el Tribunal Supremo ya viene haciendo una interpretación restrictiva del artículo 197.2 que se orientaría en este sentido. Según el Tribunal, en principio, el mero acceso a datos no

cluirá normalmente los ataques al núcleo duro de la intimidad, aunque no siempre y no solo. De manera que, como he señalado, deberían quedar fuera del tipo aquellos supuestos que aun afectando al núcleo duro de la intimidad no representen un atentado grave a este derecho y, por el contrario, deberían incluirse aquellos supuestos que no afectando al núcleo duro de la intimidad sí representen un atentado grave.

En definitiva, desde mi punto de vista, para poder valorar la posible existencia de una vulneración del derecho a la intimidad relevante penalmente será necesario, en todo caso, un juicio de ponderación específico que atienda, entre otras cosas, a la forma de actuar, al lugar en el que se desarrolle el hecho y a los aspectos de la vida personal que se vean involucrados. De manera que, un caso que caería claramente bajo el tipo penal sería, por ejemplo, cuando con ánimo de vulnerar la intimidad se realizan grabaciones con un teleobjetivo en las duchas de un polideportivo y se obtienen imágenes de los cuerpos desnudos de personas perfectamente reconocibles; mientras que no me parece que debieran incluirse los supuestos en los que aun tratándose de imágenes obtenidas sin consentimiento de las personas afectadas, por ejemplo, en las dependencias comunes de un hotel o incluso en un domicilio, el contenido de la grabación no tiene que ver con el ámbito más íntimo de la persona (por ejemplo, se ve a la persona leyendo en un sillón o cocinando). A mi juicio, por tanto, la respuesta penal debería estar reservada para los casos más graves, esto es, los mencionados en primer lugar, y en los otros, los mencionados en segundo lugar, debería optarse por la vía civil.

En conclusión, es la intimidad en sentido estricto, a mi juicio, el ámbito de la intimidad que debe protegerse a través del artículo 197.7 CP. En este precepto se exige que las imágenes o grabaciones audiovisuales se hayan obtenido en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros y que se cause un menoscabo grave de la intimidad. Esto es, solo si la conducta afecta a ese ámbito restringido de la intimidad cabe hablar de un grave menoscabo de acuerdo con lo establecido en este precepto que paso a comentar.

sensibles no causa el perjuicio requerido en el tipo (salvo que se acredite lo contrario) y por tanto la conducta será impune; sin embargo, el mero acceso a datos sensibles –197.5 CP– sí causa el perjuicio típico y, en consecuencia, esta conducta será punible, lo que significa, de acuerdo con la interpretación del Tribunal, que no sería de aplicación la agravante del artículo 197.5 por considerar que lo contrario vulneraría el *ne bis in idem* (SSTS 532/2015, de 23 de septiembre, F. J. 5.º; 476/2020, de 25 de septiembre, F. J. 4.º y 260/2021, de 22 de marzo, F. J. 1.º

III. REVELACIÓN NO CONSENTIDA DE IMÁGENES O GRABACIONES AUDIOVISUALES (ART. 197.7 CP)

La peculiaridad de las conductas reguladas bajo el artículo 197.7 CP, a diferencia de las previstas en el artículo 197.1 CP, es que las imágenes o las grabaciones audiovisuales han de haber sido obtenidas con el consentimiento de la persona afectada, pero ese consentimiento se otorga –ya sea de forma explícita o implícita– para un uso privado y, sin embargo, posteriormente, una de las partes implicadas en la grabación la difunde sin el consentimiento de la otra. No hay duda de que este es un caso en el que puede haber un menoscabo muy importante de la intimidad y de la imagen que no es consentido. Quien consiente la grabación no está aceptando –al menos, no necesariamente– cualquier uso que pueda hacerse de ella.

Hasta la reforma del Código penal efectuada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, que introdujo el artículo 197.7 CP, se entendía mayoritariamente que todos estos casos, al haber consentimiento de la víctima para la obtención de las imágenes o de las grabaciones, quedaban fuera de la protección penal de la intimidad¹⁰; y ello a pesar de que pueden llegar a ser más graves desde el punto de vista de la afectación de este derecho, que aquellos otros en los que la grabación se realiza sin consentimiento de la persona o personas grabadas. La gravedad dependerá –entiendo– del contenido de la grabación y del uso que pueda hacerse de ella¹¹. No es lo mismo la difusión no consentida en redes sociales de una grabación obtenida con la anuencia de la persona interesada durante una fiesta de cumpleaños privada, en la que no se aprecien aspectos verdaderamente íntimos de las personas, que la difusión no consentida de una grabación de una relación sexual, aunque esta haya sido obtenida con el asentimiento de la persona grabada.

Tras la introducción del artículo 197.7 CP por la LO 1/2015 habrá que entender que, en general, la revelación o difusión no consentidas de imágenes o grabaciones audiovisuales que han sido obtenidas con la anuencia –expresa

¹⁰ DOVAL PAIS, A., y ANARTE BORRALLO, E., 2020, p. 527; MORALES PRATS, F., «Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio», en *Comentarios al Código Penal Español*, T. I, 7.ª ed., Pamplona (Aranzadi), 2016, pp. 1466-1469. En sentido opuesto, LLORIA GARCÍA, P., «Delitos y redes sociales: los nuevos atentados a la intimidad, el honor y la integridad moral (especial referencia al sexting)», *LLP*, núm. 105, pp. 5 ss; DE LA MISMA, *Violencia sobre la mujer en el siglo XXI. Violencia de control y nuevas tecnologías*, Madrid (Justel), 2020, pp. 116-124.

¹¹ JUANATEY DORADO, C., y DOVAL PAIS, A., (2010), pp. 160-164. Véase también DOVAL PAIS, A., y JUANATEY DORADO, C., «Revelación de hechos íntimos que afectan al honor y (o) a la propia imagen», en *Constitución, derechos fundamentales y Sistema penal (semblanzas y estudios con motivo del setenta cumpleaños del Profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2009, pp. 545-567.

o tácita— de la persona afectada para un uso exclusivamente privado podrán ser objeto de reclamación por la vía civil (art. 7, LO 1/82); pero algunos de estos supuestos, especialmente graves, caerán bajo el ámbito de aplicación del artículo 197.7 del Código penal¹².

La introducción de este tipo penal ha dado lugar a una controversia doctrinal entre quienes afirman que este precepto supone una intervención penal excesiva que vulnera los principios de proporcionalidad y de intervención mínima¹³, y aquellos otros que defienden la necesidad de regular penalmente estas conductas debido a su gravedad desde el punto de vista del grado de afectación del derecho a la intimidad¹⁴. A mi juicio, este tipo penal viene a cubrir un vacío legal que dejaba fuera de la intervención penal conductas que pueden menoscabar de forma profunda la intimidad. Pero debe ser interpretado de forma restrictiva y aplicado a comportamientos verdaderamente graves.

En todo caso, curiosamente, el Tribunal Supremo ha estimado parcialmente un recurso de casación y sustituido la calificación de los hechos hecha por el Tribunal de instancia como un delito de elaboración y exhibición de

¹² Sobre el desacierto del uso del término «sexting» para hacer referencia a las conductas recogidas bajo este precepto, VILLACAMPA ESTIARTE, C., «Sexting: prevalencia, características personales y conductuales y efectos en una muestra de adolescentes en España», *RGDP*, núm. 25, 2016, p. 2. Además, el tipo alude a cualquier tipo de imagen o grabación audiovisual, no necesariamente de carácter sexual, cuya revelación pueda afectar gravemente a la intimidad personal; de esta misma opinión, LLORIA GARCÍA, P., 2020, p. 115; DE LAS HERAS VIVES, L., «Comentario al art.197.7 CP cinco años después de su entrada en vigor tras la primera sentencia del Tribunal Supremo que lo interpreta», *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, núm. 60, 2020, p. 122.

¹³ Críticos con esta reforma, MORALES PRATS, F., 2016, pp. 1466-1468; DOVAL PAIS, A., y ANARTE BORRALLO, E., «Efectos de la reforma de 2015 en los delitos contra la intimidad», *DLL*, núm. 8744, 2016, pp. 1-7; CASTELLÓ NICAS, N., «Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, delitos contra el honor», en *Estudios sobre el Código penal reformado (Leyes orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Madrid (Dykinson), 2015, pp. 499-500; DE LAS HERAS VIVES, L., 2020, pp. 149-156.

¹⁴ Defienden la introducción de este precepto en el Código penal, CARRASCO ANDRINO, M.; MOYA FUENTES, M., y OTERO GONZÁLEZ, M., «Delitos contra la intimidad» en *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2013, p. 709; GUIASOLA LERMA, C., «Intimidad y menores: consecuencias jurídico penales de la difusión del sexting sin consentimiento tras la reforma del Código penal operada por la LO 1/2015», en *Menores y redes sociales*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2016, p. 299; ALONSO ESCAMILLA, A., «La reforma de los delitos contra la intimidad», en *Represión penal y Estado de Derecho. Homenaje al Profesor Gonzalo Quintero Olivares*, Pamplona (Aranzadi), 2019, pp. 767-768; TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., «El nuevo delito de difusión de imágenes o grabaciones obtenidas con consentimiento», en *Comentarios prácticos al Código Penal*, T. II, Pamplona (Aranzadi), 2015, p. 670. Por su parte, VALEIJE ÁLVAREZ ya criticó en su día la selección de conductas típicas contra la intimidad, que dejaba fuera supuestos como el que estamos tratando, en «Intimidad y difusión de imágenes sin consentimiento», en *Constitución, derechos fundamentales y Sistema penal (semblanzas y estudios con motivo del setenta cumpleaños del Profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2009, pp. 1872-1873.

pornografía infantil [art. 189.1 b) CP] por la calificación de un delito del artículo 197.7 CP por considerar este último más beneficioso para el reo¹⁵.

La conducta consiste en *difundir, revelar o ceder a terceros* las imágenes o las grabaciones, lo que significa que ha de suponer su traspaso a terceras personas no presentes en las escenas correspondientes. La conducta de difusión es la que conlleva una mayor lesión del bien jurídico en la medida en que implica su distribución a un amplio número de personas (por medio de las redes sociales, correo electrónico, mensaje de móvil, etc.). La cesión y la revelación no requieren necesariamente su traspaso a un amplio número de personas, bastaría con una cesión o revelación a varias o incluso solo a una.

En relación con esto, el Tribunal Supremo ha afirmado que mientras que el vocablo «difundir» ha de entenderse como sinónimo de extender, propagar o divulgar a una pluralidad de personas, las expresiones «revelar» o «ceder» son perfectamente compatibles con una entrega restringida a una única persona. Y, en concreto, ha señalado que el requisito de la difusión queda cumplido cuando, sin autorización de la persona afectada, se inicia la cadena de difusión, siendo indiferente que la imagen sea remitida a una o más personas. Este fue el argumento que empleó para considerar subsumible bajo este tipo penal el envío sin autorización de la foto de una amiga, en la que estaba desnuda, al compañero sentimental de esta; la fotografía había sido enviada por la mujer a su amigo anteriormente¹⁶.

En mi opinión, si la cesión es a una única persona habría que ver si la respuesta penal resulta o no desproporcionada: la cesión a una sola persona puede no representar un daño importante a la intimidad, salvo en supuestos en los que, por ejemplo, eso se traduzca en una pérdida de control sobre la imagen o la grabación que genere un riesgo muy alto de mayor afectación. Todo esto ha de ser tenido en cuenta a la hora de valorar la gravedad del menoscabo de la intimidad personal, lo que podría llevar, en su caso, a la inaplicación del precepto por la ausencia de este elemento típico. De hecho, en lo que parece un *lapsus* del legislador, el propio precepto al referirse a la gravedad del menoscabo alude únicamente a la divulgación. Por esta razón, no comparto la calificación de «grave menoscabo de la intimidad» el envío por el exmarido de un vídeo al padre de su exmujer en el que aparecía esta última consumiendo cocaína y que había sido

¹⁵ STS 37/2021, de 21 de enero, F. J. 4.º En este caso, la víctima, una niña de 15 años, había enviado a su novio a través de *WhatsApp* varias fotografías en las que aparecía desnuda y en algunas de ellas, masturbándose. Rota la relación él enseñó estas imágenes a dos personas. Aunque los hechos habían tenido lugar con anterioridad a la entrada en vigor del artículo 197.7, el Tribunal aplicó el principio de retroactividad favorable al reo.

¹⁶ STS 70/2020, de 24 de febrero, F. J. 2.º Véase también la STS 37/2021, de 21 de enero, F. J. 4.º

obtenido en su día con el consentimiento de ella¹⁷. Aunque la conducta vulnera claramente la intimidad de la denunciante, el hecho de que el envío se haya limitado al padre de esta disminuye sustancialmente el riesgo de mayor afectación a la intimidad y la imagen captada tampoco representa, en mi opinión, una intromisión en la esfera más íntima de la vida personal, aunque sea un aspecto de la misma que se prefiera mantener fuera del conocimiento de terceros por su connotación socialmente negativa. La combinación de ambos elementos debería llevar a considerar injustificada la respuesta penal en este caso concreto.

El tipo penal, además, requiere que lo que se difunda, ceda o revele sean imágenes o grabaciones audiovisuales. Esto es, lo que realmente importa es que se trate de imágenes. Las grabaciones de sonido (sin imágenes) quedarían fuera del tipo penal, aunque aludan a aspectos verdaderamente íntimos de la persona. Tras esta restricción está la apreciación de que son las imágenes las que pueden dañar de forma más grave la intimidad de la persona¹⁸, pero ha de tratarse de imágenes reales (fotografías, vídeos, etc.) sin que puedan incluirse dibujos, pinturas o representaciones semejantes de la imagen¹⁹. Y, desde luego, por razones de coherencia y proporcionalidad, deben considerarse incluidas tanto las imágenes captadas por quien las revela, cede o difunde como las recibidas de la persona o personas afectadas²⁰, a pesar de que la dicción literal podría llevar a entender que solo serían relevantes penalmente las mencionadas en primer lugar. Aunque este aspecto ha dado lugar a resoluciones contradictorias por parte de las Audiencias Provinciales²¹, el Tribunal Supremo ha declarado que la obtención de las imágenes puede tener muy diferentes oríge-

¹⁷ SAP de Madrid, 772/2019, de 2 de diciembre.

¹⁸ En trabajos anteriores con Doval Pais ya observamos un diferente tratamiento jurisprudencial de los casos según se tratase de grabación de conversaciones –en general más benévolo– o de escenas, en JUANATEY DORADO, C., y DOVAL PAIS, A., (2010), pp. 127-169; y en DOVAL PAIS, A., y JUANATEY DORADO, C., «Consecuencias jurídicas del uso de cámaras ocultas y problemas de la STC 12/2012, de 30 de enero», en *Nuevos conflictos Sociales. El papel de la privacidad*, Madrid (Iustel), 2015, pp. 219-240.

¹⁹ En otro sentido, De las Heras Vives quien incluye incluso imágenes en pinturas hiperrealistas o superrealistas, 2020, p. 137. En mi opinión, la pintura no refleja una imagen real, aunque sea hiperrealista y, en consecuencia, no afecta a la intimidad; cabría, en su caso, apreciar una infracción del derecho al honor.

²⁰ De esta misma opinión, MORALES PRATS, F., 2016, pp. 1468-1469; COLÁS TURÉGANO, A., «Nuevas conductas delictivas contra la intimidad (arts. 197; 197 bis; 197 ter)», en *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2015, p. 668; RODRÍGUEZ LAÍNZ, J. L., «Aspectos sustantivos y procesales del nuevo delito contra la intimidad del art. 197.7 del Código penal», en *Práctica penal: cuaderno jurídico*, núm. 85, 2016, pp. 19-26; DOVAL PAIS, A., y ANARTE BORRALLA, E., (2020), p. 529.

²¹ Así, por ejemplo, exige «la captación de la imagen o de la grabación directamente por el sujeto activo del delito con la anuencia de la víctima», SAP de Barcelona, 302/2017, de 24 de abril, F. J. 3.º; en este mismo sentido, la SAP de Navarra, 165/2018, de 26 de junio, F. J. 2.º Sin embargo, la AP de Valencia aceptó la existencia del delito en un supuesto de envío de una fotografía de su expareja desnuda a la madre de esta, a pesar de que la fotografía se la había enviado la propia víctima al acusado durante su relación, SAP, 488/2016, de 25 de noviembre, F. J. 2.º; en el mismo sentido, la SAP de Burgos, 130/2021, de 19 de abril, F. J. 1.º

nes: obtiene la imagen –afirma– tanto quien fotografía o graba el vídeo en el que se exhibe algún aspecto de la intimidad, como quien recibe la imagen cuando es remitida voluntariamente por la víctima valiéndose para ello de cualquier medio convencional o de un programa de mensajería instantánea que opere por redes telemáticas²².

Y, en particular, en relación con esto, el Tribunal Supremo ha indicado que la exigencia típica de que las imágenes hayan sido obtenidas en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de terceros debe interpretarse como la pretensión del legislador, si bien expresada con una deficiente técnica legislativa, de subrayar y reforzar el valor excluyente de la intimidad; e, igualmente, la exigencia de que la obtención se verifique «fuera del alcance de terceros», no debe excluir, de acuerdo con el Tribunal, aquellos supuestos en los que la imagen captada reproduzca una escena con más de un protagonista²³, lo que, a mi juicio, resulta absolutamente razonable.

El hecho de que el tipo penal requiera que se actúe sin autorización significa que el mero hecho de haber obtenido o captado las imágenes o escenas audiovisuales con el consentimiento de las personas implicadas no permite presumir que ese consentimiento alcanza a una posible revelación, cesión o difusión posterior; al contrario, la presunción es en contra y solo si hay autorización se excluirá el tipo penal. Hay que tener en cuenta que estamos hablando de imágenes o grabaciones que han de suponer una muy grave afectación de la intimidad, que una vez reveladas o difundidas es verdaderamente difícil la reparación del daño²⁴.

De hecho, el tipo requiere que se produzca un «grave menoscabo» de la intimidad personal. Y, como ya he ido indicando, para valorar la gravedad deberán tenerse en cuenta aspectos como: el lugar en el que se haya llevado a cabo la obtención de la grabación o de la imagen y las expectativas de privacidad que conlleve dicho lugar, en atención a la hora, las mayores o menores facilidades para el acceso de terceras personas y, en general, todas las vicisitudes que rodeen el hecho; el contenido de la revelación y sus consecuencias para la persona desde el punto de vista de su intimidad²⁵; así como el alcance de la revelación bien por el número de personas a las que se les ha traspasado

²² STS 70/2020, de 24 de febrero, F. J. 2.º En este mismo sentido, la STS 37/2021, de 21 de enero, F. J. 4.º

²³ SSTS 70/2020, de 24 de febrero, F. J. 2.º, y 37/2021, de 21 de enero, F. J. 4.º

²⁴ Lloria García entiende que el consentimiento ha de ser expreso, 2020, pp. 116-124.

²⁵ En relación con esto, la AP de Cádiz rechazó la calificación de atentado «grave» a la intimidad el envío de una fotografía con la imagen de una mujer desde el escote hasta medio muslo, en ropa interior, en situación de posado ladeado, sin señal alguna que permitiese identificar a la persona, SAP 35/2020, de 28 de enero, F. J. 2.º

o por la cualidad de esas personas. Estamos ante un elemento fundamental del precepto que debe ser interpretado de forma restrictiva y debidamente motivado a la hora de su aplicación, de manera que solo los casos verdaderamente graves generen responsabilidad penal²⁶. Es cierto que, como se ha señalado críticamente, estamos ante una cláusula valorativa indeterminada²⁷, pero, desde mi punto de vista, se trata de una referencia inevitable dadas las características del bien jurídico intimidad, que tiene contornos difusos, por lo que su afectación va a depender de muy diversas circunstancias que pueden concurrir en el hecho y que pueden ser determinantes de la gravedad.

Para terminar, me parece interesante resaltar que, una gran parte de los casos de grabaciones audiovisuales relativas a aspectos íntimos y obtenidas sin el consentimiento de las personas afectadas (que podrían ser sancionadas con arreglo al artículo 197.1 CP), son dilucidados fundamentalmente en la vía civil; sin embargo, la vía preferentemente elegida por los afectados por casos que, en principio, podrían caer bajo el ámbito del artículo 197.7 es la denuncia penal, lo que puede apreciarse en el importante número de resoluciones judiciales relativas a este delito desde su entrada en vigor. Tratándose de delitos perseguibles a instancia de parte, esto parece mostrar que estos supuestos son percibidos por las propias víctimas como más graves.

²⁶ En esta línea, la AP de Barcelona declaró, en contra de lo que había determinado el Juzgado de instancia, que no puede calificarse como «grave menoscabo» de la intimidad el envío de fotos y un vídeo a un familiar de la expareja, en los que se revelaba la relación sentimental que el acusado había mantenido con aquella, circunstancia que esta deseaba mantener al margen del conocimiento de su familia. La Audiencia, con buen criterio, consideró que el Derecho penal no puede proteger la expectativa de que la existencia de una relación sentimental no será revelada a terceros por el otro miembro de la relación, SAP 302/2017, de 14 de abril, F. J. 2.º Más discutible puede resultar la resolución de la AP de Valencia que aceptó que el envío de una fotografía de su expareja desnuda a la madre de esta supone una vulneración grave de la intimidad, SAP 488/2016, de 25 de noviembre, F. J. 2.º Dado que el envío de la fotografía se limitó a la madre de su expareja, no creo que esto suponga un atentado grave a la intimidad constitutivo de un ilícito penal y no meramente civil.

²⁷ Morales Prats afirma que el único recorte típico en la esfera de la incriminación viene dado por esta cláusula valorativa indeterminada que genera inseguridad jurídica y que hace bascular la existencia o no de la conducta delictiva en la libre valoración del juzgador, 2016, p. 1467.

PUNIBILIDAD DE LA OFERTA DE UNA PROMOCIÓN PROFESIONAL COMO CONTRAPRESTACIÓN POR ACTOS SEXUALES*

LOTHAR KUHLEN

Desde 2017, el movimiento *MeToo* viene llamando la atención mundial sobre el aprovechamiento de posiciones de poder para hacer posible los contactos sexuales. Las formas de comportamiento incriminadas van desde las malas formas hasta la violación. En muchos casos, el Derecho penal ha ido expandiéndose y endureciéndose para proteger mejor, en particular, aunque no sólo, la autodeterminación sexual de las mujeres. En Alemania, esto tuvo lugar en 2016 principalmente a través de la 50.^a Ley de Reforma del Código Penal [50. *Strafrechtsänderungsgesetz*]¹. Desde entonces, las agresiones sexuales, las coacciones sexuales y la violación son punibles en virtud del § 177 StGB². Además, otros tipos penales tradicionales también han conservado su importancia en este contexto. Así lo ilustra una decisión del BGH de 7 de abril de 2020³.

* Título original *Strafbarkeit des Angebots einer Karriereförderung als Gegenleistung für sexuelle Handlungen*. Traducción a cargo de Vicente Valiente Ivañez.

¹ Al respecto, véanse las indicaciones en FISCHER, T., *StGB*, 68.^a ed., 2021, § 177 núm. 1-1b.

² En lo que sigue, los párrafos sin referencia a la ley se corresponden con los del StGB.

³ BGHSt 64, 301 = BGH JR 2020, 628 con comentario de Kuhlen = BGH NStZ 2020, 669 con comentario de Bock. Esta contribución se basa en el comentario de la sentencia en JR 2020, pp. 630 ss., así como en KUHLEN, L., «Die «Nötigung zur Bestechlichkeit» und die «Nötigung zur Bestechung»», JR 2021, pp. 295 ss. [N. del T.: con independencia de las particularidades propias, es posible establecer la siguiente relación de equivalencias entre los órganos de la jurisdicción penal de Alemania y España: el *Amtsgericht* (AG) sería el equivalente alemán al Juzgado de Primera Instancia e Instrucción; el *Landgericht* (LG) sería el equivalente a la Audiencia Provincial; el *Oberlandesgericht* (OLG) sería el equivalente al Tribunal Superior de Justicia; finalmente, el *Bundesgerichtshof* (BGH) sería el equivalente al Tribunal Supremo.]

I. LA DECISIÓN DEL BGH

La decisión se basó en el siguiente caso. El acusado A era el jefe de una autoridad policial local y, como tal, tenía influencia en las decisiones de personal de la jefatura superior de la policía. M, como empleada de la policía, participó en un «programa de *mentoring*», «cuyo objetivo político era facilitar la carrera profesional de las mujeres y, en particular, su acceso a puestos de dirección»⁴. En el contexto de este programa, tuvo una entrevista con A. Tras la entrevista, A manifestó que había un puesto en su administración en el que podía imaginarse a M trabajando y le preguntó si estaría interesada en trasladarse a esta administración en la que podría hacer carrera. A continuación, preguntó a M si «quería “acostarse en lo alto” [*sich hochschlafen*] o “acostarse hacia arriba” [*nach oben schlafen*], lo que, en respuesta a la reacción de sorpresa que tuvo ella, especificó preguntándole si “para ello” estaría dispuesta a acostarse en lo alto o acostarse hacia arriba»⁵. De este modo, vinculó deliberadamente la oferta de una promoción profesional a M a que ella se acostara con él. M rechazó esta oferta.

El LG Braunschweig condenó a A por un delito de cohecho (§ 332) a una multa de 120 cuotas. El BGH desestimó el recurso contra esta sentencia.

II. EL COHECHO PASIVO PROPIO (§ 332 STGB)⁶

1) Es correcta la suposición de que A cometió un delito de cohecho pasivo propio.

a) A pudo ser autor de un delito de cohecho por su condición de «funcionario público», tal como exige el § 332.

b) La propuesta de que M se acostara con él debe haber tenido como objetivo una «ventaja». Según la jurisprudencia reiterada del RG y del BGH, «la prestación de servicios sexuales» es una «ventaja en el sentido del delito de

⁴ BGH JR 2020, 629 (núm. 2).

⁵ BGH JR 2020, 629 (núm. 4). [N. del T.: las expresiones alemanas *sich hochschlafen* y *nach oben schlafen* se emplean con un mismo significado cuando lo hacen en el contexto de las relaciones laborales/profesionales, a saber, acostarse con alguien para obtener un (mejor) puesto laboral.]

⁶ Conforme al § 332 (1), un funcionario público puede ser condenado si «exige, se deja prometer o acepta una ventaja para sí mismo o para un tercero como contraprestación por el hecho de haber ejecutado o ejecutar en el futuro una acción de servicio y por esa vía haber infringido o llegar a infringir sus deberes de servicio».

cohecho»⁷. Se trata, en efecto, del caso estándar de mejora inmaterial que el legislador quiso incluir en el concepto de ventaja⁸.

c) A tiene que haber «exigido» la ventaja a M⁹. Al respecto, A preguntó a M si estaría dispuesta a «acostarse en lo alto» o «acostarse hacia arriba». Aunque esta expresión se disfrazara en forma de pregunta, se nos presenta, teniendo en cuenta el contexto, al menos como una propuesta para que M se acueste con A. Sin embargo, en la literatura se requiere más para poder hablar de una exigencia. Según Korte, es necesario que a través de su petición el funcionario público «quiera ejercer una presión sobre el [potencial] benefactor»¹⁰. En el caso no es evidente tal presión, ya que A ni siquiera sugirió que fuera a causar desventajas profesionales a M si esta no accedía a su petición.

Los autores que rechazan el requisito de la presión¹¹ exigen, en cambio, que la correspondiente petición se haya hecho con cierta firmeza¹². Dado que el § 332 no protege la libre voluntad del destinatario de la exigencia y, por tanto, no exige que se ejerza presión sobre el, a mi juicio es necesario y suficiente con que la petición y su vinculación a una contraprestación relacionada con el servicio público se formulen de forma clara y seria. Como director de una jefatura de policía, A ocupaba una posición de mando que le permitía influir en la carrera profesional de M, la cual simplemente aspiraba a ese puesto. Es por ello que su propuesta puede tomarse en serio. De hecho, fue repetida y precisada cuando M, sorprendida, preguntó, por lo que también se formuló claramente. En consecuencia, A expresó clara y seriamente su petición a M, es decir, exigió como ventaja que M mantuviera relaciones sexuales con el.

d) La potencial promoción de la carrera de M tiene que haber sido «una acción de servicio» [*Diensthandlung*]. A podía «expresar sus preferencias y sugerencias en materia de personal» a la jefatura de policía competente a la hora de cubrir los puestos de su departamento, y ya lo había hecho en ocasiones anteriores¹³. Al preguntar a M si estaría interesada en ser destinada a esta comisaría de policía, le ofreció, por tanto, la posibilidad de utilizar su posición oficial para garantizar que M fuera contratada allí, es decir, un actuar propio

⁷ BGH JR 2020, 629 (núm. 20).

⁸ Al respecto, KUHLEN, L., «§ 331», en Kindhäuser, U.; Neumann, U., y Paeffgen, H. U. (eds.), *Nomos Kommentar zum StGB*, 5.ª ed., 2017 (*NK-StGB*), núm. 44 ss.

⁹ La decisión del BGH pasa por alto este presupuesto del tipo de delito. Críticamente, KUHLEN, L., *JR* 2020, p. 631; BOCK, D., *NSz* 2020, pp. 671 s.

¹⁰ KORTE, M., «§ 331», en *Münchener Kommentar zum StGB*, 3.ª ed., 2018, núm. 72, con ulteriores referencias.

¹¹ Así, SOWADA, C., «§ 331», en *Leipziger Kommentar zum StGB*, 12.ª ed., 2009, núm. 22; KUHLEN, L., *NK-StGB*⁵, § 331 núm. 20, n. 71.

¹² Así, KUHLEN, L., *NK-StGB*⁵, § 331 núm. 20.

¹³ BGH JR 2020, 629 (núm. 2).

de servicio. Ello fue suficientemente específico¹⁴, y, por ende, una acción de servicio.

e) Esta acción de servicio tiene que haber sido «contraria a deber». Dado que A supeditó el favorecimiento de M a que esta se acostara con él, el incumplimiento del deber de este favorecimiento no fue problemático.

f) Por último, A tiene que haber exigido la ventaja «como contraprestación por» la acción de servicio. En este caso se puede afirmar sin más la relación o equivalencia requerida. Ello se deriva ya de los términos «acostarse en lo alto» o «acostarse hacia arriba» utilizados por A, que expresan la vinculación del acto sexual con la promoción profesional de la persona implicada.

2. Los partidarios del movimiento *MeToo* pueden estar satisfechos con el resultado obtenido hasta ahora: la responsabilidad penal de A por cohecho. Sin embargo, A no ha sido condenado por el vínculo moralmente ofensivo entre la promoción profesional y el sexo, sino porque actuó como funcionario público y, por tanto, comprometió la integridad de la función pública. Esto tiene dos consecuencias prácticas que podrían considerarse problemáticas.

En primer lugar, si M hubiera aceptado la oferta de A, habría sido igualmente susceptible de ser condenada, concretamente por «cohecho activo propio» (§ 334). Esto se debe a que la inclusión de los beneficios inmateriales en el concepto de ventaja no solo incrimina al funcionario público, sino también a la persona que otorga o promete dichos beneficios, por ejemplo, los actos sexuales¹⁵. Por otra parte, en los casos, aparentemente no infrecuentes, en los que «particulares» (por ejemplo, en el ámbito cultural) ofrecen o conceden una promoción profesional a cambio de servicios sexuales, no puede considerarse la responsabilidad penal por cohecho pasivo propio.

III. COACCIONES (§ 240 STGB)

1. En estos casos también podría haber unas «coacciones» punibles según el § 240¹⁶. El autor de la coacción también puede ser un particular. Y cualquier persona que se preste a ser coaccionada a realizar una conducta se-

¹⁴ Para más detalles, véase BGH JR 2020, 629 (núm. 15); KUHLEN, L., JR 2020, p. 631.

¹⁵ En detalle, KUHLEN, L., JR, 2021, pp. 299 s., señala que en este caso el comportamiento de M no estaría justificado ni exculpado.

¹⁶ Según el § 240 (1), las coacciones son punibles cuando «alguien, mediante violencia o amenaza de un mal relevante, coacciona antijurídicamente a una persona para una acción, un tolerar o una omisión». Según el § 240 (2), el hecho es antijurídico «si el uso de la violencia o la amenaza de un mal para el propósito buscado debe considerarse reprochable».

xual no puede ser procesada por su intervención en la coacción, sino que queda impune en tanto víctima de esta. Ninguno de los «problemas» mencionados anteriormente se plantea aquí. Sin embargo, la decisión del BGH no aborda en absoluto la cuestión de la coacción, y los comentarios de Bock sobre la sentencia tampoco dicen una palabra al respecto. Lo cual no deja de ser sorprendente.

La exigencia de A contenía la promesa de que, si M se acostaba con el, este la apoyaría en su promoción profesional. Esta promesa solo era válida si M aceptaba su propuesta¹⁷. Así, contenía como contrapartida la amenaza de que si M no se comportaba como el quería, el no intercedería en favor de su carrera. En consecuencia, se podría haber hecho responsable a A por su propuesta no solo en virtud del § 332, sino también del § 240.

En la literatura, en ocasiones se considera que una declaración de un funcionario público no puede satisfacer al mismo tiempo el tipo de coacciones y el de cohecho pasivo propio¹⁸. Sin embargo, desde una sentencia del BGH de 1956, la opinión dominante ha asumido que el concurso ideal entre las coacciones¹⁹ y el cohecho²⁰ es posible cuando se exige una ventaja. Por tanto, la cuestión de las coacciones también se plantea en el caso del funcionario público que, al igual que A, es susceptible de ser procesado en virtud del § 332. En la práctica, empero, esta cuestión es especialmente importante cuando los «particulares» ofrecen la promesa de ventajas, como la promoción de una carrera profesional, a cambio de la concesión de favores sexuales.

2. Unas coacciones cometidas por A presuponen que haya «amenazado con un mal». En el caso, A anuncia a M que, si no cumple su deseo, no se ocupará de su promoción profesional. Es decir, la ha amenazado con omitir una acción.

a) Según la «teoría del deber jurídico», la amenaza con omitir una acción solo constituye amenaza de un mal, es decir, solo puede constituir el tipo de coacciones, cuando la omisión anunciada se trata del incumplimiento de un deber²¹. A no estaba obligado a promover la carrera de M de manera privada;

¹⁷ En cualquier caso, esta es la interpretación obvia de las circunstancias fácticas, que se asumirá en lo que sigue.

¹⁸ Al respecto, véanse las indicaciones en KUHLEN, L., *Drohen mit einem Übel und Versprechen eines Vorteils*, 2018, p. 86, n. 384 y 385.

¹⁹ O la extorsión (§ 253) como caso cualificado de coacciones.

²⁰ El BGHSt 9, 245 afirmó el concurso ideal («unidad de hecho») entre la extorsión y el cohecho en el caso de un agente de policía que exigió dinero a un maestro artesano para no investigar la infracción de la prohibición de trabajar en domingo. Al respecto, KUHLEN, L., 2018, p. 12, con ulteriores referencias.

²¹ Véase las indicaciones en BGHSt 31, 195 (199), así como KUHLEN, L., 2018, pp. 8, 51 ss. Esta doctrina fue la dominante hasta la decisión de 1983 del BGH en el caso del detective de los grandes almacenes (BGHSt 31, 195, véase más adelante en el apartado 2. c).

no era ni siquiera opcional²² para el, sino que estaba prohibido. Quedan entonces descartadas sin más las coacciones cometidas por A conforme a la teoría del deber jurídico. De acuerdo con esta interpretación legal, no son importantes ni la relevancia [*Empfindlichkeit*] del perjuicio que se prometió (§ 240, párrafo 1) ni la reprochabilidad del anuncio de A en tanto que medio para el fin del contacto sexual deseado (§ 240, párrafo 2).

Sobre esta base, la decisión sería diferente si A hubiera anunciado a M que, si no accedía a su deseo, se aseguraría de impedir o dificultar la carrera que ella pretendía. Entonces habría amenazado con tomar medidas activas que perjudicarían a M. Sin embargo, cabe hablar de amenaza de un mal no solo si esta acción está prohibida (como en el caso de una amenaza de daño corporal), sino también si está permitida (como en el caso de una amenaza de presentar una denuncia por un delito o incumplimiento de un deber relativo al servicio cometidos por M)²³. Para la responsabilidad penal, son determinantes la relevancia del mal con el que se amenaza y la reprochabilidad de su amenaza. Esta reprochabilidad debe afirmarse de manera general si la amenaza se utiliza como medio para lograr la consecución de una relación sexual.

b) Al mismo resultado llega en la evaluación del caso que nos ocupa la «teoría normativa de la coacción», que considera que el bien jurídico del § 240 no es la libertad de acción fáctica, sino la jurídicamente garantizada. El anuncio de un comportamiento permitido, ya sea una omisión o una comisión activa, no interfiere con esta libertad y, por tanto, no es una amenaza suficiente para el tipo de coacciones²⁴. En consecuencia, A, que se limitó a ofrecer a M la posibilidad de una omisión permitida (una falta de promoción por motivos privados) en caso de que se negara, no la amenazó con un mal.

Lo mismo sucede, según la doctrina normativa, si A anunciara a M una acción permitida en caso de que se negara, como la denuncia fundada de un delito o del incumplimiento de un deber relativo al servicio. Dado que M debe tolerar dicha denuncia, no se vería perjudicada en su libertad de acción jurídi-

²² Opcional [*freigestellt*] es un actuar que no es requerido ni está prohibido. Permitido [*erlaubt*] es un actuar que es requerido u opcional.

²³ Un análisis sistemático de las amenazas con acciones y omisiones permitidas, prohibidas y requeridas puede encontrarse en KUHLEN, L., 2018, pp. 27 ss.

²⁴ Las contribuciones de Jakobs son fundamentales para este punto de vista. Véase, JAKOBS, G., «Nötigung durch Drohung als Freiheitsdelikt», en: Baumann (ed.), *Festschrift für Karl Peters*, 1974, p. 69; el mismo, «Nötigung durch Gewalt», en: Hirsch (ed.), *Gedächtnisschrift für Hilde Kaufmann*, 1986, p. 791. Recientemente, sin embargo, limita esta doctrina y reconoce la coacción usuraria punible en el artículo 240, como ocurrió en el caso del detective de los grandes almacenes (JAKOBS, G., *JuS* 2017, p. 101). La doctrina normativa se mantiene de forma coherente, por ejemplo, en HOVEN, E., «Nötigung durch Bestechlichkeit? – Ein Beitrag zum Verständnis der Nötigung durch Drohung mit einem rechtmäßigen Unterlassen», *ZStW* 128 (2016), pp. 189 ss.). Para la crítica, véase KUHLEN, L., 2018, pp. 45 ss.

camente garantizada por el anuncio. Por tanto, según la teoría de la coacción normativa, también en este caso quedan descartadas las coacciones de A –a diferencia de la teoría del deber jurídico– sin que sea importante la relevancia del mal con el que se amenaza o la reprochabilidad de la amenaza.

c) De acuerdo con la opinión dominante en la actualidad, el anuncio de un comportamiento perjudicial para el destinatario, ya sea una acción o una omisión, constituye siempre la amenaza de un mal²⁵. Desde la decisión del BGH de 1983 en el caso del detective de los grandes almacenes²⁶, la jurisprudencia viene siguiendo esta opinión, que puede ser calificada como aplicación de un «concepto amplio de amenaza de un mal». En este caso, el detective acusado ofreció a una adolescente sorprendida robando en una tienda que, si se acostaba con él, «pasaría por alto» la denuncia de los hechos. Esto podría significar que, de lo contrario, presentaría la denuncia ante la policía (amenaza de hacer algo), o que no impediría que la presentara un tercero, como un colega (amenaza de abstenerse de hacer algo).

El concepto amplio de amenaza de un mal abarca tanto el anuncio de una «acción» [prohibida (como el daño corporal) como el de una acción opcional (como la presentación justificada de una denuncia)]. Incluso el anuncio de una acción requerida puede constituir una coacción según la jurisprudencia, como demuestra la ya citada decisión del BGH de 1956, en la que el agente de policía amenazó con perseguir las vulneraciones de la prohibición de trabajar los domingos si no se pagaba la cantidad de dinero deseada, lo que estaba obligado a hacer²⁷.

Además, según la jurisprudencia, la amenaza de una *omisión* que perjudica al destinatario es –a diferencia de las opiniones anteriormente mencionadas– no solo una amenaza de un mal si esta omisión infringe un deber jurídico²⁸, sino también si es facultativa para el amenazador, es decir, si anuncia «abstenerse de una acción que no es jurídicamente requerida»²⁹. Por tanto, en el caso del detective de los grandes almacenes, el BGH estimó las coacciones no solo en el supuesto de que el detective hubiera amenazado con presentar una denuncia (es decir, una comisión activa) si la adolescente no se acostaba con él, sino también en el caso de que el detective hubiera amenazado con que

²⁵ Véase KUHLEN, L., 2018, pp. 37 ss. Dado que, según este punto de vista, el examen de la reprochabilidad es decisivo, también se denomina *teoría de la reprochabilidad* (por ejemplo, en HILLENKAMP, T., 40 *Probleme aus dem Strafrecht Besonderer Teil*, 12.ª ed., 2013, p. 33).

²⁶ BGHSt 31, 195.

²⁷ BGHSt 9, 245. Véase al respecto KUHLEN, L., 2018, pp. 38, 84.

²⁸ Formulado de otro modo: cuando se amenaza con abstenerse de realizar una acción que es jurídicamente obligatoria.

²⁹ BGHSt 31, 195.

«no impediría que la denuncia fuera presentada a la policía por terceros» si se rechazaba el contacto sexual, es decir, por la amenaza de una omisión que en cualquier caso estaba permitida³⁰.

El OLG de Oldenburg vio incluso una (tentativa de) coacciones en la oferta hecha por un juez al acusado en un proceso penal para que, a cambio del pago de 5.000 euros y de la celebración de un contrato de asesoramiento, el juez, se encargaría de que se suspendieran las diligencias previas³¹. Esta oferta contenía el anuncio de que, si el destinatario no pagaba, el juez no aseguraría el sobreseimiento del procedimiento, es decir, la amenaza de una omisión requerida.

d) El concepto amplio de la amenaza de un mal no debiera ser asumido³². Para justificar esto, es necesario profundizar un poco más.

Las coacciones por medio de amenazas requieren que el autor de estas amenace de forma condicional a su destinatario³³. Las amenazas condicionales fuertes ofrecen la perspectiva de una «comisión» activa perjudicial para el destinatario en caso de que se niegue a cooperar. Tienen la forma general: «Si no cooperas, te haré estar peor de lo que estarías sin mi intervención». Las amenazas condicionales débiles mantienen la perspectiva de una omisión que es perjudicial para el destinatario. Tienen la forma general: «Si no cooperas, me abstendré de realizar una acción que te resulte ventajosa»³⁴. El comportamiento anunciado puede estar prohibido, permitido o requerido. Si se diferencia en función de la cualidad del comportamiento y de la cualidad deóntica del comportamiento anunciado, existen por tanto seis tipos diferentes de amenaza condicional.

Así pues, existen seis tipos de promesas condicionales. Las promesas condicionales fuertes tienen la forma general: «Si cooperas, te pondré en una posición mejor que la que tendrías si no hiciera nada». Las promesas condicionales débiles tienen la forma general: «Si cooperas, me abstendré de realizar una acción que te perjudique». Las amenazas condicionales casi siempre pueden convertirse en promesas condicionales y viceversa (el así llamado «princi-

³⁰ BGHSt 31, 195 (196). Dado que la menor no aceptó la propuesta del detective, se aceptó que hubo una tentativa de coacciones.

³¹ OLG Oldenburg NJW 2008, 3012 (3013). En contra, por ejemplo, KUDLICH, H., «Erpressung bei Drohung mit Unterlassen», *JA*, 2008, pp. 901 ss; ROXIN, C., «Kann die Drohung mit einem rechtmäßigen Unterlassen eine strafbare Nötigung sein?», *ZStW* 129 (2017), pp. 293, 295; KUHLEN, L., 2018, p. 83.

³² Al respecto, en detalle, KUHLEN, L., 2018, pp. 31 ss.

³³ Es decir, una amenaza en la que el comportamiento anunciado está condicionado a que el destinatario no se comporte de la manera deseada. Así, KUHLEN, L., 2018, p. 20; GONZÁLEZ GUERRA, C., «Die nötige Drohung bei den Sexualstraftaten: Ein mögliches Abgrenzungskriterium», en: Böse/Schumann/Toepel (eds.), *Festschrift für Urs Kindhäuser*, 2019, p. 661, n. 4.

³⁴ KUHLEN, L., 2018, p. 21.

pio de inversión»³⁵. El clásico anuncio «¡La bolsa o la vida!», por ejemplo, no solo contiene la amenaza fuerte de matar al destinatario si no paga, sino también la débil promesa de no matarlo si paga. Y la promesa fuerte de que uno pagará a un funcionario público 10.000 euros si se le concede un permiso de construcción se corresponde con la amenaza débil de que no se pagará si se deniega el permiso. Los seis tipos de amenaza condicional se asocian, pues, a seis tipos de promesa condicional³⁶.

El principio de inversión es significativo en el derecho penal en la medida en que una «amenaza» puede ser constitutiva de coacciones, mientras que la «promesa» constituye el núcleo de los delitos de cohecho activo, es decir, del otorgamiento de una ventaja (§ 333) y del cohecho activo propio (§ 334). Incluso la promesa unilateral queda comprendida en estos delitos como «oferta»; y el acuerdo entre quien hace la promesa y el funcionario público como «promesa» y su ejecución como «otorgamiento» de una ventaja. Si se considerase toda amenaza condicional como la promesa de una ventaja en virtud del principio de inversión, entonces toda coacción de un funcionario público condicionada por una acción de servicio sería al mismo tiempo el otorgamiento de una ventaja o un cohecho. Y si se considerase toda promesa condicional como la amenaza de un mal en virtud del principio de inversión, entonces todo otorgamiento de una ventaja o cohecho sería al mismo tiempo una coacción sobre el funcionario público³⁷, siempre y cuando el mal amenazado fuera relevante (§ 240, párrafo 1) y su amenaza fuera reprochable (§ 240, párrafo 2). Sin embargo, esto estaría en contradicción con la regulación general de las amenazas y promesas en el StGB.

De acuerdo con ella, las amenazas de un mal para la protección del destinatario son punibles como coacciones, siempre que ese mal tenga suficiente peso (sea «relevante») y la amenaza sea reprochable como medio para obtener la cooperación buscada. En cambio³⁸, la promesa de ventajas solo es punible para la protección de un interés general, como la integridad del servicio público (§ 331 ss.) o la competencia (§ 299 ss). Esta diferenciación legal se ve socavada si se considera que casi toda promesa de una ventaja es, a su vez, una amenaza de un mal, y casi toda amenaza de un mal es, a su vez, una promesa

³⁵ Para un análisis del principio de inversión, véase KUHLEN, L., 2018, pp. 22 ss. El caso prácticamente irrelevante del anuncio meramente unilateral, al que no se aplica el principio de inversión (KUHLEN, L., 2018, p. 22), no se tendrá en cuenta en lo que sigue.

³⁶ En detalle, KUHLEN, L., 2018, pp. 27 ss.

³⁷ Otra cosa es solo la oferta, promesa u otorgamiento posterior, es decir, el caso especial de «corrupción por recompensa» (según ZIMMERMANN, T., *Das Unrecht der Korruption*, 2018, pp. 492 ss.), que aquí se deja de lado.

³⁸ Si no se cumplen las estrictas condiciones de la usura (§ 291).

de una ventaja. Además, prácticamente toda amenaza se considera amenaza de un mal y prácticamente toda promesa se considera promesa de una ventaja, ignorando así la delimitación que ejercen los conceptos de mal y ventaja en relación con los tipos de coacción y cohecho.

Es preferible, entonces, una definición excluyente de los conceptos «amenaza de un mal» y «promesa de una ventaja». Esta definición se puede encontrar en mi monografía sobre la relación entre los delitos de coacción y cohecho, publicada en el año 2018. Dado que combina elementos normativos y naturalistas, puede denominarse «teoría de la unión»³⁹. Según esto, el anuncio de un comportamiento desventajoso o ventajoso para el destinatario, condicionado por la cooperación o la negativa de éste a cooperar, solo puede constituir, o bien una amenaza de un mal o bien la promesa de una ventaja, pero no ambas cosas.

El elemento «normativo» domina en el anuncio de un comportamiento prohibido o requerido. La amenaza condicional de un comportamiento prohibido, ya sea un hacer o un omitir, es una amenaza de un mal, la promesa de un comportamiento requerido que la acompaña *qua* principio de inversión no es una promesa de una ventaja. Y la promesa condicional de un comportamiento prohibido promete una ventaja, la amenaza de un comportamiento requerido que la acompaña según el principio de inversión no amenaza un mal. La distinción «naturalista» entre hacer y omitir⁴⁰ es significativa cuando se anuncia un comportamiento permitido. La amenaza condicional de un hacer permitido es una amenaza de un mal, la promesa condicional de un hacer permitido es una promesa de una ventaja.

En el caso de las coacciones mediante amenazas, esto significa lo siguiente⁴¹. La amenaza condicional de un «hacer» prohibido, como las lesiones corporales, es una amenaza de un mal, del mismo modo que la amenaza de un hacer permitido, como la presentación justificada de una denuncia penal⁴². La amenaza condicional de un hacer requerido, como una medida de ejecución forzosa que debe ser aplicada de todos modos, no es una amenaza de un mal⁴³. Si se amenaza con un «omitir», solo se trata de una amenaza de un mal si el omitir anunciado está prohibido, es decir, si vulnera un deber de actuar (por ejemplo, el deber de prestar un testimonio veraz que exonere al destinatario de la amenaza).

³⁹ KUHLEN, L., 2018, pp. 51 ss.

⁴⁰ Para más detalles, KUHLEN, L., 2018, pp. 51 ss., 77 ss.

⁴¹ Véase KUHLEN, L., 2018, pp. 27 ss., 51 ss.

⁴² Y ninguna promesa de ventaja.

⁴³ Sino simplemente el acompañamiento propio de una promesa condicional débil de ventaja.

e) En el caso de la amenaza de un omitir –y, por tanto, en el caso resuelto por el BGH en 2020– la teoría de la unión llega así a los mismos resultados que la teoría del deber jurídico. La promesa (fuerte) de A de una promoción profesional infundado en el supuesto de un comportamiento deseable por parte de M estaba efectivamente conectada *qua* principio de inversión con la amenaza (débil) de omitir esta promoción si M no aceptaba la propuesta de A. Sin embargo, al hacerlo, A solo amenazaba con un omitir que era requerido de todos modos, es decir, no era un mal. Por consiguiente, debió negarse las coacciones (en grado de tentativa) cometidas por A, sin que fuera importante la relevancia del mal con el que se amenazaba o la reprochabilidad de la amenaza.

Es llamativo que el BGH ni siquiera aborde en su decisión la cuestión de las coacciones. En efecto, según la opinión dominante, que sostiene el concepto amplio de amenaza de un mal en el que se basa la jurisprudencia, A habría amenazado a M con un mal, a saber, el de omitir una protección objetivamente no justificada si M no accedía a su deseo de mantener relaciones sexuales. Desafortunadamente, en la decisión del BGH no se explica por qué A no fue condenado por coacciones. Sin embargo, en su resultado la decisión es digna de aprobación, aunque pueda defraudar las expectativas de los partidarios del movimiento *MeToo*.

La decisión permite esperar que el BGH no reaccione ante tan extendido como miserable aprovechamiento de las relaciones de dependencia profesional con fines sexuales estirando en exceso el tipo de coacciones. Sin embargo, solo se podría estar seguro de ello si este resultado se lograra mediante una delimitación dogmáticamente convincente de este tipo delictivo, y no simplemente mediante la prueba del elemento reprochabilidad del § 240 párrafo 2, dependiente de valoraciones y abierto a la influencia de la opinión pública.

EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO O INJUSTO

CARLOS MIR PUIG*

I. INTRODUCCIÓN

No hace mucho tiempo y en relación a la reforma del Código Penal de 2015, el Grupo Parlamentario Socialista presentó la Enmienda número 757 (BOCG Congreso de los Diputados núm. 66-2 de 10 de diciembre de 2014, pp. 490 y 491) de adición en que se añade un nuevo capítulo IX bis al título XIX del libro II y un nuevo artículo 444 bis¹.

Dicha enmienda de adición fue rechazada y no prosperó por causa de las fuerzas imperantes en el Congreso de los Diputados en aquellos momentos de signo conservador².

* Magistrado de la Sección de Apelación Penal del TSJ Cataluña y profesor asociado de Derecho Penal en la Universidad Pompeu Fabra.

¹ «Capítulo IX bis. Del enriquecimiento injusto de autoridades y funcionarios públicos. Artículo 444 bis:

“La autoridad o funcionario público que, sin razón jurídica que lo sustente, experimente un incremento de sus bienes o patrimonio durante el ejercicio de su cargo o responsabilidad y no pueda acreditar su procedencia, será castigado con la pena de prisión de uno a tres años, multa del tanto al triplo del valor de dicho incremento e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a cinco años”».

² En 2014, los Jueces Decanos de España, en su XXIV Reunión Nacional, propusieron una serie de medidas relativas a la corrupción en el CP, entre las que se encontraba la introducción del delito de enriquecimiento ilícito de cargos públicos durante su mandato (Valencia, 1 al 3 de diciembre de 2014). Anteriormente el 23 de enero de 2013 el Grupo parlamentario de UPYD presentó una proposición no de ley a la mesa del Congreso de los Diputados en que instaba la incorporación a la legislación penal española del delito de enriquecimiento ilícito de los cargos públicos electivos, cuyo elemento fáctico típico se sustentaba en el incremento de patrimonio desproporcionado o injustificado de un político en relación con los

Igualmente el grupo parlamentario catalán (Convergencia i Unió) presentó la enmienda núm. 501 en que propuso introducir en el CP un artículo 439 bis, ubicado dentro de las «Negociaciones y actividades prohibidas», cuya rúbrica sería «Del enriquecimiento ilícito de autoridades y funcionarios públicos»³, también sin éxito. También el grupo parlamentario Unión Progreso y Democracia propuso, sin éxito, en la enmienda núm. 587 la introducción en el CP de un nuevo artículo 445 ter, con la rúbrica «Enriquecimiento ilícito de Altos Cargos»⁴.

El Grupo parlamentario de IU, ICV-EUiA, CHA, en la enmienda núm. 196 propuso, también sin éxito, la introducción en sede de los delitos relativos a la prevaricación de los funcionarios públicos y otros comportamientos injustos, de un nuevo artículo 405 bis⁵.

Posteriormente en Palma de Mallorca tuvo lugar los días 5 y 6 de junio de 2015 el XXX Congreso de la Unión Progresista de Fiscales en que se pidió la tipificación del delito de enriquecimiento injusto, y en setiembre de 2016 se presentó una Proposición de Ley Integral de Lucha contra la Corrupción y Protección de los Denunciantes, por el grupo parlamentario Ciudadanos, en que también se propuso la inclusión del delito de enriquecimiento injusto en el Código penal español, aunque también sin éxito⁶.

ingresos, que, por obligación legal, debe declarar públicamente; y ello con la consideración de que este delito no engendraría de por sí una inversión de la carga de la prueba, en la medida en que ha de acreditarse la conducta típica y punible, esto es, el enriquecimiento cierto e injustificado a partir de los datos oficiales de los que se dispone, facilitados por el propio cargo público. Dicha proposición no prosperó.

³ El texto era: «La autoridad o funcionario público que, sin razón jurídica que lo sustente, experimente un incremento de sus bienes o de su patrimonio durante el ejercicio de su cargo y responsabilidad y no pudiese acreditar su procedencia, incurrirá en la pena de prisión de cuatro a seis años, multa del tanto al triple del valor de dicho incremento e inhabilitación especial para el empleo o cargo público por tiempo de cuatro a seis años».

⁴ El texto era: «Los Altos Cargos a los que se refiere la Ley reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado, así como todos los Cargos Públicos electos directamente o por designación que, al ser debidamente requeridos a tal efecto por la Oficina de Conflicto de Intereses regulada en la Ley reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado o por la Administración de Justicia, no justificaren la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable suyo o de persona interpuesta con el fin de ocultarlo, ocurrido con posterioridad a la asunción de su cargo y hasta dos años después de haber cesado en su desempeño, serán castigados con la pena de prisión de tres a seis años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a doce años. Se entenderá que hubo enriquecimiento no solo cuando el patrimonio se hubiese incrementado con dinero, cosas o bienes, sino también cuando se hubiesen cancelado deudas o extinguido obligaciones. La misma pena se impondrá a la persona interpuesta para ocultar el enriquecimiento».

⁵ El texto es: «La Autoridad o funcionario público que a sabiendas percibiera en beneficio propio, por sí o por persona interpuesta, ingresos en metálico o en especie, distintos de los propios de su cargo o de las actividades públicas o privadas declaradas compatibles, que pudieran representar un incremento significativo de su patrimonio serán condenados a la pena de prisión de dos años a seis años y multa del tanto al triple del beneficio ilícito obtenido y suspensión de empleo o cargo público de seis meses a tres años».

⁶ BOCG. Congreso de los Diputados, Serie B Núm. 33-1 23 de septiembre de 2016, pp. 122.

El texto era: «Art. 440 bis. La autoridad o funcionario público que, durante el ejercicio de su cargo o responsabilidad, experimente un incremento de sus bienes o patrimonio, cuya procedencia no pueda ser

Sin embargo, el objeto del presente artículo es «volver a insistir» sobre la «conveniencia», en una futura reforma del Código penal de introducir en el Código penal español el delito de enriquecimiento injusto o ilícito, atendidos los numerosos casos de corrupción existentes en España, entre los delitos contra la Administración Pública, en la lucha contra la corrupción política y funcional.

A pesar de que la corrupción puede afectar a cualquier país, son los países pobres o los que están en vías de desarrollo, y dentro de ellos, la parte más vulnerable de su población, los más desfavorecidos, sobre los que la corrupción tiene mayor impacto porque los fondos que podrían destinarse al desarrollo o a la prestación de servicios básicos son expoliados por quienes gobiernan o administran esos fondos. Precisamente por ello, en la actualidad la corrupción es percibida ya no como consecuencia de la pobreza, sino «la causa» de ésta, por lo que cada vez más se hace imperiosa la necesidad no solo de prevenir o castigar las prácticas corruptas sino también la de recuperar los fondos expoliados⁷.

Debe tenerse presente que si bien el tema de la corrupción siempre ha estado presente en la política criminal internacional, fue en la década de los noventa que los países miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA) adoptaron en Caracas en marzo de 1996 la Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC)⁸, que entró en vigor en marzo de 1997, estableciendo el artículo IX, que: «Con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, los Estados partes que aún no lo hayan hecho adoptarán las medidas necesarias para tipificar en su legislación como delito, el incremento del patrimonio de un funcionario público con significativo exceso respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones, en tanto no pueda ser razonablemente justificado por el»⁹.

Dicha Convención obliga a considerar como delito el enriquecimiento ilícito, si bien atenúa el rigor del mandato a los legisladores nacionales al supeditar la concreta regulación al respeto a las normas constitucionales y a los

acreditada en relación con sus ingresos legítimos, será castigado con pena de prisión de uno a tres años, multa del tanto al triple del valor de dicho incremento y, en todo caso, con inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de dos a cinco años.»

⁷ DEL CARPIO DELGADO, J., «El delito de enriquecimiento ilícito: análisis de la normativa Internacional», *Revista General de Derecho penal*, 23, 2015, p. 3, que cita en la nota 7 a GUPTA, S.; DAVOODI, H., y ALONSO-TERME, R., «Does corruption affect income inequality and poverty?», *Economics of Governance*, 3, 2002, pp. 23 ss.

⁸ *Vid.* la web de la OEA, <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-58.html>.

⁹ Asimismo la Comisión aprobó la «Legislación modelo sobre enriquecimiento ilícito: guía para el legislador».

principios fundamentales de sus propios ordenamientos jurídicos; una salvaguarda de constitucionalidad establecida a instancia de los países de corte anglosajón¹⁰.

Tiempo después, los países miembros de la Unión Africana aprobarían en julio de 2003, la Convención de la Unión Africana para prevenir y combatir la corrupción (AUCPCC, siglas en inglés)¹¹.

Y al poco, la Organización de las Naciones Unidas aprobó en su Asamblea General, en la ciudad mexicana de Mérida, la Convención el 31 de octubre de 2003 la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC) en vigor desde el 14 de diciembre de 2005. Esta Convención impulsó la tipificación penal del enriquecimiento ilícito y amplió, a su vez, el concepto de corrupción, para abarcar las funciones de representación de intereses en el sector privado¹².

El texto completo del artículo 20 dice así: «Con sujeción a su constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometa intencionadamente, el enriquecimiento ilícito, es decir, el incremento significativo del patrimonio de un funcionario público respecto de sus ingresos legítimos que no pueda ser razonablemente justificado por él»¹³.

Dicha Convención de Naciones Unidas fue «ratificada» por España por Instrumento de ratificación, *BOE* núm. 171 de 19 de julio de 2006, páginas 27132 a 27153. Sin embargo, no se introdujo en el CP español, afirmándose por las autoridades españolas en el informe de 7 de junio de 2011, presentado al Grupo de examen de la aplicación de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción que: «se considera incompatible con la presunción de inocencia contenida en el artículo 24 de la Constitución española y su interpretación por parte del Tribunal Constitucional. Para la determinación de la responsabilidad penal debe probarse que el incremento del patrimonio del funcionario público tiene como origen cualquiera de las conductas tipificadas en el Código penal».

¹⁰ RODRÍGUEZ GARCÍA, N., y GABRIEL ORSI, O., «El delito de enriquecimiento ilícito en América Latina: Tendencias y perspectivas», *Cuadernos de Política Criminal*, Segunda época Núm. 116, 2015, p. 208. También DEL CARPIO DELGADO, J., 2015, p. 3.

¹¹ El texto de la Convención puede consultarse en la web de la Unión Africana, <http://www.aucorruption.org/resources/view/convention-on-preventing-and-combating-corruption>.

¹² Vid. CORCOY BIDASOLO, M., «Algunas cuestiones político-criminales sobre la corrupción privada. Límites y eficacia de la compliance», en Mir Puig, S.; Corcoy Bidasolo, M., y Gómez Martín, V. (editores), *Responsabilidad de la empresa y compliance: Programas de prevención, detección y reacción penal*, Madrid (Edisofer), pp. 161 ss.

¹³ A ello debe añadirse UN, *Guía legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*, Nueva York, 2006, pp. 11 ss.

Debe aclararse que la Convención utiliza la expresión «cada Estado adoptará» para referirse a las disposiciones obligatorias, y los términos « podrán adoptar» para referirse a las disposiciones facultativas, mientras que cuando utiliza los términos «considerarán la posibilidad de adoptar» se refiere a disposiciones intermedias entre las obligatorias y las facultativas, queriendo significar que se insta a los Estados a que estudien con detenimiento la posibilidad de adoptar una medida específica y a que hagan un esfuerzo real para determinar si tal medida sería compatible con su propio ordenamiento jurídico, que es lo que ocurre respecto del enriquecimiento ilícito, que no es su tipificación «obligatoria», pero tampoco es meramente «facultativa», sino que deberá procurarse su tipificación en lo posible¹⁴.

Es importante destacar¹⁵ que en las tres convenciones citadas no se pretende que los Estados incorporen « literalmente» las disposiciones de la respectiva Convención en su derecho interno porque, por lo general, este exige niveles más altos de claridad y de especificidad con la finalidad de respetar el principio de legalidad y con este el de seguridad jurídica. Por ello, la definición que se da en las Convenciones debe ser considerada como una definición que solo debe servir de « punto de referencia» a partir del cual los legisladores nacionales deben tipificar como delito el enriquecimiento ilícito, porque la descripción de los delitos queda reservada al derecho interno de los Estados Parte. Así, en este sentido el numeral 9 del artículo 30 de la CNUCC reconoce expresamente este principio¹⁶.

En consecuencia, el mensaje que dirigen las tres Convenciones es que lo importante es que los Estados Miembros tipifiquen el delito de enriquecimiento ilícito, aunque sin necesidad de acogerse necesariamente a la «literalidad» de las definiciones de enriquecimiento ilícito contenidas en dichas tres Convenciones.

¹⁴ UN, *Guía legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*, Nueva York, 2006, pp. 11 ss.

¹⁵ DEL CARPIO DELGADO, J., 2015, p. 38.

¹⁶ Dice: «Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará al principio de que la descripción de los delitos tipificados con arreglo a ella y de los medios jurídicos de defensa aplicables al derecho interno o demás principios jurídicos que regulan la legalidad de una conducta queda reservada al derecho interno de los Estados Parte y de que esos delitos habrán de ser perseguidos y sancionados de conformidad con ese derecho».

II. TIPIFICACIÓN DEL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO EN LOS SISTEMAS PENALES DE AMÉRICA LATINA. EN PARTICULAR EN EL CÓDIGO PENAL DEL PERÚ

En términos generales podemos decir que en América Latina el delito de enriquecimiento ilícito está mayoritariamente regulado en sus Códigos Penales. Así lo hacen, ubicándolo en los delitos contra la Administración pública, Argentina (ya desde 1964), Colombia, El Salvador, Guatemala, Nicaragua Panamá y Perú. Otros países lo hacen en leyes especiales, como Bolivia, Costa Rica, Honduras, Paraguay y Venezuela, y otros en ubicaciones sistemáticas diferentes, como Chile, Cuba, Ecuador, México, etc.

Cabe destacar dos modelos normativos principales, siguiendo a Asencio Mellado¹⁷, el que denomina «modelo argentino», que se caracteriza por poner el acento en «la ausencia de justificación por parte del acusado de la causa del incremento patrimonial»¹⁸. En términos muy similares se tipifica el delito de enriquecimiento ilícito en México (art. 224 CPF), El Salvador (art. 333 CP), Ecuador (art. 296 CP), Nicaragua (art. 448 del CP), Guatemala (art. 448 bis CP), Panamá (art. 345 CP) y Perú en el CP modificado por la Ley núm. 28355, publicada el 06.10.2004, pero no en las leyes posteriores núm. 29703 y 29758, siendo esta última la actual.

En todos estos casos¹⁹, el tipo penal se refiere, de manera más o menos explícita, a la ausencia de justificación del incremento patrimonial por parte del investigado, de manera que parece requerirse que sea este quien aporte la prueba del origen lícito del incremento patrimonial para evitar la condena, lo que podría suponer una «inversión de la carga de la prueba».

Y en segundo lugar estaría el «modelo colombiano», que, a diferencia del argentino, «omite la referencia a la actividad probatoria que ha de llevar a cabo

¹⁷ ASENCIO MELLADO, J. M., «La lucha contra la corrupción. El delito de enriquecimiento ilícito», en Alcaraz Ramos, M. (dir.), *El Estado de derecho frente a la corrupción urbanística*, Madrid (La Ley), 2007.

¹⁸ El artículo 268 (2) del Código penal argentino que: «Será reprimido con reclusión o pena de dos a seis años, multa del cincuenta por ciento al ciento por ciento del valor del enriquecimiento e inhabilitación absoluta perpetua, el que al ser debidamente requerido, no justificare debidamente la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable suyo o de persona interpuesta para disimularlo, posterior a la asunción de un cargo o empleo público y hasta dos años después de haber cesado en su desempeño. Se entenderá que hubo enriquecimiento no solo cuando el patrimonio se hubiese incrementado con dinero, cosas o bienes, sino también cuando se hubiesen cancelado deudas o extinguido obligaciones que lo afectaban. La persona interpuesta para disimular el enriquecimiento será reprimida con la misma pena que el autor de los hechos»

¹⁹ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., «Las presunciones en el proceso penal. Análisis a propósito del delito de enriquecimiento ilícito», en Asencio Mellado, J. M. (dir.), Fernández López, M. (coord.), *Justicia Penal y Nuevas Formas de delincuencia*, 2017, p. 276.

el investigado o acusado» para evitar la aplicación del tipo²⁰. En este modelo puede situarse la regulación del enriquecimiento ilícito en Paraguay (art. 3.1 de la Ley núm. 2.523/04) Chile (art. 241 bis CP), Costa Rica (art. 45 de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento ilícito núm. 8.422), y en Perú (CP con anterioridad a la reforma de 2004 y también con posterioridad a dicha reforma en virtud de las Leyes núm. 29703 y 29758 de 2011).

Precisamente en el Código Penal Peruano (en adelante CP) ya se contenía el delito de enriquecimiento ilícito con anterioridad a la CICC, en el artículo 401 CP Título XVIII Delitos Contra la Administración, bajo el capítulo II «Delitos cometidos por Funcionarios públicos»²¹, actualmente, tras la reforma de 2011 del CP el artículo 401 dispone «El funcionario o servidor público que abusando de su cargo, incrementa ilícitamente su patrimonio respecto de sus ingresos legítimos será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años»²².

En el CP actual –como en el anterior a 2004–, «el tipo penal» viene constituido «exclusivamente» por el «incremento patrimonial ilícito» desproporcionado respecto de los ingresos conocidos legítimos, con «ausencia» de referencia alguna expresa a «la necesidad de acreditar el origen lícito de los ingresos por parte del investigado»²³ (y por ingresos, no se entiende solo el

²⁰ El artículo 412 del CP Colombiano dispone que: «El servidor público que durante su vinculación con la Administración, o quien haya desempeñado funciones públicas y en los dos años siguientes a su desvinculación, obtenga, para sí o para otro, incremento patrimonial injustificado, siempre que la conducta no constituya otro delito, incurrirá en prisión de seis a diez años, multa equivalente al doble del valor del enriquecimiento sin que supere el equivalente a cincuenta mil salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de los derechos y funciones públicas de seis a diez años».

²¹ El artículo 401 antes de la reforma de 2004 disponía que: «El funcionario o servidor público que, por razón de su cargo, se enriquece ilícitamente, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez».

Se considera que existe indicio de enriquecimiento ilícito, cuando el aumento del patrimonio y/o gasto económico personal del funcionario o servidor público, en consideración a su declaración jurada de rentas y bienes, es notoriamente superior al que normalmente haya podido tener en virtud de sus sueldos o emolumentos percibidos, o de los incrementos de su capital o de sus ingresos por cualquier otra causa lícita». Y después de la reforma de 2004, establecía: «El funcionario o servidor público que ilícitamente incrementa su patrimonio, respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda justificar razonablemente, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal».

²² Sigue diciendo: «Si el agente es un funcionario que ha ocupado cargos de alta dirección en las entidades, organismos o empresas del Estado, o está sometido a la prerrogativa del antejuicio y a la acusación constitucional, la pena privativa de libertad será no menor de diez ni mayor de quince años».

Se considera que existe indicio de enriquecimiento ilícito cuando el aumento del patrimonio o del gasto económico personal del funcionario o servidor público, en consideración a su declaración jurada de bienes y rentas, es notoriamente superior al que normalmente haya podido tener en virtud de sus sueldos o emolumentos percibidos o de los incrementos de su capital o de sus ingresos por cualquier otra causa lícita».

²³ Aunque puede sostenerse que en el delito de enriquecimiento ilícito sí existe en realidad una presunción de ilicitud del incremento patrimonial que puede ser destruida mediante la posibilidad de practicar

aumento del activo, sino también la reducción del pasivo en forma de condonaciones de deuda, percepción de ventajas injustificadas para la adquisición de bienes, etc.). Acreditada por la parte acusadora la realidad de esta desproporción (y la relación entre el «incremento patrimonial» y el «ejercicio del cargo»), opera una presunción *iuris tantum* de enriquecimiento ilícito y se cumple con la carga probatoria impuesta a quien acusa, (donde el imputado no tiene la obligación de demostrar su inocencia, ostentando el derecho de mantenerse en silencio) de modo que el acusado si quiere puede desvirtuar la misma, ejercitando el derecho de defensa, acreditando la legalidad o licitud de su patrimonio, pues se está en presencia de una presunción legal, pero no *iuris et de iure*²⁴. Lo importante es que la acusación debe acreditar el incremento patrimonial desproporcionado y la relación entre el «incremento patrimonial» y el «ejercicio del cargo funcional», debiéndose descartar la punición por el tipo penal del artículo 401 CP cuando el «enriquecimiento» proviene de otras actividades antijurídicas, alejadas de la «actuación pública del *intraneus*», como serían los delitos de hurto, robo, delito fiscal, o lavado de activos o blanqueo de capitales.²⁵ A la acusación no le basta para lograr la condena del acusado, con presentar como medio probatorio en el juicio, la declaración jurada donde se advierte el incremento patrimonial que no se corresponde con los ingresos reales del funcionario público, ello constituye una base indiciaria o presuntiva importante, pero para que el juez pueda condenar al imputado, necesita de que otros medios probatorios lo lleven a la certeza, de que estos ingresos son ilícitos y, que fueron obtenidos «en prevalimiento del cargo»²⁶. La naturaleza singular y peculiar del tipo penal de enriquecimiento ilícito, es que no tiende a penalizar los actos concretos contra la Administración Pública, que le permiten al sujeto activo hacerse con un patrimonio importante, sino el resultado de lograr enriquecerse a costa del cargo²⁷, sin que se hayan acreditado los referidos actos concretos antijurídicos.

Los delitos contra la Administración Pública son delitos que afectan a la Administración pública como bien jurídico-penal (doctrina mayoritaria). El

prueba en contrario, si quiere, por el acusado (presunción legal relativa o *iuris tantum*). CARO CORIA, D., «El delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos en el derecho penal peruano», *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, núm. 20-21, 2006, p. 311, sostiene que hay sectores de la doctrina peruana que entienden que la omisión de justificación del incremento patrimonial opera como una condición del tipo objetivo.

²⁴ ASENSIO MELLADO, J. M., «El delito de enriquecimiento ilícito», *El Notario del siglo XXI*, núm. 32, julio-agosto, 2010, p. 3.

²⁵ Así, PEÑA CABRERA, A., *Derecho penal. Parte especial*, 2.^a ed., t. V, Lima (Idemsa), 2013, pp. 705 y 708.

²⁶ *Ibid.* p. 712.

²⁷ *Ibid.* p. 705.

«bien jurídico» protegido con carácter general en dichos delitos es «el correcto funcionamiento de la Administración pública» de acuerdo con su función de servir con eficacia y objetividad a los intereses generales con pleno sometimiento a la ley y al derecho, y con carácter especial se protegen otros bienes jurídicos específicos, según el delito de que se trate, como puede ser, por ejemplo, «el principio de legalidad» (delito de nombramiento ilegal o delito de abuso de autoridad del artículo 376 del CP, o delito de prevaricación administrativa del artículo 404 CPE), «la correcta gestión de fondos públicos o del patrimonio público» (en el delito de malversación de los arts. 432 ss. CPE, o en el delito de peculado de los arts. 387 ss. del CP), «el desempeño objetivo imparcial y no venal de la función pública» (en el delito de cohecho) o «la confianza en la principio de imparcialidad de la actuación» administrativa (en el delito de tráfico de influencias), etc. Y en el «delito de enriquecimiento ilícito» hay un «peligro abstracto» referido en general a los distintos objetos de protección de los delitos contra la Administración Pública, en base a los principios rectores constitucionales de imparcialidad y objetividad. Y cabe el concurso de delitos entre el delito previo, por ejemplo, de cohecho y el delito de enriquecimiento ilícito, si el incremento patrimonial es superior al conseguido en el delito de cohecho, pero no si el incremento patrimonial es el que deriva exclusivamente del delito de cohecho, y ello por aplicación del principio *ne bis in idem*.

Los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos son «delitos especiales», (que solo pueden ser cometidos en calidad de autor por el funcionario público), que se caracterizan por el hecho de que el carácter de funcionario afecta a la propia esencia del injusto, porque condiciona el ataque al bien jurídico central de tales delitos. Ello no sucede cuando «se agrava» el tipo por la intervención del funcionario en delitos que afectan bienes jurídicos completamente «distintos de la función pública» (así delito de tráfico de drogas agravado por la intervención de un funcionario público).

Volviendo al delito de enriquecimiento ilícito, son numerosísimos los países de Latinoamérica que, como se ha visto, lo recogen en sus Códigos Penales o Leyes especiales aplicando la Convención Interamericana contra la Corrupción, cuyo Preámbulo establece que la corrupción «socava la legitimidad de las instituciones públicas, atenta contra la sociedad, el orden moral y la justicia, así como contra el desarrollo integral de los pueblos». Además, el fortalecimiento de la democracia, exige «combatir toda forma de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas, así como los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio».

Canadá declaró expresamente que no aplicaría el artículo IX de la Convención Interamericana contra la Corrupción por obrar «en contra de la pre-

sunción de inocencia garantizada por la Constitución». Y los EEUU tampoco, por entender que en general no necesitaban adicionar ningún delito de los ya existentes, y que no sancionarían el enriquecimiento ilícito, pues ya contaba con legislación interna para sancionar de manera directa esa conducta, para reprimir dicho incremento como evasión impositiva y con normas que obligan a los funcionarios superiores del gobierno federal a presentar declaraciones financieras verdaderas, obligación que de no cumplirse estaba sujeta a sanciones penales, y en particular porque impone la carga de la prueba sobre el demandado, lo cual es incompatible con su Constitución.

III. EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO EN EL ÁMBITO EUROPEO

Destaca en Europa, por el contrario, la poca tipificación del delito de enriquecimiento ilícito a que la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003 obliga a considerar «con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico» del artículo 20, no existiendo una normativa comunitaria de la UE que obligue a sancionar este delito. Tan solo en la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, de 20 de noviembre de 2008, sobre «Productos de la delincuencia organizada: garantizar que «el delito no resulte provechoso»²⁸, se menciona la posibilidad de extender determinados conceptos jurídicos e introducir nuevas formas de decomiso que pueda alcanzar a bienes «injustificados» cuya posesión se considere un delito penal en aquellos casos en los que su valor resulte desproporcionado en relación con los ingresos declarados por su propietario y este tenga contactos habituales con personas conocidas por sus actividades delictivas^{29,30}.

En Portugal el delito de enriquecimiento ilícito se introdujo en su Código penal en el año 2012 (Decreto 37/XII) tanto en la modalidad de funcionarios públicos (art. 386) como de particulares (art. 335-A) siendo declarado posteriormente inconstitucional por el Tribunal Constitucional portugués³¹ (Acordao núm. 179/2012, de 4 de abril de 2012).

²⁸ COM (2008) 766 final.

²⁹ Por tanto, se apunta a una eventual penalización de la «posesión de bienes injustificados», figura que en sí misma sería muy próxima, aunque no coincidente, con la que en los países latinoamericanos se denomina enriquecimiento ilícito.

³⁰ RODRÍGUEZ GARCÍA, N., y GABRIEL ORSI, O., 2015, p. 212.

³¹ BLANCO CORDERO, I., «El delito de enriquecimiento ilícito desde la perspectiva europea. Sobre su inconstitucionalidad declarada por el Tribunal Constitucional portugués», *Revista Electrónica de la AIDP*, A-02, 2013, pp. 8 ss.

En Francia, el Código penal francés prevé una figura similar sin un sujeto activo especial, que requiere de la vinculación de este con otras personas dedicadas a la comisión de delitos (art. 321-6), y que constituye una forma especial de receptación, que infiere la procedencia ilícita del enriquecimiento en función de la relación del sujeto activo con personas que se dedican a la comisión habitual de delitos.

Italia tras declarar el Tribunal Constitucional la inconstitucionalidad del delito de enriquecimiento ilícito, descartó la posibilidad de tipificar el delito de enriquecimiento ilícito debido a la incompatibilidad con los principios fundamentales del ordenamiento jurídico italiano, aunque declaró que existen normas específicas que obligan a los funcionarios electos y altos cargos a declarar su patrimonio y prevén sanciones en caso de que no lo hagan. En cambio, Noruega comunicó su intención de tipificar como delito el enriquecimiento ilícito. Así también, Albania (art. 257 CP, y arts. 28 y 32 de la Ley núm. 9049 de 10 de abril de 2003. Chipre (Ley 65/1965 sobre el enriquecimiento ilícito de determinados funcionarios públicos), Macedonia (art. 9 del Código Ético de servidores públicos), Ucrania, desde 2011, art. 368 CP, Moldavia, desde 2013, art. 330/2 CP, etc. En la Unión Europea, además de Portugal—cuya incorporación se frustró con la declaración de inconstitucionalidad del TC portugués—, Lituania incorporó en diciembre de 2010 el delito, en el art. 189 (1) 1 CP, declarando su Tribunal Constitucional la «plena adecuación constitucional de dicho delito»³²³³.

IV. EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO, BIEN TIPIFICADO, NO TIENE QUE SER CONTRARIO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA, NI SIGNIFICA UNA VERDADERA INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA, NI SE OPONE AL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (ART. 6)

Hemos destacado el artículo 401 del CP, en su redacción actual, como ejemplo o modelo que se puede seguir en España, pues configura el tipo objetivo en base exclusivamente al incremento patrimonial ilícito desproporcionado en relación con los ingresos legítimos del funcionario con prevalimiento del cargo (abuso del cargo), de modo que la acusación tiene la carga de probar

³² Sentencia del TC Lituano KT4-N3/2017, de 15 de marzo.

³³ BIKELIS, S., «Prosecution for illicit enrichment: the Lithuanian perspective», *Journal of money Laundering Control*, vol. 20, fase 2, 2017. El artículo 189 (1)1 CP Lituano castiga a: «quien sea titular de bienes que tengan un valor superior a 500 niveles mínimos de subsistencia, sabiendo que dichos bienes no han sido adquiridos con ingresos legítimos, o debiendo saber y siendo probable que conozca tal origen».

dicho tipo objetivo, sin que el acusado deba probar su inocencia, teniendo el derecho a no autoincriminarse y a no declarar, pudiendo un tercero acreditar la «legalidad» del incremento patrimonial, por lo que no se da ninguna infracción de la presunción de inocencia, ni tiene lugar una verdadera inversión de la carga de la prueba. Simplemente el acusado si niega los hechos objeto de acusación puede en ejercicio de su derecho de defensa probar los hechos que alegue (hechos impeditivos, extintivos o excluyentes) y que el origen de dicho incremento es legal, para liberarse de la acusación.

Tampoco se opone al artículo 6.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, al «debido proceso», pues el TEDH solo es contrario a las presunciones legales o judiciales *iure et de iure*, pero no a la prueba indiciaria, a las presunciones legales o judiciales *iuris tantum*, en que la presunción es derrotable, destacando la necesidad de que el uso de presunciones en el ámbito penal deje a salvo el derecho de defensa, permitiendo que el acusado pueda plantear pruebas que eviten la aplicación automática de la presunción³⁴, concluyendo la STEDH de 7 de octubre de 1988 caso «Salabiaku c. Francia» que no todas las presunciones son contrarias al derecho a la presunción de inocencia, siempre que se apliquen dentro de unos límites razonables que atiendan a la gravedad de la pena y a los intereses generales afectados por el delito, que no limiten el derecho de defensa y que mantengan la carga de la prueba en la acusación. También la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español y del Tribunal Supremo reconoce en numerosas sentencias la legitimidad de la prueba indirecta y de las presunciones legales y judiciales en el proceso penal³⁵. El delito de enriquecimiento ilícito no vulnera, en consecuencia, el derecho a la presunción de inocencia, aunque se base en un razonamiento presuntivo³⁶. Respec-

³⁴ En la STEDH de 7 de octubre de 1988 (caso Salabiaku c. Francia) estimó que la aplicación de presunciones en el ámbito penal no contraviene *per se* el artículo 6.2 del CEDH. También STEDH 30 de marzo de 2004 (caso Radio France c. Francia. STEDH de 30 de junio de 2011 (caso Klouvi c. Francia) etc.

³⁵ SSTC 174/1985, 175,1985, 24/1997, 157/1998, 189/1998, 69/1998, 220/1998, 44/2000, 117/2000, 111/2008, 109/2009 y 126/2011. *Vide* también STS núm. 421/2014 de 16.5.2014. Ponente Alberto Jorge Barreiro.

³⁶ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., 2017, p. 293. Dicha autora dice que el delito de enriquecimiento ilícito podría enunciarse del siguiente modo: «Si está probado el incremento patrimonial desproporcionado (Y) y no está probado su origen lícito (-Q), se presumirá que se trata de un enriquecimiento ilícito (Q)». Y dice dicha autora que: «solo las presunciones que desplazan la carga de la prueba (exonerando a la acusación de la obligación de probar su tesis inculpativa) o que se aplican automáticamente, sin permitir al acusado aportar prueba en contrario, contravienen el derecho a la presunción de inocencia y al derecho de defensa. Es por ello que la regulación del delito de enriquecimiento ilícito que se ha realizado en los países latinoamericanos no puede considerarse contraria a la presunción de inocencia. No plantean inversión de la carga de la prueba alguna, ya que la acusación debe acreditar en todos los casos la conducta típica, es decir, el enriquecimiento real e injustificado a partir de los datos de que dispone. Probado este enriquecimiento, las explicaciones que puede dar el investigado no constituyen una inversión de la carga de la prueba, sino el ejercicio de su derecho de defensa, pudiendo guardar silencio si no se acredita el incremento patrimonial o no se justifica su desproporción en virtud de los datos de los que disponga la parte acusadora».

to del bien jurídico protegido, como alternativa el magistrado del TC portugués, Carlos Fernandes Cadilla en un voto particular a la sentencia del TC portugués que declara la inconstitucionalidad del delito de enriquecimiento ilícito, aboga por considerar que el bien jurídico protegido en este delito sea «la transparencia de las fuentes de ingresos»³⁷. Finalmente decir que la ventaja de tipificar el delito de enriquecimiento ilícito es la posibilidad de decomisar la totalidad del incremento patrimonial producido, a diferencia del delito fiscal en que solo se debe satisfacer una multa e indemnizar por la deuda tributaria, pudiendo permanecer el resto del patrimonio en manos del condenado.

³⁷ Cfr. BLANCO CORDERO, I., 2013, pp. 13 ss.

DECIBELIOS, MEDIO AMBIENTE Y DERECHO PENAL UNA MIRADA DESDE LA PERSPECTIVA DE LA JURISPRUDENCIA PENAL

RAQUEL MONTANER FERNÁNDEZ*

I. INTRODUCCIÓN

El ruido urbano o, también denominado, ruido ambiental es uno de los rasgos característicos de la mayoría de las grandes ciudades. Se estima que en la Unión Europea el ruido es, después de la contaminación atmosférica, el factor ambiental que más afecta a la salud de las personas. Entre las fuentes principales del ruido urbano destacan el tránsito automotor, ferroviario y aéreo, la construcción y el vecindario. Así, según la Organización Mundial de la Salud (en adelante, OMS) aproximadamente la mitad de los europeos vivimos en zonas de gran contaminación sonora (*Guías para el ruido urbano*, 2018, OMS). La exposición a niveles de ruido considerados inaceptables puede afectar a la calidad de vida y a la salud de las personas. A estos efectos, el propósito de la Ley del Ruido (Ley 37/2003, de 17 de noviembre) es «prevenir, vigilar y reducir la contaminación acústica» (art. 1). Esta clase de contaminación se define, a su vez, como la «presencia en el ambiente de ruidos o vibraciones, cualquiera que sea el emisor acústico que los origine, que impliquen molestia, riesgo o daño para las personas, para el desarrollo de sus actividades o para los

* Profesora Agregada de Derecho penal. Universidad Pompeu Fabra. El presente trabajo se desarrolla en el marco de la ejecución del proyecto de investigación I+D: La responsabilidad penal de las empresas transnacionales por las violaciones a los derechos humanos y al medio ambiente, Ministerio de Economía, Industria y Competitividad. Referencia: DER 2017-85144-C2-1-P (AEI/FEDER, UE).

bienes de cualquier naturaleza, o que causen efectos significativos sobre el medio ambiente» [art. 3 d)]. De esta definición se derivan varios aspectos relevantes. En primer lugar, dentro del concepto de contaminación acústica se incluyen tanto los ruidos como las vibraciones. En segundo lugar, se subrayan los efectos perjudiciales de esta clase de contaminación especialmente para la salud de las personas, sin necesidad de que se trate de algo significativo. En cambio, los efectos sobre el medio ambiente se relegan a un segundo plano y se requiere su naturaleza significativa. Esto creo que es algo también aplicable en el marco del delito ambiental y es que, como veremos seguidamente, con la aplicación de la modalidad típica de la contaminación acústica en realidad se deja de lado el medio ambiente, por lo menos si este lo entendemos como un bien jurídico referido al equilibrio de los sistemas naturales y no como una manifestación de los derechos individuales de las personas¹.

Como se ha indicado, una de las fuentes del ruido urbano o ambiental es el vecindario. En concreto, los ruidos que se vinculan con el vecindario son los que provienen de locales (como restaurantes, cafeterías, discotecas, etc.), la música en vivo o grabada, los ruidos que se generan en el marco de competiciones deportivas (como por ejemplo, los deportes motorizados) o en áreas de juegos, o los que provienen de animales domésticos, entre otros. Por tanto, de esta fuente de ruidos se excluyen todos aquellos que provienen de la actividad industrial así como de otros ámbitos laborales específicos. Desde la perspectiva de la intervención del Derecho penal, parece que, por su indiciaria mayor gravedad para el medio ambiente, los ruidos industriales son de mayor interés que los urbanos. Sin embargo, como veremos, la mayor parte de las sentencias jurisprudenciales españolas en materia de contaminación acústica resuelven supuestos de ruido urbano.

Así pues, en esta modesta contribución al Libro Homenaje a la querida Prof. Dra. Mirentxu Corcoy se abordan algunas cuestiones actualmente problemáticas relacionadas con el Derecho penal del medio ambiente. Una temática de la que, por cierto, también la Dra. Corcoy se ha preocupado a lo largo de su brillante trayectoria académica tanto desde un punto de vista de su actividad docente como investigadora². Mi relación con la Dra. Corcoy se remonta, precisamente, al inicio de mi carrera académica y, en concreto, a los cursos

¹ En este sentido ya se ha pronunciado CORCOY BIDASOLO, M., «Contaminación acústica. ¿Delito de lesiones o contra el medio ambiente?», *Estudios de Derecho ambiental: libro homenaje al profesor Josep Miquel Prats Canut*, Valencia (Ed. Tirant lo Blanch), 2008, pp. 861-862.

² En este último sentido, cabe señalar, entre otras y además de la citada en la nota anterior, las siguientes publicaciones: CORCOY BIDASOLO, M., «Protección penal del medio ambiente», *Estudios de Derecho penal económico*, Caracas, (Livrosca), 2002, pp. 599-648; «Protección penal del medio ambiente: legitimidad y alcance. Competencia penal y administrativa en materia de medio ambiente», *Derecho penal*

de Doctorado impartidos conjuntamente por la Universidad de Barcelona y por la Universidad Pompeu Fabra. Desde entonces, la Dra. Corcoy siempre ha estado allí, apoyando a los jóvenes y a los que no somos tan jóvenes. Por ello, es un honor poder participar en este Libro Homenaje.

Pues bien, como es sabido, los delitos contra el medio ambiente, regulados en el Código español entre los artículos 325 a 331, constituyen uno de los ámbitos de referencia para la discusión de muchos de los aspectos problemáticos del Derecho penal económico-empresarial o, como señalan algunos, del Derecho penal moderno³. Y ello, en primer lugar, porque se trata de delitos que, en su mayoría, se han tipificado como delitos de peligro y en los que se utiliza tanto la técnica de las normas penales en blanco como innumerables elementos normativos jurídicos. En esta medida, son delitos fuertemente vinculados con la que sea la regulación administrativa correspondiente. Asimismo, también se trata de uno de los grupos delictivos a los que el legislador penal español ha decidido extender el régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas, tal y como se establece en el artículo 328 CP. Sin perjuicio de las alusiones que se puedan hacer a estas cuestiones, el propósito de este trabajo es centrarnos en una de las modalidades típicas de contaminación ambiental, esto es, la contaminación acústica. Esta elección se explica por varias razones. En primer lugar, de la jurisprudencia reciente existente en materia de medio ambiente esta es la modalidad típica que más ocupa a nuestros tribunales. En segundo lugar, y en relación con la anterior cuestión, es una de las modalidades de delito ambiental cuya comisión comporta la imposición de penas más elevadas, teniendo en cuenta que, en muchas ocasiones, se aplica el artículo 325.2 *in fine* CP (riesgo de grave perjuicio para la salud de las personas).

Así las cosas, tras esa introducción, este trabajo se estructura en dos partes fundamentales. En la primera, se atiende a las características principales de la regulación penal de la contaminación acústica y, en la segunda, se atiende al estado de la cuestión en el marco de la jurisprudencia del Tribunal Supremo español y, en concreto, respecto de los supuestos de contaminación por ruido ambiental o urbano.

de empresa, Pamplona, (Univ. de Navarra), 2002, pp. 613-649; «El delito ecológico. Delitos en materia de aguas», *El agua: estudios interdisciplinarios*, Barcelona, (Atelier), 2009, pp. 283-306.

³ Vid. GRACIA MARTÍN, L., *El moderno derecho penal económico empresarial y de la globalización económica*, Santiago de Chile (Olejnik), 2019, pp. 30-31.

II. LA CONTAMINACIÓN ACÚSTICA Y SU ENCAJE EN LA REGULACIÓN PENAL

De conformidad con el Derecho positivo, el anclaje principal de la contaminación acústica es el tipo del artículo 325 CP. En concreto, y sobre la base de lo establecido en su primer apartado, la contaminación acústica suele relacionarse con los «ruidos» y las «vibraciones» como resultados físico-naturales. Ahora bien, desde una concepción completa de lo que es la contaminación acústica, ésta también debería relacionarse con el resultado físico-natural de las «emisiones», en tanto que las fuentes de estas emisiones pueden ser sustancias, vibraciones, calor, ruido, etc. En esta medida, y si recurrimos a lo establecido en la Ley del Ruido, debe distinguirse entre lo que son las emisiones, que se refieren a las fuentes de las sustancias contaminantes, y las inmisiones, referidas a la concentración de esas sustancias (o calidad del aire) en un espacio determinado. Así, según el artículo 3 de la Ley del Ruido, por índice de emisión se entiende el «índice acústico relativo a la contaminación acústica generada por un emisor» [art. 3 k)] y por índice de inmisión el «índice acústico relativo a la contaminación acústica existente en un lugar durante un tiempo determinado». Por expresarlo con algún ejemplo: el índice de emisión se relacionaría con los decibelios que emite una máquina perforadora en un terreno natural o un aparato de música de un local de ocio; mientras que el índice de inmisión se vincularía con los decibelios que perciben los animales que habitan en ese terreno natural o los que reciben las personas que residen en la vivienda contigua a ese local de ocio. Por lo general, el contexto de incidencia de la contaminación acústica se vincula con la atmósfera. Asimismo, y más allá del resultado naturalístico, el resultado típico de esta modalidad de contaminación se podría relacionar con la causación de daños o el peligro de causación de daños a la calidad del aire como recurso natural (art. 325.1 CP), con la creación de un peligro de grave perjuicio para el equilibrio de los sistemas naturales (art. 325.2 CP) y, por último, con la creación de un peligro de grave perjuicio para la salud de las personas (art. 325.2 *in fine* CP). Si bien seguidamente se atenderá al segundo apartado de este precepto, cabe referirse brevemente a alguno de los términos que se utilizan en el más reciente tipo del artículo 325.1 CP y, en concreto, al concepto de daño sustancial.

Desde un punto de vista sistemático, parece que con la noción de daño sustancial el legislador está haciendo referencia a un grado de afectación menor al medio ambiente (o, mejor, a los recursos naturales) que cuando de la conducta típica se puede derivar un peligro de grave perjuicio para el equi-

brio de los sistemas naturales (o incluso para la salud de las personas)⁴. Con ello, podría considerarse que la expresión «daño sustancial» se refiere a algo menos relevante que la de «peligro de grave perjuicio». Esto es, que lo sustancial no es equivalente a lo grave. Ahora bien, esta comparación se complica si se toma en consideración lo establecido en la regulación administrativa e intentamos diferenciar aquellos supuestos en los que la afectación al medio ambiente es delito de aquellos en los que solamente estamos ante una infracción administrativa. En esta medida, y en concreto en el marco de la regulación del ruido, el artículo 28 b) de la Ley del Ruido establece como infracción grave la «superación de los valores límite que sean aplicables, cuando se haya producido un daño o deterioro grave para el medio ambiente o se haya puesto en peligro grave la seguridad o la salud de las personas». Así pues, de conformidad con esta regulación, lo relevante no es tanto la forma del resultado lesivo sino, más bien, el objeto afectado o puesto en peligro. Esto también se ha intentado abordar por el legislador penal. Quizás no sea tan relevante establecer una distinción entre daño o peligro de daño sustancial y peligro de grave perjuicio, sino más bien atender a que en un caso el objeto de referencia son determinadas condiciones físicas del entorno (aire, suelo, aguas) o incluso concretos recursos naturales, como los animales y plantas (art. 325.1 CP) y, en otro, el medio ambiente o entorno físico en su conjunto que rodea a esos recursos naturales (art. 325.2 CP)⁵.

En lo que se refiere al objeto de interés en este trabajo, la contaminación acústica puede ser relevante tanto desde la perspectiva de la calidad del aire o de los recursos naturales, como desde la perspectiva del equilibrio ecológico en su conjunto. Y, a mi juicio, de esta última dimensión se deriva la vinculación con la posible puesta en peligro de la salud de las personas como supuesto más grave. En suma, según lo establecido por el legislador penal, cabe afirmar que la trascendencia lesiva de los ruidos no es algo exclusivo de su relación con el peligro a la salud de las personas. Ahora bien, como se verá en el siguiente apartado, los casos que llegan a nuestra jurisprudencia se vinculan prácticamente siempre con la aplicación del 325.2 *in fine* CP, esto es, con la modalidad de peligro de grave perjuicio para la salud de las personas. De este modo, si se

⁴ Así, según JERICÓ OJER, L., «Análisis de la relevancia penal de la contaminación acústica en ámbitos urbanos tras la reforma de los delitos contra el medio ambiente (LO 1/2015, de 30 de marzo)», *RECPC* 18-12, 2016, el artículo 325.1 CP «supone un adelantamiento de la barrera de intervención penal, ya que lo que se protege no es la alteración del equilibrio de los sistemas naturales, sino el mantenimiento de las propiedades del suelo, aire y agua, así como de la flora y fauna», pp. 16-17.

⁵ Sobre esta distinción, *vid.* MONTANER FERNÁNDEZ, R., «Delitos contra el medio ambiente y la ordenación del territorio y el urbanismo. Apdo I», *Lecciones de Derecho penal económico y de la Empresa. Parte general y especial*, Barcelona (Atelier), 2020, p. 464.

entiende que esta modalidad se remite a las penas establecidas en el artículo 325.1 CP, la pena de prisión en su mitad superior se calculará respecto de la pena de prisión de dos a cinco años. Esto es, de tres años y seis meses a cinco años. Asimismo, según el 325.2 *in fine* CP, también se puede llegar hasta la superior en grado, esto es, pena de prisión de cinco años y un día a siete años y seis meses.

Precisamente, uno de los aspectos que se discute tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, de igual importancia desde un punto de vista práctico, es la naturaleza de este tipo del artículo 325.2 *in fine* CP, esto es, si se trata de un tipo cualificado (agravado en relación con lo dispuesto en el art 325.2 CP y que, por tanto, requiere la previa puesta en peligro del equilibrio de los sistemas naturales) o, más bien, de un tipo autónomo⁶ o relativamente autónomo⁷. A mi modo de ver, y en aras de mantener la propia legitimidad de los delitos contra el medio ambiente como algo diferenciado de otras figuras delictivas, el tipo *in fine* del artículo 325.2 CP es un subtipo cualificado o un tipo dependiente⁸. Y esto, en tanto que entiendo que si el peligro de grave perjuicio para el equilibrio de los sistemas naturales no solamente implica consecuencias para el conjunto de las condiciones físicas o los recursos naturales, sino también para la salud de las personas, estamos ante un supuesto más grave. En este sentido, se pone de manifiesto la dimensión antropocéntrica desde la que se legitima la intervención del Derecho penal en este ámbito (art. 45.1 CE). Ahora bien, esto no debe confundirse con lo que se considere que es el bien jurídico protegido a través de este precepto. La salud de las personas en sí misma considerada u otros bienes jurídicos individuales no son el objeto directo de protección de la norma que estamos analizando. Para ello ya existen otros tipos específicos, como por ejemplo, los delitos de lesiones, los delitos contra la libertad o incluso contra la integridad. Más bien, lo que se protege a través del artículo 325 CP es el medio ambiente natural como contexto en el que las personas desarrollan su actividad vital. Así, este tipo cualificado debería aplicarse cuando la puesta en peligro del entorno ambiental no solamente es relevante para el equilibrio de las condiciones físicas y de los recursos naturales

⁶ Sosteniendo su consideración como tipo penal autónomo, STS, Sala 2.^a, de 8 de marzo de 2021 (ponente: Marchena Gómez).

⁷ Al respecto, SILVA SÁNCHEZ, J. M., y MONTANER FERNÁNDEZ, R., *Delitos contra el medio ambiente*, Barcelona (Atelier), 2012, pp. 129-133. Pronunciándose en el sentido de que se trata de un tipo independiente, SILVA SÁNCHEZ, J. M., y FELIP I SABORIT, D., «El Derecho penal ante el ruido», *Régimen jurídico del ruido. Una perspectiva integral y comparada*, Granada (Comares), 2004, p. 268.

⁸ De esta misma opinión, apoyándose en una interpretación sistemática y teleológica del tipo penal en cuestión, CORCOY BIDASOLO, M., 2008, p. 870. También siguiendo esta postura, JERICÓ OJER, L., 2016, p. 22.

que lo componen, sino también para la propia salud de las personas que se desarrollan en ese entorno. Por ello, a mi modo de ver, no es adecuado formular el tipo del segundo inciso del artículo 325.2 CP como un tipo penal autónomo o independiente.

III. LA JURISPRUDENCIA PENAL EN EL MARCO DE LA CONTAMINACIÓN ACÚSTICA

Aunque la mayoría de los delitos contra el medio ambiente son delitos comunes, la realidad jurisprudencial muestra cómo la mayor parte de los casos de delitos ecológicos enjuiciados se relacionan con actividades empresariales (más o menos complejas) y con un ejercicio contaminante de cierta duración. Y ello, en tanto que, al ser una regulación penal fuertemente vinculada con la regulación administrativa y con el Derecho administrativo sancionador, parece que la gravedad requerida por delito es más propia de esa clase de actividades organizadas. Precisamente, en el marco de la contaminación acústica, también de la urbana o ambiental, la mayoría de las resoluciones jurisprudenciales se relacionan con casos de actividad empresarial y, en concreto, con la que se desarrolla a partir de restaurantes, bares o locales abiertos al público desde los que se emiten ruidos⁹. Veamos, pues, cuál es el estado de la jurisprudencia en este ámbito distinguiendo entre las sentencias dictadas antes de la reforma de 2015 y aquellas dictadas con posterioridad.

Respecto del primer grupo de sentencias, la primera condena llamativa por contaminación acústica en España tiene lugar con la sentencia STS, Sala 2.^a, de 24 de febrero de 2003, ponente: Granados Pérez («caso Chapó»). En este caso, el Tribunal Supremo (en adelante, TS) confirma la condena impuesta por la Audiencia Provincial de Palencia por un delito ecológico, en su modalidad de grave perjuicio para la salud de las personas (art. 325.2 CP *in*

⁹ Ahora bien, aunque sea más excepcional, también es posible hallar resoluciones en las que se condena a los particulares que realizan ruidos en sus propios domicilios y que, con ello, afectan a otros vecinos. Así, por ejemplo, se condenó como autor de un delito ecológico a un sujeto que habitualmente mantenía la música a alto volumen en su domicilio, durante un periodo de unos 5 años (STS, Sala 2.^a, de 20 de junio de 2007, ponente: Maza Martín); o la condena en concurso ideal con un delito de lesiones al sujeto que poseía en el patio trasero de su vivienda un guacamayo y una cacatúa que generaban ruidos que han perturbado gravemente la vida familiar y la salud física y psíquica de los vecinos de las casas colindantes (SAP-Valencia, Secc. 5.^a, de 19 de junio de 2018, ponente: Mora Alarcón). También sobre la contaminación acústica fuera de la actividad empresarial, si bien en este caso se absolvió, cabe señalar la STS, Sala 2.^a, de 16 de junio de 2014 (ponente: Sánchez Melgar) que confirmó la absolución de una pianista (y de sus padres en comisión por omisión) que durante cuatro años había estado causando molestias al vecindario con horas y horas de estudio del instrumento).

fine), al propietario de una sala de fiestas ubicada en los bajos de un edificio de viviendas que durante más de tres años realizó inmisiones por encima de los límites permitidos perjudicando la salud de algunos miembros del vecindario, especialmente los fines de semana. En un sentido similar, la sentencia STS, Sala 2.ª, de 27 de abril de 2007, ponente: Bacigalupo Zapater («caso El Portet») también confirma la condena por contaminación acústica al encargado de un restaurante por la reiterada inmisión de ruidos en horas nocturnas en los domicilios y dormitorios de ciertos vecinos, provocándose insomnio, estrés y otros cuadros clínicos ansioso-depresivos. Uno de los aspectos más llamativos de esta sentencia es la argumentación que realiza en orden a incluir dentro del concepto de medio ambiente el propio domicilio de las personas. En este sentido, señala que el medio ambiente protegido por este delito también es el hábitat de una o varias personas. Con base en ello, se considera que si el ruido afecta al domicilio de las personas, se está afectando al medio ambiente de aquéllas y, por tanto, merece protección jurídico-penal. Esta sentencia es el pistoletazo de salida de la interpretación del medio ambiente no solamente como algo referido a los sistemas naturales, sino también como algo doméstico o, más bien, vinculado de manera prácticamente exclusiva con los derechos individuales de las personas¹⁰. En la STS, Sala 2.ª, de 23 de octubre de 2012, ponente: Colmenero Menéndez de Luarca («caso Central Brunito»), también se confirma la condena de la Audiencia Provincial de Huesca por delito ambiental de contaminación acústica, aplicando la agravante de desobediencia, en concurso con dos delitos de lesiones por imprudencia grave. De nuevo, en este caso, se trataba del propietario de un café cantante desde el que durante más de cinco años se emitían ruidos excesivos. Uno de los aspectos relevantes de esta sentencia es la consideración de la modalidad de puesta en peligro grave de la salud de las personas como un tipo relativamente autónomo. La STS, Sala 2.ª, de 22 de abril de 2015, ponente: Giménez García («caso El Escondite») confirma la condena por contaminación acústica a los encargados de un bar musical por la reiterada emisión excesiva de ruidos en concurso ideal con un delito de lesiones.

También desde la entrada en vigor de la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se reforma el Código penal y que, en concreto, se modifica también la regulación de los delitos ambientales, cabe destacar una interesante actividad

¹⁰ Criticando esta orientación de la jurisprudencia CORCOY BIDASOLO, M., 2008, p. 869. Es más, según esta autora, en el marco de la contaminación acústica por ruido urbano o ambiental se utiliza una acepción diferente de lo que debería ser medio ambiente, en tanto referido a los recursos naturales. En esta medida, señala CORCOY, se lleva a cabo una «utilización abusiva, o incluso podríamos decir fraudulenta, del delito ambiental», p. 869, *vid.* también, p. 873.

jurisprudencial. Así, en primer lugar, la STS, Sala 2.^a, de 28 de abril de 2016, ponente: Jorge Barreiro («caso Bar Jardín»), modifica la condena por delito ambiental de contaminación acústica dictada por la Audiencia Provincial de Murcia, en tanto que esta última resolución no aplicó la modalidad agravada de riesgo de grave perjuicio para la salud de las personas. En este caso, el sujeto condenado regentaba un café-bar desde el que se generaron emisiones sonoras intensas que perturbaron el sosiego de una persona de ochenta años diagnosticada de Alzheimer. Si bien se señala que no fue posible un reconocimiento específico sobre la influencia de los ruidos prolongados en la salud de esa señora, el TS recuerda en esta resolución que no estamos ante un delito de peligro concreto ni ante un delito de lesiones, sino ante un delito de peligro abstracto-concreto o delito de peligro hipotético. Asimismo, citando resoluciones anteriores, se ocupa de recordar que «el medio ambiente protegido es también el hábitat de una o varias personas, es decir, el conjunto local de condiciones geofísicas en las que se desarrolla la vida de una especie o de una comunidad animal o de personas». Es más, de conformidad con el TS, «el sujeto pasivo del delito contra el medio ambiente no se caracteriza por el alto número de perjudicados, sino por la pertenencia a la especie cuya base biológica se desarrolla en el mismo». De nuevo, en esta resolución se entiende que la modalidad de creación de riesgo de grave perjuicio para la salud de las personas es un tipo relativamente autónomo. Y, en este mismo sentido, la STS, Sala 2.^a, de 27 de septiembre de 2018, ponente: Martínez Arrieta («caso Discoteca Triángulo») confirma también en casación la condena por el delito de contaminación acústica y delito de lesiones al propietario y al encargado de una discoteca. En la STS, Sala 2.^a, de 29 de septiembre de 2020, ponente: Berdugo Gómez de la Torre («caso Bar Hierro's»), el TS confirma la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid por la que se absuelve al acusado y regente del bar por un delito contra el medio ambiente. En este caso, el TS, después de atender a la regulación administrativa sobre el ruido y a la interpretación jurisprudencial sobre los elementos del tipo objetivo, considera que, a falta de prueba del conocimiento del peligro creado, no concurre el tipo subjetivo.

En la STS, Sala 2.^a, de 3 de marzo de 2021, ponente: Marchena Gómez («caso Valparaíso»), se confirma la condena por delito ambiental al titular de un restaurante que, de manera continuada y especialmente por la noche, emitía ruidos excesivos que alteraron la tranquilidad y el sueño de los vecinos del piso superior. Ahora bien, el TS casa y anula parcialmente la sentencia de la Audiencia Provincial, atendiendo a que considera que los hechos, si bien constitutivos de delito ambiental, son incardinables en el artículo 325.1 CP en relación con el artículo 325.2 *in fine* CP según la redacción otorgada por la

LO 1/2015, de 30 de marzo. Veamos con más detalle algunos de los aspectos de la fundamentación de esta sentencia. En primer lugar, en esta resolución se señala que la creación de un riesgo de grave perjuicio para la salud de las personas debe entenderse desde la perspectiva de los delitos de peligro potencial o hipotético. Y, en esta medida, para colmar el juicio de tipicidad es suficiente con «un anticipado juicio de idoneidad sobre la capacidad de la acción para generar ese peligro». Así, el TS considera que «la notoria superación de los umbrales de ruido reglamentariamente admitido en los negocios de hostelería en zonas residenciales implica, en términos generales, un riesgo de afectación a la salud y el bienestar –en definitiva, en su derecho al equilibrio existencial– para las personas a las que esa contaminación acústica pueda llegar a repercutir». Ahora bien, lo que merece destacar de esta resolución es que el TS, y a propósito de la reforma penal del 2015, se plantea cuál es la naturaleza de la modalidad de creación de un riesgo de grave perjuicio para la salud de las personas y cuál es su encaje en el actual artículo 325 CP. En este sentido, y marcando una nueva línea jurisprudencial atendiendo a la nueva estructura típica del artículo 325 CP, el TS, después de criticar la técnica legislativa utilizada en este precepto, entiende que «no existe un tipo básico alojado en el artículo 325.1 del CP para aquellos casos –que siempre encontrarán mejor tratamiento en el derecho administrativo sancionador– en que la contaminación acústica sea susceptible de generar un riesgo para la salud de las personas que, sin embargo, no llega a ser grave o a tener significancia. Ello nos obliga a una reinterpretación sistemática de la desestructurada novedad con la que ha sido incorporada la alusión al «riesgo grave para las personas» en la reforma de 2015. Conforme a esta idea, el tipo básico del delito contra el medio ambiente por contaminación acústica que genera grave daño a la salud de las personas, exige como presupuesto del tipo objetivo, además de la infracción legal o reglamentaria de las normas protectoras, que se haya desarrollado una acción capaz de generar un riesgo potencial grave –no leve– para la salud de las personas». Asimismo, continúa señalando el TS que la primera consecuencia de esta interpretación es de carácter penológico. De este modo, «la pena a imponer en su mitad superior “... pudiéndose llegar hasta la superior en grado”, es la pena de prisión de 6 meses a 2 años (art. 325.1), no la de 2 a 5 años (art. 325.2)». Esto es, para el TS la nueva redacción del tipo penal del artículo 325, diferenciándose entre dos apartados, y habiéndose relegado la referencia a la creación de un grave perjuicio para la salud de las personas al artículo 325.2 *in fine*, no supone interpretar esta modalidad como un tipo únicamente referido a la pena del artículo 325.2 CP. En este sentido, señala que la «creación de un riesgo de grave perjuicio para la salud de las personas no es un tipo hiperagravado que

exaspere la pena impuesta en el artículo 325.2 del CP a aquellas conductas que «...pudieran perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales». La generación de un riesgo grave para la salud de las personas representa un tipo autónomo que añade un potencial peligro a la estructura del tipo básico que, por su propia naturaleza, agrava la respuesta penal definida en el artículo 325.1 del CP». En primer lugar, cabe señalar que, según esta interpretación jurisprudencial, el TS no concibe la contaminación acústica como un fenómeno que, además de poder afectar a la salud de las personas, también pueda desplegar efectos negativos respecto de las condiciones físicas y los recursos naturales del medio ambiente. De nuevo, aparece esta concepción eminentemente antropocéntrica del medio ambiente, cuando menos respecto de esta modalidad delictiva. En segundo lugar, el TS interpreta la modalidad del artículo 325.2 *in fine* como un tipo autónomo, cuya posible aplicación solamente se plantea respecto del primer apartado del 325 CP, que califica como tipo básico. De ahí cabe señalar varios aspectos. El primero es que, más que un tipo autónomo, se trataría de un tipo relativamente autónomo y, en cierta medida, también agravado. Esto es, además de lo que atañe a la determinación de la pena de prisión, se vincularía igualmente con las conductas típicas reguladas en el artículo 325.1 CP, con los resultados físico-naturales, con los contextos de incidencia allí establecidos y también con elemento normativo. Sin embargo, la autonomía aparecería respecto del resultado típico. El segundo es que, con base en esta resolución, el resultado de grave perjuicio para la salud de las personas no se entiende como una modalidad más grave de la creación de grave perjuicio para el equilibrio de los sistemas naturales. De ahí, deriva el TS que la remisión intrasistemática para la determinación de la pena no es en relación con el tipo agravado del artículo 325.2 CP, sino en relación con el tipo básico del artículo 325.1 CP.

Por último, cabe referirse a la STS, Sala 2.^a, de 30 de junio de 2021, ponente: Berdugo Gómez de la Torre («caso Bar Sokoia»). En este supuesto, la Audiencia Provincial de Guipúzcoa condena, entre otros, a uno de los sujetos que explotaba el local desde que se emitieron ruidos excesivos y prolongados en el tiempo (durante los fines de semana y por la noche) a un delito contra el medio ambiente en su modalidad de contaminación acústica, en concurso ideal con un delito de lesiones del artículo 147.1 CP. En lo que aquí interesa, el TS confirma la sentencia por lesiones y por delito ambiental pero, respecto de este último, vuelve a sostener que la norma aplicable es el artículo 325.1 CP en relación con el artículo 325.2 CP. En este sentido, y siguiendo la interpretación de la sentencia del «caso Valparaíso», entiende que en el artículo 325.2 CP se incorporan dos modalidades típicas independientes.

Así pues, y en general respecto de todas las modalidades de conducta típica y de resultados físico-naturales, estas dos últimas sentencias del TS apuntan a la necesaria diferenciación entre tres modalidades delictivas atendiendo a cuál sea el resultado típico. A saber: 1) la causación o peligro de causación de daños sustanciales a la calidad del aire, del suelo o de las aguas, o a animales o plantas; 2) el peligro de grave perjuicio para el equilibrio de los sistemas naturales; y 3) el peligro de grave perjuicio para la salud de las personas. En lo que respecta a la contaminación acústica que aquí nos ocupa, y sobre la base de la visión eminentemente antropocéntrica que mantiene la jurisprudencia y de su consideración como un tipo autónomo, en lo que respecta a la interpretación de los peligros que se derivan de esta clase de contaminación, el único escenario delictivo de la contaminación acústica sería la tercera modalidad arriba mencionada. A mi juicio, esta interpretación no es del todo acertada pues, hace ya totalmente innecesaria la incorporación de las emisiones, ruidos y vibraciones como resultados físico-naturales que, en determinados contextos, pueden comportar la aplicación del tipo básico del artículo 325.1 CP. Otra cuestión es, desde luego, que la dañosidad o puesta en peligro de la calidad del aire sea más difícil de probar en un procedimiento penal.

IV. REFLEXIONES FINALES

Es evidente que los casos de ruido ambiental o urbano pueden incidir en ciertos intereses jurídicos individuales, como la salud (física y psíquica de las personas) o incluso la propia libertad de las personas. Ahora bien, en este trabajo se intenta valorar la contaminación acústica solamente desde su posible encaje en los delitos ambientales. A estos efectos, cabe recordar que estos delitos y, en concreto, los delitos de contaminación acústica siguen siendo delitos ubicados entre los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente. Ahora bien, nuestra jurisprudencia lleva desarrollando una línea interpretativa que, cada vez más, prácticamente nos hace olvidar que los delitos de contaminación acústica no son delitos contra la salud de las personas. Desde luego, los casos de contaminación acústica urbana se relacionan con situaciones en las que los ruidos generan molestias e, incluso, graves consecuencias para la salud de los vecinos que están expuestos de manera prolongada a esos ruidos. Sin embargo, la contaminación acústica no solamente puede ser de naturaleza urbana, sino que su significancia puede ser mucho más amplia o compleja. También la contaminación acústica puede ser uno de las fuentes de riesgo para la

calidad de las condiciones físicas y de los recursos naturales e, incluso, para el equilibrio de los sistemas naturales.

Ahora bien, a la luz de la jurisprudencia, con la modalidad de contaminación acústica se deja de lado la dimensión supraindividual del medio ambiente o, cuando menos, el entendimiento del medio ambiente natural desde una perspectiva ecocéntrica. Esto es, la tipificación de esta clase de contaminación no supone, a la luz de las resoluciones jurisprudenciales, un mecanismo para la protección de la calidad del aire o de los ecosistemas naturales en su conjunto. En lo que respecta a las resoluciones jurisprudenciales aquí examinadas, la contaminación acústica urbana que se vincula con los casos de generación de ruidos a propósito de actividades empresariales relacionadas con el ocio, solamente tienen en cuenta los efectos de la contaminación acústica desde la perspectiva de la salud de las personas. Por tanto, en este ámbito se subrayada intensamente la dimensión antropocéntrica¹¹. De este modo, el actual artículo 325.2 *in fine* CP, más que configurarse como una modalidad de delito ambiental parece tratarse de una fórmula para compensar los problemas de impunidad que se derivan de la imposibilidad de establecer un nexo causal de imputación en el marco de la imputación por delitos de lesiones o, incluso, de tentativas de delitos imprudentes de lesiones.

Asimismo, mayor contrasentido generan aquellas resoluciones en las que, además de la aplicación de la modalidad de contaminación acústica del artículo 325.2 *in fine* CP –entendida ésta como un delito de peligro abstracto-concreto o peligro hipotético–, se aplican en concurso ideal alguno de los tipos de lesiones. Y ello porque, por más que se quiera incluir dentro de la definición de medio ambiente al domicilio como hábitat en el que las personas desarrollan un parte fundamental de sus vidas, esta concepción del medio ambiente se aparta totalmente de su entendimiento como medio ambiente natural. Bajo mi punto de vista, en el artículo 325 CP se protege el medio ambiente natural y, desde luego, como se señala en el artículo 45.1 de la CE su protección es algo fundamental para asegurar el bienestar y desarrollo de la vida de las personas. De este modo, considero que la postura adecuada para comprender y aplicar los delitos ambientales es la que sostiene un ecocentrismo moderado.

El mantenimiento de la calidad de las condiciones físicas que forman parte del entorno natural, así como de los recursos naturales, es un interés fundamental cuya necesaria protección se explica en tanto ello es necesario para preservar las condiciones en las que se desarrolla la propia vida de las perso-

¹¹ En esta misma línea, GÓRRIZ ROYO, E., *Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2015, p. 96 ss.

nas. En esta medida, a mi modo de ver, el artículo 325.2 *in fine* CP no puede interpretarse como un tipo autónomo, sino como un tipo cualificado. Más discutible es afirmar que se trate exclusivamente de un tipo hiperagravado que solamente se pueda aplicar en relación con la modalidad ya agravada del artículo 325.2 CP. Ahora bien, desde el punto de vista de la regulación actual, la lógica sistemática debería ser esta. De este modo, el respeto al principio de intervención mínima del Derecho penal, que también afecta al Derecho penal ambiental, requiere de una interpretación menos laxa del medio ambiente, también en el marco de la denominada contaminación acústica urbana.

BLANQUEO DE CAPITALES: EXTRATERRITORIALIDAD Y DOBLE INCRIMINACIÓN

ADÁN NIETO MARTÍN*

I. EL ARTÍCULO 301.4 DEL CP: VERTIENTE PROCESAL Y MATERIAL

Por muchas razones, el delito de blanqueo de capitales es una de las figuras delictivas que más quebraderos de cabeza da al intérprete y, como consecuencia de ello, más peligros genera para la libertad de los ciudadanos. Son cuantiosos los debates que en los últimos años han girado en relación a su interpretación, lo que pone de manifiesto que se trata de una figura en proceso de gestación, que aún no ha alcanzado su fisonomía definitiva. Este trabajo tiene como objetivo profundizar en un aspecto también muy original del blanqueo de capitales, como es su marcada vocación extraterritorial. Concretamente mi contribución pretende aclarar el significado del artículo 301.4 CP, donde se señala que el «culpable será igualmente castigado aunque el delito del que provinieren los bienes, o los actos penados en los apartados anteriores hubiesen sido cometidos total o parcialmente en el extranjero».

Una lectura somera de este apartado revela de inmediato que el legislador ha mezclado en el dos contenidos diversos, uno de naturaleza sustantiva y otro de carácter procesal. En efecto, la primera parte del artículo 301.4 tiene un claro carácter sustantivo, en cuanto que se ocupa de uno de los elementos típicos más importantes del delito de blanqueo, el delito o actividad delictiva pre-

* Catedrático de Derecho penal. Universidad de Castilla la Mancha.

via. Cuando el artículo 301.4 señala que «el culpable será igualmente castigado aunque el delito del que proceden los bienes... se haya cometido total o parcialmente en el extranjero» lo que hace es concretar el significado de un elemento del tipo, como es la naturaleza del delito previo o precedente.

Al lado de este primer contenido, el artículo 301.4 aborda también una cuestión de índole procesal o, más exactamente jurisdiccional, relativa a la competencia de la competencia de los tribunales españoles por el delito de blanqueo de capitales. En esta ocasión, el artículo 301.4 se refiere «a los actos penados», es decir, al comportamiento constitutivo de delito de blanqueo de capitales, indicando que estos pueden haber sido cometidos total o parcialmente en el extranjero. La comprensión cabal de este apartado exige una interpretación sistemática con el artículo 23 LOPJ.

Ya sea en el marco de la primera de sus funciones, ya sea en el marco de la segunda se plantea la cuestión del papel que desempeña la doble incriminación de los hechos.

En la vertiente procesal, al menos cuando los hechos se hayan realizado totalmente en el extranjero, tendrá sentido ver en qué medida son también allí constitutivos de delito. La extraterritorialidad del blanqueo de capitales no deriva solo de lo dispuesto en el artículo 301.4, sino para que conforme a lo dispuesto en la LOPJ existan competencias a partir del principio de personalidad activa (art. 23.2 LOPJ) o del principio de entregar o juzgar (art. 23.3 p) LOPJ). En ambos casos se requiere la presencia de doble incriminación. Por ello en realidad, la función procesal del artículo 301.4 tiene carácter declarativo. Pues incluso en lo relativo al principio de territorialidad, como base de la jurisdicción, nos recuerda una doctrina ya consolidada, que puede invocarse el principio de territorialidad por el mero hecho de que una parte del comportamiento se realice dentro del territorio del estado¹. En la vertiente sustantiva la cuestión reside en decidir si el delito del que proceden los bienes, realizado en el extranjero, debe ser también un hecho punible conforme a la legislación española o si por el contrario es posible el blanqueo de capitales procedentes de delitos que resultan atípicos en nuestro ordenamiento.

De estas dos vertientes, la aplicación del principio de doble incriminación no plantea especiales problemas en lo que afecta a la determinación de la jurisdicción de los tribunales españoles². No ocurre así en su contenido mate-

¹ Cfr. *Memento Practico Lefebvre Penal*, 2016, marg. 480

² Ampliamente FABIAN CAPARROS E, *La aplicación territorial del delito de blanqueo de capitales en el Derecho español*, en PEREZ CEPEDA A. I., *El principio de justicia universal: fundamentos y límites*, Tirant lo Blanch, 2012. En el derecho comparado no es frecuente que se acoja esta suerte de principio de justicia universal en relación al blanqueo de capitales, a lo que tampoco obliga ningún Convenio interna-

rial o substantivo, en este caso como a continuación va a comprobarse, ni la jurisprudencia ha indicado con rotundidad hasta ahora que ha de acreditarse la doble incriminación, ni mucho menos ha indicado en qué consiste esta comprobación. El resultado de todo ello es un aumento desmesurado, y dudosamente constitucional, de los contornos típicos del delito de blanqueo de capitales, que como ya ha ocurrido en otras ocasiones y antes se advertía puede convertir el tipo penal en una amenaza para los derechos de los ciudadanos.³

II. LA DOBLE INCRIMINACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA

La necesidad de doble incriminación como requisito para la aplicación del delito de blanqueo de capitales por delitos cometidos totalmente fuera de nuestro territorio no ha sido abordada detenidamente por nuestra jurisprudencia.⁴ En la doctrina del TS solo existen dos referencias colaterales y un tanto oscuras a esta cuestión. En primer lugar, la STS 1501/2003, de 19 de diciembre (Fundamento Jurídico 9), al refutar las alegaciones del recurrente, que niega la existencia de un hecho previo al delito de blanqueo de capitales, señala expresamente:

«Se encuentran fuera de lugar las alegaciones que se realizan respecto a una doble incriminación, porque técnicamente no se requiere para la punición del blanqueo de capitales la condena por el delito origen, de donde procede el dinero. En efecto, el párrafo cuarto del artículo 301, determina que «el culpable será igualmente castigado aunque el delito del que provinieren los bienes, o los actos penados en los apartados anteriores hubiesen sido cometidos, total o parcialmente, en el extranjero».

cional. Por esta razón, la única lectura razonable en este punto del artículo 304.1 es una interpretación sistemática con la LOPJ, de la que se deduce la inexistencia de una justicia universal. Llega a una misma conclusión CARLOS DE OLIVEIRA A. C, *Spain*, en VOGEL B., y MAILLART J. B., *National and International Anti Money Laundering Law*, Intersentia, 2020, p. 419.

³ En cierto modo el problema que va a estudiarse es paralelo o similar a los casos de blanqueo de capitales procedentes del delito fiscal, en ambos casos se corre el peligro de que la tenencia de ganancias lícitas no debidamente justificadas acaben conformando un hecho delictivo, *vid.* al respecto por ejemplo BLANCO CORDERO I., «El delito fiscal como actividad delictiva previa del blanqueo de capitales», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 13 de enero (2011), p. 1 ss; DEL ROSAL BLASCO B., *Delito fiscal y blanqueo de capitales: perspectivas ante la nueva reforma del tipo básico del delito fiscal*, La Ley, núm. 7997, Sección Doctrina, 9 de enero de 2013.

⁴ En la doctrina, la situación tampoco es clara, *vid.* por ejemplo la exposición de la cuestión que realiza BLANCO CORDERO I., *El delito de blanqueo de capitales*, 4.^a Ed, Aranzadi, 2015, p. 385 ss. Llega también recientemente a la misma conclusión, CARLOS DE OLIVEIRA A. C, 2020., p. 419 s.

En las convenciones internacionales que regulan el blanqueo la cuestión tampoco se ha resuelto de manera definitiva. La Convención de Viena no se ocupa de esta cuestión, mientras que la Convención del Consejo de Europa no obliga a tomar en cuenta necesariamente la doble incriminación aunque lo recomienda. El GAFI por su parte propone que se suprima este requisito. En el derecho comparado la doble incriminación se exige en Alemania y Suiza.

Una lectura atenta revela que en realidad el TS se refiere a la no necesidad de una condena previa por el delito precedente y no a la constatación de una doble tipificación en abstracto de los hechos, en uno y otro ordenamiento. En ningún caso puede extraerse por tanto que esta sentencia permite entender que puede prescindirse de la doble tipificación del delito previo.

Algo más explícita en este punto es la STS 974/2016 de 23 de diciembre:

«En efecto, el apartado 4.º del art. 301 establece que «el culpable será igualmente castigado aunque el delito del que provinieren los bienes, o los actos penados en los apartados anteriores hubiesen sido cometidos, total o parcialmente, en el extranjero». *Se trata, por tanto, de una disposición de claro sabor procesal* que ha sido incluida en el código penal con notoria descolocación sistemática. La redacción de este precepto sugiere que el delito de blanqueo se sujeta a un incondicionado criterio de persecución extraterritorial, equiparando la tutela penal del equilibrio del sistema financiero a la que reclaman otros bienes jurídicos de incuestionada validez para la comunidad nacional. *Sin embargo, por mayor interés que revele el legislador* en sortear los límites ordinarios en la aplicación de la ley penal, mal puede hablarse de una actividad de blanqueo de capitales si las ganancias no provienen de un delito. La necesidad de un delito antecedente –una actividad delictiva dice textualmente el art. 301 del CP– opera como una exigencia del tipo, sin el cual el juicio de subsunción se desmorona. Y parece evidente que el carácter conexo del delito de blanqueo de capitales, tal y como está anunciado en la querrela, no puede proclamarse en ausencia de un delito principal calificable como tal en el lugar de comisión *o, al menos, perseguible en nuestro sistema.*» (Las cursivas son nuestras).

Como puede apreciarse, en sus consideraciones el TS mezcla generando confusión los dos aspectos del artículo 301.4 a que hemos venido haciendo referencia. La primera parte de las palabras del TS («disposición de claro sabor procesal») se refieren a la jurisdicción de los tribunales españoles, indicando que el artículo 301.4 ha consagrado la posibilidad de persecución extraterritorial de este delito, cuando los hechos de blanqueo hayan sido cometidos total o parcialmente fuera del territorio español. La segunda parte de este párrafo (*Sin embargo, por mayor interés que revele...*) haría referencia al aspecto material o típico relacionado con el delito previo. En este punto parece dejar una abierta a la posibilidad de prescindir de la doble tipificación en cuanto que planea dos hipótesis alternativas. La primera sería la de «un delito principal calificable como tal en el lugar de comisión», mientras que la segunda sería «o, al menos, perseguible en nuestro sistema».

Más allá de la jurisprudencia del TS, la sentencia más significativa en esta materia es la de la Audiencia Nacional núm. 14/2019, de 24 de abril (Fundamento Jurídico 4). Aunque no contiene ninguna precisión doctrinal al respecto,

da por sentada correctamente la necesidad de doble incriminación del delito previo y precisamente la ausencia de la misma le conduce a la absolución.

III. DOBLE INCRIMINACIÓN Y BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Pese a que una interpretación literal del artículo 301.4 deja abierta las puertas a la posibilidad de prescindir de la doble incriminación en relación al delito del que proceden los bienes y la ambigüedad que hasta ahora tiene la jurisprudencia del Tribunal supremo, una correcta interpretación de este precepto conforme al bien jurídico tutelado, arroja como resultado la necesidad de tomar en cuenta la doble incriminación como elemento no escrito del tipo penal.

Aunque la determinación del bien jurídico del delito de blanqueo de capitales es objeto de una amplia discusión doctrinal, existe un relativo consenso a la hora de señalar que se trata de un bien jurídico pluriofensivo, que protege tres intereses diversos: (1) la protección de la actividad de la administración de justicia; (2) la eliminación de los delitos que dan lugar al blanqueo de capitales y (3) la protección del sistema económico y financiero, debido a que el blanqueo produce daños a la economía legal.⁵

El correcto funcionamiento de la administración de justicia es el primer bien jurídico protegido por el delito de blanqueo de capitales. Pese a la ubicación sistemática de este delito en el CP, entre los delitos contra el orden socioeconómico, existe acuerdo en señalar que las conductas constitutivas de blanqueo de capitales perjudican la efectividad del sistema judicial en dos aspectos. El primero de ellos es el descubrimiento de los responsables del delito, por esta razón se sancionan conductas destinadas a «ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos». En este punto, el blanqueo de capitales vendría a ser una modalidad de encubrimiento.

Si nos detenemos en esta primera faceta de la actividad de la administración de justicia protegida por el blanqueo, la doble incriminación de los delitos cometidos en la exterior resulta necesaria para dar sentido a la punición del blanqueo. Carecería de sentido tutelar la actividad de la administración de jus-

⁵ Sobre el bien jurídico protegido, *vid.* CARLOS DE OLIVEIRA A. C, en Silva Sánchez (dir), Robles Planas (coord.), *Lecciones de Derecho penal económico y de la empresa*, Atelier, 2020, p. 646 ss; LASCURAIN SÁNCHEZ J.A., en DE LA MATA; DOPICO; LASCURAÍN, y NIETO, *Manual de Derecho penal económico y de la empresa*, Dyckinson, 2018, p. 498 ss; MOLINA FERNÁNDEZ, F.: «¿Qué se protege en el delito de blanqueo de capitales?», AAVV, Bajo Fernández y Bacigalupo Saggese (eds.), *Política criminal y blanqueo de capitales*, Madrid: Marcial Pons, 2009, pp. 91 a 123.

ticia española en relación a hechos sobre los que no tiene jurisdicción y que aunque puedan ser delitos en España, no lo son en el país con competencia para juzgarlos. Como no tiene jurisdicción, no puede sancionar, y como no puede sancionar no hay bien jurídico que proteger a través del blanqueo.

Mas lo mismo ocurre a la inversa: si los hechos son delictivos en otro país, pero no en España, resulta que España conforme a los principios básicos de la cooperación judicial negaría toda cooperación judicial a ese otro país a la hora de investigar y sancionar estos hechos, pues la cooperación judicial exige la doble incriminación. Por esta razón no tendría sentido alguno –más bien sería absurdo– señalar que hay una conducta de blanqueo que lesiona la actividad de la administración de justicia, cuando esa misma administración de justicia va a negarse a cooperar por no existir doble incriminación.

El segundo aspecto en que el delito de blanqueo de capitales protege el correcto funcionamiento de la a la administración de justicia es más concreto. Se trata de posibilitar su actividad a la hora de decomisar los bienes procedentes de actividades delictivas. Comiso y blanqueo de capitales son las dos caras de una misma moneda, como bien muestra el desarrollo de la legislación nacional e internacional, las dos normativas se han desarrollado al unísono y persiguen objetivos idénticos. Ambas regulaciones son la principal respuesta que se ha dado a los riesgos que existen de que bienes de origen delictivo, especialmente cuanto proceden de la criminalidad organizada, se inserten en la economía legal. La importancia del blanqueo de capitales, no se explica sin la importancia que hoy adquirido el comiso ni viceversa. El blanqueo se castiga porque los comportamientos típicos dificultan o impiden el comiso de los bienes. De aquí se deduce que, al menos desde esta parcela del bien jurídico protegido, carece de sentido castigar conductas por blanqueo de capitales que no suponen ningún obstáculo al decomiso de bienes.

Pues bien, el decomiso de bienes solo tiene sentido cuando estos como indican los artículo 127 ss. del CP proceden de delitos dolosos o imprudentes. Proyectar los comportamientos del delito de blanqueo de capitales sobre bienes que no proceden de ningún delito en el país cuyos tribunales son competentes para juzgarlos carece de sentido. Pretender decomisar estos bienes, con el pretexto de que la actividad es delictiva en el país donde se han realizado las conductas de blanqueo de capitales, en este caso España, supondría admitir una suerte de enriquecimiento ilícito del estado español, que se enriquecería sin causa alguna con fondos que han sido obtenidos de manera lícita en su lugar de procedencia.

A la inversa este argumento también funciona: pretender decomisar bienes por comportamientos que son delictivos en el país de procedencia, pero no

en España, supondría apoderarse de unos fondos que pertenecen exclusivamente al país que declara los hechos delictivos. El absurdo de no aplicar la doble incriminación a esta última situación se comprueba también de la siguiente manera: si el estado A nos pidiera cooperación para decomisar fondos por hechos que son delictivos en el estado B, pero no en España, esta cooperación judicial le sería denegada por no cumplirse el requisito de doble incriminación. Sería incoherente, al igual que ya se indicaba anteriormente, que el país que niega la cooperación pretendiera castigar por blanqueo de capitales en relación a estos bienes.

En suma, como el blanqueo protege la actividad de la administración de justicia encaminada al decomiso, y éste por delitos cometidos en el exterior solo tiene sentido cuando existe doble incriminación, la doble incriminación debe ser también un requisito del delito de blanqueo.

La administración de justicia como bien jurídico protegido por el blanqueo nos desvela también en qué ocasiones tiene sentido de manera limitada y excepcional prescindir de la doble incriminación. Los casos en donde cabe prescindir de la doble incriminación son aquellos delitos donde la jurisdicción sobre los mismos responde al modelo de la justicia universal. En las infracciones que son objeto de justicia universal, la administración de justicia española tiene un interés directo y principal en su persecución en cuanto que puede juzgarlos sin atenerse a la doble incriminación, además en cuanto que puede juzgarlos puede decomisar los bienes que de ellos procedan. El principio de justicia universal es el que conforma el artículo 23.4 LOPJ donde como puede apreciarse el principio de doble incriminación no juega ningún papel para atribuir la jurisdicción. Por esta razón, los delitos que se contemplan en el artículo 23.4 pueden constituir delitos previos del delito de blanqueo sin necesidad de doble incriminación. Basta con el hecho de que sean comportamientos típicos conforme al CP español.

Entiéndase bien, cuanto acaba de decirse no nos debe llevar a confundir doble incriminación con jurisdicción. España podría juzgar por blanqueo de capitales procedente de la trata de personas, aunque los delitos de trata de los que proceden los bienes no se juzguen finalmente en nuestro país. Ello es así porque el principio de justicia universal implica que existe un interés compartido en que las administraciones de justicia nacionales persigan estos delitos de manera eficaz y decomisen sus bienes. En relación con estos delitos, los del 23.4 LOPJ, es absolutamente legítimo la protección de la actividad de administraciones de justicia foráneas.

Coincide la doctrina en que el segundo de los bienes jurídicos del blanqueo de capitales radica en ofrecer una protección reforzada al el bien jurídico del

delito previo. Al igual que ocurre con la receptación, se trata de evitar la creación de un escenario fértil. Desde el nacimiento del delito de blanqueo, en el marco de la lucha contra la droga, se puso de manifiesto que se trataba de atacar el «tálón de Aquiles» de esta forma de criminalidad: las ganancias que este tráfico producía. Impedir o al menos dificultar el enriquecimiento que se derivan de determinadas formas de criminalidad, es una forma de tutelar también de manera indirecta los bienes jurídicos tutelados en los delitos previos al blanqueo.

Este nuevo aspecto de la lesividad de las conductas de blanqueo nos muestra nuevamente el pleno sentido que tiene mantener la doble incriminación como requisito estructural del artículo 301.4 CP. Efectivamente, desde el punto de vista del Derecho penal español castigar el blanqueo de capitales por comportamientos delictivos que no constituyen delito en nuestro país carece de sentido político criminal. Resulta un castigo absurdo, en cuanto que la conducta no supone la lesión de un bien jurídico digno de protección jurídico penal en nuestro país. Si el legislador español no ha considerado oportuno sancionar las conductas que directamente lesionan el bien jurídico protegido en el delito previo, por qué va a castigarse penalmente un comportamiento como el blanqueo que solo lo lesiona indirectamente creando un escenario fértil a su comisión.

En sentido inverso, tampoco tiene sentido sancionar por blanqueo de capitales conductas constitutivas de delito en nuestro país, pero que no lo son en aquel en que se han realizado los hechos. Contribuir con el sistema penal español a que no se cree un escenario fértil para la realización de una conducta que el legislador de otro ámbito territorial no considera merecedora de sanción es nuevamente una sanción penal carente de sentido.

Esta faceta de la lesividad del blanqueo, concretada en uno de sus bienes jurídicos protegidos, nos confirma también los posibles límites al principio de doble incriminación que antes trazábamos: los que se corresponden con los sectores delictivos donde rige el principio de justicia universal. Pues aquí, nuevamente, cobra plenamente sentido la lucha contra el delito previo, con independencia de dónde se cometa. Impedir que se creen las condiciones para que proliferen el terrorismo, el tráfico de drogas, de personas y el resto de las conductas a las que se refiere el artículo 23.4 LOPJ es un bien jurídico digno de protección jurídico penal para la comunidad internacional en su conjunto y, por tanto, tiene sentido una tipificación del blanqueo que impida la creación de ese escenario fértil, con independencia del lugar de realización de la conducta.

Finalmente, el tercer bien jurídico protegido por el blanqueo de capitales es mucho más difuso: el sistema económico y el financiero. La lesividad de las conductas de blanqueo de capitales en estos casos puede sintetizarse del si-

guiente modo. En primer lugar, se trata de luchar contra el poder de las organizaciones internacionales: debido a las grandes sumas de dinero que generan los hechos delictivos que éstas realizan, existe la posibilidad de que se hagan con el control de sectores de la actividad económica e incluso controlar políticamente a estados, que buscarían su financiación como una alternativa a los cauces oficiales.

En un plano más limitado, se habla de que las conductas de blanqueo de capitales suponen un acto de competencia desleal: a quien ha obtenido financiación gracias a recursos procedentes de comportamientos ilícitos, lo que presupone siempre un menor coste para su obtención que la financiación legal, le resulta más fácil competir que al resto de los partícipes en el mercado e igualmente cuando estos bienes se inserten en el mercado puede producir un alza de los precios.

La vinculación blanqueo de capitales con la criminalidad organizada, que es el núcleo del primer argumento, no justifica prescindir de manera genérica de la doble incriminación de los delitos realizados por la criminalidad organizada. A este respecto obsérvese, en primer término, que el delito de organización criminal está vinculado en el Derecho internacional a la comisión de delitos graves por parte de la organización. De este modo, solo tendría sentido prescindir de la misma cuando se trata de este tipo de delitos. A estos efectos, sin embargo, resulta tremendamente significativo que, en aquellos países como Alemania o Suiza, donde el delito de blanqueo de capitales se vincula en exclusiva con los bienes procedentes de delitos graves se mantiene unánimemente el requisito de la doble tipificación y, además, se pide comprobar la gravedad del delito previo conforme al ordenamiento del país en que fue cometido⁶.

Por otro lado, si los límites a la jurisdicción española a la hora de castigar la participación en un grupo delictivo organizado se rigen por el principio de territorialidad y personalidad activa, no tiene sentido que el blanqueo de capitales por los delitos previos cometidos por organizaciones delictivas se extienda de manera generalizada a delitos que caen fuera del ámbito de nuestra jurisdicción. Mucho menos sentido tiene aún, que con el argumento de que genéricamente el delito de blanqueo de capitales sirve para la lucha contra el crimen organizado, se pretenda eliminar la doble incriminación en todos los supuestos.

Igualmente, la necesidad de contar con la doble incriminación del delito previo se impone si atendemos al argumento de la competencia leal. El argumento es evidente: no puede hacer daño a la competencia en nuestro país, ni

⁶ Cfr. BLANCO CORDERO I., 2015, *op. cit.*, pp. 385 ss.

crea ningún tipo de distorsión en la economía, afectando por ejemplo al nivel de precios de la vivienda, el que alguien intervenga en el mercado mobiliario español comprando vivienda con bienes procedentes de conductas que son perfectamente lícitas en nuestro ordenamiento. Aunque estas conductas puedan ser ilícitas en otro país, al ser introducidas en la economía española no puede decirse que afecten en algún modo la competencia leal porque no suponen ninguna ventaja competitiva en relación a otros operadores económicos.

Las conclusiones a las que hemos llegado entorno a la necesidad de incluir la doble incriminación como parte del tipo penal en los casos en que se aplica el artículo 301.4 CP, tienen también implicaciones para la constitucionalidad de esta modalidad de blanqueo de capitales o, dicho de otro modo, propician una interpretación de este delito acorde con los principios penales constitucionales. No exigir la doble incriminación conlleva, en primer lugar, a la imposición de penas innecesarias a conductas cuya sanción penal en nada sirve a una mayor tutela de los intereses protegidos. La doble incriminación es por tanto un requisito necesario para que el tipo penal no vulnere el principio de proporcionalidad constitucional.

Por otro lado, su exigencia conduce a conformar un tipo penal más acorde con el principio de determinación. Sancionar por un delito de blanqueo de capitales, procedentes de hechos lícitos en el territorio donde han tenido lugar, no cumple con los requisitos de previsibilidad básicos de este principio. Dado que los comportamientos constitutivos de blanqueo pueden realizarse en un ordenamiento distinto al del hipotético delito previo, pero también –y esta hipótesis no es nada inusual– en varios de ellos, prescindir de la doble incriminación supondría que sobre unos hechos –atípicos en el lugar de realización– podrían recaer uno o varios juicios de tipicidad posteriormente. La previsibilidad se reduciría en estos casos a un nivel que no resulta compatible con el principio de determinación.

IV. METODOLOGÍA PARA ESTABLECER LA DOBLE INCRIMINACIÓN

Una vez afirmada la necesidad de proceder al test de doble incriminación como requisito típico del artículo 301.4 CP es preciso determinar cómo debe llevarse a cabo. Como es conocido, comprobar la doble incriminación es una operación que se realiza en el marco de la cooperación internacional, en cuanto que resulta un requisito tradicional tanto en el marco de la extradición, como en el resto de formas de cooperación.

Modernamente, no obstante, asistimos a un cuestionamiento de este requisito.⁷ En el marco de la UE, las normas de cooperación judicial emanadas a partir del principio de reconocimiento mutuo prescinden en parte de el en relación a un grupo de figuras delictivas, y aunque en el resto de casos es necesaria la doble incriminación, el Tribunal de Justicia de la UE en su última jurisprudencia está aligerando el contenido del test. Basta por ejemplo con que los hechos por los que se solicita cooperación en el país A, puedan ser encuadrados en algún tipo penal en el país al que se solicita la cooperación. No es necesario, por tanto, que exista una identidad substancia entre ambos delitos.

Esta relajación de la doble incriminación en la cooperación judicial se observa también en alguno de los convenios internacionales que contienen el delito de blanqueo de capitales. Concretamente, la Convención de Mérida relativa a la corrupción señala que: «En cuestiones de cooperación internacional, cuando la doble incriminación sea un requisito, éste se considerará cumplido si la conducta constitutiva de delito respecto del cual se solicita asistencia es delito con arreglo a la legislación de ambos Estado Parte, independientemente de si las leyes del Estado Parte requerido incluyen el delito en la misma categoría o lo denominan con la misma terminología que el Estado parte requirente».

Como a continuación se expondrá, la relajación de los requisitos del test de doble incriminación en el marco de la cooperación judicial no debe trasladarse al delito de blanqueo de capitales, aunque lo discutido en este marco nos puede dar alguna pista metodológica acerca de por dónde ir en la comprobación de este requisito. No hay que olvidar que, como se indicaba al comienzo de este trabajo, la doble incriminación cumple en ambos casos funciones diversas. En la cooperación judicial, la doble incriminación tiene como cometido evitar que un estado ponga a disposición de otro los recursos de su administración de justicia –es decir, coopere– en relación a hechos que contrastan con sus principios jurídicos básicos o líneas de política criminal fundamentales.⁸ Es una regla que afecta por tanto a las reglas de cooperación entre estados soberanos, pero que no guarda relación con la protección de derechos individuales. Por ello cabe prescindir totalmente de ella o relajarla a medida que se incrementa la confianza entre estados relativa a la calidad y homogeneidad de sus ordenamientos jurídicos, como es el caso de la UE. En estos casos, basta una visión mucho más «a vista de pájaro», con el fin de comprobar que el pro-

⁷ Vid. por todos sobre esta cuestión con ulteriores referencias MUÑOZ DE MORALES ROMERO M., Doble incriminación a examen: Sobre el caso Puigdemont y otros supuestos, *Indret* núm. 1, 2019, p. XX.

⁸ Vid. NIETO MARTIN, A., *Reconocimiento mutuo, orden público e identidad nacional: la doble incriminación como ejemplo*, La Ley, Unión Europea, 2018, núm. 59.

ceso penal por el que se solicita la ayuda no supone obligar a un Estado a contradecir elementos básicos de su sistema jurídico.

En el caso del artículo 301.4, en cambio y como hemos indicado, la doble incriminación constituye un elemento del tipo, que cumple una función a la luz de los bienes jurídicos protegidos y cuya afirmación resulta necesaria para que el delito de blanqueo de capitales se acomode a los principios de proporcionalidad y determinación. Por esta razón su comprobación debe ser en mucho más minuciosa, no hacerla supone omitir la comprobación de un elemento del tipo y esta operación resulta siempre contraria al principio de legalidad.

Sentado lo anterior, aclaremos el contenido del test de doble incriminación y sus diversos escenarios.

El test de doble incriminación resulta más sencillo cuando existe una condena por delito previo en el otro ordenamiento. En este caso, existirá un relato fáctico de los hechos, que proporcionara al tribunal español que juzga el blanqueo de capitales criterios suficientes a la hora de determinar si esos hechos resultan o no constitutivos de delito de acuerdo con el ordenamiento español. Si necesitara al respecto alguna precisión, debe aclararla a través de la correspondiente actividad probatoria, lo que implicará en ocasiones recurrir a la cooperación judicial. A la hora de determinar si los hechos probados y calificados en otro país son típicos conforme al ordenamiento español, el test de doble incriminación puede ajustarse a los parámetros que ha dado el TJUE en el caso «Grundza (asun C-285/95, de 11 de enero de 2017)» y que también se recogen en la Convención de Mérida (art. 43.2), basta con que los hechos puedan ser típico conforme a cualquier otro precepto del ordenamiento penal español.

En este escenario, aparentemente sencillo, la cuestión puede complicarse cuando se pongan en duda la vigencia de principios básicos del derecho penal en la determinación del delito previo (por ejemplo, utilización de tortura). En este caso el juez nacional del blanqueo, desde una perspectiva puramente interna, deberá determinar si pese a la vulneración de garantías los hechos contenidos en la sentencia cumplen los requisitos probatorios para destruir la presunción de inocencia conforme al ordenamiento español.

La realización del test de doble incriminación resulta más compleja cuando no existe condena por delito previo. No es necesario insistir en que la jurisprudencia y el tenor literal del artículo 301, que habla de «actividades delictivas» y no de delitos, no requieren la existencia de una condena por el delito previo para la aplicación del delito de blanqueo de capitales.

En estos casos, y en primer término, aunque los hechos hayan tenido lugar en el extranjero, el juez que investigue o juzgue el delito de blanqueo debe indicar con exactitud cuál es el tipo penal o los tipos penales que considera

delito previo y señalar cuáles son los hechos que a su juicio constituyen este delito. No basta por ello con que de manera indiferenciada se indiquen una serie de delitos, como tampoco indicar un delito en concreto, sin hacer referencia a los comportamientos que considera que dieron lugar a ese delito.

La determinación de los hechos que dan lugar al delito previo no tiene por qué ser exhaustiva, pero debe ser lo suficientemente precisa para poder determinar la tipicidad conforme al ordenamiento español. Como indica la jurisprudencia, esto no implica conocer todos los detalles, pueden quedar sin determinadas cuestiones como la autoría o incluso cuando se trate de varios delitos no es preciso demostrar plenamente cuál de ellos es el que específicamente ha generado los bienes.

Como se desprende de lo anterior, lo específico de los supuestos de blanqueo de capitales que tienen como requisito típico la doble incriminación del delito previo, es que el juez que se ocupa del delito blanqueo tiene que determinar con precisión el delito (o delitos) previo en el que considera que los hechos pueden ser subsumidos. No se trata solo de enumerar el precepto, sino que resulta necesario describir sus elementos típicos, tal como resultan de su aplicación jurisprudencial. Así, por ejemplo, si se tratara de un delito de estafa, debe señalar qué características exige la jurisprudencia para apreciar un engaño o si se tratara de un delito de cohecho imputado a un funcionario público, en qué medida la jurisprudencia considera por ejemplo que son funcionarios públicos los dirigentes de empresas estatales. Esto implica que el juez del blanqueo, desde la fase de instrucción, debe adquirir los conocimientos indispensables sobre este ordenamiento, como para poder realizar el test de doble incriminación.

Determinado, en la forma que se acaba de indicar, el tipo o tipos penales que van a formar parte del test de doble incriminación, el órgano jurisdiccional que persigue blanqueo debe señalar los hechos que considera que cumplen este tipo (o tipos) penal. Al igual que ocurre con la prueba de la tipicidad del delito previo, en los casos habituales de blanqueo (301.1), no es necesaria una exposición detallada y concisa, pero sí que los hechos deben tener los contenidos necesarios para proceder al juicio de tipicidad según los requisitos del derecho foráneo.

Las exigencias de precisión que acaban de formularse no deben confundirse con el hecho de que, como repite constantemente nuestra jurisprudencia, la determinación de estos hechos pueda hacerse por vía indiciaria. La existencia de suficiente prueba de los hechos resulta una cuestión diferente a la exactitud con la que deben ser narrados. Repárese que en este punto la situación no es diferente a lo que ocurre en la cooperación judicial. También aquí el juez

puede tener dudas en relación al hecho de que A mato a B por el que pide la extradición de A, pero, aunque tenga estas dudas, debe concretar en su solicitud los hechos que motivan la solicitud de extradición y su calificación jurídica.

Debe aclararse igualmente que el test de doble incriminación que se ha propuesto es, tal como anunciaba, distinto al que opera en el marco de la cooperación procesal. De un lado, y en sintonía con la reciente evolución de este criterio se admite que la doble incriminación no tenga por qué versar sobre preceptos penales idénticos, ni siquiera de la misma naturaleza. Esta relajación no afecta ni a la lesividad de los comportamientos ni al principio de determinación, como ya se ha indicado. Pero de otro, y a diferencia de la tendencia que progresivamente se impone en la cooperación judicial, el test de doble incriminación sí que exige comprobar con cierta precisión la existencia de los elementos típicos, incluyendo aquellos que requieren un cierto juicio de ponderación o interpretativo, como, retomando el ejemplo anterior, la idoneidad del engaño en la estafa o el carácter de funcionario público del autor.

Ello es así porque, en caso contrario, se afectaría a la lesividad de los comportamientos. Si los hechos solo son aparentemente típicos, pero no realmente típicos conforme al ordenamiento foráneo en realidad los bienes derivados de los mismos nunca serían objeto de comiso en el ordenamiento donde se han realizado, su sistema judicial no perseguiría a estos autores, no es necesario impedir un escenario fértil para la realización de estas conductas, en cuanto que no se consideran en concreto desvaloradas en el lugar dónde se han cometido y, finalmente, su utilización no constituye ningún tipo de ventaja competitiva, que afecte a la competencia leal o que sea manifestación de la criminalidad organizada.

V. ALGUNAS CONCLUSIONES: EL BLANQUEO DE CAPITAL NO PUEDE CONVERTIRSE EN UN DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO ENCUBIERTO

Cuanto acaba de señalarse muestra como el requisito de doble incriminación es un elemento típico imprescindible en el marco del artículo 301.4, sin el se resiente la racionalidad del precepto desde el punto de vista de los bienes jurídicos protegidos y lleva a una conformación del tipo penal que viola los principios constitucionales de proporcionalidad y determinación.

La comprobación de la doble incriminación debe además hacerse respetando la presunción de inocencia y sin utilizar ningún tipo de presunción probatoria o inversión de la carga de la prueba. De otro modo, cualquier incre-

mento patrimonial sobre cuyo origen se tuviera dificultad en mostrar cuál es su origen daría lugar a una presunción de ilicitud del origen de la fortuna. Prescindir de este elemento y de su prueba conlleva convertir el blanqueo de capitales en una prueba cercana a un delito de enriquecimiento ilícito cuyo tenor literal sería el siguiente: «También será castigado como autor de un delito de blanqueo de capitales, quien que no fuera capaz, ante un aumento inexplicable de su patrimonio o la realización operación que no guarda relación con los bienes que lo conforma, de ofrecer una explicación convincente acerca del origen lícito de sus bienes».

Las anteriores reflexiones son un tributo para mi querida compañera Mirentxu Corcoy. A todos aquellos que hemos tenido la gran fortuna de leerla y escucharla con frecuencia durante todos estos años nos ha enseñado a tener una mirada crítica a cualquier nueva figura o institución penal. Una mirada crítica que Mirentxu siempre ha efectuado a partir del sentido común y del pragmatismo o lo que viene a ser lo mismo un fino sentido jurídico, dejando de lado escuelas y planteamientos exclusivamente teóricos. Por todo ello muchas gracias y ojalá que sigamos disfrutando de tu magisterio durante mucho tiempo.

JUICIO CRÍTICO SOBRE LA DELACIÓN COMPENSADA EN EL DERECHO PENAL CHILENO

GUILLERMO OLIVER CALDERÓN*

I. INTRODUCCIÓN

El cuño liberal del antiguo, pero aún vigente Código Penal chileno (en adelante, CP) –entró en vigencia el 1 de marzo de 1875– puede explicar la casi total ausencia, en los inicios del ordenamiento penal de este país, de disposiciones que premiaran la felonía, infamia que ha sido recurrentemente estimulada en la historia del derecho penal¹. En general, no se contemplaron en ese cuerpo normativo exenciones ni rebajas de pena para imputados que delataran a sus compañeros de delito. Sin embargo, el origen liberal de dicho Código no pudo impedir que igualmente se establecieran en su texto un par de disposiciones, existentes hasta el día de hoy, que premiaban al codelincuente que denunciaba a sus compinches². Por un lado, tratándose de la conspiración para delinquir y de la proposición de un delito, actos preparatorios que la ley chilena castiga solo cuando lo indica expresamente –lo que la ley inicialmente hacía solo en los casos de delitos contra la soberanía y contra la seguridad exterior e interior del Estado–, se contempló una exención de pena para el desistimiento

* Catedrático de Derecho penal y Derecho procesal penal. Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

¹ Reconoce la persistencia de este estímulo FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid (Trotta), 1995, p. 609.

² Lo pone de relieve GUZMÁN DALBORA, J. L., «Del premio de la felonía en la historia jurídica y el derecho penal contemporáneo», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 7, 2012, p. 189.

de la ejecución del delito antes de ponerlo por obra y de iniciarse procedimiento judicial contra el culpable, con tal que se denunciara a la autoridad pública el plan y sus circunstancias (art. 8.º). Por otro lado, tratándose del delito de asociación ilícita, se estableció otra exención de pena para quienes, antes de ejecutar alguno de los delitos que constituían el objeto de la asociación y antes de ser perseguidos, revelaran a la autoridad la existencia de la asociación, sus planes y propósitos (art. 295).

No obstante, en las últimas décadas, especialmente en el ámbito de la denominada «criminalidad organizada», fenómeno delictivo que suele ser caracterizado, entre otras notas, por su estructura jerarquizada, por la pluralidad, permanencia y cohesión de sus integrantes, por una voluntad criminal colectiva distinta de la de sus miembros y por el empleo de violencia³, han proliferado en distintos países, incluyendo Chile, disposiciones que, buscando facilitar la obtención de material probatorio que permita la condena de hechos que, de otro modo, probablemente quedarían sin sanción, incentivan el soplónaje, ofreciendo beneficios punitivos⁴ a imputados que delatan a sus compinches. Este fenómeno, que se inserta dentro de lo que desde los años setenta del siglo pasado, especialmente en la doctrina italiana, comenzó a ser conocido como Derecho penal *premier*⁵, y que ha sido incluso alentado por recomendaciones de la Unión Europea y promovido por algunas convenciones internacionales, como la Convención de Naciones Unidas sobre crimen organizado, de 2000, y la Convención de Naciones Unidas contra la corrupción, de 2003⁶, ha recibido distintas denominaciones, tales como «delación compensada», «delación premiada», «cooperación eficaz», «arrepentimiento», «testigo arrepentido», «testigo de la corona», etc.

³ Así, ABOSO, G. E., *El arrepentido en el derecho penal premier. Análisis dogmático y práctico sobre la figura del coimputado delator*, Buenos Aires – Montevideo (B de F), 2017, pp. 42-45. Véase, sin embargo, GUZMÁN DALBORA, J. L., *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 7, 2012, pp. 189-190, quien afirma que dicho término no responde a ningún concepto criminológico ni admite una definición jurídica distinta de la del delito de asociación ilícita, aunque reconoce que abarca el tráfico de drogas, el terrorismo, la trata de personas y los crímenes internacionales, y señala que sus reglas se han ido expandiendo para alcanzar otra clase de criminalidad, como el cohecho.

⁴ En rigor, no solo beneficios punitivos, sino también procesales, e incluso económicos. Véase ORTIZ-PRADILLO, J. C., «La delación premiada en España: instrumentos para el fomento de la colaboración con la justicia», *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 3, núm. 1, 2017, p. 52.

⁵ Véase GARCÍA-MERCADAL y GARCÍA LOYGORRI, F., «Penas, distinciones y recompensas: nuevas reflexiones en torno al *derecho premier*», *Emblemata. Revista aragonesa de emblemática*, núm. 16, 2010, p. 214.

⁶ En este sentido, SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I., «El coimputado que colabora con la justicia penal. Con atención a las reformas introducidas en la regulación española por las Leyes Orgánicas 7 y 15/2003», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 07-05, 2005, pp. 11-13.

En este trabajo se utilizarán solamente las expresiones «delación compensada» y «delación premiada», porque reflejan de mejor manera el fenómeno que se describe y que será objeto de análisis: codelincuentes que denuncian a sus compañeros de delito, a cambio de un beneficio penológico. La expresión «cooperación eficaz», a pesar de que, como se verá más abajo, es usada en algunas leyes chilenas, no será utilizada aquí –salvo cuando ello sea inevitable–, porque parece demasiado amplia, pues permite comprender formas de colaboración en el esclarecimiento del hecho delictivo que se imputa a una persona, que no necesariamente suponen que esta delate a un compinche. Además, el uso de tal expresión parece sugerir que existiría una suerte de (inaceptable) deber del imputado de colaborar con el Estado en la investigación que se sigue en su contra. Tampoco parecen adecuadas las expresiones «arrepentimiento» y «testigo arrepentido», porque sugieren la existencia de contrición en el imputado, lo que no es exigible ni tampoco concurre necesariamente cuando este denuncia a sus compañeros de delito, ya que ello bien puede deberse solo a la búsqueda de una exención o rebaja de pena o a cualquier otra razón⁷. Tampoco se usará la expresión «testigo de la corona», porque su origen se encuentra en ciertas particularidades del sistema jurídico anglosajón⁸ y su sola denominación no refleja claramente, a menos que exista un consenso previo, el fenómeno que aquí se pretende analizar.

En las páginas que siguen, se ofrecerá una visión panorámica de diversas manifestaciones de delación compensada o premiada en el ordenamiento penal chileno, se enfatizará la importancia de distinguir las modalidades que esta figura puede asumir para enjuiciar su legitimidad y se formulará algunos comentarios acerca de la incidencia que en el uso de este instituto tiene la forma en que las distintas legislaciones regulan los mecanismos de justicia penal negociada (en sentido estricto), en el sentido de si exigen o no el consentimiento unánime de todos los perseguidos en los casos de coimputados.

⁷ En el mismo sentido, DÍAZ CANTÓN, F., «Breves notas críticas sobre la figura del “arrepentido”», *Revista Pensar en Derecho*, Universidad de Buenos Aires, núm. 13, 2018, pp. 20-22.

⁸ Véase AMBOS, K., «El régimen del «testigo de la corona» en Alemania», *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 51, 2020, p. 2, quien señala que la expresión «testigo de la corona» se remonta al término inglés *king's evidence* y destaca lo engañoso que resulta su utilización en un Estado republicano.

II. VISIÓN PANORÁMICA DE LA DELACIÓN COMPENSADA EN CHILE

Como ya se ha dicho, con posterioridad a la entrada en vigencia del CP, distintas modificaciones legales, tanto en dicho Código, como en leyes especiales, han establecido beneficios punitivos para imputados delatores. A continuación, se examinan las más importantes manifestaciones de esta institución en el ordenamiento penal de este país.

1. **Manifestaciones de premios a la delación que permiten eximir de pena o atenuarla**

a. EN MATERIA DE DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD DEL ESTADO

En 1958, se dictó una ley de marcado tinte autoritario que aún se encuentra vigente, la Ley, núm. 12.927, de 6 de agosto de ese año, cuyo texto refundido fue fijado por el Decreto, núm. 890, de 26 de agosto de 1975, del Ministerio del Interior. Se trata de la Ley contra la seguridad del Estado, cuya finalidad fue la de ampliar el ámbito de aplicación y endurecer el rigor de la persecución de los delitos contra la soberanía, contra la seguridad exterior e interior del Estado y contra el orden público, delitos que ya estaban contemplados en el CP.

En su artículo 23, la ley sanciona expresamente la conspiración y la proposición para cometer alguno de los delitos previstos en ella, lo que hace aplicable en esta materia la ya señalada exención de pena prevista en el artículo 8.º del CP, para quien desista de su ejecución «antes de principiar a ponerlos por obra y de iniciarse procedimiento judicial contra el culpable, con tal que denuncie a la autoridad pública el plan y sus circunstancias».

El artículo 23 a) de esta ley establece otra recompensa para el codelincuente que delata a sus compañeros de delito, pero que no se traduce en una exención de pena, sino en su atenuación. Se trata de la rebaja de pena en uno o dos grados por la circunstancia de revelar «antecedentes no conocidos que sean útiles a la comprobación del delito o a la determinación de los delincuentes». La misma regla se aplica si se denuncia «a la autoridad el plan y circunstancias de toda nueva conspiración o maquinación para cometer» ciertos delitos que la ley precisa, «siempre que la denuncia lleve a la comprobación del hecho, a la individualización de los culpables y a la frustración de sus propósitos».

b. EN MATERIA DE DELITOS TERRORISTAS

La Ley, núm. 18.314, de 17 de mayo de 1984, que determina conductas terroristas y fija su penalidad, también consagra incentivos a la delación que se traducen en una exención de pena o en su atenuación. La exención del castigo se prevé en sus artículos 7.º y 9.º. El primero de ellos sanciona la conspiración para cometer alguno de los delitos previstos en dicha ley, lo que permite aplicar la exención de pena contemplada en el artículo 8.º del CP, cuya parte pertinente se ha transcrito más arriba. El segundo, tras indicar que «[q]uedará exento de responsabilidad penal quien se desistiere de la tentativa de cometer algunos de los delitos previstos en esta ley, siempre que revele a la autoridad su plan y las circunstancias del mismo», señala que «[e]n los casos de conspiración o de tentativa en que intervengan dos o más personas como autores, inductores o cómplices, quedará exento de responsabilidad penal quien se desistiere cumpliendo con la exigencia prevista en el inciso precedente, siempre que por su conducta haya conseguido efectivamente impedir la consumación del hecho o si la autoridad ha logrado igual propósito como consecuencia de las informaciones o datos revelados por quien se ha desistido».

Por su parte, el artículo 4.º premia la delación con la atenuación de la pena, al señalar que «[p]odrá disminuirse la pena hasta en dos grados respecto de quienes llevaren a cabo acciones tendientes directamente a evitar o aminorar las consecuencias del hecho incriminado, o dieren informaciones o proporcionaren antecedentes que sirvieran efectivamente para impedir o prevenir la perpetración de otros delitos terroristas, o bien para detener o individualizar a responsables de esta clase de delitos».

c. EN MATERIA DE DELITOS DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS

La Ley, núm. 20.000, de 16 de febrero de 2005, que sustituye la Ley, núm. 19.366, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, también establece estímulos para la felonía, a través del ofrecimiento de una exención o una atenuación de la pena. La exoneración del castigo se permite en el reducido campo de la conspiración para cometer alguno de los delitos previstos en dicha ley y el posterior desistimiento de su ejecución antes de comenzar a ponerlos por obra y de iniciarse el procedimiento judicial, como consecuencia de la sanción prevista para la conspiración en su artículo 17 y, por ende, de la aplicabilidad de la exención de pena contemplada en el ya citado artículo 8.º del CP.

Más amplio es el campo de aplicación de la atenuante prevista en el artículo 22 de la ley, atenuante que, según los casos, permite reducir la pena hasta en dos o en tres grados. Dicho artículo, tras establecer en su primer inciso que «[s]erá circunstancia atenuante de responsabilidad penal la cooperación eficaz que conduzca al esclarecimiento de los hechos investigados o permita la identificación de sus responsables; o sirva para prevenir o impedir la perpetración o consumación de otros delitos de igual o mayor gravedad contemplados en esta ley», añade que «[s]e entiende por cooperación eficaz el suministro de datos o informaciones precisos, verídicos y comprobables, que contribuyan necesariamente a los fines señalados en el inciso primero» (inciso tercero). Agrega que «[e]l Ministerio Público deberá expresar, en la formalización de la investigación o en su escrito de acusación, si la cooperación prestada por el imputado ha sido eficaz a los fines señalados en el inciso primero» (inciso cuarto).

d. EN MATERIA DE CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD, GENOCIDIO Y CRÍMENES Y DELITOS DE GUERRA

La Ley, núm. 20.357, de 18 de julio de 2009, que tipifica crímenes de lesa humanidad y genocidio y crímenes y delitos de guerra, en su artículo 14, sanciona expresamente la conspiración para cometer genocidio y para cometer ciertos crímenes de lesa humanidad, lo que permite aplicar en esta materia la exención de pena prevista en el artículo 8.º del CP.

Además, en el segundo inciso de su artículo 39 se premia con una atenuación de pena una forma de delación, al señalar que «[s]erá en todo caso circunstancia atenuante calificada la colaboración sustancial con el tribunal que contribuya al esclarecimiento de los hechos, particularmente en lo que respecta al establecimiento de la responsabilidad de las demás personas que intervinieron en el acto punible».

e. EN MATERIA DE DELITOS DE COLUSIÓN

El Decreto Ley, núm. 211, de 22 de diciembre de 1973, que fija normas para la defensa de la libre competencia, cuyo texto fue refundido, coordinado y sistematizado por el Decreto con Fuerza de Ley, núm. 1, de 7 de marzo de 2005, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, junto con sancionar el delito de colusión, también establece premios a la felonía, que

pueden traducirse en una exención de pena o en su atenuación. Según lo que se indica en sus artículos 39 bis y 63, estarán exentos de responsabilidad penal por dicho delito quienes primero aportaren a la Fiscalía Nacional Económica antecedentes que conduzcan a la acreditación de la conducta y a la determinación de los responsables, siempre que los antecedentes sean precisos, veraces, comprobables y que representen un aporte efectivo a la constitución de elementos de prueba suficientes; que quien proporcione los antecedentes se abstenga de divulgar la solicitud del beneficio de exención hasta que la Fiscalía formule el correspondiente requerimiento u ordene archivar los antecedentes, y que se ponga fin a la participación en la conducta inmediatamente después de presentada la solicitud. Para gozar de este beneficio, además, las personas que lo solicitaren deberán proporcionar al Ministerio Público y al tribunal los mismos antecedentes que hayan entregado a la Fiscalía Nacional Económica, y deberán declarar como testigos.

Las mismas disposiciones establecen un incentivo a la delación consistente en una atenuación de la pena en un grado, para aquellas personas que, no siendo las primeras en aportar antecedentes a la Fiscalía Nacional Económica, entreguen antecedentes adicionales a los ya aportados, que permitan acreditar el hecho delictivo y sus responsables, siempre que tales antecedentes cumplan las demás exigencias antes señaladas.

f. EN MATERIA DE LAVADO Y BLANQUEO DE ACTIVOS

La Ley, núm. 19.913, de 18 de diciembre de 2003, que crea la Unidad de Análisis Financiero y modifica diversas disposiciones en materia de lavado y blanqueo de activos, junto con sancionar el referido delito, establece en la letra d) de su artículo 33, la punibilidad de la conspiración para cometerlo, lo que por las razones ya señaladas permite aplicar en esta materia la exención de pena contemplada en el artículo 8.º del CP.

La misma disposición de la Ley, núm. 19.913 establece una atenuante para una posible delación de compinches, en los mismos términos en que lo hace el artículo 22 de la Ley, núm. 20.000, sobre tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, que se ha examinado más arriba.

2.- **Manifestaciones de incentivos a la felonía que solo permiten atenuar la pena**

a. EN MATERIA DE TRATA DE PERSONAS Y TRÁFICO ILÍCITO DE MIGRANTES

En su artículo 411 sexies, el CP establece la posibilidad de reducir en dos grados la pena aplicable a los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas, siempre que el imputado preste «cooperación eficaz que conduzca al esclarecimiento de los hechos investigados o permita la identificación de sus responsables, o que sirva para prevenir o impedir la perpetración o consumación de igual o mayor gravedad»⁹ (inciso primero). Se agrega en el inciso segundo que se entiende por cooperación eficaz «el suministro de datos o informaciones precisas, verídicas y comprobables, que contribuyan necesariamente a los fines señalados en el inciso primero».

b. EN MATERIA DE CIERTOS DELITOS DE FUNCIONARIOS PÚBLICOS

En su artículo 260 quáter, el CP establece una facultad del tribunal para rebajar la pena hasta en dos grados, tratándose de determinados delitos de empleados públicos, cuando tiene lugar una «cooperación eficaz que conduzca al esclarecimiento de los hechos investigados o permita la identificación de sus responsables, o sirva para prevenir o impedir la perpetración o consumación de estos delitos, o facilite el comiso de los bienes, instrumentos, efectos o productos del delito» (inciso primero). Se agrega que se entiende por cooperación eficaz «el suministro de datos o informaciones precisos, verídicos y comprobables, que contribuyan necesariamente a los fines señalados en el inciso anterior» (inciso segundo). Se añade que el «Ministerio Público deberá expresar, en la formalización de la investigación o en su escrito de acusación, si la cooperación prestada por el imputado ha sido eficaz a los fines señalados en el inciso primero» (inciso tercero).

⁹ El texto legal se encuentra redactado así. Es evidente la necesidad de incorporar, en la última parte, antes de la frase «de igual o mayor gravedad», las palabras «de delitos», para que el pasaje adquiera sentido.

III. IMPORTANCIA DE DISTINGUIR LAS MODALIDADES DE LA DELACIÓN COMPENSADA PARA ENJUICIAR SU LEGITIMIDAD

La revisión que se ha hecho de las más importantes manifestaciones de la figura de la delación compensada en el ordenamiento penal chileno, pone de relieve el hecho de que, bajo el ropaje de dicho instituto, es posible reconocer dos modalidades diferentes. Por un lado, la «cooperación» del imputado puede consistir en la entrega de antecedentes que permitan esclarecer el hecho investigado, conduzca ello o no a delatar a compañeros de delito. Por otro, puede consistir en la aportación de informaciones que eviten o impidan el inicio, la consumación o la permanencia de un delito.

La constatación de que la «colaboración» con la investigación penal puede configurarse de al menos dos maneras distintas es de la mayor relevancia, porque una de esas modalidades puede salvar buena parte de las críticas que se formulan en contra de esta institución. Entre tales críticas, junto con los reproches que se le hacen desde el punto de vista de la moral¹⁰, se encuentra la infracción que este instituto puede suponer para el principio de culpabilidad, para el principio de igualdad y para el principio *nemo tenetur se ipsum accusare*, además de los problemas que presenta para la adecuada reconstrucción de los hechos que se sancionan.

El principio de culpabilidad puede verse afectado cuando opera la delación compensada, porque si la felonía es premiada con una exoneración de pena, quien ejecutó el injusto culpable y delató a sus compinches no responderá penalmente, pese a que la necesidad de la sanción pueda subsistir; la culpabilidad no será fuente de responsabilidad penal. Y si es recompensada con una atenuación de pena, la medida de la responsabilidad penal será inferior a la correspondiente al injusto culpable, pudiendo no concurrir razones que disminuyan la necesidad del castigo. Otro tanto puede suceder cuando el imputado «colabora» con la investigación penal sin denunciar a alguno de sus compañeros de delito¹¹.

Por otra parte, el principio de igualdad también puede verse afectado cuando se permite una delación compensada. Un sujeto que ocupa un lugar inferior en la estructura de una organización criminal podría disponer de poca

¹⁰ Sobre el tema, véase GUZMÁN DALBORA, J. L., *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 7, 2012, pp. 191-192; HASSEMER, W., *Crítica al derecho penal de hoy. Norma, interpretación, procedimiento. Límites de la prisión preventiva*, trad. Ziffer, P., Buenos Aires (Ad-Hoc), 2003, pp. 97-98.

¹¹ Parecido, SANCINETTI, M., «Dictamen sobre proyectos de leyes, así llamados, de “Arrepentido” y de “Extinción de Dominio”», *Revista Pensamiento Penal*, 2019, disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2019/02/doctrina47338.pdf>, pp. 9-10.

información sobre las actividades ilícitas de tal organización para aportar a una investigación penal por los delitos cometidos en su seno, mientras que el líder de aquella podría contar con mucha información para entregar¹². En un caso como este, podría producirse un atentado contra la igualdad, ya que a pesar de que por su culpabilidad al líder de la organización le debería corresponder una responsabilidad mayor, podría recibir una pena muy inferior, como consecuencia de su «colaboración», mientras que el otro sujeto, por contar con escasa información, podría terminar siendo sancionado con una pena incluso superior a la del líder^{13 14}.

A su turno, el principio *nemo tenetur se ipsum accusare* también puede considerarse vulnerado cuando existe la posibilidad de premiar una delación u otra forma de «colaboración». Ello es así, porque la consecuencia lógica de que se establezca una rebaja de pena para los casos en que el imputado delata a sus compañeros de delito o «colabora» de otra forma, es que, si no lo hace, se le sanciona más severamente. En otras palabras, al imputado se le constriñe a la felonía o a otra «colaboración», amenazándole con una pena mayor¹⁵. Este constreñimiento de su voluntad es todavía más evidente cuando el imputado se encuentra en prisión preventiva y entiende que su «cooperación» es la forma más rápida de recuperar su libertad¹⁶.

Además, la aptitud probatoria de las declaraciones del delator para la reconstrucción de los hechos ejecutados por las personas delatadas no es (o no debería ser) especialmente relevante, no solo porque se trata más de un (co) imputado que de un testigo, sino también porque sus declaraciones buscan obtener un beneficio punitivo¹⁷.

¹² En todo caso, algunos estudios empíricos demuestran que la voluntad de declarar disminuye a medida que aumenta la relevancia de la posición que se tenga dentro de la jerarquía de una organización criminal, por lo cual la base de esta crítica no parece demasiado probable en la práctica. Véase AMBOS, K., *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 51, 2020, p. 27.

¹³ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I., *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 07-05, 2005, p. 9.

¹⁴ Una forma de mitigar este riesgo (y de procurar que la delación compensada se use, en el juzgamiento de la criminalidad organizada, solo para facilitar la condena de los delitos más graves) es exigir, como se hace en algunas legislaciones, que el delito cometido por el delator sea menos reprochable que el ejecutado por las personas delatadas. Véase HARBOTTLE QUIRÓS, F., «El coimputado colaborador con «menor reprochabilidad»: una modalidad de criterio de oportunidad», *Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales*, Universidad de Costa Rica, núm. 7, 2015, pp. 1-25.

¹⁵ Similar, SANCINETTI, M., *Revista Pensamiento Penal*, 2019, pp. 6-8.

¹⁶ Sobre el tema puede verse SUXBERGER, A., y MELLO, G., «A voluntariedade da colaboraçã premiada e sua relaçã com a prisã processual do colaborador», *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 3, núm. 1, 2017, pp. 189-224.

¹⁷ Así, RUSCONI, M., «Arrepentidos y justicia penal: ¿nuevas formas de combatir la criminalidad organizada o la Inquisición del nuevo milenio?», *Revista Pensar en Derecho*, Universidad de Buenos Aires, núm. 13, 2018, pp. 14-16; ABOSO, G. E., 2017, pp. 107-112. Similar, destacando que tales declaraciones tampoco son aptas para reconstruir los hechos ejecutados por el propio delator, RODRIGUES, P. G.,

Pues bien, todas estas críticas pueden estimarse plenamente justificadas cuando se trata de la modalidad de «cooperación» del imputado consistente en aportar antecedentes que conduzcan al esclarecimiento del hecho, haya o no una delación contra otros compañeros de delito. Sin embargo, la valoración puede ser distinta cuando se trata de aquella modalidad que consiste en entregar informaciones que tiendan a evitar, impedir o poner término a la ejecución de un delito. Esto es así, porque en este último caso, el ofrecimiento de una rebaja de pena se orienta a la protección del bien jurídico penalmente tutelado. En este sentido, el comportamiento «cooperador» guarda similitud con el desistimiento voluntario de la tentativa, cuya legitimidad no parece discutible¹⁸.

IV. INCIDENCIA EN LOS PROBLEMAS DE LA DELACIÓN COMPENSADA, DE EXIGIR O NO CONSENTIMIENTO UNÁNIME DE TODOS LOS COIMPUTADOS EN LOS MECANISMOS DE JUSTICIA PENAL NEGOCIADA

En un sentido estricto, la expresión «justicia penal negociada» es utilizada para aludir a acuerdos en el proceso penal que se traducen en una renuncia al juicio oral y en una dictación rápida de una sentencia definitiva (normalmente, condenatoria)¹⁹. Se trata de una forma de solucionar los conflictos penales que, aparentemente influida por el *plea bargaining* de los Estados Unidos de Norteamérica, se ha extendido por muchísimos países.

Un rápido examen de derecho comparado pone de relieve la existencia de dos modelos para la procedencia de mecanismos de justicia penal negociada cuando se trata de coimputados²⁰. Uno es el modelo *individualista*, el cual se caracteriza por permitir que el fiscal negocie individualmente con cada uno de los coimputados, sin que sea necesario el consentimiento unánime de todos

«A convicção contextualizada e a verdade negociada no processo penal: desmistificando a confissão como elemento de convencimento pleno do julgador penal», *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 3, núm. 1, 2017, pp. 122-126.

¹⁸ Así, SANCINETTI, M., *Revista Pensamiento Penal*, 2019, pp. 3-5. En todo caso, debe reconocerse que se trata solo de una semejanza y no de una completa identidad, ya que para la procedencia del desistimiento de la tentativa es crucial el motivo del «arrepentimiento», especialmente su espontaneidad. Cuando se «colabora» en el esclarecimiento del hecho, en cambio, el motivo de la cooperación parece irrelevante. Por eso, en rigor, las hipótesis de cooperación con el esclarecimiento del hecho no constituyen formas de arrepentimiento, sino reglas de determinación de la pena. Similar, AMBOS, K., *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 51, 2020, pp. 7-8.

¹⁹ HERRERA GUERRERO, M., *La negociación en el nuevo proceso penal. Un análisis comparado*, Lima (Palestra Editores), 2014, pp. 57-69.

²⁰ Puede verse una explicación de estos modelos en RIVERA LEÓN, M. A., «Algunas consideraciones sobre el procedimiento abreviado», *Revista Jurídica Online*, núm. 26, 2009, p. 48.

para que el acuerdo pueda prosperar con alguno de ellos. Se trata de un modelo presente en Chile y que, en el contexto latinoamericano, se encuentra muy extendido. El otro modelo es el «consensual», en el cual, como su nombre lo sugiere, cuando existen coimputados, es necesario el consentimiento de todos ellos para que el acuerdo ofrecido por el fiscal pueda prosperar. Entre otras legislaciones, es tributaria de este modelo la Ley de Enjuiciamiento Criminal española (art. 697).

Entre las ventajas del modelo individualista, se encuentra el hecho de que este modelo parece ajustarse más a los objetivos que se persiguen con la proliferación de los mecanismos de justicia penal negociada, esto es, una mejor utilización de los recursos del sistema procesal penal. La exigencia de consentimiento unánime de todos los coimputados podría entrapar la celebración de acuerdos con codelincuentes.

Sin embargo, este modelo también posee ciertas desventajas. Entre ellas se encuentra el hecho de que permite la dictación de sentencias aparentemente contradictorias y, por lo mismo, difícilmente comprensibles para la sociedad, pues habiendo dos coimputados, si uno renuncia al juicio y acepta el acuerdo ofrecido por el fiscal, muy probablemente será condenado, pero si el otro es llevado a juicio, podría ser absuelto²¹. Además, este modelo es peligroso para la igualdad ante la ley, ya que genera el riesgo de que solo algunos de los coimputados sean «escogidos» por el fiscal para intentar una negociación, a pesar de que es posible que todos ellos se hallen en una misma situación²². Por otro lado, este modelo es peligroso para la presunción de inocencia de aquellos coimputados que no negocian con el fiscal y que son llevados a juicio. En sistemas procesales penales basados en este modelo no es infrecuente que en el juicio que se siga contra aquellos coimputados que no negociaron con el fiscal, el tribunal los condene con base en la sentencia que condenó a los coimputados que sí negociaron con él, pese a que no formaron parte de ese procedimiento. Tampoco es raro que en el juicio contra aquellos codelincuentes que no celebraron el acuerdo con el fiscal, quienes sí lo hicieron declaren como

²¹ Advierten en esto un inconveniente, LOZANO EIROA, M., «Conformidad y pluralidad de acusados», *Revista de Derecho UNED*, núm. 10, 2012, p. 349; LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., y GASCÓN INCHAUSTI, F., «¿Por qué se conforman los inocentes?», *In Dret. Revista para el análisis del Derecho*, núm. 3, 2018, p. 9.

²² Así, pero aludiendo en general a los mecanismos de justicia penal negociada en sentido estricto, OLIVER CALDERÓN, G., «Reflexiones sobre los mecanismos de justicia penal negociada en Chile», *Revista Chilena de Derecho*, vol. 46, núm. 2, 2019, p. 457.

testigos de cargo, siendo extremadamente discutible que se trate de auténticos testigos, pues aparentemente deponen sobre un hecho propio²³.

La ausencia de estos problemas cuando se adopta el modelo consensual podría ser considerada una ventaja de este último. Sin embargo, este modelo también presenta problemas. Si uno de los coimputados no quiere aceptar el acuerdo ofrecido por el fiscal, los otros, que sí lo desean, podrían presionarlo indebidamente para que acepte. Además, podría estimarse inconveniente que el hecho de que uno solo de los coimputados se oponga a celebrar el acuerdo, baste para evitar que los otros reciban un beneficio penológico²⁴.

Traigo a colación la diferencia entre los modelos individualista y consensual y las ventajas y desventajas de cada uno de ellos²⁵, porque existe una relación directa entre el modelo seguido por un sistema procesal penal para la justicia penal negociada en sentido estricto en casos en que existen coimputados y la mayor o menor aplicabilidad de algunas de las críticas dirigidas en contra de la delación compensada. En efecto, cuando un sistema se basa en el modelo individualista, las críticas que se formulan contra la delación compensada desde el punto de vista del principio de igualdad son de mayor calado. Si no es necesario que todos los coimputados estén de acuerdo para que la negociación ofrecida por el fiscal pueda prosperar, el principio de igualdad no solo se puede ver afectado por el hecho de que el codelincuente que ocupa un lugar inferior en la estructura de una organización criminal termine recibiendo una pena superior a la que se imponga al líder de la organización, como consecuencia de la distinta cantidad de antecedentes o informaciones que uno y otro pueden aportar a la investigación, sino también por la posible arbitrariedad de la decisión del fiscal al «elegir» únicamente a algunos de los coimputados para ofrecerles un acuerdo que suponga un beneficio punitivo.

Por otro lado, el hecho de que, en general, los incentivos a la delación no suelen establecerse expresamente para la persecución de todos los delitos, sino solo para los que forman parte de lo que se conoce con el nombre de criminalidad organizada, no impide la existencia, en la práctica, de una delación com-

²³ Véase MIRANDA ESTRAMPES, M., *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, Barcelona (Bosch), 1997, pp. 206-208, quien señala que se trata de imputados. En cambio, DÍAZ PITA, M. P., *Conformidad, reconocimiento de hechos y pluralidad de imputados en el procedimiento abreviado*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2006, pp. 115-123, y DE DIEGO DÍEZ, L., *La conformidad del acusado*, Valencia (Tirant lo Blanch), 1997, pp. 358-359, afirman que se trata de testigos.

²⁴ LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., y GASCÓN INCHAUSTI, F., *In Dret. Revista para el análisis del Derecho*, núm. 3, 2018, p. 9.

²⁵ Un desarrollo mayor del tema puede verse en OLIVER CALDERÓN, G., «Convenience or inconvenience of requiring the unanimous consent of the co-defendants for the negotiated criminal justice mechanisms (in a restricted sense) in the Chilean criminal procedural system», *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 7, núm. 2, 2021, pp. 1261-1286.

pensada «no establecida legalmente» en la persecución de otros delitos cuando el sistema de justicia penal negociada se basa en el modelo individualista. Ello es así, porque bajo este modelo, cualquiera sea el delito atribuido a dos o más personas, el fiscal puede negociar con cualquiera de los coimputados, y con la finalidad de convencerlo de que delate a sus compañeros de delito, podría eventualmente ofrecerle rebajas de pena tanto o más intensas que las reducciones penológicas previstas por el régimen legal de la delación compensada. Esto permite aplicar tal institución mucho más allá de los difusos límites de la llamada criminalidad organizada para abarcar cualquier caso de delincuencia común en que intervengan dos o más personas, con lo que las críticas que se formulan en su contra pueden extenderse todavía más.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

Alejándose del cuño liberal que lo caracterizaba en su origen, el ordenamiento penal chileno, siguiendo una tendencia fácilmente constatable en el derecho comparado, ha ido paulatinamente incorporando cada vez más casos de delación premiada. Si bien es cierto que, inicialmente, lo ha hecho para abordar complejidades propias de la criminalidad organizada, también lo es que, últimamente, ha extendido el ámbito de aplicación de aquel instituto para alcanzar otra clase de delincuencia, como los delitos cometidos por funcionarios públicos en el desempeño de sus cargos. Con ello, pierde fuerza el alegato utilitarista con que algunos intentan justificar el uso de la delación compensada, basado en la necesidad de enfrentar el fenómeno de la criminalidad organizada, y se acrecientan las críticas que se formulan en su contra. Tales críticas podrían ser salvadas si solo se tratara de beneficios punitivos ofrecidos a imputados que entreguen antecedentes para impedir, evitar o poner término a la ejecución de un delito. Es claro, empero, que no solo se trata de eso, sino también de «premiar» a quienes «colaboran» en el esclarecimiento del hecho y delatan a sus compañeros de delito.

El juicio crítico negativo que cabe formular contra la configuración actual de la delación premiada en el ordenamiento penal chileno se potencia al observar que, también siguiendo una tendencia en el derecho comparado, al menos en el panorama latinoamericano, ella convive con un sistema de justicia penal negociada en sentido estricto de carácter individualista, lo que, por las razones señaladas en este trabajo, permite redoblar algunas de las críticas en su contra e incluso constatar la existencia de una delación compensada al margen de la ley.

La opinión crítica que en este trabajo se ha emitido contra la delación premiada no se corresponde con las orientaciones político criminales actualmente en boga en los distintos países, proclives a expandir su ámbito de aplicación. Es evidente que nos encontramos cada vez más lejos del espíritu de la Ilustración, el cual con tanta vehemencia nos alertaba de los inconvenientes del uso de esta herramienta, como el hecho de que con ella se «autoriza la traición, detestable aun entre los malvados»²⁶ y queda en evidencia «la propia incertidumbre y la flaqueza de la ley, que implora el socorro de quien la ofende»²⁷.

²⁶ BECCARIA, C., *De los delitos y de las penas*, trad. De las Casas, J. A., Madrid (Alianza Editorial), reimpresión 2002, p. 109.

²⁷ BECCARIA, C., 2002, p. 109.

PROPUESTA DE DEROGACIÓN DE LOS DELITOS RELATIVOS A LA PROSTITUCIÓN FORZADA DE LOS ARTÍCULOS 187.1 Y 188.2 CP ESPAÑOL*

ESTEBAN PÉREZ ALONSO**

I. INTRODUCCIÓN

La «prostitución forzada» es una contradicción en sus propios términos, puesto que la prostitución consiste en la prestación de un servicio de carácter sexual a cambio de precio, por lo que requiere la voluntariedad de las partes que intervienen en dicho contacto sexual. Se trata de la prostitución voluntaria, de la que realmente cabe atribuir este nombre en sentido propio y originario. Todo lo demás es prostitución involuntaria, en unos casos porque hay vicios en la voluntad de la persona prostituida, ya sea por engaño o abuso de la situación en la que se encuentra, y en otros casos falta directamente la voluntad de la víctima por el empleo de violencia o intimidación para lograr dicho servicio sexual. Estos últimos son precisamente los casos de prostitución forzada, donde además de la violencia o intimidación, el precio por el pago de la relación sexual lo recibe en todo o en parte el tercero que explota sexualmente a la

* Este trabajo se enmarca en los Proyectos de investigación: «*Esclavitud contemporánea y trata de personas en el contexto internacional, nacional y andaluz: un estudio jurídico multidisciplinar y transversal*». Ref. P18-RT-2253. Consejería de Economía, Conocimiento, Empresas y Universidad de la Junta de Andalucía; «*La trata de seres humanos, un reto global, en el contexto de Andalucía*». Programa operativo FEDER-Andalucía 2014-2020. Ref. B-SEJ-429-UGR18. Y en la actividad investigadora de la *Red Iberoamericana de Investigación sobre Formas Contemporáneas de Esclavitud y Derechos Humanos* (AUIP).

** Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Granada.

víctima. Por tanto, vemos cómo hay tres situaciones bien distintas que se acogen bajo el concepto de prostitución y que merecen una valoración y tratamiento jurídico diferenciado, aunque el CP español no lo hace así. Incluso, hay voces que cada vez se escuchan más que abogan por un tratamiento unitario de cualquier forma de prostitución y que abogan por su abolición universal, por considerarlo un atentado contra la dignidad de la persona que debe estar prohibido y perseguido en cualquier y en todo caso.

El CP español no sigue, hasta el momento, esta directriz abolicionista, en cuanto que solo tipifica como delito la prostitución forzada, fraudulenta o abusiva de adultos en el artículo 187.1 CP, al tiempo que persigue cualquier acto de favorecimiento de la prostitución de menores de edad, sin ningún tipo de distinción, en el artículo 188.1 CP, castigando dicha prostitución con más pena cuando sea forzada en el artículo 188.2 CP. Pero, no hay una prohibición penal, ni de otro orden legal de la prostitución voluntaria, al contrario, hay jurisprudencia social y penal que reconoce la protección social y penal (laboral) de este tipo de prestación de servicios de carácter sexual, a pesar de no existir una regulación legal al respecto. Que, sin duda, sería razonable y necesaria para reglamentar, regularizar y dar asistencia y protección social a las personas que se dedican a la prestación de este tipo de servicios, pues no deja de ser un trabajo u oficio más necesitado, por ello, de regulación. Por tanto, desde la perspectiva penal, que es la que interesa ahora, solo se interviene en la medida en que se haya producido un atentado a la libertad de autodeterminación en el ámbito sexual de adultos, mediante la prostitución forzada o abusiva, o se afecte a la indemnidad sexual de los menores induciéndoles o manteniéndoles en el ejercicio de la prostitución, mucho más si se emplea violencia o intimidación para tal fin.

En este trabajo, nos vamos a centrar fundamentalmente en la «prostitución forzada» prevista como delito en los artículos 187.1 y 188.2 CP para proponer su derogación y, sobre todo, para que se tome conciencia de la extraordinaria gravedad de este tipo de conductas, invisibles y a veces socialmente aceptadas. Es hora ya de empezar a llamar a las cosas por su nombre y, en consecuencia, proponer un tratamiento jurídico-penal adecuado y eficaz para erradicar esta cruel práctica, que tiene como víctima principal a la mujer. La «prostitución forzada» es un claro supuesto de esclavitud sexual, de sometimiento y disposición absoluta de la persona, como si de un objeto se tratara en beneficio ajeno: su cuerpo es instrumentalizado en beneficio del esclavista y disfrute del que mantiene la relación sexual a cambio de un precio que termina en manos del esclavista. Estos preceptos son un claro ejemplo del abismal desequilibrio en las relaciones de poder que aún existe en la sociedad actual entre hombres y mujeres. Son una muestra más del velo social que impone la

sociedad patriarcal y masculinizada sobre la prostitución y el modo de ejercer y practicar la sexualidad. Son una muestra más del ataque sistemático y generalizado que la población femenina ha venido sufriendo a lo largo de la historia y que sigue estando presente en las propias valoraciones y respuestas legales que ofrece el CP español vigente, en este caso, a este singular fenómeno tan opresivo, indigno y dañino para la mujer y las niñas.

II. LA PROSTITUCIÓN FORZADA ES UNA FORMA DE ESCLAVITUD (SEXUAL)

La prostitución forzada no solo es un supuesto más de violencia sexual contra la mujer, sino que tiene una dimensión personal más amplia y es mucho más grave por cuanto que se trata de un supuesto de esclavización de la persona, centrado principalmente en la dimensión sexual. Es el prototipo de lo que hemos dado en llamar «formas contemporáneas de esclavitud», como fórmula que nos permite referirnos a las situaciones de explotación extrema del ser humano que se están produciendo en la actualidad y que resultan equivalentes a la vieja esclavitud o a prácticas similares, como la servidumbre y el trabajo forzado.¹ Se trata de una atroz violación de los derechos humanos más básicos, donde se produce una degradación y deshumanización extrema del ser humano, que pasa a ser considerado y tratado como una cosa, despojándolo absolutamente de su personalidad jurídica. Al mismo tiempo que se produce una limitación severa, si no una privación, de su libertad general para desenvolverse en la vida en las cuestiones más cotidianas hasta las más trascendentales.

Lo dicho queda perfectamente reflejado en la reciente Sentencia de la CIDH, en el Caso López Soto y otros vs. Venezuela, de 26 de septiembre de 2018, cuando afirma que la esclavitud sexual es una forma particularizada de esclavitud a la que también alcanza la prohibición del artículo 6 CADH, «en la que la violencia sexual ejerce un rol preponderante en el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad sobre una persona. Por tal motivo, en estos casos los factores relacionados con limitaciones a la actividad y a la autonomía sexual de la víctima constituirán fuertes indicadores del ejercicio del dominio. La esclavitud sexual se diferencia así de otras prácticas análogas a la esclavitud que no contienen un carácter sexual. Asimismo, el elemento de la esclavi-

¹ Sobre las formas contemporáneas de esclavitud, *vid.* Pérez Alonso, E. (dir.), *El Derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud.*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2017; E. Pérez Alonso, E., y Olarte Encabo, S. (dirs.), *Formas contemporáneas de esclavitud y derechos humanos en clave de globalización, género y trata de personas.* Valencia (Tirant lo Blanch), 2020.

tud es determinante para diferenciar estos actos de otras formas de violencia sexual». ² Por tanto, como decíamos, la prostitución forzada no es solo violencia sexual, sino esclavitud sexual. En esta línea, «la Corte considera que para catalogar una situación como esclavitud sexual es necesario verificar los siguientes dos elementos: i) el ejercicio de atributos del derecho de propiedad sobre una persona, y ii) la existencia de actos de naturaleza sexual que restringen o anulan la autonomía sexual de la persona». ³

Pero no hay que trasladarse al continente asiático o africano para ver situaciones de esclavitud, ni a Venezuela para ver situaciones de prostitución forzada, pues la esclavitud está aquí, en nuestro país, convive con nosotros a diario, pero hemos decidido no mirar para no verla y no hacer nada o muy poco para mantenerla. La mejor muestra de la existencia de esclavitud en España la ofrece el botón de la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo español en materia de trata de personas y prostitución forzada:

a) En nuestro país hay «compraventa de personas» para su sometimiento a esclavitud sexual (prostitución forzada), tras un proceso de trata. Así, por ejemplo, el caso de una mujer lituana que fue vendida por su explotador al dueño de un local donde se ejercía la prostitución en Almería, por el precio de 1.100 euros (STS 372/2005, de 17 de marzo). ⁴

b) En nuestro país hay «cesión de menores por parte de sus progenitores» para su sometimiento a esclavitud sexual (prostitución forzada), tras un proceso de trata. Así, por ejemplo, el caso de una madre rumana que acordó a cambio de precio la entrega y traslado de sus dos hijas mellizas de 16 años de edad a España para que fueran explotadas sexualmente en el ejercicio de la prostitución, terminando la madre por trasladarse también aquí para vivir a expensas de sus hijas (STS 270/2016, de 5 de abril). ⁵

² Cfr. párr. 176.

³ Cfr. párr. 179. Elementos que estaban presentes en dicho caso, pues la víctima fue amarrada y encerrada, y además «la Corte constata que el agresor constantemente la amenazaba y resaltaba su poder relativo tanto por su posición social como política. El ejercicio del dominio por parte del agresor se tradujo no solo en un control sobre su movimiento, sino sobre cada aspecto de su vida, incluida su alimentación, ida al baño para hacer sus necesidades fisiológicas y sexualidad, lo que la condujo a un estado de indefensión absoluto. Asimismo, la utilización de una violencia extrema y, en particular, de actos de violencia de carácter sexual de forma reiterada denota un especial ensañamiento del agresor, lo que provocó la anulación de la autonomía de la víctima, tanto en el aspecto general como en el de la sexualidad. La violencia de carácter sexual abarcó agresiones físicas, verbales y psicológicas dirigidas a las características sexuales de Linda Loaiza, tales como obligarla a que estuviera desnuda o quemar sus pezones, así como actos de grave humillación dirigidos a que mirara pornografía y recreara las escenas junto al agresor». Cfr. párr. 180.

⁴ Casos similares fueron enjuiciados en las SSTS 461/2010, de 19 de mayo, 910/2013, de 3 de diciembre, 144/2018, de 22 de marzo, y en el ATS 912/2019, de 10 de octubre.

⁵ *Vid.* también, la STS 860/2015, de 23 de diciembre.

c) En nuestro país hay supuestos de «traslado constante de personas para un mejor aprovechamiento económico de su explotación sexual». Entre las múltiples sentencias que reflejan esta situación de control absoluto destacar el caso de una organización que captaba a personas transexuales en Venezuela para que ejercieran la prostitución en España, con traslados permanentes entre Barcelona y Madrid, bajo un control continuo y férreo, que luego ampliaban a otras ciudades, como Zaragoza, Valencia, Palma de Mallorca, también en las Canarias, volviendo de nuevo en muchos casos a comenzar el periplo en Barcelona o Madrid (SAP Madrid 471/2020, de 27 de noviembre).⁶

d) En la mayoría de los casos hay situaciones de «violencia extrema e intimidación» para mantener el dominio y sometimiento sobre las víctimas, como el caso de una mujer que vino engañada a España con su hija de tres años y que fue obligada a ejercer la prostitución, tras haberla separado de su hija – durante 4 meses– y conminarla a ello si quería volver a ver a su hija (STS 108/2018, de 6 de marzo).⁷

e) En nuestro país hay situaciones de «servidumbre por deudas», de hecho en la mayoría de casos se induce y genera una deuda arbitraria a la víctima para mantener *sine die* la situación de sometimiento y explotación. Así, por ejemplo, una organización criminal consiguió captar y trasladar a España a seis mujeres nigerianas, algunas de ellas menores de edad, para explotarlas sexualmente, mediante el empleo de violencia extrema, sometimiento a rituales de vudú, amenazas de muerte, etc., al tiempo que exigían el pago de deudas desorbitadas que ascendían a 50.000, 60.000 euros en dos casos y a una cuarta le entregaron su pasaporte tras el pago de 35.000 euros (STS 396/2019, de 24 de julio).

f) En esta última resolución destaca otro aspecto importante de este fenómeno relativo a «su extensión temporal», que ciertamente también resulta alarmante, sobre todo, por las condiciones tan duras y brutales en que se lleva a cabo. Así, por ejemplo, en la sentencia recién citada la primera víctima fue esclavizada por más de 3 años, la segunda casi durante 3 años, la tercera durante 18 meses y la cuarta también por un período similar.

g) En último término, señalar que la esclavización (sexual) que se está produciendo en nuestro país va acompañada, además, de «otros delitos graves que afectan a bienes jurídicos personalísimos» como la salud, la libertad ambulatoria, la libertad sexual, la libertad reproductiva, etc. Así, por ejemplo el caso de dos hermanos que captan mediante engaño a una mujer en Nigeria

⁶ Vid. también, entre otras muchas, la STS 77/2019, de 12 de febrero.

⁷ Vid. también la brutalidad del caso enjuiciado por la STS 827/2015, de 15 de diciembre.

para que venga a España, tras un viaje de 3 meses por Marruecos, para realmente ejercer la prostitución y así poder pagar la deuda de 70.000 euros que le exigían. Se le practicó un ritual de vudú para intimidarla durante el tiempo en que fue explotada, por más de 4 años, sometida constantemente a golpes, palizas y agresiones sexuales, quedando incluso embarazada, tras las repetidas violaciones de su captor, que la obligó a abortar para que siguiera sometida a esclavitud sexual y así seguir aprovechándose económicamente de tal situación (STS 214/2017, de 29 de marzo).

III. REGULACIÓN PENAL INSUFICIENTE E INADECUADA Y NECESIDAD DE INTERVENCIÓN PENAL

Frente a estas situaciones de extrema explotación personal equiparables a la esclavitud el CP español no da una respuesta específica ni completa, sino que solo se ocupa de algunos aspectos tangenciales de este fenómeno criminal. Pero, desde perspectivas sectoriales y parciales que no permiten ofrecer una respuesta integral y homogénea de este fenómeno y que claramente suponen una clamorosa laguna legal, al tiempo que la escasa y parcial respuesta es claramente insuficiente e inadecuada, como sucede con los delitos relativos a la prostitución. Nuestro texto punitivo no ofrece un abordaje completo y proporcionado de la prostitución que permita dar una respuesta adecuada a las muy diferentes situaciones que se pueden incluir bajo el concepto amplio de prostitución. Situaciones que van desde la explotación extrema de la persona, donde falta un consentimiento libre (por empleo de violencia o intimidación), pasando por situaciones abusivas, donde hay un vicio en el consentimiento (abuso o engaño), hasta situaciones de voluntariedad, en donde puede haber una explotación abusiva y lesiva de otros derechos (como los laborales) producida por abuso o engaño, y otras en las que no hay explotación abusiva de la prostitución, sino acuerdo entre las partes, donde lógicamente la intervención penal carece de todo sentido desde la perspectiva del bien jurídico protegido. Pero la «prostitución forzada» no tiene un tratamiento punitivo adecuado a la crueldad, sometimiento y desprecio absoluto de la persona que lleva implícito y que queda absolutamente desdibujado por el velo social de la palabra prostitución. Pareciera que se tratara de un simple intercambio comercial de carácter sexual por precio, cuando realmente en estos casos extremos no hay prostitución sino esclavitud pura y dura. Aquí hay un tercero que obtiene un provecho económico del contacto sexual mantenido por el que paga y la víctima tratada como objeto y obligada a prestar su cuerpo, para que sea poseído y usado por el pa-

gador en contra de su voluntad, quebrantada por la violencia o intimidación ejercida por el explotador sexual, es decir, por el tercero esclavista que obtiene el beneficio económico. Pero, esto no es prostitución, sino esclavitud, aunque nuestro legislador lo vea solo desde la perspectiva sexual en los artículos 187.1 y 188.1 CP, como conductas lesivas de la libertad e indemnidad sexual. Ciertamente es que ambos aspectos pueden verse inmersos en el proceso y situación de esclavización sexual a las que se ven sometidas las víctimas de estos delitos, pero no son los únicos afectados. En los ejemplos expuestos, hay un proceso de cosificación brutal del ser humano, que se le degrada hasta tratarlo como una cosa, con una limitación significativa de su libertad personal (de decidir, obrar, deambular, etc.), que en modo alguno es tomado en consideración en los delitos sexuales. De castigar solo por estos delitos se estaría produciendo un desenfoque bastante considerable que llevaría a la ceguera de la realidad descrita, bajo el velo social de la prostitución, como se nos quiere hacer ver, sin dejarnos ver la realidad de la esclavización (sexual) de la persona.

Desenfoque que está muy presente también en la respuesta punitiva de estos delitos, que se castigan con pena de prisión de 2 a 5 años y multa de 12 a 24 meses. Sanciones que muestran una clara desproporción a la baja en comparación a la gravedad de las conductas de esclavización a que se están aplicando en la mayoría de casos, por lo que casi resultan irrisorias y una grave falta de respeto a las víctimas. Sobre todo, si comparamos dichas penas con las previstas para el delito de trata de personas del artículo 177 bis CP, cuya pena es de prisión de 5 a 8 años, por lo que nuestro legislador parece más preocupado por evitar el traslado de las víctimas de trata a territorio español que de su explotación posterior en la prostitución (arts. 187.1 y 188.1 CP), en la mendicidad (art. 232.2 CP), o en su matrimonio forzado (art. 172.1 bis CP) una vez que ya se encuentren en territorio nacional. Disparidad punitiva que tiene difícil justificación, aunque resulta explicable en la clave migratoria del fenómeno, pues nuestro legislador se muestra ciertamente pertinaz y tozudo en seguir utilizando la trata y la inmigración clandestina como medios de control de los flujos migratorios.⁸ Además, el delito de trata daría respuesta al proceso que lleva al sometimiento de las víctimas, pero no a su explotación posterior en el ejercicio de la prostitución, ni tampoco daría respuesta a las situaciones de

⁸ Vid. POMARES CINTAS, E.: «El delito de trata de seres humanos con finalidad de explotación laboral». *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 13-15, 2011, pp. 24 y 25; VILLACAMPA ESTIARTE, C.: «La moderna esclavitud y su relevancia jurídico-penal». *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.^a Época, núm. 10, 2013, p. 337; PÉREZ ALONSO, E.: «La trata de seres humanos en el Derecho Penal español», en *La delincuencia organizada: un reto a la política criminal actual*. Carolina Villacampa Estiarte (coord.), Pamplona (Thomson Reuters Aranzadi) 2013, pp. 103 ss.

explotación que no van precedidas de un proceso de trata. Como se advierte en la doctrina, «el concepto de trata no se focaliza específicamente en la fase de explotación, que constituye la finalidad del proceso y que a menudo es la fase que más se dilata en el tiempo, sino que se circunscribe al tránsito de una situación de no sometimiento a la de sometimiento».⁹ La trata es el proceso que conduce a la explotación extrema del ser humano (esclavitud), pero no incluye en su definición la consumación de dicha explotación. Es claro, por tanto, que con el delito de trata de personas y con los delitos relativos a la prostitución nuestro CP no da la respuesta adecuada y proporcionada a la complejidad y gravedad de las nuevas formas de esclavitud.

Lo mismo cabe decir de los delitos contra los derechos de los trabajadores de los artículos 311.1 y 312.2 CP, que también resultan insuficientes para cubrir el injusto esclavista. Estos delitos van referidos a situaciones de explotación laboral de los trabajadores en el contexto de una relación de trabajo, sea formal o informal, en la que la víctima acepta tal relación y, por tanto, quiere trabajar, pero se produce una situación de abuso en las condiciones de prestación del trabajo. En cambio, en la situación de trabajo forzado se impone la propia condición de trabajador, dado que se obliga a trabajar a aquel que no quiere trabajar, actuando en contra de su libertad personal para decidir si realiza o no la prestación laboral. Por tanto, como advierte la doctrina, «no es solo atropellar derechos laborales o sociales del trabajador como tal, también es la violación de su libertad de decidir ser o no trabajador, pues es sometido a la condición de esclavo, siervo o similar».¹⁰

Además, desde el punto de vista punitivo se produce otra disparidad punitiva de estos delitos laborales en comparación con los delitos relativos a la prostitución difícil de explicar, dado que la explotación laboral se termina castigando con más o igual pena que la explotación sexual forzada, cuando esta última es mucho más grave que la primera. Hay una diferencia de injusto abismal entre obligar a una persona a que trabaje más horas de la cuenta y que no las cobre realmente, por la situación de abuso a que lo somete el empresario, ya sea la víctima nacional (art. 311.1 CP) o extranjero en situación irregular (art. 312.2 CP), que obligar de forma abusiva o fraudulenta una mujer a ejercer la prostitución (art. 187.1 CP) o a una persona menor de edad o incapaz (art. 188.1 CP). Incluso, el dislate punitivo es todavía mayor si tal situación de explotación laboral o sexual se produce mediante el empleo de violencia o

⁹ Cfr. VILLACAMPA ESTIARTE, C.: *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el Derecho Internacional*, Pamplona (Aranzadi), 2011, p. 57.

¹⁰ Cfr. POMARES CINTAS, E.: *El Derecho Penal ante la explotación laboral y otras formas de violencia en el trabajo*, Valencia (Tirant lo Blanch) Valencia, 2013, p. 139.

intimidación, pues en tal caso la imposición de condiciones ilegales de trabajo se castigarían con pena de prisión de 6 a 9 años (art. 311.4 CP), mientras que la determinación coactiva a la prostitución, en las condiciones que ya hemos descrito, de extremo sometimiento y explotación personal, es decir, de esclavización sexual, se seguiría castigando con pena de prisión de 2 a 5 años, si se trata de adultos (art. 187.1 CP), y con la pena de prisión de 4 a 6 años si se trata de menores (art. 188.2 CP).¹¹ Insisto en que el desenfoque que ofrece el CP de la moderna esclavitud y de la prostitución forzosa (esclavitud sexual) es ciertamente considerable y preocupante.

IV. PROPUESTA DE REGULACIÓN PENAL

Por todo lo expuesto, la doctrina que se ha ocupado del estudio de las formas contemporáneas de esclavitud, coincide en propugnar la necesaria y proporcionada intervención penal en esta materia, aunque desde perspectivas y propuestas bien distintas.¹² Existe acuerdo en que la necesaria protección penal se produzca desde la legislación penal común y no desde la legislación especial, siquiera sea desde un punto de vista comunicativo y de prevención general. Aunque, en todo caso, debe tener carácter subsidiario y fragmentario, al tiempo que responder a las exigencias penales de certeza y proporcionalidad para que, a la postre, pueda cumplir con su función comunicativa y trasladar a la sociedad un mensaje claro y contundente en contra de la moderna esclavitud.

No obstante, surge ya una discrepancia importante de política criminal y técnica legislativa ante la alternativa de: a) bien acudir a una tipificación agravada o singular dentro de los delitos ya existentes que protegen bienes jurídicos próximos a la moderna esclavitud, otorgándole, por tanto, una tutela penal diversificada y fragmentada; o b) bien acudir a una tipificación expresa de los

¹¹ Pena que será incrementada en el caso de que se trate de menores de 16 años a prisión de 5 a 10 años.

¹² Vid. VILLACAMPA ESTIARTE, 2013, pp. 340 ss.; MIÑARRO YANINI, M.: «Formas esclavas de trabajo y servicio del hogar familiar: delimitación conceptual, problemática específica y propuestas». *Relaciones Laborales*, núm. 10, 2014, pp. 9 ss.; BEDMAR CARRILLO, E.: «Concepción jurisprudencial de las formas contemporáneas de esclavitud», en *El Derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud...*, pp. 239 ss.; PÉREZ ALONSO, E.: «Tratamiento jurídico-penal de las formas contemporáneas de esclavitud». En, *El Derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud...*, pp. 333 ss.; VALVERDE CANO, A.: «Ausencia de un delito de esclavitud, servidumbre y trabajos forzados en el CP español». En, *El Derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud...*, pp. 427 ss.; POMARES CINTAS, E.: «Directrices para el análisis y persecución penal de la explotación económica en condiciones de esclavitud o similares». En, *El Derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud...*, pp. 785 ss.; GUIASOLA LERMA, C.: «Formas contemporáneas de esclavitud y trata de seres humanos: una perspectiva de género». *Estudios Penales y Criminológicos*, 2019, pp. 210-211.

delitos relativos a las formas contemporáneas de esclavitud en un título propio, proporcionando, por tanto, una tutela penal unitaria y orgánica. Ambos caminos han sido explorados por la doctrina española y han ido acompañados de la propuesta de derogación del delito de prostitución forzada.

1. Tutela diversificada y fragmentada

Aparte de otras propuestas que no afectan a la prostitución forzada, hay que destacar ahora la alternativa de «legislar el fenómeno de la moderna esclavitud solo desde la perspectiva sexual». Los actos de explotación sexual por determinación coactiva, fraudulenta o abusiva a la «prostitución forzada», cuya extrema gravedad están fuera de discusión, se consideran como supuestos de violencia sexual más que de prostitución. Y lo más próximo a la violencia sexual sería el delito de agresión sexual, por lo que habría que atender a la reiteración y continuidad de actos sexuales, que configuran en cada caso el ejercicio de la prostitución no consentida, para tomarlos en consideración de forma individualizada como actos de agresión sexual que, dada su continuidad delictiva, deberían dar lugar a una nueva figura delictiva que se podría denominar como «agresión sexual continuada». Propuesta con la que se quiere hacer frente, entre otras cosas, a la disparidad penológica y dislate valorativo que encierra el hecho de que la «prostitución forzada» se castigue con pena de prisión de 2 a 5 años (art. 187.1 CP) mientras que un solo acto individual de agresión sexual equivalente se castiga con pena de prisión de 6 a 12 años (art. 179 CP). Por ello, en la doctrina se propone un cambio legislativo que pase por la supresión del delito de «prostitución forzada» y dichas prácticas coactivas pasen a considerarse como lo que son, según se afirma, «puro ejercicio de violencia sexual. La anunciada reforma de los delitos sexuales, hoy en marcha en el Estado español, ofrece una ocasión propicia para transformarlas en «agresiones sexuales continuadas» que merecerían una respuesta sensiblemente agravada por parte el ordenamiento jurídico penal. Al modo en que otras circunstancias elevan el desvalor de injusto característico del cualquier atentado a la autodeterminación sexual, debiera sumarse a ellas la de «imponer, en el contexto de una relación de dominio y sometimiento, la realización de actos sexuales continuados con el afán de obtener un beneficio económico»¹³.

¹³ Cfr. MAQUEDA ABREU, M. L.: «La «prostitución forzada es una forma agravada de agresión sexual: propuesta para una reforma imprescindible». En, *Libro homenaje al profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario*, Volumen II, J. de Vicente Remesal, M. Díaz.; García Conlledo,

Pese a la coincidencia en la necesidad de valorar y castigar en su justa medida los casos extremos de explotación sexual que suponen la «prostitución forzada», expuestos anteriormente, y pese a que puedan ser considerados como actos de violencia sexual, no se puede compartir esta propuesta, sin duda bien-intencionada, para superar los déficits de la regulación vigente, porque adolece de diversos inconvenientes de carácter valorativo y técnico.¹⁴ Pero, sin duda, que se trata de una propuesta muy parcial del fenómeno, que vuelve a ocultar la problemática de la prostitución forzosa, ahora bajo el velo de la agresión sexual continuada y crematística, no permitiendo alcanzar todos los casos de explotación extrema equivalentes a la esclavitud. Al tiempo que se propone la derogación total del artículo 187.1 CP, sin tomar en consideración que en él se recogen situaciones de prostitución de diversa gravedad, que seguramente merecerían un tratamiento penal diferenciado. Tampoco ofrece una propuesta congruente con la prostitución de menores, que sí parece mantenerse en el artículo 188 CP, aunque hay supuestos especialmente graves de prostitución forzada infantil que merecerían una respuesta más grave. Propuesta que, en último término, parece difícilmente compatible con la segunda finalidad típica de la trata de personas del artículo 177 bis CP.

2. Tutela unitaria y de conjunto

La segunda opción político-criminal y legislativa propone ofrecer una regulación unitaria mediante la introducción de un nuevo título en el CP dedicado específicamente a los delitos relativos a las formas contemporáneas de esclavitud, donde se dispense un tratamiento penal completo e integral de este fenómeno criminal. Aunque desde esta nueva óptica se plantean a su vez varias opciones de técnica legislativa, que pasan por ofrecer un concepto único de explotación extrema del ser humano equivalente a la esclavitud,¹⁵ o bien un concepto diferenciador que atienda ya legalmente a las definiciones internacionales de esclavitud, servidumbre y trabajo forzoso para trasladarlas al ámbito penal como situaciones que tienen una distinta gravedad y que requieren, por tanto, de una respuesta punitiva diferenciada y proporcionada. Lo que iría

J. M.; Paredes Castañón, I.; Olaizola Nogales, M. A. ; Trapero Barreales, R.; Roso Cañadillas, J. A., y Lombana Villalba (dirs.), Madrid (Reus Editorial), 2020, p. 1760.

¹⁴ Que no se pueden analizar ahora de forma detallada, *vid.* al respecto, PÉREZ ALONSO, E.: «Propuesta de incriminación de los delitos de esclavitud, servidumbre y trabajo forzado en el CP español». *Revista electrónica de ciencias penales y criminología*. (en prensa).

¹⁵ *Vid.* POMARES CINTAS, 2017, pp. 785 ss.

acompañado lógicamente de una interpretación actualizada y modernizada de estos conceptos que permita adaptarlos de forma adecuada y proporcionada a la nueva realidad criminal que está suponiendo en las últimas décadas el fenómeno de la moderna esclavitud. Esta parece ser la opción que se está imponiendo en los países de nuestro entorno europeo e iberoamericano.¹⁶

3. Propuesta de *lege ferenda*

En vista de todo lo expuesto, se propone de *lege ferenda* la creación de un nuevo título en el CP, el Título V Bis, bajo la rúbrica «Delitos contra la libertad general y la personalidad jurídica». En este título deberían incluirse junto al delito de trata de seres humanos, los delitos de sometimiento a trabajo forzoso, servidumbre y esclavitud.¹⁷ De este modo se ofrecería una visión conjunta e integral de esta materia, para dar satisfacción a lo establecido en el artículo 4 DUDH y en el artículo 4 CEDH, o quizá como acoge con mejor criterio el artículo 5 CDFUE, que se refiere a la prohibición conjunta de la esclavitud, la servidumbre, el trabajo forzado y la trata de seres humanos.

Se trata de la violación de cuatro derechos humanos en cuya esencia se encuentra la falta de libertad general y la degradación extrema del ser humano, aunque con un distinto grado de intensidad en la situación de sometimiento y control de la persona. Por ello, el atentado básico a estos derechos lo constituye el delito de trabajo forzoso, seguido del delito de sometimiento a servidumbre hasta llegar al más grave de sometimiento a esclavitud, contando como delito instrumental de estas tres figuras esclavistas con la trata de personas, que también constituye una grave atentado a la libertad e integridad moral.¹⁸

La propuesta de incriminación de estos delitos relativos a las formas contemporáneas de esclavitud debería ir acompañada:

1.º De una definición legal de los conceptos de trabajo forzado, servidumbre y esclavitud, donde queden clarificados sus elementos consustanciales y diferenciadores, de tal modo que se facilite la labor al intérprete en su aplicación práctica. La pena aplicable a estos delitos debería estar entre la horquilla de 5 a 12 años de prisión.

¹⁶ En este sentido, *vid.* VILLACAMPA ESTIARTE, 2013, pp. 340 y 341; BEDMAR CARRILLO, 2017, pp. 239 ss.; PÉREZ ALONSO, 2017, pp. 359 ss.; VALVERDE CANO, 2017, p. 443; POMARES CINTAS, 2017, pp. 775 ss.

¹⁷ Proponen una intervención penal similar en esta materia, VILLACAMPA ESTIARTE, 2011, pp. 477 ss., 570 y 571; de la misma autora, 2013, pp. 340 y 341; BEDMAR CARRILLO, 2017, pp. 239 ss.

¹⁸ *Vid.* PÉREZ ALONSO, 2017, pp. 359 ss.; del mismo autor, (en prensa).

2.º De la incriminación de las conductas concomitantes o posteriores a la explotación consistentes en el uso de los servicios de la persona esclavizada o en el aprovechamiento económico o material de una persona esclavizada, a sabiendas de su situación. Conductas que deberían castigarse con pena de prisión de 1 a 5 años.

3.º Del establecimiento de diversos tipos agravados que valoren aspectos diversos que hacen el injusto esclavista más grave, como: a) la puesta en peligro grave de la vida o salud personal de la víctima; b) la especial gravedad del trato degradante e inhumano a que se someta a la víctima; c) la especial gravedad de la explotación sexual a la que se someta a la víctima, mediante actos reiterados y continuados, especialmente, si se realizan a cambio de un precio pagado en todo o en parte al explotador; d) la especial gravedad de los actos de violencia empleados, de la situación de extremo sometimiento o de la duración de la privación de libertad de la víctima¹⁹; e) la especial vulnerabilidad de las víctimas por razón de enfermedad, estado gestacional, discapacidad o situación personal, o minoría de edad; f) el especial ánimo de lucro del autor; g) el prevalimiento del carácter público del funcionario o autoridad que cometa tales hechos, así como la pertenencia a una organización criminal dedicada a la comisión de estos delitos esclavistas y, de manera especial, a quien ejerza la dirección, gestión o administración de dichas organizaciones.

4.º De la derogación del delito de prostitución forzada del artículo 187.1 CP, referido a la determinación a la prostitución de adultos mediante violencia o intimidación. Toda «prostitución forzada» es un claro y específico supuesto cuando menos de trabajo forzoso, que puede llegar a la situación de servidumbre o de esclavitud, tal y como se ha venido insistiendo a lo largo de este trabajo. Por tanto, la prostitución forzada pasaría a llamarse por su nombre, sin subterfugios, y a tipificarse en alguno de los tres delitos propuestos relativos a las modernas formas de esclavitud, recibiendo una respuesta punitiva mucho más grave que la que se dispensa en la actualidad en el artículo 187.1 CP, de modo que el mínimo de pena aplicable sería de 5 años, justo la que ahora supone el límite máximo.

De este modo, el actual delito de determinación involuntaria a la prostitución del artículo 187.1 CP quedaría reservado para castigar solamente la prostitución fraudulenta o abusiva, es decir, la determinación a la prostitución llevada

¹⁹ Mediante estos motivos de agravación se valoraría el plus de desvalor y gravedad de la lesión de la integridad moral, la libertad sexual, la libertad de decisión, de obrar o ambulatoria de la víctima, pues los delitos protectores de dichos bienes estarían en concurso aparente de normas con los nuevos delitos propuestos. Pero ello no obsta a que en los casos especialmente graves de lesión de esos otros bienes jurídicos pueda tomarse en consideración mediante los tipos agravados propuestos.

a cabo con un vicio del consentimiento por engaño o por abuso de la situación de superioridad, necesidad o vulnerabilidad de la víctima. Se trataría de supuestos de explotación sexual abusiva, cuyos medios comisivos estarían en correlación con el propio concepto de explotación laboral del artículo 311.1 CP, que también se refiere a la imposición de condiciones de trabajo ilegales mediante engaño o abuso de la situación de necesidad, así como con el concepto de explotación sexual abusiva definida en el artículo 187.1, 2 CP, referida que a) la víctima se encuentre en una situación de vulnerabilidad personal o económica; b) se le impongan para su ejercicio condiciones gravosas, desproporcionadas o abusivas. La pena aplicable al delito de prostitución abusiva debería ser la misma que la del delito de trata de personas.

5.º De una modificación o reinterpretación de las finalidades típicas de la trata, de tal forma que la trata con fines de prostitución forzada pasaría a engrosar la primera finalidad típica prevista en el artículo 177 bis CP, referida a la imposición de trabajos o servicios forzados, la esclavitud o la servidumbre, mientras que la trata con fines de prostitución abusiva se seguiría manteniendo, como hasta ahora y en lógica correspondencia, en la segunda modalidad típica del artículo 177 bis CP, referida a «la explotación sexual, incluyendo la pornografía». El delito de trata debería castigarse con pena de prisión de 4 a 7 años, conforme a la Directiva 2011/36/EU.

6.º De la derogación del delito de prostitución forzada de menores del artículo 188.2 CP, que pasaría a ser considerado como una modalidad agravada de los delitos de trabajo forzoso, servidumbre o esclavitud, por lo motivos ya expuestos en relación a la prostitución forzada de adultos, dado que se trata de situaciones equivalentes, pero agravadas ahora por recaer sobre menores. De este modo, se mantendría la prostitución abusiva de menores del artículo 188.1 CP, puesto que los menores no tienen capacidad para consentir válidamente en el contexto sexual. Por ello, el consentimiento de un menor para ejercer la prostitución hay que considerarlo como viciado, sin validez, por lo que merece la consideración de un delito de prostitución abusiva, tipificable por vía del artículo 188.1 CP. Este delito debería castigarse con la misma pena que el delito de trata de personas.

7.º De una protección especial a los menores víctimas de explotación laboral, otorgando una mayor protección a los menores de 16 años que a los mayores de dicho límite de edad, que coincide precisamente con el límite de edad para poder trabajar.

8.º De la derogación del artículo 311.4 CP, relativo a la explotación laboral con violencia o intimidación, que raramente podrá tener lugar por sí sola sin llegar a tener la consideración de trabajo forzoso, aparte de que prevé una

pena de prisión elevada. Por ello, de existir algún episodio violento o intimidatorio en el contexto de una relación laboral que no llegue a considerarse como trabajo forzado, bastaría con la grave pena que ya prevé el delito de imposición de condiciones ilegales de trabajo en el artículo 311.1 CP.

9.º De una cláusula expresa de exigencia de responsabilidad penal a las personas jurídicas.

PROBLEMÁTICA DE LA INCRIMINACIÓN ESPECÍFICA DEL RECLUTAMIENTO PARA EL TERRORISMO FUNDADO EN LA TRATA DE SERES HUMANOS

ESTHER POMARES CINTAS*

I. EL TIPO AGRAVADO DE RECLUTAMIENTO DE MENORES DE EDAD, PERSONAS DISCAPACITADAS Y MUJERES VÍCTIMAS DE TRATA EN EL CONTEXTO PENAL DEL TERRORISMO

A propósito de los delitos de captación y adiestramiento activo con fines de terrorismo incorporados en el artículo 577.2 CP, la Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo, ha incluido *ex novo* un intrigante tipo cualificado. Prevé la aplicación de las penas correspondientes en su mitad superior, pudiéndose llegar a la superior en grado, «cuando los actos previstos en este apartado se hubieran dirigido a menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección o a mujeres víctimas de trata con el fin de convertirlas en cónyuges, compañeras o esclavas sexuales de los autores del delito, sin perjuicio de imponer las que además procedan por los delitos contra la libertad sexual cometidos» (art. 577.2 *in fine* CP).

Esta figura agravatoria aparece explícitamente vinculada a las «acciones de captación y reclutamiento (...)» que «se dirigen a menores, a personas ne-

* Profesora Titular de Derecho Penal. Universidad de Jaén. Agradezco la invitación a participar en el homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy, quien me bautizó como doctora y a quien debo buena parte de mi formación en la dogmática de los delitos imprudentes. Este trabajo se enmarca en el Proyecto de investigación «Esclavitud contemporánea y trata de personas en el contexto internacional, nacional y andaluz: un estudio jurídico multidisciplinar y transversal» (P18-RT-2253P), Universidad de Granada.

cesitadas de especial protección o a mujeres víctima de trata», como señala el Preámbulo de la citada LO 2/2015. Ahora bien, en el texto original de la Proposición de Ley Orgánica en materia de delitos de terrorismo (122/000189), de 4 de febrero de 2015, no se hacía mención alguna al escenario de la trata de seres humanos.

Por un lado, asociar la agravante al perfil de la minoría de edad responde a la preocupación manifestada en la agenda europea antiterrorista que subraya la particular vulnerabilidad de los adolescentes a la radicalización proveniente de la propaganda de las organizaciones terroristas¹. Si bien, por lo que se refiere a la captación de menores con fines de terrorismo, la Directiva UE 2017/541 no obliga a establecer su funcionalidad como agravante de la pena (Considerando 17). De otro lado, no se hace alusión alguna a las personas discapacitadas en este contexto.

Con todo, la iniciativa legislativa extiende la cláusula agravatoria a las hipótesis de captación dirigida a «personas con discapacidad necesitadas de especial protección», sin identificar en el Preámbulo una fenomenología particular en este contexto. No se ha abierto específicamente respecto de personas que acusan un grave deterioro de la salud mental, pues «Europol» ha hecho constar perfiles de «combatientes-terroristas-extranjeros» y «lobos solitarios» con graves y diagnosticados trastornos mentales, que son capitalizados por el ISIS (Informe de Europol –*Lone actor attacks, Recent developments*, de 20 de julio de 2016)².

Distinto es el escenario de reclutamiento de «mujeres víctimas del delito de trata de seres humanos», que conduce a preguntarnos por las razones de incluirlo en el tenor del tipo agravado de captación para el terrorismo, en el seno de una significativa reforma penal ventilada en trámite de urgencia.

La redacción del artículo 577.2 *in fine* CP fue fruto de la Enmienda conjunta núm. 64 del Grupo Parlamentario Popular y el Grupo Parlamentario So-

¹ Resolución del Parlamento Europeo, de 5 de octubre de 2017, sobre condiciones y sistemas penitenciarios [2015/2062(INI)]; véanse, al respecto, CUERDA ARNAU, M. L., «La radicalización terrorista de menores y jóvenes vulnerables (una aproximación de urgencia)», Cuerta Arnau, M. L. (dir.), *Menores y redes sociales. Cyberbullying, cyberstalking, cibergrooming, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en la red*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2016, pp. 466 ss.; sobre sus consecuencias, BOLDOVA PASAMAR, M. A., «Consecuencias sancionadoras de la radicalización terrorista de los menores de edad y su adecuación al perfil de jóvenes infractores», Alonso Rimo, A.; Cuerta Arnau, M. L., y Fernandez Hernández, A. (dirs.), *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2018, pp. 667 ss.

² *European Counter Terrorism Centre*, <https://www.europol.europa.eu/publications-documents/lone-actor-attacks-recent-developments>.

cialista³. Se alega un «cierto vacío sobre la captación de mujeres en nuestro país por (...)organizaciones terroristas, fundamentalmente para su explotación sexual *en zona de guerra*. En nuestro país ya hemos tenido casos y sigue habiendo determinados vacíos legales en cuanto a la captación de estas mujeres –jóvenes en muchos casos menores de edad– para llevarlas a zonas yihadistas *para su explotación sexual y adoctrinamiento*. Igual que hemos contemplado el agravamiento en el tema de menores, debemos actuar sobre la captación de mujeres cuyo papel en la red es distinto y que están siguiendo otros caminos. ¿Hay un vacío legal en el caso de que no se pueda detener a las personas que las llevan, las acompañan o las vienen a buscar para trasladarlas *a las zonas de guerra*? Son mujeres españolas y creo que en esta semana podríamos definir esas figuras para las que queda un cierto vacío judicial y jurídico» (*Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*. Pleno y Diputación Permanente, núm. 256, 10 de febrero de 2015. La cursiva ha sido añadida).

Introducir aquí la trata de seres humanos vinculada a «zonas de guerra» no es cuestión baladí. Es, por ello, pertinente analizar esta problemática en el contexto internacional.

II. RECLUTAMIENTO FORZADO DE MENORES Y MUJERES COMO ESTRATEGIA VINCULADA AL CONTEXTO DE LOS CONFLICTOS ARMADOS

Junto al constructo del «combatiente-terrorista-extranjero», la mención a la trata de personas y la esclavitud sexual es la manifestación de una de las caras controvertidas, desde el punto de vista jurídico-penal, de la naturaleza híbrida con la que se ha etiquetado el terrorismo internacional «yihadista». Porque las organizaciones terroristas concebidas hoy como una amenaza mundial sin precedentes para la paz y la seguridad internacionales –ISIS, Frente Al-Nusra y demás grupúsculos asociados con Al-Qaida⁴–, son, a su vez, partes contendientes no estatales en zonas de conflicto armado interno e internacional. Esta doble dimensión ha desembocado en una concepción pragmática de sujetos: grupos involucrados en conflictos bélicos en zonas estratégicas, que carecen de soberanía y jurisdicción territorial, pero funcionan *de facto* como organización estatal, con capacidad de actuar como un ejército organizado, no

³ *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, 18 de febrero de 2015, núm. 211-3.

⁴ Resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas 2249/2015.

solo por su potencial destructivo, sino por su poder de transformar el escenario geopolítico de la región en conflicto⁵. Asimismo, se les señala por su potencialidad para desarrollar prácticas brutales contra la humanidad en el contexto de los conflictos armados, tácticas de guerra orientadas a debilitar a los contendientes enemigos, así, utilizando y aniquilando ejemplarmente a todo aquel que represente o pueda representar un obstáculo para alcanzar sus idearios⁶. Ello incluye utilizar a menores para la lucha armada, para unirse a sus filas y reforzar su capacidad operativa, y esclavizar a otras personas, particularmente a mujeres, como estrategia para mostrar su poder en el contexto de un conflicto armado.

En su vertiente de contendientes no estatales en conflictos armados en la región, se han atribuido al ISIS⁷ «abusos constantes, flagrantes, sistemáticos y generalizados dirigidos contra la población civil», violaciones de los derechos humanos y violaciones del derecho internacional humanitario, «en particular los impulsados por motivos religiosos o étnicos» (Resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas 2249/2015, de 20 de noviembre de 2015). A su vez, se ha subrayado el recurso a la violencia sexual sobre mujeres secuestradas en el campo de batalla para incorporarlas a grupos armados, así como la necesidad de perseguir estas acciones para desterrar cualquier tendencia a considerarlas «una consecuencia inevitable de la guerra o un delito menor» (Declaración sobre la Prevención de la Violencia Sexual en los Conflictos del G-8, Londres, 11 de abril de 2013; véanse, Resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas 2106/2013 y 2253/2015⁸).

Precisamente en estos escenarios de guerra, la Resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas 2331/2016 denuncia actos de «trata de personas en los conflictos armados y de violencia sexual y por razón de género (...) que pueden formar parte de los objetivos estratégicos» de las organizaciones combatientes en el control del territorio, como «táctica de guerra o como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil»⁹, así, la destrucción, castigo, o subyugación de comunidades minoritarias religiosas o

⁵ NAÏR, S., «Sobre el yihadismo», *Claves de Razón Práctica*, núm. 250, 2017, p. 19; CANCIO MELIÁ, M., «El concepto jurídico-penal de terrorismo entre la negación y la resignación», Alonso Rimo, A.; Cuenda Arnau, M. L., y Fernández Hernández, A. (dirs.), *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2018, pp. 128, 130.

⁶ NAÏR, S., *Claves de Razón Práctica*, núm. 250, 2017, pp. 17-18.

⁷ Asimismo a Boko Haram, Al-Shabaab, el Ejército de Resistencia del Señor (Resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas 2253/2015).

⁸ Véase, DÍEZ PERALTA, E., «Los crímenes de esclavitud y de esclavitud sexual en el marco de un conflicto armado: principales hitos en la jurisprudencia penal internacional», Pérez Alonso, E., (dir.), *El Derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2017, pp. 256 ss.

⁹ Resoluciones del Consejo de Seguridad 1960/2010; 2106/2013; 2331/2016.

étnicas [por ejemplo, las mujeres de la comunidad *yazaidí* en Sinyar (Irak)], o que buscan el desplazamiento de poblaciones de las zonas de importancia estratégica.

Estas tácticas incluyen la violación, la esclavitud sexual, el matrimonio forzado, la prostitución forzada y el embarazo forzado (Resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas 2106/2013, 2253/2015), también «para codificar e institucionalizar la esclavitud sexual y ejercer control sobre la reproducción de la mujer» (Resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas 2331/2016).

Se recurre, pues, a la Trata como «fuerza motriz del reclutamiento» en contextos de conflictos armados, teniendo por objeto diversas formas de explotación, tanto de mujeres como de menores, incluyendo refugiados por causa de las guerras en la zona, «en contravención del derecho internacional aplicable». Asimismo, puede servir de fuente de financiación de los grupos terroristas (Resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas 2331/2016).

En suma, la situación que se acaba de describir se identifica con la fenomenología de la trata de seres humanos en los territorios afectados por las guerras, o con ocasión de las mismas (situaciones posteriores), «con fines de esclavitud sexual, y otras formas de trabajo forzoso» (Resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas 2253/2015). En consecuencia, la trata de menores que son forzosamente reclutados, así como la de mujeres para ser objeto de matrimonio forzado y/o esclavitud sexual, se han de concebir como conductas que tienen su raíz y su respuesta en el seno de un conflicto armado. Y, como actos contrarios al derecho internacional humanitario, revisten la naturaleza de crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad [expresamente, Resoluciones del Consejo de Seguridad 1960/2010, 2106/2013, 2331/2016; en esta línea, el Examen de la Estrategia Global de las Naciones Unidas contra el Terrorismo (Resolución de la Asamblea General 70/291, de 9 de julio de 2016)]. Piénsese que el marco antiterrorista europeo distingue, a estos efectos, las acciones o actividades de las Fuerzas Armadas de los Estados parte realizadas en períodos de conflicto armado, que estarán sujetas al derecho internacional humanitario (art. 26. 5 Convenio del Consejo de Europa núm. 196, de 16 de mayo de 2005, para la «prevención del terrorismo»; Considerando 37, Directiva UE 2017/541, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2017, relativa a la lucha contra el terrorismo).

III. ¿UN TIPO AGRAVADO DE RECLUTAMIENTO CON FINES DE TERRORISMO FUNDADO EN LA TRATA DE SERES HUMANOS?

Las Resoluciones del Consejo de Seguridad que dibujan diversos perfiles de la trata de personas en el seno o con ocasión de conflictos armados instan a los Estados parte a prever, en sus legislaciones penales internas, de un lado, el delito de trata de personas para asegurar, asimismo, que «las víctimas sean tratadas como víctimas de un delito y de conformidad con la legislación nacional no sean penalizadas ni estigmatizadas por su participación en las actividades ilegales en que se han visto obligadas a participar»; de otro lado, incentivan la persecución de la violencia sexual. Y, en todo caso, imponen vincular estas conductas al contexto de los conflictos armados, también «en los acuerdos de alto el fuego y en las disposiciones sobre la vigilancia de los alto el fuego»¹⁰ (Resoluciones 2331/2016, 2249/2015, 2106/2013).

Ahora bien, las respuestas en los contornos del etiquetamiento híbrido del terrorismo «yihadista» han distorsionado la separación de ámbitos que responden a finalidades distintas: los crímenes de guerra y los delitos relativos al terrorismo. La confusión procede del reconocimiento de organizaciones terroristas, como el ISIS, en su condición de partes en un conflicto armado, y, en esa medida, sometidas a las obligaciones del derecho internacional humanitario, «incluida la prohibición de todas las formas de violencia sexual»; pero, de otro lado, determinadas por su «condición jurídica como «partes no estatales» involucradas en esas situaciones», es decir, como «combatientes ilegales»¹¹, sin estatuto de un Estado, ni soberanía territorial (Resoluciones del Consejo de Seguridad 1960/2010; 2106/2013). Probablemente, esa condición denegatoria que la comunidad internacional atribuye a estas organizaciones en tanto «amenaza mundial sin precedentes para la paz y la seguridad internacionales» (Resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas 2249/2015), y la incertidumbre de someterlas, como «partes no estatales» en conflictos armados, a la jurisdicción del Tribunal penal internacional por crímenes de guerra, hayan conducido a calificar como «víctimas del terrorismo» también a las víctimas de trata y de violencia sexual procedentes de estos grupos en contextos bélicos, a los solos efectos de garantizar «que puedan recibir el apoyo, el reconoci-

¹⁰ Precisamente, en atención a esa naturaleza jurídica, deben quedar excluidos tales delitos de las disposiciones de amnistía.

¹¹ Recuérdese que la confluencia, al unísono, de la condición de «combatientes no estatales» involucrados en conflictos armados y la de «terroristas», ha habilitado burlar el estatuto protector del derecho internacional humanitario que se reconoce a los prisioneros en el marco de los conflictos armados. Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J. M., «Asesinatos selectivos en la «guerra punitiva» contra el terrorismo», *InDret*, 1, 2017, pp. 1 ss.

miento y la reparación oficiales que se conceden a ese tipo de víctimas» (Resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas 2331/2016)¹². ¿Estamos ante una transformación *ad hoc* de crímenes de guerra en delitos de terrorismo?

La legislación española ha cumplido el compromiso internacional de responder a los comportamientos de trata en conflictos armados. En primer lugar, la Ley Orgánica 5/2010, la misma que introdujo el delito de trata de seres humanos (art. 177 bis), adecuó los «delitos contra la comunidad internacional», brindando, como señala el Preámbulo, «especial protección penal a mujeres y niños en conflictos armados», y castigándose expresamente, tanto «a quienes atenten contra la libertad sexual de una persona protegida cometiendo actos de violación, esclavitud sexual, prostitución inducida o forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de agresión sexual», como a los que «recluten o alisten a menores de 18 años o los utilicen para participar directamente en dichos conflictos». Esta última conducta se ha debido a la aplicación del Protocolo Facultativo, de 25 de mayo de 2000, de la Convención sobre los derechos del niño (1989), relativo a la participación de los niños en los conflictos armados.

Los mencionados comportamientos han quedado incorporados en el título XXIV dedicado a los «Delitos contra la Comunidad Internacional». Concretamente, en el capítulo III –«Delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado»– en los artículos 611. 9.º y 612. 3.º, respectivamente. Así, se castiga a quien, «con ocasión de un conflicto armado», atente contra la libertad sexual de una persona protegida cometiendo actos de violación, esclavitud sexual, prostitución inducida o forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de agresión sexual (art. 611. 9.º) y a quien «(...) en particular, reclute o aliste a menores de dieciocho años o los utilice para participar directamente en las hostilidades» (art. 612. 3.º).

Con todo, en el marco de los «delitos de lesa humanidad» (capítulo II *Bis*), dentro de los hechos realizados como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil o contra una parte de ella, el artículo 607 *bis*. 2 ya contemplaba la «trata sexual» (9.º), es decir, el traslado de personas de un lugar a otro, con el propósito de su explotación sexual forzada o el embarazo forzado (5.º). Asimismo, se castiga, en el mismo contexto, someter o

¹² Las «víctimas de la trata de personas» a las que alude la Resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas 2331/2016 son «las víctimas de la trata de personas en las situaciones de conflicto armado y posteriores a conflictos y las crisis humanitarias derivadas de esas situaciones». Téngase en cuenta que el Estatuto del Tribunal penal internacional contempla específicamente el delito de esclavitud sexual como crimen de guerra, véanse los asuntos abiertos en Díez PERALTA, E., 2017, pp. 270 ss.

mantener a alguna persona en situación de esclavitud (10.º). Cabe también subrayar que la reforma de 2010 contempla un tipo agravado de organización criminal (art. 570 *bis*), cuando tenga por finalidad cometer (...) delitos contra «la libertad e indemnidad sexuales o la trata de seres humanos».

Teniendo en cuenta que todos los comportamientos señalados por los instrumentos internacionales ya estaban cubiertos por la legislación española en el momento en que aparece la iniciativa de reforma de 2015, se cuestiona entonces el argumentario del «cierto vacío» a propósito de la Enmienda conjunta núm. 64 del Grupo Parlamentario Popular y el Grupo Parlamentario Socialista, y, en definitiva, la conveniencia del tipo agravado de reclutamiento con fines de terrorismo a través de la trata sexual de mujeres, dentro del capítulo dedicado a los delitos de terrorismo (art. 577.2 *in fine* CP)¹³.

En primer lugar, por lo que respecta al campo de aplicación de la agravante, no se describen expresamente las hipótesis de captación o reclutamiento forzado de menores para ser utilizados como combatientes, o su traslado a zonas de conflicto armado. Es una hipótesis de trata de menores encuadrada en los «Delitos contra las personas protegidas en caso de conflicto armado» (art. 612. 3.º CP), o bien una modalidad de trata de menores (art. 177 *bis.*, apartados 1 y 2 CP) con fines subsumibles en el concepto de servicios forzados, o, en su caso, en la realización forzada de actividades delictivas (la finalidad de reclutamiento en conflicto armado no está expresamente prevista en el art. 177 *bis.* 1 CP). Además, la regulación del delito de trata prevé una vía de exención de responsabilidad penal si la víctima captada comete delitos vinculados a la situación de servicios forzados a la que se encuentra sometida (art. 177 *bis.* 9 CP).

Más problemático se muestra determinar la naturaleza de una agravante explícitamente referida al reclutamiento para fines de terrorismo de «mujeres víctimas de trata con el fin de convertirlas en cónyuges, compañeras o esclavas sexuales de los autores del delito» (art. 577.2 *in fine* CP). Introducir aquí la trata de seres humanos vinculada a «zonas de guerra», como señala la Enmienda conjunta núm. 64, adquiere un desvalor cualitativo cuyo alcance jurídico-penal trasciende los contornos penales del terrorismo.

Ante todo, el campo de aplicación del tipo agravado —«mujeres víctimas de trata»— descarta las hipótesis de captación dirigida a mujeres («jóvenes mujeres musulmanas») para motivarlas (voluntariamente) a ser «esposas y madres de muyahidines» y «formar una generación de familias «yihadistas» para

¹³ CANO PAÑOS, M. A., «La reforma penal de los delitos de terrorismo en el año 2015. Cinco cuestiones fundamentales», *Revista General de Derecho Penal*, 23, 2015, p. 11.

poblar la zona» controlada por el ISIS, incluida la lucha «en primera línea en caso de que fuese necesario». Estas mujeres no encarnan un perfil de víctimas (STS 13/2018, de 16 de enero), sino el símil prodrómico de la «combatiente terrorista extranjera o no extranjera». Ahora bien, si la captación tiene como propósito casarse con un integrante del Estado Islámico, sin participar activamente en las actividades de la organización terrorista, o sin la finalidad de cometer delitos de terrorismo, no colmará siquiera los requisitos del tipo penal preparatorio de captación (STS 13/2018, de 16 de enero).

La referencia expresa en el tipo agravado a la trata sexual, o a la que tiene por objeto el matrimonio forzado, se solapa con esferas delictivas que atienden a coordenadas distintas. Porque, como se ha señalado en el apartado anterior, no hablamos sino de víctimas de «crímenes de guerra» (art. 611. 9.º CP, que tipifica un delito contra las personas protegidas en caso de conflicto armado) o bien de víctimas de «crímenes de lesa humanidad» (art. 607 bis. 2. 10.º CP), una razón y un título jurídico que trascienden los delitos de terrorismo.

Por lo que concierne al delito de trata de seres humanos, la LO 1/2015 incorporó la finalidad de celebración de matrimonios forzados –art. 177 bis.1 e)–, que no se reduce a «celebrar» la unión forzada de la víctima con otra persona, sino que cobra una dimensión cualitativa de explotación personal, es decir, constituye una práctica de servidumbre¹⁴ que utiliza a la víctima en el plano doméstico (servidumbre doméstica) y/o sexual (servidumbre sexual, precisamente a la que se refiere el controvertido tipo agravado que ahora analizamos) o para otras modalidades de servidumbre. En definitiva, debe interpretarse como «forma análoga a la esclavitud»¹⁵. Con todo, si ese objetivo tiene lugar a través de una unión de hecho forzada, o de cualquier otra forma de sometimiento, podrá ser abarcado por el concepto de «servicios forzados» sexuales (art. 177 bis. 1 a).

La mención específica a la Trata para someter a mujeres y convertirlas en esclavas sexuales de los autores del delito de captación, junto a la alusión de los delitos sexuales cometidos contra ellas, coincide, pues, con los marcos de abusos reiteradamente denunciados por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, cuya idiosincrasia trasciende la finalidad terrorista. Porque reclutar

¹⁴ Resolución del Parlamento Europeo, de 5 de julio de 2016, sobre la lucha contra la trata de seres humanos en las relaciones exteriores de la Unión; Recomendación núm. 1663 del Consejo de Europa, de 22 de junio de 2004, sobre esclavitud doméstica.

¹⁵ Véase, Informe temático de la Relatora Especial sobre las formas contemporáneas de esclavitud, incluidas sus causas y consecuencias, sobre el matrimonio servil, de 10 de julio de 2012 (A/HRC/21/41); también, el Informe temático sobre la protección de las víctimas de la trata de personas y las personas en riesgo de ser objeto de trata en situaciones de conflicto y posteriores a conflictos (Resolución 32/3, de 30 de junio de 2016).

forzosamente a mujeres para ser sometidas a esclavitud sexual como forma de determinarlas a incorporarse a una organización o grupo terrorista, o para cometer cualquiera de los delitos comprendidos en el capítulo VII, describe el rostro de la trata de mujeres como arma de guerra inmersa en el contexto de conflictos armados (Resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas 2106/2013).

La justificación de la Enmienda conjunta Núm. 64, que incorpora en el tipo agravado de captación la trata y la esclavitud sexual «en zona de guerra», revela, en realidad, hipótesis de atentados contra el derecho internacional humanitario y que, por tanto, se deben perseguir con ese nombre y bajo sus coordenadas. Recordemos que el artículo 611. 9.º, como delito «contra las personas protegidas en caso de conflicto armado», castiga a quien, «con ocasión de un conflicto armado» atente contra la libertad sexual de una persona protegida cometiendo actos de violación, esclavitud sexual, prostitución inducida o forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de agresión sexual». O, en el marco de los «delitos de lesa humanidad», se castiga someter o mantener a alguna persona en situación de esclavitud (art. 607 bis. 2. 10.º) cuando este hecho sea susceptible de entenderse como ataque generalizado o sistemático contra una población civil o parte de la misma.

En síntesis, la inclusión en la circunstancia agravante del artículo 577.2 *in fine* de hipótesis relativas a la trata sexual de mujeres compromete la naturaleza de estas conductas como crímenes de guerra o, en su caso, de lesa humanidad. El tipo agravado ha filtrado la naturaleza híbrida que, bajo la impronta de la legislación norteamericana tras el 11-S, se le asigna al terrorismo «yihadista», expresando así la tendencia a extender el concepto de terrorismo y a dismantelar y descontextualizar esferas delictivas que deben quedar deslindadas¹⁶. Piénsese en las mujeres de la comunidad *yazaidí* en Sinyar (Irak), que fueron brutalmente violadas y asesinadas, unas, y reducidas, otras, a esclavas sexuales, por el ISIS. No son, en puridad, víctimas de terrorismo, sino víctimas de «armas de guerra», también genocidas, que buscan neutralizar la defensa de la población atacada y debilitar la supervivencia de una comunidad minoritaria (véase el Documental *Girls War*, de Mylene Sauloy, 2016). Son violencias que llevan nombre propio: más que una violencia sexual «terrorista», son conductas que se integran en el *modus operandi* de los delitos contra las personas protegidas en conflicto armado o de lesa humanidad, cuya esencia

¹⁶ En este sentido, la Recomendación de 5 de septiembre de 2001, del Parlamento Europeo sobre el papel de la Unión en la lucha contra el terrorismo, señala que los delitos de terrorismo hoy «se deben considerar (...) incluso delitos contra la humanidad».

no puede verse enmudecida o alterada en nombre del nuevo etiquetamiento terrorista internacional. Téngase en cuenta que los delitos de lesa humanidad, los delitos contra las personas protegidas en caso de conflicto armado, y el genocidio, no prescriben «en ningún caso» (art. 131.3 CP).

EL CASO BANKIA: CUESTIONES SOBRE LA INTERPRETACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 282 BIS Y 290 DEL CÓDIGO PENAL

LUZ MARÍA PUENTE ABA*

I. INTRODUCCIÓN¹²

La sentencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (Sección 4.^a), núm. 13/2020, de 29 de septiembre, absolvió a los treinta y cuatro acusados en el caso de la salida a Bolsa de Bankia, a quienes se había atribuido la comisión de los delitos de falsedad en documentos sociales (art. 290 CP) y falsedad en la inversión en los mercados de valores (art. 282 bis CP)³. Este trabajo preten-

* Profesora Titular de Derecho Penal. Universidad de A Coruña.

¹ Este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación «Ganancias ilícitas y Derecho penal» (RTI2018-094287-B-I00), financiado por FEDER/Ministerio de Ciencia e Innovación–Agencia Estatal de Investigación.

² La realización de este trabajo pretende ser una contribución al homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo, cuyos trabajos sobre bienes jurídicos supraindividuales, delitos de peligro y responsabilidad penal por el producto ya constituyeron un pilar fundamental en el inicio de mis estudios de doctorado. A partir de ese momento, he tenido la fortuna de poder seguir leyendo y escuchando sus investigaciones en muy diferentes ámbitos, y de conocerla personalmente; que este Libro homenaje sirva como reconocimiento a su labor y a su persona.

³ Sobre la historia de Bankia, *vid.* por ejemplo: CLIMENT SERRANO, S., y PAVÍA, J. M., «Bankia: ¿Para qué sirven los estados contables y los órganos de control?», *Estudios de Economía Aplicada*, 33-1, 2015, pp. 287 ss.; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., «Responsabilidad penal sobre OPS de acciones en el mercado bancario: el caso BFA–Bankia», en Marimón Durá, R. (dir.), *La oferta pública de suscripción de acciones desde la perspectiva judicial: análisis de la OPS de Bankia de 2011*, Cizur Menor (Aranzadi Thomson Reuters), 2016, pp. 22 ss.; ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., «Delito corporativo, el rescate de las Cajas de Ahorro y el caso Bankia S. A.», en Suárez López, J. M. *et al.* (dirs.), *Estudios jurídicos penales y criminológicos. En homenaje al Prof. Dr. Dr. H. C. Mult. Lorenzo Morillas Cueva*, Madrid (Dykinson), 2018,

de constituir un breve comentario a los fundamentos en los que se basó el Tribunal para dictar la sentencia absolutoria, en relación con estas dos figuras delictivas.

II. EL CASO BANKIA Y EL ARTÍCULO 282 BIS DEL CÓDIGO PENAL

¿Por qué la AN absolvió a los acusados de la comisión del delito del artículo 282 bis CP? La absolución tomó como base las siguientes argumentaciones: la apreciación de que el folleto informativo contenía una información «más que suficiente» y «muy extensa» sobre la entidad, y el hecho de que la salida a Bolsa de Bankia había contado con la aprobación de los organismos supervisores, esto es, el Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores, el FROB y la Autoridad Bancaria Europea (EBA).

En primer lugar, comenzando por la primera cuestión, debe partirse de que el artículo 282 bis CP exige que la información presentada sea falsa. Tal falsedad ha de interpretarse como una falsedad objetiva, es decir, una discordancia real y objetiva entre lo manifestado en el documento y lo que existe en realidad⁴. No obstante, se plantea el problema de cómo determinar si son objetivamente falsas determinadas alegaciones que no constituyen una manifestación de hechos o datos concretos, sino que suponen auténticos juicios de valor. Esto se plantea de forma destacada en el contenido de los folletos informativos ya que, además de los datos contables de la sociedad y de la descripción de los valores, se presenta un análisis de los factores de riesgo que conlleva la inversión, que pueden venir referidos a circunstancias muy diferentes

pp. 85 ss. Vid. también HORTAL IBARRA, J. C., «Crisis financiera, delincuencia de cuello blanco y respuesta penal: una aproximación criminológica y político-criminal», en Puente ABA, L. M. (dir.), *Economía y Derecho penal en Europa: una comparación entre las experiencias italiana y española*, A Coruña (Servicio de Publicaciones de la Universidad de A Coruña), 2015, pp. 166-167, en relación con la aplicabilidad del artículo 282 bis CP al caso de la salida a Bolsa de Bankia.

⁴ Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Estafa de inversores y de crédito (El art. 282 bis del Código Penal)*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2012, p. 112; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, 6.ª ed., Valencia (Tirant lo Blanch), 2019, p. 350; MENDOZA BUERGO, B., «Delitos relativos al mercado y a los consumidores», en Molina Fernández, F. (coord.), *Memento práctico Francis Lefebvre. Penal*, Madrid (Francis Lefebvre), 2019, marg. 11999; NIETO MARTÍN, A., «Protección penal de la competencia y del mercado de valores», 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*, Madrid (Dykinson), 2018, p. 410; PUENTE ABA, L. M., «El artículo 282 bis del Código Penal: la falsedad en la inversión en los mercados de valores», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 7, 3.ª época, 2012, pp. 63 ss.

como por ejemplo la situación de endeudamiento de la sociedad, o la actividad de la propia entidad emisora⁵.

El caso Bankia revestía una especial complejidad en este punto, ya que las apreciaciones subjetivas del emisor no solo estaban presentes en la exposición de los riesgos asociados a la inversión, sino también en la propia descripción del estado contable de la entidad⁶. La presentación de esta clase de información en el folleto está conectada con la facultad que el artículo 12 del Real Decreto 1310/2005 otorga a la CNMV, en relación con la obligación de presentación de las cuentas anuales del emisor ante el organismo de control: si bien la regla general es que los estados contables presentados «deberán comprender, al menos, los tres últimos ejercicios en el caso de valores participativos, y los dos últimos ejercicios en los demás casos», se establecen dos situaciones en las cuales la CNMV podrá considerar suficiente la presentación de cuentas anuales de un período inferior. Como indica la sentencia, «en el caso de Bankia, la CNMV hizo uso de la referida excepción eximiendo a la entidad de la obligación de presentar las cuentas de los tres últimos ejercicios, dado que Bankia no tenía tal antigüedad en ese momento»⁷.

Por lo tanto, se plantea la dificultad de cómo determinar si la presentación de las estimaciones de beneficios y de riesgos, y de los riesgos asociados a la inversión, puede calificarse como falsa. En cualquier caso, no basta con la constatación de la presencia de advertencias al inversor para afirmar la veracidad del folleto. Resulta sin duda complejo, pero habrá que tratar de discernir si estas apreciaciones descansan sobre hechos objetivamente comprobables, y serán tales hechos los que podrán ser calificados como verdaderos o falsos. Puede partirse, como perspectiva de referencia, del ámbito propio en el que se lleva a cabo

⁵ Vid. sobre esto, por ejemplo, PUENTE ABA, L. M., *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 7, 3.ª época, 2012, pp. 64 ss., y bibliografía citada; también PUENTE ABA, L. M., «El artículo 282 bis del Código Penal y el caso Bankia: la falsedad del folleto informativo y el papel de los organismos supervisores», *La Ley Compliance penal*, núm. 4, 2021, pp. 1 ss. Según PRAT WESTERLINDH, C., «Estafa de inversores», *La Ley Penal*, 77, 2010, p. 5, habría que comprobar que la información relativa a perspectivas de desarrollo e inversión cuenta con fundamentos sólidos para las apreciaciones de cara al futuro, esto es, se halla amparada por hechos, por actuaciones previas de la empresa.

⁶ Según la sentencia, el contenido de la información financiera del folleto era el siguiente: «Estados financieros intermedios consolidados auditados de Bankia del período 1 de enero a 31 de marzo de 2011; información financiera consolidada proforma de Bankia y sociedades dependientes, correspondiente al ejercicio anual terminado a 31 de diciembre de 2010, elaborada de conformidad con el anexo II del Reglamento 809/2004, acompañadas de informe del auditor; información financiera consolidada proforma de Bankia y sociedades dependientes, correspondiente al período entre el 1 de enero y 31 de marzo de 2011, acompañada de informe del auditor; estados financieros auditados por las 7 Cajas correspondientes a los ejercicios 2008, 2009 y 2010 depositadas en la CNMV por las Cajas e incorporados por referencia, y estados financieros consolidados y auditados de Bankia correspondientes al ejercicio 2010 y al primer trimestre de 2011».

⁷ Vid. al respecto PUENTE ABA, L. M., *La Ley Compliance penal*, núm. 4, 2021, pp. 3-4.

esta comunicación, el mercado de valores, sujeto al cumplimiento de requisitos de información y transparencia, con base en la gran asimetría entre las entidades emisoras y, fundamentalmente, los pequeños inversores. Es interesante analizar hasta qué punto las perspectivas de rédito de los productos financieros, o de beneficio de la propia sociedad emisora, pueden llegar a constituir un elemento del folleto que pueda recibir un juicio de veracidad. Así, podrían ser objeto de este juicio determinadas valoraciones efectuadas por el emisor, cuando estén tan estrechamente vinculadas a datos objetivos, que quepa calificarlas no como una mera apreciación subjetiva, sino más bien como una proyección basada en hechos objetivos⁸, teniendo en cuenta, además, que las valoraciones y estimaciones contenidas en el folleto constituyen un contenido fundamental a la hora de elaborar un juicio sobre la conveniencia de una inversión⁹.

A mayores, el Tribunal reiteró en diversas ocasiones que las cuentas anuales de las Cajas de Ahorros constitutivas del Sistema Institucional de Protección (SIP), origen de las posteriores entidades BFA y Bankia, no constituían objeto del procedimiento penal, y por lo tanto no era posible pronunciarse sobre su presunta falsedad. No obstante, teniendo en cuenta que el artículo 282 bis CP castiga falsear la información incluida en el folleto, constituirán objeto material de este delito todos aquellos datos que formen el contenido de este documento informativo¹⁰; en tal caso, los posibles autores de

⁸ Como sugerencia de indicio en la valoración de una correcta estimación de los riesgos, cabe traer a colación la siguiente actuación de la entidad, relatada en la sentencia: «la ausencia de referencias en la formulación de las cuentas anuales del ejercicio de 2011 de BFA de deterioros no se produjo con la finalidad de ocultarlos, sino en el convencimiento de que esa situación se solventaría con la adopción del «Plan de Actuación» confeccionado el 30 de marzo de 2012 con las medidas que tenía previsto adoptar el Grupo BFA para gestionar la situación de la matriz y devolver un importe sustancial de lo debido al FROB, remitido al Banco de España el 3 de abril de 2012, siendo aprobado por la Comisión Ejecutiva el 17 de abril de 2012, previo informe favorable de la Dirección General de Supervisión el 13 de abril de 2012. Avala el contenido de esta deducción, la inmediatez que se detecta entre la fecha de la formulación de las cuentas referidas con la tan reiterada omisión, 28 de marzo de 2012, y la de la elaboración dos días después, el 30 de marzo de 2012, del «Plan de Actuación» remitido al Banco de España el 3 de abril de 2012 confeccionado con anterioridad a esa fecha, lógicamente, realizado para eliminar los efectos de tal omisión, y ello evidencia la ausencia de intencionalidad de falsificar las cuentas para alterar la imagen fiel de la entidad, al ejecutarse tan prontamente actos que, de forma indubitada, iban dirigidos a lograr la adecuación de esas cuentas a la realidad, a través de una operación respaldada por el Banco de España». A estos hechos cabe añadir el dato de registro del folleto informativo en la CNMV: el 29 de junio de 2011. Como pone de relieve FARALDO CABANA, P., «Caso Bankia: TS vs. AN», *Fonte limpa*, diciembre 2020, p. 18, esta inmediata presentación del proyecto de reestructuración evidencia la escasa consistencia de los pronósticos de futuro presentados tan solo unos días antes.

⁹ Vid. NIETO MARTÍN, A., 2018, p. 413, quien considera que la información valorativa es esencial en este ámbito; por consiguiente, encajarían en el ámbito típico aquellas afirmaciones que constituyen una prognosis o valoración que es insostenible desde cualquier perspectiva, a la vista de la situación presente de la entidad.

¹⁰ Vid. por ejemplo sobre el contenido del folleto informativo como objeto material del delito del artículo 282 bis CP, FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., «La protección de los inversores a través del delito con-

este comportamiento delictivo serían los administradores de la sociedad emisora de los valores. A esto parece referirse el Ministerio Fiscal cuando afirma que «la imputación por falsedad contable respecto a las cuentas anuales a 31 de diciembre de 2010 de las 7 Cajas quedó fuera del marco del presente proceso. Sin embargo, los hechos relatados inciden en la presente acusación, por cuanto que los estados financieros de las 7 Cajas fueron incluidos expresamente en el Folleto de salida a Bolsa por referencia, y fueron el punto de partida de los estados proforma de BFA, también exigidos por la CNMV e incluidos en la información financiera del referido Folleto».

La información financiera del folleto informativo incluía datos de BFA, de Bankia y también de las siete Cajas de Ahorros, dado que la CNMV había admitido la inclusión de las cuentas de estas últimas, atendiendo a la breve trayectoria de BFA y Bankia. Por consiguiente, aunque quedase al margen del procedimiento penal el examen de la posible responsabilidad de los directivos de las Cajas, la aplicación del artículo 282 bis CP exige analizar la presunta falsedad de todo el contenido del folleto, para determinar si la sociedad emisora de los valores ha falseado el folleto informativo. Lo que surge aquí es un problema derivado de la configuración típica del artículo 282 bis CP: la conducta que han de llevar a cabo los administradores de la entidad emisora es la de «falsear» la información ofrecida. Por lo tanto, si quienes incluyen la información falsa en el folleto (para su remisión a la CNMV y posterior publicación) no son los mismos sujetos que han elaborado la falsedad, no se cumplen las exigencias típicas del artículo 282 bis. Por este motivo, hubiera sido más adecuado que el comportamiento delictivo se centrara en la publicación de datos falsos, no en la confección misma de la falsedad¹¹.

En segundo lugar, el pronunciamiento absolutorio de la sentencia también tomó como fundamento de peso el papel de los organismos de supervisión y control: el Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores, el FROB y la EBA. Por lo tanto, cabe analizar el papel que tiene la actuación concreta de los organismos supervisores en la configuración de la

tenido en el art. 282 bis del Código Penal», en Puente Aba, L. M. (dir.), *Corrupción y fraudes a consumidores: perspectivas y casos actuales*, Granada (Comares), 2016, pp. 57 ss.; SANTANA VEGA, D., «Fraude de inversores», en Corcoy Bidasolo, M., y Gómez Martín, V. (dir.), *Derecho penal económico y de empresa. Parte general y parte especial*, 2.ª ed., Valencia (Tirant lo Blanch), 2020, pp. 387-388.

¹¹ Vid. FARALDO CABANA, P., «Artículo 282 bis», en Gómez Tomillo, M. (dir.), *Comentarios prácticos al Código Penal*. Tomo III, 1.ª ed., Cizur Menor (Aranzadi Thomson-Reuters), 2015, p. 499; LLEDÓ BENITO, I., *El fraude de inversores*, Madrid (Dykinson), 2017, p. 208; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., 2012, pp. 113 ss.; PUENTE ABA, L. M., *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 7, 3.ª época, 2012, pp. 61 ss.; SOUTO GARCÍA, E. M., «Algunas consideraciones penales sobre el caso Gowex: ¿fraude de inversores y/o delito societario?», en Puente Aba, L. M. (dir.), *Corrupción y fraudes a consumidores: perspectivas y casos actuales*, Granada (Comares), 2016, pp. 101-102.

conducta delictiva; es decir, qué aportan la supervisión y la aprobación del folleto al juicio de veracidad de la información que la entidad emisora ha incluido en tal documento.

Centrándonos específicamente en la CNMV, en este caso no solo desempeñó la labor de aprobación del folleto afirmativo, sino que también, como se ha indicado, ejerció la facultad prevista en el artículo 12 del Real Decreto 1310/2005, en relación con la admisión de una información financiera distinta a la prevista en la regla general del citado precepto. Así, cabe interrogarse sobre qué grado de garantía aporta la intervención de la CNMV en relación con la supervisión y aprobación del folleto informativo en su conjunto.

En este importante punto hay que reconocer, junto con doctrina y jurisprudencia que se han pronunciado al respecto¹², que la CNMV no ejerce un control absoluto ni una fiscalización exhaustiva sobre el contenido de la documentación presentada por la entidad. Su labor consiste en efectuar un control sobre la apariencia de legalidad de los documentos, en el sentido de impedir la operación si aprecia directamente una infracción del ordenamiento jurídico, pero no le corresponden tareas intensas de investigación en el sentido de dar fe de la veracidad de las manifestaciones efectuadas por la entidad. Precisamente sobre la entidad emisora recae el peso del deber de veracidad en la elaboración de sus estados contables, conjuntamente con unos requisitos de auditoría y otras exigencias formales en la presentación de su información financiera. El organismo de control verifica que la entidad presenta la documentación legalmente requerida, pero no llega a investigar si todos los extremos de su contenido son absolutamente veraces.

De hecho, pueden traerse a colación otros conocidos casos penales en los que estaba presente la actuación de la CNMV, donde puede constatarse cómo su intervención no ha constituido una piedra angular para afirmar la actuación

¹² Vid. BELANDO GARÍN, B., «La eventual responsabilidad administrativa del supervisor en la oferta pública de suscripción. A propósito de la fallida salida a Bolsa de Bankia», en Marimón Durá, R. (dir.), *La oferta pública de suscripción de acciones desde la perspectiva judicial: análisis de la OPS de Bankia de 2011*, Cizur Menor (Aranzadi Thomson Reuters), 2016, pp. 212-215, citando las SSTs 16 de mayo de 2008 y 9 de octubre de 2008 y la SAN 20 de enero de 2013. Como manifiesta la STS de 16 de mayo de 2008, «la función que la Ley encomienda a la CNMV es supervisar e inspeccionar los mercados de valores y, en los términos ya explicados, asegurar la transparencia de los mismos. En ningún caso puede concebirse a la CNMV como garante de la legalidad»; vid. comentando esta sentencia, FUERTES LÓPEZ, M., «De la responsabilidad de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (A propósito de la sentencia del TS de 16 de mayo de 2008)», *Revista de Derecho bancario y bursátil*, 113, 2009, pp. 233 ss. Vid. también RUIZ DEL POZO, F. J., y GARCÍA ALCUBILLA, R., *Mercado primario de valores: admisión a negociación en mercados secundarios oficiales y ofertas públicas de venta o suscripción*, Cizur Menor (Thomson Civitas), 2006, pp. 128-129, indicando que la CNMV únicamente se asegura de que el folleto contiene la información requerida por las normas, y que es coherente y comprensible, sin que esto suponga una valoración sobre la inversión propuesta por la sociedad.

correcta de la entidad que opera en el mercado de valores¹³. Así, cabe citar el caso CAM (SAN 28/2017, de 17 de octubre, y STS 369/2019, de 22 de julio)¹⁴: aquí, la condena por el delito del artículo 282 bis CP se basó en la falsedad de la información financiera creada en el seno de la propia entidad, que llegó a ser comunicada a la CNMV y posteriormente publicada en la página web de este organismo, hasta que poco después se decretó la intervención de la entidad.

También cabe referirse a la SAN 14/2020, de 6 de octubre (caso Pescanova). Aquí, la condena se basó en el hecho de «la ocultación de cantidades millonarias derivadas del endeudamiento bancario de la matriz y su grupo, lo que se tradujo en la elaboración de unas cuentas anuales, documentos contables o folletos informativos con resultados positivos, colaborando así a la formulación de las cuentas anuales de los ejercicios 2009, 2010 y 2011 que, tras su aprobación y depósito en el Registro Mercantil y publicados a través de la CNMV, transmitieron unos datos que no se correspondían con la imagen fiel de la situación económica y financiera real de la Sociedad y su grupo». Según consta en la sentencia, el primer requerimiento de la CNMV a la entidad tuvo lugar a principios de 2013, de modo que, como se acaba de ver, la información relativa a períodos anteriores fue falseada en la entidad y a pesar de ello fue comunicada y publicada en sucesivas ocasiones.

Si ya ni siquiera una supervisión y aprobación correctas por parte de los organismos supervisores constituyen garantía absoluta de la veracidad del contenido, hay que tener en cuenta a mayores la posibilidad de que tales organismos lleven a cabo una actuación irregular¹⁵. Esto se sugirió, por ejemplo, en la STS 986/2009, de 13 de octubre (caso Gescartera), que condenó a los acusados

¹³ Vid. más extensamente PUENTE ABA, L. M., *La Ley Compliance penal*, núm. 4, 2021, pp. 7 ss.

¹⁴ Sobre este caso, vid. el comentario de FEIJOO SÁNCHEZ, B., «Crisis bancarias y Derecho penal. Comentario de urgencia a la Sentencia núm. 28/2017, de 17 de octubre, de la Sección cuarta de la Sala de lo Penal de la AN (Caso Caja de Ahorros del Mediterráneo)», *La Ley Penal*, 132, 2018, pp. 1-50.

¹⁵ Como pone de relieve GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., 2016, p. 39, justamente en relación con el caso Bankia, pueden plantearse diversas posibilidades, como por ejemplo que el organismo supervisor resulte engañado por la entidad, o que incluso participe con ella en la ejecución de la conducta delictiva. También hacen referencia a esa posibilidad general, en relación con este artículo 282 bis CP, PASTOR MUÑOZ, N., «Obtención fraudulenta de crédito, frustración de la ejecución e insolvencias punibles», en Silva Sánchez, J. M. (dir.), *Lecciones de Derecho penal económico y de la empresa. Parte general y especial*, 1.ª ed., Barcelona (Atelier), 2020, p. 290; y SILVA SÁNCHEZ, J. M.; ROBLES PLANAS, R., y GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «Propiedad intelectual e industrial, mercado y consumidores», en Silva Sánchez, J. M. (dir.), *El nuevo Código Penal. Comentarios a la reforma*, Madrid (La Ley Wolters Kluwer), 2012, p. 398. Asimismo, QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho penal español. Parte especial*, 7.ª ed., Valencia (Tirant lo Blanch), 2015, p. 822, resalta el hecho de que la comprobación administrativa no prejuzga el contenido real del folleto; y MORALES GARCÍA, O., «Fraude de inversores», en Quintero Olivares, G. (dir.), *La reforma penal de 2010. Análisis y comentarios*, Cizur Menor (Aranzadi), 2010, p. 238, señala que resulta imaginable que la CNMV no advierta la falsedad del folleto. En este punto, resulta de interés el trabajo de CLIMENT SERRANO, S., y PAVÍA, J. M., *Estudios de Economía Aplicada*, 33-1, 2015, pp. 259 ss., sobre el método de análisis de los estados contables de Bankia, como forma de determinar las pérdidas que podían ocultar.

como autores de delitos de falsedad por la presentación a la CNMV de documentos que tenían como fin generar la falsa apariencia de un saldo inexistente. La primera actuación inspectora de la CNMV sobre la sociedad de valores Gescartera tuvo lugar en 1993, a la que siguieron sucesivas inspecciones hasta la intervención de la entidad en 2001. La sentencia afirmó, en relación con una de las personas condenadas, que «contribuía a tratar de desactivar las iniciativas inspectoras de la CNMV, poniendo en juego sus influencias familiares, con indudable eficacia. Este dato, como otros –de difícil comprensión y, sorprendentemente, sin consecuencias– relativos a las actuaciones de la CNMV que salpican la sentencia, habrían merecido ser investigados, pero aquí está al margen de la imputación». En esta misma línea cabe citar también la STS 468/2014, de 10 de junio (caso agencia de valores ABA), de acuerdo con la siguiente afirmación de la sentencia de instancia: «tampoco sirve de apoyo a dicha tesis exculpatoria el hecho de que la CNMV no le haya abierto ningún expediente sancionador». El TS manifestó que «esta Sala Casacional comparte plenamente las reflexiones que anteceden en relación a las deficiencias observadas en la función de inspección por parte de la Comisión Nacional del Mercado de Valores».

Finalmente, cabe hacer referencia a una última cuestión: como se ha indicado anteriormente, la sentencia de la AN afirmó que Bankia, tras contar con el beneplácito de todos los organismos supervisores, no tenía por qué recelar de tales aprobaciones y tomar prevenciones específicas en relación con la información que hacía pública para los inversores. Con esta afirmación, no solo se otorga a tales organismos un papel absoluto de garantía que, como acabamos de ver, no poseen en relación con la verificación judicial del contenido del folleto, sino que parece desdibujarse el significado de la conducta típica del artículo 282 bis CP. Este precepto castiga la conducta de la sociedad emisora de los valores, que dolosamente falsea la información que va a presentar en el folleto informativo. Por consiguiente, una ulterior intervención de los organismos supervisores no tiene incidencia en la calificación de la conducta delictiva, que desarrolla la propia entidad con carácter previo a las actuaciones de la CNMV.

En suma, recapitulando todo lo anterior, puede afirmarse que la intervención de los organismos supervisores no constituye garantía indubitada de la no ejecución del delito del artículo 282 bis CP. Su actuación supervisora no tiene por qué excluir la realización de una previa falsedad por la entidad emisora, quien en realidad es la auténtica responsable de la veracidad del folleto¹⁶.

¹⁶ Pone de relieve LÓPEZ MARTÍNEZ, M., *La responsabilidad por el contenido del folleto informativo en las ofertas públicas de valores*, Madrid (Thomson Civitas), 2003, pp. 123-124 (y bibliografía citada), la importancia de establecer la responsabilidad por el folleto como un sistema de garantía de la información facilitada por los sujetos emisores.

III. EL CASO BANKIA Y EL ARTÍCULO 290 DEL CÓDIGO PENAL

Con respecto al delito de falsedad en documentos sociales, la absolución se basó en dos motivos fundamentales: por una parte, que las presuntamente falsas cuentas de Bankia (las presentadas en 2012) no podían calificarse jurídicamente como «cuentas anuales», y por otra parte, que en cualquier caso también habían obtenido la aprobación de los organismos supervisores (Banco de España, CNMV, FROB y EBA). Dado que esta última cuestión acaba de ser tratada, aquí se hará referencia al interrogante relativo a la naturaleza de las cuentas anuales de Bankia.

La sentencia consideró que en este caso no había auténticas cuentas anuales, y que por lo tanto ya no existía el objeto material del artículo 290 CP: «las cuentas formuladas en marzo de 2012, no llegaron a ser ‘cuentas anuales’ y no pueden constituir el objeto material del delito de falsedad por carecer de potencialidad lesiva, al no haber estado a disposición de los usuarios de la contabilidad».

Para dilucidar este asunto, resulta de interés atender a la STS 94/2018, de 23 de febrero, pues según se indicaba en la sentencia, fue invocada tanto por el Ministerio Fiscal como por el Tribunal, en apoyo de sus respectivas (y contrarias) argumentaciones. Así, la sentencia se refería a «la innovadora acusación del Ministerio Fiscal por delito de falsedad contable en relación con las cuentas de 2011 de BFA y Bankia, que pretende fundamentarla en ‘un cambio operado jurisprudencialmente’, asegurando que con posterioridad al dictado del Auto de transformación de diligencias previas en procedimiento abreviado, la Sala Segunda de nuestro TS, en Sentencia 94/2018, de 23 de febrero, había modificado su jurisprudencia sobre el delito de falsedad contable, en el sentido de que –a diferencia de la jurisprudencia anterior– la mera formulación a las cuentas anuales, incluso sin informe de auditoría y sin aprobación por la Junta General, podría constituir el objeto material del delito tipificado en el artículo 290 del Código Penal». En sentido contrario la AN, después de analizar lo manifestado en la sentencia del TS, afirmaba: «Extrapolando esta doctrina al caso que nos ocupa ... [...] El informe de auditoría constituye un requisito insoslayable para poder integrar la tipicidad del artículo 290 del Código Penal, ya que solo entonces podría apreciarse la potencialidad lesiva exigida por el artículo 290 del Código Penal, aunque también es verdad que, aun careciendo de ese informe, las cuentas se enviaron a la CNMV, procurando de esa forma cumplir con la obligación legal de remisión de las mismas al Supervisor en el plazo máximo de cuatro meses tras el cierre del ejercicio, si bien a través de una vía excepcional, mediante la publicación de un hecho relevante fechado el 4 de mayo de 2012».

¿Qué es lo que realmente pone de manifiesto el TS en su sentencia de 2018? La propia sentencia de la AN lo citaba textualmente: «El delito de falsedad de las cuentas anuales del artículo 290 CP, es un delito de peligro hipotético que se consuma cuando los administradores, de hecho o de derecho, formulan las cuentas y estas pueden ser accesibles por terceros, de manera que pueda afirmarse su idoneidad para causar un perjuicio a la sociedad, a los socios o a un tercero. Tras la formulación de las cuentas, y la auditoría en los casos en los que es necesaria, ya puede valorarse si concurre esa idoneidad, y por lo tanto, el delito se consuma. La firma de las cuentas por los socios o su aprobación por ellos, es un acto posterior a la consumación.....» [...] Ordinariamente, el delito se consuma con la formulación de las cuentas desde el momento en que se ofrecen a persona distinta de los administradores que las presentan. Solo en ese momento existe el peligro hipotético al que hace referencia el precepto. Sin embargo, cuando la auditoría es necesaria porque así lo impone la ley, la mayoría de la doctrina entiende que la consumación solo tendrá lugar después de emitido el informe de auditoría, pues solo en ese momento las cuentas pueden ser ofrecidas o comunicadas a terceros, incluyendo a los mismos socios, y solo entonces aparecerá el peligro antes mencionado».

A la vista de lo anterior, pueden extraerse algunas conclusiones de interés. De entrada, lo que está dilucidando el TS en su sentencia de 2018 es cuándo puede entenderse consumado el delito del artículo 290 CP. Tal y como afirma, estamos ante un delito de peligro hipotético, de modo que no basta con la mera falsedad de las cuentas, sino que es necesario constatar la potencialidad lesiva de tales documentos. El TS centra la verificación de este peligro típico en la posibilidad de acceso a las cuentas anuales por parte de terceros ajenos a la sociedad. En los casos de auditoría preceptiva de las cuentas anuales (como ocurría en el caso Bankia), el TS puntualiza que, según opinión mayoritaria, la potencialidad lesiva se apreciará después de emitido el informe de auditoría, pues será después de ese momento cuando las cuentas resulten accesibles a terceros. Por consiguiente, el TS no se centra específicamente en definir los contornos del objeto material del delito, ni tampoco contempla el informe de auditoría como requisito imprescindible para la comisión de esta infracción: simplemente sitúa el momento de consumación, cuando se verifica el peligro hipotético (la potencialidad lesiva de las cuentas), en la accesibilidad a las cuentas por parte de terceros. A este respecto, el TS señala que, en los casos en que se lleve a cabo un informe de auditoría, el acceso a las cuentas no se producirá hasta después de la emisión del informe.

Ahora bien, ¿qué ocurre en los casos en que las cuentas llegan a terceros, y se integran en el tráfico jurídico, sin haberse emitido el citado informe? O en

otras palabras, ¿la ausencia de alguno de los elementos constitutivos o requisitos formales de las cuentas determina que ya no existe objeto material del delito del artículo 290 CP, o que ya no puede verificarse el elemento típico de peligro hipotético? Para ofrecer una respuesta, pueden examinarse otros casos relevantes en los que resultó de aplicación este mismo precepto.

En primer lugar, la SJCP 5/2016, de 22 de febrero, en el caso de Caja Castilla La Mancha, ya afirmaba lo siguiente: «Por último resaltar, rechazándose de plano, que para cometer la falsedad sea necesario que las cuentas sean aprobadas por el Consejo de administración, así las SSTS 796/2006 de 14-7, la [578/2011 de 7-6]: ‘el delito de falseamiento de las cuentas anuales se comete en el momento en el que se consignan o se omiten dolosamente datos propios de las mismas, resultando irrelevante que dichas cuentas así falseadas sean o no posteriormente aprobadas o rechazadas por la Junta General, pues en ambos supuestos el ilícito ya se habría consumado, de suerte que la decisión del órgano soberano de la sociedad cualquiera que fuese, no privaría de antijuricidad, tipicidad y responsabilidad al hecho previo del falseamiento’, como ya se ha considerado estamos ante un delito de riesgo que exige una protección anticipada en cuanto se desarrolla la actividad peligrosa por lo tanto no es evidentemente necesario que se aprueben las cuentas por el Consejo de administración para que se consume el delito, en cuanto el peligro ya se ha creado».

En la misma línea cabe reproducir la STS 822/2015, de 14 de diciembre, relativa a un supuesto en que el administrador único de una sociedad suscribió un acuerdo con otra entidad, la cual había realizado una aportación dineraria para entrar a formar parte del capital social: «Sin embargo, el acusado dispuso de esa cantidad, integrándola directamente en su patrimonio, sin que, en ninguno de los ejercicios transcurridos hasta la fecha, haya incluido en las Cuentas de la Sociedad, cantidad alguna como prestaciones accesorias de Inversiones Refesa, falseando así las Cuentas Anuales de Estación De Servicio Julite, S. L. [...]. Con el fin de ocultar todas estas circunstancias a Inversiones Refesa, S. L., el acusado procedió a certificar anualmente la celebración de supuestas Juntas Universales para aprobación de las Cuentas de la Sociedad, Juntas que nunca llegaron a celebrarse. [...] Es claro que concurren todos los elementos del tipo penal aplicado por la Audiencia. Pues el recurrente ocultó la situación económica y jurídica de la empresa acudiendo para ello a falsear actas de juntas que no se celebraban y a presentarlas en el registro mercantil».

Y así se pronunció también el TS en una sentencia posterior a 2018, la ya citada STS 369/2019, de 22 de julio, sobre el caso CAM: «Lo que se identifica en la sentencia como estados financieros intermedios, aunque no pudieran ser así considerados formalmente (no fueron elaborados y firmados por el Conse-

jo de Administración), son realmente documentos que han de ser remitidos obligatoriamente al BdE, que, con toda evidencia, deben reflejar fielmente la situación económica de la entidad. [...] Tampoco es decisivo que los documentos remitidos puedan calificarse de auténticos estados intermedios. Lo que resulta indiscutible es que la información que debe remitirse al BdE debe reflejar el verdadero estado económico de la entidad, por razones evidentes».

En suma, no cabe afirmar que las cuentas anuales, por carecer del preceptivo informe de auditoría, dejan de ser auténticas cuentas anuales y por lo tanto no pueden constituir objeto material del artículo 290 CP. Lo relevante es que los documentos presentados como tales cuentas anuales pretendan «mostrar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la sociedad», tal y como indica el artículo 254 LSC, que regula los elementos de estos documentos sociales.

Es cierto que las cuentas anuales de BFA y Bankia fueron formuladas el 28 de marzo de 2012 por sus Consejos Administración, sin el informe de auditoría, sin la aprobación por la Junta general, y sin inscripción en el Registro Mercantil. Sin embargo, tales cuentas fueron registradas en la CNMV el 30 de abril de 2012, la cual las publicó como hecho relevante el día 4 de mayo. Por consiguiente, dichas cuentas salieron del estricto ámbito del ente social para operar y desplegar sus efectos en el tráfico jurídico, puesto que fueron enviadas al organismo supervisor y posteriormente publicadas. Aunque después la trayectoria de las cuentas fuera corta (entre el 7 y el 9 de mayo se produjo la dimisión del presidente del Consejo de Administración de Bankia, y el 25 de mayo el nuevo equipo gestor reformuló las cuentas), se cumple el requisito que indicaba el TS para entender verificado el elemento de potencialidad lesiva y consumado el delito: la posibilidad de acceso a las cuentas por parte de terceros, del público en general¹⁷.

¹⁷ Vid. FARALDO CABANA, P., *Fonte limpa*, diciembre 2020, p. 3, poniendo de relieve que las cuentas anuales fueron introducidas en el tráfico jurídico a sabiendas de que no mostraban «la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la sociedad», como exige la Ley de Sociedades de Capital.

EL DELITO DE BLANQUEO DE CAPITALES IMPRUDENTE UNA PROPUESTA DE REDUCCIÓN DEL TIPO DESDE LA PARTE GENERAL

GUILLERMO RAMÍREZ MARTÍN*

Escribo estas líneas con singular afecto para mi estimadísima Mirentxu, cuya pasión por el Derecho ha inspirado a tantos, a ambos lados del Atlántico, y a mi particularmente. Con toda mi admiración,

I. INTRODUCCIÓN

El régimen de imputación imprudente en nuestro sistema penal más reciente no ha sobrevivido ajeno a profundas modificaciones. El CP73 partía de un sistema de incriminación abierta –*numerus apertus*– de imprudencia a través de la previsión de cláusulas generales en los artículos 565, 586 bis y 600 CP, llevando a cabo una clasificación tripartita: la imprudencia temeraria, la imprudencia simple con infracción de reglamentos, y la imprudencia simple sin infracción de reglamentos. La relación entre estos conceptos no versaba en su distinta naturaleza, sino exclusivamente en su mayor o menor gravedad. La aprobación del CP95 supuso un cambio de modelo en la incriminación de los delitos imprudentes, sustituyendo el anterior sistema de incriminación a uno

* Investigador Predoctoral. Universidad de Barcelona.

de *numerus clausus*, así como sustituyendo las figuras de imprudencia temeraria e imprudencia simple por las de imprudencia grave y leve, cuyo contenido, para la doctrina mayoritaria, permaneció inmóvil¹. Pero el régimen de la delincuencia imprudente vuelve a sufrir una reforma de extraordinario calado, ahora en el año 2015, en el que se establece una distinción entre imprudencia grave e imprudencia menos grave, desapareciendo cualquier mención a la anterior imprudencia leve.

Este trabajo pretende abordar de forma sucinta, para no extenderse más allá de lo permitido, qué se entiende o ha de entenderse por imprudencia menos grave, y cómo la interpretación que se propone restringe de forma considerable el ámbito de lo típicamente relevante en el delito de blanqueo de capitales imprudente. En este sentido, se optará por una interpretación de imprudencia menos grave como aquella que siendo grave, lo es en menor entidad, y que detrae para sí los casos más graves de la anterior imprudencia leve y los más leves de la anterior imprudencia grave. Siendo así la propuesta que aquí se defiende, es consecuencia necesaria que aquellas conductas antes consideradas de imprudencia grave y ahora de imprudencia menos grave, pasarán a ser atípicas en aquellos delitos en los que, como es el caso del blanqueo de capitales, solo tiene relevancia típica la imprudencia grave. Para delimitar el concepto de imprudencia grave del de imprudencia menos grave, se ayuda esta propuesta de los deberes de cuidado especiales impuestos a los sujetos obligados por la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo.

II. EL DELITO DE BLANQUEO DE CAPITALES. EN ESPECIAL, EL BLANQUEO IMPRUDENTE

1. El delito de blanqueo de capitales (art. 301.1 CP)

El delito de blanqueo de capitales ha tratado de ser definido por la doctrina desde puntos de vista del todo diversos: desde la restricción del tipo de blanqueo a solo las conductas de inversión del dinero², a tomar el tráfico de

¹ MIR PUIG, S. *DP PG*, 9.ª Ed., Barcelona (Reppertor), 2011, p. 294.

² LLOBET RODRÍGUEZ, J. «El lavado de dólares producto del narcotráfico». *Iustitia*, núm. 38, 1990, p. 10. «[...] Al hablarse de lavado de dólares o de dinero se hace referencia a la actividad por la cual se invierte el dinero proveniente de una actividad ilícita, v. gr. tráfico de drogas, de armas, de trata de blancas, etc. en una lícita, para tratar de ocultar el origen de ese dinero». Cierta sector doctrinal critica esta definición al entender que quedaría fuera de este concepto aquellas conductas que no supusieran la inversión de la riqueza obtenida, pese a la finalidad encubridora.

estupefacientes como único delito antecedente posible³. Antes de la reforma del CP introducida en el año 2010, el delito de blanqueo de capitales podía definirse como la conducta consistente en «introducir en el sistema financiero cualesquiera bienes que tengan su origen en un hecho delictivo, con la finalidad de legitimar esos bienes: reconversión de bien de origen delictivo»⁴. No obstante, la LO 5/2010, de 22 de junio, introduce la mera tenencia de dichos bienes dentro del ya extenso catálogo de conductas típicas, promulgando un adelantamiento de la barrera de punibilidad solo comparable al tráfico de estupefacientes.

El objeto del delito son bienes que tienen su origen en una «actividad delictiva». La LO 5/2010 sustituye la anterior referencia al origen delictivo de los bienes por la de actividad delictiva, modificación propuesta por el Consejo Fiscal en su Informe al Anteproyecto de Reforma del Código penal de 2008, al entender que «se corresponde mejor con la autonomía del delito de blanqueo y con la no exigencia de una resolución judicial que se pronuncie sobre un delito antecedente concreto conforme a lo establecido también por la doctrina de la Sala Segunda del TS (STS 115/2007 de 22 de enero de 2007)»⁵.

Hasta la reforma del 2010, eran conductas típicas la adquisición, conversión o transmisión de los bienes que tengan su origen en una actividad delictiva, así como realizar cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos, conductas todas ellas que «tenían en común que tendrían a disimular el origen ilícito de los bienes, dándoles apariencia de licitud»⁶. Pero la LO 5/2010 añade las conductas de mera posesión y utilización, con lo cual «se quiebra el modelo, ampliándose a conductas de mera detentación de bienes que provengan de un delito»⁷.

³ PRADO SALDARRIAGA, V. *El delito de lavado de dinero. Su tratamiento penal y bancario en el Perú*. 1.ª Ed., Lima (IDEMSA), 1994, p. 15. «[El lavado de dinero es] un conjunto de operaciones comerciales o financieras que procuran la incorporación al Producto Nacional Bruto de cada país –de modo transitorio o permanente– de los recursos, bienes y servicios que se originan o están conexos con transacciones de macro o microtráfico de drogas». Obvia parece la crítica a esta definición, en tanto quedaría fuera del espacio de tipicidad cualquier conducta de lavado cuyo objeto recayera en dinero proveniente de un delito antecedente distinto al tráfico de estupefacientes.

⁴ GALLEGOS SOLER, I. «Capítulo XIV De la receptación y el blanqueo de capitales», en CORCOY BIDASOLO, M., y MIR PUIG, S. *Comentarios al Código Penal*. 1.ª Ed., Valencia (Tirant lo Blanch), 2015, p. 1039.

⁵ Informe del Consejo Fiscal sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. p. 162. Consultable on-line: https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Informe_reforma_codigo_penal.pdf?idFile=9e229482-d0a1-43db-8396-500234766198

⁶ GALLEGOS SOLER, I., 2015, p. 1043.

⁷ *Id.*

En lo que se refiere al tipo subjetivo, el artículo 301.1 CP tipifica el blanqueo doloso, el cual exige que el sujeto activo actúe «sabiendo que éstos [los bienes] tienen su origen en una actividad delictiva». La doctrina mayoritaria considera que el dolo del delito de blanqueo de capitales está conformado por dos elementos diferenciados: uno de carácter cognitivo y uno de carácter volitivo.

En cuanto al elemento cognitivo, sostiene Blanco Cordero que el conocimiento «ha de recaer sobre el origen de los bienes en una actividad delictiva»⁸. Continúa el autor afirmando que dicho conocimiento viene precedido de una «valoración de los hechos», de la cual se deriva una conducta antijurídica. A su vez, Silva Sánchez añade que tal valoración debe serlo en la esfera del profano, siendo irrelevante la creencia de que los bienes procedan de una concreta figura delictiva cuando en realidad procedan de otra⁹.

El elemento volitivo, por su lado, requiere que los actos indeterminados se realicen «con el objeto de ocultar o encubrir su origen ilícito o de ayudar a los intervinientes en el delito previo a eludir las consecuencias legales de sus acciones»¹⁰.

2. El blanqueo por imprudencia grave (art. 301.3 CP)

El artículo 301.3 CP tipifica el delito de blanqueo de capitales imprudente sin dar pista alguna sobre su posible contenido, más allá de que dicha imprudencia debe ser grave.

El Tribunal Supremo entiende aquí que «se sustituye el elemento intelectual del conocimiento por el subjetivo de la imprudencia grave, la cual debe recaer sobre aquel elemento intelectual»¹¹. Considera la jurisprudencia que no se exige, en el blanqueo imprudente, el conocimiento sobre la procedencia delictiva de los bienes, «sino que por las circunstancias del caso esté en condiciones de conocerlas solo con observar las cautelas propias de su actividad y, sin embargo, haya actuado al margen de tales cautelas o inobservando los deberes de cuidado que le eran exigibles y los que, incluso, en ciertas formas de actuación, le imponían normativamente averiguar la procedencia de los bienes o abstenerse de operar sobre ellos». Por tanto, «todas las personas que omitan

⁸ BLANCO CORDERO, I. *El delito de Blanqueo de Capitales*, 4.ª Ed., Pamplona (Aranzadi), 2015, p. 803.

⁹ SILVA SÁNCHEZ, J. «La receptación específica», en COBO DEL ROSAL, M. *Comentarios a la legislación penal, Delitos contra la salud pública. Tomo XII*, 1.ª Ed., Madrid (Edersa), 1990, p. 495.

¹⁰ BLANCO CORDERO, I. 2015, p. 803.

¹¹ STS 997/2013 (Sala de lo penal, Sección 1.ª), de 19 de diciembre de 2013 (Recurso 854/2012). Ponente: Varela Castro.

en el ámbito del blanqueo de capitales los más elementales deberes de cuidado, colaborando con ello al encubrimiento del origen ilícito de unos bienes o a ayudar a los responsables de un delito a eludir las consecuencias legales de sus actos, vulneran el bien jurídico protegido»¹².

La imprudencia, además, debe ser grave, entendida como «la vulneración de las más elementales normas de cautela o diligencia exigibles en una determinada actividad», es decir, «un olvido total y absoluto de las más elementales normas de previsión y cuidado»¹³.

La graduación de la imprudencia viene condicionada, tradicionalmente, por tres factores: i) la magnitud de la infracción de la norma de cuidado; ii) el grado de previsibilidad o cognoscibilidad de la situación de riesgo; y iii) el bien jurídico protegido en riesgo¹⁴. Siendo el bien jurídico en riesgo de carácter patrimonial, especialmente relevantes deberán ser la magnitud de la infracción del deber de cuidado y el grado de previsibilidad de la situación de riesgo para concluir que nos encontramos ante un supuesto de imprudencia grave.

Para determinar los parámetros mencionados, es necesario realizar un breve análisis del tipo imprudente tras la mencionada reforma del año 2015. La introducción de la nueva categoría de imprudencia menos grave, como nuevo límite inferior a la imprudencia grave, supondrá una importante modificación del contenido del tipo de blanqueo por imprudencia.

III. EL TIPO IMPRUDENTE TRAS LA LO 1/2015

1. **Aproximación al concepto de imprudencia menos grave. Propuestas de interpretación**

La reforma del tipo imprudente operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, elimina del ámbito de la relevancia típica la imprudencia leve, e introduce el nuevo concepto de imprudencia menos grave. Lejos de existir una posición unánime en cuanto a su alcance, existen hasta el momento varias propuestas interpretativas del contenido de este concepto, que paso a enumerar sin poder extenderme.

¹² STS 412/2014 (Sala de lo penal, Sección 1.ª), de 20 de mayo de 2014 (Recurso 1534/2013). Ponente: Martínez Arrieta.

¹³ STS 830/2016 (Sala de lo penal, Sección 1.ª), de 3 de noviembre de 2016 (Recurso 469/2016). Ponente: Varela Castro.

¹⁴ Por todas, STS 598/2013 (Sala de lo penal, Sección 1.ª), de 28 de junio de 2013 (Recurso 2069/2012). Ponente: Jorge Barreiro.

a) PROPUESTA 1. LA IMPRUDENCIA MENOS GRAVE EQUIVALE A LA IMPRUDENCIA LEVE

Esta primera interpretación sostiene que el legislador ha realizado un mero cambio de etiquetas en la terminología empleada para definir los distintos grados de imprudencia, de tal manera que la actual imprudencia menos grave equivaldría a la anterior imprudencia leve. Así las cosas, el contenido de ambas categorías permanecería inalterado sin ulteriores consecuencias más allá que las terminológicas.

Dolo	Antes de la reforma de 2015	Después de la reforma de 2015
Imprudencia	Grave	Grave
	Leve	Menos grave

Ilícito civil sin relevancia típica

Varias críticas pueden sostenerse en contra de esta primera propuesta. Por un lado, el propio Preámbulo de la LO 1/2015 señala la intención de excluir del ámbito de la relevancia típica los supuestos de imprudencia leve¹⁵. Por otro lado, el importante aumento penológico en los tipos antes considerados leves y ahora considerados menos graves obliga a encontrar en los actuales una mayor reprochabilidad que justifique una mayor pena¹⁶.

¹⁵ «Se recoge así una modulación de la imprudencia delictiva entre grave y menos grave, lo que dará lugar a una mejor graduación de la responsabilidad penal en función de la conducta merecedora de reproche, pero al mismo tiempo permitirá reconocer supuestos de imprudencia leve que deben quedar fuera del Código Penal».

¹⁶ GÓMEZ MARTÍN, V. «Título I. Del homicidio y sus formas», en CORCOY BIDASOLO, M., y MIR PUIG, S. *Comentarios al Código Penal.*, 1.ª Ed., Valencia (Tirant lo Blanch), 2015, p. 506.

b) PROPUESTA 2. LA IMPRUDENCIA MENOS GRAVE ENGLOBA, ÚNICAMENTE, ALGUNAS DE LAS CONDUCTAS QUE ANTES ERAN CONSIDERADAS LEVES

Según este planteamiento, en el nuevo concepto de imprudencia menos grave se incluirían parte de las conductas antes consideradas de imprudencia leve: las más graves. De este modo, las conductas más leves de la anterior imprudencia leve quedarían ahora fuera de la tutela penal, mientras que las más graves conformarían el concepto de imprudencia menos grave. La imprudencia grave, por su lado, no sufriría modificación alguna¹⁷.

Dolo	Antes de la reforma de 2015	Después de la reforma de 2015
Imprudencia	Grave	Grave
	Leve	Menos grave
		<i>Leve, sin relevancia típica</i>
Ilícito civil sin relevancia típica		

Con esta interpretación se pone énfasis en la finalidad perseguida por el legislador, plasmado en el Preámbulo, de posibilitar el reconocimiento de supuestos de imprudencia leve que deben quedar fuera del CP. Esta propuesta pretendería, además, frenar la consolidada práctica judicial de interpretar de forma amplia el concepto de imprudencia leve, calificando como delito algunos supuestos que rozarían la atipicidad.

¹⁷ DANUIS RODRÍGUEZ, A. *La graduación de la imprudencia punible*, 1.ª Ed., Navarra (Aranzadi), 2020, p. 45.

c) **PROPUESTA 3. LA IMPRUDENCIA MENOS GRAVE ES UN SUBTIPO DE IMPRUDENCIA GRAVE**

En atención a esta propuesta interpretativa, dentro de la categoría de imprudencia grave, el legislador habría establecido una subdivisión entre los supuestos más graves y los menos graves, de manera que la imprudencia menos grave se nutriría de los casos más leves de la anterior imprudencia grave, quedando la anterior imprudencia leve totalmente al margen del Derecho penal.

Dolo	Antes de la reforma de 2015	Después de la reforma de 2015
Imprudencia	Grave	Grave
		Menos grave
	Leve	<i>Leve, sin relevancia típica</i>

Ilícito civil sin relevancia típica

El principal argumento en que se apoya esta interpretación es la terminología escogida por el legislador, pues «imprudencia menos grave» parece referirse a una «especie» del «género» imprudencia grave: aquella que, siendo grave, lo es con menor entidad. Sin embargo, no colabora en gran medida a una mejor graduación de la delincuencia imprudente, siendo difícil sostener que fuera intención del Legislador destipificar todas y cada una de las conductas antes consideradas imprudencia leve, siguiendo el tenor literal del Preámbulo.

2. Toma de posición

La posición que se sostiene en la presente contribución es la que entiende que la imprudencia menos grave engloba determinadas conductas que an-

tes eran tratadas como imprudencia leve y determinadas conductas que antes eran tratadas como imprudencia grave, pero que atendiendo a las circunstancias concretas del caso son merecedoras de un reproche de mayor o menor entidad¹⁸. El concepto de imprudencia menos grave incluiría, entonces, los casos más graves de la imprudencia leve y los menos graves de la imprudencia grave^{19 20}.

Dolo	Antes de la reforma de 2015	Después de la reforma de 2015
Imprudencia	Grave	Grave
	Leve	Menos grave
		Leve, sin relevancia típica
Ilícito civil sin relevancia típica		

Esta posición posibilitaría el reconocimiento de los supuestos de imprudencia leve que deben quedar fuera del CP –los más leves–, y ofrecería una justificación al incremento punitivo previsto en la reforma para los casos de

¹⁸ MARTÍN SANTOS, M., *La nueva regulación de la imprudencia en el Código Penal tras la reforma operada por LO 1/2015, de 30 de marzo. La imprudencia menos grave*. Fiscalía Provincial de Granada. p. 29.

¹⁹ Así, la sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Pamplona/Iruña 279/2015 (Sección 1.ª), de 24 de septiembre de 2015 señala que «la actual imprudencia menos grave se sitúa [...] en un término medio, en el que si bien no hay una patente infracción de las elementales normas de prudencia, sí que se infringen deberes de cuidado relevantes».

²⁰ En contra, Dictamen 2/2016 del Fiscal de Sala Coordinador de Seguridad Vial, que afirma «[no] debe sostenerse que la imprudencia menos grave detraiga supuestos o casos antes incluidos en la primera, pues conduciría al resultado de modificar el ámbito de la imprudencia grave». Consultable on-line: https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/DICTAMEN%202.2016%20IMPRUDENCIA%20GRAVE%20Y%20MENOS%20GRAVE%2014%207%202016.pdf?idFile=90fdad91-6893-4721-bffc-fe1b8f54447b. También en contra Danuis Rodríguez, A. 2020, p. 44, por «motivos meramente pragmáticos».

imprudencia menos grave. Desde el punto de vista meramente terminológico, también parecería apropiado que la imprudencia menos grave constituya un supuesto de imprudencia intermedia entre la grave y la leve, además de corresponderse con la exigencia del Legislador de encontrar una mejor graduación a los supuestos imprudentes.

Afirmada la premisa de que la imprudencia menos grave se nutre parcialmente de la anterior imprudencia grave, debe inferirse la conclusión de que, tras la reforma de la LO 1/2015, el contenido y alcance de la imprudencia grave se ve sensiblemente reducido a aquellos casos de extrema temeridad y desprecio a las más elementales normas de cuidado. Debemos preguntarnos, entonces, qué consecuencias tiene esta reforma en el delito de blanqueo de capitales imprudente.

IV. CONSECUENCIAS DE LA LEY ORGÁNICA 1/2015 ANTE EL BLANQUEO IMPRUDENTE

Considera el TS que el delito de blanqueo imprudente «no tiene por qué ser cometido exclusivamente por aquellos a quienes la ley les impone medidas de prevención ante el blanqueo de capitales, sino que lo pueden cometer particulares [...] que deben ser más cuidadosos en el manejo de fondos, ante el dato de que el dinero pudiera proceder de una actividad delictiva»²¹. Y tal afirmación se mantiene inalterada antes y después de la reforma introducida por la LO 1/2015.

La aparición de esta nueva categoría de imprudencia menos grave, que absorbe los casos más leves de la anterior imprudencia grave, obliga a reestructurar el ámbito de lo típicamente relevante en el delito de blanqueo, pues solo se prevé su comisión por imprudencia grave. Y si la jurisprudencia ya entendía, antes de la reforma, que la imprudencia grave era aquella temeraria, tras la detracción de los supuestos más leves a favor de la imprudencia menos grave, debe ahora requerirse una «especial» temeridad para su castigo por la vía penal.

Como se ha planteado anteriormente, dado que el bien jurídico protegido es de tipo socioeconómico, la magnitud de la infracción del deber de cuidado y la previsibilidad o cognoscibilidad del riesgo deberán ser de superior importancia. Así, solo cuando la norma de cuidado que se infrinja sea la más elemen-

²¹ STS 238/2016 (Sala de lo penal, Sección 1.ª), de 29 de marzo de 2016 (Recurso 913/2015). Ponente: Palomo del Arco.

tal de entre las elementales, ante unos indicios claros de riesgo de blanqueo, podremos afirmar la comisión de un delito de blanqueo por imprudencia grave. Esto supone que la infracción de no toda norma de cuidado, aún elemental, podrá conllevar reproche penal.

Y no es fácil encontrar criterios que permitan clasificar las normas de cuidado y ordenarlas según su importancia o relevancia en abstracto, pero en el ámbito del blanqueo de capitales podemos partir de un criterio clave: la normativización o positivización del deber objetivo de cuidado por el propio Legislador; esto es, la existencia de normas extrapenales que imponen a sujetos determinados una serie de deberes especiales de tipo institucional.

En el ámbito del blanqueo de capitales, la Ley 10/2010, de 28 de abril, impone una serie de deberes institucionales a un listado de sujetos obligados, convirtiéndolos en *longa manus* del Estado para la vigilancia y denuncia de los flujos de capital sospechosos de constituir supuestos de blanqueo. Dichos deberes especiales, que convierten a los sujetos obligados en *quasi-funcionarios*, pueden reputarse deberes objetivos de cuidado de especial trascendencia para la configuración del riesgo permitido, en tanto que expresamente exigidos por el Legislador en una norma con rango de Ley, y previstos únicamente para ciertos sectores de actividad cuyo riesgo de contribuir al blanqueo es notablemente superior al resto de profesionales. Es en este contexto, precisamente, en que se justifica la magnitud de la infracción del deber de cuidado, así como la especial previsibilidad del riesgo, pudiendo considerarse imprudencia grave la infracción de los deberes especiales normativizados por la legislación de prevención del blanqueo de capitales.

Alguna jurisprudencia asilada, que no ha sido sostenida en el tiempo, afirmaba ya antes de la entrada en vigor de la reforma del 2015 que el tipo de blanqueo de capitales imprudente «reviste los caracteres de un delito especial, en la medida en que su comisión solo estará al alcance de personas cuya conducta sea reprobable por la infracción de específicos deberes de cuidado que les sean exigibles legal o reglamentariamente, con consideración al desempeño de determinadas actividades con carácter profesional o funcional»²². Con más razón, entonces, debe afirmarse esto tras la reforma operada por la LO 1/2015, en tanto que solo puede reputarse de actual imprudencia grave los supuestos más graves de la anterior categoría.

²² STS 16/2009 (Sala de lo penal, Sección 1.ª), de 27 de enero de 2009 (Recurso 758/2008). Ponente: Berdugo y Gómez de la Torre.

V. CONCLUSIÓN

En opinión de quien suscribe el presente trabajo, el delito de blanqueo imprudente es, al menos tras la reforma del CP de 2015, un delito *quasi-especial*, en tanto en cuanto, si bien el tipo no restringe expresamente el círculo de posibles sujetos activos, la normativa extrapenal configura la magnitud de la infracción del deber de cuidado al imponer deberes especiales a un listado concreto de sujetos obligados.

Siendo necesaria que la magnitud de la infracción de la norma de cuidado sea especialmente superior, por ser el deber objetivo de cuidado el más esencial y previsible, debe concluirse necesariamente que solo aquellas personas que ostentan un deber institucional positivizado en la normativa de prevención del blanqueo de capitales pueden incurrir en supuestos de imprudencia grave.

Aquella conducta del particular que, sin ser sujeto a deber especial de cuidado, cometa o favorezca de forma imprudente el blanqueo de capitales, deberá ser reputada, en todo caso, de imprudencia menos grave y, en consecuencia, no punible.

¿ES CONSTITUTIVA DE «DELITO DE TRATA DE SERES HUMANOS» LA TRATA DE PERSONAS REALIZADA CON FINES DE EXPLOTACIÓN LABORAL?

EDUARDO RAMON RIBAS*

I. SUPUESTO DE HECHO. AUTO NÚM. 70/2021, DE 18 DE FEBRERO (SALA DE LO PENAL, SECCIÓN 1.^a). DELITO CONTRA LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES (ART. 311 CP).

Hechos probados. «El acusado es propietario ganadero de varios rebaños de ovejas y cabras en Benissiva – Vall de Gallinera, y en esa condición contrató los servicios de Teófilo, de nacionalidad rumana, iniciándose la relación laboral a mediados de diciembre de 2014 (no antes del día 18) y hasta el 18 de junio de 2015, para la realización de las funciones de pastor, alimentando al ganado, sacándolo al campo, e incluso teniendo que sacrificar a los animales que le ordenaba el acusado para su comercialización.

El horario que realizaba el denunciante era desde las 06:00 horas de la mañana hasta las 00:00 horas de la noche.

Durante dicho periodo el acusado no dio de alta en Seguridad Social al denunciante, ni le abonaba el salario que legalmente le corresponde, sino que le abonaba 50€ semanales para comida, con la promesa de abonarle el montante principal con posterioridad y a cambio de permitirle residir en un inmueble en el lugar de trabajo, donde había agua corriente pero no luz, con el objeto de prestar también vigilancia nocturna de los animales.

* Catedrático de Derecho Penal de la Universitat de les Illes Balears.

El denunciante Teófilo, acuciado por la necesidad ante el impago de sus salarios y las nefastas condiciones en la que tenía que vivir se vio forzado a interponer denuncia ante la Guardia Civil de Oliva el 18/06/2015».

Según declara el Tribunal Supremo, «los hechos declarados probados, de cuya intangibilidad se ha de partir, contienen los elementos propios del delito contra los derechos de los trabajadores, contenido en el artículo 311 del Código Penal»¹.

Explica el Alto Tribunal que el recurrente mantiene que no concurría la «imposición» que exige el tipo, alegando «que el denunciante estaba solo con otro trabajador, y por tanto sin control directo del empresario» y los hechos no tienen la gravedad o entidad mínima suficiente, «pues no se trataba de un trabajo penoso, ni insalubre ni peligroso, y que el trabajador se podía ir a su casa a dormir si la casa no presentaba condiciones».

«Las alegaciones», dice el Tribunal Supremo, «deben ser rechazadas». Fundamenta así su decisión:

Como indican las STS núm. 639/2017 y 247/2017: «El verbo definidor del tipo penal es el de “imponer”, por tal ha de entenderse la existencia de una situación que suprima la capacidad de reacción indispensable para que el perjudicado reaccione en defensa de sus derechos que ve perjudicados. Obviamente se trata de una situación situada extramuros de los conceptos jurídicos de violencia o intimidación, que de concurrir, integrarían el subtipo agravado del artículo 311-3.º –actual párrafo 4.º tras la reforma de la L. O. 1/2015– “que se refiere a que se emplee violencia o intimidación. Obviamente, la capacidad de elegir descansa en la libertad de optar, por ello, y singularmente en una situación de esencial desigualdad como es la relación laboral, el término ‘imposición’ al que se refiere el tipo penal no supone una nota de intimidación o violencia, como se ha dicho, sino una situación en la que el trabajador no tiene libertad de optar porque cuando la alternativa es dejar de trabajar e irse al paro, es claro que eso no es fruto de una opción libre. Tal imposición diferente de la violencia o intimidación supone que la ilegalidad se le hace patente al trabajador y no se hace a sus espaldas, imposición que para ser penalmente relevante tiene que producirse, es decir verbalizarse a través de las dos vías que exige el tipo penal: el engaño o el abuso de situación de necesidad.”

¹ Artículo 311.– «Serán castigados con las penas de prisión de seis meses a seis años y multa de seis a doce meses:

1.º Los que, mediante engaño o abuso de situación de necesidad, impongan a los trabajadores a su servicio condiciones laborales o de Seguridad Social que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual».

En el presente caso, se priva al trabajador de su debido salario y del descanso debido, derecho básico y elemental. No se le da de alta en la Seguridad Social. Y a cambio de la prestación, con un horario de 6:00 a 00:00 horas de la noche, se le da 50 euros semanales para comida y se le permite residir en la explotación con las condiciones descritas, con la promesa de pago posterior del salario. La aceptación de esa imposición se explica desde el engaño del acusado con la promesa de pago posterior del salario (partiendo de la confianza que generó en Teófilo que en ocasiones anteriores el acusado sí le había pagado) y la vulnerabilidad del trabajador que solicita empleo, y carece de otro sitio donde vivir. Conociendo todas esas circunstancias el empleador. Muestra significativa es, como recoge la Sala de instancia, tras su denuncia, Teófilo permaneció un periodo prolongado a cargo de Cáritas.

No ofrece duda la calificación de “imposición” de las condiciones descritas en la resolución recurrida, sin que pueda sostenerse como pretende el recurrente que no se trataba de un trabajo penoso o que la falta de alta en la Seguridad Social se limita a una infracción administrativa. Son las condiciones de desempeño del trabajo las que hacen el mismo penoso y su imposición en la situación precaria del trabajador, merecedora del reproche penal.

Procede, pues, inadmitir el motivo».

La conducta descrita en el citado relato de hechos probados es, como hemos visto, constitutiva de un delito contra los derechos de los trabajadores tipificado en el artículo 311 1.º del Código Penal o, dicho con otras palabras, un supuesto manifiesto de «explotación laboral».

¿Es el delito de trata de seres humanos un instrumento penal de lucha contra dicha explotación laboral?

II. EL ARTÍCULO 177 BIS DEL CÓDIGO PENAL. LAS CONDUCTAS TÍPICAS

El artículo 177 bis.1 del Código Penal, integrante único del Título VII bis, rubricado «De la trata de seres humanos», de su Libro II (*Delitos y sus penas*), tipifica, como indica aquella rúbrica, el delito de trata de seres humanos.

Los tipos básicos, los supuestos de hecho que dan soporte a toda la regulación, los hallamos en el apartado 1 de un muy extenso artículo 177 bis, que prevé el castigo (con la pena de prisión de cinco a ocho años) de quien realice alguna de las siguientes conductas: captar (1), transportar (2),

trasladar (3), acoger (4) o recibir personas (5), incluido el intercambio o transferencia de control sobre ellas (6)².

Esta enumeración de conductas típica supone la adopción, según destaca Lloria García, de un concepto unitario de autor «en virtud del cual los actos de colaboración se elevan a la categoría de autoría»³.

Consistiendo el delito de trata de personas, en primer término, por tanto, en captar, transportar, trasladar, acoger o recibir personas, además de en el referido intercambio o transferencia sobre ellas⁴, es preciso, además, que cualquiera de dichas conductas se realice de alguna de estas formas:

- empleando violencia o intimidación (1)
- empleando engaño (2)
- abusando de una situación de superioridad (3), de necesidad (4) o de vulnerabilidad (5) de la víctima, nacional o extranjera⁵
- mediante la entrega de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que poseyera el control sobre la víctima (6)
- mediante la recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que poseyera el control sobre la víctima (7)

Las conductas mencionadas pueden realizarse en territorio español (1)⁶, desde España (2), en tránsito por España (3) o con destino a España (4). Se

² Se facilita, así, «la incriminación de los casos de compraventa, alquiler o permuta de víctima». Vid. VILLACAMPA ESTIARTE, C., «¿Es necesaria una Ley integral contra la trata de seres humanos?», *Revista General del Derecho Penal*, 33 (2020), p. 7.

³ Vid. LLORIA GARCÍA, P., «El delito de trata de seres humanos y la necesidad de creación de una ley integral», *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. 39 (2019), p. 377.

⁴ Todas estas conductas se presentan como «alternativas», siendo su alcance gramatical muy extenso. Vid. TERRADILLOS BASOCO, J. M., «Trata de seres humanos», *Comentarios a la reforma Penal de 2010*, Directores Álvarez García F. J., y González Cussac J. L., Tirant lo Blanch, Valencia 2010, p. 210.

⁵ El artículo 177 bis se refiere a la «víctima» adjetivándola, innecesariamente (e, incluso, perturbadoramente), como «nacional o extranjera». Como indica Pomares Cintas, la esfera de los sujetos pasivos del delito de trata «no está determinada por la nacionalidad, condición de extranjero o vulneración de las normas migratorias. Es», dice, «un rasgo esencial del concepto de trata». Vid. POMARES CINTAS, «El delito de trata de seres humanos con finalidad de explotación laboral», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 13-15 (2011), p. 15: 7. En consecuencia, como dice VILLACAMPA ESTIARTE (*El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el Derecho Internacional*, Aranzadi, Pamplona, 2011, p. 416), sería conveniente suprimir la referencia al sujeto pasivo.

También la *Circular de la Fiscalía General 5/2011, de 2 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del ministerio fiscal en materia de extranjería e inmigración*, destaca la referencia del delito previsto en el artículo 177 bis a la trata de seres humanos y «no a la trata de extranjeros». «Ello significa no solo que es posible cometer el delito en el territorio de un solo Estado (trata doméstica o interior), sino también que es inadmisibles cualquier discriminación en su persecución por razón de la nacionalidad de la víctima».

⁶ «No se requiere», por tanto, «un desplazamiento transfronterizo de la víctima: el delito de trata puede cometerse (exclusivamente) en territorio español». Vid. POMARES CINTAS, «El delito de trata de seres humanos con finalidad de explotación laboral», ob. cit., p. 15: 7.

excluye, por tanto, la trata cometida en el extranjero que no tenga conexión con España⁷.

Esta limitación geográfica, al margen de contradecir la normativa europea⁸, lleva consigo, como denunció Villacampa Estiarte, una innecesaria e indebida restricción del ámbito de aplicación del delito⁹.

En efecto, el delito de trata, como decíamos, puede cometerse solo en territorio español, y aunque también puede tener esa referida proyección transnacional, siempre debe tener un punto de conexión con España: «debe cometerse “desde España” (España como punto de partida hacia otro país), “con destino” a España (la conducta tiene lugar en otro país siendo el destino España), o “en tránsito” “por España como lugar de paso, siendo el punto de partida otro país y el destino uno distinto”»¹⁰.

Referidos los tipos objetivos, debe destacarse la necesidad de que su autor actúe con dolo (pues no se prevé el castigo de dichos comportamientos cuando fueren realizados por imprudencia, fuere grave o menos grave) y, además, con cualquiera de las finalidades siguientes¹¹:

- a) La imposición de trabajo o de servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, a la servidumbre o a la mendicidad.
- b) La explotación sexual, incluyendo la pornografía.
- c) La explotación para realizar actividades delictivas.
- d) La extracción de sus órganos corporales.

⁷ Vid. CUGAT MAURI, M., «La trata de seres humanos: la universalización del tráfico de personas y su disociación de las conductas infractoras de la política migratoria (arts. 177 bis, 313, 318 bis)», *La reforma penal de 2010: análisis y comentarios*, Quintero Olivares, G. (dir.), Aranzadi, Pamplona 2020, p. 61.

⁸ Vid., en este sentido, POMARES CINTAS, «El delito de trata de seres humanos con finalidad de explotación laboral», ob. cit., p. 15: 8.

⁹ Vid. VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el Derecho Internacional*, ob. cit., p. 417.

Dado que la normativa internacional no contiene requerimiento territorial alguno, se sigue confundiendo trata e inmigración ilegal, con el consiguiente peligro de no llegar, en este ámbito, en materia de criminalización, hasta donde es preciso. VILLACAMPA ESTIARTE, C., «El delito de trata de seres humanos en Derecho Penal español tras la reforma de 2015», en Pérez Alonso, E. (dir.): *El derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, Tirant lo Blanch, Valencia 2017, p. 461.

Advierte PÉREZ ALONSO E. (*Tráfico de personas e inmigración clandestina (un estudio sociológico, internacional y jurídico-penal)*), Tirant lo Blanch, Valencia 2008, pp. 323-324), al respecto, que el elemento geográfico de la trata debe ceñirse a los comportamientos que expresan el movimiento o desplazamiento de personas de un lugar a otro, considerándolo un rasgo esencia del concepto de trata.

¹⁰ Vid. POMARES CINTAS, E., «El delito de trata de seres humanos con finalidad de explotación laboral», ob. cit., p. 15: 7. Vid. también en este sentido, PÉREZ ALONSO, E., *Tráfico de personas e inmigración clandestina (un estudio sociológico, internacional y jurídico-penal)*, ob. cit., p. 325.

¹¹ «La necesaria vinculación del delito del artículo 177 bis a determinados objetivos explotadores convierte a la trata de seres humanos en la “versión moderna” de la trata de esclavos que se produjo hasta el siglo XIX». Vid. POMARES CINTAS, E., «El delito de trata de seres humanos con finalidad de explotación laboral», ob. cit., p. 15: 4.

e) La celebración de matrimonios forzados.

En definitiva, el artículo 177 bis CP estructura los tipos básicos del delito de trata de seres humanos exigiendo la concurrencia de cuatro elementos:

- dos de naturaleza objetiva: las diversas conductas consistentes en captar, transportar, trasladar, recibir o alojar, y el empleo de alguna de las formas de sumisión de las personas objeto de trata.
- y dos de naturaleza subjetiva: el dolo y las referidas finalidades, descritas también en términos alternativos.

Como observa Terradillos Basoco, la definición española de la trata de seres humanos, tributaria de la internacional, «integra tres elementos: la conducta típica de índole traslativa, los medios comisivos para obtener el control de la víctima y la finalidad de explotación ulterior»¹².

Es sumamente importante destacar, como hace Pomares Cintas, que la fase de explotación efectiva de la víctima no forma parte de la conducta típica: «no es necesaria para la consumación del delito de trata»¹³. Es más, no solo no es necesaria, sino que deberá ser castigada, en su caso, autónomamente: a las penas propias de la trata deberán sumarse, por tanto, como establece el artículo 177 bis.9, las que correspondan a los delitos cometidos mediante la correspondiente explotación¹⁴. La justificación o fundamento del

¹² Vid. TERRADILLOS BASOCO, J. M., «Delitos contra los derechos de los trabajadores: veinticinco años de política legislativa errática», *Estudios penales y criminológicos*, vol. 41 (2021), p. 47.

¹³ Vid. POMARES CINTAS, E., «El delito de trata de seres humanos con finalidad de explotación laboral», ob. cit., p. 15: 8.

¹⁴ Es frecuente la denuncia doctrinal de que se castiga más la recluta, el traslado, transporte, alojamiento o recepción destinados a explotar, que la explotación posterior, evidenciándose una defectuosa técnica legislativa que compromete seriamente el principio de proporcionalidad. Vid., por ejemplo, en este sentido, VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el Derecho Internacional*, ob. cit., pp. 477 ss.

Producida una reforma del delito de trata de seres humanos en 2015, critica dicha autora que el legislador «desaprovechase la oportunidad que le brindaba esta reforma penal para incluir en el Código penal español un delito de esclavitud, como inmediatamente se puso de manifiesto. Y es que, concebida la trata de seres humanos como el camino que conduce a la esclavitud, en la doctrina pronto se evidenció que, contra toda lógica, el legislador español sancionaba más severamente el proceso de convertir a alguien en esclavo que la esclavitud misma. La constatación de que la calificación de los hechos conforme a las tipicidades propias de los delitos contra la libertad sexual, cuando se trata de la explotación sexual de las personas y, sobre todo, conforme a los delitos contra los derechos de los trabajadores, en los supuestos de trata para explotación laboral, aun con la eventual posible aplicación en concurso con delitos como el trato degradante, no aprehende el contenido de injusto propio de las conductas de esclavización, que constituyen un atentado a la misma línea de flotación de la dignidad y la libertad de la voluntad humanas, han conducido a distintos autores en nuestro país a proponer la inclusión de un delito de esclavitud. A los argumentos indicados en favor de esa demanda, se añade que en la mayor parte de países de nuestro entorno jurídico existe un delito de esclavitud o, cuanto menos, esta se sanciona al mismo nivel de la trata». Vid.

castigo autónomo de la trata de personas, como dice aquella autora, es «la cosificación de la persona» previa a su explotación¹⁵.

Aceptado que, «una vez consumado el delito de trata de personas, la ulterior puesta en práctica de las finalidades típicas dará lugar a un concurso de delitos, tal como dispone expresamente el artículo 177 bis 9»¹⁶, es preciso decidir la naturaleza de dicho concurso. Dice al respecto Terradillos Basoco que, a pesar de que «la fórmula legal parece inclinarse por apreciar un concurso real, la vinculación teleológica entre la trata y el delito de explotación responde a la estructura del concurso medial», y que «así lo ha entendido la jurisprudencia»¹⁷. Para determinar la pena imponible será preciso acudir, en consecuencia, a lo previsto en el artículo 77, números 1 y 3.

El artículo 177 bis.1 se completa con estas dos previsiones:

– Existe una situación de necesidad o vulnerabilidad cuando la persona en cuestión no tiene otra alternativa, real o aceptable, que someterse al abuso¹⁸.

– Cuando la víctima de trata de seres humanos fuera una persona menor de edad se impondrá, en todo caso, la pena de inhabilitación especial para cualquier profesión, oficio o actividades, sean o no retribuidos, que conlleve contacto regular y directo con personas menores de edad, por un tiempo superior entre seis y veinte años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta.

Establece acto seguido el artículo 177 bis.2 que, «aun cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado anterior, se considerará trata de seres humanos cualquiera de las acciones indicadas en el apartado anterior cuando se llevare a cabo respecto de menores de edad con fines de explotación».

VILLACAMPA ESTIARTE, C., «¿Es necesaria una Ley integral contra la trata de seres humanos?», *Revista General del Derecho Penal*, 33 (2020), pp. 9 y 10.

Vid. también, en este sentido, MAQUEDA ABREU, M. L., «Trata y esclavitud no son lo mismo, pero ¿qué son?», *Estudios jurídicos penales y criminológicos en homenaje al Prof. Dr. H. C. mult. Lorenzo Morillas Cueva*, Dykinson, Madrid, 2018, pp. 1251 ss.; LLORIA GARCIA, P., «El delito de trata de seres humanos y la necesidad de creación de una ley integral», *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. 39 (2019), p. 367.

¹⁵ «Por ello, a diferencia del delito de colaboración en la inmigración clandestina o tráfico ilegal de personas del artículo 318 bis.1 CP (tipo básico), cuya relevancia penal reside únicamente en la condición de extranjero-inmigrante-ilegal de la persona, en la infracción de la normativa migratoria sobre entrada o permanencia en territorio nacional o de la UE, el que es objeto de trata es también víctima del delito». Vid. POMARES CINTAS, «El delito de trata de seres humanos con finalidad de explotación laboral», ob. cit., p. 15: 6.

¹⁶ Vid. TERRADILLOS BASOCO, «Delitos contra los derechos de los trabajadores: veinticinco años de política legislativa errática», ob. cit., p. 51.

¹⁷ Vid. TERRADILLOS BASOCO, «Delitos contra los derechos de los trabajadores: veinticinco años de política legislativa errática», ob. ult. cit., p. 51.

¹⁸ En tanto realizada por las propias Cortes legisladoras, es esta una «interpretación auténtica».

Cuando las víctimas fueren personas menores de edad, los tipos objetivos, por tanto, se simplifican: no es necesario, ahora, utilizar o emplear alguno de los numerosos medios que relaciona el artículo 177 bis.1, sino, únicamente, captar, transportar, trasladar, acoger o recibir menores. Permaneciendo la necesidad de que el sujeto actúe dolosamente, deberá concurrir, además, el elemento subjetivo consistente en actuar con fines de explotación.

De la regulación de la trata de personas interesa destacar, acto seguido, lo previsto en el número 3 del citado artículo 177 bis: «El consentimiento de una víctima de trata de seres humanos será irrelevante cuando se haya recurrido a alguno de los medios indicados en el apartado primero de este artículo».

En los números siguientes del artículo 177 bis, presentando brevemente el resto de dicha regulación, se contienen tipos agravados (números 4,5 y 6), la previsión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis del Código Penal (número 7)¹⁹ y del castigo de la provocación, la conspiración y la proposición para cometer el delito de trata de seres humanos (número 8), así como una importante (y ya referida) norma concursal: «En todo caso, las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que correspondan, en su caso, por el delito del artículo 318 bis de este Código y demás delitos efectivamente cometidos, incluidos los constitutivos de la correspondiente explotación» (número 9). Los números 10 y 11 del artículo 177 bis, finalizando la regulación del delito de trata de seres humanos, prevén la operatividad de la reincidencia internacional y la exención, dadas ciertas condiciones, de la responsabilidad penal de la víctima de trata «por las infracciones penales que haya cometido en la situación de explotación sufrida».

III.– LA EXPLOTACIÓN LABORAL EN EL ARTÍCULO 177 BIS

El mencionado artículo 177 bis.1, objeto constante de nuestra atención, emplea el término «explotación» adjetivándola como «sexual» (1) o «para realizar actividades delictivas» (2), configurándola, en fin, como una de las finalidades necesarias para estimar cometido el delito de trata de seres humanos. No

¹⁹ Prevista la responsabilidad penal de las personas jurídicas en este delito, sorprende la omisión de una previsión equivalente en los delitos contra los derechos de los trabajadores, omisión muy criticada doctrinalmente. *Vid.*, por ejemplo, en este sentido, HORTAL IBARRA («Tutela de las condiciones laborales y reformas penales: ¿El ocaso del Derecho Penal del Trabajo?», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 20, 3.ª época, 2018, pp. 74 ss.), que denuncia con especial vigor la exclusión de los delitos contra los derechos de los trabajadores del sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas: «Un descarte que calificaría de sorprendente e inaceptable».

utiliza dicha palabra, sin embargo, para referirse a las restantes finalidades capaces de integrar el elemento subjetivo adicional al dolo propio del delito que nos ocupa.

En concreto, y en relación con el tema que nos ocupa, el artículo 177 bis, como hemos visto, se refiere a la finalidad de «imponer trabajo o servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a ella, la servidumbre o la mendicidad», sin utilizar, como comentaba, el término «explotación». Este, sin embargo, es empleado una vez más por el artículo 177 bis en su número 2 al exigir, en los supuestos de trata de menores de edad, previa renuncia a la necesidad de emplear alguno de los medios enunciados en el apartado anterior, una actuación realizada «con fines de explotación». ¿Se refiere ahora el precepto, de modo genérico, a cualquiera de las finalidades enumeradas por el artículo 177 bis número 1, o, exclusivamente, a la explotación sexual o para realizar actividades delictivas?

Una indudable referencia normativa y, en consecuencia, interpretativa, la constituye el artículo 3 del importantísimo «Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional», hecho en Nueva York el 15 de noviembre de 2000, que contiene en su artículo 3 un conjunto de «Definiciones» (así se rúbrica dicho precepto), declarando que, «para los fines del presente Protocolo:

a) Por “trata de personas” se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al raptó, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, “con fines de explotación”²⁰. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos;

[...]

c) La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de un niño “con fines de explotación”²¹ se considerará “trata de personas” incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado a) del presente artículo»;

²⁰ El entrecomillado (o, más exactamente, encorchetado) no aparece en el original; es una adición mía que pretende subrayar dicha expresión.

²¹ Una vez más, el encorchetado es una adición mía que pretende subrayar dicha expresión.

El legislador español, por tanto, se limita a copiar la fórmula utilizada en el citado artículo 3 del referido Protocolo, sin «adjetivar» y, por tanto, cerrar o limitar, el ámbito de aplicación de la expresión empleada.

Según el Diccionario de la Real Academia Española, explotar, término base, como hemos visto, de las dos finalidades enumeradas por el artículo 177 bis en sus letras b) y c), significa²², según el Diccionario de la Real Academia, «utilizar abusivamente en provecho propio el trabajo o las cualidades de otra persona», abuso presente, sin duda, en las prácticas referidas por la letra a) del artículo 177 bis.1 (especialmente teniendo presente la necesaria concurrencia, si las víctimas son personas adultas, de alguno de los medios referidos en dicho precepto), prácticas cuya ejecución constituyen la primera finalidad mencionada por dicho precepto.

El artículo 177 bis.2, con toda seguridad, no pretendía limitar su alcance restringiendo los fines de explotación a los sexuales o a los de realización de conductas delictivas. Debe entenderse, por ello, y la letra de la ley no lo impide, que todos los fines relacionados en el artículo 177 bis.1 son formas de explotación; también, en consecuencia, los enumerados en su letra a), a los que podemos referirnos, en síntesis, como fines de explotación laboral. Esta sería, en consecuencia, su etiqueta resumen.

IV. EXPLOTACIÓN LABORAL SEVERA O EXTREMA, COMO FIN, EN EL ARTÍCULO 177 BIS

Aunque las finalidades expresadas en la letra a) del artículo 177 bis pueden ser conceptuadas como formas de «explotación laboral», lo cierto es que esta expresión, como hemos visto, no es la utilizada por dicho precepto, el cual, en consecuencia, no castiga las conductas por él tipificadas cuando se ejecutan con fines (entre otros, como también hemos visto) de «explotación laboral», sino determinadas formas de «explotación laboral severa o extrema», destacadamente, la imposición de trabajo o servicios forzados, la esclavitud o la servidumbre o prácticas similares a ellas.

La tipicidad subjetiva del tipo no se colma, dicho con otras palabras, con la genérica persecución de fines de explotación laboral; el artículo 177 bis exige más: exige que la finalidad no sea, «simplemente», utilizar abusivamente en provecho propio el trabajo de otras personas, por ejemplo, imponiendo

²² Además de «extraer de las minas la riqueza que contienen» o «sacar utilidad de un negocio o industria en provecho propio».

condiciones ilegales de trabajo de forma engañosa o con aprovechamiento de una situación de necesidad o vulnerabilidad (art. 311 CP); es preciso, importante es insistir en ello, que el fin sea la imposición de trabajo o servicios forzados, la esclavitud o la servidumbre o prácticas similares a ellas. Mención aparte merece la referencia a la mendicidad.

¿Cuál es la diferencia entre imposición de trabajo o de servicios forzados, esclavitud y servidumbre?

Según el Diccionario de la RAE, la servidumbre es el estado o condición de siervo. Y siervo significa esclavo de un señor; persona completamente sometida a alguien.

Es esclavo, según dicho Diccionario de la RAE, quien carece de libertad por estar bajo el dominio de otra. El artículo 607 bis del Código Penal constituye, por cierto, una estupenda referencia para interpretar el concepto esclavitud empleado por el artículo 177 bis: «por esclavitud se entenderá la situación de la persona sobre la que otro ejerce, incluso de hecho²³, todos o algunos de los atributos del derecho de propiedad, como comprarla prestarla o darla en trueque».

El artículo 1 de la Convención sobre la esclavitud de 1926, referencia del mencionado artículo 607 bis, dice lo siguiente:

«A los fines de la presente Convención se entiende que:

1. La esclavitud es el estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan los atributos del derecho de propiedad o algunos de ellos».

No resulta sencillo, en fin, distinguir entre esclavitud y servidumbre²⁴, ni diferenciar estas de la imposición de trabajo o de servicios forzados.

Diversos instrumentos internacionales, sin embargo, distinguen igualmente, como hace el CP español, entre unas y otras finalidades. De hecho, «trabajos forzados, esclavitud y servidumbre» son términos procedentes de la regulación internacional de la trata de personas, por lo que «la confusión es importada»; el defecto lo es en origen.

«De hecho», explica Espaliú Berdud, «algunos instrumentos internacionales muy relevantes, como el artículo 5 de la Carta de Derechos Fundamentales de

²³ Quizá sobre la palabra «incluso», pues solo de hecho, y no derecho, es posible ejercer los atributos del derecho de propiedad que se mencionan.

²⁴ Dice VILLACAMPA ESTIARTE, C. (*El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el Derecho Internacional*, ob. cit., pp. 437 y 438) que la servidumbre es una forma de esclavitud «que no difiere de ésta tanto en el carácter como en el grado»: «debe entrañar», sigue diciendo, «un caso particularmente grave de limitación de la libertad», presentándose la prestación del servicio como «la única alternativa».

la Unión Europea o el artículo 6 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José), reúnen estas tres formas de explotación en una misma disposición. Asimismo, el artículo 4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos congrega bajo su paraguas esclavitud, servidumbre y trabajo forzoso.

Del mismo modo, algunas decisiones de tribunales internacionales han asimilado en parte estos conceptos, creando cierta confusión»²⁵.

Dicho ello, interesa destacar, como hace Pomares Cintas, que, «en todo caso, estas modalidades de explotación comparten una nota común: describen situaciones de sometimiento de la persona trasladada, captada o acogida (por los procedimientos típicos del delito de trata) a un trabajo o servicio en contra de su voluntad o sin su consentimiento válido. El objetivo es explotar su trabajo bajo la condición de esclava o sierva, o bajo la imposición forzada de la condición de trabajador, creando una situación de total disponibilidad sobre la víctima. En puridad, estas formas de utilizar a las víctimas de la trata no consisten tanto en explotar su trabajo mediante la imposición de condiciones ilícitas que vulneran los derechos sociolaborales, como en imponer la realización del trabajo mismo. Los trabajos o servicios forzados, la esclavitud, la servidumbre o prácticas análogas a la esclavitud son modos de imponer la condición de trabajador, vulnerando la libertad de decidir realizar la prestación laboral. Asimismo, estas formas de aprovechamiento económico ilícito de la víctima deben tener naturaleza laboral porque se incluyen expresamente dentro de la finalidad de explotar el trabajo ajeno: basta que concurren las notas de ajenidad y productividad en sentido amplio»²⁶.

Destacada la «nota común» a las modalidades de explotación referidas por la letra a) del artículo 177 bis, es preciso recordar que la explotación está presente en ella «como fin», no como actividad efectivamente impuesta.

El delito de trata no castiga los trabajos o servicios forzados, la esclavitud, la servidumbre o prácticas similares, sino realizar determinadas conductas dirigidas a conseguir que se produzcan.

El delito de trata de seres humanos no necesita de la utilización de violencia o intimidación, pues es posible el recurso a otras formas de instrumentalización. Su no necesidad «en origen» no significa, sin embargo, que la violencia o intimidación no sean necesarias «en destino»: si los trabajos forzados, la esclavitud, la servidumbre o las prácticas similares a ellas suponen apropiarse, por supuesto ilícitamente, del valor del trabajo de la víctima arrebatándole los

²⁵ Vid. ESPALIÚ BERDUD, C., «La definición de esclavitud en el Derecho Internacional a comienzos del siglo XXI», *Revista electrónica de estudios internacionales*, núm. 28, 2014, p. 23.

²⁶ POMARES CINTAS, «El delito de trata de seres humanos con finalidad de explotación laboral», *ob. cit.*, p. 15: 18.

atributos inherentes a la condición de persona mediante el sometimiento a una situación de disponibilidad absoluta, «anulando completamente la libertad para cambiar esa condición de trabajador impuesta», la violencia, el miedo, parece, deberán estar presentes.

Si la víctima conserva su «libertad de elección» y sigue trabajando por «necesidad», soportando por ella la imposición de condiciones ilegales, existirá una conducta delictiva, una efectiva explotación laboral punible, por supuesto, pero difícilmente podrá ser adjetivada como una situación de trabajos forzados, esclavitud, servidumbre o prácticas análogas, salvo si se admite que la analogía puede construirse prescindiendo de la ausencia total de libertad.

En suma, el delito de trata no precisa de la violencia o intimidación, pero estas son inherentes a los fines de explotación laboral, tal y como aparecen descritos en la letra a) del artículo 177 bis, por ella perseguidos.

V. ¿ES CONSTITUTIVA DE DELITO DE TRATA DE SERES HUMANOS LA TRATA DE PERSONAS REALIZADA CON FINES DE EXPLOTACIÓN LABORAL?

La analizada letra a) del artículo 177 bis CP podría haberse referido, sucintamente, a «la explotación laboral», introduciendo, así, una formulación extensa, análoga, además, a las contenidas en las dos letras siguientes: «la explotación sexual, incluyendo la pornografía», y «la explotación para realizar actividades delictivas» (letras b y c, respectivamente).

Estas dos últimas finalidades lo son también, en sentido amplio, de «explotación laboral», pero es obligado admitir que tienen, desde dicha perspectiva, una proyección muy limitada, como la tienen, igualmente, las finalidades expresadas en la citada letra a).

¿Cuál es la respuesta a la pregunta que aparece como rúbrica de este apartado? Sin duda, «depende». En efecto, la respuesta será positiva o negativa en función de la modalidad de explotación laboral que constituye la finalidad del autor. Si la explotación laboral es también explotación sexual o para realizar actividades delictivas, la respuesta es SÍ; y lo mismo sucederá si la explotación laboral es susceptible de calificarse como trabajo o servicio forzado, como esclavitud, como servidumbre o como práctica similar a ellas; también será positiva la respuesta si el fin es la mendicidad, o práctica semejante, y, pese a no reunir los requisitos necesarios para ser considerada esclavitud, trabajo forzado o servidumbre, o práctica a ellas similar, no se le exige un contenido que hace innecesaria y redundante la expresa referencia legal a ella.

Por el contrario, si la explotación laboral perseguida no llega al extremo de autorizar su conceptualización como trabajo o servicio forzado, esclavitud, servidumbre o prácticas a ellas similares, la trata de seres humanos no será constitutiva de delito de trata de seres humanos.

Dicho ello, es preciso tener presente que dichos términos son, como todos, elásticos, susceptibles, y necesitados, siempre, de interpretación, por lo que en la práctica el ámbito de aplicación propio del delito de trata de seres humanos podrá extenderse, sin necesidad de reformas legales, si aquellos términos son interpretados de forma extensiva. Esta última es una actividad no prohibida por el Derecho, aunque es frecuente confundirla con la analogía, esta sí, prohibida expresamente por el artículo 4 del Código Penal y derivable, además, directamente de la Constitución.

Es obligado, igualmente, no olvidar que el artículo 177 bis.1, letra a), se refiere no solo a los trabajos forzados, a la esclavitud y a la servidumbre, sino, además, a las «prácticas similares a ellas». A la posibilidad de interpretar extensamente, sin invadir competencias legislativas de definición de delitos, aquellas tres prácticas, se une, pues, la previsión legal que exige realizar una interpretación analógica de ellas. En virtud de lo previsto por el artículo 177 bis.1 letra a), el intérprete podrá, y «deberá», incluir en el tipo penal subjetivo prácticas que no son constitutivas de trabajos forzados, de esclavitud o de servidumbre, sino únicamente similares, semejantes, análogas.

«La duda a resolver», según Terradillos Basoco, es «si la orientación de la trata de seres humanos a la ulterior explotación laboral, en los términos de los artículos 311.1.º y 4.º y 312.2 in fine puede integrar el delito de trata con la finalidad de imposición de trabajo o servicios forzados o condiciones similares a las de esclavitud o servidumbre. La respuesta afirmativa vendría avalada por la inclusión de la explotación laboral entre los objetivos del delito de trata en la Resolución aprobada por el Consejo de Derechos Humanos en la Asamblea General de NU el 30 de junio de 2016. 32/3, que se refiere indistintamente a todas las formas de explotación, económica o laboral. Y el Protocolo de Palermo ejemplifica que la explotación, para ser considerada objetivo típico del delito, ha de revestir las formas de trabajos o servicios forzados o de prácticas análogas a la esclavitud «como mínimo». Por lo tanto, como advierte el Proyecto de Ley modelo contra la trata de personas, elaborado en 2010 por la Oficina de NU contra la Droga y el Delito, «la lista no es exhaustiva». El mismo documento propone que la explotación típica debe incluir, entre otros ob-

jetivos tradicionalmente aceptados, «otras formas de explotación tipificadas en las leyes nacionales» (art. 8.2.f)»²⁷.

«Queda a la decisión del legislador estatal», concluye Terradillos Basoco, «el integrar expresamente en el tipo de trata la finalidad de imponer condiciones ilegales de trabajo que no lleguen al nivel de los trabajos forzosos o de la esclavitud. Y el legislador español no lo ha hecho, aunque esa vía no le está definitivamente cerrada al intérprete de la norma»²⁸.

La decisión del legislador, de momento, es clara: el artículo 177 bis.1 letra a) no se refiere a fines de explotación laboral, sino a las finalidades tantas veces referidas. Y la «duda a resolver» a la que alude Terradillos Basoco debe resolverse en el sentido antes expresado. El «aval» internacional que menciona este autor aboga por la reforma de lo actualmente previsto, pero no autoriza introducir formas de explotación laboral que no sean constitutivas de trabajos forzados, servidumbre, esclavitud o prácticas similares. Y aunque, como he comentado, es posible realizar una interpretación extensa, siempre respetuosa con el tenor literal del precepto, de aquellas palabras o expresiones y de aquella cláusula de interpretación analógica, evidentemente son numerosos los ejemplos imaginables de explotación laboral que lo serán en los términos previstos en el artículo 311 del Código Penal pero que carecerán de la entidad suficiente para ser considerados casos de explotación extrema de acuerdo con lo previsto por el artículo 177 bis.1 letra a).

El Anteproyecto de reforma del Código Penal de 2008 incluía expresamente, como recuerda POMARES CINTAS, modalidades de explotación económica («explotar el trabajo o servicios», «incluidos »—pero no solo— «el trabajo o los servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a ella o a la servidumbre») en un sentido mucho más amplio, reproduciendo así lo establecido en la Decisión Marco del Consejo, 2002/696/JAI, de 19 de julio de 2002. «Sin embargo, el Proyecto de reforma penal de 27 de noviembre de 2009 opta por la interpretación más restringida del Protocolo ONU 2000, distanciándose considerablemente de la propuesta inicial»²⁹.

En definitiva, el delito de trata de seres humanos tiene, cuando las conductas descritas por el artículo 177 bis.1 son realizadas con fines de explotación laboral, un limitado alcance. No toda víctima de trata es, por tanto, en este

²⁷ Vid. TERRADILLOS BASOCO, J. M., «Delitos contra los derechos de los trabajadores: veinticinco años de política legislativa errática», ob. cit., p. 50.

²⁸ Vid. TERRADILLOS BASOCO, J. M., «Delitos contra los derechos de los trabajadores: veinticinco años de política legislativa errática», ob. cit., p. 51.

²⁹ Vid. POMARES CINTAS, E., «El delito de trata de seres humanos con finalidad de explotación laboral», ob. cit., p. 15: 16.

ámbito, víctima de un delito de trata. La captación, el transporte, el traslado, el acogimiento o la recepción de personas empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad, de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima, con la finalidad de explotarlas laboralmente, de cometer, incluso, con ellas como víctimas, un delito contra los derechos de los trabajadores, no será, normalmente, constitutiva de un delito de trata de seres humanos; será preciso que el destino de tales víctimas de trata sea una explotación laboral susceptible de adjetivarse como constitutiva de trabajo o servicio forzado, servidumbre, esclavitud o prácticas similares a ellas.

Dicho de otro modo, si el fin, perseguido o conocido por los autores de la trata, es «imponer», mediante engaño o abuso de situación de necesidad³⁰, «en un futuro próximo, condiciones laborales o de seguridad social que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual», la trata no será, ordinariamente, delictiva, sino solo cuando dicho perjuicio, supresión o restricción sea, resumidamente, extrema.

Si el fin que preside la trata fuera idéntico a este, pero sustituyendo el empleo de engaño o abuso de situación de necesidad por el de violencia o intimidación, la conducta, sin duda, estaría más próxima a su conceptualización como delito de trata, pues la víctima, ahora sí, cabría sostener, se ve coaccionada a prestar el trabajo en las referidas condiciones ilegales.

¿Es el supuesto de hecho referido en el primer apartado de este trabajo un ejemplo de explotación laboral en el sentido expresado por el artículo 177 bis, número 1, letra a)? O preguntado de otro modo: ¿Cometería un delito de trata de seres humanos quien captó o transportó a la víctima de dicho supuesto de hecho con conocimiento de las condiciones en las que sería explotado laboralmente? Ciertamente, no se empleó violencia o intimidación, sino engaño y abuso de una situación de necesidad, pero el contrato, según insinúa el citado Auto núm. 70/2021, de 18 de febrero, del TS³¹, podría ser considerado un «contrato de esclavo según el Derecho Romano».

³⁰ Que estarán presentes, por tanto, en la fase previa a la explotación, la de trata, y en la fase de efectiva explotación ilegal.

³¹ *Vid.* Fundamento de Derecho Quinto.

EL PROFESIONAL DEL ARTÍCULO 196 CP: DENEGACIÓN DE ASISTENCIA SANITARIA O ABANDONO DE SERVICIOS SANITARIOS

RAQUEL ROSO CAÑADILLAS*

I. INTRODUCCIÓN

En este pequeño trabajo en homenaje a mi admirada Mirentxu Corcoy, por sus contribuciones sobresalientes a nuestra disciplina de las que he aprendido y aprendo y a quien afectuosamente van dedicadas estas páginas, voy a analizar el término de «profesional» incluido en la descripción típica del artículo 196 CP. El análisis del término lo he abordado enfocado en la interrelación de este elemento con la naturaleza de este tipo y con el requisito de la posición de garante, configurando el círculo de autores. Por un lado, el artículo 196, tipificador del delito de denegación de asistencia sanitaria o abandono de los servicios sanitarios¹, plantea ciertas dudas sobre su naturaleza y autonomía, como he expuesto sintéticamente en las páginas posteriores. Por otro lado, considero que estamos asistiendo en la última evolución de la dogmática, a una crisis del concepto de garante, lo que permite reformularlo y establecer su función de manera más pre-

* Prof. Titular de Derecho Penal. Univ. de Alcalá, Madrid.

Este trabajo se ha realizado dentro del marco del Proyecto de investigación RTI2018-101401-B-100 (investigadores principales Diego-Manuel Luzón Peña y Raquel Roso Cañadillas), financiado por la Agencia Estatal de Investigación, del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades.

¹ Artículo 196 CP: «El profesional que, estando obligado a ello, denegare asistencia sanitaria o abandonare los servicios sanitarios, cuando de la denegación o abandono se derive riesgo grave para la salud de las personas, será castigado con las penas del artículo precedente en su mitad superior y con la de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, u oficio, por tiempo de seis meses a tres años.»

cisa en el edificio delictivo. Este elemento, formulado en sus orígenes por Nagler², anteriormente al momento actual tuvo su época gloriosa y como sustento y anclaje primordial para elevar a la omisión, de la que se ha sostenido mayoritariamente que de ella nada se deriva, ni se produce o se realiza con ella, a una forma de comisión y a la imputación de un resultado, siquiera normativamente. Sin embargo, desde posiciones restrictivas muy consistentes en sus planteamientos, la posición de garante ha dejado de ser la base fundamentadora de conversión de una omisión pura a una comisión omisiva e incluso hay voces autorizadas que niegan la necesidad de esta como elemento imprescindible en la omisión³. En este delito, la integración de la posición de garante como elemento de la descripción típica es discutida y ello no es más que el eco y el reflejo del debate doctrinal sobre la naturaleza del precepto, como apunto posteriormente: de si se trata de un tipo agravado o si se trata de un tipo autónomo, de qué se debe entender por profesional en el contexto de este delito, de la clasificación que se adopte sobre la omisión y de la interpretación que se haga de la expresión y elemento

² Cfr. por todos, DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., *Omisión e injerencia en Derecho penal*, Valencia (Tirant lo blanch), 2006, pp. 204 ss.

³ Cfr. SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen*, 1971, Göttingen (Otto Schwarz&Co), 229 ss.; *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia*, (trad. por Cuello Contreras y Serrano González de Murillo), Madrid (Marcial Pons), 2009, 275 ss., en donde sin renunciar completamente a la posición de garante iniciará la senda que transitarán muchos otros autores construyendo un criterio como es el del dominio sobre el fundamento del resultado que tiene como consecuencia una criba restrictiva sobre las posiciones de garante desarrolladas y admitidas, por lo que el criterio para establecer identidades no es la posición de garante, sino el dominio sobre el fundamento del resultado; LUZÓN PEÑA, «Injerencia, comisión por omisión y omisión de socorro», *RDCir* 1974, 269 ss.; *La participación por omisión en la jurisprudencia reciente del TS*, en: Estudios Penales, Barcelona, (PPU), 1991, 235, 237, 241. (tb. publicado en: *PJ* 1986-2, 73 ss. en: *LL* 1986-3, 535 ss.); *Delitos omisivos impropios: posición de garante o no, autoría o participación y equivalencia* (en prensa), en donde se ocupa expresamente de la necesidad de la posición de garante; GIMBERNAT ORDEIG, E., «Causalidad, omisión e imprudencia», *ADPCP*, 1994, 5 ss; tb. en: Estudios, 2.^a, 2013, 47 ss.; DÍAZ Y GARCIA CONLLEDO, M., *Omisión de impedir delitos no constitutiva de participación por omisión ¿un caso de dolo alternativo?*, *PJ* 24 (1991), 209; GRACIA MARTÍN, L., «Los delitos de comisión por omisión (Una exposición crítica de la doctrina dominante)», en: *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la criminología*, Madrid (UNED), 2001, 436, 468, 473 ss.; «Prólogo», en: Rueda Martín, *¿Participación por omisión?*, 2013, 23-24, rechaza de manera explícita que la posición de garante sirva para fundamentar en la esfera normativa una identidad entre la omisión y la comisión; TRAPERO BARREALES, M. A., «La participación omisiva en el delito de abusos sexuales ¿La guardia de hecho como posible fundamento de la posición de garante?», *AFDOurense*, 2003, 449 ss. solo para el caso de la participación, porque en los demás supuestos sí admite la posición de garante; MEINI, «La comisión por omisión. Una interpretación alternativa del art. 13 CP», *ADPFriburgo*, 2003, 1, 7-10; RODRÍGUEZ MESA, M. J., *La atribución de responsabilidad en comisión por omisión*, Pamplona (Aranzadi) 2005, 121 ss.; RUEDA MARTÍN, M. A., *¿Participación por omisión?: Un estudio sobre la cooperación por omisión en un delito de acción doloso cometido por un autor principal*, Barcelona (Atelier), 2013, 53 ss., 124 ss.; ROBLES PLANAS, R., *Garantes y cómplices. La intervención por omisión y en los delitos especiales*, Barcelona, (Atelier), 2007, 56, que se refiere a la «competencia específica del sujeto en relación con el peligro que los amenaza». En detalle, sobre la necesidad de la posición de garante, ROZO CAÑADILLAS, R., «La necesidad de la posición de garante como elemento de la comisión omisiva», en: Vicente Remesal *et al. L-H al Prof Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70 aniversario*, vol. I, Madrid, (Reus), 2020, 1021 ss.

de la descripción típica «estando obligado a ello», cuestión de la que en este trabajo por razones de espacio, no me voy a ocupar. En mi opinión, la cuestión incluso es de más calado, pues atañe al concepto de omisión, sus clases, su estructura, sus elementos y la concepción de la comisión omisiva, o tradicionalmente llamada comisión por omisión, de la que se parta.

Para contextualizar el precepto y su ubicación, el artículo 196 se introduce por primera vez en el CP de 1995 y no ha sufrido la más mínima modificación. Se encuentra dentro del título IX del CP y le antecede el delito de omisión del deber de socorro del 195. El título solo comprende los artículos 195 con su figura agravada y el artículo 196.

II. EL PROFESIONAL COMO SUJETO ACTIVO DEL DELITO

1. El concepto de «profesional» del artículo 196 en la doctrina

Se trazan en la doctrina dos grandes ámbitos de discusión con respecto a la intensidad del concepto.

a) El primero se centra en saber si es necesaria una contraprestación para definir al profesional y en este sentido se entiende que es profesional aquél que realiza un servicio o prestación laboral a cambio de una remuneración o unos honorarios por los servicios prestados⁴. En consecuencia, todas aquellas personas, organizaciones o instituciones que realicen servicios sanitarios de manera voluntaria y altruista no serían sujetos activos de este delito, ya que se pone en duda de que exista una norma jurídica que imponga la obligación de una asistencia sanitaria a estos sujetos con la misma exigencia y al mismo nivel que los profesionales remunerados y, por otro lado, se afirma una diferente posición social⁵ entre los sujetos que se dedican profesional y oficialmente, con una continuidad y estabilidad en esa función, de aquellos otros que realizan la actividad de modo voluntario, lo que conlleva que estos últimos no

⁴ ESQUINAS VALVERDE, P., *El delito de denegación de asistencia sanitaria o abandono de los servicios sanitarios. El artículo 196 del Código Penal*, Granada (Comares), 2006, 166; GÓMEZ TOMILLO, M. en: Gómez Tomillo (dir.), *Comentarios al Código Penal*, Valladolid, (Lex Nova), 2010, p. 786. Atendiendo a su posición, Gómez Tomillo entiende que no se puede introducir dentro del concepto a servicios de voluntariado.

⁵ ESQUINAS VALVERDE, P., 2006, pp. 172 ss. mantiene que esta posición social deriva de la característica de profesional, lo que genera un nivel de confianza en la colectividad, y el germen de tal confianza se encuentra a su vez en la posesión de un título académico, el cual certifica estar en posesión de unos conocimientos.

generen expectativas de intervención cierta y eficaz para la protección del bien jurídico⁶, y tampoco se pueda exigir tal intervención.

b) El segundo aspecto discutible es si el término «profesional» se debe entender de un modo restringido, ciñéndose al ámbito sanitario, o extensivo valiéndonos de toda la amplitud del término. Y esta cuestión es de más calado, en mi opinión, porque dibuja con más precisión los sujetos activos competentes al tener que definir y delimitar la obligación jurídica de actuar en estos casos. El abanico de sujetos activos puede expandirse e ir desde la figura de un bombero o policía que no asista al accidentado ejecutando los primeros auxilios, pasando por conductores de ambulancia, celadores, técnicos de laboratorio, biólogos, bioquímicos, farmacéuticos, enfermeras auxiliares..., hasta llegar a las enfermeras titulares y médicos, para los que nadie discute que existe una obligación legal reforzada por el artículo 196 CP, y reforzada por el diseño del precepto al convertirse en un delito especial frente al delito común del artículo 195 y exigir un resultado de peligro grave, conectado con la omisión, para la salud de las personas e indirectamente para la vida, lo que se ha traducido en una lamentable imposición de una pena superior solo en su mitad a la contemplada en el artículo 195, siempre y cuando se entienda que la referencia al artículo anterior es al párrafo primero del artículo 195 y no al tercero⁷.

1) Nos movemos, como he señalado, en el amplio espectro que va de profesionales que no trabajan en el ámbito sanitario hasta profesionales que sí trabajan en el mismo. En el manejo de estos dos extremos, se encuentra una

⁶ ESQUINAS VALVERDE, P., 2006, p. 169 y extensamente pp. 170 ss. en donde matiza su posición, siguiendo a Gómez Tomillo, diferenciando entre voluntario no profesional y profesional, con lo que en el caso de estos últimos, considerando que el voluntario profesional está capacitado y titulado para prestar la asistencia sanitaria, p. ej. ONG conformada por médicos profesionales, si no lo hiciera, pondría en peligro el bien jurídico al haber generado una expectativa y confianza en ese concreto contexto social.

⁷ En mi opinión, la elección de las penas en estos artículos siguiendo una comparación interna de bienes jurídicos y de elementos del delito carece de una secuencia equilibrada de aplicación del principio de proporcionalidad de las penas, y ello, porque si la alusión recogida en el artículo 196 se hace al párrafo primero del artículo 195, la pena es de multa, que es adecuada al desvalor del hecho de una omisión, la de socorro, que resulta ser el ejemplo paradigmático de la omisión pura, en el que el delito es de mera conducta, la omisión no influye en el curso causal de ninguna manera, el origen del peligro es anterior a la omisión desde el punto de vista temporal y es un delito que castiga la falta de solidaridad cívica en una sociedad moralmente avanzada. El artículo 196, sin embargo, ya no es una omisión pura en su sentido más estricto, pues lo conforman elementos discordantes con esa interpretación, ya que existe un bien jurídico claro: la salud e indirectamente la vida por la gravedad que puede alcanzar el peligro derivado, como expresamente menciona el tipo, de la omisión. Tampoco parece que se pueda imponer la pena del artículo 195 párrafo tercero, porque castiga al sujeto que, con su actuación anterior, ya sea de comisión comisiva u omisiva, crea o aumenta el peligro para el bien jurídico de modo fortuito o imprudente y cuando toma consciencia de ello no interviene dolosamente para evitar la producción del resultado lesivo. El caso del artículo 196 sería un supuesto diferente a ambos, pero indiscutiblemente de mayor gravedad que la del artículo 195 párrafo primero y en algún sentido también del artículo 195. 3, porque la omisión no crea el peligro, que ya es preexistente, pero sí se podría sostener que incrementa el peligro, aunque sea normativamente, de producción del

«interpretación extensiva» en la doctrina que ha considerado que la norma penal no se refiere exclusivamente al personal sanitario, ya que la opción restrictiva no es conveniente político-criminalmente, que constriñe de este modo una obligación jurídica de actuar existente, la cual fundamenta una posición de garantía y merece un reproche superior al de la omisión pura. Tanto el policia, que no ampara al enfermo y no le asiste con los primeros auxilios, como el médico de urgencias, que desatiende al necesitado que directamente le solicita asistencia, son sujetos activos del delito, porque se considera que la estructura de las dos situaciones es la misma y los médicos no están sometidos a una obligación de mayor intensidad que el resto de las personas⁸. También se ofrece un argumento sistemático, ya que el CP en otros preceptos ha sido categórico cuando ha querido restringir el término de profesionales a solo los profesionales sanitarios⁹.

Una posición intermedia puede consistir en restringir el término de «profesional» al ámbito sanitario exclusivamente, pero en seguir, no obstante, una línea extensiva dentro del mismo al considerar que cualquier sujeto que desarrolle su actividad laboral en este contexto entra dentro del término, ya que se entiende la «asistencia sanitaria» como toda actividad que coadyuva a la mejora de la salud¹⁰, por lo que desde el conductor de ambulancia, pasando por el celador, recepcionista, la enfermera o enfermero auxiliar y llegando a los facultativos no médicos, pero colaboradores de estos para alcanzar diagnósticos, tienen la posibilidad de activar resortes para que la asistencia tenga lugar¹¹. Esta interpretación se basa en que el deber jurídico de protección de la salud en el ámbito sanitario concierne por igual a todo el personal del engranaje sanitario, además se pretende sancionar los casos más graves de infracción de deberes profesionales y, por último¹², se evita el tratar de manera discriminatoria la figura del médico, convirtiéndole en el único sujeto apropiado del artículo 196 CP¹³.

Para mayor sustento argumentativo de esta interpretación se ha señalado que la propia norma en su estructura de tipo mixto alternativo recoge un verbo

resultado. Esta omisión, por tanto, no es de la misma clase recogida en el artículo 195. 1 y 3, siendo más grave y la pena impuesta no se compadece con el desvalor del hecho y del resultado.

⁸ GÓMEZ TOMILLO, M., 2010, 786, considera que el restringir el término profesional al personal médico es un pensamiento que se encuentra influido por criterios morales y éticos y no por razones jurídicas.

⁹ Así en el artículo 222.2 se define obteniendo una interpretación auténtica lo que se debe entender por el término «facultativo». Cfr. GÓMEZ TOMILLO, M., 2010, 786.

¹⁰ GÓMEZ TOMILLO, M., 2010, 786-787.

¹¹ GÓMEZ TOMILLO, M., 2010, 787.

¹² GÓMEZ RIVERO, M. C., *La responsabilidad penal del médico*, 2.^a ed., Valencia (Tirant lo blanch), 2008, pp. 628 y s., aunque acerca mucho su posición a la mantenida por Gómez Tomillo.

¹³ GÓMEZ TOMILLO, M., *Responsabilidad penal de los profesionales sanitarios. Artículo 196 CP*, Valladolid (Universidad de Valladolid), 1999, 29 ss.

típico: abandonar los servicios sanitarios, que comparado con la denegación de asistencia transmite una idea de laxitud dentro de la descripción típica, de tal modo que, mientras que para asistir a un paciente, entendida tal actuación en su sentido estricto, hay que estar capacitado y tener unos conocimientos, sin embargo el abandono del servicio no conlleva necesariamente que quien lo haga tenga capacidad para realizar una asistencia sanitaria de tales características, por lo que él acoge a todo el personal sanitario que abandonando su puesto de trabajo ponga en peligro grave la salud de las personas¹⁴.

2) En este debate, también se encuentran argumentos para sostener una «interpretación restrictiva»¹⁵ en el propio ámbito sanitario, sosteniendo que solo puede ser sujeto activo y por tanto entrar dentro del término «profesional» aquel sujeto activo que tenga conocimientos científicos suficientes para prestar la «asistencia sanitaria», lo que difiere de «facilitar el acceso» de los pacientes a esa asistencia sanitaria¹⁶.

Son varios los argumentos que se han manejado y que voy a intentar sintetizar para defender una interpretación restrictiva del sujeto activo de este delito. En primer lugar, la redacción del tipo que emplea el singular, «el profesional», para manifestar que el autor en ambas modalidades conductuales está sometido a un conjunto de requisitos en ambos casos, como lo es la condición de profesional del ámbito sanitario, la obligación de asistencia o permanencia en el servicio y la capacidad de producción de un riesgo grave para la salud de las personas¹⁷. En segundo lugar, desde una visión conjunta del tipo, aunque este sea de estructura alternativa, resulta distorsionador¹⁸ considerar que existen en su seno dos categorías distintas de autores, en las que se encuentran los garantes de evitación de riesgos para la salud, que necesariamente tienen que realizar una actuación salvadora de carácter sanitario, y los integrantes de otro colectivo similar al anterior, pero que no curan, diagnostican, pautan tratamientos etc. al no estar facultados, aunque pueden

¹⁴ GÓMEZ RIVERO, M. C., 2.ª, 2008, p. 631.

¹⁵ Que como se comprobaba «infra» es por la interpretación por la que me decanto, siguiendo la concepción moderada de aplicación del Derecho penal, teniendo presente su condición de «ultima ratio» y los principios limitadores del mismo. A este respecto son muy interesantes las propuestas y enfoque recogidos en el trabajo de CORCOY BIDASOLO, M., «Es posible limitar la intervención penal en el siglo XXI», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 1 (2001) (Ejemplar dedicado a: Protocolo I. Crisis del Derecho penal del Estado de Derecho: Manifestaciones y Tendencias) pp. 89-105.

¹⁶ ESQUINAS VALVERDE, P., 2006, p. 176.

¹⁷ ESQUINAS VALVERDE, P., 2006, p. 179.

¹⁸ GÓMEZ TOMILLO, M., 1999, 33, apunta que si el sujeto activo resulta que es distinto para cada una de las conductas, entonces el tipo no sería mixto alternativo, sino que se trata de dos delitos diferentes, por lo que ante esta consecuencia insostenible, considera que el sujeto activo del tipo es el mismo en ambas modalidades y no es posible diferenciar donde la ley no lo hace.

evitar el evento lesivo acercando al enfermo o accidentado al primer grupo de garantes. Ello conduce a los autores que sostienen esta posición a afirmar que el artículo 196 ha sido creado para recoger la peculiar posición jurídica de los que teniendo conocimientos y habilidades técnicas sanitarias «están especialmente dotados para preservar y, *sensu contrario*, para exponer a un foco de riesgo el bien jurídico de la salud de las personas»¹⁹ creando con ello una situación de desamparo cualitativamente más grave²⁰ que la indiferencia de cualquier otro ciudadano ante la misma situación requerido de auxilio. En tercer lugar, pese a que se puede sostener una interpretación extensiva admitida en el tenor literal del precepto analizado, por el principio de intervención mínima del Derecho penal es más conveniente exigir al sujeto activo de este delito que deba estar capacitado para prestar la asistencia sanitaria, porque de este modo podrá interrumpir o frenar el riesgo para la salud de las personas. Esta intervención mínima obedece a presupuestos de política-criminal y a un enfoque teleológico del precepto²¹. Por último, si se vincula el término profesional con la conducta típica y con el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos se ofrece un criterio que excluye a los profesionales del área sanitaria que realizan actividades en este ámbito, pero que no influyen de una forma negativa, directa e inmediata²² en la salud de las personas²³, por lo que no podrán ser garantes por esta vía.

¹⁹ ESQUINAS VALVERDE, P., 2006, p. 180.

²⁰ Apunta la existencia de un contenido de injusto característico recogido en el artículo 196 al analizarlo MOLINA FERNÁNDEZ, F., en: Bajo Fernández (Dir.), *Compendio de Derecho penal, Parte especial*, II, Madrid (Centro de Estudios Ramón Areces), 1998, 179.

²¹ ESQUINAS VALVERDE, P., 2006, pp. 178, 181.

²² Atendiendo a la inmediatez, ESQUINAS VALVERDE, P., 2006, p. 182 se muestra partidaria de «dejar fuera del tipo, por irrelevantes, las conductas de ciertos profesionales que, aunque puedan llevar a cabo tareas comprensibles en la acepción citada de «asistencia sanitaria», rara vez van a ocasionar con carácter «inmediato» un riesgo «grave» para la salud del enfermo: pensemos, *vg.*, en los facultativos encargados de la realización de pruebas diagnósticas, protésicos, técnicos en rehabilitación, bioquímicos que extraigan los resultados de los análisis clínicos». En mi opinión, debido a la división del trabajo y competencias, además del proceso de especialización que se impone en cada actividad, que conduce al trabajo en equipo, no se puede afirmar rotundamente que algunos de estos profesionales no influyan directamente en la no prestación de asistencia sanitaria, debido a que si se niegan a realizar una prueba o abandonan el servicio, influyen de manera directa, negativa e inmediata en la salud de las personas. Así, *p. ej.* los técnicos de laboratorio que no realizarán las pruebas de detección de covid a los pacientes que han ingresado en la urgencia.

²³ Así lo formula con gran acierto en mi opinión GARCÍA SANZ, J., «Responsabilidad penal por denegación de asistencia sanitaria a extranjeros», *Anales de la Facultad de Derecho, Univ. La Laguna*, 18-1 (2001), p. 355, excluyendo al personal de limpieza o administrativo.

2. El concepto de «profesional» del artículo 196 en la jurisprudencia

La mayoría de los hechos que han sido denunciados en este ámbito y han sido objeto del análisis y valoración por los tribunales²⁴ tienen como figura principal la del médico u otros profesionales sanitarios indiscutibles como las enfermeras²⁵.

²⁴ Antes del CP 1995 y bajo la vigencia del CP 1944/73 se encuentran pocas sentencias al respecto, y recordemos además que el artículo 196 nace con el CP 1995. Tres sentencias son citadas por la doctrina antes de la entrada en vigor del CP 1995 y que nos dibujan el estado de la cuestión en ese contexto normativo, en el que se denuncia a celadores o conductores de ambulancia por conductas omisivas que se subsumen en aquel momento en los artículos 371. 3.º, si es considerado funcionario por un delito de denegación de auxilio, y 489 ter. LA SAP Ávila 35/1995, 16-3 enjuicia la presunta omisión de un conductor de una ambulancia que transportaba a un paciente parapléjico y durante el trayecto se detuvo ante un grupo de personas que atendían a una víctima que sufría un paro cardíaco, y entre ellas había un médico. Se le hicieron varios requerimientos por los familiares del afectado al conductor para que le llevara a un centro sanitario, a lo que el conductor de la ambulancia se negó reiteradamente, conocedor de la urgencia del caso. La AP condenó al acusado como autor de un delito de omisión del deber de socorro del por entonces vigente artículo 489 ter. La SAP Guadalajara 55/1996, 24-6 también tiene que resolver un recurso de apelación de un conductor de ambulancia que es llamado de urgencia por la familia a las 11.30 de la noche ante el estado muy grave de la enferma. El conductor informa a la familia de que tiene un servicio a las cinco de la mañana con tres enfermos a los que tiene que transportar a sesiones de hemodiálisis, por lo que les dice a los familiares que se pongan en contacto con el puesto de la Cruz Roja, para que efectúen el traslado y, si no fuera posible, que le vuelvan a llamar. La AP entendió que no hubo un delito de omisión de socorro porque el acusado no se negó a facilitar cualquier solución o alternativa y por la no concurrencia de dolo, al tener la creencia el encausado «de que la enferma estaba convenientemente asistida». La SAP Navarra 155/1997, 1-9 se ocupa de la conducta omisiva de un celador en la urgencia sanitaria cuando recibe simultáneamente dos peticiones de auxilio: una presencial ante paciente con síntomas de infarto y otra una llamada telefónica de los familiares del enfermo, solicitando la presencia del único médico de guardia del establecimiento, pero sin advertir de que aquel se encontraba en peligro vital. El Tribunal considera en un primer término la conducta como una omisión, pero dentro del marco de la infracción de deber de cuidado, negando posteriormente que el celador hubiera infringido norma de cuidado alguna al verse inmerso en una situación de necesidad, confirmando así la sentencia de instancia, la cual absolvía al celador.

Lo que evidencian estas sentencias es que cualquier colaborador o trabajador de la sanidad genera unas expectativas desde la percepción social común, teniendo un deber de ayudar y allanar el camino para que cualquier víctima, accidentado o enfermo pueda recibir asistencia sanitaria, máxime si además se conciben, dentro de esa percepción colectiva, como funcionarios públicos. Y así lo afirma la Sentencia de la AP Guadalajara al tratar el concepto de funcionario aplicado al conductor de la ambulancia para su posible comprensión dentro del artículo 371, 3.º CP 1944/73 y afirma que «ello es así dado que según doctrina jurisprudencial, la cualidad de funcionario a efectos penales no puede subordinarse, ni hacerse depender de su vinculación o cualificación administrativa, ni de las definiciones contenidas en las normas reguladoras de su relación con la Administración Pública, sino que ha de atenderse al artículo 119 del CP, que solo hace depender tal cualidad del hecho concreto y real de que una persona se halle participando más o menos permanente o temporalmente en el ejercicio de funciones públicas».

²⁵ Véase al respecto las SAP Granada 689/1999, 16-10; SAP Murcia 25/2000, 1-3; STSJ Andalucía 7/2000, 10-3; AAP Soria, 194/2001, 31-7; STS 2252/2001, 29-11; AAP Barcelona, 10 de septiembre de 2002; AAP Barcelona, 23 de septiembre de 2002; AAP Soria 118/2003, 5-6; AAP Lleida 68/2004, 11-2; AAP Madrid, 260/2004, 25-5; AAP Madrid 369/2004, 13-7; AAP Madrid 2292/2004, 20-7; AAP Cantabria 107/2004, 16-9; AAP Madrid 336/2005, 31-1; STS 56/2008, 28-1; SAP Coruña 30/2008, 30-5; SAP Valladolid 353/2008, 17-12; AAP Tarragona 138/2009, 6-4; SAP Barcelona 831/2010, 15-11; AAP Santa Cruz de Tenerife, 10 de diciembre de 2010; AAP Madrid, 322/2011, 7-6; AAP 357/2012, 24-5; SAP Ciudad Real 24/2014, 9-10; STSJ Castilla-La Mancha 1/2015, 11-2; STS 648/2015, 22-10; SAP Almería 265/2018, 23-5; SJP Ciudad Real 4545/2018, 12-1; SJP Oviedo 138/2019, 17-5; SAP Cádiz 7/2020, 8-1.

Porello, es interesante a este respecto la Sentencia de la AP Sevilla 610/2006, que tiene la oportunidad de analizar la figura del celador²⁶ dentro del sistema sanitario y a los efectos del artículo 196, al ser interpuesta una denuncia por los hechos que sintéticamente se recogen de la sentencia: Un conductor perdió el control de su vehículo por un episodio cardiaco, empujándose contra unos contenedores y uno de los testigos, ante el suceso presenciado, se dirigió al centro de salud, que se encontraba a unos cincuenta metros. Siendo atendido por el celador del Servicio Especial de Urgencias. El celador no salió a ver lo que ocurría y procedió a llamar al 061, donde le indicaron que ya tenían conocimiento del hecho y que habían mandado una unidad móvil al lugar. El celador también avisó al médico de guardia y le informó de que había llamado al 061. El médico decidió permanecer en el centro de salud. El conductor no había fallecido en el momento en que el celador y el médico de guardia tuvieron conocimiento de lo sucedido.

En este caso se deslinda y se afirma con rotundidad, por el propio tribunal del jurado y posteriormente por el TSJ Andalucía²⁷ a propósito del recurso de apelación interpuesto, que el celador es personal no sanitario frente al médico que sin duda lo es. Y para ello se basan, como expone la sentencia, en la prueba documental consistente en el Certificado expedido por el Instituto Nacional de Previsión del Ministerio de Trabajo. Por esta razón, en el procedimiento con Jurado no se condena al celador por el artículo 196, pero sí por el artículo 195 CP, omisión de socorro pura²⁸.

En un Auto de la AP de Madrid 643/2012, 13-9 se recogen los argumentos del Juzgado de Instrucción por el que se dicta el sobreseimiento provisional de una querrela al considerar la ausencia de elementos del tipo del artículo 196, y entre sus razones afirma que el personal auxiliar no es especialista en medi-

²⁶ En la SAP Barcelona 15/2009, 25-5 también resulta acusada por un delito de denegación de asistencia sanitaria y abandono de los servicios la recepcionista de un hospital, pero no se entra a dirimir la cuestión de si su condición entra dentro del término «profesional», pues se absuelve por otras cuestiones. Otro supuesto interesante es el que se plantea en el AAP Madrid 122/2010, 15-2 sobre la denegación del servicio de teleasistencia médica y de ambulancia, en el que tampoco se trata la dimensión semántica del término «profesional», porque en este supuesto no se ha probado, ni alegado que «se produjera una situación del peligro concreto para la salud de la querellante, por cuya razón está ausente uno de los elementos constitutivos del tipo penal», en cuyo caso, considera la falta de tipicidad, indicando que se trata de un ilícito administrativo. En el Auto de la AP Rioja 115/2010, 26-4 se denuncia a la empresa de ambulancias, pero se dicta el sobreseimiento por no cumplirse algunos de los elementos del tipo del artículo 196 como la falta de dolo o de peligro concreto, sin entrar a valorar si la empresa de ambulancias siquiera puede ser sujeto activo del delito.

²⁷ STSJ Andalucía 10/2007, 26-4.

²⁸ En el recurso de apelación resuelto por el TSJ Andalucía se absuelve al celador del delito de omisión pura por considerar que su actuación no fue omisiva y que hizo todo lo que le concernía, por lo que le causa extrañeza al Tribunal tal condena ya que «no acaba de saber qué otra conducta distinta a la que llevó a cabo le era exigible para no incurrir en responsabilidad penal».

cina, por lo que se infiere que no puede ser sujeto activo del delito. Y el Auto, ahondando en esta línea y a propósito de que mantiene que la figura del artículo 196 es una derivación del artículo 195 considerándolo como una suerte de subtipo agravado, como muchas otras resoluciones, considera que es una omisión específica del profesional sanitario²⁹.

En un Auto de la AP Barcelona de 7 de febrero de 2005 se trata el caso de un niño que sufre una caída en los vestuarios de una piscina, quedando inconsciente, siendo denunciadas las monitoras del AMPA y las de la piscina. El Juzgado sobresee y la AP Barcelona desestima el recurso de apelación presentado por los padres. Para ello la Audiencia argumenta que no concurre una situación de desamparo, no sin antes hacer referencia al concepto de profesional y los sujetos activos del delito y expone que el artículo 196 del CP «que va referido a los profesionales del ámbito sanitario, no sería aplicable a ninguno de los intervinientes en el hecho y que, forzando la tipicidad, únicamente podría ser hipotéticamente aplicable a los socorristas del centro, pero no a los restantes denunciados, a los que correspondería el tipo penal del artículo 195.» Y sigue incidiendo en la cuestión y manifiesta que «en lo que atañe al delito del artículo 196, ya se ha dicho que no resulta de aplicación por la especificidad del sujeto activo. A mayor abundamiento, se ha de tener presente que, en aquellos momentos, la única profesional en el centro con supuestos conocimientos sanitarios era la socorrista Alejandra». De lo extractado, se infiere que la Audiencia no tiene duda alguna en afirmar que las monitoras no son sujeto activo del delito, pese a que son profesionales, por lo que ello nos conduce a concluir que se inclina por una cierta restricción en el término, aunque en el caso de los socorristas mantiene una puerta abierta a través de considerar que estos tienen supuestos conocimientos profesionales, como pueden ser los primeros auxilios, circunstancia que se baraja por la Audiencia para plantearse hipotéticamente la entrada dentro del término de la figura del socorrista.

En resumen, la jurisprudencia no se ocupa de una manera profunda y extensa del concepto de profesional que se debe acoger en el tipo y pasa de puntillas sobre el tema en las pocas ocasiones que tiene de analizar figuras comprometidas como puede ser la del celador, la del conductor de ambulancia, recepcionistas, socorristas, personal auxiliar etc., porque, como he puesto de manifiesto, casi todas las sentencias analizan supuestos en los que son los médicos de guardia o especialistas los sujetos investigados y posteriormente acusados. Sí se puede extraer de esta exigua argumentación jurisprudencial que la inclinación deriva en una interpretación del concepto profesional en sentido

²⁹ También se ciñe al personal sanitario como sujeto activo del delito el Auto de la AP Girona 40/2002, 20-2.

restrictivo, siendo solo sujetos activos los profesionales que pueden prestar una asistencia sanitaria, pese a que las acusaciones a través de sus denuncias o querrelas pretendan una aplicación amplia del precepto del artículo 196 CP.

También se constata que la jurisprudencia no nos ofrece ninguna orientación exegética para la delimitación y definición del término, más allá de una regla formal en una de las resoluciones referidas anteriormente con remisión a leyes extrapenales o normas administrativas, que pueden dar un sustento colateral o funcional, pero que no son criterios definitivos y que por su simplicidad pueden derivar en un automatismo de respuesta nada aconsejable, no realizando una interpretación en conjunto de todos los elementos del tipo y teniendo en cuenta por otro lado la naturaleza del tipo.

3. El concepto de profesional y su relación con los otros elementos de la descripción típica y la naturaleza del delito. Toma de posición

No me puedo ocupar en estas páginas con la extensión y profundidad que merece la interpretación del término y su conexión con el resto de los elementos del delito y la naturaleza del mismo, y además esta última cuestión, que, en mi opinión, es trascendental, requiere de mayor desarrollo y argumentación de los que aquí voy a ofrecer; no obstante, en esta primera aproximación intentaré realizar un esbozo de algunas conclusiones a las que he llegado.

En mi opinión, la naturaleza del delito del artículo 196 vertebrada toda su exégesis y aplicación práctica, con lo que con su definición se consigue una estructura cohesionada del mismo, y precisamente por su importancia habría que alcanzar un consenso; sin embargo la cuestión es debatida por la doctrina especializada. Se ha mantenido que el artículo 196 es un delito de omisión pura, un subtipo agravado del artículo 195, por lo que no goza de autonomía propia, un delito de omisión de garante³⁰ y autónomo³¹ del artículo 195 CP, un delito de omisión sin necesidad de posición de garante³², porque es un deber genérico el que se contempla e incluye en su descripción, un delito de omisión

³⁰ GÓMEZ TOMILLO, M., 1999, pp. 18 ss.

³¹ HUERTA TOCILDO, S., *Principales novedades de los delitos de omisión en el Código Penal de 1995*, Valencia (Tirant lo Blanch), 1997, pp. 67 ss. aboga claramente por la autonomía de este delito, su deslinde del artículo 195 CP y su necesaria introducción en el Código, constituyendo un *aliud* aunque se encuentre en el mismo título y bajo la misma rúbrica de la omisión de socorro. Considera además esta autora que el artículo 196 CP es un delito de comisión omisiva (pp. 65 ss.)

³² GÓMEZ RIVERO, M. C., 2.ª, 2008, p. 627 considera que es un delito de omisión pura cualificado en razón de los sujetos activos.

y resultado³³, incluso un caso de comisión omisiva³⁴ al exigir un resultado de peligro y, derivado de ello, un delito especial propio o impropio, si se plantea, en este último caso, que el delito básico y común es el artículo 195 de omisión del socorro. Como se comprueba, no hay hipótesis en la que no se haya encajado el artículo 196 CP.

De un modo muy sintético, sostengo que la figura típica del artículo 196 es un delito que corresponde al campo de la omisión, es un delito especial propio, es decir, autónomo, aunque es innegable que comparte con la omisión de socorro el tronco común del valor de la solidaridad como fin político-criminal para establecer unos niveles de convivencia en la sociedad, pero en el artículo 196 se protegen directamente otros bienes jurídicos como la salud y la vida, con un elemento necesario que puede estar presente también en las omisiones puras³⁵, como es que el sujeto activo tiene que ser garante, por lo que no tiene un deber general de solidaridad, sino que se trata de un deber especial y reforzado y ello porque se exige que se derive de su actuación un riesgo grave para la salud. Y este es otro elemento más para defender la autonomía de este delito, ya que las omisiones puras constituyen delitos de mera conducta sin imputación normativa de un resultado. La exigencia de la producción del resultado, cuya naturaleza también se ha debatido, es, en mi opinión y en una primera aproximación sujeta a un posterior desarrollo, un resultado de peligro y además de peligro concreto³⁶. Y el delito es un delito de comisión omisiva (en terminología tradicional comisión por omisión) sin equivalencia comisiva³⁷, porque nos encontramos ante un delito de resultado de peligro generado por una conducta omisiva, o también llamado delito de omisión y resultado³⁸. En

³³ Así, RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *La omisión de socorro en el Código Penal*, Madrid (Tecnos), 1966, pp. 77 y s.

³⁴ HUERTA TOCILDO, S., 1997, pp. 65 ss. en particular p. 73.

³⁵ En ese caso se trata de omisiones puras de garante, que suponen un grado intermedio entre la omisión pura sin posición de garante con un deber general y la comisión omisiva. Un garante también puede realizar el tipo de resultado en comisión comisiva (activa en terminología tradicional), pero en estos casos, en estructuras comisivas, no se alza la posición de garante como elemento imprescindible.

³⁶ Sobre los delitos de peligro y el concepto de peligro, cfr. CORCOY BIDASOLO, M., «Exigibilidad en el ámbito del conocimiento y control de riesgos: teorización», *Revista Catalana de Seguretat Pública*, 13, 2003, pp. 31-43, [en línea] <https://raco.cat/index.php/RCSP/article/view/133118> [Consulta: 15 de noviembre de 2021].

³⁷ Considero que el artículo 316 CP tienen la misma naturaleza jurídica.

³⁸ Refiriéndome a la terminología y a la clasificación tripartita formula RODRÍGUEZ MOURULLO, G., 1966, pp. 77 y s., el cual considera que existen delitos omisivos a los que se anuda un determinado resultado, que constituyen impropios delitos de omisión regulados legalmente y que «son siempre necesariamente delitos de omisión, es decir, de imposible realización a través de un hacer positivo». HUERTA TOCILDO, S., 1997, p. 70 y s. considera críticamente que dicha categoría no supone un tercer género, sino que es una simple variante de la comisión omisiva, lo que también se puede sostener, si se tienen en cuenta las características que atinadamente subrayó Rodríguez Mourullo, G., aunque yendo más allá afirma que los delitos de omisión y resultado «no integran una categoría homogénea» (p. 72).

efecto, no se trata solo de omisiones puras de garante, porque el tipo exige que la omisión genere una agravación del peligro en la mayoría de los casos y no se conforma con la simple denegación de asistencia sanitaria o el abandono de los servicios, castigándola en sí misma, lo que nos colocaría en el terreno de la omisión pura y la mera actividad, siendo entonces el tipo un subtipo agravado de la omisión de socorro con un círculo especializado y restringido de garantes. El tipo exige que de esa denegación de asistencia sanitaria o del abandono de los servicios se agrave un riesgo preexistente, por lo que si no se produce esa relación de riesgo normativa³⁹, si el agravamiento del paciente no se puede imputar objetivamente, no es posible aplicar este tipo y aquí se encuentra la verdadera clave de bóveda de esta norma.

Por otro lado, esa relación de riesgo no se basa en la creación del mismo, sino en su agravamiento, ya que se trata de sujetos pasivos, víctimas, que necesitan una asistencia sanitaria, al encontrarse en una situación de riesgo para su salud, aunque sea leve, en origen. En consecuencia, atendiendo a que la omisión agrave la situación del necesitado-requiere de asistencia sanitaria, en este tipo no se castiga la no evitación del resultado, sino la producción normativa con la conducta omisiva de un resultado de peligro. El garante es un garante de producción del resultado⁴⁰ y no de evitación del resultado⁴¹. Si fuera un garante de evitación del resultado serían muchos los sujetos activos incluidos en el tipo, pero de este modo solo pueden ser los profesionales que incrementen el peligro hasta convertirlo en grave para la salud. Y solo lo incrementan aquellos profesionales que influyan en el proceso de manera directa, negativa e inmediata. Por tanto, solo los que pueden realizar una asistencia

³⁹ A la que antecede una relación de causalidad, pues no descarto que la misma se pueda sostener en el ámbito de los delitos omisivos, como apuntó RODRÍGUEZ MOURULLO, G., 1966, 48 ss., ya que las conductas humanas son complejas y están conformadas por lo que se hace y no se hace, porque ese hacer no se desarrollaría en toda su potencialidad, si se interrumpiera o evitara, por lo que finalmente se trata de un cúmulo de condiciones positivas y negativas, que concurren casualmente para conformar de un modo concreto e irreplicable espacio-temporalmente un suceso.

⁴⁰ Utilizo esta expresión para resaltar la contraposición que existe entre ambas clases de garantes y su relación con el resultado. El garante de evitación del resultado es un garante que no interfiere en la creación o aumento del peligro y que tiene como función la de evitar la producción de este. Sin embargo, el garante de producción del resultado es aquel sujeto activo del delito que con su propia conducta crea o aumenta los niveles de producción del resultado, cuando precisamente tiene la función social de garantizar la protección del bien jurídico, y no solo no garantiza la protección del bien jurídico ante peligros externos, sino que por el contrario lo lesiona, en contextos además en que solo el garante puede «hacer algo» por proteger ese bien jurídico, que se presenta desvalido y en sus manos. No se debe entender, por tanto, en el sentido de que garante en unión al complemento nominal: producción del resultado, signifique que el garante tiene que garantizar que se produzca el resultado. El complemento nominal tiene la función de adjetivar o completar el significado del nombre y así podemos decir garante de noche, garante de día, garante de pacotilla, etc. sin estar aludiendo específicamente a la función de garantía como significado propio de la palabra garante.

⁴¹ Cfr. Roso, 2020, 1029 ss.

sanitaria en su sentido estricto por tener un título habilitante y una experiencia pueden ser sujetos activos de este delito.

Los celadores, conductores de ambulancia, recepcionistas, personal de teleasistencia etc., es decir, todo aquel personal de la sanidad cuya función reside en facilitar el acceso a la asistencia sanitaria no son sujeto activo de este delito, porque son garantes de evitación del resultado y no de producción de este, por lo que su influencia en el proceso de agravación del riesgo para la salud no es directo e inmediato⁴². Si no facilitan el acceso de manera dolosa, no evitan, no paralizan el proceso de que el peligro siga su curso degenerando en una lesión; ahora bien, en algunos supuestos se puede contemplar incluso la hipótesis de la interrupción de un curso causal salvador por obstaculizar el acceso a la asistencia, y entrar con esa base argumentativa en el terreno de la comisión omisiva de un delito de lesiones o de homicidio, si se llega a producir el resultado lesivo, porque se afirme la imputación objetiva y consecuentemente la relación de riesgo entre la omisión y la producción del resultado, (o una tentativa comisiva omisiva de los anteriores delitos). Para el caso de que el análisis de la imputación objetiva sea negativo, la conducta omisiva se castiga en sí misma dentro del marco del artículo 195 CP o del artículo 412.3 CP, cuando el sujeto activo es un funcionario. En conclusión, las conductas omisivas de estos profesionales no quedan impunes si se extraen del círculo de autores del artículo 196 CP.

Tampoco los bomberos, policías, miembros de la guardia civil, fuerzas armadas, socorristas etc. son, en mi opinión, y en esta primera aproximación y estudio del precepto, sujetos activos del delito. En primer lugar, no forman parte de los servicios sanitarios, por lo que el concepto de profesional en este supuesto ya trascendería del ámbito sanitario, optando claramente por una interpretación extensiva, que, atendiendo a la naturaleza del delito y a argumentos político-criminales «supra» referenciados, no parece la más recomendable. Y esta posición es consistente y sostenible si se trata, además, como en el caso anterior, de facilitar la asistencia sanitaria que va a dar un tercero capacitado para ello. La cuestión se torna más discutible cuando estos profesionales no sanitarios realizan una labor de asistencia sanitaria básica, dando lugar a posturas encontradas en la doctrina⁴³, como ocurre con la primera asistencia de realización de los primeros auxilios, para los que estos profesionales suelen estar formados. No obstante, me inclino por no incluir a los profesionales no

⁴² Precisamente, por ello, se puede aplicar en estos casos el artículo 195. 2, porque estos profesionales de la sanidad están impedidos para prestar el socorro específico que necesita el paciente.

⁴³ Cfr. por todos, ESQUINAS VALVERDE, P., 2006, pp. 187 ss.

sanitarios dentro del artículo 196 CP, con base en una interpretación integrada de los elementos del tipo, atendiendo a la naturaleza de la norma como delito de comisión omisiva sin equivalente comisivo y en coherencia con una posición de garante «de producción» del resultado y no «de evitación» del resultado, más propia de los delitos de omisión pura de garante, que exige un deber especial y específico del sujeto activo, ya que la norma no es solo imperativa, sino que subyace en el precepto una norma prohibitiva, que obliga a determinados profesionales a no incrementar el peligro para el bien jurídico salud, integridad física y vida, puesto que su formación y experiencia les capacita en la mayoría de los casos solubles a eliminar ese peligro para la salud, y la no asistencia debida y el abandono de la misma generan por sí mismas, desde el análisis probabilístico, el incremento de este peligro para la salud. Además, es una posición de garante indiscutiblemente fortalecida, porque en ese contexto el profesional-omitente-garante tiene el dominio del hecho sobre la producción del resultado de peligro. El sanitario es el único que puede realizar una actuación salvadora que interrumpa el proceso peligroso para ese paciente y situación concreta. La mejor posición del sanitario para proteger el bien jurídico también le coloca en una situación inigualable para incrementar el peligro sobre la salud del sujeto pasivo. Desde la posición y función social que ostenta debe paralizar el proceso, no debe dejar que siga su curso, y si no lo hace lo agrava, porque tiene en sus manos la capacidad para hacerlo hasta desaparecer.

Los profesionales no sanitarios, en mi opinión, son garantes de evitación, lo que daría lugar a una omisión de garante intermedia⁴⁴ entre la omisión pura y una comisión omisiva, ya sea con resultado de peligro o de lesión. Esta hipótesis no se encuentra en el CP y con el espacio de juego normativo actual hay que subsumir su omisión dentro del artículo 195, aun cuando su deber no es el general, el de cualquier ciudadano, o en el artículo 412.3. Distinta es la cuestión de que el tipo describa con acierto la situación y la posición social de estos profesionales y la pena sea proporcional al injusto generado por sujetos que están en un escalón por encima de la generalidad de los ciudadanos, lo que debe conducir a una reforma del CP en este sentido.

Por último, y brevemente, en cuanto a los verbos típicos y a la estructura mixta alternativa de las actuaciones seleccionadas, pese a que cabría dentro del tenor literal del precepto interpretaciones extensivas del término «profesional» sin violentar la semántica del mismo, como ya he apuntado, sobre todo en el caso del «abandono», sin embargo, siguiendo con la opción interpretativa de una visión global e intrasistemática del precepto, se prefiere nuevamente por

⁴⁴ Porque tienen obligación de actuar y ayudar como expone ESQUINAS VALVERDE, P., 2006, pp. 189 ss.

razones de política-criminal y de coherencia que se circunscriba a los profesionales sanitarios que tengan capacidad para dar una asistencia sanitaria, y ello se deduce de que existe otra forma implícita en el delito para restringir su aplicación, como lo es que la restricción del círculo de autores se produzca «tácitamente» a través de la conducta típica o del objeto material del delito⁴⁵. En el caso del artículo 196 la redacción del precepto implica que el profesional tenga la capacidad de ofrecer una asistencia sanitaria, concepto que en mi opinión hay que entender en sentido estricto, por lo que va referido a profesionales con conocimientos y formación suficiente para establecer un diagnóstico, poner un tratamiento o llevar el proceso de elaboración de una prueba, entrando en esta descripción médicos y todo su personal de apoyo en pruebas y laboratorios; y para el caso del abandono del servicio, el precepto se puede ampliar, y entender que el celador que abandona su puesto, el conductor de una ambulancia que abandona su puesto están realizando el tipo. La prestación del servicio sanitario, efectivamente, es un engranaje de funciones que conforman un gran equipo, pero el abandono de cualquier puesto no puede dar lugar a una desasistencia, por las razones ya expuestas, por lo que con el verbo típico «abandono», como tipo alternativo mixto, tampoco considero que se comprende a todo profesional de la sanidad.

⁴⁵ En el caso del artículo 196 CP considero que el diámetro del círculo de autores no solo viene caracterizado por el sustantivo «profesional», sino también por la propia conducta típica, ya que como sostiene GÓMEZ MARTÍN, V., *Los delitos especiales*, Edisofer (Madrid), 2006, p. 55, partiendo de un concepto simple de delito especial para concretarlo posteriormente, «en los delitos especiales, la limitación de la autoría no obedece a una única razón político-criminal, sino a una pluralidad de fundamentos». Tb, pp. 21, 59, 65 ss. en donde se ocupa con una exposición extraordinariamente clara de la fundamentación de los delitos especiales y de las posiciones de diversos autores acompañado de un relevante análisis crítico, tb. p. 751.

OBSERVACIONES SOBRE LA RELEVANCIA PENAL DE LA DIFUSIÓN NO AUTORIZADA DE GRABACIONES O IMÁGENES ÍNTIMAS OBTENIDAS CON EL CONSENTIMIENTO DE LA VÍCTIMA

M.^a ÁNGELES RUEDA MARTÍN*

El CP de 1995 otorgó un tratamiento global y más coherente sistemáticamente a la tutela penal de la intimidad y una muestra es que los «Delitos contra la intimidad, el derecho contra la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio» ganaron «*nomen iuris*»¹. En la rúbrica del Título X del CP existe una referencia expresa a los delitos contra la propia imagen, que se concretaba inicialmente en la figura delictiva tipificada en la modalidad del artículo 197, núm. 1, referida a la utilización de artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación². El derecho a la propia imagen se encuentra estrechamente vinculado con el derecho a la intimidad, puesto que versan sobre la protección de un ámbito privado reservado para la propia persona y del que quedan excluidos los

* Catedrática de Derecho penal y miembro del Instituto Universitario de Investigación en Empleo, Sociedad Digital y Sostenibilidad (IEDIS) de la Universidad de Zaragoza. La realización del trabajo que se presenta a los lectores desarrolla uno de los objetivos de investigación del Grupo de Estudios Penales de la Universidad de Zaragoza, reconocido como grupo de investigación de referencia por el Departamento de Innovación, Investigación y Universidad del Gobierno de Aragón (BOA de 26 de marzo de 2020).

¹ Véase en este sentido MORALES PRATS, F., en Quintero Olivares, G. (Dir.); Morales Prats, F. (Coord.), *Comentarios al Código Penal Español, Tomo I (artículos 1 a 233)*, 7.^a ed., Pamplona (Thomson Reuters Aranzadi), 2016, p. 1430.

² Estiman, sin embargo, que la imagen no tiene protección penal LÓPEZ BARJA DE QUIROGA J., y PÉREZ DEL VALLE, C., en Conde-Pumpido Ferreiro (Dir.), *Código penal, Doctrina y Jurisprudencia, Tomo II*, Madrid (Trivium), 1997, p. 2316; y QUERALT JIMÉNEZ, J., *Derecho penal español, Parte Especial*, 7.^a ed. revisada y actualizada con las Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015, de 30 de marzo, 1.^a ed. en la Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 284.

demás, a reserva de la voluntad de cada individuo de compartir dicho ámbito³, por lo que se valora muy positivamente la inclusión explícita de los delitos contra la propia imagen. En concreto, la protección penal se centra en la facultad de la persona de decidir respecto al empleo de su imagen, como medio de garantizar la capacidad del individuo de controlar en la medida de lo posible, la difusión de un elemento tan personal como la propia efigie⁴. La protección penal de la imagen se ha reforzado con la nueva figura delictiva introducida en el artículo 197.7 del CP por la LO 1/2015, de 30 de marzo, que ha incorporado una nueva modalidad de ataque sobre la intimidad⁵, fundamentalmente en el marco de las tecnologías de la información y de la comunicación (TIC): «será castigado con una pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a doce meses el que, sin autorización de la persona afectada, difunda, revele o ceda a terceros imágenes o grabaciones audiovisuales de aquélla que hubiera obtenido con su anuencia en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros, cuando la divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal de esa persona. La pena se impondrá en su mitad superior cuando los hechos hubieran sido cometidos por el cónyuge o por persona que esté o haya estado unida a él por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, la víctima fuera menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección, o los hechos se hubieran llevado cometido con una finalidad lucrativa»⁶. Esta nueva figura delictiva mantiene el novedoso criterio polí-

³ Véanse Espín, E., en López Guerra, L.; Espín, E.; García Morillo, J.; Pérez Trempe, P., y Satrústegui, M. (Dir.), *Derecho Constitucional, Volumen I, El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*, 11.ª ed., Valencia (Tirant lo Blanch), 2018, p. 206; JUANATEY DORADO, C., y DOVAL PAÍS, A., «Límites de la protección penal de la intimidad frente a la grabación de conversaciones o imágenes», en Boix Reig, J. (Dir.), y Jareño Leal, M. Á. (Coord.), *La protección jurídica de la intimidad*, Madrid (Iustel), 2010, pp. 127 ss.

⁴ Véase la definición constitucional del derecho a la propia imagen efectuada por Espín, E., 2018, p. 206. NAVAS SÁNCHEZ, M. M., «El uso informativo de la imagen. Imágenes inocuas, hechos “noticiales” o de cuán relevante ha de ser la imagen en cuanto información gráfica», *Indret*, núm. 1/2017, p. 6 señala también que la protección que específicamente deriva del derecho a la imagen «se refiere a la captación y/o publicación de imágenes que pudiéramos denominar inocuas o neutrales. Esto es, basta con que muestren, sin consentimiento del titular, su aspecto físico de modo tal que lo haga reconocible. La relación con la vida privada de la persona, con ese ámbito personal que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, se trata de salvaguardar a través de este derecho no vendría dada por la circunstancia de que las fotografías contuviesen información visual alguna sobre la vida privada del sujeto, que no sería necesario, sino con la idea de que es al sujeto al que le corresponde controlar la información gráfica que concierne a su persona, para autorizar o impedir su divulgación».

⁵ De acuerdo RUIZ DE VELASCO PÉREZ, M., «Protección de la intimidad a través de la salvaguarda de las imágenes o grabaciones realizadas con consentimiento, pero difundidas sin dicho consentimiento», *ADPCP*, vol. LXXIII, 2020, pp. 754 ss., aunque estima que el derecho a la propia imagen constituye un bien jurídico autónomo. No obstante, la relevancia penal de su lesión lo vincula a la afectación del bien jurídico intimidad.

⁶ En la jurisprudencia y en una parte de la doctrina se utiliza la denominación *sexting* para aludir a esta conducta delictiva. Véanse, por ejemplo, la STS núm. 70/2020, de 24 de febrero; ALONSO DE ESCAMILLA, A., en Lamarca Pérez, C. (Coord.), *Delitos. La parte especial del Derecho penal*, 5.ª ed., Madrid (Colex), 2020,

tico-criminal en la protección penal de la intimidad de penalizar el acceso lícito previo a la intimidad de una persona con una posterior extralimitación en el uso de la misma no consentido.

Antes de la introducción de esta conducta delictiva, la relevancia penal de conductas consistentes en difundir, revelar o ceder a terceros imágenes o grabaciones audiovisuales de una persona que se hubieran obtenido con su anuencia en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros desaparecía, con carácter general, porque concurría el consentimiento de la persona afectada en la captación de las imágenes o grabaciones audiovisuales, de modo que ese comportamiento era considerado impune aunque hubiera tenido lugar después una difusión no consentida de dichas grabaciones, fotografías, etc.⁷ Sin embargo, en la reforma penal operada por la LO 1/2015 penaliza estos supuestos «en los que las imágenes o grabaciones de otra persona se obtienen con su consentimiento, pero son luego divulgados contra su voluntad, cuando la imagen o grabación se haya producido en un ámbito personal y su difusión, sin el consentimiento de la persona afectada, lesione gravemente su intimidad» (Exposición de Motivos).

La tipificación como delito de esta nueva figura delictiva tiene mucho que ver con el avance de las tecnologías de la información y de la comunicación (TIC)⁸. Hoy en día se accede de forma muy fácil y continua al ciberespacio a

pp. 236 ss.; PÉREZ CONCHILLO, E., *Intimidad y difusión de sexting no consentido*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2018, pp. 11 ss. Esta denominación no parece muy ajustada, sin embargo, a todos los supuestos que abarca el delito tipificado en el artículo 197.7 del CP, al referirse únicamente a la difusión, revelación o cesión no autorizada de grabaciones o imágenes íntimas de carácter sexual o erótico, obtenidas con el consentimiento de la víctima. Como se verá más adelante, el artículo 197.7 contempla también grabaciones o imágenes íntimas de diferente contenido. Véanse en este sentido también, entre otros, DE LAS HERAS VIVES, L., *Protección penal de la intimidad. Una revisión crítica a propósito del nuevo artículo 197.7 del código penal español*, 2018, (tesis doctoral), disponible en: <https://www.tdx.cat/handle/10803/461084#page=1>, p. 572; RUIZ DE VELASCO PÉREZ, M., 2020, pp. 748, 749 y 750. PÉREZ CONCHILLO, E., ob. cit., p. 82 asume, no obstante, esta discordancia a la hora de utilizar el término *sexting*.

⁷ Véase, por ejemplo, el análisis efectuado por VALEIJE ÁLVAREZ, I., «Intimidad y difusión de imágenes sin consentimiento», en Carbonell Mateu, J. C.; González Cussac, J. L.; Orts Berenguer, E.; Cuerda Arnau, M. L. (Dir.), *Constitución, Derechos fundamentales y Sistema penal. (Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del Profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, Tomo II, Valencia (Tirant lo Blanch), 2009, pp. 1865 ss.; PÉREZ CONCHILLO, E., 2018, pp. 53.

⁸ Véanse ROMEO CASABONA, C. M., en Romeo Casabona, C. M.; Sola Reche, E.; Boldova Pasamar, M. A. (Coords.), *Derecho penal, Parte Especial conforme a las leyes orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo*, Granada (Comares), 2016, p. 268; ALONSO DE ESCAMILLA, A., 2020, p. 238; COLÁS TURÉGAÑO, M. A., «Nuevas conductas delictivas contra la intimidad (arts. 197; 197 bis; 197 ter)», en González Cussac, J. L. (Dir.); Matallín Evangelio, Á., y Górriz Royo, E. (Coords.), *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2015, p. 665; CARRASCO ANDRINO, M. M.; MOYA FUENTES, M. M., y OTERO GONZÁLEZ, P., «Delitos contra la intimidad: art. 197.4 bis CP», en Álvarez García, J. (Dir.); Dopico Gómez-Aller, J. (Coord.), *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma penal de 2012*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2013, p. 709; LLORIA GARCÍA, P., «La violencia sobre la mujer en el siglo XXI: sistemas de protección e influencia de las tecnologías de la información y la comunicación en

través de dispositivos móviles y otros medios tecnológicos similares, de modo que bienes jurídicos tales como la intimidad personal y familiar se involucran en el ciberespacio a través de las TIC para permitir su desarrollo en las modernas sociedades. Las características de este escenario agravan cualquier lesión del bien jurídico aludido por los siguientes factores. Por un lado, por las dimensiones colosales del número de usuarios, las frecuencias de acceso y uso por parte de los mismos que refleja el carácter asequible del ciberespacio, así como la libre circulación y navegación, tanto para emitir, transferir y difundir información como para acceder a ella por medio de la red, de forma anónima y cómoda⁹. El control sobre la publicidad de la información relativa a la persona desaparece absolutamente en este contexto, sin que sea posible establecer órganos o instituciones de control de la información que circula por el ciberespacio¹⁰. Una vez que se ha puesto en circulación una imagen o una grabación a través del ciberespacio es prácticamente imposible frenar su acceso y difusión. Resulta más grave, entonces, la lesión del bien jurídico indicado si se utilizan las TIC, ya que el menoscabo de la intimidad personal tiene mayor permanencia en el tiempo y llega a todo el mundo, por lo que su dañosidad es más intensa¹¹. Los motivos que se han expuesto explican y fundamentan la introducción de este novedoso delito autónomo contra la intimidad y el derecho a la propia imagen¹². No obstante, esta figura delictiva ha recibido unas fuertes críticas por parte de un sector doctrinal por

su diseño», *La Ley Penal*, núm. 138, 2019, p. 4; CARRASCO ANDRINO, M. M., en Álvarez García, J. (Dir.); Ventura Püschel, A. (Coord.), *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial. I. Delitos contra las personas*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2021, pp. 1464 y 1465; Circular 3/2017, de la FGE, p. 5, disponible en el enlace https://www.boe.es/buscar/abrir_fiscalia.php?id=FIS-C-2017-00003.pdf.

⁹ Véanse expresamente ROMEO CASABONA, C. M., «De los delitos informáticos al cibercrimen. Una aproximación conceptual y político-criminal», en el mismo (Coord.), *El cibercrimen: Nuevos retos jurídico-penales, nuevas respuestas político-criminales*, Granada (Comares), 2006, p. 3, y LIVINGSTONE, S., y MILLWOOD, A., «Harmful to Children. Drawing Conclusions from Empirical Research on Media Effects», en Carlsson, U. (Coord.), *Regulation, Awareness, Empowerment. Young people and harmful media content in the digital age*, 1.ª ed., Nordicom (Göteborg University), 2006, 26.

¹⁰ Véanse RUEDA MARTÍN, M. A., *La nueva protección de la vida privada y de los sistemas de información en el Código penal*, Barcelona (Atelier), 2018, pp. 33 ss.; ROMEO CASABONA, C. M., 2006, p. 3; HERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, A., y RAMÓN FERNÁNDEZ, F., «El derecho a la propia imagen de los menores en los medios de comunicación y redes sociales», *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 20, 2009-2, p. 31.

¹¹ Véanse VALEIJE ÁLVAREZ, I., 2009, pp. 1890 y 1891; TOMÁS y VALIENTE LANUZA, C., «artículos 138-233», en Gómez Tomillo, M. (Dir.), *Comentarios prácticos al Código penal. Los delitos contra las personas*, Tomo II, 1.ª ed., Madrid (Thomson Reuters), 2015, p. 670. MIRÓ LLINARES, F., *El cibercrimen. Fenomenología y criminología de la delincuencia en el ciberespacio*, Madrid; Barcelona; Buenos Aires y São Paulo (Marcial Pons), 2012, p. 124 apunta también que el catálogo de comportamientos criminales en la Red que pueden afectar a las esferas más personales del individuo aumenta cuantitativamente y, en lo cualitativo, su dañosidad es significativamente superior.

¹² Señala también el carácter autónomo de este nuevo delito ROMEO CASABONA, C. M., 2016, p. 269.

diversas razones¹³. Morales Prats plantea, en primer lugar, que en relación con la conducta delictiva tipificada en el artículo 197.7 del CP «se ha optado por constituir, en el ámbito penal, a todos los ciudadanos en confidentes necesarios de las imágenes o grabaciones cuya toma permite el titular de las mismas o bien de aquellas que el propio titular envíe por *SMS* o *Whatsapp*. Sobre este acceso lícito a las imágenes o grabaciones se construye una obligación penal de sigilo que nacerá siempre que la divulgación de tales mensajes pueda constituir un grave menoscabo de la intimidad de la persona»¹⁴. Desde mi punto de vista, en el reproche penal lo esencial no es la infracción de una obligación penal de sigilo, sino la intensa dañosidad que sufre el bien jurídico intimidad personal cuando se involucra en determinados escenarios en los que las TIC, como se acaba de señalar, incrementa exponencialmente las posibilidades de emisión, transferencia y difusión de la información de forma extraordinariamente rápida a cualquier parte del mundo. En segundo lugar, expone Morales Prats que «no se alcanza a entender por qué el Derecho penal debe prestar tutela a aquellas personas que han decidido abandonar las expectativas de intimidad respecto de grabaciones o imágenes propias, cuestión que se acredita por actos concluyentes, desde el momento en que son cedidas a terceros voluntariamente y, en muchos casos, sin consultar al receptor si quiere ser destinatario de las mismas»¹⁵. Recordemos que en el artículo 2.1 de la LO 1/1982, de Protección del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen se establece que «la protección civil del honor, de la intimidad y de la propia imagen quedará delimitada por las leyes y por los usos sociales atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia», por lo que, en efecto, los actos propios de una persona delimitarán los límites de la protección de su intimidad. Pero surge un interrogante: ¿hoy en día y teniendo muy presente la integración de las TIC en nuestra vida cotidiana, realmente, podemos afirmar que existe una decisión de abandonar las expectativas de intimidad respecto de grabaciones o imágenes propias, desde el momento en que son cedidas a terceros voluntariamente? En mi opinión, la respuesta a esta pregunta debe ser negativa. La existencia de dispositivos móviles y otros medios tecnológicos similares permiten el intercambio de

¹³ Muy críticos con este sistema de incriminación MORALES PRATS, F., 2016, pp. 1466 ss.; ANARTE BORRALLO, E., y DOVAL PAÍS, A., en Boix Reig, J. (Dir.), *Derecho penal, Parte Especial, Volumen I, La protección penal de los intereses jurídicos personales. (Adaptado a la reforma de 2015 del Código penal)*, 2.ª ed., Madrid (Iustel), 2016, p. 531; CASTELLÓ NICAS, N., «Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, y delitos contra el honor», en Morillas Cueva, L. (Dir.), *Estudios sobre el Código penal reformado. (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Madrid (Dykinson), 2015, pp. 490 ss.

¹⁴ Véase MORALES PRATS, F., 2016, p. 1468.

¹⁵ Véase MORALES PRATS, F., 2016, p. 1469.

información personal de una manera instantánea como medio para relacionarse, lo que genera unas amenazas y un peligro adicional para el bien jurídico intimidad personal, de modo que en este escenario es muy fácil comprometerlo por los factores mencionados anteriormente: por las dimensiones colosales del número de usuarios, las frecuencias de acceso y uso por parte de los mismos que refleja el carácter asequible del ciberespacio, así como la libre circulación y navegación, tanto para emitir, transferir y difundir información como para acceder a ella por medio de la red, de forma anónima y cómoda, de modo que el control sobre la publicidad de la información relativa a la persona desaparece absolutamente en este contexto, sin que sea posible establecer órganos o instituciones de control de la información que circula por el ciberespacio. Esta falta de control facilita la lesión del bien jurídico intimidad personal y familiar porque el ciberespacio multiplica exponencialmente las posibilidades de emisión, transferencia y difusión de la información de forma extraordinariamente rápida a cualquier parte del mundo. Puede haber una decisión de abandonar las expectativas de protección de la intimidad respecto de grabaciones o imágenes propias que se envían voluntariamente a una persona determinada por una concreta relación de confianza *intuitu persona*¹⁶, pero no se abandonan tales expectativas de protección en el ciberespacio por los argumentos expuestos.

El sujeto activo del tipo básico de esta figura delictiva consistente en difundir, revelar o ceder de manera no autorizada grabaciones o imágenes íntimas obtenidas con el consentimiento de la víctima, aparece designado con el anónimo «el que» por lo que nos hallamos ante un delito común. Sujeto pasivo será la persona que aparezca en las imágenes o grabaciones audiovisuales cuya intimidad comparte con el sujeto activo. El objeto material del delito sobre el que recae la acción delictiva se describe con los términos genéricos «imágenes o grabaciones audiovisuales» que revisten las siguientes características. Por un lado, en las mismas debe aparecer, al menos, una persona identificada o identificable. Por otro lado, en ellas deben revelarse situaciones íntimas y personales, no necesariamente de carácter sexual¹⁷ aunque en la práctica estas situaciones de carácter sexual sean las más frecuentes. En la SAP de Valencia núm. 488/2016,

¹⁶ No obstante, a juicio de nuestro TS en sus sentencias núm. 70/2020, de 24 de febrero, y núm. 37/2021, de 21 de enero, «quien remite a una persona en la que confía una foto expresiva de su propia intimidad no está renunciando anticipadamente a esta. Tampoco está sacrificando de forma irremediable su privacidad. Su gesto de confiada entrega y selectiva exposición a una persona cuya lealtad no cuestiona, no merece el castigo de la exposición al fígoneo colectivo».

¹⁷ Véanse CASTIÑEIRA PALOU, M. T., y ESTRADA I CUADRAS, A., *Lecciones de Derecho penal, Parte Especial*, 6.^a ed., Barcelona (Atelier), 2019, p. 165; TOMÁS Y VALIENTE LANUZA, C., 2015, p. 671; ALONSO DE ESCAMILLA, A., 2020, p. 237; PÉREZ CONCHILLO, E., p. 82. Véanse en este sentido la Circular 3/2017, de la FGE, p. 16 y la STS núm. 70/2020, de 24 de febrero.

de 25 noviembre, se afirma que en el artículo 197.7 del CP «se tipifica el hecho de que las imágenes o grabaciones de otra persona se obtienen con su consentimiento, pero son luego divulgados contra su voluntad, cuando la imagen o grabación se haya producido en un ámbito personal y su difusión, sin el consentimiento de la persona afectada, lesione gravemente su intimidad» y castiga al acusado porque la persona afectada, su compañera sentimental, le remitió voluntariamente varias fotografías íntimas y una vez finalizada la relación, él envió a la madre de la víctima una fotografía en la que aparecía desnuda. Por último, el sujeto activo las debe haber obtenido con anuencia de la persona afectada «en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros», lo que plantea la existencia de un ámbito privado reservado para las personas involucradas en estas situaciones que se graban y de las que quedan excluidos los demás, a reserva de la voluntad de todos los individuos implicados de compartir dicho ámbito¹⁸. Tomás y Valiente Lanuza estima que «la alusión a terceros suscita ya algunas cuestiones: ¿pretende el legislador limitarse a lugares de los que esté excluido *cualquier* tercero, o se incluyen también reuniones “privadas” en el sentido de no abiertas al público? Piénsese en quien se deja grabar en una fiesta privada (por ejemplo, en estado de cierta intoxicación, que en caso de ser intensa podría suscitar ya problemas en cuanto a la validez misma del consentimiento en ser grabado) comportándose de manera ridícula, procaz, etc., grabación que es luego difundida sin su consentimiento: ¿se encontraba esta persona “fuera de la mirada de terceros”?»¹⁹. Desde mi punto de vista, si nos atenemos al tenor literal del artículo 197.7 del CP, que exige que el sujeto activo debe haber obtenido las imágenes o grabaciones audiovisuales con anuencia de la persona afectada «en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros», hay que interpretar el concepto de «tercero» como aquella persona que no se encuentre involucrada en el mencionado ámbito privado reservado únicamente para aquellos que intervengan en estas situaciones que se graban, de manera que quien se deja grabar en una fiesta privada o en cualquier lugar que delimite un ámbito privado y reservado en el sentido señalado, comportándose de manera ridícula, procaz, etc., grabación que es luego difundida sin su consentimiento, esa persona se encontraba «fuera de la mirada de terceros», y tal difusión se subsumiría en el delito recogido en el mencionado precepto²⁰.

¹⁸ De forma similar, entre otros, ANARTE BORRALLA, E., y DOVAL PAÍS, A., 2016 a, p. 531; SIERRA LÓPEZ, M. V., «Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos en el Código penal de 2015: artículos 197, 197 bis, 197 ter, 197 quáter, 197 quinqués y 198», *Revista Penal*, núm. 39, 2017, pp. 193 y 194; RUIZ DE VELASCO PÉREZ, M., 2020, p. 768. Véase en este sentido la Circular 3/2017, de la FGE, pp. 11 y 12.

¹⁹ Véase TOMÁS Y VALIENTE LANUZA, C., 2015, p. 671.

²⁰ Véase en este sentido la Circular 3/2017, de la FGE, pp. 12 y 13. De acuerdo RUIZ DE VELASCO PÉREZ, M., 2020, p. 769.

Esta exigencia –que el sujeto activo debe haber obtenido las imágenes o las grabaciones audiovisuales con contenidos personales o íntimos con anuencia de la persona afectada «en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros»– implica, por otra parte, que deben incluirse también aquellos comportamientos en los que el propio sujeto pasivo, esto es, la persona afectada es quien se ha grabado a sí mismo y después envía el contenido a otra persona²¹. La acción típica presenta una estructura doble²². Por un lado, se exige que el sujeto activo haya obtenido unas imágenes o grabaciones audiovisuales con las características expuestas, especialmente con la anuencia o el consentimiento de la persona afectada en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros. El verbo obtener es sinónimo de alcanzar, conseguir o lograr dichas imágenes o grabaciones audiovisuales que se han solicitado o recibido por existir una relación de confianza²³. Y ello supone tanto la recepción por parte del sujeto activo de las imágenes o grabaciones audiovisuales realizadas directamente por la propia persona afectada, como la captación de imágenes o realización de dichas grabaciones audiovisuales directamente por parte del mencionado sujeto activo. La jurisprudencia ha castigado varios supuestos en los que el sujeto activo recibió una imagen directamente de la propia persona afectada²⁴.

²¹ Véanse, entre otros, en este sentido la STS núm. 37/2021, de 21 de enero; CARRASCO ANDRINO, M. M., 2021, p. 1465; PÉREZ CONCHILLO, E., 2018, pp. 78 y 79; RUIZ DE VELASCO PÉREZ, M., 2020, pp. 757 y 758. TOMÁS Y VALIENTE LANUZA, C., «Delitos contra la intimidad y redes sociales (En especial, en la jurisprudencia más reciente)», en Cancio Meliá, M.; Maraver Gómez, M.; Fakhouri Gómez, Y.; Guérez Tricarico, P.; Rodríguez Horcajo, D., y Basso, G. (Dirs.), *Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, Volumen II, Editores, Madrid (UAM Ediciones), 2019, pp. 1281 ss. excluye del tipo a quien voluntariamente expone, por ejemplo, en su red social imágenes que pueda considerarse que menoscaban su intimidad y alguno de los destinatarios las difunde fuera de ese círculo al que iban dirigidas inicialmente. A su juicio, si las imágenes se difunden a una pluralidad de destinatarios se debilita la posibilidad de considerar que ulteriores difusiones menoscaban gravemente el bien jurídico intimidad; y a ello añade la absoluta renuncia del sujeto a desplegar unos mínimos deberes de autoprotección del bien jurídico, porque el envío a una pluralidad de destinatarios supone una total pérdida de control sobre el material remitido. Comparto con esta autora que en el ciberespacio el control sobre la publicidad de la información relativa a la persona desaparece absolutamente, sin que sea posible establecer órganos o instituciones de control de la información que circula. Pero es, precisamente, esta falta de control lo que facilita la lesión del bien jurídico intimidad personal y familiar porque el ciberespacio multiplica exponencialmente las posibilidades de emisión, transferencia y difusión de la información de forma extraordinariamente rápida a cualquier parte del mundo. Puede haber una decisión de abandonar las expectativas de protección de la intimidad respecto de grabaciones o imágenes propias que se envían voluntariamente a una o a varias personas determinadas por una concreta relación de confianza *intuitu persona*, pero no se abandonan tales expectativas de protección en el ciberespacio, en el que concurren las características que se acaban de apuntar.

²² Señalan este carácter, entre otros, ROMEO CASABONA, C. M., 2016, p. 269; ANARTE BORRALLO, E., y DOVAL PAÍS, A., «Efectos de la reforma de 2015 en los delitos contra la intimidad», *Diario La Ley*, núm. 8744, D-163, 2016, p. 1255.

²³ En nuestra doctrina MORALES PRATS, F., 2016 a, p. 1469 ha explicado también que obtener imágenes no equivale exclusivamente a haberlas filmado o fotografiado.

²⁴ Véase la jurisprudencia analizada en el trabajo de SÁNCHEZ BENÍTEZ, C., «Sobre la difusión no consentida de las prácticas de *sexting* y la Circular 3/2017, de la FGE. (artículo 197.7 del Código Penal)»,

La conclusión contraria vulneraría el tenor literal del precepto que estamos analizando y, además sería ilógica desde el punto de vista político criminal²⁵. Si, por el contrario, las indicadas captaciones o grabaciones se han realizado sin anuencia de la persona afectada podríamos estar ante la conducta tipificada en el núm. 1 del artículo 197 del CP; y si la recepción ha sido subrepticia con conocimiento de su origen ilícito y sin haber tomado parte en su ejecución podríamos estar ante el delito de «receptación de datos íntimos» del párrafo segundo del artículo 197, núm. 3 del CP. Como se ha argumentado, la obtención de unas imágenes o grabaciones audiovisuales por parte del sujeto activo presupone la existencia de una determinada relación de confianza entre el sujeto activo y el sujeto pasivo, porque en el tipo se exige la «anuencia de la persona afectada», y en virtud de dicha relación de confianza se involucra el bien jurídico intimidad personal de una forma ocasional o prolongada en el tiempo, pero debe resaltarse que esta conducta previa es instrumental²⁶ y no determina el contenido de injusto de este delito²⁷. Por otro lado, una vez realizada la primera acción el sujeto activo debe difundir, revelar o ceder a terceros las mencionadas imágenes o grabaciones audiovisuales sin la autorización de la persona afectada. La difusión consiste en la comunicación por un medio que garantice el alcance a un amplio número de personas, como sucede con la utilización de dispositivos móviles y otros medios tecnológicos similares. Por revelación hay que entender el descubrimiento o manifestación de lo desconocido o secreto a personas determinadas, y que alcanza a un ámbito más reducido que la difusión. Por cesión hay que entender la transferencia o el traspaso a otro de una información²⁸. Finalmente, la falta de autorización de la persona afectada se refiere a la falta de consentimiento como causa de exclusión de la tipicidad de la conducta. También debe indicarse que las posteriores difusiones, cesiones o revelaciones de

Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías, núm. 51, 2019, disponible en https://proview-thomson-reuters-com.cuarzo.unizar.es:9443/title.html?redirect=true&titleKey=aranz%2Fperiodical%2F106943754%2Fv20190051.3&titleStage=F&titleAcct=i0adc41910000015be7b38eca9505ec86#sl=pi&eid=5947746b35a66f6a722edcec3f14e6a&eat=a-IV-BIB_2019_9350&pg=&psl=&nvgS=false.

²⁵ Véanse MORALES PRATS, F., 2016, pp. 1468 y 1469; ANARTE BORRALLO, E., y DOVAL PAÍS, A., 2016 a, p. 529; COLÁS TURÉGANO, M. A., 2015, p. 668; CASTELLÓ NICAS, N., 2015, pp. 502 y 503. Sin embargo, excluyen estos supuestos consistentes en la recepción por parte del sujeto activo de las imágenes o grabaciones audiovisuales realizadas por la propia persona afectada ROMEO CASABONA, C. M., 2016, p. 269, cuando afirma que la primera acción típica instrumental para acotar la acción que es penalmente relevante «requiere que el sujeto activo del delito haya captado personal y previamente las grabaciones audiovisuales *con* consentimiento del sujeto pasivo», de modo que «no es suficiente, por tanto que las haya grabado el propio sujeto pasivo y las ceda después a otra persona»; TOMÁS Y VALIENTE LANUZA, C., 2015, p. 670.

²⁶ Véase ROMEO CASABONA, C. M., 2016, p. 269.

²⁷ CASTIÑEIRA PALOU, M. T., y ESTRADA I CUADRAS, A., 2019, p. 165 concluyen que el contenido de injusto de esta figura delictiva «consiste en la defraudación de la confianza (vulneración de un compromiso expreso o tácito de reserva)». De forma similar se pronuncian ANARTE BORRALLO, E., y DOVAL PAÍS, A., 2016 a, p. 527.

²⁸ Véanse ANARTE BORRALLO, E., y DOVAL PAÍS, A., 2016 a, p. 530.

las imágenes recibidas llevadas a cabo por los primeros destinatarios de las mismas no son subsumibles en este tipo penal²⁹.

En el tipo también se exige que «la divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal» de la persona afectada. Si se utilizan las TIC resulta más grave la lesión del bien jurídico intimidad personal, ya que el menoscabo de dicho bien jurídico tiene mayor permanencia en el tiempo y llega a todo el mundo, por lo que su dañosidad es más intensa³⁰. Un sector doctrinal ha propuesto que el menoscabo grave de la intimidad personal se delimite adicionalmente por la índole de las imágenes o grabaciones o, incluso, que éstas afecten al núcleo duro de la intimidad: ideología, religión, creencias, salud y vida sexual³¹. Sin embargo, modular dicho menoscabo por los criterios mencionados supone, por una parte, incrementar la inseguridad jurídica en su determinación; y, por otra parte, limitar el contenido de dichas imágenes o grabaciones audiovisuales a tales ámbitos no encuentra un respaldo en el tipo penal³². Finalmente, si la divulgación de tales imágenes o grabaciones audiovisuales no ha tenido lugar a través de ningún instrumento que lo conecte con el ciberespacio, no hablaremos de un menoscabo grave y esta conducta se podrá subsumir, en su caso, en el artículo 7.5 de la LO 1/1982, de Protección del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar³³.

²⁹ Véanse, entre otros, CASTIÑEIRA PALOU, M. T., y ESTRADA I CUADRAS, A., 2019, p. 165; TOMÁS Y VALIENTE LANUZA, C., 2015, p. 672; PÉREZ CONCHILLO, E., 2018, p. 79; RUIZ DE VELASCO PÉREZ, M., 2020, p. 759. Véanse en este sentido la Circular 3/2017 de la FGE, p. 15 y la STS núm. 70/2020, de 24 febrero.

³⁰ Véase *supra* nota 11.

³¹ Véanse TOMÁS Y VALIENTE LANUZA, C., 2015, p. 671; ANARTE BORRALLA, E., y DOVAL PAÍS, A., 2016 a, p. 531; COLÁS TURÉGANO, M. A., 2015, p. 668, quien propone, además, que la gravedad sea determinada «por el juez de acuerdo con criterios objetivos y teniendo en cuenta el parámetro del hombre medio»; CASTELLÓ NICAS, N., 2015, p. 502; CARRASCO ANDRINO, M. M.; MOYA FUENTES, M. M., y OTERO GONZÁLEZ, P., 2013, p. 711 estiman que esta limitación habría sido lo más adecuado, aunque concluyen que «sí, por el contrario, mantuviéramos la redacción propuesta en el Anteproyecto, el ámbito de aplicación de la conducta abarcaría cualquier menoscabo de la intimidad (por ejemplo, la difusión de imágenes cenando en el domicilio), pues bastaría con probar que este menoscabo ha sido grave (pudiendo tomarse para ello como referencia exclusivamente la percepción subjetiva de la víctima) y, por otro lado, al no especificarse nada más, se dudaría si la interpretación del adverbio gravemente se refiere al modo de lesionarla o a la faceta en concreto de la intimidad que se ha vulnerado»; PÉREZ CONCHILLO, E., 2018, p. 86; RUIZ DE VELASCO PÉREZ, M., 2020, pp. 770 y 771.

³² Véase en este sentido la STS núm. 70/2020, de 24 de febrero.

³³ En el artículo 7.5 se contempla como intromisión ilegítima de la intimidad y la propia imagen «la captación, reproducción o publicación por fotografía, filme, o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el artículo octavo, dos».

LA REPRESIÓN PENAL DE LA DISCRIMINACIÓN LABORAL. UNA NECESARIA REVISIÓN DEL ARTÍCULO 314 DEL CÓDIGO PENAL

ELISA SIERRA HERNÁIZ*

I. INTRODUCCIÓN

El artículo 314 del CP sanciona la grave discriminación en el empleo dentro del Título XV. De los delitos contra los derechos de los trabajadores. La actual redacción de dicho precepto es fruto de la LO 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, que amplía las causas de discriminación comprendidas dentro de su ámbito de aplicación sin modificar la redacción principal del texto¹. Pues bien, en torno a este precepto existe un debate acerca de su eficacia en la aplicación práctica ya que hasta el presente momento no existen sentencias condenatorias de las conductas discriminatorias en el ámbito laboral, lo que ha llevado a plantearse la necesidad de su reformulación. Una explicación de ello puede encontrarse en las distintas

* Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Pública de Navarra.

¹ La redacción original del artículo 314 era la siguiente: «Quienes produzcan una grave discriminación en el empleo, público o privado, contra alguna persona por razón de su ideología, religión o creencias, su situación familiar, su pertenencia a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, edad, orientación o identidad sexual o de género, razones de género, de aporofobia o de exclusión social, la enfermedad que padezca o su discapacidad, por ostentar la representación legal o sindical de los trabajadores, por el parentesco con otros trabajadores de la empresa o por el uso de alguna de las lenguas oficiales dentro del Estado español, y no restablezcan la situación de igualdad ante la ley tras requerimiento o sanción administrativa, reparando los daños económicos que se hayan derivado, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de doce a veinticuatro meses».

finalidades del derecho laboral y penal. Así, el primero se caracteriza por ser una rama del ordenamiento jurídico tuitiva y compensadora, cuya finalidad última es compensar la desigualdad estructural entre la persona trabajadora y el empresario ideando mecanismos protectores como la inversión de la carga de la prueba o la irrelevancia de la intención del empresario a la hora de establecer diferencias –en su caso discriminatorias– entre sus trabajadores, principios que no tienen cabida en el ordenamiento jurídico penal. De hecho, este artículo impone una serie de exigencias –grave discriminación, necesidad de que exista un incumplimiento empresarial previo en el ámbito laboral e inadmisión de la inversión de la carga de la prueba– que desincentivan la presentación de la demanda o dificultan la imposición de la sanción. Ello supone en la realidad de los hechos que el artículo 314 no sea un instrumento válido para luchar contra la discriminación laboral, que hay que recordar, es un derecho fundamental.

II.- EL ARTÍCULO 314 DEL CÓDIGO PENAL

El texto del artículo 314 del CP dispone que:

«Quienes produzcan una grave discriminación en el empleo, público o privado, contra alguna persona por razón de su ideología, religión o creencias, su situación familiar, su pertenencia a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, edad, orientación o identidad sexual o de género, razones de género, de aporofobia o de exclusión social, la enfermedad que padezca o su discapacidad, por ostentar la representación legal o sindical de los trabajadores, por el parentesco con otros trabajadores de la empresa o por el uso de alguna de las lenguas oficiales dentro del Estado español, y no restablezcan la situación de igualdad ante la ley tras requerimiento o sanción administrativa, reparando los daños económicos que se hayan derivado, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de doce a veinticuatro meses».

El supuesto de hecho es claro, puesto que se sanciona una grave discriminación en el empleo por las causas señaladas, siempre que exista una sanción administrativa previa, sanción que, a su vez, haya sido incumplida, lo que demuestra el carácter subsidiario de este precepto.

Dos son los requisitos para tipificar como delito la conducta discriminatoria². En primer lugar, uno de carácter objetivo consistente en una infracción

² Respecto al análisis de los requisitos de este precepto véase: SIERRA HERNAIZ, E. «La represión penal de la discriminación laboral. Análisis del artículo 314 del CP» en Corcoy Bidasolo, M. (Dir).

formal del principio de igualdad que implique una afectación grave de derechos o expectativas de derechos de la persona discriminada al tratarse de un delito material o de resultado. Y, en segundo lugar, un requisito de carácter subjetivo, al exigirse la existencia de dolo eventual por parte de quien discrimina, esto es, necesario que concurra una intención o finalidad de discriminar por alguno de los motivos señalados en el CP, sin que sea exigible un especial ánimo o específica voluntad de no reponer la situación de igualdad.

En cuanto al bien jurídico protegido, además del derecho fundamental a la igualdad y a no ser discriminado, también se busca el efectivo cumplimiento de las sanciones impuestas para reprimir las conductas discriminatorias. Con ello se trata de sancionar al empresario que no repone al trabajador en la misma situación que tenía anterior al hecho discriminatorio y anular todos los efectos de la conducta discriminatoria.

Por lo que respecta a la conducta típica, debe existir, por un lado, una grave discriminación en el empleo por las causas señaladas en el precepto. En este sentido, la gravedad de la conducta se refiere a su impacto negativo en el derecho fundamental a no ser discriminado, lo que permite sancionar toda conducta discriminatoria del empresario que lesione el contenido esencial del derecho fundamental a la igualdad con independencia de la gravedad de los efectos que la conducta tenga sobre el trabajador individualmente considerado. A su vez por empleo hay que entender el contenido de la relación laboral para evitar que conductas graves discriminatorias, como puedan ser la discriminación salarial, queden fuera de su ámbito de protección. Finalmente, la eficacia de este precepto se ve fuertemente condicionada por el elenco cerrado de causas enumeradas frente al carácter abierto del artículo 17.1 del ET e incluso de la propia Constitución, que finaliza con una cláusula de cierre genérica con la finalidad de no limitar los supuestos de discriminación —«o cualquier otra condición o circunstancia personal o social»— en el artículo 14.

Y, por otro, debe producirse un previo incumplimiento por parte del empresario consistente en no restablecer la situación de igualdad ante la ley tras un requerimiento o una sanción administrativa, reparando los daños económicos que se hayan derivado. La norma de referencia para determinar el cumplimiento de este requisito será la Ley de Infracciones y sanciones del

Derecho Penal de la Empresa, Pamplona (Universidad Pública de Navarra), 2002, pp., 551 ss, así como la bibliografía citada; TAPIA BALLESTEROS, P., *La discriminación laboral. Análisis del artículo 314 del Código Penal*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2014; VICENTE MARTÍNEZ, R., *Derecho penal del trabajo: los delitos contra los derechos de los trabajadores y contra la Seguridad Social*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2020 y GARCÍA SEDANO, T., «Delitos contra los derechos de los trabajadores», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 45, 2017, pp., 142 ss.

orden de lo social, así como la Ley de la Jurisdicción de lo Social. Así, se trata de un requisito típico del tipo cuya ausencia provocará la inaplicación del precepto y que demuestra el carácter subsidiario de la intervención penal. Su finalidad es castigar la prolongación de los efectos del hecho inicial discriminatorio, omitiendo las diligencias necesarias para remover los efectos o actuando positivamente para mantenerlos. En la práctica este requisito se convierte en un obstáculo para la aplicación del precepto por la necesidad de volver a denunciar al empresario y probar no solo la discriminación sino también el incumplimiento señalado.

Finalmente, y en cuanto a la reparación del daño económico y su cuantificación, habrá que diferenciar el momento durante la relación laboral en que se ha producido la grave discriminación ya que en la fase de acceso lo que procederá es una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados, mientras que si es durante la vigencia o extinción de la relación laboral seguirá los cauces establecidos por el orden social para sancionar estas situaciones.

Pues bien, una vez analizado el artículo 314 se hace necesario hacer una breve referencia a la regulación de la prohibición de discriminación en el ámbito laboral puesto que existen importantes diferencias, ya que el elenco de causas es más amplio y también se concretan más las situaciones de discriminación. Así, el artículo 17.1 del ET establece que:

«Se entenderán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que den lugar en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo, a situaciones de discriminación directa o indirecta desfavorables por razón de edad o discapacidad o a situaciones de discriminación directa o indirecta por razón de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación o condición sexual, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con personas pertenecientes a o relacionadas con la empresa y lengua dentro del Estado español. Serán igualmente nulas las órdenes de discriminar y las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación».

A su vez, en la regulación de la prohibición de discriminación en el ámbito laboral, como derecho fundamental, concurren dos características que no existen en el tipo penal. En primer lugar, se produce una inversión de la carga

de la prueba lo que implica que a la persona trabajadora le bastara con aportar indicios que creen una duda razonable en el juez de que efectivamente se ha producido la situación discriminatoria. Si eso es así, corresponderá al empresario probar que su decisión nada tiene que ver con discriminar a la persona trabajadora. Y, en segundo lugar, que la intención de discriminar es irrelevante ya que la conducta discriminatoria se define por su resultado. En cambio, en el ámbito penal no existe la inversión de la carga de la prueba por lo que el trabajador deberá demostrar que ha existido una conducta discriminatoria y que el empresario se ha negado a reparar los efectos de la misma, sin que sea necesario, eso sí, que demuestre la intención del empresario, su finalidad última, dada que ello resultaría imposible para la persona trabajadora dada su desigual posición en la relación laboral.

III. ANÁLISIS DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL EN LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 314 DEL CP

En ninguna de las escasas demandas planteadas para la aplicación del artículo 314 del CP se ha estimado por parte de los Tribunales que concurren los elementos del tipo. A pesar de ello se hace necesario el análisis de dichos pronunciamientos para entender por qué la vía penal no es la adecuada para resolver las demandas planteadas puesto que en todos los casos los hechos que se denuncian no tienen cabida en el hecho delictivo descrito por lo que se inadmiten las querellas planteadas³.

El punto de partida en la interpretación jurisprudencial es el principio de intervención mínima del derecho penal dado su carácter residual y de última ratio, lo que supone su inaplicación si existen otras vías de reparación de los actos denunciados. En el caso concreto del artículo 314 del CP se exige que exista un requerimiento o sanción administrativa para reparar los daños económicos, lo que se convierte en una exigencia previa o cautelar para la aplicación de dicho precepto⁴.

En cuanto a los elementos del tipo son dos: un elemento objetivo esencial constituido por la grave discriminación en el empleo por las causas señaladas y el elemento subjetivo de lo injusto, que está vinculado al requerimiento o san-

³ Así se señala expresamente en la SAP de Madrid, núm. 689, de 17 septiembre de 2010, JUR\2010\362550.

⁴ SAP de Valencia núm. 623, de 16 septiembre de 2015, JUR\2016\11595.

ción administrativa previa para que cesase la eventual situación discriminatoria y, por lo tanto, hay que acreditar que ha existido.

Respecto del elemento objetivo, la acción consiste en originar y mantener una grave discriminación en el empleo, público o privado, debiéndose entender por tal una diferencia de trato laboral como consecuencia de la concurrencia de determinadas características incluidas en el artículo 4.2.c) del ET en el sujeto discriminado que le distinguen de otros empleados o trabajadores y que le provocan un tratamiento discriminatorio que le ocasiona un grave perjuicio, sin que se pueda justificar de manera objetiva la conducta empresarial. En este sentido, se resalta la importancia de que la diferencia de trato «produzca un resultado discriminatorio desde el punto de vista objetivo, de manera que se perjudique el ejercicio de determinados derechos o el disfrute de ciertas ventajas o beneficios reconocidos o que se agraven las cargas laborales, y que quede plenamente acreditado el ánimo o móvil discriminatorio y la existencia de una arbitraria e irracional diferencia de trato»⁵.

En cuanto al requerimiento subjetivo se señala que «la mera discriminación en el empleo, sin más, no basta para que se cometa el delito, pues el precepto exige que venga acompañada de un requerimiento o sanción administrativa y que el requerimiento haya sido desoído (no restablecimiento de la situación de igualdad ante la ley, reparando los daños económicos), con lo que se trata de reservar el castigo penal solo para los casos contumaces, en los que, a pesar de haberse detectado el trato desigual, se hace caso omiso a las intimaciones administrativas»⁶.

En relación con este requisito, el requerimiento corresponderá a: «a la Inspección de Trabajo o a la correspondiente autoridad laboral y al órgano jurisdiccional con competencia concreta en materia de despidos por discriminación como los organismos que pueden hacer esta clase de requerimientos, puesto que solo ellos pueden declarar oficialmente que existe un trato discriminatorio en el empleo»⁷.

⁵ Fundamento jurídico 4.º de la SAP de Vizcaya, núm. 90523, de 28 septiembre de 2014, JUR\2014\147055 y SAP de Madrid, núm. 4, de 13 enero de 2010, ARP\2010\460.

⁶ SP de Madrid, núm. 4, de 13 enero de 2010, ARP\2010\460.

⁷ En la SAP de Madrid, núm. 4, de 13 enero de 2010, ARP\2010\460 se indica que: «Extender el concepto de requerimiento al de cualquier naturaleza supondría, efectivamente, como se dice en la antes citada sentencia de 9 de noviembre de 2005, de la Audiencia Provincial de Asturias, una interpretación extensiva del tipo penal, que conculcaría la función garantizadora que está llamado a cumplir en el Derecho Penal (*vid.* STC 133/1987 y 137/1997, de 21 de julio ambas), pues los jueces en su tarea exegética han de abstenerse de realizar interpretaciones extensivas y, menos aún, análogicas, en la búsqueda del sentido y alcance de una norma penal».

En cuanto a la acreditación de los hechos, a modo de ejemplo no se considera por parte de los Tribunales que «quede acreditado que el acusado, maliciosamente, hubiera perjudicado el derecho de sus subordinados a un trato paritario en la relación laboral ni que hubiera existido una grave diferencia o discriminación de carácter irracional o arbitrario o que el propósito de la acción fuera cercenar el derecho a la libertad sindical de los denunciantes»⁸.

A su vez, hay que interpretar que tanto el requerimiento como la sanción sean administrativas, puesto que: «en esta demanda, los demandantes solicitaban que solo la sanción fuese administrativa, no el requerimiento, lo que no fue admitido en aplicación del método gramatical, que es un principio elemental del ordenamiento jurídico penal⁹. Así, «el tenor literal de los preceptos punitivos es el eje sobre el que debe pivotar toda interpretación, sin que los otros métodos puedan extender el sentido literal de los preceptos cuando este es claro y concluyente»¹⁰.

Finalmente, un ejemplo del carácter restrictivo en la interpretación de este precepto se halla en el fallo de la AP de Madrid, núm. 522, de 30 de diciembre de 2003, ARP\2004\525, que no estima que las maniobras del querellante constituyan una discriminación grave «ya que la dilación en el cumplimiento, hasta agotar la vía judicial laboral, no implica una desobediencia a la resolución judicial, ni por ello puede decirse que durante ese tiempo estuviera sometido a la desigualdad grave que alega y que no puede ser atribuida al querellado ni a la querellada, todo ello de conformidad con el artículo 314 del CP, ya que este precepto hace referencia expresa al no restablecimiento de la situación de igualdad ante la Ley tras requerimiento o sanción administrativa».

IV. A MODO DE REFLEXIÓN FINAL

Tal y como ha sido acertadamente expuesto por la doctrina penalista, el artículo 314 del CP es un delito ineficaz en la práctica de los hechos¹¹. En este

⁸ SAP de Madrid, núm. 4, de 13 enero de 2010, ARP\2010\460.

⁹ SAP de Madrid, núm. 682, de 6 noviembre de 2007, JUR\2008\85350.

¹⁰ SAP de Madrid, núm. 682, de 6 noviembre de 2007, JUR\2008\85350.

¹¹ Véase al respecto el interesante artículo de GÓMEZ MARTÍN, V., «¿Por qué no se aplica el artículo 314 CP? Algunas reflexiones sobre la ineficacia del delito de discriminación laboral», en *Revista Técnico Laboral*, núm. 145, 2015, pp. 517 ss. En concreto, es de interés la propuesta de reformulación de este precepto que realiza en la p. 524. A su vez, consúltese también HORTAL IBARRA, J. C., «Tutela de las condiciones laborales y reformas penales: ¿El ocaso del derecho penal del trabajo?» en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 20, 2018, pp. 65 ss; TAPIA BALLESTEROS, P., «El delito de discriminación laboral (art. 314 CP): ¿ejemplo de una deliberada técnica legislativa deficiente», *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, núm. 55, 2019, pp. 1 ss y TERRADILLOS BASOCO, J. M., «Delitos contra los derechos

sentido, es de destacar que se maneja una noción de discriminación propia a nivel penal, más restrictiva que la laboral, vinculada, además, a que exista una intención por parte del empresario de incumplir el mandato de restituir la igualdad previa vulnerada. A su vez, se enumeran una serie de motivos de discriminación que no coinciden con la norma laboral y que pueden limitar su eficacia. Finalmente, la noción de discriminación se halla vinculada al principio de igualdad formal –igualdad ante la ley– cuando en el ámbito laboral la prohibición de discriminación tiene autonomía propia respecto de aquel, puesto que no existe la obligación legal de tratar a dos personas trabajadoras de manera igual. Por todo ello, desde un punto de vista laboral, las divergencias más importantes que se pueden señalar como causa de la ineficacia de este precepto es la inadecuada noción de discriminación que se maneja, así como el sometimiento a una serie de requisitos procedimentales –gravedad de la conducta y la negativa empresarial a restablecer la situación de igualdad previo requerimiento o sanción–, requisitos que son ajenos a la realidad discriminatoria en el ámbito de las relaciones laborales y que imposibilitan que la sanción penal se convierta en un instrumento para acabar con estas prácticas tan comunes y relevantes por la afectación a un derecho fundamental.

Un apunte final. En el ámbito laboral existen tres derechos fundamentales que se denominan específicos laborales por su relevancia. Son el artículo 14 de la CE, que encuentra su desarrollo en el artículo 17.1 del ET como ya ha sido señalado, y el artículo 28, que reconoce los derechos a la libertad sindical y huelga. Pues bien, el artículo 28 cuenta también con protección penal, en concreto en el artículo 315 del CP en el que se establece:

«1. Serán castigados con las penas de prisión de seis meses a dos años o multa de seis a doce meses los que, mediante engaño o abuso de situación de necesidad, impidieren o limitaren el ejercicio de la libertad sindical o el derecho de huelga.

2. Si las conductas reseñadas en el apartado anterior se llevaren a cabo con coacciones serán castigadas con la pena de prisión de un año y nueve meses hasta tres años o con la pena de multa de dieciocho meses a veinticuatro meses.»

De la lectura de este precepto se desprende que las exigencias para su aplicación son más laxas si se comparan con el artículo 314 puesto que, si bien se exige que concurra engaño o abuso de situación de necesidad, requisito inexistente

de los trabajadores: veinticinco años de política legislativa errática», *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. 41, 2021, pp., 631 ss.

en el ámbito social a la hora de sancionar esta conducta y que podría equiparse al requisito de gravedad de la discriminación, no se exige nada más, a diferencia del artículo 314, lo que no deja de llamar la atención al tratarse de derechos fundamentales equiparables en importancia en el ámbito laboral y que, por lo tanto, deberían de ser merecedores de igual tutela penal. De hecho, sí que existen sentencias condenatorias de conductas empresariales que atentan a estos dos derechos fundamentales, a diferencia de lo que sucede con el derecho fundamental a no ser discriminado. Por ello, sería oportuno reformular la sanción penal de la vulneración de estos tres derechos fundamentales, unificando las conductas típicas, equiparando su carácter subsidiario para garantizar una correcta protección de los bienes jurídicos protegidos en el ámbito de la relación laboral y eliminando exigencias cautelares que dificultan la protección de las personas trabajadores frente a las conductas discriminatorias graves.

LA INTERVENCIÓN DE LOS PODERES PÚBLICOS FRENTE A LAS PSEUDOTERAPIAS: POSIBILIDADES Y LÍMITES

CARMEN TOMÁS-VALIENTE LANUZA*

I. INTRODUCCIÓN

En los últimos años, desde una perspectiva progresivamente más atenta al cumplimiento de su deber de protección de la salud de los ciudadanos¹, los poderes públicos de distintos países vienen intensificando su intervención para hacer frente a la creciente difusión y práctica de las hasta hace no mucho tiempo conocidas como «terapias alternativas y complementarias», que –en una mutación cargada de significado por la connotación mucho más peyorativa de la nueva terminología–, en la actualidad han pasado a designarse con mayor frecuencia como «pseudoterapias»². En lo que a España se refiere, las intenciones más recientes de avanzar en esta línea por parte del Gobierno se plasmaron en el año 2018 en un Plan para la Protección de la Salud frente a las Pseudoterapias de los Ministerios de Sanidad, Consumo y Bienestar Social, y Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades (Plan

* Profesora Titular de Derecho penal, Universitat de les Illes Balears.

¹ Perspectiva defendida en numerosos trabajos (entre los últimos «Delitos alimentarios y protección penal de la salud pública», *Rev Bio y Der*: 42, 2018, pp. 5 ss.) por la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo, a quien con todo afecto van dedicadas estas páginas.

² Sobre la importancia de la terminología en la construcción del discurso sobre el tema, con un recorrido sobre su utilización en la esfera de las políticas públicas en los últimos años en España, LOPERA PAREJA, E., «El debate político sobre las terapias alternativas y complementarias en España en la interfaz entre ciencia, política y sociedad (1979-2018)», *Perspectivas de la Comunicación*, vol. 12, núm. 2, 2019, pp. 155-193.

Nacional)³, en el que se trazaban una serie de líneas de actuación y modificaciones normativas que –presumiblemente por los nuevos tiempos impuestos por la pandemia– no han podido todavía llevarse a término en su totalidad.

Hablar de pseudoterapias –asumida su definición como «sustancia, producto, actividad o servicio con pretendida finalidad sanitaria que no tenga soporte en el conocimiento científico ni evidencia científica que avale su eficacia y su seguridad»⁴– supone, para empezar, referirse a un grupo numeroso y muy heterogéneo de prácticas, que no pueden ser tratadas sin más como un todo indistinto. La diversidad es notable en todos sus aspectos; para empezar, junto a las totalmente desprovistas de componente ideológico alguno, en otras este sesgo sí aparece con claridad, como sucede en las llamadas «terapias de conversión» de la orientación sexual o en aquellas construcciones, más próximas a las teorías conspirativas, que hacen bandera de su contestación a la supuesta alianza del «poder», la ciencia convencional y la industria farmacéutica (notas que por ejemplo permean al menos una parte del movimiento antivacunas)⁵. La heterogeneidad es también notable por lo que se refiere a su apariencia de seriedad científica (encontramos desde el curanderismo más elemental a teorías y prácticas revestidas de solvencia científica y tecnológica, como las recientes ofertas por empresas norteamericanas de costosos tratamientos preventivos y curativos del Covid con células madre⁶), o, en fin, y esto es lo más relevante, en lo que atañe a su grado de peligrosidad para la salud. Junto a pseudoterapias directamente inocuas por más que de eficacia no (o cuando menos no todavía) científicamente validada, que además conviven sin problema con la terapia convencional, existen prácticas claramente peligrosas *per se* en tanto promueven el consumo de productos con consecuencias adversas para la salud, sea porque disminuyen los efectos terapéuticos del tratamiento convencional, sea por su propia toxicidad (así, el caso reciente del MMS, el preparado de clorito sódico conocido como Suplemento Mineral Milagroso, que se presenta como medicamento curativo del trastorno autista y muchas otras dolencias)⁷; a ello se añade,

³ Disponible en: <https://www.sanidad.gob.es/gabinetePrensa/notaPrensa/pdf/20181141118135247771.pdf>.

⁴ Plan Nacional 2018, p. 3.

⁵ Las construcciones en las que se imbrican la falsa información y el aspecto conspirativo resultan especialmente difíciles de contrarrestar, puesto que como muy bien explican SUNSTEIN, C., y VERMEULE, A., («Conspiracy Theories», *University of Chicago Public Law & Legal Theory Working Paper*, núm. 199, 2008), las teorías conspirativas son en esencia autoconfirmatorias (los intentos de desmontarlas por los poderes públicos son percibidos y presentados precisamente como una persecución y por ende como la confirmación de su acierto).

⁶ TURNER, L., «Preying on Public Fears and Anxieties in a Pandemic: Businesses Selling Unproven and Unlicensed “Stem Cell Treatments” for COVID-19», *Cell Stem Cell*, 26, June 4, 2020.

⁷ La presentación como tratamiento del trastorno autista resulta especialmente peligrosa, en la medida en que quienes lleguen a ingerirlo no serán personas competentes (por más que mal informadas), sino a menudo menores a los que les será suministrado por sus progenitores.

como factor de peligrosidad especialmente relevante, la cuestión de si, con independencia del contenido de la práctica en sí misma, se induce al abandono de la terapia científicamente contrastada (como ocurre con algunas pseudoterapias enfocadas a pacientes oncológicos). Que la implantación firme de prácticas de este último tipo –como sucede en Estados Unidos– puede generar un verdadero problema de salud pública lo evidencian cada vez más estudios científicos comparativos de los índices de supervivencia de pacientes oncológicos que recurren a unos u otros medios para afrontar su enfermedad⁸.

En el concreto caso español, la implicación de los poderes públicos en esta materia se legitima por el deber de tutela de la salud pública que el artículo 43 de la Constitución de 1978 les impone, y en los últimos tiempos enlaza con la creciente implicación de numerosos colectivos –de profesionales médicos, de pacientes o en defensa de sus intereses, de científicos⁹, etc.– que insisten en demandar una actuación más enérgica al Estado en la protección de la salud de los ciudadanos, especialmente de quienes, en situación de especial vulnerabilidad por padecer una enfermedad seria, pueden ser más propensos a esperanzarse con cualquier promesa de curación. También en el tratamiento del tema por parte de los medios de comunicación, que en tantas ocasiones se han prestado a jugar el papel de difusores de este tipo de prácticas (a través de entrevistas, reportajes, o simplemente acogiendo publicidad), puede empezar a detectarse un cierto cambio de actitud en los últimos tiempos, más acorde con su papel de pieza capital en la conformación de una opinión pública informada¹⁰.

Las iniciativas planteadas por el Plan para la Protección de la Salud frente a las Pseudoterapias de 2018 no han podido todavía concretarse en el proyectado nuevo Real Decreto de Protección de la Salud frente a las Pseudoterapias. En estas páginas haremos alusión a algunas de las medidas propuestas, pero también a los instrumentos normativos con los que ya cuenta nuestro ordenamiento, que abarcan por cierto una escala de intensidad muy diversa. De mayor a menor, como veremos, pueden entrar aquí en juego figuras delictivas como la publicidad engañosa, la estafa, el intrusismo o los delitos relacionados con medicamentos; por otro lado, en un sector tan intervenido por el Derecho Administrativo como es el sanitario se cuenta como es lógico con una regulación detallada de la fabricación, publicidad y

⁸ JOHNSON, S.; PARK, H.; GROSS, C., y YU, J., «Use of Alternative Medicine for Cancer and Its Impact on Survival», *JNCI J Natl Cancer Inst* 110(1), 2018.

⁹ Así, la carta firmada por medio centenar de científicos *Contra las pseudociencias y las artes mágicas*, *El País*, 14 de febrero de 2015, disponible en https://elpais.com/elpais/2015/12/14/ciencia/1450105262_842340.html.

¹⁰ Numerosos trabajos recientes dan cuenta del papel de los medios en este ámbito. Entre otros, CORTIÑAS ROVIRA, S., y MOYA-ARRABAL, M. A., «La falsa-ciència (pseudociència) als mitjans de comunicació. Estudi de les estratègies discursives d'inserció social a la premsa espanyola (2011-2016)», *Communication Papers–Media Literacy & Gender Studies*, vol.7, núm.13, 2018, pp. 129-144.

venta de medicamentos¹¹, e incluso con una (poco aprovechada) regulación específica perfectamente aplicable a las pseudoterapias (el Real Decreto 1907/1997, sobre publicación y promoción comercial de productos, actividades o servicios con pretendida finalidad sanitaria), que permite el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración. Más allá de este aspecto puramente sancionatorio, los poderes públicos cuentan también con instrumentos más sencillos, como denegar solicitudes de uso de locales e infraestructuras de titularidad pública (por ejemplo, municipales) para celebrar encuentros en los que vayan a difundirse este tipo de terapias, prohibir expresamente su práctica en centros sanitarios públicos¹², no prestarles cobertura dotándolas de revestimiento científico (aspecto en el que cobra especial importancia el papel de las Universidades)¹³, o liderar campañas informativas en la red dirigidas al conjunto de los ciudadanos¹⁴.

II. LOS LÍMITES INFRANQUEABLES A LA INTERVENCIÓN TUITIVA DEL ESTADO

Al margen de la concreta modalidad en juego, la intervención estatal enfrenta necesariamente una serie de límites impuestos por nuestro propio marco constitucional en tanto derivados del respeto a los derechos fundamentales, sean los de los enfermos convencidos de los efectos curativos de una pseudoterapia, sean los de quienes la defienden o difunden. El primero de tales límites –que ni siquiera para preservar su salud o incluso su vida puede el Estado imponer una actuación

¹¹ Real Decreto 1416/1994, de 25 de junio, por el que se regula la publicidad de los medicamentos de uso humano, o el Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios.

¹² Por ejemplo, Instrucción 22/2017, de la Conselleria de Salut de la Generalitat Valenciana, que en los centros sanitarios de titularidad pública no autoriza la publicidad, promoción, presencia o práctica de cualquier actividad no oficialmente reconocida, e incluye una lista ejemplificativa de las en aquel momento consideradas como pseudociencias por el Ministerio.

¹³ Comunicado de la Conferencia de Rectores de las Universidades Españolas de febrero de 2021, disponible en <https://www.crue.org/2021/02/comunicado-contra-pseudoterapias/>.

¹⁴ En el marco del ya citado Plan para la Protección de la Salud frente a las Pseudoterapias, de noviembre de 2018, el Gobierno ha creado la página www.conprueba.es, en la que entre otras iniciativas se van publicando los informes emitidos por la Red Española de Agencias de Tecnologías Sanitarias y Prestaciones del SNS (RedETS) sobre concretas técnicas. En febrero de 2021, por ejemplo, se han publicado las conclusiones sobre las prácticas conocidas como magnetoterapia estática, la dieta macrobiótica, el masaje tailandés y la sanación espiritual activa, todas las cuales han sido consideradas pseudoterapias. Cuestión distinta, como señala PGLIUCCI, M. («How to behave virtuously in an irrational world», *Disputatio. Philosophical Research Bulletin*, vol. 9, núm. 13, jun. 2020, pp. 4 ss. acudiendo a la tríada aristotélica), es la importancia persuasiva que, más allá de la presentación de la evidencia o lógica (logos), despliegan el factor autoridad (ser percibido como fuente fiable, *ethos*) y, sobre todo, el de la conexión emocional con el destinatario del mensaje (*pathos*), un aspecto este último explotado por los difusores de las pseudoterapias y que las campañas informativas dirigidas a la generalidad de los ciudadanos no deben desatender.

terapéutica a un ciudadano, tampoco en el supuesto de que su rechazo a la terapia basada en la evidencia se asiente en informaciones falsas— hace tiempo que ha sido asumido con claridad por nuestro ordenamiento jurídico y asimilado por los profesionales; el segundo —el juego en este contexto del derecho fundamental a la libertad de expresión— pertenece igualmente al núcleo de nuestro sistema jurídico, pero sus contornos pueden resultar más complejos.

1. La especial peligrosidad de las pseutoterapias (o al menos de aquellas que conducen al rechazo por el paciente de las terapias basadas en la evidencia en casos de dolencias graves) se relaciona estrechamente con la imposibilidad jurídica de imponer el tratamiento convencional al ciudadano que libremente lo rechaza. En principio, lo que convierte estos casos en especialmente complicados y frustrantes para el profesional que en primera instancia ha atendido al paciente es el hecho de que no pueda hablarse en puridad de un «rechazo informado», en la medida en que la negativa se basa en asunciones falsas sobre datos relevantes para su elección, relativas a la aptitud curativa de otros cursos de acción preferidos por el (la imposición de manos, el MMS, la magnetoterapia estática o cualesquiera otros); a diferencia del ya clásico supuesto del Testigo de Jehová (que conoce perfectamente la necesidad de la transfusión y el riesgo que su negativa a consentirla puede comportar), en los supuestos que nos ocupan cabe cuando menos poner en duda si el paciente, a la hora de prestar o negar su consentimiento informado, ha aprehendido realmente las consecuencias de su opción, y si su decisión de rechazar el tratamiento indicado por la *lex artis* hubiera sido la misma de haber sabido que la milagrosa terapia no era tal (que no es así lo evidencia el hecho de que pacientes ya muy graves terminen acudiendo a la Medicina convencional una vez comprobada la ineficacia de la terapia engañosa). Con todo y con ello, incluso aun tratándose de decisiones no verdaderamente «informadas», el grado de invasividad de los derechos fundamentales que la imposición de un tratamiento comporta obliga a respetar la decisión del paciente también en estos casos¹⁵. Solo cuando se encuentra en juego la salud de terceros puede plantearse algún tipo de compulsión, que incluso aquí suele encontrar límites: por ejemplo, cuando en los últimos tiempos se propugna la vacunación obligatoria (por motivos no ya de

¹⁵ En este mismo sentido se pronuncia desde hace ya décadas la doctrina claramente dominante; así, p. ej., BROCK, D., *Life and Death, Philosophical essays in biomedical ethics*, Cambridge, Mass. (Cambridge University Press), 1993, p. 80; ENGELHARDT, T., *Los fundamentos de la Bioética*, Barcelona, Buenos Aires y Méjico (Paidós), 1995, p. 330, o HAKSAR, V., *Equality, Liberty and Perfectionism*, New York (Oxford University Press), 1979, p. 240. Sobre la base de la libertad ideológica del enfermo resuelve también en este sentido —en referencia expresa a «tratamientos pseudocientíficos»— CORCOY BIDASOLO, M., «El consentimiento por representación en la actividad médico-quirúrgica», en *Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, vol. 1., Madrid (UAM ediciones), 2019, pp. 385 ss., p. 390.

salud individual sino pública) no se trata de autorizar su administración coercitiva al ciudadano, sino de terminar induciéndole a consentir a través de la amenaza de sanciones pecuniarias (como recientemente ha dispuesto, de modo excepcional en un contexto general de voluntariedad de la vacuna contra el COVID-19 en nuestro país, la Ley 8/2021, de la Comunidad Autónoma de Galicia, por cierto recurrida ante el Tribunal Constitucional por el Gobierno español).

2. Desde un punto de vista jurídico, resulta esencial diferenciar la mera «difusión» de ideas, creencias o construcciones teóricas de la «efectiva práctica de la actividad» como servicio; en un terreno intermedio entre ambas se sitúa, por su parte, la «publicidad» de dicha actividad comercial. Por lo que se refiere al primer estadio –y me limito ahora a las construcciones más claramente falsas y peligrosas– plantearnos las posibilidades de intervención estatal suscita una controversia de importante calado jurídico, con un componente de legitimidad o límites (cómo controlar la difusión de informaciones objetivamente falsas y peligrosas para bienes jurídicos relevantes sin invadir la esfera de los derechos fundamentales de quien las emite) y un segundo componente, este ya de orden fáctico, relativo a las posibilidades reales de ejercer un control de contenidos en esta nueva era tecnológica en la que la información ha dejado de difundirse a través de los medios clásicos de comunicación de masas para pasar a transmitirse en gran parte a través de las redes sociales y en general, de internet.

Que la mera difusión de este tipo de construcciones (previa a su efectiva práctica pero también incluso a su oferta o publicidad como servicio) entraña ya un riesgo para la salud pública parece claro: es la consulta de blogs, páginas web, canales de Youtube, etc. en los que se ponderan las ventajas de unas determinadas terapias frente a la medicina convencional lo que convence y motiva a personas enfermas a acudir a determinados servicios¹⁶. Puede también sostenerse, por otra parte, que la difusión de esta información falsa queda excluida del amparo del derecho fundamental a «comunicar o recibir libremente información», que el artículo 20.1.d) de la Constitución Española condiciona a la veracidad de esta última. Sin embargo, aun siendo cierto lo anterior, la posibilidad de prohibir (con sanciones penales o adminis-

¹⁶ En un ámbito muy relacionado con el que aquí nos ocupa destaca la reciente tipificación (nuevo artículo 361 bis CP, introducido por la LO 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia) de «la distribución o difusión pública 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», conductas sancionadas con multa de seis a doce meses o pena de prisión de uno a tres años. El trasfondo político-criminal del nuevo tipo parece encontrarse fundamentalmente en la difusión en la red de contenidos promotores de los trastornos alimentarios (anorexia, bulimia).

trativas) la mera difusión o circulación de este tipo de construcciones o teorías se enfrenta a enormes dificultades. La primera de ellas es que en este contexto resulta muy complejo delimitar la mera información (falsa) de la expresión y difusión de «los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción», que sí se encuentra protegido como derecho fundamental por el artículo 20.1a CE –especialmente, aunque no solo, cuando revista un sesgo ideológico, por absurdo o rechazable que pueda parecer («la medicina convencional aliada con la gran industria farmacéutica solo persigue el lucro en detrimento de la salud de los ciudadanos; por eso solo la medicina natural garantiza ...»); un derecho que según el texto constitucional, no puede restringirse «mediante ningún tipo de censura previa», y que según el Tribunal Constitucional acoge sin duda también las ideas más molestas o rechazables¹⁷. En el caso de celebración de encuentros, congresos, etc., se halla en juego, además, el derecho fundamental de reunión del artículo 21 CE, cuyo ejercicio «no necesitará autorización previa». Así pues, iniciativas que en los últimos años pretenden de la Administración la prohibición de la celebración de encuentros de este tipo están destinadas al fracaso¹⁸; cosa distinta es que se dirijan a los organizadores advertencias de posibles sanciones administrativas o incluso penales para el caso de que en el curso de dichas actividades se incurriera en concretas conductas prohibidas, como la publicidad engañosa.

Es precisamente en ese campo fronterizo entre la mera difusión de las ideas y la promoción y publicidad de productos y métodos pretendidamente sanitarios donde se sitúa el Real Decreto de 1997 antes citado y también algunas de las líneas de actuación del Plan de 2018 que pretende reformarlo, en concreto para «incluir en la regulación los actos o encuentros» y «la utilización de internet o redes sociales» cuando unos u otra «conlleven la publicación o promoción comercial de productos, actividades o servicios con pretendida finalidad sanitaria». Como con toda razón apunta Álvarez Rubio¹⁹, no termina de entenderse, en realidad, qué novedad aportaría la reforma apuntada, pues lo cierto es que las prohibiciones del

¹⁷ Desde la perspectiva inversa, el mismo derecho fundamental ampara por descontado la crítica acerva a las pseudoterapias peligrosas; de ahí que los tribunales hayan desestimado todas las demandas civiles de protección del derecho al honor interpuestas en los últimos años contra distintas voces críticas –periodistas y comunicadores científicos, directivos de la Asociación para Proteger a los Enfermos de Terapias Pseudocientíficas (APETP) o el propio Ministro de Ciencia– por personas o asociaciones –Asamblea Nacional de Homeopatía (ANH), la Asociación de los Profesionales y Autónomos de las Terapias Naturales (COFENAT), la Fundación de Terapias Naturales (FTN) o la Fundación Salud y Naturaleza (FSN)– que las defienden o ejercen. Puede verse, por ejemplo, la STS 57/2020, de 4 de febrero, que desestima una demanda contra el Ministro de Ciencia.

¹⁸ <https://www.lavanguardia.com/politica/20180111/434219528876/el-colegio-de-medicos-de-barcelona-pide-prohibir-congreso-contra-oncologos.html>.

¹⁹ ÁLVAREZ RUBIO, J., «Problemas (y paradojas) actuales de la regulación publicitaria en el ámbito sanitario», *LEX*, núm. 26, año XVIII, 2020-II, pp. 177-204, pp. 190-191.

RD 1907/1996 se formulan con carácter general y por ello ya abarcan tanto la promoción o publicidad realizada en actos o encuentros como la que tiene lugar a través de internet o en redes (cosa distinta es que cualquier intervención en este último ámbito enfrenta enormes dificultades desde el punto de vista práctico²⁰). En los últimos años, de hecho, la Generalitat de Catalunya ha hecho uso de esta normativa en varias ocasiones para multar a los organizadores de encuentros en los que se ha promocionado el consumo del MSS²¹.

III. RESPONSABILIDADES PENALES

El Código penal no contempla expresamente, como delito en sí mismas, la publicidad o la práctica de pseudoterapias, por peligrosas que estas puedan resultar para la salud. Ello no es óbice, sin embargo, para que en ciertos casos puedan resultar aplicables determinadas figuras delictivas: el intrusismo, la estafa, los delitos contra la salud pública relativos a medicamentos y la publicidad engañosa; mayores dificultades plantea, en cambio, la aplicación de las lesiones o el homicidio. Repasaremos brevemente las dificultades de encaje que a menudo se suscitan y el modo en que las han abordado los tribunales.

1. Estafa

El delito de estafa del artículo 248 CP, que en cualquier caso únicamente atiende a una dimensión muy parcial del problema (la protección del patrimonio), ha sido aplicado en ocasiones a las prácticas que nos ocupan, si bien su encaje enfrenta diversas dificultades. En primer lugar, la propia idea de «engaño» requiere la conciencia de la falsedad de lo que se afirma, un elemento muy evidente en algunos casos pero no tanto en otros. En segundo término, la concatenación entre engaño y error

²⁰ De hecho, el artículo 4 del RD 1907/1996 contiene prohibiciones que se ajustan perfectamente a determinadas pseudoterapias. Así, «queda prohibida cualquier clase de publicidad o promoción directa o indirecta, masiva o individualizada, de productos, materiales, sustancias, energías o métodos con pretendida finalidad sanitaria», entre otros casos, cuando «se destinen a la prevención, tratamiento o curación de enfermedades transmisibles, cáncer y otras enfermedades tumorales, insomnio, diabetes y otras enfermedades del metabolismo», o cuando «atribuyan carácter superfluo o pretenda sustituir la utilidad de los medicamentos o productos sanitarios legalmente reconocidos». Lo mismo sucede con la Ley de Competencia Desleal, cuyo artículo 23.3 reputa como desleal, por engañoso, «proclamar, falsamente, que un bien o servicio puede curar enfermedades, disfunciones o malformaciones».

²¹ <https://www.lavanguardia.com/local/lleida/20181026/452557092851/salud-sanciona-josep-pamies-pseudociencia.html>: https://elpais.com/sociedad/2018/10/22/actualidad/1540229352_723272.html: https://elpais.com/sociedad/2018/10/22/actualidad/1540229352_723272.html.

exigida por el tenor típico del artículo 248 excluye, como se sabe, los supuestos conocidos como de «error preexistente» –así, quien previamente persuadido de las facultades de un echador de cartas o del sanador por imanes, acude a él y le paga por su servicio–. En todo caso, a pesar de esta dificultad inicial sí es posible sancionar por estafa, como también es conocido, cuando en momentos posteriores el sujeto «añade» elementos engañosos más allá del originario convencimiento erróneo de la víctima, con lo que consigue el pago de cantidades por encima de las iniciales²².

La tercera dificultad de aplicación de la estafa en estos contextos tiene que ver con el carácter «bastante» del engaño, que durante al menos unos años había sido interpretado por el TS en el sentido de excluir la estafa en los muy burdos o extremadamente elementales (en los que concurriría una cierta vulneración del deber de autoprotección del propio engañado). Con todo, el propio Tribunal ha ido matizando enormemente esta idea, que el mismo reconoce que no puede servir para excluir la protección de las personas más crédulas por razón de su edad, formación cultural, o circunstancias que las hacen especialmente vulnerables, elementos todos ellos que han de incluirse en el parámetro de la valoración del carácter bastante del engaño. De ahí que (incluso siendo engaños muy burdos) suela condenarse en casos próximos a los que aquí nos interesan (propiamente esoterismo con supuestos fines curativos de enfermedades)²³, y que solo se haya absuelto en supuestos de víctimas con cierta formación cultural²⁴ (e incluso aquí resulta muy discutible, puesto que la especial vulnerabilidad derivada del deseo o incluso la desesperación por recobrar la salud también debe ser tomada en consideración; de hecho, el propio TS así lo hace en otras sentencias en las que se condena por estafa en engaños burdos a pesar de que los enfermos no necesariamente presentan un muy bajo nivel cultural). Junto a ello se sitúan condenas por estafa en prácticas más claramente catalogables como pseudoterapias, revestidas de una pátina de cierta mayor credibilidad²⁵. Ha de apuntarse, en cualquier caso, que los supuestos que llegan a los tribunales suelen caracterizarse por un perjuicio patrimonial elevado y son, en todo caso, puntuales.

²² Ver el razonamiento en tal sentido, por ejemplo, en la STS 407/2005, de 23 de marzo.

²³ Por ejemplo, STS 831/2015, de 29 diciembre, o STS 833/2016, de 3 noviembre.

²⁴ STS 89/2007, de 2 febrero (los dos engañados por un curandero, que perseguían la curación del cáncer padecido por su padre, eran administrativo y auxiliar de clínica).

²⁵ STS 1612/2002, de 1 abril, conocida por la enorme entidad del caso: médico no especialista en oncología, que se presentaba como tal, y que entre otras conductas vendió a precio elevadísimo a centenares de pacientes un producto no autorizado compuesto de urea y suero fisiológico, supuestamente curativo del cáncer; o STS 407/2005, de 23 de marzo, reativa a un sujeto que se presenta como «doctor y especialista en Biocibernética cuántica holográfica y medicina neurofocal» que diagnostica y/o trata enfermedades por, entre otros, el procedimiento de pasar un cilindro por el cuerpo y prescribir la extracción de toda o parte de la dentadura a numerosos pacientes (a los que, además, induce a abandonar el tratamiento convencional), inyectarles cocaína o recetarles una «medicación embrionaria», por todo lo cual cobró importantes cantidades.

2. Publicidad engañosa

El artículo 282 CP –orientado a la protección genérica de los consumidores y sus intereses como tales–, en el que se asigna una pena de prisión de seis meses a un año o multa de 12 a 24 meses a los «fabricantes o comerciantes que, en sus ofertas o publicidad de productos o servicios, hagan alegaciones falsas o manifiesten características inciertas sobre los mismos, de modo que puedan causar un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores», ha sido muy escasamente aplicado en el contexto de las pseudoterapias (posiblemente, entre otros factores, por la dificultad de encuadrar a quienes las practican en el término legal de «comerciantes»), aunque sí existe alguna sentencia²⁶. Quizás una modificación del precepto o la introducción de un subtipo específico concebido expresamente para las pseudoterapias engañosas más peligrosas (en términos similares a los del ya citado Real Decreto 1907/1997, sobre publicación y promoción comercial de productos, actividades o servicios con pretendida finalidad sanitaria) podría resultar un instrumento adecuado para la intervención penal en nuestro contexto, pues carece de sentido tipificar conductas publicitarias engañosas aptas para poner en peligro los intereses (patrimoniales) de los consumidores y que no se haga lo propio con la publicidad de servicios fraudulentos claramente peligrosos para la salud²⁷.

3. Intrusismo

Esta figura delictiva del artículo 403 CP sí ha sido ocasionalmente aplicada a la práctica de pseudoterapias, las más de las veces en concurso de delitos con la estafa²⁸. El encaje bajo el intrusismo, definido (en la modalidad que aquí nos interesa) como ejercer «actos propios de una profesión sin poseer el correspondiente título académico expedido o reconocido en España de acuerdo con la legislación vigente», solo resulta posible, empero, si efectivamente se realizan

²⁶ SJP núm. 18 de Madrid 268/2014, de 4 de julio, en el caso del medicamento *Biobac*; en Francia es interesante la condena por este delito publicitario dictada en 2015 por el tribunal correccional de Montpellier contra un defensor de la doctrina de la «biología total» (según la cual toda enfermedad, incluido el cáncer, es el resultado de un conflicto interior no resuelto), que inducía a sus seguidores al abandono completo de los tratamientos convencionales (<https://france3-regions.francetvinfo.fr/occitanie/herault/montpellier-metropole/montpellier/fondateur-biologie-totale-condamne-2-ans-ferme-montpellier-844921.html>).

²⁷ Sin que ello signifique desconocer los múltiples problemas de la fijación de un concepto de nocividad o los relativos a la opción por un delito de peligro concreto o abstracto para la salud pública, puestos de manifiesto recientemente por CORCOY BIDASOLO, M., «Delitos alimentarios y protección penal de la salud pública», *Rev Bio y Der.* 42, 2018, pp. 13-18.

²⁸ Por ejemplo SAP Cádiz 166/2010, de 23 de abril o, muy recientemente, STS 167/2020, de 19 de mayo.

dichos «actos propios» de la profesión, reservados por ello a quienes acreditan la formación académica requerida. El núcleo de la cuestión reside, por tanto, en clarificar cuáles son exactamente tales actos en el caso del ejercicio de la medicina (la jurisprudencia los agrupa en «profilaxis», «diagnóstico» y «tratamiento» de la enfermedad), y en perfilar de qué modo han de llevarse a cabo para que la conducta pueda considerarse intrusiva; en este último sentido, suele entenderse que si se emplea un cauce completamente ajeno a lo científico (diagnosticar mediante adivinación, revisión de la dentadura o empleo de imanes, o tratar a través de la meditación, el masaje o la imposición de manos, por ejemplo) no podrá decirse que se practica un acto «propio» de la profesión²⁹. De ahí que los actos del curanderismo más burdo (cercanos al esoterismo o la brujería) no perfeccionen el delito, como tampoco lo hacen *per se* numerosas técnicas encuadrables en la categoría de las pseudoterapias³⁰. Ha de reconocerse, en cualquier caso, que existe una zona gris en la que no resulta tan sencillo determinar si el método empleado para el diagnóstico (pensemos, por ejemplo, en una entrevista con el paciente sobre sus síntomas) puede considerarse medianamente «científico» y dar por ello lugar al intrusismo.

Una precisión relevante atañe a la prescripción de sustancias: siguiendo la anterior línea de razonamiento, cuando se trate de medicamentos autorizados y que requieran receta médica, nos encontraremos sin duda ante intrusismo (como acto de «tratamiento»); no será así, en cambio, si se prescriben o suministran sustancias no autorizadas (lo que en su caso podrá suponer un delito contra la salud pública de los que trataremos enseguida «infra»), plantas supuestamente medicinales o complementos vitamínicos inocuos.

Conviene tener presente, por otro lado, que el mero uso de términos que implícita o explícitamente remitan a la profesión titulada («clínica», «consulta», «médico osteópata, homeópata, naturópata», etc.) no realiza por sí mismo el delito (por más que pudieran contribuir al engaño a efectos del delito de estafa), que solo se perfecciona, como se ha explicado, si se realizan los actos propios de la profesión; comprobado esto último, la atribución pública del título que no se posee («licenciado en medicina») sí da lugar a un tipo agravado, con un incremento notable de la pena (de la multa del tipo básico se pasa a prisión de seis

²⁹ En este sentido recientemente, por todos, GONZÁLEZ URIEL, D., «Medicina alternativa y delito de intrusismo. Algunas consideraciones al hilo de la STS 167/2020», *La Ley Penal*, núm. 147, nov-dic 2020, p. 10.

³⁰ Así se explica la absolucón en el caso, de gran repercusión mediática, del joven estudiante universitario valenciano que, aquejado de leucemia linfoblástica aguda, acudió a un naturópata, el cual, según los hechos probados de la sentencia (SJP núm. 10 de Valencia 37/2018, de 29 enero) se limita a recetarle complementos vitamínicos y una dieta, aconsejándole que consultara con los profesionales la compatibilidad de estos con el tratamiento de quimioterapia.

meses a dos años), la misma que se impone en caso de que la actividad se ejerciere «en un local o establecimiento abierto al público en el que se anunciare la prestación de servicios propios de aquella profesión»³¹.

4. Delito contra la salud pública en relación a medicamentos

El artículo 362 CP castiga, entre otras conductas, la de fabricar, suministrar, comercializar u ofrecer «medicamentos [...] que carezcan de la necesaria autorización exigida por la ley», siempre que «con ello se genere un riesgo para la salud o la vida de las personas»; la pena asignada es de seis meses a tres años de prisión, multa e inhabilitación especial. A diferencia de la estafa o la publicidad engañosa, que como se ha señalado atienden al aspecto más patrimonial de la conducta –secundario a los efectos que aquí interesan–, el artículo 362 y los que le siguen sí se orientan claramente al bien jurídico relevante en nuestro contexto (la salud pública), si bien solo puede aplicarse, como es obvio, a los casos en los que medien productos a los que se atribuyen propiedades curativas –cosa que no sucede, ni mucho menos, en todas las pseudoterapias, en muchas de las cuales no se prescribe ni administra sustancia alguna–. En la prueba de la peligrosidad del medicamento reside, además, la frontera entre ilícito meramente administrativo –en el que incurrir cualquier comercialización de un producto no autorizado por las autoridades sanitarias– y penal, y es precisamente su falta la que explica las absoluciones recaídas en casos de venta de sustancias inocuas³². Ello no es óbice, sin embargo, para que sí se aprecie el delito cuando, aun tratándose de una sustancia inofensiva *per se*, se suministre de modo que «sustituya» el tratamiento convencional, que sería donde residiría la verdadera peligrosidad para la salud³³.

³¹ No da lugar a intrusismo, en cambio, la realización de los actos propios de una determinada especialidad médica que no se posee, si se acredita la titulación básica (STS 1612/2002 de 1 abril: el sujeto, que se presentaba como oncólogo sin serlo, sí era licenciado en medicina).

³² Así por ejemplo en el conocido como «caso Acobiomol», SAP Cádiz 166/2010, de 23 de abril (sí se condenó, en cambio, por estafa e intrusismo).

³³ El TS dejó clara esta interpretación en la ya citada STS 1612/2002, de 1 de abril; en aplicación de esta idea, el JP núm. 18 de Madrid (la ya citada sentencia 268/2014, de 4 de julio, «caso Biobac») absuelve del delito por entender que, además de ser inocuo, el producto no se suministró como sustitutivo de las terapias convencionales. Sobre todo ello véase el reciente y exhaustivo trabajo de CÁMARA ARROYO, S., «El medicamento como instrumento del delito: análisis del delito farmacológico y las intoxicaciones medicamentosas desde la Medicina legal, el Derecho penal y su jurisprudencia», *ADPCP*, vol. LXXIII, 2020, pp. 307 ss., esp. pp. 390-1.

5. Lesiones u homicidio

En los casos de prácticas de pseudoterapias que han llegado a los tribunales del orden penal en nuestro país son absolutamente infrecuentes las acusaciones por delitos de lesiones u homicidio. Con todas las dificultades de comprobación de la causalidad e imputación objetiva que pueden concurrir –y que se acrecientan cuanto mayor sea el deterioro previo del estado de salud del paciente–, tal imputación no tiene por qué descartarse por completo³⁴. Por otra parte, en la jurisprudencia existe algún caso puntual en el que resulta del todo sorprendente la falta de una acusación por lesiones –con dolo directo– por el Ministerio Público; tal es el caso antes citado de la STS 407/2005, de 23 de marzo, en el que se llegaron a producir extracciones de toda la dentadura a algunos pacientes. Ni siquiera se trataba aquí, a mi juicio, de unas lesiones consentidas atenuadas del artículo 155 CP, pues no cabe apreciar consentimiento emitido de forma «válida» y «libre» cuando el enfermo accede bajo engaño en el convencimiento de que tales lesiones van a conseguir curarle de otras afecciones.

El problema más complejo de calificación penal se presenta en los supuestos en los que la responsabilidad por lesiones u homicidio no pretende derivarse de un método o producto lesivo *per se*, sino del hecho de haberse inducido al abandono del tratamiento convencional. Esto fue precisamente lo que sucedió, según los hechos probados de la sentencia, en el supuesto enjuiciado por la STS 1612/2002, en el que, además de proporcionarse un producto en principio inocuo a cientos de pacientes oncológicos, se les indujo al abandono de cualquier otro tratamiento; a pesar de que según la sentencia, la gran mayoría de aquellos habían fallecido, ni Fiscalía ni la acusación particular acusaron por homicidio, lo que impidió al Tribunal Supremo pronunciarse sobre ello (aunque sí tuvo en cuenta el factor mencionado para sancionar por delito contra la salud pública). Más de quince años después, dicha acusación sí se formula (por el padre del joven fallecido) en el caso resuelto por el JP núm. 10 Valencia 37/2018, 29 enero, que en cambio absuelve de estos cargos al no haber resultado probado que se indujera a dicho abandono³⁵.

³⁴ Al respecto CORCOY BIDASOLO, M., *Rev Bio y Der.* 42, 2018, p. 18 (en referencia precisamente a la STS 1612/2002).

³⁵ Se considera probado, de hecho, lo contrario: que el acusado recomendó al paciente la continuación de la quimio, y que consultara con sus médicos la compatibilidad entre esta y los suplementos vitamínicos aconsejados (consulta que aparece reflejada en la historia clínica). La sentencia insiste en que el joven paciente ya era muy reacio a someterse a quimioterapia antes de acudir a los servicios del acusado, entre otros factores por haber recibido dicha influencia en su propia familia.

IV. CONCLUSIONES

Este breve repaso ha permitido mostrar los instrumentos legales con los que ya cuentan los poderes públicos de nuestro país para hacer frente a las pseudoterapias que representan un mayor peligro para la salud de los ciudadanos. Un arsenal normativo quizás incompleto y siempre limitado por determinadas exigencias constitucionales, pero que probablemente podría ser aprovechado y rendir más frutos de los que hasta el momento ha permitido cosechar.

¿SON PUNIBLES LOS DAÑOS INFORMÁTICOS IMPRUDENTES? EL ESTADO DE LA CUESTIÓN

MARÍA A. TRAPERO BARREALES*

I. INTRODUCCIÓN

Nuestra querida y admirada Mirentxu Corcoy Bidasolo es indiscutiblemente un referente en el estudio dogmático del delito imprudente. A su vez, también es una de las primeras investigadoras que ha escrito sobre los delitos informáticos (esta era su primera denominación), antes de que tuvieran algún reconocimiento explícito en el CP. Es por ello que he elegido este tema en esta breve contribución en reconocimiento a una excelente penalista y, sobre todo, una magnífica persona.

Tomando en consideración los principios limitadores de la potestad punitiva del Estado, principalmente, pero no solo, los de intervención mínima, carácter fragmentario y *ultima ratio*, en el vigente CP se ha optado por el sistema de *numerus clausus-crimina culposa* en la tipificación de los delitos imprudentes¹.

Así se establece sin ningún género de dudas en el artículo 12 CP: «Las acciones u omisiones imprudentes solo se castigarán cuando *expresamente* lo disponga la ley».

* Catedrática de Derecho Penal de la Universidad de León. Este trabajo se enmarca en el Proyecto de investigación PID2019-108567RB-C21 (AEI), así como en las tareas de investigación de la UIC 166 de Castilla y León.

¹ Para más detalles, por todos, LUZÓN PEÑA, D. M., *Lecciones de Derecho penal. PG*, 3.^a, Valencia, (Tirant lo Blanch), 2016, pp. 300 ss.

Con este precepto como brújula, en el Libro II del CP se ha hecho la selección correspondiente de los delitos imprudentes, como regla general, limitando la tipificación penal a que el hecho se cometa con imprudencia grave (por ejemplo, arts. 146, 324, 332.3, 334.3 CP), de manera excepcional previendo la intervención penal ante la comisión del hecho con imprudencia grave o menos grave (en los arts. 142 y 152 CP).

Pero la opción por el sistema de *numerus clausus* no ha desterrado completamente el recurso a algunas técnicas legislativas, eso sí, ahora a pequeña escala, que recuerdan a la antigua incriminación de la imprudencia a través de cláusulas generales; el recurso a este tipo de técnicas regulatorias genera la duda sobre el verdadero alcance y extensión de la incriminación de la imprudencia.

Porque a veces se ha optado por un precepto penal que incrimina el/los delitos imprudentes que están tipificados en un determinado Capítulo. Por ejemplo, esto sucede en el Título XVII del Libro II, en el Capítulo II, en concreto en el artículo 358 CP, donde se prevé la tipificación de los delitos de incendio descritos en los artículos 351 a 357 CP cometidos por imprudencia grave.

Otras veces se ha optado por un precepto que incrimina el/los delitos imprudentes tras la enumeración de una serie más o menos extensa de delitos dolosos. Esto sucede, por ejemplo, dentro del Título XVII del Libro II, en el Capítulo III: tras la tipificación de los delitos contra la salud pública dolosos en los artículos 359 a 366 CP aparece el artículo 367 CP, precepto en el que se tipifican los delitos contra la salud pública descritos anteriormente cometidos con imprudencia grave².

Y otras veces, en lo que aquí interesa, se ha recurrido a un precepto que cierra la tipificación de determinados delitos ubicados en un Capítulo, donde aparecen descritas varias figuras delictivas dolosas y el último precepto, redactado de manera genérica, prevé la comisión imprudente (cuando la imprudencia sea grave). Esto es lo que sucede en el Título XIII del Libro II CP, dedicado a los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico, en el Capítulo IX relativo a los daños: en los artículos 263 a 266 CP se enumeran una serie de delitos dolosos de daños, entre ellos aparecen tipificados los delitos de daños

² Desde la aprobación del vigente CP, los delitos contra la salud pública han sido objeto de varias reformas legislativas, aumentando el número de delitos dolosos y, por la cláusula de remisión, también el de los delitos imprudentes. Entre estas reformas legislativas se han de citar las operadas por las LO 5/2010 y LO 1/2015 en la parte relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas (utilizando la literalidad de la regulación penal, sin entrar en la discusión de si es o no auténtica responsabilidad penal). En concreto, en la LO 1/2015 se ha modificado el artículo 366 CP para establecer la responsabilidad de las personas jurídicas en los delitos tipificados en los artículos 359 a 365 CP. Esto significa que, literalmente, el artículo 367 CP también afecta a la responsabilidad penal de las personas jurídicas por delitos contra la salud pública cometidos por imprudencia grave.

informáticos (utilizando la rúbrica del Capítulo para su denominación), en los arts. 264 a 264 quater CP, y en el artículo 267 CP, cerrando el Capítulo IX, se castigan los daños causados con imprudencia grave (si superan la cuantía de 80.000 euros).

La forma como se ha estructurado este Capítulo IX abre el interrogante sobre la punibilidad o no de los daños informáticos imprudentes.

El tema que aquí nos va a ocupar, y, por razones de extensión, solo se va a exponer el estado de la cuestión, no ha sido objeto de especial explicación por la doctrina; el interés se ha centrado en otros aspectos que resultan problemáticos en la interpretación de los delitos de daños informáticos dolosos. Sobre todo y principalmente, el aspecto más debatido es el relativo al bien jurídico protegido en los delitos de daños informáticos, pues conecta con la discusión genérica sobre la aparición o no de nuevo/s bien/es jurídico/s protegible/s a través de (algunos de) los delitos informáticos o, como nueva generación, los ciberdelitos, y, como cuestión previa, el mismo concepto de delitos informáticos y de ciberdelitos.

Volviendo al tema que nos ocupa, si son o no punibles los daños informáticos imprudentes a través del artículo 267 CP, es preciso advertir que la respuesta ofrecida doctrinalmente se ha podido ver influida por la propia regulación de los daños informáticos dolosos, muy diferente en su versión originaria, en el antiguo artículo 264.2, a la que hoy está en vigor, con una primera y sustancial modificación en la reforma aprobada por la LO 5/2010, mejorada y ampliada mediante la LO 1/2015. Por esta razón, en la exposición sobre el estado de la cuestión se va a mencionar la respuesta doctrinal antes y después de estas dos reformas legislativas.

II. A FAVOR DE LA PUNIBILIDAD DE LOS DAÑOS INFORMÁTICOS IMPRUDENTES

1. Antes de las reformas de 2010 y 2015

En este momento el delito de daños informático tenía otra estructura y otra descripción típica: estaba previsto en el antiguo artículo 264.2; en el antiguo artículo 264.1, conminado con la misma pena, se describían y enumeraban las circunstancias cualificantes que hoy aparecen mencionadas en el artículo 263.2.

Esta estructura del antiguo precepto, y su ubicación sistemática, había generado una viva discusión doctrinal sobre su naturaleza; en esta polémica

contribuyó el diferente tenor literal de los apartados 1 y 2 del antiguo artículo 264³. Para un sector de la doctrina el delito de daños informático era un tipo agravado o cualificado del delito de daños⁴, mientras que otro sector doctrinal ya en este momento ha reconocido que era un delito autónomo o especial, discutiéndose si se limitaba a los daños en el objeto material identificado con los datos, programas y documentos electrónicos o también se subsumía en él los daños en los elementos físicos donde estaban ubicados tales objetos materiales⁵.

La discusión sobre su naturaleza tenía reflejo en la interpretación de esta modalidad delictiva. En ocasiones esta se ha fijado tomando en consideración que se trataba de un delito de daños, porque así se deducía también de su ubicación sistemática, con repercusión todo ello además en el bien jurídico protegido por aquella figura delictiva⁶, mientras que en otras ocasiones se ha defen-

³ Ampliamente sobre la discusión doctrinal en torno a la naturaleza del antiguo delito de daños informático, GONZÁLEZ RUS, J. J., «Naturaleza y ámbito de aplicación del delito de daños en elementos informáticos (artículo 264.2 del Código Penal)», en: Díez Ripollés; Romeo Casabona; Gracia Martín, y Higuera Guimerá (eds.), *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor doctor Don José Cerezo Mir*, Madrid (Tecnos), 2002, pp. 1288 ss.

⁴ V., de esta opinión, MARCHENA GÓMEZ, M., «El sabotaje informático: entre los delitos de daños y desórdenes públicos», *CDJ X*, 2001, pp. 358, 363; MATA Y MARTÍN, R., *Delincuencia informática y Derecho penal*, Madrid (Edisofer), 2001, p. 80; GARCÍA ARÁN, M., «Artículo 264», en: Córdoba Roda, y García Arán (dirs.), *Comentarios al CP. PE I*, Madrid (Marcial Pons), 2004, pp. 930 s.; GARCÍA GONZÁLEZ, J., «Artículos 263 y 264», en: Cobo del Rosal (dir.), *Comentarios al CP. Tomo VIII*, Madrid (Edersa), 2005, pp. 772, 776, si bien reconoce que hay razones para la creación de un tipo autónomo; CRUZ DE PABLO, J. A., *Derecho penal y nuevas tecnologías. Aspectos sustantivos*, Madrid (Difusión), 2006, p. 37; FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., *Cibercrimen. Los delitos cometidos a través de internet – estafas, distribución de pornografía infantil, atentados contra la propiedad intelectual, daños informáticos, delitos contra la intimidad y otros delitos en la red–*, Oviedo (Constitutio Criminalis Carolina), 2007, pp. 112 s.

⁵ A favor de la tesis de que era un delito autónomo referido solo a los daños en los elementos lógicos, por tanto, si la misma conducta causa daños en elementos lógicos y en elementos físicos hay que aplicar el concurso ideal de delitos entre los artículos 263 y 264.2, por todos, ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A. C., «Los daños informáticos en la Unión Europea», *LL* 1999-1, p. 1727; «Los daños informáticos en el Derecho Penal europeo», en: Álvarez García (dir.); Álvarez García; Manjón-Cabeza Olmeda, y Ventura Püschel (coords.), *La adecuación del Derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea. La política criminal europea*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2009, pp. 416 s. A favor de la tesis de que era un delito autónomo que abarcaba los daños en elementos físicos y lógicos, por todos, GONZÁLEZ RUS, J. J., 2002, pp. 1295 s.; «Daños a través de internet y denegación de servicios», en: *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Madrid (Thomson Civitas) 2005, p. 1471.

⁶ A favor de la interpretación del antiguo delito de daños informático como tipo autónomo o especial, pero en todo caso se protegía la propiedad, pues así se derivaba además de su ubicación sistemática en el título dedicado a delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico, y su interpretación había de hacerse siguiendo la teoría general del delito de daños (sea cual sea la forma como se entienda esta teoría general en cada caso), a veces exigiendo que se superara la cuantía económica exigida en el delito de daños, para otros este no era requisito típico de los daños informáticos, entre otros, MARCHENA GÓMEZ, M., 2001, p. 358; ORTS BERENGUER, E., y ROIG TORRES, M., *Delitos informáticos y delitos comunes cometidos a través de la informática*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2001, pp. 79, 81; GONZÁLEZ RUS, J. J., 2002, pp. 1295 ss.; 2005, pp. 1470 s., 1476, 1477; «Precisiones conceptuales y político-criminales sobre la intervención penal en internet», *Cuadernos Penales José María Lidón* 4, 2007, pp. 13 s., 28, 29 ss., 34, 36 s., descartando aquí las formulaciones teóricas sobre la aparición de nuevos bienes jurídicos necesitados de protección penal como consecuencia del desarrollo de la informática y las

dido que se estaba en presencia de un delito autónomo porque así se tenía que deducir desde el momento en que en él se protegía un nuevo bien jurídico surgido del avance y desarrollo de la informática y/o de las técnicas de información y comunicación (TIC's), y/o se protegía un bien jurídico que no era estrictamente el patrimonio, aun cuando su ubicación sistemática hiciera pensar otra cosa⁷.

Desde una u otra tesis doctrinal sobre la naturaleza y el bien jurídico tutelado por el antiguo delito de daños informáticos se ha admitido expresamente

TIC's (solo admite la aparición de un nuevo bien jurídico, el derecho a la autodeterminación informativa); CORCOY BIDASOLO, M., «Problemática de la persecución penal de los denominados delitos informáticos: particular referencia a la participación criminal y al ámbito espacio temporal de comisión de los hechos», *Eguzkilore*, 21, 2007, pp. 18, 30.

⁷ Para un amplio sector de la doctrina, el desarrollo, primero de la informática, posteriormente de las TIC's, ha supuesto la aparición de nuevo/s bien/es jurídico/s, de carácter supraindividual generalmente (si se reconoce que han aparecido varios bienes jurídicos, algunos serán de carácter individual, otros serán supraindividuales). Véase, entre otros muchos, CORCOY BIDASOLO, M., 2007, 10; y ampliamente HERNÁNDEZ DÍAZ, L., «El delito informático», *Eguzkilore*, 23, 2009, pp. 230 ss., 236 ss. En el caso de los daños informáticos, este bien jurídico es la accesibilidad e integridad de la información y de los sistemas informáticos para RODRÍGUEZ MOURULLO, G.; ALONSO GALLO, J., y LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., «Derecho penal e internet», en: Cremades García; Fernández-Ordóñez, e Illescas Ortiz (coords.), *Régimen jurídico de internet*, Madrid (La Ley), 2001, p. 285; o la disponibilidad e integridad de datos y sistemas informáticos para MATA BARRANCO, N. J. de la, «Los delitos vinculados a las tecnologías de la información y de la comunicación en el Código Penal: panorámica general», *Cuadernos Penales José María Lidón*, 4, 2007, pp. 49 s.; MATA BARRANCO, N. J. de la, y HERNÁNDEZ DÍAZ, L., «El delito de daños informáticos: una tipificación defectuosa», *EPC*, XXIX, 2009, pp. 324, 329 s., 331 s., 332, 333, 348; «El Derecho penal frente a las nuevas realidades criminales: el ejemplo del denominado sabotaje informático», en: Hormazábal Malarée (coord.), *Estudios de Derecho penal en memoria del profesor Juan José Bustos Ramírez*, México, Ubijus, 2011, pp. 643, 648, 649, 650 s., si bien reconociendo que, por su ubicación sistemática, se trata de un delito contra el patrimonio; o la seguridad de las redes y los sistemas informáticos por CARRASCO ANDRINO, M. M., «El acceso ilícito a un sistema informático», en: Álvarez García (dir.); Álvarez García; Manjón-Cabeza Olmeda, y Ventura Püschel (coords.), *La adecuación del Derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea. La política criminal europea*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2009, p. 344, para garantizar la disponibilidad, autenticidad e integridad de los datos y de los servicios que ofrecen dichas redes o sistemas; HERNÁNDEZ DÍAZ, L., ob. cit., p. 241. A esta conclusión sobre la aparición de un nuevo bien jurídico a proteger en el delito de daños informático también parece que llega ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A. C., 1999, pp. 1726 s.; 2009, pp. 416 s., 419, 422, 423. La necesidad de protección de nuevos bienes jurídicos ya se había planteado durante la vigencia del antiguo CP, cuando aún no se habían tipificado expresamente los daños informáticos. V., en este sentido, CORCOY BIDASOLO M., «Protección penal del sabotaje informático. Especial consideración de los delitos de daños», *LL* 1990-1, p. 1016. En la interpretación del delito de daños informáticos, se ha afirmado que se protegen intereses económicos que no se pueden identificar con el patrimonio en sentido estricto, entre otros, por GUTIÉRREZ FRANCÉS, M. L., «Delincuencia económica e informática en el nuevo Código Penal», *CDJ*, 11, 1996, pp. 252 s., 274, 291, 297, si bien hay que advertir que en este comentario se está centrando en la explicación del sabotaje informático que afecta a la actividad empresarial; MORÓN LERMA, E., *Internet y Derecho penal: hacking y otras conductas ilícitas en la red*, 2.^a, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2002, p. 67; «Delitos contra la confidencialidad, integridad y disponibilidad de datos y sistemas informáticos», *Cuadernos Penales José María Lidón*, 4, 2007, pp. 118 n. 81, 123, 125, 126, aquí ya haciendo alusión a las directrices de la UE a favor de la aparición de un nuevo bien jurídico, el correcto funcionamiento de los sistemas informáticos; «Daños informáticos: art. 264 CP», en: Álvarez García; González Cussac (dirs.); Manjón-Cabeza Olmeda; Ventura Püschel (coords.), *Consideraciones a propósito del Anteproyecto de Ley de 2009 de modificación del Código Penal*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2010, pp. 246 s.

la punibilidad de los daños informáticos imprudentes a través del artículo 267 CP, cumpliéndose, claro está, los requisitos que este precepto exigía (y exige) para la comisión imprudente⁸.

El reconocimiento de que el objeto de protección en el delito de daños informático no es en realidad el patrimonio, o más específicamente, la propiedad, no ha sido un impedimento para apoyar esta conclusión. Parece que su ubicación sistemática en el Capítulo dedicado a los delitos de daños, y la forma como se ha estructurado el mismo, han sido argumentos de peso para apoyar aquella interpretación.

2. Después de las reformas de 2010-2015

A partir de la reforma de 2010, y posteriormente la de 2015, la doctrina de manera unánime ha reconocido que los daños informáticos son delitos autónomos o especiales⁹. La nueva estructura de los delitos de daños ha servido para aclarar esta circunstancia: a partir de 2010 en el artículo 263 CP aparecen

⁸ Así, sea un delito agravado, sea un delito autónomo, referido solo a los elementos lógicos o que abarca tanto elementos lógicos como físicos, pero en todo caso conectando la tipificación de los daños informáticos con el bien jurídico propiedad, han admitido expresamente la punibilidad de los daños informáticos imprudentes, MATA Y MARTÍN, R., 2001, p. 76; ORTS BERENGUER, E., y ROIG TORRES, M., 2001, p. 84, si bien advierten que el artículo 267 está pensado para los daños materiales; GONZÁLEZ RUS, J. J., 2002, p. 1298; 2005, pp. 1476, 1484; FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., 2007, p. 121. Desde la tesis de que nos encontramos ante un delito económico (se protege algo más o algo diferente al patrimonio), admiten la punibilidad de los daños informáticos imprudentes, GUTIÉRREZ FRANCÉS, M. L., 1996, p. 299; MORÓN LERMA, E., 2002, pp. 67 s. Desde la tesis de que se protege el bien jurídico integridad y disponibilidad de datos, programas y documentos electrónicos, admiten la punibilidad de los daños informáticos imprudentes, ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A. C., 1999, p. 1727; 2009, p. 422 (aunque esta autora no ha afirmado expresamente que este sea el bien jurídico protegido); RODRÍGUEZ MOURULLO, G.; ALONSO GALLO, J., y LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., 2001, p. 285; MATA BARRANCO, N. J. de la, 2007, pp. 49 s., 50; MATA BARRANCO, N. J. de la, y HERNÁNDEZ DÍAZ, L., 2009, pp. 350, 351.

⁹ Así lo afirman expresamente, entre otros muchos, FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., «Daños informáticos: art. 264.I CP», en: Álvarez García, y González Cussac (dirs.); Manjón-Cabeza Olmeda, y Ventura Püschel (coords.), *Consideraciones a propósito del Proyecto de Ley de 2009 de modificación del Código Penal*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2010, p. 251; *Derecho penal e internet. Especial consideración de los delitos que afectan a jóvenes y adolescentes*, Valladolid (Lex Nova), 2011, pp. 96, 100; RAGUÉS I VALLÈS, R., y ROBLES PLANAS, R., «La reforma de los 'delitos informáticos': incriminación de los ataques a sistemas de información», en: Silva Sánchez (dir.), *El nuevo Código Penal. Comentarios a la reforma*, Madrid (La Ley), 2012, p. 373; ROMEO CASABONA, C. M., «La penetración del Derecho penal económico en el marco jurídico europeo: los delitos contra los sistemas de información», en: Romeo Casabona, y Flores Mendoza (eds.), *Nuevos instrumentos jurídicos en la lucha contra la delincuencia económica y tecnológica*, Granada (Comares), 2012, pp. 367, 370; CORCOY BIDASOLO, M., «Artículos 264 a 264 quater», en: Corcoy Bidasolo, y Mir Puig (dirs.); Vera Sánchez (coord.), *Comentarios al CP. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2015, p. 932; «Daños. Sabotaje informático (arts. 263-267)», en: Corcoy Bidasolo (dir.), y Hortal Ibarra (coord.), *Manual de Derecho penal. PE I, 2.ª*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2019, p. 579; LÓPEZ MUÑOZ, J., *Cibercriminalidad e investigación tecnológica*, Madrid (Dykinson), 2020, p. 72.

tipificados el delito básico y los tipos cualificados de daños; el artículo 264 CP se reserva para los daños informáticos, y esta estructura se mantiene en 2015, ocupando los daños informáticos los artículos 264 a 264 quater CP.

Si la regulación de los daños informáticos ha cambiado de manera sustancial, como consecuencia primero de la transposición de la Decisión Marco 2005/222/JAI, del Consejo, de 24 de febrero, y después de la Directiva 2013/40/UE, del Parlamento y del Consejo, de 12 de agosto, sin embargo su ubicación sistemática se ha mantenido inalterada. Esta circunstancia ha afectado a la forma como se ha explicado el bien jurídico protegido a través de estas figuras delictivas (algo que ya sucediera en la versión originaria de los daños informáticos, como se ha explicado en el apartado anterior), pues esto ha llevado a mantener que el objeto de protección ha de conectarse con esta ubicación entre los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico, en el capítulo relativo a los delitos de daños¹⁰. Para otro sector doctrinal, siguiendo el planteamiento ya propuesto antes de las reformas de 2020-2015, los delitos de daños informáticos pertenecen a los delitos informáticos y, en la actualidad, a los cibercrimes puros o en sentido estricto, que han de proteger nuevo/s bien/es jurídico/s surgido/s con el desarrollo de la informática y posteriormente las TIC's¹¹; sea este identificado genéricamente como la seguridad informática o seguridad en los sistemas de información¹², o el correcto funcionamiento

¹⁰ Esta parece ser la tesis de FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., 2010, pp. 250, 251; 2011, p. 96. También toman en consideración esta ubicación sistemática, CORCOY BIDASOLO, M., 2015, p. 934; 2019, p. 581; NIETO MARTÍN, A., «Delitos patrimoniales sin enriquecimiento: los daños», en: Gómez Rivero (dir.), *No-ciones fundamentales de Derecho penal. PE II*, 3.ª, Madrid (Tecnos), 2019, pp. 215, 217, 219, aceptando que la seguridad informática inspira parte de las circunstancias cualificantes previstas en los artículos 264.2 y 264 bis.2. Este autor sí reconoce que el artículo 264 ter solo se entiende si se conecta con el bien jurídico colectivo seguridad de los sistemas de información, pp. 219 s.; BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F., «Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico», en: Morillas Cueva (dir.), *Sistema de Derecho penal. PE*, 3.ª, Madrid (Dykinson), 2020, pp. 662, 667 s., señalando que, en su contenido, el artículo 264 está más cerca de la indemnidad de los datos o de la propia seguridad informática; ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., «Delitos contra la propiedad, el patrimonio y el orden socioeconómico (II)», en: Marín de Espinosa Ceballos (dir.); Esquinas Valverde (coord.), *Lecciones de Derecho penal. PE*, 2.ª, Valencia (Tirant lo Blanch), 2021, p. 313.

¹¹ Si se admite que existen diferentes delitos informáticos o, como categoría diferente, evolucionada, cibercrimes, por un lado, los que protegen de manera principal bienes jurídicos «tradicionales», por otro lado, los que podrían calificarse como cibercrimes puros, será sobre todo en relación con estos últimos donde se plantea de manera más evidente la posible aparición de un nuevo bien jurídico. Y a este grupo de cibercrimes puros pertenecerían los delitos de daños informáticos o sabotaje informático.

¹² ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A. C., «De los daños», en: Álvarez García (dir.); Manjón-Cabeza Olmeda, y Ventura Püschel (coords.), *Derecho penal español. PE I*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2011, p. 436, bien protegido en los daños informáticos. A favor de la concreción del bien jurídico como seguridad en los sistemas de información, GONZÁLEZ HURTADO, J. A., «Un nuevo bien jurídico protegido en el uso y disfrute de la tecnología: la seguridad en los sistemas de información», *LLP*, 107, 2014, pp. 2 s., 3 ss., 5 s.; «La seguridad en los sistemas de información como un bien jurídico de carácter autónomo. Perspectiva europea y española», *Revista Penal México*, 9, 2016, pp. 60 ss., 62 ss., 68 ss., 70 ss., 74, un bien jurídico colectivo que ha de protegerse tipificando delitos de lesión y delitos de peligro. Reconoce este autor que

de redes y sistemas informáticos¹³, sea planteado de manera específica en los daños informáticos como la integridad y disponibilidad de datos y redes y sistemas informáticos¹⁴.

Sea cual sea el objeto de protección en los delitos de daños informáticos tras las reformas de 2010 y 2015, esta controversia no parece que haya afectado a la cuestión que es objeto de atención aquí, pues un amplio sector doctrinal ha seguido admitiendo expresamente la punibilidad de los daños imprudentes¹⁵. También a esta conclusión parecen llegar otros autores a la vista de su forma de estructurar la explicación de los delitos de daños, todos ellos¹⁶.

Parece que en apoyo de esta tesis ha tenido un gran papel, bien la opción seguida en torno al bien jurídico protegido, al mantenerse que es la propiedad o el patrimonio, bien la ubicación sistemática, porque esto supone que las ligaduras interpretativas de los delitos de daños no se rompen definitivamente¹⁷, o porque tal ubicación sistemática afecta a la forma como ha de entenderse el bien jurídico, esto es, que se ha de dar un contenido patrimonial¹⁸.

en el CP no se ha consagrado este nuevo bien jurídico, por eso en los daños informáticos se protege el patrimonio (pp. 3, 5; 65, 71).

¹³ LÓPEZ MUÑOZ, J., 2020, p. 23.

¹⁴ V., en este sentido, SALVADORI, I., «Los nuevos delitos informáticos introducidos en el Código Penal español con la Ley Orgánica 5/2010: perspectiva de Derecho comparado», *ADPCP*, 2011, pp. 224, 227, 241; MATA BARRANCO, N. J. de la, «Los delitos contra la integridad y disponibilidad de datos y sistemas informáticos después de la LO 1/2015», en: Bacigalupo Saggese, Feijoo Sánchez, y Echano Basaldua (coords.), *Estudios de Derecho penal. Homenaje al profesor Miguel Bajo*, Madrid (Editorial Universitaria Ramón Areces), 2016, pp. 1092 s., 1095, 1097 s., 1098; «Delitos de daños informáticos», en: DE LA MATA BARRANCO; DOPICO GÓMEZ-ALLER; LASCURAIN SÁNCHEZ, y NIETO MARTÍN, *Derecho penal económico y de la empresa*, Madrid (Dykinson), 2018, pp. 743, 744.

¹⁵ Desde la protección del patrimonio, FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., 2011, p. 105. Desde su ubicación sistemática, que no es la correcta, porque se tiene que proteger la seguridad informática, ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A. C., 2011, pp. 430, 436. 441 s.; «Artículos 264 a 264 quater», en: Gómez Tomillo (dir.), *Comentarios prácticos al CP. Tomo III*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2015, p. 355, o es la integridad y disponibilidad de datos y sistemas informáticos, MATA BARRANCO, N. J. de la, 2016, pp. 1092 s., 1095, 1097 s., 1098, 1105, 1106; 2018, pp. 743 s., 755. Desde la protección de un nuevo bien jurídico ha de incluirse a LÓPEZ MUÑOZ, J., 2020, pp. 23 ss., 77, porque sí propone un nuevo bien jurídico protegido por los cibercrimes, aunque más adelante en la explicación del delito de daños informático no queda tan clara esta posición (p. 72). Aunque no aclara cuál es el bien jurídico protegido, pero se deduce que sí reconoce su existencia, por su comentario sobre la Decisión Marco 2005/222/JAI, y porque reclama un cambio en la ubicación sistemática de los daños informáticos, admitiendo a continuación su comisión imprudente ROMEO CASABONA, C. M., 2012, pp. 342, 369 n. 75, 370.

¹⁶ Véase, en este sentido, ORTS BERENGUER, E., «Los daños», en: González Cussac (coord.), *Derecho penal. PE*, 6.ª, Valencia (Tirant lo Blanch), 2019, pp. 501 ss., 504; y admitiendo que los daños informáticos son tipos especiales, MORENO ALCÁZAR, M. A., «Daños», en: Boix Reig (dir.), *Derecho penal. PE II. Delitos económicos*, 2.ª, Madrid (Iustel), 2020, pp. 375 ss., 382 s., 385; MESTRE DELGADO, E., «Los daños», en: Lamarca Pérez (coord.), *Delitos. La PE del Derecho Penal*, 6.ª, Madrid (Dykinson), 2021, pp. 443, 445, 448 s., 450 s.; ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., 2021, pp. 313 ss.

¹⁷ En expresión de ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A. C., 2011, pp. 430, añadiendo que tales ligaduras interpretativas son de difícil encaje en los daños informáticos; 2015, pp. 352 s., 355.

¹⁸ Véase, en este sentido, MATA BARRANCO, N. J. de la, 2016, pp. 1092 s., 1095, 1097 s., 1098, 1100 ss., 1105; pp. 2018, 742, 743 s., 755.

III. EN CONTRA DE LA PUNIBILIDAD DE LOS DAÑOS INFORMÁTICOS IMPRUDENTES

Aunque minoritario, un sector de la doctrina ha descartado (más o menos) de manera expresa la punibilidad de los daños informáticos cometidos imprudentemente, no siempre utilizando los mismos argumentos, como se va a mencionar a continuación.

En ocasiones se llega a esta conclusión tomando en consideración la explicación del precepto regulador de los daños imprudentes (art. 267), en concreto, porque este se pone en relación con el delito de daños del artículo 263 CP¹⁹, y, a veces, se ha reconocido que los delitos de daños informáticos son delitos especiales o autónomos, con una ubicación incorrecta²⁰, de lo que se deduce que no están orientados a la protección de un bien jurídico de carácter patrimonial, pero también se ha seguido manteniendo que se está en presencia de delitos patrimoniales²¹.

Otras veces parece que el argumento utilizado ha sido el relativo al bien jurídico protegido en los delitos de daños informáticos. Pese a su ubicación sistemática, en estos delitos no se está protegiendo el patrimonio, o la propiedad; se está en presencia de un nuevo bien jurídico surgido con el desarrollo de la informática y las TIC's que necesita ser garantizado a través del DP, sea este la seguridad informática, sea la integridad y disponibilidad de los datos y sistemas informáticos²². De tal argumento se deduce, entonces, que al menos los

¹⁹ URBANO CASTRILLO, E. de, «artículos 263 a 267», en: Conde-Pumpido Tourón (dir.); López Barja de Quiroga (coord.), *Comentarios del CP, III. Artículos 205 al 318*, Barcelona (Bosch), 2007, pp. 2125; QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho penal español. PE, 7.ª*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2015, pp. 681, 685; MADRIGAL MARTÍNEZ PEREDA, C., y LANZAROTE MARTÍNEZ, P., «artículos 264-267», en: del Moral García (dir.), y Escobar Jiménez (coord.), *CP. Comentarios y jurisprudencia. Tomo II. Artículos 234 a 616 quater*, Granada (Comares), 2018, pp. 1593, 1600.

²⁰ URBANO CASTRILLO, E. de, 2007, pp. 2125. Este autor, en «Los delitos informáticos tras la reforma del CP de 2010», en: AAVV, *Delincuencia informática. Tiempos de cautela y amparo*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2012, p. 28, sí afirma que en los daños informáticos se protege más la integridad del sistema que el patrimonio, lo que además debería suponer un replanteamiento de su estructura típica, en concreto, debería ser formulado como un delito de consumación anticipada.

²¹ QUERALT JIMÉNEZ, J. J., 2015, pp. 447 ss., 678 ss., porque ubica todos los delitos de daños en la sección dedicada a los delitos contra los valores patrimoniales individuales; MADRIGAL MARTÍNEZ PEREDA, C., y LANZAROTE MARTÍNEZ, P., 2018, 1593.

²² Cámara Arroyo, S.; Cano Carrillo, J.; García Ruiz, A., y GIL GIL, A (coord.); HERNÁNDEZ BERLINCHES, R. (coord.); MARTÍN FERNÁNDEZ, C.; PASTOR VARGAS, R., y ROBLES GÓMEZ, A.; TOBARRA ABAD, LL, *Cibercriminalidad*, Madrid (Dykinson), 2019, pp. 148 ss., 161 ss., 218. Reconoce que los daños informáticos protegen un nuevo bien jurídico, la integridad y disponibilidad de datos y sistemas informáticos, BARRIO ANDRÉS, M., «El régimen jurídico de los delitos cometidos en internet en el derecho español tras la reforma penal de 2010», en: AAVV, *Delincuencia informática. Tiempos de cautela y amparo*, Cizur Menor Navarra, (Thomson Reuters Aranzadi), 2012, pp. 39 ss., 42 ss. Este puede ser el argumento que ha podido llevar a este autor a concluir que los daños informáticos solo se pueden cometer dolosamente, en *Delitos 2.0. As-*

ciberdelitos puros o en sentido estricto solo admiten la comisión dolosa, y, por otro lado, el precepto penal que incrimina la imprudencia se ha de conectar con los delitos de daños en sentido estricto.

Por último, en apoyo de esta tesis se ha alegado que en el artículo 264 (y lo mismo sucede en el art. 264 bis) se castiga el daño grave, con un doble requisito de gravedad, referido a la conducta típica y al resultado causado, así que no se contemplan modalidades imprudentes de comisión²³.

pectos penales, procesales y de seguridad de los ciberdelitos, Madrid (La Ley), 2018, pp. 107 ss., 113. También puede ser este el argumento utilizado por GONZÁLEZ CAMPO, E., «Daños. Sabotaje informático», en: Zárate Conde (coord.), *Derecho penal. PE*, 2.^a, Madrid (Editorial Universitaria Ramón Areces), 2018, pp. 429, 430 ss., partiendo del bien jurídico protegido la integridad y disponibilidad de datos y sistemas informáticos (si bien reconoce que el artículo 264 es un delito contra el patrimonio y en el artículo 264 bis considera como bien jurídico el buen funcionamiento de los sistemas interconectados o redes).

²³ VELASCO NÚÑEZ, E. «Tipos delictivos», en: VELASCO NÚÑEZ, E., y SANCHÍS CRESPO, C., *Delincuencia informática. Tipos delictivos e investigación con jurisprudencia tras la reforma procesal y penal de 2015*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2019, p. 51.

¿CASTIGAR O NO CASTIGAR? ESA ES LA CUESTIÓN. LOS CONSUMIDORES DE PORNOGRAFÍA INFANTIL EN EL PUNTO DE MIRA

ALEJANDRO TURIENZO FERNÁNDEZ *

I. INTRODUCCIÓN

En España existe consenso acerca del serio problema que la pornografía infantil representa, agravado como consecuencia del imparable proceso de transformación digital. Sin embargo, la academia no termina de ponerse de acuerdo en si, para combatir este fenómeno, hay que descender hasta el último eslabón de la cadena donde se sitúan los consumidores, en consonancia con la actual opción político-criminal de estimar penalmente relevantes las conductas de consumo de pornografía infantil (art. 189.5 CP), o si bastaría con quedarse unos peldaños más arriba y reservar el *ius puniendi* solo para los distribuidores y elaboradores (entre algunos otros: quienes financian la elaboración de pornografía infantil, la exhiben a terceros, etc.)¹. La presente contribución persigue explorar la capacidad de rendimiento de las principales tesis propuestas a favor

* Investigador postdoctoral de la Universidad de Barcelona. Agradezco a Roberto Valverde, Marta Pantaleón, Leopoldo Puente, Carlos Castellví y Noelia Gómez las discusiones mantenidas sobre el contenido de esta publicación. Dedico con todo mi afecto este trabajo a la profesora Mirentxu Corcoy.

¹ Como señala BOLDOVA PASAMAR, M. A., «El nuevo concepto de pornografía infantil: una interpretación realista», *Revista Penal*, núm. 38, 2016, p. 60 «[...] son las conductas de consumo de material pornográfico las que más dudas suscitan para legitimar la intervención del Derecho Penal con arreglo a sus principios fundamentales [...]».

de la criminalización del consumo de pornografía infantil (real)² y valorar quién está en lo cierto³.

II. ANÁLISIS DE LAS PRINCIPALES TESIS A FAVOR DE LA CRIMINALIZACIÓN DE LAS CONDUCTAS DE CONSUMO DE PORNOGRAFÍA INFANTIL

2.1 La tesis de la pendiente resbaladiza

Una primera explicación de por qué los consumidores de pornografía infantil merecen ser castigados por lo hecho es el riesgo de que estos caigan en una peligrosa pendiente resbaladiza. Es decir, que empiecen visualizando aquello que aparece en pantalla pero luego terminen por atentar sexualmente contra menores de carne y hueso. En resumidas cuentas: que evolucionen de lo *online* a lo *offline*. Contra esta forma de ver las cosas hay espacio para la réplica⁴.

A nivel empírico, no ha conseguido sacarse nada en claro de los estudios realizados hasta la fecha sobre este tema. Mientras que algunos confirman la existencia de una correlación entre el consumo de pornografía infantil y los abusos sexuales, otros la niegan⁵. Por si fuese poco, la práctica totalidad de investigaciones provienen de países anglosajones, con lo cual, hay que ser prudentes a la hora de extrapolar los resultados allí obtenidos⁶.

Pero supongamos que fuese cierto que consumir pornografía infantil cuenta como factor de riesgo en relación con la probable comisión futura de otra clase de delitos sexuales más graves. Los problemas no cesarían. Concibiendo así las conductas de consumo de pornografía infantil, las barreras de punición serían adelantadas excesivamente, hasta el punto de sancionarse penalmente un

² Reservo para otro trabajo la cuestión de la pornografía infantil virtual y técnica.

³ Por razones de espacio solo podrán examinarse las tesis principales. No podrán ser consideradas, por tanto, otras, como aquella que defiende la punición del consumo de pornografía infantil por el probable uso futuro del material a efectos de exhibirlo a menores con tal de que normalicen las conductas allí proyectadas y poder así atentar sexualmente contra ellos, lo que ciertamente recuerda a la tan controvertida categoría de los «delitos de posesión».

⁴ Analizan la tesis de la pendiente resbaladiza y terminan por rechazarla DILLOF, A. M., «Possession, Child Pornography, and Proportionality: Criminal Liability for Aggregate Harm Offences», *Florida State University Law Review*, Vol. 44, núm. 4, 2017, pp. 1349-1350; WOLTERS, G., y GRECO, L., «§ 184b», en Wolter, J., (dir.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch. Band IV*. §§ 174-241a, Carl Heymanns, 9.ª ed., 2017, pp. 202-203, núm. 1.

⁵ Por todos, *vid.* SOTOCA-PLAZA, A.; RAMOS-ROMERO, M., y PASCUAL-FRANCH, A., «El perfil del consumidor de imágenes de abuso sexual infantil: semejanzas y diferencias con el agresor *offline* y el delincuente dual», *Anuario de Psicología Jurídica*, núm. 30, 2020, pp. 21 ss.

⁶ *Vid. Supra*, p. 25.

hecho que tan siquiera cabría incluir dentro de la categoría de los actos preparatorios (a lo sumo, contaría como acto pre-preparatorio). En el fondo, el castigo estaría sustentado en la consideración del consumo de pornografía infantil como síntoma de una peligrosa tendencia criminal que ha de ser controlada, lo que recuerda más al modo de fundamentar la imposición de una medida de seguridad que al de una pena⁷. Semejante alternativa político-criminal pienso que siquiera contaría como expresión del creciente Derecho Penal de la seguridad, con arreglo al cual, la peligrosidad del imputable es neutralizada ampliando la duración de la pena o complementándola con una medida de seguridad posterior⁸. Estaríamos, en todo caso, frente a una suerte de tipo penal que censuraría la peligrosidad subjetiva en sí⁹, cosa por completo inaceptable.

2.2. La tesis del mercado

Continuemos con el análisis de la segunda tesis sugerida: la tesis del mercado¹⁰. Asumiendo que la pornografía infantil constituye un mercado ilícito que interesa combatir, esta tesis aporta una justificación del castigo del consumo de índole macroeconómica basada en la interacción entre la oferta y la demanda. La propuesta es sencilla. Mientras parte de la población consume pornografía infantil el mercado seguirá vivo y se expandirá porque otros continuarán elaborando más material, para lo cual, hará falta atender sexualmente contra menores de edad, fenómeno este que debe ser prevenido. Por ello, es preciso que el Derecho Penal combata la existencia de demanda con tal de erradicar la oferta¹¹. Vistas las cosas de este modo, se entiende que el consumo de pornografía infantil entraría dentro de la categoría de los delitos de peligro

⁷ Sobre los distintos fundamentos y finalidad de la pena y la medida de seguridad, *vid.* MARAVER GÓMEZ, M., «Consideraciones político-criminales sobre el tratamiento penal de los delincuentes imputables peligrosos», *RJUAM*, núm. 3, 2015, pp. 286 ss.

⁸ *Vid. Supra*, pp. 290 ss.

⁹ Sobre ello, con amplias referencias, *vid.* PUENTE RODRÍGUEZ, L., *La peligrosidad del imputable y la imputabilidad del peligroso* (Marcial Pons), 2021, pp. 81 ss.

¹⁰ Apoyan esta tesis pero, a su vez, aunque con carácter secundario, otra relativa al ataque de la intimidad de la víctima que luego analizaremos GIMBERNAT ORDEIG, E., «Prólogo», en VVAA, *Código Penal Español*, 5.ª ed. (Tecnos), 1999, pp. 17-18; GARCÍA VALDÉS, C., «Acerca del delito de pornografía infantil», en Octavio de Toledo, y Ubieto, E., *et al.* (coords.), *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón* (Tirant Lo Blanch), 2003, p. 420. La tesis del mercado puede encontrarse igualmente en la Consulta de la FGE 3/2006, de 29 de noviembre. Del mismo, es defendida en algunas publicaciones de la doctrina de otros países, como Italia. Así, SALVADORI, I., *I reati di possesso. Un'indagine dogmatica e politico-criminale in prospettiva storica e comparata*, 2016, p. 228.

¹¹ El llamado modelo abolicionista sueco de la prostitución también obedece a esta misma lógica. Aboga por perseguir a los clientes de servicios sexuales con la intención de erradicar la prostitución y, por extensión, la trata de personas. Sobre el modelo abolicionista y sus problemas, *vid.* LLOBET ANGLÍ, M.,

abstracto por la puesta en peligro remota de ciertos bienes jurídicos merecedores de protección penal¹². Pese a tratarse de una explicación comúnmente traída a colación lo cierto es que se le han atribuido una serie de deficiencias que interesa analizar: su asistematicidad, ilegitimidad e inutilidad¹³.

a. *¿Es asistemático criminalizar el consumo de pornografía infantil al tiempo que se estima irrelevante penalmente el consumo de drogas?*

En nuestro país consumir pornografía infantil es constitutivo de delito, independientemente de que dicha conducta sea cometida dentro de cuatro paredes. Ninguna consecuencia jurídico-penal se prevé, en cambio, para quien en su más estricta intimidad fuma marihuana, esnifa anfetamina o simplemente posee estas sustancias en unas cantidades orientadas al consumo personal. Si tanto la pornografía infantil como las drogas conforman mercados ilícitos que interesa erradicar, ¿por qué los consumidores de drogas se libran del riesgo de ir a prisión mientras quienes adquieren, poseen o acceden a material pornográfico-infantil no?

Según creo, la razón que justifica la atipicidad del consumo de drogas es la falta de lesividad de tal comportamiento. Cuando un «camello» vende a un drogodependiente unas cuantas papelinas de cocaína nadie duda de que su conducta de tráfico afecta a la salud pública: la droga es destinada a su difusión porque se transmite a otro individuo. Es decir, desde el punto de vista del «camello», ese acto de venta supone un riesgo para la salud de terceros al promover, favorecer o facilitar el consumo ajeno de drogas. Cuando pasamos del lado de la oferta al lado de la demanda las consideraciones cambian. Cierto es que estructuralmente el adquirente favorece con su solicitud el acto de venta de la droga que luego va a consumir. Pero, precisamente por ser él mismo el destinatario de la droga, nada puede reprochársele: desde su óptica, su conducta es inocua ya que solamente compromete su propia salud, no la de otros¹⁴.

«Prostitución: ¿qué castigar? Trabajadoras, burdeles, rufianes y clientes», *Revista Nuevo Foro Penal*, vol. 15, núm. 92, 2019, pp. 62 ss.

¹² Con amplias referencias, *vid.* ESQUINAS VALVERDE, P., «El tipo de mera posesión de pornografía infantil en el Código Penal Español (art. 189.2): razones para su destipificación», *RDPC*, núm. 18, 2006, p. 178.

¹³ Como asistemático, ilegítimo e inútil califica MAYER LUX, L., «Almacenamiento de pornografía en cuya elaboración se utilice a menores de dieciocho años: un delito asistemático, ilegítimo e inútil», *Política Criminal*, vol. 9, núm. 17, 2014, pp. 27 ss., el delito de almacenamiento de pornografía infantil penado en el ordenamiento jurídico chileno.

¹⁴ *Vid.* CASTELLVÍ MONSERRAT, C., *Provocar y castigar. El agente provocador y la impunidad del sujeto provocado*, Tirant Lo Blanch, 2020, pp. 245-247.

Esta doble faz entre la peligrosidad para terceros de la oferta y la inocuidad de la demanda apreciable en el funcionamiento del mercado de las drogas no tiene cabida en el ámbito de la pornografía infantil. Como la «mercancía» consiste en el registro de menores de edad en contextos sexuales, es insostenible que el consumidor alegue estar imprimiendo en su más estricta intimidad una parafilia que solo le incumbe a él o estar simplemente curioseando esos contenidos¹⁵, pues indudablemente hay víctimas involucradas en esos hechos. Por tanto, no es verdad que entre el consumo de drogas y el de pornografía infantil exista esa pretendida analogía estructural¹⁶. Tratándose de fenómenos con características no plenamente coincidentes es razonable que cada cual reciba un tratamiento jurídico-penal dispar: la impunidad en un caso (por no aplicarse el art. 368 CP) y el castigo en el otro (por aplicarse el art. 189.5 CP).

- b. *¿Es ilegítimo prohibir penalmente el consumo de pornografía infantil por faltar en tal comportamiento las mínimas dosis de lesividad cuando su criminalización se explica a partir del criterio del mercado?*

Pasando por alto el clásico debate sobre el especial alejamiento respecto a la efectiva lesión del bien jurídico que pivota en torno al grupo de los delitos de peligro abstracto¹⁷ –acentuado significativamente en el caso del consumo de pornografía infantil¹⁸– la inclusión de tal conducta en el articulado penal presenta una serie de problemas particulares que no pueden pasarse por alto¹⁹.

¹⁵ No todo aquel que consume material pornográfico infantil busca sofocar sus pulsiones sexuales. También hay usuarios motivados por la mera curiosidad. Vid. PÉREZ RAMÍREZ, M., *et al.*, «Informe de consumidores de pornografía infantil», *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 260, 2017, pp. 113, 128, 144.

¹⁶ GIMBERNAT ORDEIG, E., «Prólogo», pp. 17-18 rechaza tal analogía estructural si bien a partir de una línea argumentativa basada en los distintos objeto de protección y titularidad del bien jurídico tutelado en el tráfico de drogas en comparación con la pornografía infantil. Le da la razón TAMARIT SUMALLA, J. P., *La Protección Penal del Menor Frente al Abuso y la Explotación Sexual*, 2.ª ed., Aranzadi, 2002, p. 111. Comparte este punto de vista, asimismo, BAUER BRONSTRUP, F., *Los delitos de pornografía infantil: Análisis del artículo 189 CP* (J. M. Bosch), 2018, pp. 88-89.

¹⁷ Reproduce esta discusión y ofrece una interesante propuesta de legitimización de estos tipos penales desde los estándares de lesividad y proporcionalidad BAGES SANTACANA, Q., *La lesividad en los delitos de peligro abstracto*, Tirant Lo Blanch, 2018, pp. 119 ss.

¹⁸ CANCIO MELIÁ, M., «Capítulo 30. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en MOLINA FERNÁNDEZ, F. (coord.), *Memento Práctico Penal 2021*, Francis Lefebvre, 2020, p. 1146, núm. 9575 habla de un delito especialmente abstracto.

¹⁹ No me resisto a subrayar que estoy radicalmente de acuerdo con HÖRNLE, T., «Consensual Adult Incest: A Sex Offense?», *New Criminal Law Review*, vol. 17, núm. 1, 2014, p. 101 en que para considerar legítima la criminalización de una conducta no basta con expresar que la mayoría así lo ha deseado (principio democrático). Adicionalmente hace falta proporcionar buenas razones que expliquen por qué el ejercicio de *ius puniendi* es procedente en el caso. Justo eso es lo que trato de explorar ahora con el

A diferencia de otra clase de delitos de peligro abstracto, como la conducción de vehículos a motor bajo los efectos del alcohol o las drogas, en la pornografía infantil la acción individual del autor no es *per se* peligrosa para un determinado bien jurídico. Si bien es cierto que el volumen de archivos de pornografía infantil manejados pueden variar significativamente de un usuario a otro, cuesta mucho ver cómo la descarga, posesión o visualización por una sola persona de material pornográfico-infantil va a poder influir de algún modo en la evolución del mercado. Únicamente se me ocurre un caso en que aquello hecho por un consumidor lo fomentaría indudablemente: cuando este encargase a otra persona la elaboración de dicho tipo de contenidos. Pero aquí los delitos relativos a las conductas de consumo no servirían de nada: ya contaríamos con las herramientas necesarias para castigar al solicitante con la misma pena que al elaborador en tanto inductor (art. 28 CP)²⁰. En el resto de casos, solo a partir de una pluralidad de personas que consuman pornografía infantil podrá empezar a plantearse la creación colectiva y no coordinada de una suerte de estado de cosas peligroso que alimente mediata y difusamente el mercado.

A propósito de lo explicado, surge una primera duda, a saber, cuál sería la eventual co-responsabilidad de aquellos que consumen pornografía infantil por las futuras lesiones de la libertad e indemnidad sexuales de menores indeterminados acontecidas durante la elaboración de más pornografía infantil. Debo darle la razón a Pastor Muñoz: a lo sumo, lo único que se le podría atribuir a los consumidores es ofrecer motivos a los productores para elaborar esta clase de materiales²¹ (con su simple presencia en el mercado, añadido). Pero, por mucho que causalmente esa contribución motivacional pueda tener algo que ver con la realización futura de esa serie de lesiones típicas, en el plano normativo no reuniría los requisitos necesarios para integrar una conducta de complicidad psíquica, en caso de que los productores ya hayan resuelto delinquir pero la existencia de esa demanda refuerce tal predisposición, o de inducción, si es que su resolución delictiva surge fruto de esa demanda previa²². Ni habría un influjo psíquico de una entidad tal como para estimarlo penalmente relevante ni tan siquiera me-

problema del consumo de pornografía infantil por mucho que su tipificación haya superado satisfactoriamente el preceptivo filtro legislativo.

²⁰ De esta opinión, BOLDOVA PASAMAR, M. A., «El nuevo concepto de pornografía infantil...», p. 63. PASTOR MUÑOZ, N., *Delitos de posesión y Delitos de estatus*, Atelier, 2005, p. 92.

²¹ PASTOR MUÑOZ, N., *Delitos de posesión y Delitos de estatus*, p. 93.

²² Crítica POPP, A., «Strafbarer Bezug von kinder- und jugendpornographischen "Schriften"-. Zeit für einen Paradigmenwechsel im Jugendschutzstrafrecht?», ZIS 4/2011, p. 200 que la atribución de responsabilidad penal al participante en el mercado de pornografía infantil en atención a la comisión posterior y libremente responsable por otro de determinados delitos se sitúa por debajo de los normales estándares de la inducción.

diaría una relación comunicativa entre consumidores y productores como para establecer una conexión jurídicamente trascendente entre ambos²³.

Resulta, además, que quien incentivaría el mercado no sería el consumidor de pornografía infantil individualmente considerado sino la comunidad de usuarios que consumen dicho material, con lo cual, la criminalización del consumo propio de pornografía infantil se apoyaría en la tan controvertida dinámica de la acumulación²⁴ presente asimismo en otros tipos penales como los delitos medioambientales²⁵. Varias son las razones que han conducido a un relevante sector de la doctrina a rechazarla²⁶. Aquí no puedo más que limitarme a apuntar las principales. Primero, al agente no se le sancionaría por lo potencialmente lesiva que sería su acción individualmente considerada, que como tal es inofensiva, sino por cuán peligroso puede llegar a ser para ciertos bienes jurídicos la posibilidad de que un número indeterminado de personas emulen ese mismo comportamiento, lo que pondría en seria tensión el consagrado principio de culpabilidad. Y segundo, la reacción punitiva no respetaría el principio de proporcionalidad debido a que la pena resultaría del todo desmedida atendiendo a lo hecho por el autor que no consistiría más que en contribuir nimiamente a que se afecte un bien jurídico digno de amparo jurídico-penal.

c. *¿Es inútil tipificar el consumo de pornografía infantil bajo la idea de que con ello se conseguirá recortar la oferta?*

Examinar si, desde la tipificación de las distintas modalidades de consumo de pornografía infantil (la posesión en 2003, la adquisición y el acceso a sabiendas en 2015), ha tenido algún impacto en la oferta el haber sancionado también a la demanda representa una tarea hartamente compleja. A la habitual (y desesperante) falta de datos²⁷ se le suman, en el caso de la pornografía infantil,

²³ BALDÓ LAVILLA, F., «Algunos aspectos conceptuales de la inducción», *ADPCP*, vol. 1989, p. 1908 comenta que el influjo motivador debe producirse dentro de un contexto comunicativo. Esa comunicación también concurre en la complicidad psíquica según señala SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ TRELLES, J., «En los límites de la inducción», *InDret* 2/2012, p. 16.

²⁴ PASTOR MUÑOZ, N., *Delitos de posesión y Delitos de estatus*, p. 94; POPP, A., «Strafbarer Bezug...», p. 200.

²⁵ Vid. KUHLEN, L., «Umweltstrafrecht –auf der Suche nach einer neuen Dogmatik–», *ZgS*, vol. 105, núm. 4, 1993, pp. 697 ss.

²⁶ En mayor grado de detalle, vid. SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del Derecho Penal*, 3.ª ed., Atelier, 2011, pp. 143 ss.; MENDOZA BUERGO, B., *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*, Comares, 2001, pp. 490 ss.; BUSTOS RUBIO, M., «Delitos acumulativos y delitos de peligro abstracto: el paradigma de la acumulación en derecho penal», *ADCPC*, vol. LXX, 2017, pp. 309 ss.

²⁷ Las principales fuentes de datos a nivel nacional con las que contamos son las estadísticas oficiales de las Memorias de la Fiscalía General del Estado, las del Instituto Nacional de Estadística y las del

factores específicos que dificultan llevar a cabo una investigación empírica de tales características. Sin ir más lejos, la enorme variedad casuística (puro consumo, consumidores que a su vez son distribuidores a pequeña escala, supuestos de «dar para recibir», elaboración de materiales en el marco de organizaciones criminales, etc.) puede poner trabas a la hora de definir con exactitud qué forma parte de la oferta y qué de la demanda. Por el momento, a la tesis del mercado no le queda otra que contentarse con una hipótesis que no es nada sencillo de verificar: que sin demanda de pornografía infantil, no habrá oferta. Pero lo que sí cabe explorar es si la propuesta hecha por esta tesis se acomoda bien a la realidad práctica del problema. Y parece que tampoco aquí es oro todo lo que reluce.

Lejos de lo que pueda pensarse, la pornografía infantil ya no es exclusivamente elaborada en países con legislaciones laxas o escasa persecución policial (Europa del Este, Sudeste Asiático, Latinoamérica, etc.)²⁸ donde las autoridades españolas no pueden más que cooperar internacionalmente para dar con los responsables. En estos casos, el principio de territorialidad obstaculiza perseguir directamente a los elaboradores extranjeros²⁹, por tanto, de acuerdo con la tesis del mercado, solo quedaría dirigir el *ius puniendi* contra quienes consumen el material con la esperanza de lograr algún efecto mitigante en el lado de la oferta. Sin embargo, faltarían cuestiones por resolver. Particularmente, ¿podemos dar por hecho que los elaboradores actúan de base guiados por el afán de saciar la demanda o, en el caso de la pornografía infantil, hay casos donde pueden existir otros motivos de fondo (por ejemplo, lograr una gratificación personal)? Sea como fuere, donde me gustaría detenerme es en el hecho de que ahora en nuestro país no solo se consume (y distribuye) pornografía infantil elaborada en el extranjero. También en España se elaboran materiales que luego son consumidos (y distribuidos) tanto dentro como fuera del territorio nacional³⁰.

Los asombrosos avances en tecnología móvil han facilitado que cualquiera esté en condiciones de grabar con su *smartphone* contenidos de alta calidad

Portal Estadístico de Criminalidad. Ninguna de ellas aporta datos concretos sobre las conductas de elaboración, distribución y consumo, solo sobre el problema de la pornografía infantil en general. Por tanto, medir la dimensión de cada fenómeno no es en absoluto fácil.

²⁸ Al principio, esto sí era lo habitual, tal como puede leerse en FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., «La sanción penal de la distribución de pornografía infantil a través de internet: cuestiones claves», *Boletín de la Facultad de Derecho*, núm. 20, 2002, p. 254.

²⁹ Con la excepción de aquellos casos concretos donde pueda ser de aplicación el principio de jurisdicción universal frente a delitos contra la libertad e indemnidad sexuales cometidos sobre víctimas menores de edad [art. 23.4.k) LOPJ].

³⁰ Vid. SOLDINO, V., y GUARDIOLA GARCÍA, J., «Pornografía infantil: cambios en las formas de obtención y distribución», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 19, 2017, pp. 16 ss.

técnica, pornografía infantil inclusive. Así lo advirtió la Memoria de la Fiscalía General del Estado del año 2020 (p. 1014) que alertó sobre el incremento de conductas de elaboración en territorio nacional gracias a ello (piénsese, por ejemplo, en grabaciones realizadas durante encuentros sexuales concertados con menores de edad). Pero aún hay más. La prematura familiarización de los menores con las nuevas tecnologías ha propiciado la creación de materiales por ellos mismos. Sin afán de exhaustividad, en la *praxis* la auto elaboración de pornografía infantil ocurre, cuando menos, en: a) casos de menores que inocentemente cuelgan en plataformas de Internet material con connotaciones sexuales³¹; b) casos en los que el menor envía contenidos de carácter sexual a su pareja sentimental (*sexting*) quien durante la relación o tras la ruptura, y sin mediar consentimiento, los distribuye a terceros (*revenge porn*)³²; c) casos de menores que son contactados en las redes sociales por usuarios (sean adultos o personas cercanas a su edad) con la intención de embaucarles y conseguir así de ellos material pornográfico (*child grooming*)³³³⁴.

Me parece que el cambio de paradigma expuesto compromete en parte lo prometedor del planteamiento político-criminal defendido por la tesis del mercado. Si ahora un sector de la oferta se encuentra en España y cabe dirigir esfuerzos para combatirlo directamente, la justificación de que es preciso descender hasta la demanda con el fin de recortar la oferta, en buena medida, pierde fuerza. Además, parte de los materiales son de base generados por iniciativa de los menores de edad (p. ej., a raíz de la práctica de *sexting*), de modo que, en rigor, la victimización daría comienzo con la circulación indebida y descontrolada de las imágenes, pero no antes, durante la elaboración, que es lo

³¹ Véase la noticia aquí: http://www.interior.gob.es/prensa/noticias/-/asset_publisher/GHU8Ap6ztgsg/content/id/12019228.

³² Sobre este fenómeno, *vid.* AGUSTINA, J. R., «¿Menores infractores o víctimas de pornografía infantil?», *RECPC*, vol. 11, núm. 2, 2010, pp. 1 ss.

³³ Acerca del problema del *child grooming*, *vid.* VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito de online child grooming o propuesta sexual telemática de menores*, Tirant Lo Blanch, 2015, pp. 27 ss.

³⁴ En relación con el fenómeno del *child grooming*, cada vez más preocupante según puede leerse en la Memoria de la Fiscalía General del Estado del año 2021 (pp. 997-998), veo preciso efectuar la siguiente distinción casuística: de un lado, aquellos supuestos en los que es el menor quien envía *motu proprio* los contenidos gráficos sin saber los riesgos que ello implica (por ejemplo, como respuesta a la confianza generada por aquel usuario que se hace pasar por quien en realidad no es), y de otro, aquellos supuestos en los que es el *child groomer* quien solicita al menor los materiales pornográficos recurriendo, para ello, a engaño, intimidación o violencia, llegando incluso, en los casos más extremos, a intentar contra la libertad e indemnidad sexuales de la víctima (eso fue lo que ocurrió en el caso enjuiciado por la STS 447/2021, de 26 de mayo: un hombre, a través de una aplicación de mensajería móvil, intimidó a una niña de doce años con el fin de obtener de ella grabaciones masturbándose). Sólo en relación con el primer grupo mencionado pienso que cabría hablar de un caso de auto-elaboración de pornografía infantil, mas no, en cambio, con el segundo debido al contexto donde tal acción se produce, en el seno del cual, la iniciativa del menor en lo que a la elaboración de materiales pornográficos se refiere brillaría claramente por su ausencia al estar determinado por lo hecho por el *child groomer*.

que le preocupa a la tesis del mercado. En su caso, lo que convendría seguramente sería depurar las estrategias preventivas seguidas contra fenómenos como el *child grooming* o el *revenge porn* así como diseñar buenas políticas de prevención útiles para corregir los factores que favorecen la victimización en el ciberespacio³⁵, en particular, concienciar a los menores acerca de los peligros de Internet e inculcarles un uso seguro de las nuevas tecnologías (precisamente en esta cuestión abundan los artículos 45 y 46 de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio).

2.3. La tesis de la vulneración de la intimidad de la persona que figura en las imágenes y/o videos

Que al consumidor de pornografía infantil nada puede reprochársele por el comportamiento lesivo pretérito gracias al cual se consiguieron las imágenes, si es que de base hubo alguno, es algo difícilmente cuestionable³⁶. Salta a la vista por qué: ese atentado ya lo habrían consumado otros en el pasado. Pero nada obliga a concluir que el consumo de pornografía infantil es, por ello, inocuo. Como figura en el seminal pronunciamiento *New York v. Ferber, 458 US 747* (1982), la amenaza que supone la pornografía infantil para la víctima es mayor que la de los delitos sexuales o la prostitución porque, además del atentado contra la esfera sexual, queda rastro de su comisión (la grabación). En los contenidos pornográficos figura algo tan íntimo como es la aparición de un menor en un contexto sexual (y, en su caso, una intromisión ilegítima en su propia imagen). Y dicho aspecto sin duda esencial de la intimidad es vulnerado gravemente cada vez que un consumidor de pornografía infantil visualiza unas imágenes que la víctima desearía que no estuvieran al alcance de otros³⁷, lo que puede comportar para ella una nueva victimización respecto a la sufrida

³⁵ En general, sobre cómo el actuar de la propia cibervíctima contribuye decisivamente a su propia victimización en el cibercrimen, *vid.* MIRÓ LLINARES, F., *El cibercrimen. Fenomenología y criminología de la delincuencia en el ciberespacio*, Marcial Pons, 2012, pp. 261 ss.

³⁶ En este sentido, PASTOR MUÑOZ, N., *Delitos de posesión y Delitos de estatus*, p. 92.

³⁷ En esta línea, ROGERS, A., «The Dignitary Harm of Child Pornography-From Producers to Possessors», en Byrne Hessick, C., (ed.), *Refining Child Pornography Law: Crime, Language, and Social Consequences*, Michigan Press, 2016, pp. 175 ss., La misma, «Child Pornography's Forgotten Victims», *Pace Law Review*, vol. 28, 2008, pp. 847 ss., OST, S., *Pornography and Sexual Grooming*, Cambridge, 2009, pp. 118 ss. Apoyan esta tesis aunque también la ya refutada tesis del mercado GIMBERNAT ORDEIG, E., «Prólogo», p. 18; GARCÍA VALDES, C., «Acerca del delito de pornografía infantil», p. 420. Crean que la posesión de pornografía infantil viola los derechos de la personalidad del menor HÖRNLE, T., «§ 184b», en Erb, V., y Schäfer, J., (dirs.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch. Band 4. §§ 185-262*, CH Beck, 4.ª ed., 2021, p. 1740, núm. 45; EISELE, J., «§ 184b», en Schönke, A., y Schröder, H., *Strafgesetzbuch Kommentar*, CH Beck, 30.ª ed., 2019, p. 1890, núm. 37. De la misma opinión, WOL-

tiempo atrás (en clave de depresiones, sentimiento de impotencia, medio a ser reconocida, etc.)³⁸. Es decir, los consumidores tienen mucho que ver con que el daño a la víctima no se agote con lo ya sucedido (el padecimiento de una agresión sexual, la victimización por *online grooming*, etc.) sino que se perpetúe (e incluso potencie) quizás durante años³⁹. Visto así, nada habría de amparo de la moral sexual pública en su persecución⁴⁰. No se trata de prohibir a golpe de pena la expresión privada de una filia sexual heterodoxa sino comportamientos que son ejecutados a costa de intereses ajenos.

A la tesis suscrita se le podría objetar, primero de todo, que la víctima solo padecerá un daño psicológico (o de otra clase) cuando tenga constancia de que los contenidos pornográficos donde aparece están disponibles para terceros pero no cuando ignore tal circunstancia⁴¹, con lo cual, solo en el primero caso existirían buenas razones para castigar. Ciertamente hay conductas prohibidas penalmente cuya comisión presupone el conocimiento del sujeto pasivo sobre su victimización y, por tanto, el padecimiento de emociones negativas: la tortura, el asesinato por ensañamiento, las amenazas, etc. Pero también existen otros tipos penales que se basan precisamente en lo contrario, esto es, en la ignorancia de la víctima acerca de lo sucedido, cuando menos, durante la ejecución delictiva⁴². Prueba de ello es el delito de estafa: la víctima realiza el acto de disposición patrimonial engañada, por lo que (por definición) nunca se da cuenta de que la están estafando durante la ejecución. Obviamente respecto a este grupo de casos resultaría inadmisibles renunciar a dar una respuesta frente a lo hecho. Lo fundamental en Derecho Penal es si la conducta prohibida reúne unas condiciones tales como para afectar significativamente un interés merecedor de amparo jurídico-penal. Por tanto, aunque es indiscutible que el conocimiento de que las imágenes están circulando en la red le acarrearán dolor a la víctima de pornografía infantil en comparación a cuando desconozca dicha

TERS, G., y GRECO, L., «§ 184b», p. 203, núm. 1 aunque apoyan igualmente la tesis del mercado pero reconociéndole un peso secundario.

³⁸ Especialmente revelador es el libro blanco «Captured On Film: Survivors of Child Sex Abuse are Stuck In A Unique Cycle of Trauma» publicado en el año 2019 por el National Center For Missing & Exploited Children donde se recogen los devastadores traumas sufridos por víctimas de pornografía infantil fruto de conocer que las imágenes en las que aparecen circulan en la red.

³⁹ De otra opinión, ESQUINAS VALVERDE, P., «El tipo de mera posesión de pornografía infantil...», p. 219.

⁴⁰ De otra opinión, MORILLAS FERNÁNDEZ, D. L., *Análisis dogmático y criminológico de los delitos de pornografía infantil*, Dykinson, 2005, pp. 174, 322-323.

⁴¹ Advierten el problema de la ignorancia de la víctima de pornografía infantil sobre lo sucedido aunque ello no les impide considerar la conducta de consumo merecedora de censura penal ROGERS, A., «The Dignitary Harm...», pp. 175 ss., OST, S., *Pornography and Sexual Grooming*, pp. 118-120.

⁴² En este sentido, DILLOF, A. M., «Possession, Child Pornography, and Proportionality...», pp. 1360-1361.

circunstancia, no creo que sea de recibo condicionar el castigo a si concurre tal factor. En los casos de ignorancia también la intimidad de la víctima se ve seriamente afectada⁴³.

Por su lado, Dillof critica que la marginal visualización por el usuario del material pornográfico infantil no afecta significativamente el «interés objetivo»⁴⁴ de la persona que allí figura (concretamente el interés en que otros no vean las imágenes)⁴⁵. Aunque, a primera vista, dicha objeción casa bien con los déficits de lesividad basados en la dinámica de la acumulación que comentamos cuando exploramos la tesis del mercado, creo que es perfectamente salvable. Supongamos, por ejemplo, que un hombre graba con su *smartphone* los tocamientos practicados a su sobrina de once años y luego envía el video por *WhatsApp* únicamente a un amigo cercano quien, tras visualizarlo, lo conserva en la galería de videos de su teléfono móvil. Es decir, sin contar al propio elaborador del video, solo un consumidor lo tendría disponible. Mientras que su visualización, aisladamente considerada, a duras penas va a poder influir en el juego de la oferta y la demanda, creo que sí violaría, por sí sola, la intimidad de la víctima⁴⁶. Por ponerlo en los siguientes términos. La tesis del mercado responde a la lógica de la causalidad cumulativa: ese presunto estado de cosas peligroso que alimenta la oferta sería producto de la suma de contribuciones aisladas y no coordinadas de los sujetos que forman parte de la comunidad de usuarios que consumen pornografía infantil. En cambio, la tesis de la lesión de la intimidad de la víctima obedece a una lógica distinta: la de la causalidad alternativa. Cada visualización, independientemente considerada, es capaz de atentar, por sí sola, contra la intimidad de la víctima (y provocarle previsiblemente emociones negativas si toma conocimiento) aun cuando la acompañen otras visualizaciones ajenas que reúnen ese mismo potencial. Ello no quita obviamente que a mayor número de reproducciones, mayor dolor padecerá seguramente la víctima de pornografía infantil cuando tenga constancia de lo sucedido (por ejemplo, el miedo a ser reconocida seguramente será superior), cuestión esta, todo sea dicho, contingente y difícilmente cuantificable. Por expresarlo con otro ejemplo: si dos sicarios disparan cada cual un tiro mortal contra el cuerpo del ofendido podremos concluir que sin la acción del otro el resultado lesivo se habría producido de todas formas. Pero también cabrá lle-

⁴³ Un problema añadido que por razones de espacio debe quedar fuera de este análisis es el de los menores ya fallecidos: ¿puede seguir en pie la idea de la vulneración de la intimidad entonces?

⁴⁴ DILLOF, A. M., «Possession, Child Pornography, and Proportionality...», p. 1361 define el interés objetivo como aquel que es violado aun cuando la persona nunca se percate de ello.

⁴⁵ *Supra*, p. 1361.

⁴⁶ En este sentido, POPP, A., «Strafbarer Bezug...», p. 203.

gar a la conclusión de que el mal sufrido por la víctima habrá sido más intenso en este caso por la sencilla razón de que, en lugar de tener que soportar un disparo, soportó dos.

En fin, estoy de acuerdo en que el consumo propio de pornografía infantil debe estimarse delictivo por el ataque que la visualización de este material representa para la intimidad de la víctima. No está de más señalar que sumarse a esta postura y pretender mantener cierta coherencia con ella nos obliga a abrir un nuevo y desafiante debate que en esta sede no puede más que plantearse. A saber, ¿qué obstaría para criminalizar paralelamente el consumo de vídeos e imágenes de abusos y agresiones sexuales reales de personas mayores de edad y promover, como correlato, las medidas necesarias para retirarlos allá donde sean accesibles?⁴⁷ En España ninguna sanción penal se prevé para quien visualiza esta clase de contenidos en Internet. En otros países la respuesta ante este fenómeno ha sido bien distinta. En Reino Unido, por ejemplo, la *Criminal Justice and Courts Bill Act* del año 2015 prohibió penalmente la posesión de «*rape pornography*» –ambas, la real y la simulada, suscitando esta segunda modalidad mayores dudas de legitimidad entre los académicos⁴⁸– en tanto especie del género de la «*extreme pornography*». Si, como buena parte de la pornografía infantil, esta pornografía (en concreto, la basada en hechos reales) tiene origen en la comisión pretérita de un delito sexual y afecta a la intimidad de la persona que figura en los contenidos audiovisuales o fotográficos, no logro entender por qué nuestra actitud frente a un caso y otro debería ser distinta.

III. A MODO DE CIERRE

Tras el análisis efectuado cabe concluir que es perfectamente admisible que el consumo de pornografía infantil figure como delito en el Código Penal. Bien es cierto que el consumidor *stricto sensu* nada tiene que ver con la grabación del material ni tampoco con su posterior distribución en la red. Pero contemplar, sea por deleite o simple curiosidad, esas grabaciones acarrea un grave

⁴⁷ Cree que es igual de importante proteger a las víctimas adultas HARDUF, A., «Criminalization Download Evils: Reexamining the Approach to Electronic Possession When Child Pornography Goes International», *Boston University International Law Journal*, vol. 34, 2016, p. 302. Asimismo, aunque haciendo referencia a la distribución de pornografía infantil, señala TAMARIT SUMALLA, J. P., *La Protección Penal del Menor...*, p. 158 que no se entiende muy bien por qué debería castigarse la difusión de pornografía infantil y no la de otros materiales de este género en la que conste la reproducción de un hecho delictivo real.

⁴⁸ Vid. PALMER, T., «Rape pornography, cultural harm and criminalization», *Northern Ireland Legal Quarterly*, vol. 69, núm. 1, 2018, pp. 43 ss.

ataque contra la intimidad de quien allí figura⁴⁹. Desde esta óptica, el delito de consumo propio de pornografía infantil formaría parte de la categoría de los delitos de lesión por menoscabar un valioso interés del que es titular el sujeto pasivo representado en los contenidos pornográficos cuyo amparo debe ser prestado por el Derecho Penal.

⁴⁹ Sostener esta tesis obligaría, por razones de coherencia, a trasladar la conducta típica analizada del Título IX sobre los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales al Título X sobre delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio.

LAS FALSEDADES DOCUMENTALES ¿DELITOS DE LESIÓN O DE PELIGRO?

JAIME VERA VEGA*

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por objeto el análisis de un tema que fue brillantemente abordado por nuestra homenajeadada en su célebre monografía «Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales», publicada en el año 1999, aplicado en relación con un grupo concreto de delitos: las falsedades documentales.

En el muy completo estudio sobre los delitos de peligro que Corcoy efectúa en la obra referida, una idea que destaca, sin duda, es aquella que plantea que esta categoría delictiva tendría una estructura de ofensividad compleja, por cuanto se trataría de delitos de peligro respecto de ciertos intereses individuales que servirían de referencia al castigo penal, pero que, a su vez, constituirían figuras de lesión con respecto del bien jurídico supraindividual tutelado.

En este estudio, abordaremos dicha cuestión respecto de los delitos de falsedad documental, a partir de la premisa de que históricamente la fundamentación de su castigo penal se ha asociado con la protección de bienes jurídicos supraindividuales.

En efecto, las teorías sobre el bien jurídico tutelado por las falsedades en general y por las falsedades documentales en particular, ha experimentado una

* Doctor en Derecho, Profesor de Derecho penal y Derecho procesal penal, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Dirección postal: Brasil 2950, Valparaíso, Dirección electrónica: jaime.vera@pucv.cl.

evolución en la que inicialmente se sostuvo que protegerían un supuesto derecho a la verdad¹, para luego desarrollarse las tesis sobre la fe pública², sobre la prueba³, sobre la seguridad en el tráfico jurídico⁴ y, más recientemente, plantear que lo tutelado correspondería a la funcionalidad documental⁵. Como se podrá advertir, todos estos criterios parten de la premisa de que lo tutelado es un interés que trasciende a los individuos concretos, anclándose en la salvaguarda de ideas que tienen una connotación estatal o social.

Por lo señalado, resulta pertinente analizar el rendimiento que la tesis de Corcoy tiene tratándose de los delitos de falsedad documental. En esta línea, el trabajo no ahondará en la determinación de cuál es el bien jurídico tutelado, sin perjuicio de que a la hora de tomar una posición se partirá de la base de que estos delitos ofenden el bien jurídico funcionalidad documental. Esto obedece, principalmente, a que en el marco de la evolución anotada dicha teoría satisface de mejor manera las exigencias de determinación, precisión y contenido que se exigen a un bien jurídico para que pueda cumplir las funciones de límite e interpretación del injusto típico que suelen atribuírsele.

El análisis que se efectuará se divide en tres partes. En primer lugar, se analizarán las principales corrientes sobre la ofensividad de los delitos falsedad documental, comenzando con el estudio de las teorías que sustentan que estos delitos constituyen delitos de peligro (concreto o abstracto). En segundo lugar, se revisarán los planteamientos que indican que estos delitos lesionan el bien jurídico protegido. En ambos casos, se utilizará como fuente los planteamientos de referentes en esta materia en la doctrina alemana, italiana, española y chilena. Finalmente, se adoptará una postura propia, la cual se justi-

¹ Criterio que se atribuye a Farinacio. Cfr. FARINACIUS, P., *Liber V. De Falsitate & simulatione. Titulus XVI*, en *Operum criminalium. Pars sexta*, s. I. (Prostant in Officina Palhtenian), 1612, pp. 1 s.

² Que tiene dos principales vertientes. En primer lugar, según la corriente objetiva (publicístico-normativa), la fe pública es una forma de imposición del Estado que, como estructura superior de evolución social, facilita las relaciones entre los asociados, mediante objetos que disfrutan de una confianza pública. En ese sentido CARRARA, F., *Programa de Derecho criminal. PE*, trad. al español a cargo de José Ortega y Jorge Guerrero, volumen VII, 4.ª ed., Bogotá (Temis), 1964, § 3356, p. 2. De otra parte, de acuerdo con la postura subjetiva (psicológico-naturalista), la fe pública es un sentimiento que emana de la colectividad, fruto de las necesidades que la vida del hombre en sociedad impone, cuya titularidad corresponde a esta y no al Estado. Cfr. MANZINI, V., *Trattato di diritto penale italiano*, 5.ª ed., vol. VI, Turín (UTET), 1986, pp. 502 s.

³ Cuyo principal referente es Binding, quien estimaba que el bien jurídico consistiría en la demostración sobre la existencia o inexistencia de un derecho u obligación y, en cuanto tal, se trataría de una actividad probatoria que no solo tiene como destinatario al juez, sino también a la contraparte, en el ámbito del proceso, y a cualquier persona fuera de él. Cfr. BINDING, K., *Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts. Besonderer Teil*, tomo II, 1ª parte, 2ª ed., Leipzig (Engelmann), 1904, pp. 111 s.

⁴ Entendido como: «el conjunto de condiciones que facilitan la comunicación entre los individuos y sus relaciones de derecho». Cfr. ROMERO SOTO, L., *La falsedad documental. Conforme al nuevo Código Penal*, Bogotá (Carvajal), 1982, p. 26.

⁵ Que se desarrollará un poco más *in extenso infra*.

ficará, principalmente, a partir de la regulación de estos delitos en el sistema jurídico penal chileno.

II. ESTADO DE LA CUESTIÓN SOBRE LA OFENSIVIDAD EN LOS DELITOS DE FALSEDAD DOCUMENTAL

Si una idea en común se puede extraer de los distintos posicionamientos que existen en torno al bien jurídico protegido por los delitos de falsedad documental es que todos ellos apuntan hacia la protección de un bien colectivo o de naturaleza supraindividual⁶. En la doctrina, una excepción a esta tendencia solo se observa con respecto al delito de falsificación de documento privado que, a partir de la exigencia de perjuicio prevista en el tipo, hace concluir a cierto sector –representado especialmente por los autores más contemporáneos–, que este ilícito constituiría un delito patrimonial.

Sin embargo, el consenso que se observa con respecto a la protección de un bien jurídico supraindividual no es tan evidente cuando se trata de precisar la forma que adopta la ofensividad de las falsedades documentales con respecto al interés que se sostenga como protegido. En este sentido, se aprecian posturas que conciben a las falsedades documentales como delitos de lesión o como delitos de peligro y, en este último caso, las tesis se dividen entre quienes las consideran como delitos de peligro abstracto y como delitos de peligro concreto. Además, existen matizaciones de estas posturas, que varían según cual sea el objeto material sobre el que recae la acción falsaria.

1. Las falsedades documentales como delitos de peligro

Como expresa Villacampa, entre quienes sustentan que las falsedades documentales constituyen delitos de peligro, es posible distinguir tres orientaciones distintas: primero, una que afirma que las falsedades documentales constituyen

⁶ En nuestra opinión, los bienes jurídicos supraindividuales sirven a la generalidad de las personas que integran el cuerpo social, de tal manera que los efectos negativos de su vulneración se proyectan respecto de personas indeterminadas. Además, en virtud de estas características la conservación de estos bienes interesa a la generalidad de las personas y no solo a individuos específicos; y su disfrute no es exclusivo ni excluyente de persona alguna, ni puede ser distribuido entre algunos de los sujetos que integran la sociedad. En definitiva, se trata de bienes que existen para el uso pacífico y el goce de todos. Cfr. MAYER LUX, L., y VERA VEGA, J., «Relevancia jurídico-penal de la conducción vehicular sin la correspondiente licencia», en *Revista doctrina y jurisprudencia penal. Edición especial relevancia jurídica del tráfico vial*, año 5, 2014, p. 120.

genéricamente delitos de peligro, sin especificar la clase; segundo, una que se inclina por caracterizarlos como delitos de peligro abstracto; y, tercero una que manifiesta que son delitos de peligro concreto⁷. Con respecto a estas últimas dos posiciones, la misma autora visualiza una tendencia más o menos generalizada en la doctrina española en orden a concebir al delito de falsificación de documento público como un delito de peligro abstracto y al delito de falsificación de documento privado como un delito de peligro concreto⁸.

Entre quienes sostienen que los delitos de falsedad documental son genéricamente delitos de peligro, se puede mencionar en España el pensamiento de Serrano y Serrano, quienes afirman que los delitos de falsedad no son delitos de engaño, sino que atacan los medios de prueba, razón que los lleva a calificarlos como delitos de peligro⁹. En Italia, este es el parecer de Carnelutti, para quien la verdadera razón de la punibilidad de las falsedades no es otra que el peligro del engaño y sobre todo del fraude¹⁰. Una posición similar defiende Malinverni, según quien la necesidad de una protección penal en las falsedades documentales puede justificarse solo a raíz de un peligro de ofensa para la prueba, circunstancia que, a su vez, surgiría en virtud de la simple destinación a la prueba del documento, en el entendido de que este aspecto es un elemento estructural del concepto mismo de documento¹¹.

Aquellos autores que consideran a las falsedades documentales como delitos de peligro abstracto comúnmente parten de la idea de que para la configuración de su injusto no es preciso que se acredite un daño efectivo para el bien jurídico, bastando con que se haya puesto en trance o amenaza de causarlo¹². Para justificar esta caracterización de las falsedades documentales, Quintano afirma que en la mayoría de los casos, cuando la lesión es apreciable y determinante de la antijuridicidad, suele desvirtuarse o desdoblarse la calificación de la falsedad, dando lugar a hipótesis de concurrencia real o ideal de delitos de falsedad y estafa, especialmente¹³. Sin embargo, el mismo autor agrega que esto no implica que en la falsedad documental perfecta y consumada,

⁷ Cfr. VILLACAMPA ESTIARTE, C., *La falsedad documental: análisis jurídico penal*, Barcelona (Cedecs), 1999, pp. 754 s.

⁸ *Ibid.*, p. 755.

⁹ SERRANO GÓMEZ, A., y SERRANO MAÍLLO, A., *Derecho penal. PE*, 16.^a ed., Madrid (Dykinson), 2011, p. 769.

¹⁰ CARNELUTTI, F., *Teoría del falso*, Padua (Cedam), 1935, p. 37.

¹¹ MALINVERNI, A., *Teoría del falso documentale*, Milán (Giuffrè), 1958, pp. 266 s.

¹² En este sentido JIMÉNEZ DE ASEÑO, E., *Falsificación*, en *NEJ*, tomo IX, 1958, p. 469; CALLE RODRÍGUEZ, M., *Falsedades documentales no punibles*, Madrid (Editoriales de Derecho Reunidas), 1998, p. 41.

¹³ Cfr. QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Tratado de la PE del Derecho penal, tomo IV. Infracciones contra la comunidad social*, Madrid (Editorial Revista de Derecho Privado), 1967, p. 683; el mismo, *La falsedad documental*, Madrid (Reus), 1952, pp. 198 s.

sin daño o lesión materialmente valorable, exista igualmente un cierto perjuicio abstracto a los bienes jurídicamente protegidos en las nociones variables de la fe pública, según la tradición latina, o de la seguridad en el tráfico jurídico, en la doctrina germánica¹⁴.

Un sector ecléctico de la doctrina española matiza la caracterización de la falsedad documental como delito de peligro abstracto, sobre la base de un análisis comparativo de la antijuridicidad material de la falsedad de documento público con respecto a aquella que recae sobre un documento privado. En este entendido, el aspecto clave para establecer la diferenciación radicaría en la referencia que el tipo de falsificación de documento privado español contiene a un «ánimo de perjuicio». De este modo, se afirma que mientras en la falsedad de documento público no sería necesario un daño al bien jurídico, bastando con una pura puesta en peligro, en la falsedad de documento privado tal daño si resultaría necesario¹⁵. Esta constatación, conduce a dichos autores a concluir que la falsedad de documento público constituiría un delito de peligro abstracto, pues en él no sería menester demostrar la especial situación de peligro. Por el contrario, el delito de falsificación de documento privado sería un delito de peligro concreto, en el evento de que exista ánimo de perjuicio, pero sin llegar a causarlo; o inclusive un delito de lesión, cuando sí se causa un perjuicio a tercero¹⁶.

También existe una postura minoritaria, sostenida por Vargas Cabrera, que caracteriza a todos los delitos de falsedad como delitos de peligro concreto. Para sustentar su tesis, este autor parte de los requisitos del documento y las cualidades de la acción falsaria, elementos que a su juicio se estructurarían en torno a la idea de peligro para bienes jurídicos¹⁷. En efecto, en lo que respecta a los requisitos del documento, dicho autor parte de la premisa de que este ha de estar determinado al tráfico jurídico y tener aptitud para entrar en él. De otro lado, el comportamiento falsario supone una idoneidad para producir error o engaño en un tercero¹⁸. De ambos aspectos extrae como requisito implícito del tipo de injusto, además de la alteración de la veracidad o de la legitimidad en alguna de las formas que prevé el tipo, un resultado concretado en un riesgo o peligro para bienes jurídicos¹⁹. Finalmente, a partir de estas circunstancias,

¹⁴ *Ídem*.

¹⁵ En este sentido FERNÁNDEZ PANTOJA, P., *Delito de falsedad en documento público, oficial y mercantil*, Madrid (Marcial Pons), 1996, p. 296.

¹⁶ En esa dirección DÍAZ PALOS, F., *El delito de falsedad documental*, en *Revista jurídica de Catalunya*, núm. 1, 1962, p. 91.

¹⁷ VARGAS CABRERA, B., «La culpabilidad en las falsedades documentales», en AAVV, *Las falsedades documentales. Libro homenaje a Enrique Ruiz Vadillo*, Granada (Comares), 1994, pp. 215 s.

¹⁸ *Ibid.*, p. 216.

¹⁹ *Ídem*.

concluye que todos los delitos de falsedad constituirían delitos de peligro concreto, debiendo probarse el riesgo para el bien jurídico en cada caso²⁰.

En la doctrina chilena, prima la postura que considera a las falsedades documentales como delitos de peligro, y en esa dirección encontramos manifestaciones de casi todas las corrientes doctrinales existentes. Así, por ej., de Rivacoba, aunque refiriéndose a las falsedades monetarias, sostiene que éstas constituyen un delito de peligro abstracto²¹.

Por su parte, Etcheberry, califica a todos los delitos de falsedad como figuras de peligro en consideración al hecho de que se trata de tipos penales agrupados por el legislador en torno a un medio comisivo²². Luego, realiza una serie de distinciones según el delito de falsedad de que se trate. Es así como, por la ausencia de perjuicio en los requisitos típicos, califica como delito de peligro abstracto o presunto a las modalidades de falsedad ideológicas que prevé el artículo 193 del Código Penal chileno (en adelante CPCH), tratándose de la falsedad de documento público cometida por funcionario²³. Como contrapartida, por la exigencia de perjuicio contra el Estado o los particulares, califica como delito de lesión a la modalidad falsaria por ocultación del núm. 8.º del mismo artículo 193²⁴. A continuación, también califica como delito de peligro a la figura de uso del artículo 196²⁵. Mientras que por la exigencia de perjuicio en el tipo, atribuye el carácter de delito de lesión contra la propiedad al tipo de falsificación de documento privado²⁶. Finalmente, en atención a la redacción del tipo, considera que el delito de falsificación de certificados del artículo 205, constituye un delito de peligro concreto²⁷.

Conclusiones similares a las de Etcheberry plantea Garrido, quien identifica como la *ratio* del castigo de las falsedades la necesidad de prohibir determinadas adulteraciones que ponen en peligro la confianza que las personas depositan en ciertos objetos marcados o signados por la autoridad como auténticos, o en aquellos que por la libre decisión de la voluntad de los particulares repre-

²⁰ *Ibid.*, p. 220.

²¹ DE RIVACOBA, y RIVACOBA, M., «Objeto jurídico y sujeto pasivo de la falsificación de monedas, en Doctrinas esenciales», *Gaceta Jurídica. Derecho penal*, tomo II, 1976-2010, p. 354, n. 20. En virtud de esta caracterización, concluye, que de establecerse que la falsificación se llevó a cabo de manera y en condiciones que excluyeran toda posibilidad de detrimento de la fe pública, no se verificaría este delito.

²² ETCHEBERRY, A., *Derecho Penal. PE*, tomo IV, 3.ª ed., Santiago (Editorial Jurídica de Chile), 1997, p. 131.

²³ *Ibid.*, p. 162.

²⁴ *Ibid.*, p. 167.

²⁵ *Ibid.*, p. 170.

²⁶ *Ibid.*, p. 174.

²⁷ *Ibid.*, p. 183. A similares conclusiones arriba el autor en ETCHEBERRY, A., «El objeto material del delito de falsedad documental: documentos y sus clases», en *Revista de ciencias penales*, tomo XX, 1961, p. 66.

sentan un acontecimiento o importan una obligación o un interés²⁸. A partir de esta premisa, considera que todas las figuras de falsificación de documento auténtico (público) constituyen delitos de peligro, con la sola excepción de la modalidad de ocultación, a la que considera como un delito de lesión²⁹. Por su parte, califica como delito de resultado –y no de peligro– a la falsificación de documento privado, argumentado que para su consumación requiere de la producción de perjuicio³⁰, reafirmando esta conclusión con respecto a la modalidad de uso de documento privado falso del artículo 198 del CPCH, al que lo considera como un delito de lesión y de resultado³¹. Finalmente, Garrido, al igual que Etcheberry, en virtud de las exigencias típicas, también califica como de peligro concreto a la falsificación de certificados del artículo 205 del CPCH³².

También Vargas Pinto parece inclinarse por la tesis de que las falsedades documentales constituyen primordialmente figuras de peligro con respecto al tráfico jurídico. A su juicio, este interés, en virtud de su carácter colectivo, no se destruye por la perpetración de estos ilícitos, pero sí se altera con situaciones de incertidumbre. Esta alteración puede consistir en un peligro abstracto, cuando se produce la circulación del documento, o cuando este escapa del control del agente; o en un peligro concreto, cuando además de la circulación del documento falso, este se usa en términos de entrar en contacto con otros bienes protegidos de naturaleza particular, con independencia de su lesión, todo ello siempre que exista perjuicio³³.

2. Las falsedades documentales como delitos de lesión

El punto de partida para arribar al concepto de lesión para bienes jurídicos supraindividuales supone reconocer que el concepto mismo de lesión que utiliza el Derecho penal es oscuro y vago. En efecto, comúnmente cuando se trata de los delitos clásicos se entiende la lesión del interés protegido como su destrucción o menoscabo, sin embargo, ello es empíricamente apreciable solo cuando se trata de bienes que tienen un sustrato material, como la vida o la salud, no así cuando se trata de la afectación de intereses individuales de naturaleza

²⁸ GARRIDO MONTT, M., *Derecho penal. PE*, tomo IV, reimp. de la 4.ª ed., Santiago (Editorial Jurídica de Chile), 2014, p. 52.

²⁹ *Ibid.*, pp. 63 y 77.

³⁰ *Ibid.*, p. 87.

³¹ *Ibid.*, pp. 92 s.

³² *Ibid.*, p. 103.

³³ VARGAS PINTO, T., *Falsificación de instrumento privado: un estudio práctico entre la falsificación y la estafa*, Santiago (Thomson Reuters), 2013, pp. 129 s.

inmaterial, como ocurre con el honor³⁴. Entonces, si ya es complejo precisar en qué consiste la lesión cuando se trata de intereses individuales, la tarea es mucho más ardua cuando corresponde averiguar en qué consiste la afectación de un interés supraindividual que carece de un sustrato material. Lo anterior exige establecer con mucha precisión el sentido y alcance del bien jurídico supraindividual, debiendo eludirse aquellas construcciones que sean demasiado amplias, pues ello solo contribuye a difuminar la ofensividad³⁵.

Adicionalmente, hay que tener en cuenta que como la dogmática ha elaborado todo su acervo conceptual utilizando como referente principal los delitos contra bienes individuales y, en especial, el delito de homicidio, se han producido algunas imprecisiones conceptuales, pues el homicidio es un delito en que el resultado material y el resultado jurídico tienden a solaparse. Según expone Corcoy, ello se ha traducido en que muchas veces se produzca una confusión entre nociones que son distintas, como ocurre con el binomio bien jurídico-sustrato material (del mismo bien jurídico) y con el binomio lesión del bien jurídico-producción de un daño³⁶. Muy por el contrario, en su opinión, lesión para el bien jurídico, aún en el sentido de destrucción para éste, no debe entenderse como sinónimo de destrucción del objeto material, pues este es un fenómeno que se verifica en muy pocos delitos³⁷. Sólo en virtud de una distinción bien nítida de dichas nociones se puede avanzar a un concepto de lesión para el bien supraindividual, teniendo en cuenta, además, que ni aun en los delitos que protegen bienes individuales la lesión para el interés tutelado es coincidente con el objeto, ni tan siquiera cuando dicho objeto es el sustrato material del bien jurídico³⁸.

³⁴ En este sentido MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, Madrid (Centro de Estudios Judiciales), 1993, p. 40. También Corcoy, que, además del honor, expone la situación de delitos como el cohecho o la prevaricación, que su juicio son conductas que afectan a la confianza del ciudadano en el buen funcionamiento de las instituciones, aunque nadie pueda sostener que en virtud de su comisión se produzca una destrucción de tal confianza. Cfr. CORCOY BIDASOLO, M., *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, Valencia (Tirant lo Blanch), 1999, p. 220. Este ej. nos parece muy interesante para la formulación de un concepto de lesión del bien jurídico en las falsedades documentales, pues entre estos delitos y los delitos funcionarios existen vínculos estrechos desde la perspectiva de su ofensividad, como tendremos ocasión de examinar.

³⁵ MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., 1993, p. 43.

³⁶ CORCOY BIDASOLO, M., 1999, p. 219.

³⁷ *Ibid.*, pp. 219 s.

³⁸ Para entender mejor esta cuestión, Corcoy menciona como ej. la situación del delito de homicidio en el que la lesión del objeto del delito –resultado en sentido material– es la muerte de una persona y la lesión del bien jurídico –resultado en sentido jurídico– es la lesión del interés social e individual por la vida. Cfr. CORCOY BIDASOLO, M., 1999, p. 222. O sea, de lo que se trata en definitiva es de distinguir con nitidez el resultado material del delito de su resultado jurídico. También enfatizan sobre la importancia de esta distinción, utilizando como ej. la situación de las falsedades documentales, Hefendehl, Amelung y Schulenburg, quienes coinciden en que el bien jurídico protegido por estos delitos sería la seguridad del tráfico jurídico probatorio con documentos, mientras que el objeto de la acción sería el documento falsifi-

La correcta comprensión acerca de la lesión o daño para el interés tutelado, especialmente cuando este es de naturaleza supraindividual, supone dejar de entenderla en un sentido puramente naturalístico, esto es, como un puro daño en cosas, según parece haber sido entendida desde la formulación misma del concepto de bien jurídico³⁹. El cambio de enfoque que se ha propuesto para entender la afectación de bienes supraindividuales parte de la premisa de que la construcción de un concepto de lesión para esta clase de intereses debe efectuarse desde una perspectiva sociológica y normativa. En este sentido, Soto Navarro propone una serie de premisas desde las que se debe partir para la formulación de un concepto de lesión para bienes jurídicos supraindividuales. En primer lugar, esta autora alude a la necesidad de entender tal lesión como un efecto sobre el propio bien jurídico y no sobre un elemento distinto en que este se pueda materializar. A continuación, señala que dicho efecto sobre el bien jurídico se debe concebir como el desvalor de resultado, al que se atribuye relevancia en el plano de la fundamentación del injusto. En tercer lugar, para no vulnerar el principio de ofensividad, indica que tal lesión debe ser verificable en el sistema social de que se trate e imputable a acciones individuales y no a comportamientos colectivos, pues de lo contrario se vulneraría el principio de responsabilidad personal. Finalmente, a su juicio, la idea de lesión de la que se parta debe posibilitar que se defina también la noción de peligro, sobre todo si se considera al peligro como un estado previo a la lesión⁴⁰.

A partir de estas premisas, Soto Navarro, desde una perspectiva sociológica normativa, descarta que la lesión al bien jurídico consista en un fenómeno ideal, aunque se la conciba de una manera abstracta –como podría ser la idea de cuestionamiento de la vigencia de un valor social–, porque a su juicio

cado en el caso concreto. Cfr. HEFENDEHL, R., *El bien jurídico como eje material de la norma penal*, trad. al español a cargo de María Martín Lorenzo, en el mismo (ed.), *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, ed. española a cargo de Rafael Alcácer, María Martín e Iñigo Ortiz de Urbina, Barcelona (Marcial Pons), 2007, p. 180; AMELUNG, K., *El concepto «bien jurídico» en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos*, trad. al español a cargo de Iñigo Ortiz de Urbina, en Hefendehl, R. (ed.), *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, ed. española a cargo de Rafael Alcácer, María Martín e Iñigo Ortiz de Urbina, Barcelona (Marcial Pons), 2007, p. 243; y SCHULENBURG, J., *Relaciones dogmáticas entre bien jurídico, estructura del delito e imputación objetiva*, trad. al español a cargo de Margarita Valle Mariscal de Gante, en Hefendehl, R. (ed.), *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, ed. española a cargo de Rafael Alcácer, María Martín e Iñigo Ortiz de Urbina, Barcelona (Marcial Pons), 2007, p. 357.

³⁹ Evidencia este problema, KARL, W., «Protección de bienes jurídicos mediante protección del Derecho», trad. al español a cargo de Ramón Ragués, en Silva Sánchez, J. (ed.), *La insostenible situación del Derecho penal. Estudios de Derecho penal*, núm. 15 (Dirigido por Carlos Romeo Casabona), Granada (Comares), 2000, pp. 50 s.

⁴⁰ Cfr. SOTO NAVARRO, S., *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, Granada (Comares), 2003, pp. 317 s.

un efecto de esta clase no deriva de acciones individuales aisladas. También descarta esta posibilidad para el evento en que la lesión sea concebida de una manera concreta –como comportamientos contrarios a la norma–, en el sentido de desprecio u oposición a la pretensión de vigencia de un valor social⁴¹. Asimismo, desestima que la lesión pueda ser comprendida desde una perspectiva naturalista o mecanicista, basada en modificaciones causales del mundo exterior, pues esto conduce a un intento de cuantificar a la lesión sobre la base de la destrucción o menoscabo de un objeto externo, lo que se opone a la primera premisa planteada⁴².

Teniendo en cuenta todas estas consideraciones, Soto Navarro, concluye que la lesión del bien jurídico debe ser entendida como una efectiva perturbación de la convivencia social⁴³. Ahora bien, para definir en qué consiste esta perturbación, parte de la teoría sistémica de la sociedad, contexto en el cual la lesión debe constituir un efecto que opere sobre el propio sistema social, en el que además los bienes jurídicos colectivos se concretan en atención al valor funcional de las realidades sistémicas para el sistema social global⁴⁴. Desde esta perspectiva, en su opinión, existirá una lesión para el bien jurídico supraindividual cuando estemos frente a un comportamiento que perturbe la función social encomendada a un determinado subsistema de comunicación, siempre que esta función, en primer lugar, sea indispensable para la propia subsistencia o el desarrollo del sistema social en su conjunto; y, en segundo término, siempre que sea susceptible de un aprovechamiento colectivo, sin que ningún partícipe en la interacción social pueda ser excluido y sin que el aprovechamiento individual obstaculice o impida el aprovechamiento por otros⁴⁵.

En un sentido similar, Corcoy postula que en los delitos que protegen bienes jurídicos supraindividuales, al igual que en todos los delitos, el desvalor de injusto no puede medirse conforme con criterios de gravedad del daño, sino que ha de valorarse con criterios normativos que tomen en cuenta la mayor o menor relevancia jurídico penal del comportamiento (desvalor de injusto) y la

⁴¹ *Ibid.*, p. 319.

⁴² *Ídem*, p. 319.

⁴³ *Ídem*.

⁴⁴ *Ibid.*, pp. 319 s.

⁴⁵ En esta misma dirección, para clarificar su postura, expresa que: «[...] si se parte de una adecuada concreción de la función material asignada a determinados subsistemas comunicativos y a los instrumentos básicos sobre los que estos se estructuran, es posible delimitar formas de conducta que comporten un efecto lesivo para dicha función, entendiendo por efecto lesivo el impedimento u obstaculización de la misma. Y puesto que todo sistema de comunicación se descompone en acciones humanas, la perturbación de su función social ocasiona, desde la perspectiva del individuo, un perjuicio a sus posibilidades de acción (o posibilidades de uso), bien porque resulte excluido como partícipe de la interacción, bien porque se limite su potencial aprovechamiento a título individual». Cfr. SOTO NAVARRO, S., 2003, pp. 320 s.

mayor o menor gravedad de la afectación del bien jurídico (lesividad). A su vez, indica que estos criterios dependen del bien jurídico puesto en peligro o afectado y de la modalidad del comportamiento, según suponga un mayor o menor grado de respeto por los intereses penalmente protegidos⁴⁶.

Sobre la base de estas ideas, aunque con algunos matices, tanto Corcoy como Soto Navarro llegan a la conclusión de que los delitos de falsedad y, entre ellos, los de falsedad documental, constituyen delitos de lesión en contra de un bien jurídico supraindividual. Efectivamente, de acuerdo con Corcoy, los delitos de falsedad documental son delitos de lesión contra la seguridad del tráfico⁴⁷. Esta caracterización la lleva a concluir que la conducta falsificadora debe tener la aptitud para inducir a error acerca del significado o contenido del documento, de modo que si la alteración es burda, o si no cambia el significado o el contenido de los hechos respecto de los cuales el documento pretende ofrecer seguridad, dicho comportamiento debe quedar impune por faltar la lesividad⁴⁸.

Por su parte, Soto Navarro, partiendo de la premisa de que el bien jurídico protegido por las falsedades es la funcionalidad que ciertos instrumentos despliegan en el tráfico jurídico, reconoce la posibilidad de graduar las modalidades de ataque, distinguiendo dos formas principales: la falsificación propiamente tal y el uso del documento falsificado⁴⁹. De acuerdo con ello, estima que mientras con el uso existe una lesión efectiva para las funciones del documento (o de la moneda), desde el momento en que tales objetos salen del ámbito de disposición del sujeto, con la falsificación de los mismos objetos solo se genera un peligro para dichas funciones, cuando se alcanza una apariencia de autenticidad y concurre la finalidad de introducir el objeto falsificado en el tráfico⁵⁰.

⁴⁶ CORCOY BIDASOLO, M., 1999, pp. 223 s.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 223.

⁴⁸ *Ídem.*

⁴⁹ SOTO NAVARRO, S., 2003, pp. 323 s.

⁵⁰ Sin embargo, la misma autora reconoce que esta postura presenta problemas a propósito de la regulación de los comportamientos falsarios en el Derecho español, al menos tratándose de las falsedades documentales. Esto, pues los tipos penales de uso de documentos falsos del CPE no contienen una referencia al uso del documento ejecutado por el propio sujeto que lo falsifica, circunscribiéndose el castigo al uso cometido por persona distinta del falsificador, y con pena inferior a la señalada para la acción falsaria en sí (salvo en la falsificación de certificados por particulares del artículo 399, en la que se equiparan las penas de una y otra modalidad delictiva). En consecuencia, concluye, se castiga con mayor rigor la puesta en peligro que la lesión del bien jurídico. A su juicio, la no punición del uso por parte del autor de la falsedad puede explicarse en atención al desvalor de acción de la conducta falsaria que, siempre que concorra la finalidad de introducción en el tráfico jurídico, absorbe al que comporta la posterior utilización del documento falsificado en el tráfico jurídico, aun cuando solo con esta tenga lugar la efectiva lesión del bien jurídico. Por su parte, la punición menor del uso por persona distinta al falsificador solo se explica sobre la base del desvalor de acción, si se entiende que este es menor en el sujeto que no dispone de los medios concretamente peligrosos para falsificar un instrumento del tráfico jurídico. Cfr. SOTO NAVARRO, S., 2003, p. 324.

En la doctrina española, son también partidarios de la tesis de que los delitos de falsedad documental constituyen delitos de lesión contra un bien jurídico supraindividual, Silva Sánchez y González Cussac. Según este último, las falsedades documentales protegen el bien jurídico seguridad en el tráfico en su aspecto de la fe pública, interés al que caracteriza como un bien puramente ideal y sin un contenido material directo. Respecto de su protección, entiende que el legislador opera con un doble adelantamiento de la línea defensiva, estableciendo, mediante el castigo de las falsedades, delitos de lesión contra la fe pública⁵¹.

Silva Sánchez reconoce en la funcionalidad documental el bien tutelado y, en cuanto a su afectación, distingue según si se trata de modalidades de falsedad material o ideológica⁵². Así, respecto de las modalidades de falsedad material previstas en los números 1 y 2 del artículo 390.1 del Código Penal español de 1995 (en adelante, CPE), considera que ellas lesionan la función de garantía y adicionalmente la función probatoria de los documentos⁵³. En cambio, las modalidades de falsedad ideológica de los números 3 y 4 del mismo artículo, en su opinión no afectan la función de garantía, pues no impiden la identificación del autor del documento, sino que únicamente lesionan su función probatoria⁵⁴. Adicionalmente, sobre la base de la regulación de las falsedades documentales en el CPE, plantea la inexistencia de una lesión respecto de la función de perpetuación, por resultar discutible que la conducta consistente en destruir el documento tenga cobertura típica en el artículo 391.1, todo ello sin perjuicio de su castigo como delito de daños, cuando lo comete un particular, o como delito de infidelidad en la custodia de documentos, cuando lo comete un funcionario público⁵⁵.

En la doctrina chilena, Grisolía, considera a las falsedades documentales como delitos de lesión contra un bien jurídico supraindividual. A su juicio, estos delitos protegen el valor probatorio del documento, de suerte que las alteraciones de la verdad contenidas en el mismo documento, siempre que ostenten relevancia jurídica, lesionan tal bien jurídico y producen el perjuicio que va implícito en estas figuras⁵⁶.

⁵¹ GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., «Falsedad documental e imprudencia», en *Poder Judicial*, 2.ª época, núm. 22, 1991, p. 241.

⁵² SILVA SÁNCHEZ, J., «Tema 15. Las falsedades documentales», en Silva Sánchez, Jesús María (dir.) y Ragués i Vallés, R. (coord.), *Lecciones de Derecho penal. PE* (Barcelona, 2006), p. 394.

⁵³ *Ídem*.

⁵⁴ *Ídem*.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 395.

⁵⁶ GRISOLÍA CORBATÓN, F., *Nota*, en *Revista de Ciencias Penales*, 3.ª época, tomo XV, núm. 2, mayo/diciembre, 1956, p. 96.

Recientemente, Rojas, adoptando una postura similar a la sostenida por Soto Navarro en España, plantea que los delitos de falsedad en su modalidad de uso constituyen delitos de lesión. Este autor intenta discernir con respecto a la forma como el injusto se materializa en cada uno de los comportamientos falsarios establecidos en el CPE, advirtiendo sobre las diferencias existentes entre las modalidades de falsedad propiamente tales y el uso del documento falso, a las que concibe como formas diferentes de ataque en contra de un mismo interés tutelado⁵⁷. De acuerdo con ello, concluye que en virtud de la pura realización de las conductas de falsedad no se lesiona el interés jurídicamente protegido, lo que solo puede verificarse cuando otro (el receptor del documento) adquiere conocimiento de él⁵⁸. Es así como considera que los delitos de falsedad previstos en los artículos 193, 194 y 197 del CPCH, constituyen delitos de peligro respecto de la autenticidad y verdad del documento público, o solamente de la autenticidad del documento privado en el caso de la última norma⁵⁹. Por el contrario, estima que los delitos de uso de documento falso contemplados en los artículos 196 y 198 del CPCH, configuran delitos de lesión a los intereses jurídicos respectivamente protegidos⁶⁰.

III. TOMA DE POSICIÓN

1. **Sobre la funcionalidad documental como bien jurídico protegido por las falsedades documentales**

A nuestro juicio, las falsedades documentales afectan el bien jurídico protegido consistente en la funcionalidad documental. Es decir, el interés tutelado por este grupo de delitos se concreta en las tres funciones que el documento despliega en el marco del tráfico jurídico, esto es, la función de perpetuación, en virtud de la cual la declaración del pensamiento contenida en él adquiere cierta perdurabilidad en el tiempo; la función de garantía, que posibilita la identificación del autor de la declaración contenida en el soporte; y la función de prueba, a través de la cual el documento facilita la acreditación de

⁵⁷ ROJAS AGUIRRE, L., «Falsedad documental como delito contra el Derecho a la verdad», en *Revista de estudios de la justicia*, núm. 22, 2015, p. 166.

⁵⁸ *Ídem*.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 167.

⁶⁰ *Ídem*.

su contenido en el marco de las relaciones intersubjetivas que se desarrollan en el tráfico jurídico⁶¹.

Esta funcionalidad constituye un bien jurídico supraindividual cuya importancia en el marco del sistema social justifica por sí sola la necesidad de su protección. En efecto, la documentación de las relaciones jurídicas que se desarrollan en el seno del tráfico jurídico constituye un fenómeno social indiscutible y encuentra sus antecedentes más remotos con el surgimiento de una necesidad del hombre de transmitir a otros cierta información⁶². En este orden de ideas, los documentos cumplen una función de suma relevancia para la estabilidad de las relaciones entre los sujetos interactuantes en el tráfico jurídico, función que se sustenta en el hecho de que las relaciones jurídicas, cuando son documentadas, propician el traspaso de información en el marco del proceso comunicativo que está en la base del tráfico jurídico. Para comprender mejor este fenómeno, debemos partir de la premisa de que el Derecho constituye una realidad dinámica y su dinamismo surge en virtud de la operatividad de las diferentes actuaciones jurídicas que se llevan a cabo en el tráfico. Cuando nos referimos a estas actuaciones jurídicas aludimos a cualquier forma de expresión del Derecho, ya sea de organismos públicos que actúan en uso de sus potestades (como la dictación de una ley, una sentencia o un decreto, etc.), o de particulares que interactúan jurídicamente (mediante la suscripción de negocios jurídicos en general). Estas actuaciones producen efectos jurídicos consistentes en la creación, modificación o extinción de derechos y obligaciones, imposición de cargas, fijación de estados, creación de entes dotados de personalidad jurídica, etc. Detrás de todo este proceso dinámico que propicia el Derecho existe un traspaso de información entre los actores del tráfico jurídico que se realiza por la vía del lenguaje.

Precisamente, por las ventajas que presenta el lenguaje cuando se halla plasmado en un soporte documental, es que se le prefiere como medio de traspaso de información en el seno del tráfico jurídico, en detrimento de otras formas de comunicación, como pueden ser el lenguaje transmitido por la vía oral o el lenguaje gestual. Esta preferencia deriva de los atributos que ostenta el documento como mecanismo de fijeza de la información, al garantizar no solo una mayor perdurabilidad de ella, sino que también al asegurar una mejor identificación de su autor, junto con favorecer las posibilidades de acreditación de la información misma en el marco de las relaciones intersubjetivas. Tal circunstancia

⁶¹ Sobre este bien jurídico, *vid.* por todos GARCÍA CANTIZANO, M., *Falsedades documentales (en el Código Penal de 1995)*, Valencia (Tirant lo Blanch), 1997, pp. 40 ss.

⁶² En este mismo sentido MAYER LUX, L., y VERA VEGA, J., «Historia del objeto material del delito de falsedad documental punible», *Revista de estudios histórico-jurídicos*, núm. XXXVII, 2015, pp. 326 ss.

confiere a estos atributos del documento el carácter de funciones, que se consideran dignas de protección a través del establecimiento de delitos que puedan llegar a afectarla.

Nótese, sin embargo, que no se trata de proteger la función solo por la importancia que tiene en la dinámica de las relaciones sociales, sino que ella debe vincularse con su instrumentalidad respecto de individuos concretos⁶³. En otras palabras, no se trata de proteger la funcionalidad documental solo porque contribuye a facilitar el traspaso de cierta información en el ámbito de las relaciones sociales, sino también –y fundamentalmente– por el hecho de que con este traspaso de información se genera un servicio para personas concretas. Con esto se quiere decir que la producción de efectos jurídicos y el traspaso de información a través de actuaciones en el tráfico no constituye una pura abstracción, pues también sirve a los individuos interactuantes para que satisfagan sus necesidades de interrelación, por ej., mediante la circulación patrimonial, la definición de calidades, el establecimiento de estados normativos (como el estado civil), el surgimiento de entidades con personalidad jurídica, la actuación de potestades públicas, etc.

En síntesis, esta funcionalidad se erige como una condición necesaria para contribuir a la autorrealización material y espiritual de los individuos, lo que permite excluir su calificación como una pura función de naturaleza meramente estatal o colectiva, que se halle desligada de individuos concretos.

2. Sobre la lesión a la funcionalidad documental

Según nuestra opinión, los delitos de falsedad documental lesionan el bien jurídico funcionalidad documental, independientemente de si trata de modalidades de falsedad propiamente tal, de falsedad por ocultación o destrucción, o del uso del documento falso. En esa dirección, disentimos tanto de quienes caracterizan a estos delitos como figuras de peligro, ya sea abstracto o concreto y, también, de quienes distinguen entre la falsedad propiamente tal y la falsedad de uso, sosteniendo que solo en este último caso existe una lesión para el bien jurídico, mientras que en las falsedades sin el uso del documento solo existiría un peligro.

La razón principal que nos lleva a sostener que las falsedades constituyen siempre un delito de lesión para el bien jurídico, se encuentra en el concepto de lesión del que partimos, es decir, una perturbación de las funciones de un

⁶³ En un sentido similar FREUND, G., *Urkundenstraftaten*, 2.^a ed., Heidelberg (Springer), 2010, p. 2 s.

sub-sistema dentro del sistema de comunicación. En este sentido, si consideramos que la funcionalidad documental constituye un sub-sistema dentro de un sistema más amplio de comunicación, como es el tráfico jurídico, se puede afirmar que cada vez que existe una alteración documental, sea que se trate de una falsedad material, ideológica, por uso o por ocultación, se perturban las funciones que el documento cumple en el tráfico jurídico. Sin perjuicio de lo indicado, hay que reconocer que estas funciones se pueden afectar de distinta forma según la modalidad falsaria de que se trate. Así, las modalidades de falsedad material, que suelen incidir sobre el soporte documental, afectan más directamente la función perpetuadora, mientras que las falsedades ideológicas, que se proyectan generalmente sobre la declaración contenida en el soporte, afectarán más intensamente la función probatoria. Sin embargo, no se debe descartar que una falsedad material, que se concreta primordialmente sobre el soporte, también influya en la función probatoria, porque en su virtud se haya producido una alteración de la declaración documentada, o que una falsedad ideológica incida sobre las posibilidades de identificación del autor, afectando la función de garantía. Como sea, en aquellos casos en que el documento es falsificado de alguna de esas formas siempre existirá una perturbación del subsistema de comunicación, en la especie, el tráfico jurídico, dado que los datos y la información contenida en el soporte documental alterado quedan en condición de provocar un engaño respecto de los demás interactuantes en dicho tráfico. En efecto, en la medida que en el documento existan declaraciones mendaces, provocadas por modificaciones materiales o por alteraciones en el contenido de lo aseverado, otros sujetos destinatarios de la información documentada o que estén en el ciclo de circulación de esa información estarán en condiciones de representarse que ella es verdadera y tomar decisiones relevantes jurídicamente a partir de dicho conocimiento inexacto. En esto radica la lesión concebida como un efecto que se proyecta sobre la triple funcionalidad documental, proveniente del comportamiento ejecutado sobre el soporte documental.

Comentario aparte merece la falsedad por destrucción (que en el caso chileno, se discute si se incluye en el artículo 193 núm. 8 del CPCH⁶⁴). En este caso, la imposibilidad de acceso al soporte documental lesiona por igual las tres funciones del documento, pues en virtud de dicho comportamiento el documento es suprimido del tráfico jurídico y no puede seguir satisfaciendo ninguna de tales funciones. Se trata, entonces, tanto en términos cuantitativos como cualitativos, de la afectación más intensa del bien jurídico funcionalidad documental, sin perjuicio de que este factor parece no haber sido considerado

⁶⁴ *Vid.*, por todos, GARRIDO MONTT, M., 2014, p. 76.

por el legislador, que ni siquiera lo suele incluir expresamente en algunas legislaciones. En cierto sentido, existe en este caso una pena desproporcionada, aunque por defecto. Nótese que este fenómeno no es exclusivo de los delitos de falsedad, presentándose asimismo a propósito de otras formas de criminalidad, como la patrimonial. De *lege ferenda*, sería recomendable que el legislador subsane esta desproporción, atribuyendo una pena más intensa a las falsedades documentales que involucran la supresión del objeto material.

A nuestro entender, además, no existe una diferencia desde el punto de vista de la afectación del bien jurídico entre las falsedades propiamente tales (materiales e ideológicas) y el uso del documento falso, pues en todas estas modalidades existe una lesión para la funcionalidad documental. En efecto, desde el punto de vista de la naturaleza comunicacional del delito y, en el entendido que la afectación del objeto de tutela se debe materializar en la funcionalidad documental, ya desde la alteración misma del documento (material o ideológica) se dan las condiciones para la circulación de datos falsos o informaciones adulteradas en el tráfico jurídico que, a su vez, son susceptibles de generar un engaño en otros.

Esta equiparación desde el punto de vista del desvalor de resultado existente entre las falsedades propiamente tales y las falsedades de uso, entendidas como delitos de lesión, se aviene más con la forma en que el legislador chileno estableció el castigo para una y otra hipótesis, esto es, previendo marcos penales equivalentes, tal como se infiere de los artículos 196 y 198 del CPCH, que respecto de documentos públicos, partes telegráficos y documentos privados castiga al que usa el documento falso como si fuera el autor de la falsedad, es decir con una pena idéntica. No obstante, se debe reconocer que igualmente hay casos en los que el legislador efectúa una infravaloración del uso con respecto al comportamiento falsario propiamente tal, castigando al primero con menos pena, tal como se verifica en el artículo 201, respecto de pasaportes o portes de armas y en el artículo 204 inciso 2.º, tratándose de certificados y licencias médicas. De *lege ferenda*, resultaría más adecuado uniformar el marco penológico de todos ellos, equiparando la pena de la falsedad propiamente tal con respecto al uso del documento falsificado.

Con respecto a la protección de la funcionalidad documental como bien jurídico de las falsedades documentales, el principio de intervención mínima en su vertiente de fragmentariedad, conjugado con el principio de ofensividad, cumplen un papel importantísimo en la determinación del injusto. Esto se manifiesta en el hecho de que no todas las alteraciones de documentos previstas en los tipos penales dan lugar a la configuración de un delito, pues debe tratarse de alteraciones lo suficientemente graves que justifiquen el recurso al

Derecho penal por la lesión del bien jurídico. Surge así un requisito de relevancia o de idoneidad de la falsedad documental, en virtud del cual, no bastará con la pura alteración, sino que esta debe proyectarse sobre el mensaje contenido en el documento y que se intenta comunicar, incidiendo sobre su sentido y generando la posibilidad de error en otro. De esta manera, todas las alteraciones del soporte o de su contenido que sean burdas, o que no modifiquen de manera significativa el mensaje documentado, a pesar calzar formalmente en la descripción de los tipos, no darán lugar a un delito por carecer de antijuridicidad material⁶⁵. El origen de una exigencia de esta índole también se encuentra en el hecho de que las falsedades documentales constituyen un delito de comunicación, de modo que cuando la alteración documental no influye decisivamente en la transferencia de la información que se pretende en el marco del tráfico jurídico, la criminalización pierde su fundamento.

Así, por ej., si se trata de una alteración tan burda que cualquiera puede notarla a simple vista, como cuando se realiza toscamente una modificación manuscrita en la fecha, comparecientes o estipulaciones de un documento fijado mediante un sistema mecanográfico, no existe la posibilidad de generar un error en otro con respecto a esos datos. En un caso como este, a pesar de que existe una manipulación sobre el soporte o la declaración documentada –por la modificación de los signos lingüísticos–, a partir de la cual se produciría una eventual afectación a la función de perpetuación, de garantía o de prueba, realmente no se da una idoneidad o relevancia en ella como para sostener la existencia de una verdadera lesión para el bien jurídico. En definitiva, nadie creería que la fecha, los comparecientes o las estipulaciones son las que se infieren del mensaje alterado de esta manera tan tosca, o sea, no se afecta el sentido comunicacional del mensaje documentado.

⁶⁵ En este mismo sentido CORCOY BIDASOLO, M., 1999, p. 223.

LA TRATA DE SERES HUMANOS TRAS UN DECENIO DE SU INCRIMINACIÓN: ¿ES NECESARIA UNA LEY INTEGRAL PARA ABORDARLA?*

CAROLINA VILLACAMPA ESTIARTE**

I. ¿DE DÓNDE SURGE LA NECESIDAD DE APROBAR UNA LEY INTEGRAL CONTRA LA TRATA DE SERES HUMANOS?

La adopción de una aproximación victimocéntrica para luchar contra la trata de seres humanos pasa por situar a las víctimas en el centro del sistema y supone la implementación de lo que se conoce como política 3P. La misma comporta la aproximación a esta realidad no solo a partir de la persecución de las conductas delictivas, sino sobre todo desde la prevención del fenómeno y, en particular, desde la protección de las víctimas¹. Situar el foco de atención en la protección victimal supone cumplir con lo que marcan las disposiciones internacionales en materia de trata que vinculan a España: la primera, el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de Naciones Unidas contra

* Este trabajo ha sido elaborado en el marco del proyecto RTI2018-094686-B-C21, «Hacia una Ley integral contra la trata de seres humanos y la esclavitud», financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades.

** Catedrática de Derecho Penal. Universitat de Lleida.

¹ Vid. ampliamente, VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el Derecho internacional*, Cizur Menor (Thomson Reuters-Aranzadi), 2011, pp. 145-246 ss. Extensamente sobre la aproximación a la trata de seres humanos en clave de derechos humanos, entre otros, OBOKATA, T., *Trafficking in Human Beings from a Human Rights Perspective: Towards a Holistic Approach*, Leiden (Martinus Nijhoff), 2006, *passim*.

la Delincuencia Organizada Transnacional de 2000, conocido como Protocolo de Palermo, pero sobre todo el Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos de 2005, o Convenio de Varsovia, y la Directiva 2011/36/UE del Parlamento y del Consejo de 5 de abril de 2011, relativa a la prevención y la lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas. El cumplimiento de este paradigma holístico condujo tanto a un sector de la academia española primero, justo tras la incriminación de este delito en 2010, como a entidades del tercer sector dedicadas a la asistencia de víctimas de trata de seres humanos, después, a plantear la adecuación de la aprobación de una ley integral que abordase esta realidad². Esto desde el convencimiento de que para hacer efectiva dicha aproximación victimocéntrica no bastaba con la introducción del delito de trata en el Código Penal, sino que debía incidirse en el establecimiento de medidas de prevención y en el diseño de un estatuto jurídico protector integral de las víctimas de este fenómeno insuficientemente articulado en las normas que establecían un incipiente estatuto jurídico victimal a la sazón vigentes.

Tales demandas, unidas al hecho de que la atención preferente a la trata de seres humanos en España se ha centrado en la que tiene por finalidad la explotación sexual de las personas traficadas, ha provocado que la necesidad de aprobar una ley integral contra esta realidad resurgiese en el marco de la aprobación del Pacto de Estado contra la violencia de género de diciembre de 2017. En su virtud, se debe impulsar una ley de lucha integral y multidisciplinar contra la trata con fines de explotación sexual que establezca mecanismos adecuados para la prevención, refuerce la persecución de oficio del delito, promueva la eliminación de la publicidad de contenido sexual y ponga en marcha servicios y programas de protección social y recuperación integral de las víctimas.

Precisamente en cumplimiento de la obligación que se ha autoimpuesto el Estado español durante el período de ejecución de dicho Pacto, que cubre el quinquenio 2018-2022, se explica que haya habido dos tentativas por parte del ejecutivo de producir un texto normativo sobre el particular. La primera, ya de 2018, no pasó de borrador; es el Borrador de Proyecto de Ley Integral contra la Trata de Seres Humanos y en particular con Fines de Explotación Sexual, impulsado desde la entonces Vicepresidencia del Gobierno del Partido socialista. Este texto, pese a tener un nombre que pretendía transmitir que abordaba este fenómeno en su globalidad, se centró, con claras deficiencias técnicas, en brindar un estatuto jurídico preferentemente a las víctimas

² Al respecto, *vid.* VILLACAMPA ESTIARTE, C., «¿Es necesaria una ley integral contra la trata de seres humanos?», *Revista General de Derecho Penal*, vol. 33, 2020, pp. 2-4.

de trata para explotación sexual³. La segunda de estas tentativas viene de manos del Proyecto de Ley Orgánica de Garantía de la Libertad Sexual, impulsado por el Ministerio de Igualdad, en manos de Unidas Podemos, cuyo segundo borrador fue finalmente aprobado como proyecto por el Gobierno el pasado 6 de julio de 2021 tras una tortuosa andadura de más de un año y que se encuentra actualmente en tramitación parlamentaria. El mismo incluye entre las violencias sexuales a que se refiere su artículo 3 la trata con fines de explotación sexual y, por tanto, plantea vertebrar un sistema de protección integral exclusivo para víctimas de esta forma de trata excluyendo abiertamente a las restantes. Aun cuando el impulso de esta segunda iniciativa normativa pudiera hacer pensar que el actual ejecutivo ha abandonado la idea de aprobar una ley integral en materia de trata, al diluir el estatuto protector de estas víctimas en el propio de las que lo son de violencias sexuales, algunas declaraciones de ministras y exministras del actual Gobierno de coalición parecen desmentir esta primera impresión. De un lado, la Ministra de Igualdad anunció en la propia página web del Ministerio el 18 de marzo de 2021 que la Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género había iniciado los trabajos para la elaboración de una ley integral contra la trata, acerca de cuyo contenido poco ha trascendido a los medios de comunicación, aun cuando se ha abierto una consulta previa a la elaboración de este proyecto normativo. De otro, declaraciones efectuadas durante este mismo 2021 de quien fuera Vicepresidenta del Gobierno⁴ apuntan a que el Partido Socialista está preparado para traer a este país una legislación contra la trata con fines de explotación sexual y la prostitución.

Siendo este el estado de la situación, analicemos brevemente en qué se ha avanzado y qué queda todavía por hacer en materia de trata de seres humanos en nuestro país desde que se incluyera el delito en 2010 y surgieran las primeras voces apelando a la conveniencia de diseñar una ley integral en la materia. Tal ejercicio puede permitirnos desentrañar si todavía se precisa recurrir a un instrumento jurídico de estas características y, de ser así, incluso apuntar qué elementos esenciales podría contener.

³ Vid. VILLACAMPA ESTIARTE, C., *Revista General de Derecho Penal*, vol. 33, 2020, pp. 14 ss.

⁴ En este sentido, vid. ÁLVAREZ, P., «Carmen Calvo pide ayuda a los partidos para aprobar una ley contra la prostitución», *El País*, 21 de marzo de 2021. Disponible en: <https://elpais.com/sociedad/2021-03-21/carmen-calvo-pide-apoyo-a-los-partidos-para-aprobar-una-ley-contra-la-prostitucion.html>.

II. BALANCE SOBRE LOS CAMBIOS PRODUCIDOS A 10 AÑOS DE TIPIFICACIÓN DEL DELITO DE TRATA DE SERES HUMANOS

1. En materia de incriminación de conductas

El artículo 177 bis CP se vio afectado por la reforma de 2015 que introdujo modificaciones en el precepto que permiten afirmar que España cumplió bastante diligentemente con la P de persecución de la política 3P, pero que constituyó una ocasión desaprovechada para sancionar adecuadamente conductas que deberían tener una respuesta penal de la que actualmente carecen. Así, se ampliaron tanto las conductas típicas como los medios comisivos del delito, permitiéndose con ello sancionar la compraventa, alquiler y permuta de las víctimas, y se tipificaron nuevas formas de explotación que permiten subsumir en el tipo los casos de trata para criminalidad forzada y para matrimonio forzado. Además, se incluyó el delito de trata entre aquellos que pueden dar lugar al comiso ampliado, con el consiguiente efecto confiscatorio de ganancias que el acuerdo de tal consecuencia accesoria puede tener, también en términos de permitir hacer efectiva la reparación económica a las víctimas. Entre los desaciertos, cabe mencionar que se siga mentando al territorio español en la descripción de la conducta, que se haya mantenido sin modificar la regla concursal *ad hoc* en relación con el delito del tráfico ilícito de migrantes o que la cláusula de no punición del artículo 177 bis.11 CP continúe conteniendo un requerimiento de proporcionalidad estricto, impropio de exenciones de responsabilidad penal basadas en la inexigibilidad de conducta adecuada a la norma, y no se contemple como principio de no procesamiento.

Sin embargo, más allá de que quedan supuestos de explotación sexual forzada de adultos todavía no incriminados –su empleo forzado en la elaboración de material pornográfico o su intervención forzada en espectáculos de este tipo– esta reforma ha constituido una oportunidad desaprovechada para incriminar de una vez por todas la efectiva esclavización de las personas o su sometimiento a situaciones de trabajo forzoso. Esta constituye, en efecto, una demanda que la academia, a la que se ha sumado la Fiscalía General del Estado, lleva ya años formulando, desde el mismo día de la inclusión de delito de trata en el Código penal español⁵.

⁵ Al respecto, inmediatamente tras la incriminación del delito de trata, *vid.* VILLACAMPA ESTIARTE, C., 2011, pp. 477 ss.; VILLACAMPA ESTIARTE, C., «La moderna esclavitud y su relevancia jurídico-penal», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, vol. 10, 2013, pp. 330 ss.; VILLACAMPA ESTIARTE, C., «Víctimas de la trata de seres humanos: su tutela a la Luz de las últimas reformas penales sustantivas y procesales proyectadas», *InDret*, vol. 2, 2014, pp. 7-17; POMARES CINTAS, E., *El Derecho penal ante la*

2. En materia de protección de las víctimas

Aunque España ha sido menos diligente en el cumplimiento del paradigma víctimocéntrico que se impone en normativa internacional en el ámbito de la protección, también se ha evolucionado de manera relevante en la consecución de esta segunda P desde la incriminación del delito de trata. Pese a ello, los instrumentos de protección de las víctimas de trata han estado invariablemente vinculados a la visión trafiquista de esta realidad, a su consideración como fenómeno que afecta fundamentalmente a extranjeros ilegales y que implica movimientos geográficos transnacionales, que no agotan el universo de los supuestos de trata, pero que han conducido a que algunos de los mecanismos jurídicos de protección de estas víctimas, más allá de los que tienen que ver con su situación de estancia irregular, se contemplen únicamente en la legislación de extranjería y pensando en víctimas extranjeras, lo que debería dejar de ser así. Tal sucede con cuestiones como la identificación de las víctimas o las relacionadas con la asistencia victimal, lo que conduce a la invisibilización de víctimas que no entran en el estereotipo del migrante ilegal⁶. Apenas se aborda normativamente la identificación de las víctimas que no están en situación irregular en España, atribuyéndose esta tarea en exclusiva a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, con la consiguiente merma en dicha función al no preverse la intervención de agentes capitales en la detección de estas situaciones. Tampoco se prevé normativamente, más allá de una lacónica referencia en un precepto de la Ley Orgánica 4/2000, de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España (en adelante, LOEX), cuál es el papel que desempeñan y en qué condiciones las entidades del tercer sector especializadas en la asistencia a víctimas de trata.

En relación con los mecanismos de protección aplicables a las víctimas de trata extranjeras, normativamente cabe que se les reconozca la condición de refugiadas o incluso la protección internacional subsidiaria. Sin embargo, la realidad nos indica que estas víctimas raramente se benefician de ninguno de estos reconocimientos, lo que ha conducido incluso a demandar que en aquellos

explotación laboral y otras formas de violencia en el trabajo, Valencia (Tirant lo Blanch), 2013, pp. 138 ss. Posteriormente, además de estas autoras en obras ulteriores, *vid.* entre otros, PÉREZ ALONSO, E., «Tratamiento jurídico-penal de las formas complementarias de esclavitud», en Pérez Alonso, E. (Dir.), *El Derecho ante las formas complementarias de esclavitud*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2017, pp. 333 ss.; MAQUEDA ABREU, M. L., «Trata y esclavitud no son lo mismo, pero ¿qué son?», Suárez López, J. M. *et al.* (Coords.), *Estudios Jurídicos Penales y Criminológicos. En homenaje al Prof. Dr. H. C. Mult. Lorenzo Morillas Cueva*, Madrid (Dykinson), 2018, pp. 1251 ss.

⁶ *Vid.* VILLACAMPA ESTIARTE, C. y TORRES ROSELL, N., «Mujeres víctimas de trata en prisión en España», *Revista de Derecho penal y criminología*, vol. 8, 2012, pp. 449 ss.

casos en que la persecución tenga un fundamento discriminatorio por razones de género se invierta la carga de la prueba, debiendo ser la administración la que demuestre que no concurren los presupuestos para reconocer cualquiera de los dos estatutos protectores referidos a las víctimas de trata⁷.

Con la atención puesta en las víctimas extranjeras, la LOEX prevé el reconocimiento de un período de restablecimiento y reflexión de 90 días prorrogable, en que la víctima decide si quiere colaborar con las autoridades en la investigación del delito y el procedimiento penal. La experiencia muestra como existen impedimentos aplicativos a su aplicación –como la ligereza de algunos tribunales a la hora de interpretar que concurren motivos para su denegación o revocación–, que escasas víctimas se acogen al mismo y que no se ofrece a las que residen legalmente en territorio español o son nacionales. Además, aunque formalmente su acuerdo no está condicionado a la colaboración con la Administración de justicia, materialmente se acostumbra a conceder como contraprestación a dicha colaboración. Con una lógica contraprestacional semejante se interpreta la regulación que la LOEX y su reglamento efectúan del permiso de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales de hasta cinco años que puede concederse a las víctimas de trata. Dicho permiso puede concederse tanto por razones humanitarias como por colaboración con la administración; sin embargo, cuando el motivo alegado son las razones humanitarias, se viene exigiendo por parte de los tribunales que concurren los mismos requisitos que se precisan para otorgar protección internacional subsidiaria.

En lo que a protección procesal de las víctimas de trata se refiere, la regulación ha evolucionado sustancialmente desde la inclusión de este delito en el Código Penal. Ya en aquel momento cabía aplicar las medidas de protección previstas para la protección de testigos en la todavía vigente Ley 19/1994, de Protección de Testigos y Peritos en Causas Criminales. Junto a esta, podían adoptarse medidas cautelares para proteger a estas víctimas –que recibieron un claro espaldarazo en la reforma penal de 2015 al incluirse el delito de trata entre los que enumera el artículo 57 CP que permiten el acuerdo de prohibiciones de residencia, comunicación y aproximación del artículo 544 bis Ley de Enjuiciamiento Criminal–. Finalmente, la posibilidad de adoptar mecanismos que evitasen la confrontación visual víctima-victimario o tendentes a anticipar e incluso preconstituir en instrucción la prueba testifical de la víctima resultaban ya aplicables en 2011, de manera que la práctica de la prueba testifical preconstituida ha sido común en los procesos penales por este delito.

⁷ Vid. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Guía de criterios de actuación judicial frente a la trata de seres humanos*, Madrid, 2018, pp. 318 ss.

En el ámbito de la protección procesal victimal, el hito normativo más trascendente ha sido la aprobación de la Ley 4/2015, del Estatuto de la Víctima del Delito, que además de suponer la transposición de la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, debería haber supuesto también la del espíritu que la informa, superador de una aproximación sectorializada a los derechos victimales en función del delito padecido y reconocedora de un estatuto básico protector aplicable a la víctima de cualquier delito. Esta norma transversal y que, por tanto, establece también el estatuto protector de las víctimas de trata, contempla una regulación pormenorizada de los derechos a la información, participación y protección de las víctimas, si bien aborda solo parcialmente el de asistencia y no incide en el reconocimiento de su derecho a la reparación y compensación. En lo que a protección se refiere, es muy probable que las de trata de seres humanos acaben siendo consideradas víctimas con necesidades especiales de protección tras la realización de la correspondiente evaluación individual, con lo que pueden aplicarse a las mismas todas las medidas reforzadas de tutela –que junto a las contempladas en los artículos 20, 21, 22, incluirían las del artículo 25 del estatuto, además de las del artículo 26 si son menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección– que prevé el estatuto. En lo que al derecho de participación se refiere, además de las prerrogativas que contempla esta norma, las víctimas de este tienen reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita sin necesidad de demostrar que carecen de recursos para litigar.

III. ¿HEMOS EVOLUCIONADO EN LA APROXIMACIÓN INSTITUCIONAL A LA TRATA DE SERES HUMANOS?

Junto a los déficits normativos en proceso de subsanación, parte de la desprotección de estas víctimas se explica también por el abordaje institucional de este fenómeno en España. En lo que se refiere a la forma en que los poderes públicos se han aproximado a esta realidad, la atención de la clase política y las administraciones en general ha estado siempre centrada en la que tiene por finalidad la explotación sexual. En el plano político, la identificación inducida desde posiciones abolicionistas entre la trata de seres humanos y la prostitución ha sido el discurso que ha calado en la clase política y que ha producido que la atención se haya circunscrito a una sola de sus múltiples manifestaciones, la trata para explotación sexual, cuando se han articulado

medidas aplicativas. Esto ha provocado la invisibilización de otras formas de trata, como se ha denunciado⁸. En particular, de la que persigue la explotación laboral de los traficados, la más cuantiosa según el último informe sobre esclavitud contemporánea de la OIT⁹ o de la trata para explotación criminal, entre otras posibles manifestaciones del fenómeno.

La identificación entre trata y prostitución propiciada por el discurso abolicionista ha constituido una constante en el diseño de políticas públicas para afrontar esta realidad en España, ya incluso antes de que el delito de trata se incriminase, pero que se ha mantenido prácticamente invariable desde entonces. Baste atender al tenor del II Plan Integral de Lucha contra la Trata de Mujeres y Niñas con Fines de Explotación Sexual 2015-2018, todavía vigente, o a la ausencia de un plan nacional contra el trabajo forzoso, pese a que se habían comenzado las labores de redacción del mismo en el seno del Ministerio de Trabajo y que España viene obligada a aprobarlo desde que entrase en vigor en septiembre de 2017 el Protocolo OIT de 2014 relativo al Convenio sobre Trabajo Forzoso de 1930.

Tal orientación política instrumental a la lucha y visibilización casi exclusiva en relación con la trata de seres humanos para explotación sexual se evidencia también en datos oficiales, tanto los balances estadísticos policiales sobre víctimas de trata del Centro de Inteligencia contra el Terrorismo y el Crimen Organizado¹⁰, como en los de diligencias de seguimiento de la Fiscalía de Extranjería¹¹, como finalmente en los datos judiciales sobre esta realidad¹². Todos ellos muestran una sobre representación de las víctimas de trata para explotación sexual en España superior al porcentaje de otros países

⁸ Alertan sobre ese sesgo en las políticas públicas para la lucha contra la trata, con la consiguiente invisibilización de las víctimas de otras formas de trata, por orden cronológico, entre otros trabajos, VILLACAMPA ESTIARTE, C., 2011, pp. 540 ss.; DEFENSOR DEL PUEBLO, *La trata de seres humanos en España. Víctimas invisibles*, Madrid, 2012, pp. 55 ss.; VILLACAMPA ESTIARTE, C., *InDret*, vol. 2, 2014, pp. 23 ss.; VILLACAMPA ESTIARTE, C. y TORRES ROSELL. N., «Trata de seres humanos para explotación criminal: ausencia de identificación de las víctimas y sus efectos», *Estudios Penales y Criminológicos*, 2016, pp. 771 ss., en especial pp. 782 ss.; RODRÍGUEZ-LOPEZ, S., «The Invisibility of Labour Trafficking in Spain. A Critical Analysis of Cases and Policies», *REIC*, vol. 18 (2), 2020, pp. 13, 20 y 21.

⁹ De conformidad con la OIT, *Global Estimates of Modern Slavery: forced labour and forced marriage*, Geneva, 2017, p. 5, de los 40 millones de personas en el mundo sometidas a una situación de esclavitud, 25 lo son a trabajo forzoso, de ellas, 16 millones a explotación laboral forzosa frente a 4,8 sometidas a explotación sexual forzosa.

¹⁰ Vid. CITCO, *Trata de seres humanos. Balance estadístico 2013-2017*, Madrid, 2018, pp. 4 ss.; CITCO, *Trata de seres humanos. Balance estadístico 2014-2018*, Madrid, 2019, pp. 4 ss.; CITCO, *Trata de seres humanos. Balance estadístico 2015-2019*, Madrid, 2020, pp. 5 ss.; CITCO, *Trata de seres humanos. Balance estadístico 2016-2020*, Madrid, 2021, pp. 6 ss.

¹¹ Vid. FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Memoria presentada al Gobierno*, Madrid, 2019, pp. 1239 ss.

¹² Al respecto, vid. SALAT PAISAL, M., «Análisis descriptivo de sentencias sobre trata de personas: Un estudio de casos judiciales entre 2011 y 2019», *REIC*, vol. 18, 2020, pp. 16-17 y 22-23.

Europeos, evidenciando el silenciamiento en nuestro país de procesos conducentes a formas de esclavización distintas de la sexual que debería superarse. A modo de ejemplo, el CITCO ha identificado entre 2013 y 2019 un total de 1.877 víctimas de trata, de las cuales 1.275 (el 67%) están destinadas a la explotación sexual, siendo que hasta 2.018 el 74% de las identificadas eran víctimas de trata sexual. Según los más recientes datos de la Fiscalía de Extranjería, de las 117 diligencias de seguimiento por este delito abiertas en 2020, el 75% lo fue por trata sexual, frente a un 19% por trata laboral¹³.

IV. REFLEXIONES CONCLUSIVAS

Respecto a si resulta todavía necesaria una ley integral contra la trata para abordar convenientemente este proceso de victimización y qué contenidos debería tener, resulta complejo ofrecer una respuesta suficientemente fundamentada en estas páginas. En los precedentes párrafos se han identificado los déficits de que adolece la situación normativa actual española en punto a conseguir la efectiva implementación de una aproximación holística al fenómeno de la trata. Esto ha permitido evidenciar que, junto a la prevención y la necesidad de efectuar determinados ajustes en el campo de la incriminación, continúan siendo el de la protección a las víctimas y el de la necesaria reorientación de la actuación institucional a manifestaciones de la trata distintas de la sexual los campos en los que resulta más necesario incidir normativa y operativamente.

Pese a haberse constatado que es esa la situación, atendiendo a que las víctimas de cualquier delito tienen reconocidos en nuestro ordenamiento jurídico, y no poco desarrollados normativamente, los derechos a la información, a la participación, a la asistencia en parte y a la protección procesal de las víctimas en la Ley del Estatuto de la Víctima del Delito, cualquier regulación en materia de trata de seres humanos que se adopte no puede olvidar la existencia del referido estatuto jurídico general, máxime cuando parece que el estatuto de la víctima que contiene se ha acabado volcando en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020 y parece previsible que acabe integrado en la futura ley procesal penal española por antonomasia. Es más, sería deseable que dicho estatuto jurídico general culminase su despliegue normativo transversal reconociendo el que debería ser básico para toda víctima del delito. Esto implica que debería regularse de una vez por todas el derecho a la asistencia también cuando es prestada a través de entidades que no

¹³ Vid. FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Memoria presentada al Gobierno*, Madrid, 2021, pp. 839 ss.

sean las oficinas de asistencia a la víctima, efectuando las correspondientes modificaciones de la Ley 4/2015 y su normativa de desarrollo, así como reconocerse y desarrollarse normativamente el derecho a la reparación y compensación, el derecho victimal básico más faltado de regulación. Hecho esto, nada empecería a que determinados grupos de víctimas, entre ellos las de trata de seres humanos, tuviesen reconocidas una serie de especialidades en relación con el estatuto jurídico general, pero no completamente al margen de lo que de dicho estatuto se colija.

Un modo distinto de proceder, articulando estatutos normativos *ad hoc* –léase, leyes integrales protectoras– para los sucesivos procesos de victimización que vayan identificándose, además de resultar asistemático, entraña riesgos. Así el tratamiento desigual injustificado de determinados grupos de víctimas y el de dilución de su estatuto jurídico protector por hallarse disperso en distintas normas jurídicas orientadas a la protección victimal. Junto a esto, debe advertirse que los procesos legislativos iniciados por inferencia, orientados a resolver puntuales cuestiones de orden jurídico que aparecen en la práctica –en este caso, procesos específicos de victimización– al margen de lo establecido en normas reguladoras de instituciones jurídicas que vertebran categorías más generales comporta el peligro de que pueda acabarse revirtiendo el proceso mismo de codificación.

El mantenimiento de la coherencia sistemática en aras a conseguir la estandarización y la diversidad justificada en el tratamiento normativo victimal no parece que constituyesen objetivos del Borrador del Proyecto de Ley Integral contra la Trata de Seres Humanos y en Particular con Fines de Explotación Sexual de 2018 ni del Proyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual de 2021. Dichas propuestas normativas, además de crear un sistema de tutela específico para víctimas de la trata de seres humanos –para explotación sexual–, por un lado, y para víctimas de violencias sexuales, por otro, plantean dificultades de conciliación con el estatuto general protector de las víctimas de delitos, abundan incluso más en el escoramiento endémico de las políticas públicas emprendidas en España hacia la trata para explotación sexual y dejan sin resolver gran parte de los déficits identificados por la doctrina para ofrecer una adecuada respuesta jurídica global a esta realidad antes mencionados.

En concreto, además de contemplar un estatuto protector que tanto normativa como institucionalmente sigue estando centrado –en exclusiva en el segundo documento– en las víctimas de trata sexual, plantean modificaciones sustantivo penales claramente discutibles. Ni el Borrador de 2018 ni el Proyecto de 2021 incriminan el delito de esclavitud, servidumbre y trabajo forzoso, como

hace años se viene reclamando tanto desde la academia como desde la Fiscalía de Extranjería. Tampoco plantean la modificación del principio de no punición o no penalización previéndolo también como causa de no procesamiento que añadir a su ya existente previsión como causa de no punición, ni en este segundo caso contemplan que se relaje la exigencia de proporcionalidad entre el delito cometido por la víctima y la situación de trata experimentada que contiene el actual artículo 177 bis.11 CP. Tampoco sancionan conductas de explotación sexual de adultos que actualmente no se hallan incriminadas. Se limitan a sancionar determinadas conductas relacionadas con la explotación sexual en el marco de la prostitución siguiendo una lógica claramente abolicionista. La asunción de dicho modelo en su versión nórdica o sueca resulta evidente en el Borrador de 2018, en que se proponía la incriminación *in totum* del proxenetismo no coactivo en el artículo 187 CP, la sanción de la conducta consistente en facilitar bienes muebles, inmuebles, instrumentos o medios de transporte para la comisión de delitos de prostitución y explotación sexual en un nuevo artículo 187 bis CP y se sugería la incriminación de la compra de servicios sexuales de adultos y de menores a través del nuevo artículo 187 ter CP.

Un planteamiento claramente abolicionista aun sin llegar a adoptar el modelo sueco asume también el Proyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual de 2021. Esta norma propone incrementar la sanción de la determinación a la prostitución coactiva en el artículo 187. 1 CP, introduce una interpretación auténtica del término «explotación» en el delito de proxenetismo no coactivo que la identifica con el «aprovechamiento de una relación de dependencia o subordinación», introduce un tipo cualificado de proxenetismo cuando la determinación a la prostitución se haya realizado empleando los medios comisivos del artículo 187.1 CP. Además, incrimina la tercería locativa mediante la introducción de un nuevo artículo 187 bis CP, aunque de manera más restringida que el Borrador de 2018, al limitar la conducta al destino de inmueble, local o establecimiento, abierto o no al público, a esta finalidad, siempre que concorra ánimo de lucro y se haga de manera habitual. Pese a que el Proyecto no llega tan lejos como el Borrador de 2018, en el sentido de sancionar en todo caso la compra de servicios sexuales, se han levantado ya contra el mismo las voces de algunas organizaciones que representan a trabajadoras sexuales denunciando que acabarán siendo criminalizadas por esta norma vía delito de tercería locativa.

En atención a lo indicado, de plantearse la conveniencia de incidir en la aprobación de una ley integral en materia de trata, como parece planea el actual Gobierno, no resulta deseable que se haga a imagen y semejanza de los referidos Borrador de 2018 o Proyecto de Ley Orgánica de 2021. A partir de

esa negativa, la construcción en positivo de una alternativa normativa que constituya el modo óptimo de abordar este complejo fenómeno requiere de una reflexión sosegada. De momento, quizá pueda apuntarse que al margen de la necesidad de atenerse al régimen general en punto al reconocimiento del estatuto jurídico victimal –integrado sobre todo por los derechos a la información, participación, protección, asistencia y reparación–, con eventual previsión de alguna especialidad para quienes sufren procesos de trata –también a través de protocolos protectores–, únicamente la regulación de cuestiones como la prevención de este tipo de victimización, la formación de los profesionales, la identificación de las víctimas y la previsión de una estructura institucional que diseñe políticas públicas para abordarla y chequee su aplicación justificarían las correspondientes normas específicas. Sin embargo, que dichas cuestiones precisen de desarrollo normativo no comporta necesariamente que el mismo deba adoptarse en forma de ley integral.

BLOQUE IV

GARANTÍAS Y PROCESO

LA LIBERTAD CONDICIONAL Y SU ORIENTACIÓN PREVENTIVA*

JOSÉ CID MOLINÉ**

I. INTRODUCCIÓN

La profesora Mirentxu Corcoy ha reafirmado recientemente su compromiso con una concepción preventiva del derecho penal, que también debe abarcar a la ejecución de las penas, pues como dice la autora «... es necesario asegurar la ejecución efectiva de las penas y que su cumplimiento esté orientado a la reinserción»¹. Mi propósito en este artículo, homenaje a nuestra querida compañera, es justificar una reforma de la libertad condicional que pueda satisfacer en mejor medida que en la actualidad este objetivo preventivo.

La libertad condicional –esto es: el cumplimiento de la última parte de la condena de prisión en libertad bajo supervisión– es una institución que en la política criminal europea cuenta con un amplio respaldo en atención a las bondades que se le atribuyen. En este sentido, el artículo 4.a de la Recomendación del Consejo de Europa sobre libertad condicional, Rec 2003 (22), establece: «Para reducir

* Una versión más amplia de este trabajo puede encontrarse en «La libertad condicional. ¿Está en Europa la solución?», *Indret*, núm. 4, 2021, pp. 280-308. Este trabajo se ha realizado en el marco del proyecto «Familia: desistimiento y reincidencia» financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades (Referencia: RTI2018-097085-B-I00). Se continúa una línea de investigación en defensa de un modelo mixto de libertad condicional que tiene su origen en trabajos conjuntos con Beatriz Tébar.

** Catedrático de Derecho Penal. Universidad Autónoma de Barcelona.

¹ CORCOY, M., «Prevención limitada vs. Neo-retribucionismo», en Silva, J.; Queralt, J.; Corcoy, M., y Castiñeira, M. T. (coords.), *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, Buenos Aires (B de F), 2017, p. 297.

los efectos dañinos del encarcelamiento y promover la reinserción de los presos bajo condiciones que garanticen la seguridad de la comunidad, la ley debe poner la libertad condicional al alcance de todos los condenados, inclusive los condenados a cadena perpetua».

España realiza, en clave comparativa europea, un uso reducido de la libertad condicional y, por tanto, parece que no se estarían aprovechando al máximo las potencialidades de esta institución. En el trabajo se procede a revisar los modelos de libertad condicional que encontramos en el panorama penológico europeo y se justifica la adopción de un modelo mixto de libertad condicional que pueda satisfacer mejor sus finalidades preventivas.

II. POTENCIALIDADES DE LA LIBERTAD CONDICIONAL

Aun cuando la discusión sobre la libertad condicional puede hacerse desde diversas doctrinas de justificación del castigo, que darán lugar a una configuración distinta de esta institución², tanto en las Recomendaciones europeas³, como también en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)⁴, parece dominante un encaje de esta institución en un marco de humanización del sistema penal –que exige una reducción del uso del encarcelamiento– y, por otra parte, en un modelo punitivo rehabilitador, que requiere orientar el castigo a la rehabilitación y reinserción del condenado en la comunidad. Es en este marco de humanización del sistema penal y de acogimiento de los postulados del modelo rehabilitador, en el que se plantean las potencialidades de la libertad condicional para alcanzar estos objetivos, que paso a comentar a continuación.

1. Reducción del encarcelamiento

La recomendación del Consejo de Europa sobre masificación e inflación penitenciaria [R (1999), 22] establece en su artículo 11 que los estados miembros: «... deben hacer esfuerzos para reducir el recurso a penas de larga duración, que suponen una carga muy importante para el sistema penitenciario y sustituir penas cortas de prisión por penas alternativas...».

² TÉBAR, B., *El modelo español de libertad condicional*, Pamplona (Aranzadi), 2006, pp. 67 ss.

³ Véase artículo 6, Rec (2006) 2, Reglas Penitenciarias Europeas.

⁴ Véase *Caso Vinter et al. v. Reino Unido* (9 julio 2013).

La institución de la libertad condicional puede permitir alcanzar este objetivo, pues supone que la última parte de la condena se cumple en situación de libertad, pero con supervisión. El grado en que se alcance este objetivo depende de dos factores: del momento de condena en que se consiga la libertad condicional y del porcentaje de personas condenadas que accedan a ella. Por lo que hace al momento en que se puede alcanzar la libertad condicional, la regulación más frecuente es a la 1/2 de la condena, siendo bastante excepcional el caso de España en que la modalidad ordinaria de libertad condicional se establece a los 3/4 de la condena⁵. Por otra parte, también existe amplia variedad en el porcentaje de personas que alcanzan la libertad condicional y, en general, como veremos más adelante, puede decirse que en los países con sistemas automáticos aplican más la libertad condicional que aquellos con sistemas discrecionales.

2. Instrumento de rehabilitación

La libertad condicional es vista como una institución capaz de favorecer el proceso de rehabilitación de la persona condenada por dos razones: porque puede motivarla a hacer uso de los instrumentos de tratamiento ofrecidos por la institución penitenciaria y porque, una vez alcanzada, la supervisión puede ayudarla a que continúe con la confrontación de sus necesidades criminógenas y con la consolidación de la identidad convencional.

La investigación criminológica señala diversas vías que posibilitan la utilidad de la libertad condicional para la prevención de la reincidencia: cuando se usa como un estímulo a la participación en el tratamiento y la buena conducta en la institución⁶, con la continuidad entre la intervención rehabilitadora dentro y fuera de prisión⁷, en referencia a delincuentes de alto riesgo de reincidencia, al llevar a cabo programas de intervención intensiva, que aborden tanto las necesidades criminógenas individuales cuanto las necesidades de

⁵ DÜNKEL, F.; VAN ZYL SMIT, D., y PADFIELD, N., «Concluding thoughts», en Padfield, N.; Van Zyl Smit, D., y Düinkel, F., (coords.), *Release from prison. European policy and practice*, Cullompton (Willan), 2010, pp. 409 ss.

⁶ PETERSILIA, J., *When Prisoners come Home. Parole and Prisoner Reentry*, 2003, Oxford (Oxford University Press), p. 70; CROCHRAN, J.; MEARS, D.; BALES, W., y STEAWART, E., «Does inmate behaviour affect post-release offending? Investigating the misconduct-recidivism relationship among youth and adults», *Justice Quarterly*, (vol. 31, n. 6), 2014, p. 1065.

⁷ JONSON, C., y CULLEN, F., «Prisoner reentry programs», *Crime and Justice. An Annual Review of Research*, 44, 2015, pp. 517 ss.

inserción social (trabajo y vivienda, fundamentalmente)⁸ y, finalmente, al generar una alianza de trabajo entre los profesionales de la rehabilitación y los liberados condicionales⁹.

3. Instrumento de reinserción

La reinserción consiste en que la persona tras cumplir una pena de prisión no solo se haya rehabilitado, sino que además pueda ser miembro pleno de la comunidad, disfrutando con normalidad de los bienes sociales: alojamiento, trabajo o rentas sustitutivas, ciudadanía y vida familiar, por situar las dimensiones más importantes. La persecución de esta finalidad en el marco de la libertad condicional tiene una justificación doble: por una parte, como se ha destacado desde las teorías del desistimiento, esta vinculación social de la persona— en particular el trabajo y el vínculo familiar— es útil para conseguir la rehabilitación¹⁰. Pero, además, como bien indica la recomendación europea sobre libertad condicional, anteriormente citada, la reinserción debe compensar las barreras que el periodo de encarcelamiento pueda haber comportado a la persona (la estigmatización, la posible pérdida de empleo o la dificultad para acceder a él, el debilitamiento de las relaciones familiares o amicales, la posible pérdida de vivienda, la dificultad de conseguir la ciudadanía con personas extranjeras, entre otros).

La libertad condicional es un buen instrumento para la reinserción porque la obligatoriedad de la supervisión facilita la vinculación del condenado a los servicios públicos de reinserción¹¹. Además, en el marco de la libertad condicional, la comunidad, a través de las experiencias de mentoría, puede ayudar a la reintegración¹². Finalmente, la libertad condicional posibilita que

⁸ BRAGA, A.; PIEHL, A., y HUREAU, D., «Controlling violent offenders released to the community: An evaluation of the Boston reentry initiative», *Journal of Research in Crime and Delinquency*, vol. 46, núm. 4, 2009, pp. 411 ss.

⁹ DOWDEN, C., y ANDREWS, D., «The Importance of Staff Practice in Delivering Effective Correctional Treatment: A Meta-Analytic Review of Core Correctional Practice» *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, vol. 48, núm. 2, 2004, pp. 203 ss.

¹⁰ SAMPSON, R., y LAUB, J., *Crime in the making: Pathways and turning points through life*, Cambridge (Harvard University Press), 1993, p. 162.

¹¹ DÜNKEL, F., y WEBER, J., «(Early) release, probation and collateral consequences (directives) after release», en Dünkel, F.; Pruin, I.; Storgaard, A., y Weber, J. (coords.), *Prisoner resettlement in Europe*, Abingdon (Routledge), 2019, p. 420.

¹² LINDQUIST, C.; LATTIMORE, P.; WILLISON, J.; STEFFEY, D.; STAHL, M.; SCAGGS, S.; WELSH-LOVE-MAN, J., y EISENSTAT, J., *Cross-Site Evaluation of the Bureau of Justice Assistance FY 2011 Second Chance Act Adult Offender Reentry Demonstration Projects: Final Report*, 2018. <https://www.ojp.gov/pdffiles1/nij/grants/251703.pdf>.

la familia preste un apoyo social y estimule al condenado a trabajar por su rehabilitación y reintegración¹³.

III. LA APLICACIÓN DE LA LIBERTAD CONDICIONAL EN ESPAÑA

Para describir el uso que se hace en España de la libertad condicional tomaremos en cuenta tres indicadores: su aplicación desde la aprobación del Código penal de 1995, la finalización de la condena en libertad condicional y el tiempo de condena que cumplen en prisión los liberados condicionales.

1. Evolución en el uso de la libertad condicional

La figura 1 muestra la evolución de la concesión de la libertad condicional a partir de la aprobación del CP de 1995.

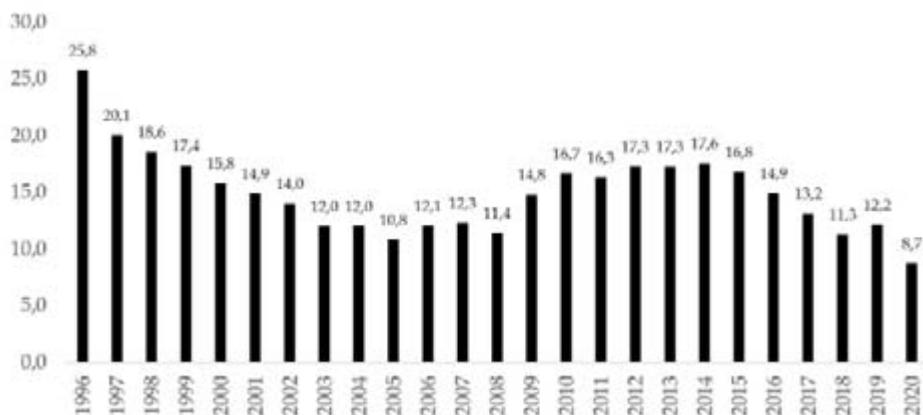


Figura 1. Evolución en el uso de la libertad en España (1996-2020).

Fuente: Secretaría General de Instituciones Penitenciarias (Administración General del Estado) y Secretaría General de Medidas Penales, Reinserción y Atención a la Víctima (Cataluña).

Nota: Se indica el porcentaje de libertades condicionales concedidas por año por cada 100 condenados cumpliendo condena de prisión. El dato de condenados se toma de la media de condenados cumpliendo prisión por año.

¹³ CID, J., y MARTÍ, J., «Imprisonment, social support and desistance: A theoretical approach to pathways of desistance and persistence for imprisoned men», *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, vol. 61, núm. 13, 2017, pp. 1433 ss.

La figura 1 muestra tres cosas: en primer lugar, indica que la aprobación del Código Penal de 1995 tuvo un efecto negativo en el uso de la libertad condicional. Este resultado se debió a la supresión de la redención de penas por el trabajo, que también computaba para determinar el periodo necesario para poder optar a la libertad condicional. El alargamiento de las condenas hacía que cada vez hubiera menos candidatos a la libertad condicional y que, por ello, sin que hubiera variación en la política de concesión, el número de condicionales disminuía. La administración penitenciaria cambió su política a partir del año 2008, atendiendo posiblemente a la masificación penitenciaria en un contexto de crisis económica¹⁴ y a las recomendaciones europeas de abordar el problema a través de la reducción de la duración del encarcelamiento¹⁵. Finalmente, a partir del año 2015, tal como ha denunciado mayoritariamente la doctrina penitenciaria española¹⁶ la reforma del Código Penal, debida a la LO 1/2015, de 30 de marzo, ha supuesto un mazazo para la aplicación de la libertad condicional, haciendo que su uso se reduzca en un 50 % en solo 5 años. Como es sabido, esta reforma ha realizado una profunda modificación de la libertad condicional haciendo que esta institución sea menos atractiva para los penados pues, por una parte, establece que el plazo de libertad condicional, que ahora se configura como suspensión del resto de la pena, tenga una duración mínima de 2 años, que puede exceder el tiempo que le quede por cumplir a la persona, y, por otra, ha prescrito que el tiempo que la persona esté en libertad condicional no compute como condena, por lo que, en caso de revocación, la persona deberá cumplir el tiempo de condena que hubiera sido suspendido. Como acertadamente señala Guisasola esta nueva regulación «...aconsejará(n) en muchos casos no solicitar la libertad condicional y permanecer en tercer grado hasta la completa extinción de la pena», que es justamente lo que parece haber sucedido en muchos casos¹⁷.

2. Finalización de la condena en libertad condicional

Se exponen a continuación los datos de la CCAA de Cataluña, de los que se dispone de la serie completa tras la aprobación del CP de 1995 y los rela-

¹⁴ BRANDARIZ, J. A., «La evolución del sistema penitenciario español, 1995-2014: transformaciones de la penalidad y modificación de la realidad», *Revista Crítica Penal y Poder*, núm. 9, 2014, p. 22 y PARES, R., en CID, J., y CONTRERAS, M., «Interview with Ramon Parés, former director of the Catalan Prison System», en Henderson Hurley, M., y Das, D. (coords.), *Trends in corrections: Interviews with corrections leaders around the world*, II, Boca Raton (CRC Press), 2014, pp. 77 ss.

¹⁵ Véase el informe del Comité para la Prevención de la Tortura, relativo a su visita a España en 2007 CPT/Inf (2011), 11.

¹⁶ CERVELLÓ, V., *Libertad condicional y sistema penitenciario*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2019, p. 76.

¹⁷ GUIASOLA, C., *La libertad condicional. Nuevo régimen jurídico conforme a la LO 1/2015, CP*. Valencia (Tirant lo Blanch), 2017, p. 69.

tivos a la Administración General del Estado, de los que solo se dispone de los últimos años.

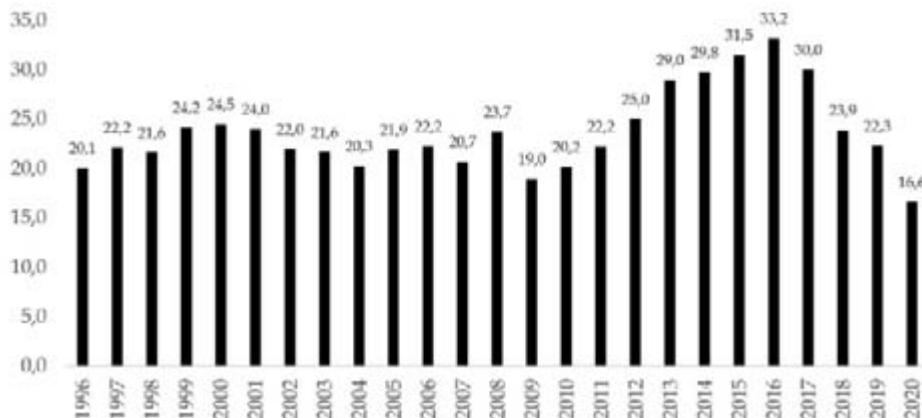


Figura 2. Finalización de condena en libertad condicional. Cataluña (1996-2020).

Fuente: Secretaría General de Medidas Penales, Reinserción y Atención a la Víctima (Cataluña) (Datos no publicados).

Nota: El dato se refiere al porcentaje de personas excarceladas por libertad condicional, respecto del total de personas excarceladas (por libertad condicional o por libertad definitiva).

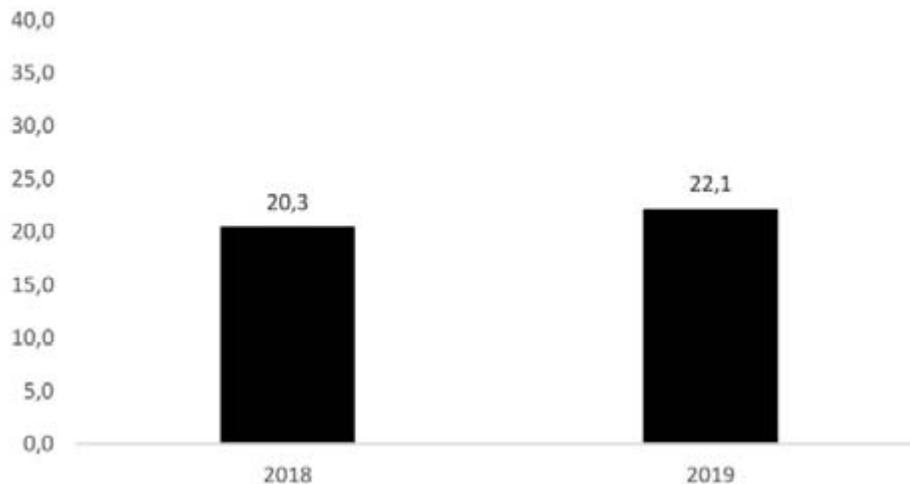


Figura 3. Finalización de condena en libertad condicional. Administración General del Estado (2018 y 2019).

Fuente: Space 1 (2019 y 2020).

Los datos expuestos nos confirman, en primer lugar, el cambio de política de las administraciones penitenciarias a partir de 2008, con un muy relevante aumento del uso de la concesión de la libertad condicional que, sin embargo, la reforma del CP del 2015 invierte totalmente, dejando las tasas de concesión de la libertad condicional en su peor nivel desde la aprobación del CP de 1995. En segundo lugar, se pone de manifiesto que en España la libertad condicional sigue siendo una institución con un uso minoritario y que ni siquiera en sus mejores momentos, previos al impacto de la reforma del CP de 2015, es la forma normal de reintegrarse a la comunidad.

3. Tiempo de condena cumplido por los liberados condicionales

En las figuras 4 y 5 se muestran los datos de la modalidad de concesión de la libertad condicional (a los 3/4 de condena, a los 2/3 o a la 1/2) de aquellos que la obtuvieron.

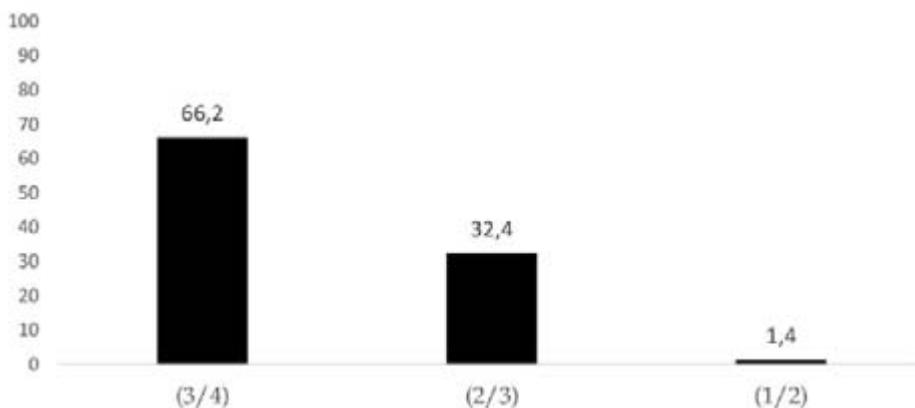


Figura 4. Modalidad de excarcelación de los liberados condicionales. Administración General del Estado (1996-2020).

Fuente: Secretaría General de Servicios Penitenciarios (datos no publicados).

Nota. No se incluyen las modalidades especiales de libertad condicional (humanitaria y para cumplimiento en otro país). No se dispone de los datos de los años 1998, 2009, 2010 y 2011. Se realiza la media del resto de años de la serie.



Figura 5. **Modalidad de excarcelación de los liberados condicionales. Cataluña (1996-2020)**

Fuente. Fuente: Secretaría General de Medidas Penales, Reinserción y Atención a la Víctima (Cataluña). (Datos 1996-2008 no publicados).

Nota. No se incluyen las modalidades especiales de libertad condicional (humanitaria y para cumplimiento en otro país)

Los datos nos muestran que las personas que obtienen la libertad condicional cumplen en su mayoría un mínimo de $3/4$ de condena en prisión y que solo una minoría se beneficia de las modalidades anticipadas a partir de los $2/3$ de condena o, excepcionalmente, del $1/2$.

IV. MODELOS DE LIBERTAD CONDICIONAL

En el panorama penológico europeo encontramos diversos sistemas de libertad condicional que, en cuanto a su concesión, pueden encuadrarse en dos categorías: modelos discrecionales y modelos automáticos. La Recomendación europea de libertad condicional, Rec (2003) 22, considera ambos admisibles (art. 5). Sin embargo, resulta importante definirlos y exponer sus ventajas e inconvenientes, pues, a mi juicio, alguno de los problemas que presenta la libertad condicional en España derivan de acoger un modelo discrecional.

1. Modelo discrecional

En un modelo discrecional la concesión o denegación de la libertad condicional depende de un juicio de pronóstico sobre la capacidad de la persona de llevar una vida en libertad sin delitos. En esta valoración necesariamente

habrá un margen amplio de apreciación, tanto en los factores que se toman en cuenta para fundamental la decisión, como en el nivel de riesgo que se acepta para establecer un pronóstico positivo. España, al igual que otros países europeos, como Alemania y Austria, tiene un modelo discrecional¹⁸, pues no solo el artículo 90 del CP exige realizar una valoración de las probabilidades de reincidencia del condenado, sino que, además, la libertad condicional requiere la previa concesión del tercer grado, que también se fundamenta en un pronóstico de capacidad de vivir en semilibertad con respeto a la ley (art. 102, 4 Reglamento Penitenciario).

El modelo discrecional tiene ventajas pues estimula a la persona a acoger las oportunidades que el sistema le ofrece para abordar sus necesidades criminógenas, incrementa la buena conducta y favorece el surgimiento de narrativas desistentes. Además, se trata de un modelo que estaría bien valorado por los profesionales de tratamiento que trabajan en el sistema penitenciario¹⁹. Sin embargo, este modelo discrecional también tiene inconvenientes. En primer lugar, genera una cierta inseguridad sobre si y cuándo se producirá la liberación condicional. El segundo inconveniente de los modelos discrecionales es la baja tasa de concesión de la libertad condicional. Un análisis de los países europeos con sistemas de libertad condicional discrecional nos indica que sus tasas de concesión son semejantes a las españolas²⁰.

Esta baja tasa de concesión no solo limita el objetivo humanizador de reducir la duración del encarcelamiento, sino que también afecta a sus otras potencialidades. Si, como antes hemos dicho, la libertad condicional es una institución con capacidad de favorecer la rehabilitación y la reinserción, la exclusión de un porcentaje tan alto de personas de su disfrute debe tener consecuencias negativas, incrementando la reincidencia y haciendo más difícil la

¹⁸ Si bien en estos países se han establecido límites a la discrecionalidad de las autoridades judiciales para que deban basar su decisión en criterios de prevención especial. Véase: BRUCKMÜLLER, K., «Prisoner resettlement in Austria: a supportive approach», en Dünkel, F.; Pruin, I.; Storgaard, A., y Weber, J., (coords.), *Prisoner resettlement in Europe*, Abingdon (Routledge), 2019, p. 22; DÜNKEL, F. y PRUIN, I., (2010), «Germany», en Padfield, N.; van Zyl Smit, D., y Dünkel, F. (coords.), *Release from prison. European policy and practice*, Cullompton (Willan), 2010, p. 189.

¹⁹ IBÁÑEZ, A., «Progresar hacia el régimen abierto: la visión de los profesionales», *Revista Española de Investigación Criminológica*, núm. 17, 2019, p. 10.

²⁰ Tasas de concesión sobre el 30% se señalan en Austria, Alemania y Francia. Véase: BRUCKMÜLLER, K. y HOFINGER, V., «Austria», en Padfield, N.; van Zyl Smit, D., y Dünkel, F. (coords.), *Release from prison. European policy and practice*, Cullompton (Willan), 2010, p. 62 ss.; PRUIN, I., «Prisoner resettlement in Germany. Regional disparities of the constitutional aim of social reintegration», en Dünkel, F.; Pruin, I.; Storgaard, A., y Weber, J. (coords.), *Prisoner resettlement in Europe*, Abingdon (Routledge), 2019, pp. 150 ss. HERZOG-EVANS, M., «Managerialism, “get off your boots” and the facto not-for-profit privatization in prisoner resettlement in France», en Dünkel, F.; Pruin, I.; Storgaard, A., y Weber, J. (coords.), *Prisoner resettlement in Europe*, Abingdon (Routledge), 2019, pp. 150.

reintegración social después de haber cumplido una pena de prisión. Es cierto que las personas con peor pronóstico tendrán más probabilidades de fracasar en la libertad condicional, pero la cuestión importante es si este riesgo disminuye con la supervisión y ayuda que se pueda prestar en el período de libertad condicional respecto del que existirá en una salida sin supervisión ni ayuda al finalizar la condena.

2. Modelo automático

En el modelo automático la libertad condicional se concede por el cumplimiento de un determinado período en prisión. Cuando se cumple este momento el condenado es liberado. El juicio de pronóstico sobre la conducta de la persona en libertad no es relevante para la concesión de la libertad condicional, aunque sí pueda serlo para determinar las condiciones de la supervisión. Pocos países europeos tienen modelos completamente automáticos²¹, pues suelen establecer alguna excepción a la liberación con el cumplimiento del período estipulado²². Se habla entonces de modelos semiautomáticos, que son aquellos en que la libertad condicional se alcanza con el cumplimiento del período estipulado, pero se establecen situaciones tasadas y excepcionales –como la existencia de un peligro grave y acreditado de comisión de delitos graves– en que se puede diferir, e incluso excluir, la concesión de la libertad condicional. Lógicamente en estos países la concesión de la libertad condicional alcanza cifras superiores al 75 %²³.

²¹ Ejemplos de modelos automáticos puros de libertad condicional los encontramos en Reino Unido. Así en Inglaterra, en las condenas determinadas, la libertad condicional se alcanza de manera automática a la mitad de la condena, existiendo otras modalidades discrecionales de liberación con anterioridad a este momento. Véase PADFIELD, N., «England and Wales», en Padfield, N.; van Zyl Smit, D., y Dünkel, F. (coords.), *Release from prison. European policy and practice*, Cullompton (Willan), 2010, pp. 49 ss. En el caso de Escocia, el sistema automático, con liberación a mitad de la condena, y sin supervisión, rige para las penas de hasta cuatro años de duración, mientras que para las penas superiores rige un sistema discrecional. Véase MCIVOR, G.; GRAHAM, H., y MCNEILL, F., «Prisoner resettlement in Scotland», en Dünkel, F.; Pruin, I.; Storgaard, A., y Weber, J. (coords.), *Prisoner resettlement in Europe*, Abingdon (Routledge), 2019, pp. 278 ss. También en el caso de Bélgica, existe para las penas cortas, de hasta 1 año de prisión, un sistema automático, que lleva a la liberación sin supervisión una vez cumplida una pequeña porción de la pena. Véase SHEIRS, V., y BEYENS, K., «Prisoner resettlement in Belgium: also a responsibility of civil society», en Dünkel, F.; Pruin, I.; Storgaard, A., y Weber, J. (coords.), *Prisoner resettlement in Europe*, Abingdon (Routledge), 2019, pp. 337 ss.

²² DÜNKEL, F., y WEBER, J., 2019, p. 407.

²³ Ejemplos de modelos semiautomáticos los tenemos en Finlandia, Dinamarca y Suecia en que, dependiendo de los casos, una vez cumplido entre 1/3 y 2/3 de la condena, la persona es liberada en libertad condicional, salvo que situaciones excepcionales lo impidan. Véase, respectivamente, sobre estos países, LAPPI-SEPPÄLÄ, T., «Prisoner resettlement in Finland», en Dünkel, F.; Pruin, I.; Storgaard, A., y Weber, J. (coords.), 2019, p. 119; STORGAARD, A., «Resettlement in a Danish context», en Dünkel, F.; Pruin, I.,

El modelo automático de libertad condicional presenta los siguientes inconvenientes. En primer lugar, por contraposición al modelo discrecional, en la medida que no se basa en un pronóstico positivo de reinserción, y que por tanto su consecución no dependa de que la persona se involucre en los programas orientados a la rehabilitación, quizás no estimule a la persona al logro de este objetivo y produzca peores resultados en cuanto a la evitación de la reincidencia. En segundo lugar, con este modelo se podría deber excarcelar a personas con alto riesgo de comisión de delitos graves, aunque este es un riesgo que los modelos semiautomáticos evitan a partir de las cláusulas excepcionales que difieren la liberación.

Pero el modelo automático presenta también ventajas respecto del modelo discrecional. Por una parte, los países que se regulan por este modelo tienen generalmente tasas más altas de uso de la libertad condicional que los países con sistemas discrecionales, por lo que cumplen mejor, con el objetivo de reducción de la duración del encarcelamiento que persigue esta institución. La segunda ventaja es que este modelo evita que las personas sean excarceladas sin supervisión y ayuda cuando ella sea necesario. Como hemos visto, uno de los problemas principales del modelo discrecional es que las personas que no son liberadas condicionalmente lo serán en libertad definitiva y, esta, será normalmente, sin supervisión ni ayuda. Esta situación, no solo desatiende las necesidades de reinserción que pueda tener la persona, sino que, además, descuida la protección de la seguridad colectiva, pues, por lo menos para los delincuentes de alto riesgo, la supervisión puede contribuir a la reducción de la probabilidad de reincidencia.

V. PROPUESTA DE REFORMA DE LA LIBERTAD CONDICIONAL

Parece claro que los dos modelos de libertad condicional tienen ventajas e inconvenientes y que, por ello, quizás sea aconsejable disponer de un sistema mixto que aúne las ventajas de los dos modelos a la vez que limite sus inconvenientes. La propuesta se fundamenta en disponer de un modelo discrecional de libertad condicional que cumpla el rol de estímulo para que las personas se involucren en su rehabilitación y reinserción, pero acoger también, subsidiariamente, un sistema semiautomático, que garantice que todas las personas

Storgaard, A., y Weber, J. (coords.), 2019, p. 75 y PERSSON, A., y SVENSSON, K., «Prisoner resettlement in Sweden», en Dünkler, F.; Pruin, I.; Storgaard, A., y Weber, J. (coords.), 2019, p. 328 ss.

finalicen su condena con supervisión, reduciéndose el riesgo de reincidencia, a la vez que se modera la duración del encarcelamiento²⁴.

1. Sistema de libertad condicional discrecional

Lógicamente para que el sistema de libertad condicional funcione como estímulo a la reeducación y reinserción debe poderse conseguir en un periodo anterior al de la libertad automática y, siguiendo el criterio mayoritario en los países europeos podría situarse al 1/2 de la condena con carácter general, sin perjuicio de que se establecerán modalidades anticipadas para situaciones específicas.

Idealmente, el sistema discrecional debería ser la modalidad normal de alcanzar la libertad condicional, pues ello significaría que el sistema de progresión individualizado que prevé nuestra legislación funciona adecuadamente. Sin embargo, como anteriormente hemos visto, la modificación de la libertad condicional operada con la LO 1/2015 ha generado una importante reducción en la concesión de libertades condicionales. Parece claro que la razón de la disminución se encuentra en que el nuevo sistema –al alargar el periodo de libertad condicional sobre el tiempo restante de cumplimiento de la condena y no computar el tiempo cumplido en caso de revocación– resulta menos atractivo para los condenados y una parte de ellos habrá renunciado a la libertad condicional. Es por ello que, más allá de las buenas intenciones que pudiera tener el legislador –relativas a establecer un periodo suficiente de acompañamiento en libertad– el resultado es claramente negativo, pues muchas menos personas han acabado su condena en libertad condicional. Establecer un sistema estimulante de libertad condicional significa, simplemente, como ha destacado la doctrina²⁵, volver al sistema anterior a la LO 1/2015, haciendo que la duración de la libertad condicional equivalga al restante de la pena por cumplir²⁶.

²⁴ Desarrollo en este epígrafe la propuesta de un modelo mixto que realizamos en CID, J., y TÉBAR, B., «Libertad condicional y delincuentes de alto riesgo», *Revista Española de Investigación Criminológica*, 8, 2010, p. 14. En defensa de un modelo mixto de libertad condicional también se han pronunciado: CERVELLÓ, V., 2019, p. 386 y SALAT, M., *La respuesta jurídico-penal a los delincuentes imputables peligrosos: especial referencia a la libertad vigilada*, Cizur Menor (Thomson Reuters Aranzadi) 2015, p. 386.

²⁵ Así CERVELLÓ, V., 2019, p. 213, en concordancia con la crítica mayoritaria de la doctrina española a la regulación de la LO 1/2015, que analiza en su obra, propone que «... la reformulación de la libertad condicional debería volver a la situación anterior...».

²⁶ Como se sabe el legislador español de la LO 1/2015, se inspiró en la legislación alemana, estableciendo un sistema semejante al existente en aquel país. Pero el sistema alemán no es dominante en Europa, donde predomina que la duración de la condicional equivalga al resto de pena que queda por cumplir. Véase DÜNKEL, F.; VAN ZYL SMIT, D., y PADFIELD, N., 2010, pp. 424-425, quienes ya advierten del problema que ha sucedido en España, indicando que periodos largos de libertad condicional pueden llevar a su rechazo.

2. Sistema de libertad condicional semiautomático

Se trataría de que todas las personas condenadas cumplieran de manera obligatoria el último cuarto de su condena en libertad condicional²⁷. Esta modalidad de libertad condicional solo operaría cuando el condenado no se hubiera beneficiado de la libertad condicional discrecional. Su ejecución sería obligatoriamente con supervisión y ayuda a la persona y se deberían determinar sus obligaciones (las reglas de conducta) en función de las necesidades que presentara. La libertad condicional debería ser considerada una forma de cumplimiento de condena y se alargaría hasta el final de esta. La medida podría excepcionalmente ser denegada cuando, como establece el sistema finlandés anteriormente referido, existiera un riesgo grave de comisión de delitos graves, que no fuera debidamente afrontable con las medidas de supervisión previstas. En los casos de denegación la situación debería ser revisada regularmente. Son solo los supuestos de denegación de la libertad condicional los que deberían estar sometidos a la supervisión obligatoria postcondena²⁸.

Con esta modalidad de libertad condicional se busca el objetivo de que el regreso a la comunidad de las personas que han pasado en prisión sea en todo caso con supervisión y ayuda, para facilitar el logro de los objetivos de reeducación y reinserción social y supone dar un sentido pleno a la configuración de la libertad condicional que hace nuestra legislación penitenciaria como cuarto grado del cumplimiento de una condena de prisión (art. 72.1 LOGP)²⁹, realizando plenamente la idea de que una cosa es una pena de prisión y otra es el específico régimen de cumplimiento (cerrado, ordinario, abierto o con supervisión en libertad)³⁰.

²⁷ La libertad condicional tiene muchas dificultades para cumplir sus funciones con las penas cortas de prisión, en las que quizás la persona no haya podido disponer de una preparación para la rehabilitación y la reinserción en prisión y el período de libertad condicional podrá ser insuficiente para ayudar al cumplimiento de estas finalidades. Aun cuando no se deban excluir a estas penas del sistema automático previsto, sí creo que solo en el caso de que la administración esté en condiciones de ejercitar la supervisión exigida se debe someter la persona a la libertad condicional. Si ello no es posible resulta razonable una remisión del resto de condena.

²⁸ Sobre el encaje entre la libertad condicional y la libertad vigilada véase SALAT, M., 2015, pp. 359-360, y la doctrina allí citada. El problema se plantea para el caso en que la supervisión postcondena (a través de la libertad vigilada) no se haya impuesto en sentencia y por tanto no pueda haber prolongación de condena. Ello da sentido a la propuesta de autores que suscitaron que la decisión sobre la prolongación fuera decidida al final de la condena y no en el momento de la sentencia, como se hace en España.

²⁹ Véase en este sentido la crítica de CERVELLÓ, V., 2019, p. 127, a la reforma de la libertad condicional de la LO 1/2015, por no ser fiel a esta concepción de la libertad condicional de la LOGP.

³⁰ La idea de que no debe identificarse pena de prisión con un régimen específico de cumplimiento aparece en DÜNKEL, F.; VAN ZYL SMIT, D., y PADFIELD, N., 2010, p. 397. Estos autores ponen justamente el sistema de grados de la legislación española como un buen ejemplo de esta idea.

VI. CONCLUSIÓN

Un sistema penal preventivo, como el defendido por la profesora Mirentxu Corcoy, requiere que repensemos nuestras instituciones para que se maximicen sus posibilidades de alcanzar esta finalidad en beneficio tanto de la propia persona condenada como de la sociedad en su conjunto. Deseando que nuestra homenajeadada pueda ver razonables las ideas defendidas, termino felicitándola por su excelencia y ejemplaridad en su carrera universitaria.

ORDEN EUROPEA DE VIGILANCIA Y DERECHO DE INFORMACIÓN DE LA VÍCTIMA

PATRICIA FARALDO CABANA*

I. INTRODUCCIÓN

Este trabajo nos centraremos en la tutela del derecho de información de la víctima de violencia de género en los casos en que el presunto agresor (en adelante, el investigado o encausado¹), un extranjero o español no residente en España, sometido a una medida cautelar personal, solicita o consiente su reconocimiento mutuo para proceder al cumplimiento en el Estado miembro de su residencia o cualquier otro que designe (y que le acepte). Para conseguir el traslado es aplicable la Decisión Marco 2009/829/JAI del Consejo, de 23 de octubre de 2009, relativa a la aplicación, entre Estados miembros de la Unión Europea, del principio de reconocimiento mutuo a las resoluciones sobre medidas de vigilancia como sustitución de la prisión provisional (DO L 294, 11 de noviembre de 2009, pp. 20-40, en adelante la Decisión Marco), cuya transposición al Ordenamiento jurídico español ha tenido lugar mediante la Ley 23/2014,

* Catedrática de Derecho Penal, Universidade da Coruña/Adjunct Professor, Queensland University of Technology, Brisbane, Australia.

¹ El término empleado en la normativa que vamos a analizar es «imputado». Se sustituyó por los términos «investigado» y «encausado» por la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica (art. único, apartado 21). A partir de su entrada en vigor, se denomina investigado a la persona sometida a investigación por su relación con un delito, y encausado a quien la autoridad judicial, una vez concluida la instrucción de la causa, imputa formalmente el haber participado en la comisión de un hecho delictivo concreto.

de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea (en adelante, la Ley 23/2014). El Título V de esta Ley se dedica al reconocimiento mutuo de la resolución sobre medidas de vigilancia de la libertad provisional, para permitir que un Estado distinto al que impuso la medida de vigilancia pueda supervisar su cumplimiento cuando así le sea solicitado y siempre que se cumplan los requisitos legalmente establecidos². Se introduce así en el Ordenamiento jurídico español la llamada orden europea de vigilancia (*European supervision order*). La compatibilidad del procedimiento que lleva a su adopción, modificación y revocación con el derecho de información de la víctima de violencia de género será el objeto principal del estudio que realizaremos en los siguientes apartados. Para ello, se tiene en cuenta que el estándar europeo de protección de la víctima se recoge en 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, y por la que se sustituye la Decisión

² Sobre esta regulación, *vid.*, entre otros, ARANGÜENA FANEGO, C., «De la orden europea de vigilancia, al reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales sobre medidas sustitutivas de la prisión provisional: primera aproximación a la Decisión marco 2009/829/JAI del Consejo», en Arangüena Fanego, C. (Dir.), *Espacio europeo de libertad, seguridad y justicia: últimos avances en cooperación judicial penal*, Valladolid (Lex Nova), 2010, pp. 223-266; de la misma autora, «La protección transnacional de la víctima por medio de la orden europea de vigilancia en el marco de las medidas cautelares no privativas de libertad aplicadas entre los Estados miembros de la Unión Europea», en Cabrera Mercado, R. (Coord.), *Análisis de medidas para mejorar la protección policial y judicial de las víctimas de la violencia de género*, Madrid (Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad), 2011, pp. 79-91; de la misma autora, «Eficacia transnacional de las medidas de protección y de vigilancia», en Hoyos Sancho, M. de (Dir.), *Garantías y derechos de las víctimas especialmente vulnerables en el marco jurídico de la Unión Europea*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2013, pp. 327-351; de la misma autora, «Reconocimiento mutuo de resoluciones sobre medidas alternativas a la prisión provisional: análisis normativo», en Arangüena Fanego, C.; Hoyos Sancho, M. de, y Rodríguez-Medel Nieto, C. (Dirs.), *Reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea: análisis teórico-práctico de la Ley 23/2014, de noviembre*, Cizur Menor (Aranzadi-Thomson Reuters), 2015, pp. 207-248; CAMPANER MUÑOZ, J., «La orden europea de vigilancia: *statu quo* y perspectivas de futuro. Hacia una necesaria armonización de las medidas cautelares penales en la Unión Europea», *Revista de Derecho y Proceso Penal*, núm. 30, 2013, pp. 161-187; ETXEBERRÍA GURIDI, J. F., «Medidas de vigilancia alternativas a la prisión provisional en el espacio judicial europeo», en Gómez Colomer, J. L.; Barona Vilar, S., y Calderón Cuadrado, M. P. (Coords.), *El Derecho Procesal español del siglo XX a golpe de tango. Juan Montero Aroca, Liber Amicorum*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2012, pp. 1225-1244; LEGANÉS GÓMEZ, S., «Orden europea relativa a medidas de sustitución de prisión provisional y libertad vigilada del agresor», *Diario La Ley*, núm. 8703, 2016; PANDO ECHEVARRÍA, I., «Cuestiones prácticas relativas al reconocimiento de resoluciones sobre medidas alternativas a la prisión provisional», en Arangüena Fanego, C.; Hoyos Sancho, M. de, y Rodríguez-Medel Nieto, C. (Dir.), *Reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea: análisis teórico-práctico de la Ley 23/2014, de noviembre*, Cizur Menor (Aranzadi-Thomson Reuters), 2015, pp. 249-270; PÉREZ MARTÍN, M. A., «Dos ejemplos de medidas cautelares penales en el espacio judicial europeo: las medidas alternativas a la prisión provisional y el embargo preventivo previo al decomiso de los efectos procedentes del delito», en Martín Ostos, J. (Coord.), *El Derecho Procesal en el espacio judicial europeo: estudios dedicados al catedrático Faustino Gutiérrez-Alviz y Conradi*, Barcelona (Atelier), 2013, pp. 373-386; RECIO JUÁREZ, M., «Nuevos instrumentos para el cumplimiento transnacional de las medidas cautelares alternativas a la prisión provisional en la Unión Europea», *Direito e Inovação*, vol. 2(2), 2014, pp. 198-213.

marco 2001/220/JAI del Consejo (DO L 315, 14 de noviembre de 2012, pp. 57-73, en adelante la Directiva). Su artículo 1 declara que su finalidad «es garantizar que las víctimas de delitos reciban información, apoyo y protección adecuados y que puedan participar en procesos penales». De hecho, este instrumento se centra en los derechos que son importantes para que la víctima pueda cumplir su función como testigo en el proceso penal³. Esto significa que no todos los estadios del proceso penal reciben la misma atención en cuanto a los derechos que se reconocen a la víctima, con un claro desequilibrio entre los que cubren la fase de enjuiciamiento y aquellos que son relevantes en las fases previa y posterior. En este apartado analizaremos lo que dispone esta Directiva que pueda ser aplicable al reconocimiento mutuo, y su traslación a la normativa española, llevada a cabo fundamentalmente a través de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito⁴.

II. EL DERECHO DE INFORMACIÓN DE LA VÍCTIMA

La víctima tiene derecho a recibir información sobre su caso. Este derecho es básico para poder ejercer otros. Es crucial tanto para asegurar que la víctima pueda participar en el proceso penal relativo a su caso, como para hacer efectivo su derecho a la protección. De acuerdo con el artículo 6.5 de la Directiva, «[l]os Estados miembros garantizarán 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. Además, los Estados miembros velarán por que se informe a las víctimas de cualquier medida pertinente tomada para su protección en caso de puesta en libertad o de fuga del infractor». Cuando se plantea el reconocimiento mutuo de las medidas cautelares de vigilancia, la información relevante para la víctima se extiende, en primer lugar, a las medidas concretas que se adopten, en particular las relacionadas con su propia protección, pues los niveles de protección de las víctimas de violencia de género en los Estados miembros fueron y siguen

³ En este sentido, VAN DER Aa, S., «“Post-trial Victims” Rights in the EU: Do Law Enforcement Motives Still Reign Supreme?», *European Law Journal*, vol. 21(2), 2015, pp. 239-240.

⁴ Con carácter general, *vid.* al respecto SERRANO MASIP, M., «Los derechos de participación en el proceso penal», en Tamarit Sumalla, J. M. (Dir.), *El estatuto de las víctimas de delitos: comentarios a la Ley 4/2015*, Valencia (Tirant lo Blanch), pp. 101-167; FERNÁNDEZ FUSTES, M. D., «Protección de los derechos de la víctima en el proceso penal», *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIX, 2019, pp. 755-815.

siendo notablemente distintos⁵, lo que puede obligar a una adaptación de la medida. En segundo lugar, la víctima también necesita información sobre la ejecución de las medidas de vigilancia en el Estado de ejecución, pues las diferencias existentes entre los Estados miembros en relación con la forma en que controlan el cumplimiento de las medidas adoptadas puede ser motivo de preocupación fundada para la víctima, en particular si el acusado se traslada a un Estado de ejecución en el que los mecanismos de vigilancia existentes son de menor intensidad que los previstos en el Estado de emisión. En tercer lugar, a la víctima también le interesa la práctica del Estado de ejecución en relación con el quebrantamiento de la medida cautelar, pues algunos Estados miembros adoptan una posición muy estricta acerca de tales violaciones, mientras que otros muestran actitudes más permisivas⁶.

Pues bien, ni la Decisión Marco ni la Ley 23/2014, hacen referencia al derecho de información de la víctima⁷. Sí lo hace la Ley 4/2015. En su ar-

⁵ Vid. ya VAN DER AA, S. «Protection Orders in the European Member States: Where Do We Stand and Where Do We Go from Here?», *European Journal of Criminal Policy and Research*, vol. 18, 2012, pp. 183-204. Posteriormente, entre otros, FREIXES, T., y ROMÁN, L., *Protection of the gender-based violence victims in the European Union*, Universitat Rovira I Virgili y Universitat Autònoma de Barcelona, 2014; VAN DER AA, S.; NIEMI, J.; SOSA, L.; FERREIRA, A., y BALDRY, A., *Mapping the legislation and assessing the impact of protection orders in the European member states*, Oisterwijk (Wolf Legal Publishers), 2015; Martínez García, E. (Dir.), *La Orden de Protección Europea*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2016; LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, M., «La orden europea de protección aplicada a las víctimas de violencia de género», en Monge Fernández, A. (Dir.), *Mujer y Derecho penal. ¿Necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?* Barcelona (Bosch), 2019, p. 531; OLIVERAS JANÉ, N., «La articulación de las medidas nacionales de protección de las víctimas de violencia de género en el espacio europeo común de libertad, seguridad y justicia de la Unión Europea», *Diario La Ley*, núm. 9334, 10 de enero de 2019. Piénsese que no solo no hay una definición común de qué es violencia de género, contra la mujer, doméstica o familiar, sino que las discrepancias llegan al punto de que algunos países tienen sistemas de protección de naturaleza preferentemente civil, otros, penal, y un tercer grupo mixto, combinando medidas civiles, penales y policiales. Para ver un ejemplo práctico, es interesante el análisis comparado sobre el nivel de protección de la víctima en España, Francia e Italia que ofrecen LUPÁRIA, L., y CAGOSI, M., «La Orden Europea de Protección», en Jimeno Bulnes, M. (Dir.), *Espacio judicial europeo y proceso penal*, Madrid (Tecnos), 2018, pp. 302-305.

⁶ Sobre el distinto nivel de protección y de reacción frente al quebrantamiento, entre otros, Van Kalmthout, A. M.; Knapsen, M. M., y Morgenstern, C. (Eds.), *Pre-trial detention in the European Union*, Nijmegen (Wolf Legal Publishers), 2009; Van Kempen, P. H. P. H. M. C. (Ed.), *Pre-trial detention: human rights, criminal procedural law and penitentiary law, comparative law*, Cambridge (Intersentia), 2012; LONATI, S., «Is the European Protection Order Sufficiently Robust to Prevent Any Discrimination Among Victims Moving Across the European Union? An Assessment of the First Seven Years», *European Criminal Law Review*, 3/2018, pp. 332-367. En particular, en relación con el quebrantamiento, vid. VEGAS AGUILAR, J. C., «Cuestiones sobre el quebrantamiento de medida cautelar en el país de ejecución al hilo de la Directiva 2011/99/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011 sobre la Orden Europea de Protección», en Martínez García, E. (Dir.), *La Orden de Protección Europea. La protección de víctimas de violencia de género y cooperación judicial penal en Europa*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2016, pp. 63 ss.

⁷ Por el contrario, en el marco de la ejecución de una orden europea de protección en España, el artículo 138.3 de la Ley 23/2014 dispone que «[e]l Juez o Tribunal informará a la persona causante del peligro, a la autoridad competente del Estado de emisión y a la persona protegida de las medidas que haya

título 7.1.d) se recoge el derecho de la víctima a ser notificada de «las resoluciones que acuerden la adopción de medidas cautelares personales o que modifiquen las ya acordadas, cuando hubieran tenido por objeto garantizar la seguridad de la víctima». Ese derecho, que en general es rogado, es decir, la víctima debe solicitar expresamente que se le notifique la información⁸, deja de serlo cuando la víctima se ha personado formalmente en el procedimiento o se trata de delitos relacionados con la violencia de género. «Si la víctima se hubiera personado formalmente en el procedimiento, las resoluciones serán notificadas a su procurador y serán comunicadas a la víctima en la dirección de correo electrónico que haya facilitado», aunque puede manifestar en cualquier momento su deseo de no ser informada (art. 7.1 de la Ley 4/2015). La víctima personada puede instar la adopción de todas las medidas cautelares que considere necesarias, sea para su protección, sea para asegurar la futura ejecución de la sentencia. Ahora bien, conviene tener en cuenta que muchas víctimas no denuncian la violencia de género o retiran la denuncia presentada, iniciándose el procedimiento en el 30,44 % de los casos a raíz de las denuncias de familiares, los atestados policiales por intervención directa policial o los partes de lesiones recibidos directamente en el juzgado⁹. En el segundo caso, a las víctimas «les serán notificadas las resoluciones a las que se refieren las letras c) y d) del apartado 1, sin necesidad de que la víctima lo solicite, salvo en aquellos casos en los que manifieste su deseo de no recibir dichas notificaciones». Por otra parte, la Ley 4/2015 no indica cómo actuar para comunicarse con la víctima cuando las medidas de vigilancia pasan a ejecutarse en el territorio de otro Estado miembro. Tampoco lo hace la Ley 23/2014. No parece suficiente limitarse a informarla de que la medida pasa a ser supervisada por las autoridades de otro país. Como mínimo, habría que darle información sobre cuál es la autoridad competente en el Estado de ejecución. Además, o bien esa autoridad debería recibir los datos de contacto de la víctima, para que la mantenga informada de los cambios que se produzcan en las medidas de vigilancia, o bien debería ser la autoridad competente española quien asuma esa obligación, o, por último, podría dejarse en manos del letrado de la Administración de

adoptado y de las consecuencias jurídicas de la infracción de tales medidas, con arreglo a lo dispuesto en el Derecho español y en este capítulo».

⁸ Como dispone el artículo 5.1 de la Ley 4/2015, la víctima tiene derecho a presentar una «solicitud para ser notificada de las resoluciones a las que se refiere el artículo 7. A estos efectos, la víctima designará en su solicitud una dirección de correo electrónico y, en su defecto, una dirección postal o domicilio, al que serán remitidas las comunicaciones y notificaciones por la autoridad».

⁹ Datos relativos a la distribución porcentual de las denuncias en los juzgados de violencia sobre la mujer en 2019, disponibles en el *Informe sobre Violencia de Género del año 2019*, elaborado por el Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género del Consejo General del Poder Judicial.

justicia, sobre la base de que el artículo 109 LECrim, en los procesos que se sigan por los delitos del artículo 57 CP¹⁰, le obliga a asegurar la comunicación a la víctima de los actos procesales que puedan afectar a su seguridad, como son los que nos ocupan.

Por su parte, la concesión de la orden de protección implica «el deber de informar permanentemente a la víctima sobre la situación procesal del investigado o encausado así como sobre el alcance y vigencia de las medidas cautelares adoptadas...» (art. 544 ter 9 LECrim). Ahora bien, de nuevo hay que recordar que en muchos casos de violencia de género no se solicita una orden o se deniega su concesión. El responsable de facilitar la información es la autoridad competente del Estado de emisión, que deberá hacerlo en un idioma que la víctima pueda comprender (art. 9 de la Ley 4/2015). Hay considerables diferencias en el nivel de diligencia con que los Estados miembros informan a la víctima de la situación del acusado¹¹.

III. LÍMITES DEL DERECHO DE INFORMACIÓN DE LA VÍCTIMA

Tanto la normativa europea como la española puntualizan que el derecho de información de la víctima debe ceder ante otros intereses que se valoran como más importantes. La Directiva señala que «[l]as víctimas recibirán, si lo solicitan, la información contemplada en el apartado 5, al menos en los casos en que exista peligro o un 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*» (art. 6.6). En el mismo sentido, la Ley 4/2015 apunta que a la víctima «se le facilitará, cuando lo solicite, información relativa a la situación en que se encuentra el procedimiento, salvo que ello pudiera perjudicar el correcto desarrollo de la causa» (art. 7.4). En resumen, posposición del derecho de información de la víctima cuando estén en peligro bienes jurídicos del encausado o el interés general.

¹⁰ Son los delitos de homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, trata de seres humanos, contra la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico. Se incluyen, pues, todos los relacionados con la violencia de género.

¹¹ De acuerdo con la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europa-FRA, *Criminal detention and alternatives: fundamental rights aspects in EU cross-border transfers*, disponible en la página web https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2016-criminal-detention-and-alternatives_en.pdf#page=101, p. 102, el derecho de la víctima a recibir esta información solo se recogía en el momento de la publicación (2016) en los Ordenamientos jurídicos de Bélgica, Croacia, República Checa, España, Francia, Lituania, Malta, Polonia y Portugal.

El Estado de ejecución puede adaptar la medida, optando por una diversa a la adoptada por el juez o tribunal del Estado de emisión, siempre que esta sea, por su naturaleza, incompatible con su propio Ordenamiento jurídico. Hay que tener en cuenta que, aunque buena parte de los Estados miembros han implementado las medidas de protección que conoce el Ordenamiento jurídico español, no existe una identidad total entre ellas ni se supervisan con el mismo despliegue de medios, además de que la vigencia temporal puede ser muy distinta¹². La medida adaptada puede ser de semejante intensidad que la original, pero también de menor intensidad, lo que podría suponer un mayor peligro para la víctima. Pese a ello, no se contempla ni solicitar su opinión ni que pueda recurrir la adaptación, pues todo se limita a comunicaciones entre las autoridades competentes del Estado de emisión y de ejecución.

Las decisiones relacionadas con el incumplimiento de las medidas y su suspensión son competencia del Estado de ejecución, que habrá de adoptar las medidas provisionales urgentes que sean necesarias frente a la inobservancia, sin perjuicio de su obligación de notificar el incumplimiento al Estado de emisión, y, en función de si el incumplimiento constituye una infracción penal en su propio Ordenamiento jurídico o no, imponer sanciones penales o adoptar cualquier otra resolución no penal. Las decisiones relativas a la renovación, revisión, revocación o modificación de las medidas de vigilancia inicialmente acordadas corresponden al Estado de emisión. En ninguna de ellas se prevé la consulta previa de la víctima. El derecho a recibir la información a posteriori está reconocido en la Ley 4/2015, como hemos visto, en relación con las decisiones de adopción y modificación o revisión [art. 7.1.d)], pero nada se dice respecto de la revocación de las medidas (salvo que se entienda que es una modificación). En este caso, la información a la víctima solo está asegurada cuando se le ha concedido una orden de protección (art. 544 ter.9 LECrim). La revocación puede deberse tanto a una agravación del peligro que supone el investigado o encausado, que podría justificar el fin de la vigilancia en el Estado de ejecución, con inmediato regreso al Estado de emisión para su sometimiento a prisión provisional, como al sobreseimiento de las actuaciones en el Estado de emisión, con obligado alzamiento de todas las medidas cautelares adoptadas. En cualquiera de los casos, está claro el interés de la víctima en la información. La Ley 4/2015 lo atiende solo en relación con la resolución de

¹² Muy clara al respecto, OLIVERAS JANÉ, N., *Diario La Ley*, núm. 9334, 10 de enero de 2019. *Vid.* también ROMÁN MARTÍN, L., y OLIVERAS JANÉ, N., «La protección a las víctimas de violencia de género en la Unión Europea: en especial, la Orden Europea de Protección», en Pastor Gosálbez, M. I.; Román Martín, L., y Giménez Costa, A. (Coords.), *Integración Europea y género*, Madrid (Tecnos), 2014, pp. 89-122.

sobreseimiento, al disponer que «será comunicada, de conformidad con lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, a las víctimas directas del delito que hubieran denunciado los hechos, así como al resto de víctimas directas de cuya identidad y domicilio se tuviera conocimiento...» (art. 12.1). Además, la víctima, si bien no ha podido participar en la decisión de sobreseer, al menos «podrá recurrir la resolución de sobreseimiento conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sin que sea necesario para ello que se haya personado anteriormente en el proceso» (art. 12.2 de la Ley 4/2015), ya sean autos de sobreseimiento parcial o total, libre o provisional, dictados en las fases de instrucción o intermedia del proceso penal.

IV. CONCLUSIONES

Se ha dicho que la Decisión Marco «constituye un ejemplo paradigmático de que libertad y seguridad pueden resultar armoniosamente cuidados en un mismo instrumento, pues logra a un mismo tiempo reforzar el estatus de imputado y dispensar una adecuada protección a la sociedad con especial consideración, naturalmente, de la víctima del hecho punible»¹³. Si la primera parte de esta observación es plenamente compatible, la segunda suscita algunas objeciones, a la luz de lo que se ha expuesto. Ciertamente, se ha reforzado el estatus del investigado o encausado y su derecho a la presunción de inocencia y a la libertad, al permitirle eludir la medida cautelar de prisión provisional y cualquier otra que exija su presencia en el Estado de enjuiciamiento, y regresar a su país de residencia hasta la celebración del juicio, salvo que su presencia se necesite antes de esa fecha para realizar cualquier otra actuación. Se mejora la protección de la ciudadanía al ampliar las posibilidades de la tutela cautelar más allá de la prisión provisional y la libertad provisional sin sometimiento a medida alguna de vigilancia. El problema es que no se han tenido en cuenta suficientemente los derechos de la víctima, muy en particular su derecho a la información, fundamental para poder disfrutar del derecho a la protección. Esta situación es particularmente grave en los delitos relacionados con la violencia de género, dada la finalidad protectora de la víctima de las medidas cautelares que cabe adoptar. Sobre la base de que la finalidad de este instrumento europeo es, también, la protección de las víctimas, esta falta de previsión puede y debe ser corregida en la aplicación práctica, como se propone,

¹³ ARANGÜENA FANEGO, C., 2011, p. 80.

con ocasión de determinados trámites, en la doctrina¹⁴ y en la Guía del Consejo. Sin embargo, ello no es óbice para proponer que se modifique la Ley 23/2014 para que la información y la participación de la víctima en decisiones que la conciernen directamente sean realmente un derecho y no la concesión graciosa de una judicatura más o menos concienciada. Por ejemplo, podría aprovecharse que es obligatorio, como presupuesto para la transmisión, que se informe al encausado de las medidas de que se trata y de las consecuencias de la transmisión, con el fin de recabar su consentimiento (art. 112.1 de la Ley 23/2014), y mandar la misma información a la víctima. O bien informarla en la comparecencia prevista en el artículo 544 bis LECrim, cuando el encausado haya sido detenido y puesto a disposición judicial para decidir sobre su situación personal (art. 114.4 de la Ley 23/2014)¹⁵. También podría enviarse a la víctima la información que la autoridad competente del Estado de ejecución debe remitir con carácter previo sobre el plazo máximo de supervisión, la adaptación de las medidas o la imposibilidad de acudir al mecanismo de la orden europea de detención en caso de incumplimiento (art. 117 de la Ley 23/2014). La mejor protección de los derechos de la víctima redundaría en una mayor aplicación de las alternativas a la prisión provisional en unos delitos en los que la regulación actual de las medidas cautelares favorece la prisión provisional frente a otras medidas no privativas de libertad¹⁶. Es necesario, también en este ámbito de la delincuencia, fomentar el uso de medidas alternativas a la prisión provisional, garantizando así su carácter excepcional y la proporcionalidad de la medida, sobre todo cuando las penas previstas son cortas.

¹⁴ Por ejemplo, PANDO ECHEVARRÍA, I., 2015, p. 261, en relación con la audiencia de las partes antes de la retirada de la resolución sobre medidas alternativas, prevista en el artículo 117 de la Ley 23/2014.

¹⁵ Como propone RECIO JUÁREZ, M., *Direito e Inovação*, vol. 2(2), 2014, p. 207. Sobre la base de que, como dispone el artículo 109.2 de la Ley 23/2014, la medida, «además de garantizar la sujeción del imputado al proceso penal, debe mejorar la protección de las víctimas y la seguridad ciudadana, siendo por tanto circunstancias que el juzgador deberá tener en cuenta a la hora de acordar la transmisión».

¹⁶ El artículo 503.3.º.c) LECrim señala que cuando la prisión provisional tiene por finalidad evitar que el investigado o encausado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima, especialmente cuando ésta sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2 del Código Penal, no será aplicable el límite ordinario de pena establecido en el artículo 503.1.1.º LECrim, según el cual la prisión procede solo por delitos que lleven aparejada una pena igual o superior a dos años de prisión.

EL ÁMBITO SUBJETIVO Y OBJETIVO DE APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA (UE) 2016/800

OCTAVIO GARCÍA PÉREZ*

I. INTRODUCCIÓN

El Consejo aprobó una Resolución relativa al plan de trabajo para reforzar los derechos procesales de sospechosos o acusados en los procesos penales el 30 de noviembre de 2009. El plan de trabajo instaba a que se adoptasen las medidas necesarias para garantizar diversos derechos, recogiendo entre ellos las «salvaguardias especiales para sospechosos o acusados que sean vulnerables (medida E)». Hay que subrayar que este plan buscaba el refuerzo de los derechos procesales de sospechosos o acusados en procesos penales y que incluía una referencia a las salvaguardias especiales para personas vulnerables, pues «con el fin de garantizar la equidad procesal, es importante que se preste una atención particular a los sospechosos o acusados que no puedan comprender o seguir el contenido o el sentido del proceso debido, por ejemplo, a su edad o a su condición mental o física».

Posteriormente, el Consejo Europeo el 11 de diciembre de 2009 asumió este plan de trabajo y lo incorporó en el apartado 2.4 al Programa de Estocolmo que lleva por título «Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano.

* Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Málaga. Trabajo realizado en el marco del proyecto financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades (PGC2018-097607-B-I00), sobre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Unión y Derecho interno, y del proyecto de investigación UMA18-FEDERJA-175 sobre Derechos y garantías de las personas vulnerables en el Estado de Bienestar, financiado por la Junta de Andalucía con fondos FEDER.

Fruto de este plan de trabajo se han ido aprobando varias Directivas sobre estos temas¹: Directiva 2010/64/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales²; Directiva 2012/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales³; Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio⁴; Directiva (UE) 2016/800 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2016, relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales⁵ y la Directiva (UE) 2016/1919 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2016, relativa a la asistencia jurídica gratuita a los sospechosos y acusados en los procesos penales y a las personas buscadas en virtud de un procedimiento de orden europea de detención⁶.

En este trabajo pretendo ocuparme de algunas cuestiones relativas a la Directiva (UE) 2016/800, prestando especial atención a la influencia que ha jugado el Consejo de Europa y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su confección. Su punto de partida es que, tal como indica el considerando 1, «tiene por objeto establecer garantías procesales para que los menores, es decir, las personas de menos de 18 años, sospechosos o acusados en procesos penales puedan comprender y seguir dichos procesos, a fin de permitirles ejercer su derecho a un juicio justo, prevenir su reincidencia y fomentar su inserción social».

II. ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN

El artículo 2.1 de la Directiva dispone que «se aplicará a los menores sospechosos o acusados en procesos penales». El artículo 3 de la Directiva aclara que menor de edad es todo el que todavía no ha cumplido los 18 años.

¹ Una buena panorámica sobre ellas ofrece ARANGUENA FANEGO, C., «Las directivas europeas de armonización de garantías procesales de investigados y acusados. su implementación en el derecho español», en *Revista de Estudios Europeos*, 1-2019, pp. 5 ss.

² DO L 280, de 26 de octubre de 2010, p. 1.

³ DO L 142, de 1 de junio de 2012, p. 1.

⁴ DO L 65, de 11 de marzo de 2016, p. 1.

⁵ DO L 132, de 21 de mayo de 2016, p. 1.

⁶ DO L 297, de 4 de noviembre de 2016, p. 1.

En el inciso final del artículo 3 se establece que «cuando no se sepa si una persona ha alcanzado la edad de 18 años, se presumirá que es menor»⁷.

Por su parte, el artículo 2.2 de la Directiva establece que «se aplicará a los menores que sean personas buscadas, a partir del momento de su detención en el Estado miembro de ejecución de conformidad con el artículo 17». El artículo 17 de la Directiva indica que a los menores detenidos en el Estado miembro de ejecución en virtud de un procedimiento relativo a una orden de detención europea se les garantizarán los derechos contenidos en los artículos 4, 5, 6 y 8, 10 a 15 y 18 de la Directiva.

El artículo 2.3 dice que las garantías serán de aplicación «en el caso de que esas personas fueran menores en el momento en que quedaron sujetas a dichos procesos, pero hayan alcanzado posteriormente la edad de 18 años, y la aplicación de la presente Directiva, o de ciertas disposiciones de ella, resulte adecuada habida cuenta de todas las circunstancias del caso, incluidas la madurez y vulnerabilidad de la persona de que se trate. Los Estados miembros podrán decidir que la presente Directiva no se aplique cuando la persona de que se trate haya cumplido los 21 años de edad».

Inicialmente la propuesta de la Comisión era que fuera obligatorio sin más la aplicación de la Directiva a los menores sujetos a un proceso penal aun cuando hubieran alcanzado la mayoría de edad. Sin embargo, varios países se opusieron⁸. Cras indica que estos países se opusieron porque o se es menor o no, por lo que no había lugar a su aplicación a quien ya era adulto⁹. Es más, podía darse el caso de que los menores que alcanzan la mayoría de edad no desearan quedar sujetos a las garantías de la Directiva¹⁰. A la vista de la falta de acuerdo, el Consejo propuso dar el siguiente texto al apartado tercero del

⁷ En lo referente a la averiguación de la edad, indica el considerando 13 que «Los Estados miembros deben determinar la edad de los menores a partir de las declaraciones de los propios menores, la comprobación del estado civil, investigaciones documentales, otras pruebas y, si no se dispone de tales pruebas o no resultan concluyentes, un reconocimiento médico. El reconocimiento médico debe realizarse únicamente como último recurso, respetando estrictamente los derechos del menor así como su integridad física y dignidad humana».

⁸ Así lo expuso el Consejo de la Unión Europea en un comunicado de prensa (7095/14), p. 18 de la versión española, consultada por última vez el 19 de agosto de 2021 en <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-7095-2014-INIT/es/pdf>.

⁹ Llama la atención que se utilizara este argumento cuando se proponía que la Directiva se aplicara a todos los procedimientos penales iniciados antes de cumplir los 18 años cuando en algunos Estados de la Unión Europea se ha previsto la posibilidad de aplicar el Código penal de los adultos a menores que han cometido delitos graves, de tal manera que, por un lado, materialmente se les equipara a los adultos y procesalmente se rigen por lo dispuesto en el proceso penal de menores. Así lo constataba el estudio de la Dirección General de Justicia de la Comisión Europea: *Summary of contextual overviews on children's involvement in criminal judicial proceedings in the 28 Member States of the European Union*. 2014, p. 8.

¹⁰ CRAS, S., «The Directive on Procedural Safeguards for Children who Are Suspects or Accused Persons in Criminal Proceedings», en *eucri*, núm. 2, 2016, p. 112.

artículo 2 de la propuesta de Directiva: «Los Estados miembros podrán establecer que la presente Directiva, en particular sus artículos 4, 7, 8, 10 y 16, se aplicará también a los sospechosos o acusados sujetos a los procesos penales a que se refiere el apartado 1 y a las personas sujetas al procedimiento de la orden de detención europea a que se refiere el apartado 2, que fueran menores en el momento en que quedaron sujetos a dichos procesos o procedimientos, pero que posteriormente han llegado a la mayoría de edad»¹¹. Finalmente se llegó a un acuerdo¹² en el que se mantuvo el carácter obligatorio de aplicar las garantías de la Directiva aunque los menores respecto de los cuales se hubiera iniciado un procedimiento penal hubieran alcanzado la mayoría de edad. No obstante, se hicieron dos matizaciones. En primer lugar, no se aplicaría lo dispuesto respecto de los titulares de la patria potestad. En segundo lugar, la aplicación solo tendría lugar si se considera adecuada sobre la base de una evaluación de las circunstancias concurrentes en cada caso, incluyendo la madurez y la vulnerabilidad del sujeto. Además, la Directiva permite que se dejen de aplicar sus garantías al alcanzar los 21 años.

Las garantías de la Directiva también son de aplicación «los menores que inicialmente no fueran sospechosos ni acusados pero que pasen a serlo en el curso de un interrogatorio policial o de otras autoridades policiales» (art. 2.4).

Por otro lado, la Directiva deja bien claro que «no afectará a las normas nacionales por las que se establece la edad de responsabilidad penal».

Tal como establece la parte dispositiva de la Directiva, sus garantías siempre son de aplicación cuando el procedimiento se inicia antes de que el sujeto cumpla la mayoría de edad, siendo irrelevante que durante el proceso se alcance la mayoría de edad salvo que se estime que no es adecuado aplicarle su régimen. Esto significa que no quedan amparados por las garantías de la Directiva las personas que cometen el hecho delictivo siendo menores de edad, pero que han alcanzado la mayoría de edad cuando se inicia el proceso penal. Y ello pese a que se era plenamente consciente del problema, pues en el considerando 12 de la Directiva se exhorta a los Estados miembros a aplicarla también a estos supuestos hasta que los sujetos alcancen los 21 años¹³.

¹¹ Consultado por última vez el 19 de agosto de 2021 en <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10065-2014-INIT/es/pdf>.

¹² Véase el texto consolidado con los acuerdos en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST_6839_2016_INIT&from=EN.

¹³ En el considerando 12 se dice lo siguiente: «Respecto al supuesto de que, en el momento de convertirse en sospechosa o acusada en un proceso penal, una persona haya alcanzado los 18 años de edad, pero la infracción penal se haya cometido cuando la persona era menor, se insta a los Estados miembros a aplicar las garantías procesales previstas por la presente Directiva hasta que la persona cumpla la edad de 21 años, al menos en lo que respecta a las infracciones penales cometidas por el mismo sospechoso

III. EL ÁMBITO OBJETIVO DE APLICACIÓN

La Directiva, tal como proclama el artículo 2.1, se aplica «a los menores sospechosos o acusados en procesos penales». Asimismo, tal como indica el apartado segundo del artículo 2, también es de aplicación «a los menores que sean personas buscadas».

La Directiva no explica qué se entiende por proceso penal. Pero en el apartado sexto se indica que «sin perjuicio del derecho a un juicio justo, con respecto a las infracciones leves:

- a) cuando el Derecho de un Estado miembro contemple la imposición de una sanción por parte de una autoridad distinta de un órgano jurisdiccional con competencia en materia penal, y de que la imposición de tal sanción pueda ser objeto de recurso ante ese tipo de órgano jurisdiccional o ser remitida a él, o
- b) cuando no pueda imponerse una sanción de privación de libertad, la presente Directiva se aplicará únicamente a los procedimientos ante un órgano jurisdiccional con competencia en materia penal.

En cualquier caso, la presente Directiva será de plena aplicación cuando se haya privado de libertad al menor, independientemente de la fase en que se encuentre el proceso penal».

De este modo, como indica abiertamente el considerando 14, la normativa europea no es de aplicación a los delitos leves salvo que el acusado o sospechoso sea privado de libertad, lo que nunca debería producirse en infracciones de poca entidad. Así, los menores que cometan delitos leves de tráfico o infracciones leves a ordenanzas municipales u otro tipo de hechos de escasa entidad no son destinatarios de las garantías previstas en la Directiva si el Estado miembro no lo considera necesario, pues puede poner en manos de autoridades no penales la sanción de estos comportamientos. Únicamente entrarían en juego si en algún momento interviene un órgano jurisdiccional penal y solo respecto del procedimiento ante este. En el considerando 17 se termina cerrando este tema sosteniendo que «La presente Directiva debe aplicarse únicamente a los procesos penales. No debe aplicarse a otros tipos de procedimientos, en particular a aquellos que estén concebidos específicamente para menores y puedan dar lugar a medidas protectoras, correccionales o educativas.»

o acusado y que se investiguen y juzguen conjuntamente por estar inextricablemente ligadas a infracciones penales por las que se hubiese iniciado un proceso penal contra dicha persona antes de que cumpliera la edad de 18 años».

IV. ÁMBITO TEMPORAL

Otro aspecto crucial es el de la determinación del lapso de tiempo durante el cual son de aplicación las garantías previstas en la Directiva. Aunque el artículo 2 habla de menores acusados o sospechosos en procesos penales, el artículo 4 parece fijar el momento a partir del cual rigen las garantías aquel en el que «se ponga en conocimiento de los menores su condición de sospechosos o acusados en un proceso penal». Esto implica que derechos tales como el de la información o la asistencia letrada no resultan de aplicación desde el instante en que un menor resulta sospechoso o acusado, sino desde que se le ponga en conocimiento esta circunstancia. Y a continuación aclara que las garantías establecidas se aplicarán «hasta la decisión definitiva que determine si el sospechoso o acusado ha cometido una infracción penal, incluidas, cuando proceda, la imposición de la condena y la resolución de cualquier recurso»¹⁴.

En el caso de menores detenidos en el Estado miembro de ejecución en virtud de un procedimiento relativo a una orden de detención europea, las garantías se aplicarán desde el momento de su detención en los términos previstos en el artículo 17.

V. LOS DERECHOS PROCESALES DE LOS MENORES

Por razones de espacio no me puedo detener a realizar un análisis detallado de cada uno de los derechos procesales que se garantizan a los menores. En la Directiva se recogen diversos derechos que en el artículo 4 se clasifican en función de la fase a la que afectan:

«a) con prontitud cuando se ponga en conocimiento del menor su condición de sospechoso o acusado, por lo que respecta a los derechos siguientes: i) el derecho a que el titular de la patria potestad sea informado con arreglo a lo dispuesto en el artículo 5, ii) el derecho a asistencia letrada con arreglo a lo dispuesto en el artículo 6, iii) el derecho a la protección de la vida privada con arreglo a lo dispuesto en el artículo 14, iv) el derecho a estar acompañado por el titular de la patria potestad durante determinadas fases del proceso que no sean las vistas, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 15, apartado 4, v) el derecho a asistencia jurídica gratuita con arreglo a lo dispuesto en el artículo 18;

¹⁴ ARANGUENA FANEGO, C., «Proceso penal del menor y cambios exigidos por la Directiva (UE) 2016/800, relativa a las garantías procesales de menores sospechosos o acusados en los procesos penales», en *Anuario de Justicia de Menores*, núm. 19, 2019, p. 42, destaca que se debatió extender la Directiva hasta la fase de ejecución, pero que algunos países se opusieron por considerar que esto no estaba amparado por el artículo 82.2.b) del TFUE.

b) en la fase más temprana del proceso en que ello resulte adecuado, por lo que respecta a los derechos siguientes: i) el derecho a una evaluación individual con arreglo a lo dispuesto en el artículo 7, ii) el derecho a un reconocimiento médico, incluido el derecho a asistencia médica, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 8, iii) el derecho a la limitación de la privación de libertad y al uso de medidas alternativas, incluido el derecho a la revisión periódica de la detención, con arreglo a lo dispuesto en los artículos 10 y 11, iv) el derecho a estar acompañado por el titular de la patria potestad durante las vistas con arreglo a lo dispuesto en el artículo 15, apartado 1, v) el derecho a estar presente en el juicio con arreglo a lo dispuesto en el artículo 16, vi) el derecho a vías de recurso efectivas con arreglo a lo dispuesto en el artículo 19;

c) en el momento de la privación de libertad, por lo que respecta al derecho a un trato específico durante la privación de libertad con arreglo a lo dispuesto en el artículo 12.»

VI. LA VALORACIÓN DE LA DIRECTIVA: UNA OPORTUNIDAD PERDIDA

Es innegable que la Directiva puede suponer una mejora en la situación de los menores que se ven expuestos a un proceso penal o una orden de detención. Pero he utilizado conscientemente el término «puede» porque en muchos estados miembros en gran medida esos derechos están ya reconocidos e incluso con mayor amplitud de la que lo hace la propia Directiva. Y el riesgo en estos casos es que la Directiva se termine implementando para recortar los derechos reconocidos en el ámbito interno de cada estado miembro. Ciertamente se podría objetar a esta idea que no tiene en cuenta la cláusula de no regresión que contiene la propia Directiva en su artículo 23: «Ninguna disposición de la presente Directiva se interpretará en el sentido de que introduce limitaciones o excepciones a los derechos o garantías procesales reconocidos por la Carta, el CEDH u otras disposiciones aplicables de Derecho internacional, en particular la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, o a la normativa de cualquier Estado miembro que garantice un nivel de protección superior».

Pero es preciso recordar que también el Convenio Europeo de Derechos Humanos contiene una cláusula de no regresión que no ha impedido en España que se utilice este tratado y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos para rebajar el nivel de la tutela de los derechos fundamentales previstos en la Constitución. Y este es un aspecto que se ha planteado pocas veces al Tribunal Europeo de Derechos Humanos y que cuando se hace, este es bastante reacio a abordarlo en sus sentencias.

Desde una perspectiva negativa, lo primero que llama la atención es que se hayan sentado las bases de un Derecho procesal penal juvenil europeo sin que tengamos un Derecho penal juvenil europeo. O lo que es lo mismo: no se entiende que no tengamos lo que se ha de realizar (el Derecho penal juvenil europeo), pero sí el cómo se ha de realizar. Y ello porque no es posible. Y buena prueba de ello es el primer considerando de la Directiva. En ella, como hemos visto, se dice que el objeto de la Directiva es formular las garantías procesales a los menores no solo para asegurar el derecho a un juicio justo, sino para prevenir la reincidencia y facilitar la inserción social. Esta referencia a la prevención especial es imprescindible para poder configurar el proceso penal de menores. Pero ello implica que la Directiva está tomando partido por el enfoque predominante en el Derecho penal juvenil que es aquel que orienta las sanciones a metas de prevención especial y por ello la respuesta a los menores que han cometido delitos es muy flexible, pues no depende tanto del hecho como de las circunstancias personales, familiares, educativas y sociales del condenado. De ahí que las leyes penales juveniles no establezcan una vinculación estricta entre el hecho delictivo y el autor del mismo, como acontece en los Códigos penales, sino que se concede un gran margen de discreción a los jueces para que adopten la sanción más adecuada a cada menor. Así, menores acusados por los mismos hechos pueden recibir sanciones o respuestas muy diversas. Esto explica la enorme importancia que cobra en la justicia juvenil la presencia de equipos multidisciplinares que evalúen las necesidades de los menores de cara a adaptar la respuesta a estas.

Este enfoque es el que explica el reconocimiento de un derecho a la evaluación individual en el artículo 7 de la Directiva y que esta evaluación sirva, tal como indica el considerando 35, «para determinar si necesitan medidas especiales durante el proceso penal y en qué medida, así como para determinar su grado de responsabilidad penal y la idoneidad de una sanción o medida educativa concreta». El objeto de esta evaluación, tal como proclama el considerando 36, es «la personalidad y la madurez del menor y su contexto económico, social y familiar, incluidas sus condiciones de vida, así como cualquier vulnerabilidad específica del menor, como discapacidades intelectuales y dificultades de comunicación».

La ausencia de un modelo de Derecho penal europeo se refleja ya en la determinación del ámbito subjetivo de aplicación cuya fijación planteó muchas discrepancias y que se ha fijado esencialmente en función de la edad que tenía el sujeto al tiempo de iniciarse el procedimiento y no de la edad que el sujeto tenía al cometer el hecho delictivo, pues, como hemos visto, este aspecto no se contempla en el articulado de la Directiva por más que se recoja en un considerando.

La fijación del ámbito subjetivo de aplicación del Derecho penal juvenil es una de las cuestiones más trascendentales¹⁵ y, por otro lado, más discutidas. Y de ello es consciente la UE. En efecto, en un estudio que encargó se puso de relieve las enormes diferencias de cara a fijar la edad mínima para responder penalmente que iba desde los 10 o 12 años en Irlanda, Países Bajos, Portugal y Reino Unido hasta los 14 o 15 años de la mayoría de ellos. En algunos países los menores que hayan cometido delitos graves pueden ser procesados aunque no hayan alcanzado la edad mínima. En una parte de los estados miembros el sistema de justicia juvenil no se aplica a quienes hayan cometido el delito tras cumplir los 18 años si bien en un buen número de países en determinadas circunstancias se puede aplicar el sistema de justicia juvenil¹⁶. Quizás por ello, pese a que el Parlamento Europeo en su Resolución, de 21 de junio de 2007, recomendara a los Estados miembros el establecimiento de unas pautas comunes en materia de delincuencia juvenil centradas en tres aspectos: prevención, medidas judiciales y extrajudiciales y la reinserción social¹⁷, ha preferido limitar su intervención a las garantías procesales esenciales de los menores.

Tampoco en el ámbito del Consejo de Europa, pese a la gran atención que se ha prestado a la delincuencia juvenil, ha sido posible fijar con claridad el ámbito subjetivo de aplicación del Derecho penal juvenil. La Recomendación (2003)20, de 24 de septiembre de 2003, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre nuevas formas de tratamiento de la delincuencia juvenil y la función de la justicia juvenil, en consonancia con la prolongación de la etapa de transición a la edad adulta que representa la adolescencia, propone tratar a los jóvenes de hasta 21 años como menores y aplicarles medidas similares a las previstas para estos. Posteriormente la Recomendación CM/R(2008)11 del Comité de Ministros, de 28 de noviembre, a los Estados miembros sobre las reglas

¹⁵ Destacaba ya la relevancia de fijar la edad, HOYOS SANCHO, M. de, «Acerca de la necesidad de armonizar las garantías procesales de los sospechosos en la unión europea: especial consideración de los “grupos vulnerables”», en *BIB* 2007/1789, p. 16.

¹⁶ *Summary of contextual overviews on children’s involvement in criminal judicial proceedings in the 28 Member States of the European Union*, Unión Europea, 2014, pp. 6 y 7, consultado por última vez el 30 de octubre de 2021 en <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/78efc2f4-746e-485c-9c18-9d2509deedf>.

¹⁷ La Resolución del Parlamento Europeo, de 21 de junio de 2007, sobre la delincuencia juvenil –el papel de las mujeres, la familia y la sociedad–, en su apartado 22 señalaba lo siguiente: «Recomienda a los Estados miembros que, en colaboración con la Comisión, procedan con urgencia a elaborar e instituir, en el ámbito de la delincuencia juvenil, determinadas pautas y orientaciones mínimas comunes para todos los Estados miembros que se centren en los tres pilares básicos que son, en primer lugar, la prevención; en segundo lugar, las medidas judiciales y extrajudiciales; y, en tercer lugar, la rehabilitación, la integración y la reinserción social, sobre la base de los principios internacionalmente consagrados de las Reglas de Beijing, de las directrices de Riad y de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, así como también de los restantes convenios internacionales de este ámbito». Consultada por última vez el 30 de octubre de 2021 en https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-6-2007-0283_ES.html.

europas para infractores menores de edad sometidos a sanciones o medidas, se manifiesta en los mismos términos genéricos que los textos de Naciones Unidas¹⁸, indicando que «la edad mínima para la imposición de sanciones o medidas como resultado de la comisión de un delito no podrá ser muy baja».

Tampoco el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha ayudado a fijar cuál debería ser la edad mínima para poder quedar sujeto a la responsabilidad penal pese a que lo tuvo en su mano. En efecto, la Sentencia de la Gran Sala del TEDH en el caso V. contra Reino Unido, de 16 de diciembre de 1999, consideró que no había consenso «en el seno de los Estados miembros del Consejo de Europa sobre la edad mínima de la responsabilidad penal. Incluso si Inglaterra y el País de Gales figuran entre los ordenamientos jurídicos europeos en los que la edad de la responsabilidad penal sigue siendo baja, no se podría considerar que el umbral adoptado, diez años, sea tan bajo como para resultar desproporcionado con respecto al adoptado por otros Estados europeos». Fue una respuesta bastante decepcionante, pues como indicaron los jueces Pastor Ridruejo, Ress, Makarczyk, Tulkens y Butkevych en su voto particular, «solamente cuatro de los cuarenta y un Estados Contratantes han adoptado un umbral tan bajo como el que está en vigor en Inglaterra. Estamos convencidos de que existe una norma general en el seno de los Estados miembros del Consejo de Europa según la cual la responsabilidad penal relativa se aplica a partir de la edad de trece o catorce años –con un procedimiento ante tribunales especiales para menores– y la plena responsabilidad penal a partir de la edad de dieciocho años».

Aun cuando no resulte fácil llegar a un consenso, su fijación resulta imprescindible¹⁹ para «reforzar la confianza de los Estados miembros en los sistemas de justicia penal de cada uno de ellos y contribuir de este modo a facilitar el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia penal».

¹⁸ En el ámbito subjetivo las Naciones Unidas no han podido fijar una edad mínima para poder ser objeto de la responsabilidad penal juvenil, limitándose a exigir que no se trate de «una edad demasiado temprana habida cuenta de las circunstancias que acompañan a la madurez emocional, mental e intelectual», tal como proclama la regla cuatro de las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de menores (Reglas de Beijing), aprobadas por Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 40/33, de 29 de noviembre de 1985.

¹⁹ En relación a la fijación de la edad de responsabilidad penal juvenil, PILLADO GONZALEZ, E., «Implicaciones de la directiva (UE) 2016/800, relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales, en la ley de responsabilidad penal del menor», en *Revista General de Derecho Europeo*, 48 (2019), p. 67, señala con razón que «habría sido un enorme avance en la protección de los menores la inclusión de una disposición en este sentido a la vista de la gran disparidad que existe en esta materia en los distintos Estados miembros, no solo en relación a la edad mínima prevista sino también en lo que respecta a la utilización de un criterio único para la determinación de la minoría de edad penal puesto que existen países que utilizan un criterio biológico (fijando límites de edad), como ocurre en España, otros en cambio, un criterio mixto o biopsicológico (como en Francia, Italia o Bélgica), donde además de tener en cuenta unos límites de edad, se analiza el grado de madurez de la persona que le permita comprender el carácter lícito o ilícito de su conducta».

Es difícil que entre los Estados miembros exista confianza en el sistema de justicia penal juvenil cuando hay diferencias tan relevantes en lo referente al ámbito subjetivo de aplicación y otras cuestiones.

Otro tanto acontece cuando, tras señalar que las garantías previstas se aplican a los menores sospechosos o acusados en procesos penales, matiza que estas no serán de aplicación allí donde los estados miembros utilicen procedimientos no jurisdiccionales para afrontar los delitos leves cometidos por menores salvo en los casos en los que se pueda acordar la privación de libertad. De nuevo la Unión Europea, consciente de las enormes diferencias con las que se afronta la delincuencia juvenil en los diferentes Estados miembros, parece dejar en manos de estos el reconocimiento o no de las garantías procesales cuando se trate de la delincuencia leve. Si optan por procedimientos no jurisdiccionales, los estados no están obligados a aplicar las garantías previstas en la Directiva. Es un planteamiento que ha sido criticado, puesto que de este modo los Estados gozan de libertad para decidir si las garantías procesales se aplican, siendo así que esta cuestión debería ser independiente de la calificación del procedimiento en el Derecho nacional. Por eso la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior del Parlamento Europeo propuso introducir un considerando en la Directiva en el que se resaltaba que «el carácter penal de un procedimiento no siempre puede determinarse únicamente por su calificación, ni por las sanciones que puedan imponerse en el Derecho nacional». Se debería atender «no solo a la clasificación formal de los procedimientos en derecho nacional, sino también a sus efectos en la vida y el desarrollo de los niños de que se trate», abogando por aplicar las garantías de la Directiva siempre que el procedimiento diera lugar a antecedentes penales. Su propuesta se basaba en los criterios Engel formulados por el TEDH para determinar cuando estamos en presencia de un infracción penal y, en consecuencia, el procedimiento se puede calificar como penal²⁰. Para ello, según el TEDH, hay que atender a tres criterios: la calificación como tal en el Derecho nacional, la naturaleza de la infracción y la naturaleza y la gravedad de la sanción²¹. Una cuestión que no se aclara es lo que se entiende por delito leve y caben al menos dos interpretaciones.

²⁰ Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior del Parlamento Europeo, *Informe sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales*, p. 8.

²¹ Así, STEDH en el caso Engel y otros contra Holanda, de 8 de junio de 1976, apartado 82. Los criterios del TEDH formulados en este caso también han sido asumidos por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Cfr. SSTEDH 5 de junio de 2012, caso Bonda, C-489/10, apartado 37; 26 de febrero de 2013, caso Åkerberg Fransson, apartado 35). También el Comité Económico y Social Europeo de 25 de marzo de 2014 propuso que el concepto de proceso penal debía fijarse con arreglo a los criterios formulados en el caso Engel.

La primera de ellas identificaría delitos leves con pequeñas infracciones en materia de tráfico, ordenanzas municipales y orden público. La segunda interpretación, apoyada en el considerando 17, vincularía los delitos leves a todos aquellos que se castiguen con medidas protectoras, correccionales o educativas. De este modo, delitos leves se vienen a identificar con todos los que no conlleven la privación de libertad. Se trata de hacer un planteamiento muy similar al que se hace en algunos países donde se distingue la pena juvenil que sería el internamiento y otras medidas a las que se califica de corrección, educación o protectoras donde se incluirían el resto de las sanciones²². Con esta segunda interpretación la mayor parte de la delincuencia juvenil no quedaría sujeta a las garantías de la Directiva.

Pese al artículo 2.6 de la Directiva, sería de esperar que el TJUE, a la vista de los criterios del caso Engel que utiliza y del hecho mismo de que dicho apartado es contradictorio, puesto que parece contraponer derecho justo a los derechos consagrados en Directiva, vacie de contenido lo dispuesto en este precepto. Y ello porque, además, es contrario a la finalidad perseguida con la Directiva que es la reforzar las salvaguardias de los menores la exclusión de las garantías de buena parte de la delincuencia juvenil²³.

²² Así se plantea, por ejemplo, en la Jugendgerichtsgesetz alemana que distingue entre medidas educativas, medios de corrección y pena juvenil.

²³ En este sentido, Children's Rights Alliance for England/Fair Trial/Legal Experts Advisory Panel, Joint position paper on the proposed directive on procedural safeguards for children suspected or accused in criminal proceedings, 2014, p. 8, consideran fuera de lugar la exclusión de los delitos leves de las salvaguardias de la Directiva, resaltando con razón que los textos sobre derechos humanos reconocen el derecho de los menores a un juicio justo sin realizar distinciones en función del tipo de delito.

LA PROTECCIÓN DE LA PERSONA ACUSADA EN EL SISTEMA EUROPEO DE DENUNCIAS

JOSÉ LUIS GOÑI SEIN*

I. SISTEMA DE DENUNCIA DE IRREGULARIDADES DE LA DIRECTIVA (UE) 2019/1937, DE 23 DE OCTUBRE: OBJETIVO

El sistema de denuncia de infracciones del Derecho de la Unión diseñado por la Directiva (UE) 2019/1937, de 23 de octubre, aspira a convertirse en instrumento esencial de lucha contra la criminalidad de empresa y la corrupción de las instituciones públicas. La introducción de este canal de denuncia, llamado también *Whistleblowing*, –que las empresas privadas y entidades públicas de 50 o más trabajadores¹ deberán implementar a partir de diciembre de 2021, fecha en la que vence el plazo de transposición de la Directiva–, permitirá aflorar o detectar muchos de los delitos corporativos cometidos por las organizaciones y que hoy permanecen ocultos.

Como pone de relieve la Directiva, «las personas que trabajan para una organización pública o privada o están en contacto con ella en el contexto de sus actividades laborales son a menudo las primeras en tener conocimiento de amenazas o perjuicios para el interés público que surgen en ese contexto», y «por ello desempeñan un papel clave a la hora de descubrir y prevenir esas infracciones y de proteger el bienestar de la sociedad». Sin embargo, los

* Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad Pública de Navarra.

¹ Artículos 8.3 y 9 de la Directiva (UE) 2019/193, del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión.

denunciantes potenciales son renuentes a informar sobre sus sospechas o a denunciar las irregularidades en el seno o fuera de las organizaciones².

La resistencia a denunciar no es tanto por cierta percepción social negativa con que se observa todavía la denuncia en el contexto cultural europeo, sino por la dificultad para probar la infracción, y el temor a verse perjudicados por posibles represalias provenientes de los entes denunciados. En este contexto, cobra decisiva importancia el reconocimiento, a escala tanto de la Unión como internacional, de la necesidad de prestar una protección equilibrada y efectiva al denunciante o *Whistleblower*. La Directiva se centra, así, muy especialmente en la protección de los denunciantes que informan de actividades ilegales o de vulneraciones del Derecho de la Unión. La Directiva alienta y fomenta la denuncia, protegiendo a los denunciantes del sentimiento de perjuicio por hacer una divulgación, para poder llevar a cabo la detección, investigación y acción penal efectivas de las violaciones del Derecho de la Unión de las que resultarán responsables la persona jurídica y también las personas internas o ajenas a la entidad.

La protección de los denunciantes se articula básicamente mediante cuatro garantías: 1) confidencialidad del denunciante (prohibición de revelar su identidad), 2) indemnidad (prohibición de toda forma de represalia); 3) inmunidad (exención de responsabilidad por adquisición de información, revelación de información, o incumplimiento de secreto empresarial; y 4) garantías procesales (inversión de la carga de la prueba y medidas cautelares). Aparte la Directiva prevé sanciones contra quienes incumplen el deber de confidencialidad o tomen represalias contra los denunciantes.

De este modo, la Directiva pretende alcanzar una protección elevada y constante de los denunciantes en toda la UE, y con ello incrementar su actuación en el descubrimiento de prácticas ilícitas o delictivas, así como acentuar los valores éticos en la gestión de la empresa, y una cultura de transparencia y de rendición de cuentas, en pos de la salvaguarda del interés público.

Pero el objetivo de este pequeño informe no es analizar dicho régimen, sobre el que se ha reflexionado con profusión en la doctrina³, sino sobre la figura del denunciado, que no suscita empatía alguna por la realización de comportamientos socialmente desvalorados, y porque su comportamiento ilícito merece un reproche penal. No obstante, vale la pena una mínima atención por

² Considerando 1.

³ Vid, entre otros estudios, SÁEZ LARA, C., *La protección de denunciantes: propuesta de regulación para España tras la Directiva «Whistleblowing»*, Tirant lo Blanch (Valencia), 2020; GOÑI SEIN, J. L., «El sistema europeo de protección del denunciante (*Whistleblower*) de la Directiva 2019/1937, de 23 de octubre», *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, en prensa, último núm. 2021.

cuanto es preciso concretar los derechos de la persona inculpada para tenerlos en cuenta en el proceso de investigación y evitar una invalidación de la prueba y con ella la ineffectividad de las normas frente a la corrupción.

II. EL CONCEPTO DE PERSONA INCULPADA Y LA PROTECCIÓN LEGAL

La «persona afectada», llamada también «persona inculpada» cuando la infracción denunciada tiene una naturaleza delictiva, se define en el artículo 5.10 de la Directiva como «una persona física o jurídica a la que se haga referencia en la denuncia o revelación pública como la persona a la que se atribuye la infracción o con la que se asocia la infracción».

Las denuncias de irregularidades pueden poner en peligro la reputación de una persona, en particular cuando se utiliza de manera superflua o maliciosa. No todas las denuncias tienen sustento real, de manera que deben ser tomadas con cautela. Por ejemplo, en telefónica, de las denuncias recibidas en 2018, solo el 44 % resultaron fundadas. Por ello, las personas señaladas deben estar protegidas, a priori, para evitar daños gratuitos en la reputación u otras consecuencias negativas.

La Directiva aborda la protección de los intereses de las personas inculpadas de dos maneras: en primer lugar, proclamando en el artículo 22 una serie de derechos que deben ser respetados en todas las fases del procedimiento; y, en segundo lugar, estableciendo, en el artículo 23, medidas sancionadoras contra las falsas imputaciones

La Directiva vela por los derechos de las personas afectadas, disponiendo en el apartado 1, que los Estados deben garantizar que «las personas afectadas gocen plenamente de su derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial, así como a la presunción de inocencia y al derecho de defensa, incluido el derecho a ser oídos y el derecho a acceder a su expediente».

Aparte, reconoce, en su apartado 2, el derecho de las personas afectadas a su confidencialidad; esto es, a preservar su identidad mientras la investigación esté en curso, de conformidad con el Derecho nacional. Los Estados miembros deben garantizar a las personas afectadas el derecho a que no se revele la identidad sin su consentimiento expreso a ninguna persona que no sea un miembro autorizado del personal competente para recibir o seguir denuncias.

Y en el apartado 3 la Directiva establece que las normas previstas en los artículos 12, 17 y 18 referidas a la protección de la identidad de los denunciantes se aplicarán también a la protección de la identidad de las personas afectada.

Quiere que la identidad de la persona afectada se garantice igualmente en el diseño y aplicación de los cauces externos, en el registro de denuncias y en la aplicación de los principios sobre protección de datos personales.

Desde otro ángulo, la Directiva pretende garantizar la protección de las personas afectadas introduciendo sanciones disuasorias. El artículo 23 obliga a los Estados miembros a introducir sanciones «eficaces, proporcionadas y disuasorias aplicables a las personas que presenten denuncias o efectúen revelaciones maliciosas a sabiendas, incluidas medidas que permitan compensar a las personas que hayan sufrido daños resultantes de dichas denuncias o revelaciones».

III. LOS DERECHOS DE LA PERSONA INCRIMINADA

1. **Derecho a la confidencialidad a favor de la persona denunciada**

La Directiva contiene en el artículo 22 un compromiso con la confidencialidad de la persona afectada para ocultar su identidad y garantizarle una protección en tanto se sustancia la investigación. Como ya se ha referido anteriormente, el mencionado precepto obliga a las autoridades competentes a velar, de conformidad con el Derecho nacional, «por que la identidad de las personas afectadas esté protegida mientras cualquier investigación desencadenada por la denuncia o la revelación pública esté en curso».

Y es que las denuncias de irregularidades comportan, como ya advirtiera el Grupo de Trabajo del artículo 24 en su Dictamen 1/2006, un riesgo muy grave de estigmatización y persecución de la persona en la organización a la que pertenece, quedando expuesta a tal riesgo incluso antes de que ella misma sea consciente de que ha sido inculpada y se hayan investigado los presuntos hechos para determinar si efectivamente se han producido. Es lógico, por tanto, que se establezca el deber de los gestores de la denuncia de no permitir que se conozca la identidad del denunciado.

2. **Los derechos de protección de datos de la persona afectada: derecho a la información; derecho a acceder al expediente y derecho a la supresión**

El sistema de denuncia de infracciones tiene una clara incidencia en el derecho a la protección de datos, toda vez que se basa en operaciones de recogida y tratamiento de datos de carácter personal, muchas veces, como se acaba de señalar,

lar, con absoluto desconocimiento de la persona afectada. La Directiva es consciente de ello y vela también por que todo tratamiento de datos personales realizado en aplicación de la presente Directiva, incluido el intercambio o transmisión de datos personales por las autoridades competentes, se realice de conformidad con el Reglamento (UE) 2016/679 (RGPD) y la Directiva (UE) 2016/680.

De ello se sigue que el sistema debe garantizar a todas las personas implicadas, y no solo al denunciante, sino también a las personas denunciadas, los derechos reconocidos en la referida normativa de protección de datos y en las disposiciones correspondientes del Derecho nacional (la LOPDGD en nuestro caso).

El principal derecho de protección de datos es el derecho a la información. Antes de la Directiva *Whistleblowing*, el GTA 29 y la AEPD reconocían, al amparo de la Directiva 95/46 de la LO 15/1999 de protección de datos personales, el derecho de la persona inculpada a ser informada de forma expresa, precisa e inequívoca, por la persona a cargo del programa, tan pronto como sea posible después de que los datos relativos a ella hayan sido registrados. Se consideraba que el inculcado debía ser informado por la entidad responsable del programa de denuncia de irregularidades, de los hechos de los que se le acusa, los departamentos y servicios que podrían recibir el informe dentro de su propia sociedad o en otras entidades o sociedades del grupo del que forma parte su sociedad y de cómo ejercer sus derechos de acceso y rectificación⁴.

Hoy este derecho resulta especialmente potenciado y reforzado en el artículo 14 del RGPD, al obligar al responsable del tratamiento a facilitar un contenido más extenso. En consecuencia, las personas inculcadas deberán ser informadas de todas aquellas cuestiones y de las recogidas *ex novo* en el apartado 2 del artículo 14 RGPD. No obstante, este derecho encuentra, una limitación importante en el respeto a la confidencialidad de la identidad del denunciante. Esta no puede ser revelada, y, por tanto, no se podrá obtener información sobre la identidad del denunciante excepto en los supuestos señalados anteriormente, o cuando se trate de una declaración maliciosa. Por otra parte, y en virtud del artículo 14.5.b) RGPD, esta obligación de información puede retrasarse cuando la comunicación de la información pueda imposibilitar u obstaculizar gravemente el logro de los objetivos de tal tratamiento, señaladamente cuando haya necesidad de preservar la prueba evitando su destrucción o alteración por la persona inculcada, sin que pueda demorarse más de un mes (art. 14.3 RGPD). En todo caso, la persona afectada debe poder conocer

⁴ GOÑI SEIN, J. L., «Programas de cumplimiento empresarial (*Compliance programs*): Aspectos laborales», en Mir Puig, S./ Corcoy Bidasolo, M./ Gómez Martín, V. (Dir.), *Responsabilidad de la empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*, Madrid (Edisofer), 2014, p. 405.

en el menor tiempo posible el hecho denunciado a fin de poder defender sus intereses, esto es, tras «un tiempo prudencial en que se lleve a cabo la investigación preliminar de los hechos»⁵.

A las personas inculpidas se les debe reconocer también los derechos de acceso, rectificación, supresión y a la limitación del tratamiento en los términos de los artículos 15,16,17 y 18 RGPD. En la Directiva se garantiza al denunciante la «oportunidad de comprobar, rectificar y aceptar mediante su firma el acta de la conversación» en relación con la denuncia presentada, sin embargo se omite cualquier referencia similar respecto de la persona inculpada. Pero, no cabe desconocer que el RGPD garantiza al interesado la posibilidad de acceder a los datos registrados sobre él, para comprobar su precisión y rectificarlos si no son precisos, si son incompletos o si no están actualizados⁶ y, en consecuencia, parece obvio que la persona afectada podrá acceder a las denuncias presentadas por escrito o mediante la utilización de una línea telefónica u otro sistema de grabación o a sus transcripciones y hacer las alegaciones oportunas en su legítima defensa.

Asimismo, estas personas tendrán derecho a rectificar o suprimir sus datos en caso de naturaleza incompleta, inexacta o falsa de los datos. En relación con la conservación de los datos, el GTA ha venido recomendando la eliminación inmediata, y normalmente en un plazo de dos meses desde la finalización de la investigación de los hechos alegados en el Informe, a fin de evitar que el mantenimiento de los mismos por un periodo superior perjudique los derechos del denunciado y del denunciante. En esta línea, la Directiva ordena que las denuncias se conserven únicamente el período que sea necesario y proporcionado, sin establecer límite máximo alguno. Y en la normativa española, el artículo 24.4 de la LOPDGDD prevé también que la denuncia deberá conservarse «durante el tiempo imprescindible para decidir sobre la procedencia de iniciar una investigación sobre los hechos denunciados», si bien establece un límite temporal de tres meses, añadiendo que «en todo caso, transcurridos tres meses desde la introducción de los datos, deberá procederse a su supresión del sistema de denuncias, salvo que la finalidad de la conservación sea dejar evidencia del funcionamiento del modelo de prevención de la comisión de delitos por la persona jurídica», dejando constancia solo de forma anonimizada. Si los hechos dan lugar a una investigación o a un procedimiento disciplinario, judicial o de otro tipo, pasado ese plazo, los datos deben desaparecer del sistema de denuncia, aunque podrán seguir siendo usados por el órgano de cumplimiento, o el encargado de tratamiento, u otras personas rela-

⁵ MERCADER UGUINA, J., *Protección de datos y garantía de los derechos digitales en las relaciones laborales*, (3.ª edic), Francis Lefebvre, Madrid, 2019, p. 196.

⁶ SÁEZ LARA, C., *La protección de denunciantes: propuesta de regulación para España tras la Directiva «Whistleblowing»*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 259.

cionadas con la tramitación de los procedimientos disciplinarios o judiciales, que en su caso, procedan.

IV. GARANTÍAS PROCESALES DEL DENUNCIADO

La Directiva reconoce a las personas afectadas por la denuncia las mismas garantías procesales que deben ser observadas con relación a cualquier persona inculpada. Se proclama, así, que «sus derechos de defensa y de acceso a vías de recurso deben ser plenamente respetados en cada fase del procedimiento tras la denuncia, de conformidad con los artículos 47 y 48 de la Carta», y que los «Estados miembros deben proteger la confidencialidad de la identidad de la persona afectada y garantizar sus derechos de defensa, incluido el derecho de acceso al expediente, el derecho a ser oído y el derecho a una tutela judicial efectiva contra una decisión que le concierna con arreglo a los procedimientos aplicables establecidos en el Derecho nacional en el contexto de investigaciones o procesos judiciales ulteriores» (considerando 100). Pero es necesario aclarar si esto es así realmente, porque concurren dos elementos que nos hacen dudar: por un lado, la posibilidad de las denuncias anónimas y la obligación de confidencialidad; y por otro lado, el código de funcionamiento de la relación laboral.

1. La denuncia anónima y el derecho de defensa de la persona inculpada

La Directiva no se opone a la admisión de las denuncias anónimas; deja que sean los Estados miembros los que decidan al respecto (art. 6.2). En el Estado español, la denuncia anónima se ha visto tradicionalmente con recelo, sobre todo desde el punto de vista de la protección de datos. La AEPD (Informe Jurídico 128/2007) recomendaba no aceptar las denuncias en que no apareciese identificado el denunciante. En la actualidad, la Ley Orgánica 3/2018, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales acepta, sin embargo, que pueda ponerse en conocimiento de una entidad de Derecho privado, una denuncia anónima de irregularidades a través del canal interno de información (art. 24.1).

El anonimato es «una buena manera de animar a la gente a reportar» denuncias de supuestos hechos delictivos⁷ y a la vez de proteger al alertador. Pero, con carácter general, para iniciar actuaciones penales se exige la identificación

⁷ COLVIN, N.; GALIZZI, BR., y NAD, V., «Cómo proteger mejor a los alertadores». *Guía práctica para trasponer la Directiva europea*, Blueprint Free Speech, p. 21.

y ratificación del denunciante de otro [artículos 267 y 268 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECR)]. De lo que cabe inferir que, como regla general, las «denuncias anónimas no provocan la apertura de una investigación»⁸.

Sin embargo, el Tribunal Supremo, a través de su Sala de lo Penal, ha venido a admitir en su sentencia núm. 35/2020, de fecha 6 de febrero de 2020 (Rec. 2062/2018), la validez de las denuncias anónimas como origen para investigar posibles delitos en el seno de una empresa. Ya en su Sentencia 318/2013, de 11 de abril, Rec. 1098/2012, había declarado que «la cualidad de anónima de una denuncia no impide automáticamente y radicalmente la investigación de los hechos de que en ella se da cuenta, por más que la denuncia anónima deba ser contemplada con recelo y desconfianza», basándose en que «al no proscribirla expresamente la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no puede decretarse su rechazo por principio, máxime teniendo en cuenta la multitud de hechos delictivos de que las autoridades policiales y judiciales son informadas de esta forma por quienes a causa de un temor razonable de represalias, en ocasiones notoriamente feroces y crueles, prefieren preservar su identidad». Y lo ha vuelto a confirmar ahora en el nuevo contexto de la Directiva (UE) 2019/1937, al dar validez a una denuncia anónima que desencadenó una investigación judicial que contribuyó a destapar el fraude que estaban cometiendo varios trabajadores encargados de seleccionar la chatarra, en connivencia con empresas proveedoras de material, al colocar más estériles en la carga, cambiando categorías y beneficiándose de importantes cantidades de dinero⁹.

De ello se deduce que puede seguirse un procedimiento contra el acusado sin que pueda serle proporcionado conocimiento de la identidad del denunciante por una denuncia en la que no consta el denunciante.

Esto, al igual que la confidencialidad que comporta una situación en la que la identidad del alertador no debe ser conocida por el denunciado, tiene pleno sentido como medida de protección de los denunciantes, pero deja algunas cuestiones sin resolver con respecto a los derechos de la persona inculpada: a) la confrontación entre el deber de confidencialidad y el derecho de defensa de la persona afectada; y b) el margen de vigencia en el ámbito privado de los principios de garantía procesal que deben observarse en relación con las personas que son acusadas de conductas delictivas.

⁸ CEREZO CANO, S., «Sobre la validez de la denuncia anónima para descubrir fraudes en las empresas», *LegalToday*, Disponible en: <https://www.legaltoday.com/practica-juridica/derecho-penal/penal/sobre-la-validez-de-la-denuncia-anonima-para-descubrir-fraudes-en-las-empresas-2020-08-31/>.

⁹ MARTÍNEZ MOYA, J., «Denuncia anónima, fraude empresarial e incumplimientos laborales: la jurisprudencia penal se pronuncia sobre el *Whistleblowing*. El fin de la ley del silencio», *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 7/2020.

Entrando en las garantías de defensa de la persona afectada, si bien se puede iniciar una investigación a pesar de desconocer la identidad del autor de la denuncia, es difícil de entender, sin embargo, que la persona denunciada no pueda conocer la identidad del denunciante en el marco de un proceso judicial. El no permitir que se conozca la identidad del recurrente no ya contraviene el genérico derecho a la identificación del denunciante que se desprende de los artículos 267 y 268 de la LECRM, sino que, sobre todo, «compromete los derechos de defensa de la persona inculpada, al enfrentarse a una investigación en la que desconoce la identidad de quien le acusa y la procedencia de la evidencia que contra él se aporta»¹⁰. En tales supuestos, a la persona afectada se le impide el conocimiento efectivo de algo importante relacionado con el hecho que se le atribuye (fiscalizar la credibilidad del denunciante) y, por tanto, el ejercicio del derecho de defensa, lo que compromete de manera clara el desarrollo de un juicio justo y del procedimiento que se lleve a cabo contra él.

La solución a tal dilema, propuesta por la Directiva en el artículo 16.2, pasa por admitir excepciones a la norma de confidencialidad. En concreto, considera que «como excepción» la identidad del denunciante y la información de la que se deduzca, «solo podrá revelarse cuando constituya una obligación necesaria y proporcionada impuesta por el Derecho de la Unión o nacional, en el contexto de una investigación, llevada a cabo por las autoridades nacionales o en el marco de un proceso judicial, en particular para salvaguardar el derecho de defensa de la persona afectada».

En nuestro país, la Ley de Enjuiciamiento Criminal exige la identificación de la persona o entidad siempre que se presente una denuncia o querrela ante las autoridades competentes. No contempla la posibilidad de un proceso judicial en el que no sea revelada la identidad del que presente la denuncia o querrela, salvo en el caso de las denuncias anónimas, en el que su destinatario (ya sea Juez, Fiscal o Fuerzas o Cuerpos de Seguridad), debe valorar su verosimilitud, credibilidad y suficiencia para la incoación de un proceso penal. Si la denuncia no es anónima y da lugar a la incoación de un procedimiento, deberá levantarse la confidencialidad para salvaguardar el derecho de defensa del denunciado¹¹. Es difícil mantener que la identidad del alertador pueda tener acceso al proceso solo excepcionalmente, como quiere la Directiva. El legislador español tiene aquí, por tanto, un difícil problema para colmar una importante laguna legal e incorporar

¹⁰ MARTÍNEZ SALDAÑA, D.; ABRIL MARTÍNEZ, J.; RODRÍGUEZ CELADA, E., y REYES RICO, L., «La protección del “whistleblower” tras la Directiva (UE) 2019/1937, Análisis del nuevo marco jurídico desde la perspectiva del Derecho laboral, público, penal y de protección de datos», Actualidad jurídica Uría Menéndez, núm. 53, 2020, p. 52.

¹¹ *Idem*.

por mandato de la Directiva (UE) 2019/1937, una regulación que precise cuándo es necesaria y proporcionada la revelación, dicho de otra manera, en qué momento del proceso de la investigación la persona afectada debe ser informada de la identidad del denunciante y acceder a los detalles de la alegación, sin que sufra el derecho a la defensa de la persona inculpada.

La Directiva establece, además, que, en todo caso, la revelación de identidad del denunciante, hecha en virtud de la referida excepción, estará sujeta a las salvaguardias pertinentes en virtud de las normas aplicables, y, en particular, a la obligación de informar al denunciante antes de revelar su identidad, salvo que dicha información pudiera poner en peligro la investigación o el procedimiento judicial. Además, cuando la autoridad competente informe al denunciante, le remitirá una justificación escrita en la que explique los motivos de la revelación de los datos confidenciales en cuestión (art. 16.3 de la Directiva).

2. La investigación privada de la denuncia y validez del material probatorio en el proceso penal

La afirmación de los principios del proceso penal en la Directiva, plantea asimismo la importante cuestión de su aplicación al ámbito de la investigación privada en el seno de la organización empresarial. En principio, parece que la Directiva quiere extender las garantías procesales asimismo a la investigación interna. En el preámbulo de la Directiva, se declara que los «derechos de defensa y de acceso a vías de recurso deben ser plenamente respetados en cada fase del procedimiento tras la denuncia, de conformidad con los artículos 47 y 48 de la Carta».

Pero la investigación interna no tiene por qué estar regida por las mismas garantías del procedimiento penal cuando se realiza, por ejemplo, en el marco de un procedimiento estrictamente disciplinario. Nada le impide al empresario llevar a cabo una investigación interna y adoptar una medida sancionadora sin haber escuchado al empleado, ni haber respetado la presunción de inocencia. Las garantías procesales están pensadas básicamente para informar la actividad judicial. Otra cosa es que le interese al empresario que el procedimiento sancionador esté revestido de dichas garantías por diversos motivos, entre otros, para asegurarse la licitud de las pruebas, o para hacer acopio de material para la incoación de un proceso penal o defensa de la persona jurídica cuando se está ante presuntos hechos de naturaleza criminal. Aunque también cabe preguntarse si la Directiva no estará conformando nuevas obligaciones de protección de la persona afectada también en el contexto exclusivamente interno

o laboral del ejercicio de su poder de control y disciplinario para quienes reciben las denuncias.

En efecto, podría decirse que la Directiva, al señalar que aquellas garantías «deben ser respetados en cada fase del procedimiento tras la denuncia», mira también a asegurar que las personas afectadas sean tratadas de manera justa y que sus derechos básicos de presunción de inocencia y de defensa sean respetados. La Directiva abre nuevas obligaciones para quienes reciben las denuncias, no solo de prohibir las represalias contra el alertador, sino la de investigar el contenido de esos reportes¹² con todas las garantías posibles de respeto a las personas afectadas. En este sentido, los Estados miembros estarían obligados a introducir en el ordenamiento interno una serie de principios o garantías de protección de la persona señalada que deberían ser respetados en la investigación interna.

Así, el legislador español, al trasponer la Directiva, deberá resolver qué tipo de derechos deben aplicarse a los denunciados en estos procesos de denuncia interna. A la hora de regular este vacío, una posible solución sería, como ha defendido Nieto Martín¹³, la incorporación de ciertos mecanismos de protección como los del modelo alemán de la responsabilidad penal de personas jurídicas, que exige que la investigación interna se acomode a las reglas del proceso justo (*due process*) lo que implicaría las siguientes garantías: en primer lugar, la advertencia a los empleados de que van a ser «entrevistados» y que la información que aporten puede ser utilizada en su contra en un proceso penal contra él; en segundo lugar, el derecho de los investigados a contar con un abogado durante los interrogatorios o, como alternativa, con un miembro del comité de empresa.; y, en tercer lugar, el respeto al derecho a no declarar contra uno mismo, no solo para él sino también para los parientes de modo similar a como se establece en el derecho procesal penal alemán. La incorporación de estas u otras garantías en el marco de un programa de cumplimiento daría credibilidad al sistema de denuncias interno y confianza a los denunciantes, y eventualmente podría servir de exoneración de responsabilidad criminal en algunas conductas delictivas que podrían, incluso, implicar a la propia persona jurídica.

Ello al margen, en las investigaciones privadas deberán tenerse en cuenta los cánones de enjuiciamiento adoptados por la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y por el Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo españoles en orden a delimitar la facultad de control tecnológico del empre-

¹² COLVIN, N.; GALIZZI, BR., y NAD, V., 2020, p. 26.

¹³ NIETO MARTÍN, A., «Reforma del proceso penal y regulación de las investigaciones internas, Almacén de Derecho», abril 2020, Disponible en: <https://almacenderecho.org/reforma-del-proceso-penal-y-regulacion-de-las-investigaciones-internas>.

sario, señaladamente en lo relativo al acceso a las comunicaciones electrónicas del empleado. La Sentencia de la Gran Sala del TEDH de 5 de septiembre de 2017 en el caso *Barbulescu II* ha establecido unos factores de ponderación, que se configuran como premisas de inexcusable concurrencia, de forma que no cabe una investigación en el dispositivo facilitado por la empresa si el trabajador no ha sido advertido del uso del ordenador y de la posibilidad de control del medio informático, y si además la medida no era necesaria y había otras alternativas menos invasivas y no había sospechas que justificasen la injerencia. La omisión de estas garantías haría que la prueba obtenida deviniese nula por violación del derecho al secreto a las comunicaciones o de la expectativa de privacidad y, por tanto, inservible en el propio plano laboral a efectos de una posible sanción disciplinaria, y por supuesto también en el proceso penal.

No obstante, y pese a la conexión antedicha, debe ponerse de manifiesto la sorprendente paradoja que supone la posición mantenida por la Sala II del Tribunal Supremo con respecto a la Sala IV del TS y el Tribunal Constitucional sobre la valoración de las pruebas obtenidas en las comunicaciones electrónicas sin intervención judicial. Entiende la Sala de lo Penal que el artículo 18.3. CE no contempla ningún supuesto de excepción de la reserva judicial de las comunicaciones electrónicas, por lo que las pruebas obtenidas sin dicha autorización carecen de validez (STS Sala II, núm. 528/2014). Sin entrar en mayores consideraciones por razones de alcance de este trabajo, surgen de inmediato varias preguntas: ¿la violación de un derecho fundamental, como el secreto de las comunicaciones, es susceptible de existir para el Derecho Penal y no existir a la vez para el Derecho Laboral y Constitucional? ¿No es paradójico que una investigación interna ejecutada según los cánones del TEDH y del TC sea legítima y, sin embargo, cuando el investigado legítimamente despedido presenta una denuncia o querrela la investigación se convierta en una conducta delictiva por haberse practicado sin la pertinente autorización judicial? ¿Están las empresas condenadas a recabar la autorización judicial siempre antes de iniciar una investigación interna en los dispositivos electrónicos del empleado, so pena de incurrir un delito? ¿Qué relevancia tiene para el orden jurisdiccional penal la doctrina del TEDH que legitima el acceso al correo aun sin autorización judicial?

En otro orden de cosas, el Tribunal Supremo (Sala II) ha analizado la viabilidad de las investigaciones internas realizadas al margen de la autoridad judicial desde la necesaria salvaguarda de las garantías procesales. En la Sentencia 116/2017, de 23 de febrero (caso *Falciani*) viene admitiendo elementos de prueba provenientes de terceros que sirven de base para el inicio de un proceso penal, estableciendo una clara distinción entre las fuentes de pruebas

con absoluta desconexión de toda actividad estatal y ajena en su origen a la voluntad de prefabricar pruebas y las que tienen vinculación con el *ius puniendi* del Estado. Aunque rechaza la incondicional aceptación de las fuentes de prueba ofrecidas por un particular, matiza que el ejercicio de la función jurisdiccional solo se ajusta al modelo constitucional cuando se asienta sobre los principios que definen el derecho a un proceso con todas las garantías. Afirma la Sala que «el particular que por propia iniciativa desborda el marco jurídico que define la legitimidad del acceso a datos bancarios, ya actúe con el propósito de lograr un provecho económico, ya con el de fomentar el debate sobre los límites del secreto bancario, no lo hace en nombre del Estado. No rebasa el cuadro de garantías que define los límites constitucionales al acopio estatal de fuentes de pruebas incriminatoria». Ahora bien, «el ciudadano que busca acopiar datos probatorios para su incorporación a una causa penal tiene que percibir el mensaje de que no podrá valerse de aquello que ha obtenido mediante la consciente y deliberada infracción de derechos fundamentales de un tercero». Tras lo expuesto habría que entender, por tanto, que un elemento de prueba de una investigación interna si es introducido en el proceso penal como pieza del Estado al servicio de una investigación penal, deberá ajustarse a las reglas de investigación penal o de lo contrario no surtirá efecto¹⁴.

VI. PROTECCIÓN DE LA PERSONA AFECTADA FRENTE A LA ACUSACIÓN FALSA:

1. Sanciones aplicables al denunciante

La Directiva quiere asegurar la protección de las personas afectadas por falsas imputaciones también mediante el mecanismo de la exigencia de imposición de sanciones. Por ello obliga a los Estados miembros a establecer sanciones eficaces, proporcionadas y disuasorias aplicables a las personas que presenten denuncias o efectúen revelaciones maliciosas a sabiendas, incluidas medidas que permitan compensar a las personas que haya sufrido daños resultantes de dichas denuncias o revelaciones (art. 23 Directiva).

Estas sanciones no solo tratan de proteger a la persona falsamente acusada, sino «de impedir nuevas denuncias maliciosas y de preservar la credibilidad

¹⁴ Vid. TORRENT, I.; SANTAMARIA, J. M., y PÉREZ GIL DE GÓMEZ, L., «Análisis de la Directiva Europea de *Whistleblowing* y de principales retos de la nueva regulación. El caso de España», *Derecho PCUP*, núm. 85, 2020, pp. 107-9.

del sistema» (considerando 102). Normalmente, las legislaciones nacionales suelen prever sanciones apropiadas por la divulgación pública de información falsa sobre un individuo o una persona jurídica. En nuestro caso está previsto en el Código Penal que tipifica en los artículos 205 a 216 los delitos de injurias y calumnias. De forma que, si alguien de forma desleal le atribuye la comisión de conductas irregulares, el acusado podrá acudir a la vía judicial e instar el oportuno procedimiento de injurias o calumnias.

Es importante, de todas formas, que las sanciones por denuncias de abusos sin fundamento sean proporcionadas y ajustadas al grado de abuso del sistema, porque, si son muy elevadas, pueden suponer un desincentivo para aquellos otros que tratan de hacer un uso debido y socavar todo el propósito de la Directiva¹⁵.

2. Reparación del daño

Asimismo, la Directiva articula el derecho de «toda persona que sufra un perjuicio, ya sea directa o indirectamente, como consecuencia de la denuncia o la revelación pública de información inexacta o engañosa» a «gozar de la protección y las vías de recurso de que disponga con arreglo a las normas de Derecho nacional común». En caso de que dicha denuncia o revelación pública inexacta o engañosa haya sido efectuada de forma deliberada y consciente, se considera que «las personas afectadas deben tener derecho a ser indemnizadas de conformidad con el Derecho nacional» (considerando 101).

Aunque la Directiva omite toda referencia a ello, la acción civil por daños procedería, en particular, en los supuestos de obtención, utilización o revelación de secretos empresariales cuando se considere ilícita por no cumplir las condiciones previstas en el artículo 5 de la Directiva (UE) 2016/94; es decir cuando no concorra ninguno de los siguientes supuestos: a) ejercicio de la libertad de expresión e información, b) poner al descubierto alguna falta o irregularidad o actividad ilegal, en defensa del interés general. Es preciso recordar que la Directiva *Whistleblowing* declara lícita la revelación de secretos solo cuando se cumplen las condiciones establecidas en ella, pero no cuando la denuncia se hace al margen de la Directiva (art. 21.7).

No obstante, el derecho de reparación civil, como el defensa de las personas afectadas por la denuncia se ven seriamente comprometidos, como se ha señalado antes, por el anonimato y el respeto al deber de confidencialidad del

¹⁵ COLVIN, N.; GALIZZI, BR., y NAD, V., 2020, p. 27.

alertador, porque si su identidad no puede ser conocida por las personas afectadas, es evidente que sufren su derecho de defensa y naturalmente su posibilidad de ejercer la acción civil por daños. Por eso, los procedimientos de denuncia deben ser cuidadosamente regulados para asegurarse de que se respetan también los derechos de las personas afectadas cuando se hacen falsas o temerarias acusaciones o se revelan secretos empresariales de forma totalmente ilícita.

LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y EL *IN DUBIO PRO REO*

JULIO GONZALO MIRANDA*

I. INTRODUCCIÓN

La posibilidad de homenajear a la Profesora Mirentxu Corcoy me llena de orgullo. Mis más importantes logros académicos los alcancé bajo su tutela y el camino personal transitado a la par de mi formación hubiera sido muy distinto sin su presencia en la escena de mi vida.

El trabajo que aquí expresaré responde a algunas de sus inquietudes de los últimos años, situadas en un plano más cercano al proceso penal que a la dogmática. Ello refleja su papel determinante en el acercamiento entre las distintas ramas de las ciencias penales cuya labor no es facilitada por los programas académicos españoles.

En el caso de la Profesora Corcoy su rol fundamental en la formación de estudiantes de uno y otro lado del Océano Atlántico permitió esa expansión que, considero, debe acrecentarse cada vez más en pos de garantizar los derechos fundamentales desde el primer momento de intervención del sistema de justicia penal.

Como expresión de ello el estudio de la presunción de inocencia y su confrontación con el *in dubio pro reo* ayuda tanto a la práctica como a la teoría a representar las ideas respecto del principio que, a mi juicio, funciona como pilar de todo el sistema.

* Doctor en Derecho, Universitat de Barcelona. Abogado, UBA. Fiscal General Federal, Ministerio Público, Argentina.

II. LA DELIMITACIÓN DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y EL *IN DUBIO PRO REO*

La asimilación del *in dubio pro reo* con la presunción de inocencia ya era considerada en los textos históricos que lo expresaban como manifestación de esta, al identificarse los momentos de aparición de las reglas que de él emanan –las que debían regir la duda del juez– con la evolución del principio. De hecho, el propio TC español ha repetido a menudo en su primera jurisprudencia que la presunción de inocencia reconocida en el texto constitucional suponía la constitucionalización del *in dubio pro reo*, tradicionalmente presente en el derecho procesal penal a nivel legislativo¹.

Para quienes unifican estos dos brocados, resulta fundamental lo considerado por el TEDH² cuando afirma que la presunción de inocencia supone que cualquier duda acerca de la culpabilidad del acusado debe interpretarse a su favor. Este fue entendido históricamente como el sentido de la regla de juicio en el proceso penal.

Se ha sostenido que en los casos en que el Ministerio Público no llega a presentar hechos probados que permitan efectuar la valoración material del proceso penal, el principio de inocencia analizado ha de ser el fundamento para la finalización de la actuación estatal, absolviendo³. Así, para una parte de la doctrina, el estudio de la adecuada actividad probatoria dentro del trámite del proceso es efecto de la presunción de inocencia de la cual el *in dubio pro reo* formaría parte, en cuanto máxima consistente en el mandato de absolución de un procesado por duda o incertidumbre sobre su responsabilidad⁴.

¹ Cfr. FERRER BELTRÁN, J., «Una concepción minimalista y garantista de la presunción de inocencia», *Revista de la Maestría en Derecho Procesal*, PUCP, vol. 4, núm. 1, 2010, p. 2. Más tarde, como veremos, el propio Tribunal ha modificado su doctrina sobre la relación entre la presunción de inocencia y el principio del *in dubio pro reo*.

² Casos *Barberá, Messeguer y Jabardo v. España*, de 16 de octubre de 1986, núm. 10590/83 y *Telfner v. Austria*, de 20 de marzo de 2001, núm. 33501/96.

³ Cfr. YON RUESTA, R., y SÁNCHEZ MÁLAGA, A., «Presunción de inocencia y Estado de Derecho», *Revista Themis*, núm. 51, 2005, p. 146; LOZA ÁVALOS, C., «La prisión preventiva frente a la presunción de inocencia en el NCP», www.lozavalos.com.pe, Lima, febrero 2013, p. 7.

⁴ BACIGALUPO, E., «Presunción de inocencia, “in dubio pro reo” y recurso de casación», *ADPCP*, 1988, p. 368, al estudiar el recurso de casación en España, forma parte de los autores que se oponen a la distinción entre *in dubio pro reo* y presunción de inocencia, ya que sostiene que el resultado de la jurisprudencia importa una contracción del significado de la garantía a la simple exigencia de que se practique prueba antes del dictado de la sentencia y que tal concepción «minimizada» de la presunción de inocencia a la que se amputa expresamente el principio *in dubio pro reo* que históricamente era considerado como integrante de aquella, difiere sustancialmente no solo de la que el TC había establecido expresamente en la STC 31/1981, sino también de la definición que subyace al artículo 6.2 del Convenio Europeo para la Protección de los DDHH y Libertades Fundamentales, en el que se entiende que la culpabilidad del acusado se deberá probar por el acusador y toda duda juzgará a su favor.

El artículo 6.2 de la Directiva Europea 2016/343 establece que «los Estados miembros garantizarán que cualquier duda sobre la culpabilidad beneficie siempre al sospechoso o acusado» recogiendo la expresión clásica del brocardo. Por ella no solo hay que absolver cuando no haya prueba sino cuando, habiéndola, existan dudas sobre la culpabilidad. Más allá de ello, la Dir. 2016/343 aporta poco.

El TC también ha sostenido repetidamente el estatus de regla de juicio de la presunción de inocencia, cuya función supondría además la constitucionalización del estándar de prueba penal. Así, la presunción de inocencia impondría la obligación de absolver si el resultado de la valoración de la prueba no alcanza el estándar de prueba indicado⁵ mas, como veremos muy pronto, esta es una cuestión que hay que diferenciar.

La mera declaración principialista de que ante la duda hay que absolver, no resuelve el problema que se busca atacar con la construcción del derecho a la presunción de inocencia (la injusticia, la imparcialidad, la atávica tendencia a la condena⁶) pues, «como nos dijo Kelsen, un derecho sin garantías no es un derecho»⁷.

Por ello, para otro sector de la doctrina el alcance de ambas máximas se encuentra delimitado y responde a reglas diferenciadas⁸. La jurisprudencia actual del TC aclara las razones por las que se realiza hoy la distinción, pese a haber sostenido primero que la presunción de inocencia venía siendo un mero principio teórico del derecho –en el ámbito de la jurisdicción criminal– a través del axioma *in dubio pro reo*, relacionado con la valoración benigna de las pruebas en caso de incertidumbre.

Con la modificación de esa histórica interpretación se reconoce su aplicación como regla de juicio solo en las ocasiones en que no ha existido en el proceso una mínima actividad probatoria que fundamente la posible condena.

⁵ Cfr. FERRER BELTRÁN, 2010, p. 18.

⁶ NIEVA FENOLL, J., *La duda en el proceso penal*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 72 ss.

⁷ GUERRERO PALOMARES, S., «La presunción de inocencia en la actualidad», ponencia desarrollada el 12 de mayo de 2017 en San Sebastián en el Curso denominado «Las garantías del proceso penal a la luz de la normativa de la Unión Europea y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», organizado por el Instituto Vasco de Criminología y el Ararteko (Defensoría del Pueblo Vasco) publicada en http://www.ararteko.net/RecursosWeb/DOCUMENTOS/1/4_4243_3.pdf, pp. 10-11.

⁸ Un sector de la literatura distingue la presunción de inocencia del *in dubio pro reo* a través de la diferencia entre el momento de establecimiento de la relación causal y el del juicio de imputación, entre ellos la profesora CORCOY BIDASOLO, M., «La distinción entre causalidad e imputación objetiva y su repercusión en el proceso. Presunción de inocencia e *in dubio pro reo*», en *La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, Madrid (Ed. Tecnos), 2002, p. 604.

Aquí concuerdo con la consideración de Corcoy Bidasolo⁹, que reposa sobre un gran respaldo jurisprudencial¹⁰, cuando sostiene que el principio de presunción de inocencia se vulnera siempre que no se hayan acreditado suficientemente los hechos sobre los que debe recaer la posterior valoración jurídica, a través de la actividad probatoria de cargo, pudiendo invocarse la vulneración si el proceso deductivo de la sentencia es arbitrario, irracional o absurdo¹¹.

Así, mientras que la presunción de inocencia requiere que se practiquen todas las pruebas que se estimen pertinentes, el principio *in dubio pro reo* entra en juego posteriormente cuando, una vez practicadas aquellas, para el juez se mantiene la duda sobre cómo, quién o en qué condiciones se produjeron los hechos. Por tanto, este despliega su eficacia en el momento de la valoración de la prueba practicada por parte del órgano juzgador que debe resolver. Si examinados y valorados los hechos mantiene dudas, su resolución siempre ha de ser favorable al acusado (en ocasiones supondrá la absolución pero también puede significar la no aplicación de circunstancias agravantes o de un tipo privilegiado¹²).

Por ello es interesante lo analizado por Nieva Fenoll, en cuanto afirma que el principio *in dubio pro reo* está dirigido al juez¹³ ya que esta valoración pertenece a las facultades del juzgador de instancia y, por consiguiente, partiendo del principio de libre valoración de la prueba¹⁴ la resolución solo puede ser objeto de recurso por infracción de este principio cuando ella carece de apoyo en todo el conjunto probatorio practicado en el acto del juicio oral o es contraria a las reglas de la lógica.

Ahora bien, Corcoy Bidasolo se diferencia de Nieva Fenoll al delimitar, a mi juicio acertadamente, que el principio *in dubio pro reo* es de aplicación únicamente en el juicio sobre la concreta situación que se ha realizado, pero no

⁹ CORCOY BIDASOLO, 2002, p. 597, refiere que la confusión entre relación causal e imputación objetiva adquiere especial relevancia en relación con el principio de presunción de inocencia que solo afecta a la causalidad más no a la imputación objetiva. Así, la imputación objetiva, en cuanto se concibe como la valoración por el juez de los hechos probados, no resultaría afectada por el principio de presunción de inocencia sino por la exigencia de motivación y congruencia y por el principio *in dubio pro reo*. Por consiguiente, la validez de una ley causal general no puede remitirse a la cuestión de la libre valoración de la prueba, sino que el juez debe decidir si las razones expuestas por los peritos son suficientes para aceptar esa ley causal.

¹⁰ Entre muchas otras, las SSTC 175/1985; 229/1988; 94/1990; 244/1994; 49/1998; 180/2002, y 284/2006.

¹¹ CORCOY BIDASOLO, 2002, p. 601.

¹² Cfr. BALSELLS CID, M., *Diferencias entre el derecho a la presunción de inocencia y el principio in dubio pro reo*, Barcelona: <http://www.eljurista.eu/2014/11/11/diferencias-entre-el-derecho-a-la-presuncion-de-inocencia-y-el-principio-in-dubio-pro-reo/>, p. 2.

¹³ NIEVA FENOLL, J., «La razón de ser de la presunción de inocencia», *InDret*, enero 2016, p. 14.

¹⁴ Normativamente: artículo 741 LECrim, artículo 295 CPCH y artículo 134 del nuevo CPPF argentino, a modo de ejemplo.

respecto de la hipotética, con lo que, «por la falta de prueba fehaciente de esta relación hipotética, no se puede entender infringido este principio, ni conculcados otros principios y garantías político-criminales»¹⁵.

Con la utilización conceptual de causalidad e imputación objetiva la Catedrática de la Universitat de Barcelona da una respuesta coherente a la distinta naturaleza de una y otra institución y, sobre todo, señala las consecuencias que de estas diferencias se extraen en relación con la teoría del delito y, muy especialmente, su repercusión en el proceso¹⁶. Así, desde esta relación entre la teoría del delito y el proceso penal, que resulta necesaria para un adecuado estudio y aplicación del sistema de justicia en forma integral, se arriba a conclusiones que resultan contundentes en esta discusión¹⁷.

Ya Montero Aroca¹⁸ reconocía que, «aunque ha existido alguna confusión doctrinal», el principio *in dubio pro reo* no forma parte de la presunción de inocencia, sino que debe ser incardinado en la valoración de la prueba. Por ello este brocardo atiende a aquellos casos en los que, a la vista del resultado de la prueba practicada, el tribunal no alcanza un juicio de certeza de naturaleza inculpativa para el inculpado (de modo que entonces se impone la absolución, o la no concurrencia de la circunstancia agravante).

Por ello, pese a la historia en común hoy se observa claramente que, en cuanto al proceso penal y en términos de análisis probatorio, los principios estudiados operan en momentos distintos. La jurisprudencia ya ha tenido ocasión de pronunciarse al respecto y marca la diferencia entre ambos¹⁹ con una finalidad práctica.

¹⁵ CORCOY BIDASOLO, 2002, p. 613.

¹⁶ *Ibidem*, p. 615.

¹⁷ Aun así, NIEVA FENOLL, 2016, p. 4, al sostener que ningún autor ha conseguido demostrar que no estén basados en la misma idea de que los reos deben ser considerados inocentes antes de ser condenados señala, al igual que otros autores (NOGUEIRA ALCALÁ, H., «Consideraciones sobre el derecho fundamental a la presunción de inocencia», *Revista Ius et Praxis*, 11 (1), 2005, p. 237, sostiene que ambos principios se vinculan armónicamente, ya que la prueba insuficiente lleva a una sentencia absolutoria del imputado. TOMÁS Y VALIENTE, F., «In dubio pro reo, libre apreciación de la prueba y presunción de inocencia», *Revista Española de Derecho Constitucional* núm. 20, 1987, p. 25, sostiene que la consagración de la presunción de inocencia como derecho fundamental proscribiera la condena en la duda porque establece el hecho inicialmente cierto de que todo hombre es inocente. CLEMENTE CASAS, I., *Tres preguntas sobre el derecho a la presunción de inocencia: eficacia antes del juicio, fraudes «carrusel» de IVA e imputación de autoría dentro de organizaciones empresariales*, Universidad Rey Juan Carlos, 2009, p. 6, también identifica la presunción de inocencia con el *in dubio pro reo* continúa asimilando conceptualmente ambos principios y descarta por completo la distinción basada en que el *in dubio pro reo* está centrado en el momento en que el juez debe dictar sentencia, por considerar que ningún juez puede aislar su juicio por fases del proceso, sino que se va formando una opinión sobre lo acaecido durante su celebración. NIEVA FENOLL, 2013, p. 62. Este autor, de hecho, (*ibidem*, p. 67) dota de contenido a la garantía bajo estudio sobre la base de que si existen dudas no se puede condenar.

¹⁸ MONTERO AROCA, J., *Proceso penal y libertad*, Navarra (Ed. Thomson Civitas), 2008, p. 419.

¹⁹ SSTS 277/2013; 346/2009; 936/2006; 16/2000; 103/1995; 63/1993, y 44/1989.

III. UNA ÚTIL DISTINCIÓN PRÁCTICA Y LA CUESTIÓN CASACIONAL

En apoyo a la distinción antes esbozada, el TS²⁰ complementó la razón de la misma al realizar una clara separación de las fases perfectamente escindibles que tienen lugar dentro del proceso de análisis de las diligencias probatorias:

«1.º Una primera de carácter objetivo que podría calificarse de constatación de existencia o no de verdaderas pruebas, fase en la que a su vez habría que diferenciar dos operaciones distintas: a) precisar si en la realización de las diligencias probatorias se han adoptado y observado las garantías procesales básicas; b) precisar si, además, tales diligencias probatorias suponen o aportan objetivamente elementos incriminatorios o de cargo. 2.º Una segunda fase de carácter predominantemente subjetiva, para la que habría que reservar “stricto sensu”, la denominación usual de “valoración del resultado o contenido integral de la prueba”, ponderando en conciencia los diversos elementos probatorios, en base a los cuales se forma libremente la conciencia del Tribunal.»

Una vez considerado esto se deduce que, en la primera fase, operaría la presunción de inocencia y, en la segunda, el principio *in dubio pro reo*. Y ello es así porque la primera se desenvuelve en el marco de la carga probatoria en tanto y cuanto en virtud de esta se debe determinar que existe prueba de cargo obtenida con arreglo a las garantías procesales y que ella tiene contenido incriminatorio²¹.

Una vez superada esta etapa y concretado si existe prueba o no, entrará en juego el *in dubio pro reo* que presupone la previa existencia de pruebas y se desenvuelve en el campo de la estricta valoración de las mismas, debiendo el Tribunal considerar la eficacia demostrativa de ellas, y si no consigue una convicción sobre la verdad de los hechos, deberá absolver al acusado por aplicación de este precepto.

Por ello, como ha señalado la jurisprudencia en muchas sentencias, ambos preceptos cuentan con una diferencia *esencial* para su aplicación y radica en el hecho de que el *in dubio pro reo* «en tanto que perteneciente al convencimiento íntimo o subjetivo del órgano judicial, ni está dotado de la protección del recurso de amparo, ni puede en modo alguno ser objeto de valoración por este Tribunal cuando el órgano judicial no ha albergado duda alguna acerca del carácter incriminatorio de las pruebas practicadas»²².

Así pues, se podrá invocar vulneración del *in dubio pro reo* cuando el Juez o Tribunal *a quo* haya expresado sus dudas acerca de la culpabilidad de

²⁰ STS 1218/2004, de 2 de noviembre.

²¹ Cfr. BALSELLS CID, 2014, p. 3.

²² STS 147/2009, de 15 de junio, entre otras.

una persona porque las pruebas no han logrado su convicción y, aun así, procedió a condenarla. El derecho a la presunción de inocencia se podrá invocar, por su parte, cuando las diligencias probatorias no se hayan practicado conforme a la ley o cuando no aporten elementos de incriminación suficiente para ser valorados.

Por lo tanto, y a pesar de la familiar relación que guardan ambos, y aunque uno y otro sean manifestación de un genérico *favor rei*, existe una diferencia sustancial entre ellos, de modo que su alcance no puede ser confundido.

El principio *in dubio pro reo* no constituye base de ningún derecho fundamental, ni puede compararse con el derecho a la presunción de inocencia, ya que se encuentra ínsito en los criterios valorativos que deben seguir los jueces cuando ponderan los elementos del delito, con independencia de que exista prueba válida para condenar y se excluye cuando el órgano judicial no ha expresado dudas sobre el carácter incriminatorio de las pruebas practicadas²³ o sobre el cumplimiento del estándar de prueba correspondiente²⁴.

Pese a la referida distinción, el *in dubio pro reo* no deja de ser considerado como un principio del Derecho Penal Constitucional. Teniendo en cuenta siempre que la duda «afecta a la propia existencia del hecho ilícito, las circunstancias de dicho hecho, la participación del acusado y, en definitiva, cuanto concierne a algún elemento fáctico relevante»²⁵, esto tiene efecto a la hora de presentar recursos de casación o de amparo, ocasión en que se tiene que individualizar la garantía conculcada²⁶.

A su vez, se podría pensar que si el principio *in dubio pro reo* opera en la fase de valoración de la prueba, lo que va a hacer el Tribunal *ad quem* será valorar de nuevo la prueba. Sin embargo ello no necesariamente es así porque el principio *in dubio pro reo* tiene una dimensión normativa y una dimensión fáctica. El TS ha diferenciado en este sentido²⁷:

«Respecto a la vulneración del principio “*in dubio pro reo*”, este, tiene dos dimensiones: una dimensión normativa y una dimensión fáctica. Esta última hace referencia al estado individual de duda de los jueces, y por lo tanto debe quedar

²³ Por todas, la STC 137/2005, de 23 de mayo.

²⁴ FERRER BELTRÁN, 2010, p. 23.

²⁵ SSTS de 29 de noviembre de 2006 y 28 de septiembre de 2004.

²⁶ No obstante, esta clara distinción entre presunción de inocencia e *in dubio pro reo* y el momento en que opera cada uno –y por ende el momento en que debe alegarse en fase de recurso– puede suscitar sorpresa ante la realidad de que los tribunales de casación, e incluso los de apelación, no entran a analizar la valoración de prueba que ha hecho el Juez o Tribunal de Instancia ya que a aquellos les falta un requisito esencial del juicio oral, la inmediación. Cabe decir sin embargo que la naturaleza del recurso de casación y la del recurso de amparo requieren un análisis que excede por mucho los límites de esta investigación.

²⁷ ATS de 3 de junio de 2004.

fuera de la casación, y la dimensión normativa se manifiesta en la existencia de una norma que impone a los jueces la obligación de absolver cuando no se hayan podido convencer de la culpabilidad del acusado o de condenar por la hipótesis más favorable al mismo, por lo que en esta dimensión, como norma sustantiva no simple norma interpretativa que el Tribunal debe observar en aplicación de la Ley penal, la infracción del principio "*in dubio pro reo*" sí debe dar lugar a la casación, y en su caso, incluso, al recurso de amparo constitucional artículo 24.2».

La aclaración de esta confusión es trascendente, teniendo en cuenta el grave peligro que pueden correr los justiciables, al momento de ser representados en un proceso (tanto como víctimas o como sospechados de un ilícito).

Cabe distinguir de acuerdo con esta jurisprudencia ambos aspectos del principio. Así, en cuanto a lo primero, el *in dubio* significa un estado de duda del juzgador que no puede revisarse en casación (la duda existe o no existe, y ello depende de la convicción individual del juez encargado de enjuiciar). Por el contrario en su aspecto normativo el principio significa que acreditada la duda del juzgador es un imperativo para él absolver, y si no lo hace entonces la condena sí puede ser revisada²⁸.

IV. CONCLUSIONES

En síntesis la presunción de inocencia, a diferencia de cómo es entendida en la cultura jurídica anglosajona, no requiere que el Juzgador llegue a un estado de convicción que despeje toda duda razonable acerca de la culpabilidad del acusado²⁹. Basta, conforme lo expuesto, con que se haya aportado en el juicio oral una *mínima actividad probatoria de cargo*. Y el control de constitucionalidad sobre la eventual lesión del derecho fundamental a la presunción de inocencia se detiene en esa mínima comprobación. Todo lo demás pertenece a la función jurisdiccional de juzgar y forma parte de la valoración de la prueba por parte de los integrantes del poder judicial³⁰.

Y es en este ámbito de la valoración de la prueba donde se afirma el *in dubio pro reo* como un principio general del Derecho dirigido al juzgador como norma de interpretación, conforme al cual, en aquellos casos en los que a pesar de haberse realizado una actividad probatoria normal, si la prueba

²⁸ Cfr. CHOCLAN MONTALVO, J. A., «El derecho constitucional a la presunción de inocencia», en CGPJ-Escuela Judicial, *Derechos procesales fundamentales*, 2004, p. 649.

²⁹ CHOCLAN MONTALVO, 2004, p. 648.

³⁰ Conforme a lo establecido en el artículo 117.3 CE y las normas análogas.

hubiere dejado dudas en el ánimo del juzgador sobre la existencia de la culpabilidad del acusado, deberá dictarse sentencia *pro reo*, absolutoria.

Debe remarcarce tras esta distinción que, a diferencia de la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, el principio *in dubio pro reo* solo tiene acceso a la casación cuando resulte vulnerado su aspecto normativo, es decir «en la medida en lo que está acreditado que el Tribunal ha condenado a pesar de su duda»³¹. Solo cuando el Tribunal expresa directa o indirectamente su duda, y no puede descartar con certeza que los hechos hayan ocurrido de manera distinta y más favorable al acusado, pero, a pesar de ello, adopta la versión más perjudicial al mismo, puede decirse que se ha vulnerado el principio *in dubio pro reo*³².

En definitiva, el reconocimiento histórico de la aplicación del *in dubio pro reo*, incluso antes de la inclusión constitucional de la presunción de inocencia en España, a la que le sirvió como antecedente, y el importante arraigo de aquel en nuestra tradición jurídica –cuyo fundamento puede situarse en los principios *nulla poena sine crimine* y *nullum crimen sine culpa*–, que permitió superar, junto con otros, la estructura procesal inquisitiva del Antiguo Régimen, durante el cual sufrió un largo paréntesis, no obsta a considerar ambas premisas por separado en la actualidad –tal como se distingue ya hace tiempo en España³³– lo que ayuda a la efectiva aplicación de una y otra en superación de considerarlas meras máximas que aconsejan al juez.

La inclusión de la presunción de inocencia en la CE reavivó el debate, fortaleció a ambos principios y estableció su separación como mejor ámbito de aplicación concreta más allá de su vinculado origen, lo cual desde mi posición es aconsejable para una mejor comprensión y utilidad práctica actual, no ya como consejo a los jueces sino como reglas jurídicas de aplicación obligatoria que responden, como vimos, a buenas razones prácticas y también conceptuales para su diferenciación.

Aunque ambos constituyen manifestaciones del principio genérico *favor rei*, cada uno de ellos opera hoy en circunstancias diversas, y esa evolución debe ser considerada un avance de su concepción para un mejor ejercicio de los derechos y un abandono del mero debate académico y teórico que no aporte más que al plano intelectual.

³¹ STS de 1 de diciembre de 1992.

³² STC 30/1981; STS 23 de octubre de 1996.

³³ En Italia se asume la identidad entre ambas figuras dentro de su función de regla de juicio, y en Alemania también se identifican, cfr. FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., *Presunción de inocencia y carga de la prueba en el proceso penal*, tesis doctoral, Universidad de Alicante, 2004, p. 255.

Así, la presunción de inocencia se corresponde a un criterio objetivo y el *in dubio pro reo* es netamente subjetivo –en el que incluso puede admitirse que el tribunal está llamado a dudar razonablemente en función de las pruebas existentes–, ya que alude a un estado de duda³⁴ y se vincula con los sistemas de valoración probatoria. La inclusión del *in dubio pro reo* dentro de la presunción de inocencia para darle anclaje constitucional mas luego dejarlo fuera del control casacional no hace más que empeorar las cosas, impidiendo un desarrollo autónomo de la regla verdaderamente contrastable para su cumplimiento por parte de los tribunales inferiores.

Si bien la distinción responde a una necesidad práctica de los tribunales, no por ello debe menospreciarse las objeciones que a ello se plantean³⁵. Al contrario, si las posiciones de índole conceptual no han logrado revertir esa distinción, aun viéndose perturbadas en su más pura conciencia, su misión no debiera ser la de confundir más a los aplicadores sino entregar herramientas para que estos puedan cumplir acabadamente la protección del derecho de defensa en juicio.

³⁴ FERNÁNDEZ LÓPEZ, 2004, p. 259.

³⁵ A las cuales se suma ANDRÉS IBÁÑEZ, P., «Presunción de inocencia y prisión sin condena», *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 18, 1996, p. 24, nota 25, para quien las razones pragmáticas que llevaron al TC a establecer filtros en el acceso al recurso de amparo derivan en perturbadoras consecuencias de índole conceptual.

EL PROCESO PENAL ACTUAL: ENTRE LA FE Y LA TECNOLOGÍA

JORDI NIEVA FENOLL*

I. INTRODUCCIÓN

Hace tiempo que más allá de evoluciones doctrinales en el terreno epistemológico sobre todo¹, una parte de la población está sintiendo que algo no cuadra en el proceso judicial, particularmente en el proceso penal. Se observa en las redes sociales con frecuencia un interés por la materia que lejos de la admiración y curiosidad que causaba hasta hace no tanto –sobre todo a través de la cinematografía–, ahora se ha transformado con frecuencia en perplejidad y amargura, siendo la justicia una de las instituciones menos valoradas². Desde hace mucho tiempo³ –se ignora exactamente cuánto–, los seres humanos de algunas latitudes –ni siquiera todas⁴– estamos confiando en lo que diga una persona –un juez– para resolver un conflicto. En el proceso penal ese conflicto incluso se sobredimensiona como un litigio entre el Estado y el reo, a fin de que la comunidad entienda que se está juzgando aquello que la sociedad más

* Catedrático de Derecho Procesal. Universitat de Barcelona.

¹ Vid. por todos TARUFFO, M., *La semplice verità*, Laterza, Bari 2009. FERRER BELTRÁN, J., *La valoración racional de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2007.

² En el Barómetro del CIS de 2010 (pregunta 10.ª) la Justicia apareció como la institución que los ciudadanos pensaban en mayor número que debía modificarse en una eventual reforma de la Constitución. http://www.cis.es/cis/export/sites/default/-Archivos/Marginales/2840_2859/2853/es2853.pdf.

³ Vid. DECOEUR, H., «Maat, entre Cosmologie et Mythe: Le Principe Constitutionnel d'un Etat de Racine Chthonienne en Ancienne Egypte», *Revue Juridique Themis*, vol. 45, no. 2, 2011, pp. 343 ss.

⁴ FRIED, M. H., *The Evolution of Political Society*, Oxford University Press, Oxford, 1967.

rechaza en su conjunto, que son –teóricamente⁵– los hechos tipificados como delito en el código penal. De ese modo, en ese proceso se plantea una especie de litigio entre una acusación –habitualmente el ministerio público– y el acusado, de manera que se confía en que el juez, observando las pruebas aportadas por ambos y conociendo el derecho, acertará a valorar dicha prueba averiguando la realidad de lo sucedido e impulsará el cumplimiento de la ley, en este caso el código penal. Y en nuestra cultura, adicionalmente, se le obliga al juez a respetar durante el proceso unos límites intangibles que protegen al ciudadano frente al Estado: los derechos fundamentales⁶. Tienen particular relevancia en el proceso penal, puesto que de hecho blindan el proceso del acceso de pruebas falsas que pudieran contaminar la correcta averiguación de los hechos, alejando al juez de la realidad⁷.

Pero para todo ello, como decía, confiamos simplemente en un ser humano: el juez. Le creemos con capacidad para determinar si el reo miente, si la víctima miente o si los testigos mienten. Le suponemos especialmente dotado para interpretar dictámenes periciales, e incluso para acceder al fondo de los mensajes que se escondan tras la muy numerosa prueba documental que hoy adorna al proceso penal, gracias fundamentalmente a la tecnología. Los procesos se han llenado de conversaciones de chat, audios, fotografías y todo tipo de grabaciones, que son los documentos de nuestra época, antes más excepcionales, y hoy al alcance de cualquiera a través de algo todavía más suave que un click.

Pues bien, en todo ello hay mucho de autoengaño en el fondo y de reverencia a un ceremonial milenario. A poco que nos pongamos a pensar, es obvio que ni un juez ni ninguna otra persona puede saber con certeza si le están mintiendo, salvo que posea poderes sobrenaturales, que no es el caso. Pensar que un no experto puede valorar el trabajo de un experto –es la esencia de la prueba pericial– es acercar la labor judicial a la del tertuliano televisivo todólogo, que lo mismo habla de política que de inundaciones, volcanes, cambio climático, medicina, agricultura, litisconsorcio pasivo necesario o el ciclo de Calvin si hace falta. En la época en que el conocimiento estaba muy limitado a unos pocos libros, se pudo crear la imagen del «hombre del renacimiento». En aquel tiempo sí era posible que al menos algunos llegaran a conocer casi todo lo sabido entonces. Hoy pensar algo así es simplemente ridículo, inconcebible desde una racionalidad simplemente básica. Por ello, insisto en que en el proceso nos encomendamos realmente a una especie de cere-

⁵ Cfr. GREEN, S., *Mentir, hacer trampas y apropiarse de lo ajeno*, Marcial Pons, Madrid, 2013.

⁶ Así se cumplen los tres requisitos de la justicia propuestos por TARUFFO, M., «Idee per una teoria della decisione giusta», en *Verso la decisione giusta*, Giappichelli, Torino 2020, p. 360.

⁷ Lo expliqué en NIEVA FENOLL, J., «Policía judicial y prueba ilícita. Regla de exclusión y efecto disuasorio: un error de base», *Diario La Ley*, núm. 9068, 25 de octubre de 2017.

monial que nos impresiona, como otros ceremoniales, y, por qué no decirlo, lo fiamos casi todo a una especie de fe procesal para resolver algo tan complicado como, por ejemplo, la averiguación de la existencia de un delito.

En el presente trabajo se desarrollarán muy brevemente estas ideas a fin de comprobar finalmente si en el futuro, gracias a la tecnología, podemos ofrecer a la población algo mejor que la fe en un ser humano falible e imperfecto, elevándolo a la categoría de semidios inspirado por su propio conocimiento y experiencia. Ya no se celebran apenas ordalías⁸ y ya no puede pensarse en que un dios de verdad decida lo que los seres humanos no saben resolver. En cambio, sí que podemos imaginar un escenario en que las apps, los ODR y la inteligencia artificial hayan infiltrado el campo procesal. Por ello, se echará un poco la vista hacia adelante en búsqueda de algunas claves que describan un posible futuro.

* * *

Este trabajo lo escribo pulsando las teclas con los dedos cargados de emoción hacia Mirentxu Corcoy Bidasolo, mi buena amiga. He tenido en mi vida académica pocas conversaciones más fructíferas con juristas que las que inspiran los diálogos con esta penalista, siempre divertidos y cargados de nuevas ideas y mucho empuje hacia el futuro. Porque Mirentxu es infatigable y transmite esa constante juventud y belleza que le pone realmente a todo lo que hace, sin olvidar por supuesto la ironía, que también es necesaria. Me voy haciendo mayor y ya conozco a personas con las que he tenido la suerte de compartir decenios y que conocí cuando ellos tenían la edad que yo tengo ahora. Mirentxu es un referente de apoyo y buen hacer. Es esa persona con la que sabes que siempre lo vas a pasar bien y con quien, de un modo u otro, vas a acabar hablando de Derecho observando lo que creías seguro desde otra perspectiva que no imaginaste. Estás conversando con ella, le planteas un tema, alza los ojos al cielo y de repente se pone a decir algo que te orienta con una increíble rapidez y sensibilidad. Porque Mirentxu, además de mucho estudio y amor por el Derecho penal, es sobre todo eso: sensibilidad, originalidad y buen gusto. Muchas gracias por haberme dejado conocerte.

II. AUGE Y CREPÚSCULO DE LOS INTERROGATORIOS

Aunque todavía no se ha tomado demasiada consciencia de ello y tal vez muy pocas personas quieran verlo aún, los interrogatorios en absoluto tienen

⁸ PATETTA, F., *Le ordalie*, Torino (Bocca), 1890. CHASE, O., *Derecho, cultura y ritual*, Marcial Pons, Madrid, 2011.

la utilidad que se les atribuyó en el pasado. La razón es eminentemente científica y en parte histórica. En un mundo no tan lejano en que la pericia no existía y el documento era tantas veces una quimera, lo único que quedaba para demostrar algo era traer a alguien que dijera lo que había visto. Y como no se podía confirmar realmente la veracidad de su conocimiento, superada una primera fase ordálica, se le obligó a jurar decir verdad con la esperanza de que poniendo a una deidad como testigo, el declarante no se atrevería a mentir, castigándole ese ser sobrenatural si lo hacía. Ese es el origen, ordálico también, por supuesto, de los interrogatorios⁹.

Con semejantes fundamentos, y una vez superadas creencias que ponían el nombre de Dios en vano, así como supersticiones varias y otros bestialismos como marcar con un hierro a los condenados¹⁰ –*raise your right hand to take the oath...*–, lo que nos quedó fue un ser humano expuesto ante un tribunal que tenía que determinar si decía o no la verdad. Y como por más empeño que le pusiera, el juez no podía determinar tal cosa mirando su cara, gestos, tono y apariencia, algo hubo que hacer para mantener la apariencia de legitimidad de la prueba, porque en realidad científicamente no había alternativa en aquel tiempo¹¹. Y dos fueron las soluciones, que además fueron contemporáneas.

La primera, nacida en la Europa continental¹², consistió a partir del siglo XIII en la creación del régimen de valoración legal de la prueba. El sistema partió de una cierta consciencia de que el juez no podía valorar la prueba en realidad, tal y como se ha explicado, aunque el trasfondo de dicho sistema se situaba sobre todo en el intento de evitar una valoración que, precisamente por la falta de elementos fiables de juicio y realizada por jueces delegados de la nobleza –por tanto dependientes–, podía ser increíblemente arbitraria. Y así fue como determinó la doctrina, siguiendo de manera literal, escolástica¹³ y hasta fetichista lo que decían las fuentes legales, que se aceptara como cierto lo que dijeran dos testigos juramentados, solo porque lo hubieran jurado, sin examinarlos más allá. Y del mismo modo procedieron con el juramento de las partes.

⁹ Los §§ 129 a 133 del Código de Hammurabi es un testigo privilegiado de todo ese proceso de transición. Vid. LARA PEINADO, F., *Código de Hammurabi*, Tecnos, Madrid, 1997, p. 6.

¹⁰ Vid. BARRINGTON, D., *Observations upon the Statutes, chiefly the more ancient, from Magna Charta to the twenty-first of James the First, Ch. XXVII*, Boulter Grierson & Elizabeth Watts, Dublin, 1767, pp. 334-335.

¹¹ Vid. Partida III, tít. XVI, Ley 26: «E des que el testigo començare a decir, debe el iudgador escucharle mansamente y callar fasta que aya acabado catándole toda via en la cara».

¹² NÖRR, K., *Romanisch-kanonisches Prozessrecht*, Springer, Heidelberg, 2012, p. 128.

¹³ ENDEMANN, W., *Die Beweislehre des Civilprozesses*, Bangel & Schmitt, Heidelberg, 1860, p. 630.

Lo que dijera un litigante bajo juramento era también prueba plena¹⁴. De ese modo prescindieron *de facto* de la intermediación hasta épocas muy recientes.

La segunda solución surgió en el mundo anglosajón. En 1215 la baja nobleza inglesa consiguió librarse directamente de los jueces de designación real a través de la *Carta Magna Libertatum*, recurriendo en sus incisos 20 y 39 a un curioso mecanismo de origen romano que parece que pervivió en aquellas tierras en los pleitos civiles durante la Alta Edad Media: el jurado¹⁵. También se temía la arbitrariedad de aquellos doce hombres honestos –*twelve lawful men*– que originariamente eran en realidad doce testigos del lugar de acaecimiento de los hechos¹⁶. Pero en un ejercicio de pragmatismo, se decidió aceptar esa arbitrariedad no obligándoles a motivar lo que decidieran en su veredicto, con la excusa de que habiendo jurado, estaban inspirados por Dios, lo que no debió ser difícil en una época en la que las ordalías eran Derecho vigente hasta su desautorización por la Iglesia católica, precisamente en 1215¹⁷. Sin embargo, a cambio de aceptar esa arbitrariedad se fue formando un estilo de interrogatorio cuyo único objetivo acabó siendo, no la averiguación de la realidad¹⁸, sino la descalificación como embusteros de los testigos de la parte contraria. Ese acabó siendo la finalidad de la *cross examination*, tan alabada como desconocida en su esencia. En realidad, todo se saldaba con una especie de interrogatorios-espectáculo para impresionar a los doce legos en derecho llamados a decidir. En este tipo de interrogatorio la intermediación fue fundamental desde un principio, porque los jurados, como es obvio, más allá de su propio testimonio –si lo tenían– carecían de otra herramienta de convicción.

La última derivación de todo ello ha sido ya en nuestra época la mezcla de modelos, de manera que en la Europa continental se incorporó en parte el estilo de interrogatorio anglosajón, aunque dirigido a jueces y no a jurados, y en el Reino Unido se fue renunciando al jurado pero no a esos interrogatorios tradicionales de su sistema, aunque intentado no llegar jamás al momento del juicio, tratando de pactar antes con el reo una culpabilidad con pena rebajada.

¹⁴ JAUMAR CARRERA, J., *Práctica forense*, Boet y compañía, Barcelona, 1840, pp. 39-40, 44-45.

¹⁵ Más ampliamente, NIEVA FENOLL, J., «Ideologia e giustizia laica (con un'ipotesi sull'origine romana della giuria inglese)», *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2, 2016, pp. 517 ss.

¹⁶ Vid. MACNAIR, M., «Vicinage and the Antecedents of the Jury», *Law and History Review*, 17 (1999), p. 546.

¹⁷ Concilio Lateranense IV de Inocencio III. Vid. MANSI, J. D., *Sacrorum conciliorum nova et amplissima collectio*, vol. 22, Graz 1961, p. 1007, XVIII.

¹⁸ Justo lo contrario dijo WIGMORE, J. H., *A Treatise on the System of Evidence in Trials at Common Law*, vol. II, Little, Brown, and Company, Boston, 1904, §1367, p. 1697.

Pero si todo ello es así y, por tanto, la intermediación no es eficiente según confirma con reiteración la psicología del testimonio¹⁹, es difícilmente comprensible que a día de hoy todavía mantengamos la relevancia de una prueba que, aún sin desaparecer, tendría que haber sido desplazada a un segundo plano, siendo practicada solo cuando fuera imprescindible por los auténticos especialistas en la materia: los psicólogos del testimonio. De ese modo, tal vez en el futuro veremos cómo esta prueba tan tradicional se convierte en una prueba pericial. La alternativa de formar a los jueces en psicología del testimonio debiera ser valorada, aunque difícilmente podrían ser auténticos expertos al faltarles el fondo de armario de conocimientos de un psicólogo. Por consiguiente, si algún día llega lo anterior y vemos muchos menos interrogatorios y más entrevistas cognitivas de psicólogos cuando sean realmente necesarias, el cambio en nuestro modelo procesal tradicional será reseñable, porque habremos abandonado definitivamente la tradición.

III. AUGE Y CRISIS DE LA PRUEBA PERICIAL

Todo debería haber cambiado con el auge de la ciencia en el siglo XIX. Los médicos empezaron a poder hacer autopsias y examinar lesiones con un rigor creciente²⁰. Los químicos analizaban sustancias con cada vez más precisión. Luego vinieron los biólogos, los ingenieros, los psicólogos, los topógrafos y un sinnúmero de científicos que paulatinamente empezaron a aportar su asistencia en el proceso.

En un principio la doctrina observó esta prueba con la misma fe que antes había depositado en los interrogatorios, es decir, respetando la reverencial preeminencia del juez y la confianza ciega en su criterio, al que hasta se protege con la cosa juzgada. Y así se afirmó con frecuencia en la doctrina –con diferentes modos de expresar las ideas²¹– que el juez debía realizar un análisis epistémico del dictamen pericial, de manera que comprobara su coherencia y adecuación racional, y que no encontrando alguna de las dos, podía llegar a apartarse del dictamen pericial, deduciéndose a partir de ahí que incluso se le

¹⁹ Vid. MAZZONI, G., *Psicologia della testimonianza*, Carocci, Roma, 2015, pp. 108 ss. MANZANERO, A., *Psicología del testimonio*, Madrid (Ediciones Pirámide), 2008, pp. 141-143.

²⁰ VIRCHOW, R. (dir. y aut.), *Handbuch der speciellen Pathologie und Therapie*, Erlangen 1854.

²¹ Vid. SERRA DOMÍNGUEZ, M., *Prueba pericial*, en: «Estudios de Derecho probatorio», Communitas, Lima, 2009, p. 533. HAACK, S., *Evidence Matters*, Cambridge University Press, New York, 2014, p. 121. TARUFFO, M., «Prova scientifica e giustizia civile», en AAVV, *Giurisprudenza e scienza*, Bardi, Roma, 2017, pp. 241 ss.

permitiría al juez imponer su criterio derivando el mismo, en el mejor de los casos, del resto de pruebas practicadas en el proceso.

La doctrina asumió en general esa conclusión, y aún la asume. Tanto es así que incluso en EEUU el Tribunal Supremo desarrolló una interesante serie de criterios de control de la prueba pericial²², pero no tanto para valorar la prueba –aunque pueden ser utilizados con ese cometido–, sino para decidir sobre su admisión, a los efectos de alejar del jurado evidencias que no fueran realmente científicas. Y de la evaluación de esos criterios, cinco en total y todos ellos científicos, se tenía que encargar el juez... Lo cual quiere decir que pese a la indudable evolución que supuso la citada jurisprudencia Daubert, se permaneció en el terreno de la fe. En realidad, como objetaba Rehnquist en un voto particular a esa primera sentencia de 1993, el juez no es competente para analizar esos criterios científicos, precisamente porque el juez no es un especialista en esas materias científicas. Es solo un jurista.

Y aunque personalmente me costó asumirlo a mí también, ese es el problema de la prueba pericial. Se le hace valorar a un lego lo que dictaminó un científico, que es más o menos lo mismo que entregarle a un ingeniero una sentencia del Tribunal Supremo sobre congruencia para que emita opinión sobre si dicha sentencia es adecuada. El ingeniero hará lo mismo que el jurista con el dictamen pericial. Intentará entender la sentencia, procurará aprender, siquiera mínimamente, lo que es la congruencia y por qué es importante, a duras penas comprenderá la cuestión de fondo y con esas bases hará lo que pueda, que normalmente será darle la razón al Tribunal Supremo, porque cuál sería la razón para desconfiar del tribunal si está formado por juristas especialistas. Tal vez discrepe del tribunal por razones ideológicas, y simplemente por eso concluya que la sentencia es errónea. Y si no entiende la redacción de la sentencia dirá que no puede pronunciarse, lo que ese ingeniero puede hacer perfectamente, pero no un juez. En todo caso, como no puede valorar lo que no entiende realmente, será víctima de sus prejuicios e ignorancia. Exactamente igual que puede serlo un juez.

La constatación de todo ello acaba haciendo que los jueces acepten ciegamente el parecer del perito –lo que ya ocurre ahora en no pocas ocasiones–, o bien lo descarten sin razones de peso o, aún peor, ante dos dictámenes contradictorios sobre un mismo tema, decidan en favor de uno u otro según la mejor calidad de la redacción, lo que puede ser muy injusto porque esa claridad

²² DAUBERT v. Merrell Dow Pharmaceuticals, 509 U. S. 579 (1993), General Electric Co. v. Joiner, 522 U. S. 136 (1997), Kumho Tire Co. v. Carmichael, 526 U. S. 137 (1999).

expositiva puede no ser más que retórica muy bien empleada. Pero el juez no tiene manera de saberlo con certeza.

El futuro de esta prueba es incierto. Su introducción en el proceso acercó el Derecho a la ciencia, pero su imbricación en nuestras estructuras jurisdiccionales no es más que aparente, siendo un medio de prueba que claramente está pendiente de una reflexión muy concienzuda²³.

IV. LA CRISIS GENERALIZADA DEL PROCESO TRADICIONAL

Si convertimos la mayoría de los interrogatorios en entrevistas cognitivas y, por tanto, en pruebas periciales, el problema ya anunciado con respecto a esta última prueba se hará más profundo. Y con ello se desvelará que en los procesos judiciales se está produciendo una gran mentira que la población entiende cada vez menos. Aumenta el número de personas que empiezan a descubrir, no sin estupor, que la solución de un caso depende tantas veces de quién sea cada juez, puesto que incluso cumpliendo la norma, los caminos interpretativos de la misma son múltiples.

Y si además, como ya se ha demostrado, el juez está influido por factores ajenos al proceso y que tienen poco de científico en sí mismos²⁴ –si resuelve en días de frío o de calor, antes o después de comer, etc–, se entenderá que estamos confiando la resolución de nuestros conflictos a la falibilidad humana. ¿Cómo puede ser ello así? ¿Cómo es posible que los juristas, a diferencia de buena parte del resto de ciencias, no hayamos encontrado procedimientos con resultados más seguros y comprobables *a posteriori*? Todas las ciencias tienen sus fugas y también dependen muchas veces de los sesgos del investigador, pero al menos la aproximación de tales científicos está mucho más alejada de la intuición. En cambio, cuando hablamos del proceso judicial, parece que la intuición, a la postre y por desgracia, es precisamente uno de los factores más importantes.

¿Es legítimo que sea así? La respuesta, en mi opinión, es clara: no. Y es que el problema de fondo, más grave de lo que parece, es que el proceso judicial, cuando quiera que surgiera, se creó para resolver robos, lesiones y homicidios sobre todo, junto con los adulterios y la brujería. O bien para establecer de quién era un trozo de tierra. Incluso cuando los litigios se fueron haciendo más complejos, como ya ocurrió en época romana, leyendo las páginas del

²³ Vid. VÁZQUEZ, C., *De la prueba científica a la prueba pericial*, Marcial Pons, Madrid, 2015.

²⁴ Vid. el interesentísimo FORZA, A.; MENEGON, J., y RUMIATI, R., *Il giudice emotivo*, Il Mulino, Bolonia, 2017.

Corpus Iuris Civilis se puede comprobar fácilmente que los procesos en cuestión versaban sobre litigios que pertenecían a la vida cotidiana del juez y que, además, se habían producido en comunidades bastante pequeñas cuyos miembros debían ser relativamente conocidos para el juez, salvo en un período más avanzado y solamente en las ciudades más grandes. En un contexto semejante se podía tolerar que los litigios se fallasen por intuición porque los jueces, de hecho, no eran del todo ajenos al litigio. Hoy día todo ello pudiera haber resultado inaceptable en términos de imparcialidad, pero entonces no fue así.

En nuestra época, no podemos utilizar un proceso que fue diseñado pensando en la proximidad de los jueces y su familiaridad con las disputas, si queremos resolver litigios de gentes que le son completamente ajenos al juez. Hay que hacer un esfuerzo para resolver la cuestión científica planteada en el proceso sin recurrir a corazonadas o inspiraciones. Una vez que se haya operado de esa forma y las conclusiones sobre los hechos sean claras, en sentido positivo o negativo en términos probatorios, el juez tendrá que extraer sus consecuencias aplicando las leyes. Pero no hay que confundir ambos planos. Un juez no es un adivino, sino solamente un experto en Derecho, por lo que solamente podrá intervenir en la prueba para recoger los resultados que arroje el uso de la ciencia. A veces no necesitará un perito para ello, pero en otras ocasiones –cada vez más frecuentes–, le será imprescindible. No puede eludirse esa realidad.

V. LA PERSPECTIVA DE LAS APPS, LOS ODR Y LA IRRUPCIÓN DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL: HACIA UN PROCESO EXTRAORDINARIAMENTE DIFERENTE

Pero como se anunció al principio, en los últimos tiempos se ha introducido en el proceso una herramienta cuyo uso se hará más expansivo en el futuro. Me refiero a los ODR –Online Dispute Resolution– y a la inteligencia artificial.

Los primeros se han presentado fundamentalmente en el proceso civil²⁵. Consisten en la resolución a distancia de un litigio sin necesidad de celebrar un proceso judicial. Explicado muy básicamente consiste en que el potencial demandante, habitualmente un consumidor, contacta con el posible demandado,

²⁵ Al margen de eBay y otros lugares más conocidos, un ejemplo ambicioso, aunque todavía incipiente pese a su antigüedad, es la plataforma la resolución de litigios en línea de la Unión Europea: <https://ec.europa.eu/consumers/odr/main/index.cfm?event=main.home2.show&lng=ES>. Vid. también VALBUENA GONZÁLEZ, F. «La plataforma europea de resolución de litigios en línea (ODR) en materia de consumo», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 52, 2015, pp. 987 ss.

que tantas veces es una gran empresa. En ese contacto, realizado normalmente a través de una plataforma o incluso de una red social, la empresa contesta a la queja por escrito a través de un operador físico que intenta ayudar al consumidor. En otras ocasiones, en cambio, el consumidor recibe una respuesta automática si el programa de inteligencia artificial de la empresa localiza a partir de la queja la posible solución al problema, siempre que tenga una serie de modelos de queja estandarizados en su base de datos. Justo en ese momento se unen ODR e inteligencia artificial.

Paralelamente, es conocido que desde hace años la justicia de algunos países –particularmente EEUU, pero no solamente²⁶–, está utilizando programas de inteligencia artificial en la predicción del riesgo de reincidencia, a los efectos de adoptar medidas cautelares como la prisión provisional, pero también con finalidades penitenciarias y de avance de grado en ese contexto de ejecución de la pena. La estrella de esos programas ha sido Compas²⁷, que creó una considerable protesta cuando se descubrió que su uso discriminaba a algunas minorías sobre todo²⁸. Con todo, el programa se ha seguido utilizando y, de hecho, programas parecidos son frecuentes en la predicción del riesgo en todo el mundo²⁹.

La pregunta es si todo ello puede alumbrar un proceso distinto particularmente en el ámbito penal. La respuesta, lejos de lo que se pueda imaginar, es realmente confusa. Primero hay que plantear si cabe imaginar un proceso en que el testigo o la víctima de un delito lo denuncian a través de una App, lo cual ya no es una perspectiva sino una realidad en varios lugares³⁰. Una vez la denuncia ya consta en el sistema y por tanto está almacenado el testimonio de que se trate, incluso con la ayuda interactiva de la propia App, se trata de localizar al sospechoso, y una vez contactado, acreditada indiciariamente su responsabilidad –para lo cual también puede ayudar la inteligencia artificial–, se formulará acusación de forma automática y se procederá a realizar sobre el reo una

²⁶ GIAMPIERO, L., «Regulating (Artificial) Intelligence in Justice: How Normative Frameworks Protect Citizens from the Risks Related to AI Use in the Judiciary», *European Quarterly of Political Attitudes and Mentalities*, 8(2), 2019, pp. 75 y ss, <https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:0168-ssoar-62463-8>, p. 81.

²⁷ Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions. Northpointe, *Practitioners Guide to Compas*, 17 agosto de 2012.

²⁸ LARSON, J.; MATTU, S.; KIRCHNER, L., y ANGWIN, J., «How We Analyzed The Compas Recidivism Algorithm», *Propublica*, 23 de mayo de 2016, <https://www.propublica.org/article/how-we-analyzed-the-compas-recidivism-algorithm>.

²⁹ Vid. QUATTROCOLO, S., *Artificial Intelligence, Computational Modelling and Criminal Proceedings*, Springer, 2020, pp. 101 ss.

³⁰ Vid. Crime Stoppers, «Report Crime Anonymously», <https://crimestopperssa.com.au/download-the-app/>. También la *Self Evident App* en el Reino Unido: <https://witnessconfident.org/>. En España existe Alertcops: <https://alertcops.ses.mir.es/mialertcops/>.

prognosis de riesgo que arrojará un perfil de personalidad que ayudará al sistema a movilizarse más rápido, lo que puede ser muy útil en supuestos de violencia de género, por ejemplo, pero también de hurtos, sin ir más lejos.

Tras ello quedará el juicio, en el que tanto la acusación como la defensa pueden contar con la asistencia de programas que dibujan posibles escenarios probatorios³¹ a fin de preparar su estrategia, sin olvidar que el juez también podrá utilizar dichos programas en la sentencia, una vez se hayan cargado en el mismo todas las evidencias aparecidas en el proceso. Como se dijo, si se prescinde de interrogatorios inútiles y los subsistentes se convierten en pruebas periciales, es posible que los resultados probatorios, expuestos en la forma adecuada para que puedan ser interpretados por el programa, puedan conducir a la elaboración de un listado de hechos probados de los que cabrá deducir una consecuencia jurídica. Obviamente, en los casos más complicados serán difíciles los automatismos, pero en los asuntos prototípicos, que son la mayoría, lo cierto es que se podrá elaborar un proyecto de sentencia que puede devenir la sentencia misma.

En este trabajo no puedo desarrollar más estas ideas, pero todo lo anterior puede dar a luz una justicia bastante automatizada en algunos casos en los que las evidencias sean claras: conducción bajo los efectos del alcohol, hurtos y daños, delitos de tráfico de estupefacientes, y no pocos violencia de género, o lesiones sin móvil machista. Incluso limitándolo a las cuatro primeras categorías citadas, son estadísticamente los más frecuentes³². Ciertamente, dependiendo de la complejidad probatoria, no todos los casos serán automatizables, pero una parte relevante de ellos sí lo será. De hecho, son casos que ya están automatizados aunque empleando a seres humanos que rellenan siempre los mismos formularios muy burocratizados, con una atención bastante superficial de fiscales y jueces.

Si se produce esa automatización, el proceso penal puede cambiar bastante, de manera que los tiempos habituales de la instrucción se reducirán drásticamente favoreciéndose con ello, ante la evidencia probatoria, muchísimas más conformidades que evitarán la fase de juicio³³. Es incluso posible que ante la rapidez y contundencia de la persecución penal, se reduzca la

³¹ MATZNER, T., y HIZLER, P., «Any-World Access to OWL from Prolog», en Hertzberg e.a. (ed.), *KI 2007: Advances in Artificial Intelligence*, Springer, Berlin, 2007, p. 95.

³² Vid. el *Ranking de los delitos más comunes en España en 2019, por grado de comisión* en <https://es.statista.com/estadisticas/532756/delitos-mas-frecuentes-en-espana-por-grado-de-comision/>.

³³ Vid. RULE, C., «How ODR Can Benefit Three Criminal Case Types», Tyler Technologies, 12 de junio de 2019, <https://www.tylertech.com/resources/blog-articles/how-odr-can-benefit-three-criminal-case-types>.

criminalidad, aunque es muy difícil hacer previsiones en este terreno al intervenir muchos otros factores. Con todo, lo que sí parece evidente es que el papel de los jueces se irá concentrando cada vez más en los casos difíciles. Tal vez también ocurra lo mismo con los abogados, ocasionando un descenso de su labor, lo que provocará que el colectivo intente localizar otras salidas profesionales que están por ver.

Lo que desde luego ya no va a ser posible va a ser concentrar la actividad profesional en los casos reiterativos como fuente principal de ingresos, porque el papel de la máquina será demasiado preponderante. Así, localizar un nicho de trabajo reiterativo será más complicado, siendo una posible salida laboral la de asistentes jurídicos de los informáticos que configuren los algoritmos aplicables al proceso. No es un futuro aciago. Solamente es un futuro diferente al que, como siempre ha ocurrido, habrá que adaptarse. En todo caso, es posible que gracias a la tecnología cambiemos por fin la fe por el ceremonial actual en beneficio de algo que solamente es realmente científico cuando el juez decide aplicarse valorando debidamente las pruebas con un enfoque epistémicamente válido, sin dejarse llevar –tanto– por las muchas variables que estudia la psicología cognitiva, y que solemos resumir bajo el nombre de intuición³⁴.

³⁴ HOGARTH, R. M., *Educación de la intuición. El desarrollo del sexto sentido*, Paidós, Barcelona, 2002. GIBERENZER, G., *Decisiones intuitivas*, Ariel, Barcelona, 2008.

PRISIÓN PROVISIONAL Y RIESGO DE ALTERACIÓN DE PRUEBAS

RAMON RAGUÉS I VALLÈS*

I. INTRODUCCIÓN

La evitación de una posible alteración de pruebas es, junto con el riesgo de fuga y de reiteración delictiva, un fin que legitima la adopción de la prisión preventiva en muchos ordenamientos jurídicos. En España, por ejemplo, el artículo 503.1.3.º.b) LECrim dispone que podrá acordarse dicha medida cautelar para «evitar la ocultación, alteración o destrucción de las fuentes de prueba relevantes para el enjuiciamiento en los casos en que exista un peligro fundado y concreto»¹. Este mismo precepto matiza, no obstante, que «no procederá acordar la prisión provisional por esta causa cuando pretenda inferirse dicho peligro únicamente del ejercicio del derecho de defensa o de falta de colaboración del investigado o encausado en el curso de la investigación». Disposiciones legales de esta naturaleza han sido reconocidas como legítimas

* Catedrático de Derecho penal. Universitat Pompeu Fabra. La redacción de la presente contribución se enmarca en la ejecución del proyecto de investigación PID2020-115863GB-I00/MICIN/AEI/10.13039/51100011033. Debido a las limitaciones de extensión, la cita de los abundantes trabajos y resoluciones que, de modo directo o indirecto, se ocupan de la presente materia se ha reducido a algunas referencias significativas.

¹ Por citar algunos ejemplos, el equivalente a este precepto en la legislación alemana es el § 112.3 de la Strafprozessordnung; en Italia, el artículo 274 del Codice di Procedura Penale; en Chile, el artículo 140 del Código Procesal Penal; y en el Derecho federal de los EEUU, el § 3142 del título 18 del U. S. Code.

tanto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como por los más altos órganos judiciales de los respectivos ordenamientos nacionales².

La aplicación judicial de preceptos como el anterior exige un juicio de pronóstico sobre posibles actuaciones futuras por parte de la persona investigada en caso de que esta permanezca en libertad: en primer lugar, la apreciación de riesgo de *destrucción* física de determinados medios de prueba (por ejemplo, quemar unos documentos con valor incriminatorio); en segundo término, la posibilidad de que tales medios sean objeto de *ocultación* en un lugar de difícil o imposible acceso o descubrimiento por parte de terceros (por ejemplo, lanzar a un pantano la pistola con la que se ha cometido un asesinato); finalmente, el llamado riesgo de *alteración* de pruebas abarca situaciones muy diversas, que van desde realizar modificaciones en los elementos probatorios para eliminar su valor incriminatorio (por ejemplo, borrar las huellas dactilares de un determinado objeto) hasta influir sobre testigos o peritos para que modifiquen el sentido de sus respectivas declaraciones, pasando por la creación de falsas pruebas exculpatorias. Dado que este último término es el más amplio y abarca los dos anteriores, se utilizará de modo preferente a lo largo del presente trabajo.

En las siguientes páginas se analizará este supuesto de prisión preventiva en particular y se tratará de establecer las condiciones que pueden legitimar su apreciación en un caso concreto. A tal efecto, se mostrarán en primer lugar algunos ejemplos relevantes en los que en la práctica se ha invocado este motivo de prisión (II); seguidamente, se estudiarán los requisitos cuya concurrencia se considera necesaria para aplicar esta modalidad de prisión preventiva (III); y, finalmente, se valorará críticamente el uso que de este supuesto de prisión suelen hacer los tribunales (IV).

Estas páginas se escriben en homenaje a *Mirentxu Corcoy*, una de las primeras personas a las que conocí –vigilando un examen, aun lo recuerdo– al iniciar mi carrera universitaria en 1994. Fue ella quien me ofreció publicar mi primer trabajo: unos apuntes sobre la determinación de la pena en el (entonces) nuevo Código Penal, que apareció como apéndice en el manual de casos prácticos que dirigía con *Jesús Silva* y *Francesc Baldó*. Desde entonces hasta hoy no hemos dejado de coincidir y colaborar en incontables ocasiones: en el máster en Derecho penal que organizan nuestras universidades, en seminarios y congresos, en tribunales de tesis, etc. Su importante obra científica ha sido también muy relevante para mis estudios, especialmente los relacionados con la imputación

² En el caso del TEDH, por citar un ejemplo reciente, se considera motivo legitimador de la prisión preventiva «el riesgo de presión sobre los testigos o alteración de pruebas» («caso Gaspar contra Portugal» de 28 de noviembre de 2017, § 58). El riesgo de obstrucción a la justicia se cita también como justificación de la prisión provisional en la Recomendación (2006) 13 del Comité de ministros del Consejo de Europa.

subjetiva. Con estas páginas quisiera expresar a *Mirentxu* mi gratitud por todos los motivos citados y, sobre todo, por su permanente afecto y simpatía.

II. ALGUNOS EJEMPLOS DE PRISIÓN POR RIESGO DE ALTERACIÓN DE PRUEBAS

El riesgo de destrucción de pruebas se invoca a menudo en la práctica judicial como una de las razones que, por sí sola o junto con otras, justifica la aplicación de la prisión preventiva a una persona investigada. Cabe citar al respecto algunos ejemplos conocidos:

a) En el llamado «caso Sandro Rosell» se dispuso la prisión preventiva de este empresario, investigado por blanqueo, afirmándose en el Auto de 25 de mayo de 2017 (Juzgado Central de Instrucción núm. 3, magistrada Lamela Díaz) que «con la medida de prisión preventiva se pretende evitar se oculten o destruyan pruebas o vestigios de los delitos imputados, teniendo en cuenta que la investigación aun no se encuentra concluida, y que Alexandro Rosell [sic] ha creado un entramado de compañías Off Shore, estando sujeto a diversas investigaciones, habiéndose procurado el ocultamiento de un importante patrimonio a través de cuentas fuera de España, y encontrándose el grueso de su actividad profesional fuera de España. En este sentido, Rosell, en su declaración en el Juzgado ha reconocido que tiene relaciones fuera de España, que está tratando de cerrar un acuerdo en China para formación y búsqueda de talentos en África y China, y que tiene un inmueble en Senegal como un hotel de ocho de habitaciones y un restaurante».

b) Por su parte, en el Auto del Juzgado Central de Instrucción núm. 6, de fecha 31 de octubre de 2014 (magistrado Velasco Núñez), que dispuso la prisión preventiva de *Francisco Granados* en el marco de la llamada «operación Púnica» contra la corrupción, se señala: «A ello se añade, ante las redes clientelares descubiertas, la alta probabilidad de reiteración delictiva, pues en el caso de los conseguidores es un auténtico *modus vivendi*, y el riesgo que existe de alterar elementos relevantes para la investigación del delito así como de evitar las trabas e intervenciones del patrimonio ilícito de los implicados, lo que aconseja en este preliminar momento de la investigación acordar la prisión provisional de quienes más abajo se señala».

c) Finalmente, en el Auto del Juzgado Central de Instrucción núm. 3, de 5 de noviembre de 2017 (magistrada Lamela Díaz), que puso en prisión al comisario *José Manuel Villarejo* en el contexto de la llamada «operación

Tándem» por la presunta comisión de delitos de blanqueo, cohecho y organización criminal, se sostiene: «con la medida de prisión preventiva se pretende evitar que se oculte o destruyan pruebas o vestigios de los delitos imputados, teniendo en cuenta que la investigación aún no se encuentra concluida y que existen múltiples dispositivos y documentación incautada cuyo contenido es necesario examinar, lo que podría llevar a la destrucción de otras pruebas que a través de ellos aun pueden ser recabadas». Por su parte, en el posterior Auto del Juzgado Central de Instrucción núm. 6, de 13 de agosto de 2018 (magistrado de Egea Torrón), que mantuvo en prisión preventiva al citado comisario, se añade: «la alegación de falta de ocultación y de desaparición de pruebas, ha de tenerse en cuenta que en el actual estado de la instrucción de la causa, se han llevado incautaciones de material documental e informático en los registros practicados y la pendencia de Comisiones Rogatorias en el extranjero en distintos países, lo que implica que pudiera dar lugar tras el estudio y resultado de las mismas, más líneas de investigación que deben de seguir aseguradas con la medida de prisión provisional del imputado» [sic].

Cabe señalar que en estas tres resoluciones el riesgo de alteración del material probatorio es una de las diversas razones que se esgrimen para legitimar la prisión acordada. En todo caso, los restantes motivos no serán aquí analizados y las páginas que siguen se centrarán en el riesgo de alteración de pruebas, cuya invocación debería ser por sí sola suficiente para justificar la medida cautelar impuesta, pues la legislación procesal no permite acordar la prisión preventiva con base en la concurrencia parcial de un determinado motivo legitimador, sino que exige la concurrencia de uno o varios de tales motivos en un grado tal de intensidad que legitime, por sí solo, la imposición de la medida cautelar.

Más adelante se volverá sobre estos ejemplos, cuyo valor como muestra es ciertamente limitado, pero en todo caso ilustrativo de cómo suelen razonar en la práctica órganos como los juzgados centrales de instrucción, que acuerdan prisiones provisionales de modo habitual. Faltan en todo caso estudios más a fondo sobre este motivo concreto de prisión –y también sobre los restantes, ciertamente– que se basen en una muestra mucho más amplia de resoluciones judiciales que lo invoquen³. Una tarea no precisamente sencilla, por

³ En España la única excepción remarcable hasta la fecha es el trabajo de GUERRA PÉREZ, *La decisión judicial de prisión preventiva. Análisis jurídico y criminológico*, Valencia, 2010. En la muestra analizada por esta autora se constata (*ibidem*, p. 506) que «de las referencias generales contenidas en los autos de la muestra destaca de manera rotunda el fin de garantizar la presencia del acusado en el juicio (48%), a continuación el evitar la reiteración delictiva (20%), la protección de las pruebas (15%), y la protección a la víctima (11%)». La muestra en la que se basa esta autora se detalla en *ibidem*, p. 317 y consiste en el

cuanto las resoluciones de los juzgados de instrucción no suelen publicarse en los repertorios judiciales, salvo en casos especialmente mediáticos.

III. CONDICIONES DE LEGITIMIDAD DE LA PRISIÓN POR RIESGO DE ALTERACIÓN DE PRUEBAS

La prisión provisional por riesgo de alteración de pruebas ocasiona un daño grave y seguro a la persona que la padece, a saber, la pérdida de su libertad y un importante menoscabo en su presunción de inocencia, por cuanto se le hace sufrir lo que materialmente es un castigo –y se percibe como tal por la sociedad– sin haber quedado probada su culpabilidad. Para legitimar la causación de este daño, en el caso de riesgo de destrucción de pruebas cabe apelar a que, para que un sistema de justicia penal funcione adecuadamente, es necesario que un porcentaje significativo de los delitos realmente cometidos pueda ser probado y castigado. La alteración de pruebas impide que, en el caso concreto, dicho sistema pueda cumplir con tal función, al existir un hecho delictivo realmente acontecido que, precisamente por insuficiencia de material probatorio, no podrá esclarecerse ni ser castigado de modo efectivo.

Los términos de esta ponderación proyectan serias dudas sobre la legitimidad de la prisión preventiva en este supuesto legal, al causarse un daño cierto en dos derechos fundamentales de primer orden para evitar un perjuicio mucho más indeterminado a un interés colectivo, cuya satisfacción no depende del resultado del supuesto concreto, sino de la efectividad del sistema en su conjunto. En realidad, se trata de un problema común a prácticamente todas las modalidades de prisión provisional, seguramente con la excepción de aquellos casos en los que esta medida se acuerda para evitar un acto de reiteración delictiva que ponga en riesgo bienes fundamentales de otra persona⁴. Sin dejar de subrayar estas dudas generales de legitimidad y, por tanto, la necesidad de limitar al máximo el empleo de esta medida cautelar, este trabajo se ocupará

estudio de 250 casos de juzgados de la provincia de Málaga. MORGENSTERN, *Die Untersuchungshaft*, Baden-Baden, 2018, p. 542, cita fuentes según las cuales en su país solamente en un 8% de los casos se invoca este concreto motivo de prisión provisional.

⁴ De acuerdo con la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos («caso Gaspar contra Portugal» de 28 de noviembre de 2017, § 59): «El mantenimiento de la reclusión, por tanto, solo se justifica en un asunto dado si los indicios concretos muestran una exigencia cierta de interés público que prevalece, a pesar de la presunción de inocencia, sobre la regla del respeto a la libertad individual».

de analizar en qué casos y con qué condiciones mínimas puede aceptarse que se acuerde una prisión provisional por riesgo de alteración de pruebas⁵.

No obstante, antes de entrar en detalles conviene advertir cómo en la vigente regulación el riesgo de alteración de pruebas se asocia en exclusiva con un posible comportamiento futuro de la persona investigada, ya sea porque existe la posibilidad de que ella directamente proceda a realizar semejante conducta, o bien porque induzca a terceros a cometerla. Por el contrario, no tienen cabida en el artículo 503 LECrim aquellos casos en los que son terceros no investigados y que obran por su propia cuenta aquellos en quienes se advierte el riesgo de alteración del material probatorio: sería ilegítimo –además de absurdo– privar a alguien de su libertad porque se sospecha que otras personas –totalmente desvinculadas del propio investigado– pueden destruir pruebas. El Derecho vigente confía la prevención de tal riesgo al delito de encubrimiento (cuando los terceros ocultan, alteran o inutilizan «el cuerpo, los efectos o los instrumentos» del delito: artículo 451.2.º CP), si bien conviene hacer notar que, para que concurra encubrimiento, no basta con la constatación de un riesgo de alteración del material probatorio, sino que es necesaria la realización de actos ejecutivos de tal delito.

La anterior circunstancia permite advertir un tratamiento jurídico claramente asimétrico⁶: mientras *respecto del propio investigado basta con constatar un riesgo de que pueda alterar pruebas para privarle de libertad, en el caso de terceros tienen que producirse actos ejecutivos de alteración*, sin que ello comporte su privación inmediata de libertad, sino solo la apertura de un procedimiento penal que difícilmente acabará con una pena efectiva de prisión (el artículo 451 CP dispone para el encubrimiento una pena de seis meses a tres años). La única diferencia en términos de afectación al proceso entre uno y otro caso es que en el primer supuesto existe una expectativa de posterior compensación de la prisión preventiva con una eventual pena futura, una posibilidad que, en cambio, no concurre en el caso del segundo. Además, por supuesto, existen razones de orden práctico que no cabe ignorar, como el hecho de que, normalmente, quien tiene interés en destruir pruebas –y suele hacerlo de modo efectivo– es la persona investigada, que suele contar con más fácil acceso al material probatorio susceptible de destrucción.

⁵ Entre los críticos de esta modalidad de prisión cabe destacar a FERRAJOLI, *Derecho y razón*, Madrid, 1995, p. 557, quien aboga por sustituirla por el «traslado coactivo del imputado ante el juez y su detención por el tiempo estrictamente necesario». Algo que, en realidad, no difiere mucho de la prisión provisional por un plazo breve.

⁶ MORGENSTERN, *Die Untersuchungshaft*, p. 451, alude a las dudas de legitimidad que suscita el hecho de que el incumplimiento de la obligación de no sabotear activamente el procedimiento, que afecta tanto a la persona investigada como a cualquier otra, sin embargo, solo pueda dar lugar a la privación de libertad de la primera.

En todo caso no deja de sorprender que la concurrencia de un mismo riesgo para el buen fin del procedimiento tenga *consecuencias tan dispares en función de que la fuente del peligro sea la propia persona investigada o un tercer sujeto ajeno a ella*. Y que sea el investigado quien –ante dos hechos con idéntica lesividad– soporte las consecuencias más gravosas (encarcelamiento inmediato, lesión de su presunción de inocencia y limitación de su derecho de defensa) pese a que en su caso, por obvias razones, se encuentra reducida la exigibilidad de su comportamiento. La existencia de esta paradoja puede subrayarse como argumento a favor de la tesis de que, al menos *de lege lata*, no se reconoce en los ordenamientos vigentes una exigibilidad basada en las capacidades motivacionales del sujeto, sino que la relevancia de estas se encuentra subordinada a las necesidades de efectividad del sistema penal. Una constatación que, aunque se aparta del objeto central de estas páginas, no puede dejar de apuntarse.

IV. LA CONCRECIÓN DEL RIESGO DE ALTERACIÓN

Según el artículo 503 LECrim, para la imposición de esta modalidad de prisión es necesario que el riesgo de alteración de pruebas sea «fundado y concreto». La *exigencia de concreción* requiere, en primer lugar, que el citado peligro no se base en una hipótesis genérica, sino que la autoridad judicial esté en condiciones de precisar la existencia de unas pruebas determinadas que se hallan en situación de riesgo; por su parte, el *carácter fundado* exige justificar por qué se entiende que, en el caso del concreto procesado, existe un riesgo de alteración superior al que por principio concurre en toda imputación penal⁷.

1) En cuanto al primer requisito (la concreción), las pruebas susceptibles de alteración deben existir y estar identificadas o, cuando menos, deben concurrir razones para pensar en su existencia (por ejemplo, se cree que podría existir una grabación videográfica de los hechos que eventualmente el investigado podría intentar destruir). Además, debe tratarse de pruebas que *ex ante* parezcan determinantes para acreditar la responsabilidad del sujeto: ello significa que no cabe acordar la prisión preventiva por este motivo si, para la prueba de los presuntos hechos delictivos, son ya suficientes otras pruebas que las autoridades tienen a buen recaudo; ni tampoco, evidentemente, cuando las

⁷ Sobre la capacidad que, en principio, cabe atribuir a cualquier investigado de destruir pruebas y la dificultad de fundamentar la concurrencia de dicho riesgo, NIEVA FENOLL, *Derecho procesal III. Proceso penal*, Madrid, Barcelona, Buenos Aires y Sao Paulo, 2017, p. 288.

supuestas «pruebas» a preservar carezcan de un mínimo valor incriminatorio. Es necesario, por tanto, que de la prueba en situación de riesgo dependa la posibilidad de acreditar en el futuro juicio la realidad de los hechos: como establece en Alemania el § 112.3 StPO es necesario que, como resultado de la conducta de alteración, «exista el riesgo de que se dificulte el descubrimiento de la verdad». Por todo ello, lo que en modo alguno puede considerarse legítimo es que alguien sea puesto en prisión para evitar que altere pruebas de cuya posible existencia no se tiene el menor indicio, pues en tal circunstancia concurre un riesgo genérico y no el peligro concreto que la ley exige.

No concurre tampoco una situación de riesgo concreto para las pruebas cuando existe material incriminatorio suficiente a buen recaudo para acreditar el hecho atribuido al sujeto investigado y lo que pretende impedirse, exclusivamente, es que este realice acciones tendentes a dificultar la recuperación de bienes susceptibles de ser decomisados o necesarios para la reparación de la víctima. No sería por tanto legítimo, por ejemplo, acordar la prisión de un sujeto de cuyo delito existen pruebas sobradas para evitar que dé la orden de que las ganancias de su delito, depositadas en un paraíso fiscal en el extranjero, se transfieran a un banco localizado en otro lugar. Para asegurar el decomiso y la reparación el ordenamiento jurídico ya cuenta con las medidas cautelares reales, mucho menos intrusivas.

2) En cuanto a la exigencia de que se trate de un riesgo fundado, es necesario que concorra una probabilidad relevante de que el sujeto proceda de modo efectivo a la alteración de material probatorio. Como se dice en el propio artículo 503 LECrim, «para valorar la existencia de este peligro se atenderá a la capacidad del investigado o encausado para acceder por sí o a través de terceros a las fuentes de prueba o para influir sobre otros investigados o encausados, testigos o peritos o quienes pudieran serlo». A tal efecto no puede bastar con la consideración general de que cualquier investigado tiene interés en destruir aquellas pruebas que lo incriminan, sino que es necesario justificar por qué dicha probabilidad se considera más elevada en el caso concreto analizado⁸. Evidentemente dicha probabilidad no puede plasmarse en una cifra, lo que no impide que en términos comparativos pueda hablarse con pleno sentido de una alta, media o baja probabilidad. Solo en el supuesto de elevado riesgo

⁸ En palabras de PAEFFGEN, *SK-StPO*, vol. II, 4.ª ed., Colonia, 2010, § 112, núm. marg. 30c, para apreciar este riesgo «no basta con que concorra una situación inicial propicia para realizar actos de alteración, sino que debe poder inferirse a partir de hechos concretos que el inculpado aprovechará dicha circunstancia». Según este mismo autor (*ibidem* § 112, núm. marg. 32a) no puede predicarse de una determinada tipología delictiva la existencia de un riesgo más elevado de destrucción de pruebas. También rechazan el automatismo en la apreciación de esta modalidad de prisión ROXIN y SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht*, 27.ª ed., Múnich, 2012, § 30, núm. marg. 9.

parecen darse los mínimos exigibles en términos de legitimidad para imponer una medida tan severa⁹.

Esta mayor probabilidad puede inferirse de la realización de actos preparatorios de alteración del material probatorio por parte del investigado, o de que este –o la organización en la que se encuadra– tenga previstos medios específicos para llevar a cabo dicho comportamiento para el caso de ser descubiertos. También cuando exista información que haga pensar en la existencia de material probatorio cuya ocultación o destrucción resulte especialmente sencilla a la plena disposición del encausado. Evidentemente en estos casos –como en todo lo relacionado con la prisión provisional– rige el principio de subsidiariedad, que solo permite acudir a esta medida cautelar cuando no existan medios menos restrictivos para lograr el aseguramiento de la prueba en situación de riesgo.

Por otra parte, dentro del concepto de «riesgo fundado» cabría plantear también la conveniencia de incluir asimismo una ulterior exigencia relativa a la *entidad de los delitos cuya eventual prueba pretende garantizarse*. Como se ha expuesto anteriormente, la posible legitimación de este supuesto de prisión pasa por la necesidad de evitar el perjuicio para el buen funcionamiento de la justicia que supone que hechos delictivos realmente acontecidos no puedan ser acreditados ni objeto de condena por ausencia de material probatorio. Sin embargo, es evidente que dicho daño no es el mismo en el caso de impunidad de hechos menos graves que en el caso de los delitos de mayor gravedad. Por tal motivo, *de lege ferenda* sería aconsejable que el legislador acotara la aplicación de este supuesto a los procedimientos por delitos de mayor gravedad con un sistema de *numerus clausus*, sin perjuicio de que, ya *de lege lata*, los jueces puedan incorporar tal interpretación a la hora de aplicar el concepto de «riesgo fundado».

En cuanto al comportamiento a evitar por medio de la prisión del investigado, debe tratarse de *potenciales conductas activas de alteración del material probatorio*, cuya realización sea susceptible de evitarse mediante la privación de libertad del procesado. Ello incluye la posibilidad de dar órdenes a terceros para que estos, por cuenta del investigado, alteren las pruebas. Más dudoso es si sería aceptable acordar dicha medida para impedir supuestos de «alteración por omisión», en el caso, por ejemplo, de que en el momento de la detención las pruebas estuvieran ya en manos de terceros no identificados por la policía, con

⁹ También en Alemania la Ley exige que concurra una «elevada sospecha» (*dringender Verdacht*) de que el sujeto procederá a alterar el material probatorio. Algunos autores como PAEFFGEN, *SK-StPO*, § 112, núm. marg. 30a, interpretan que es necesario que el juez aprecie una «alta probabilidad» de que el sujeto investigado vaya a actuar de este modo.

la instrucción del procesado de destruirlas en un determinado plazo. Ciertamente en tal supuesto el investigado tiene capacidad de evitar la alteración de las pruebas, pero su encarcelamiento cautelar en nada contribuye a salvar dicho material y no parece que pueda considerarse legítimo utilizar la privación de libertad como un medio coercitivo para forzar al investigado a dar la orden a los terceros de que no destruyan las pruebas que estos tienen en su poder.

Finalmente, de todos los motivos habituales de prisión preventiva, *el riesgo de alteración de pruebas es el que debe estar sujeto a limitaciones temporales más estrictas*. Así, mientras las circunstancias personales en las que se basa el riesgo de fuga por regla general permanecen a lo largo del tiempo, la posibilidad de que el sujeto investigado oculte o destruya material probatorio decae tan pronto como dicho material es objeto de aseguramiento por parte de la policía o las autoridades judiciales. En el caso español el artículo 504.3 LECrim fija para estos supuestos un plazo máximo de seis meses. Para que la medida no devenga ilegítima debe exigirse a las autoridades responsables de la investigación que la actividad de aseguramiento del material probatorio en situación de riesgo se lleve a cabo con la máxima celeridad posible¹⁰.

V. EL RIESGO DE ALTERACIÓN DE PRUEBAS EN LOS EJEMPLOS EXPUESTOS

Obvio es decir que cualquier resolución judicial que legítimamente pretenda acordar la prisión provisional por este concreto motivo debe estar en condiciones de poder justificar con razones precisas la concurrencia de las dos características del riesgo acabadas de describir: la concreción y el carácter fundado. Así lo exigen la Ley y constante jurisprudencia. Precisamente por tal motivo, no pueden en modo alguno aceptarse aquellas resoluciones –no infrecuentes en la práctica– en las que se apela de modo excesivamente vago a la posibilidad de que el investigado destruya unas pruebas que ni siquiera se sabe si existen. Tal es el caso de los tres ejemplos con los que se iniciaban estas páginas:

a) En el llamado «caso Sandro Rosell» se alude a que «la investigación aun no se encuentra concluida» y a que el investigado ha creado un entramado de compañías en el extranjero, está sujeto a diversas investigaciones y oculta un patrimonio importante fuera de España, donde cuenta con el grueso de su

¹⁰ En tal sentido se coincide con LASCURAÍN, «Fines legítimos de la prisión provisional», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, vol. IV, 1998, p. 11.

actividad profesional. Se trata de unos argumentos absolutamente vagos, que no especifican cuáles son las pruebas que se pretende preservar o de qué manera se considera que el investigado podría alterarlas, además de entremezclarse lo que son pruebas *stricto sensu* con bienes susceptibles de decomiso. Por lo demás, el hecho de que la investigación no esté concluida es algo absolutamente frecuente cuando alguien presta declaración como detenido y la alusión a tal circunstancia nada aporta en términos de valoración del riesgo existente para el material probatorio.

b) Aun más flagrantes son las lagunas argumentativas en el «caso Francisco Granados», en el que se habla de la existencia de unas «redes clientelares» y unos «conseguidores» que invitan a pensar en un alta probabilidad de reiteración y, seguidamente, sin solución de continuidad se alude al «riesgo que existe de alterar elementos relevantes para la investigación del delito así como de evitar las trabas e intervenciones del patrimonio ilícito de los implicados», sin explicar a partir de qué concretos indicios se infiere la existencia de tal riesgo, o qué pruebas se encuentran en situación de riesgo y necesitan ser preservadas mediante el recurso a la prisión.

c) Finalmente, en el Auto del Juzgado Central de Instrucción que puso en prisión al comisario *José Manuel Villarejo* en el contexto de la llamada «operación Tándem» se sostiene que «la investigación aún no se encuentra concluida y que existen múltiples dispositivos y documentación incautada cuyo contenido es necesario examinar, lo que podría llevar a la destrucción de otras pruebas que a través de ellos aun pueden ser recabadas», añadiéndose en el Auto con el que al año siguiente se ratificó la prisión que «se han llevado incautaciones de material documental e informático en los registros practicados y la pendencia de Comisiones Rogatorias en el extranjero en distintos países, lo que implica que pudiera dar lugar tras el estudio y resultado de las mismas, más líneas de investigación que deben de seguir aseguradas con la medida de prisión provisional del imputado».

Nótese que en ambos casos la inconcreción de las pruebas que pretenden ser preservadas es absoluta y solo se alude a la posibilidad de llegar a obtenerlas en virtud de líneas de investigación que siguen abiertas o que se abrirán. Tamaña inconcreción no puede en modo alguno aceptarse para legitimar la medida más gravosa que, hoy por hoy, puede adoptar un juez penal: la pérdida de libertad de inocentes. Ciertamente cabe replicar a este argumento que, muy a menudo, al instructor le resultará imposible precisar qué concretas pruebas deben protegerse con esta medida cautelar cuando, precisamente, lo propio de una investigación en curso es que todavía no se sabe qué clase de material

puede llegar a encontrarse. Sin embargo, cuando menos sería necesario especificar qué clase de pruebas pretenden obtenerse, qué podría demostrarse con ellas y por qué se considera que el riesgo de alteración que se observa en el investigado debe considerarse particularmente elevado. Si la autoridad judicial no está en condiciones de justificar la concurrencia de estos extremos la prisión provisional no parece en modo alguno legítima.

LÓGICA ANTICIPATIVA EN EL PROCESO PENAL: LOS INSTRUMENTOS DE VALORACIÓN DEL RIESGO

JOSÉ LUIS RAMÍREZ ORTIZ*

I. INTRODUCCIÓN

A lo largo de su dilatada trayectoria, la Dra. Mirentxu Corcoy ha prestado especial atención a la devaluación de las garantías constitucionales en las sucesivas reformas del Código Penal. Ha combinado con particular acierto el análisis de los aspectos sustantivos con el de los procesales¹, bajo el presupuesto de que norma material y adjetiva son aspectos de un mismo fenómeno, ya que conjuntamente definen el espacio de libertad de los individuos. Sus aportaciones han enriquecido el debate jurídico sobre las transformaciones estructurales que desde hace décadas está experimentando el modelo de intervención penal. Las palabras que siguen no tienen otro propósito que el de homenajear a una jurista indispensable y continuar esta necesaria línea de análisis, abordando, en un marco general, una cuestión muy concreta.

* Magistrado de la Audiencia Provincial de Barcelona y miembro de la Comisión redactora del borrador de Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020.

¹ Vid. CORCOY BIDASOLO, M., «Crisis de las garantías constitucionales a partir de las reformas penales y de su interpretación por los Tribunales», en Mir Puig, S., y Corcoy Bidasolo, M. (Dir.), Hortal Ibarra, J. (Coord.), *Constitución y sistema penal*, Barcelona, (Marcial Pons), 2012, pp. 153 ss.

II. UN NUEVO MODELO ANTICIPATIVO DE INTERVENCIÓN PENAL

Si el derecho siempre es una construcción política, económica, social y cultural, nuestro vigente ordenamiento penal no deja de ser el resultado de la evolución del pensamiento liberal y socialdemócrata, ligado al Estado social y democrático de derecho². No puede, por ello, permanecer ajeno a las profundas transformaciones políticas, económicas, tecnológicas y culturales que se vienen produciendo. Muchos autores han advertido del progresivo establecimiento de unas nuevas reglas de juego³, lo que tiene lugar mediante reformas parciales de las leyes penales que responden a nuevos principios, que contradicen los vigentes, y plantean problemas de convivencia de regímenes jurídicos, así como graves dudas a intérpretes y aplicadores.

El paradigma tradicional hilvanaba la tradición garantista y la tradición social a través del reconocimiento del carácter limitado de la intervención y de la búsqueda de la reintegración del delincuente en la sociedad. El nuevo paradigma interventor intenta dar respuesta a los desafíos de la llamada «sociedad del riesgo», caracterizada por su vulnerabilidad, incertidumbre, complejidad y ambigüedad, y la creciente debilidad de los Estados nacionales. Si estos carecen de medios para erradicar las causas económicas y sociales de la precariedad, que se dicen en manos de los mercados, han de buscar la fuente de legitimidad en otro lugar. Se desplaza el foco de atención: desde la desigualdad y la inseguridad personal social fruto del mercado y la globalización a la inseguridad personal vinculada con el delito. Ello tiene necesariamente costes: para que todos los problemas sociales puedan ser abordados por el sistema penal, éste debe expandirse y hacerse más flexible, menos rígido.

El modelo de intervención penal que gradualmente se instaura pretende liberarse de las limitaciones del Estado de derecho y de las metas institucionales del Estado social, y busca anticiparse al hecho delictivo, para lo que ha de inocular al sujeto del que puede predecir que cometerá dicho hecho. El sistema no debe limitarse a reaccionar frente al delito cometido, sino que ha de

² GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., «Apuntes de un derecho penal híbrido», en Silva Sánchez, J. M.; Queralt Jiménez, J. J.; Corcoy Bidasolo, M., y Castiñeira Palou, M. T. (Dirs.), *Estudios de Derecho Penal Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, Buenos Aires-Montevideo (B de F.), 2017, pp. 91 a 101.

³ La bibliografía al respecto es muy extensa y se ha multiplicado desde la aparición de los textos de GARLAND, D., *The culture of control. Crime and social order in contemporary society*, Chicago (University of Chicago Press), 2001; y SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades posindustriales*, Madrid (Civitas), 1999. Es también clásico BRANDÁRIZ GARCÍA, J. A., *El modelo gerencial-actuarial de penalidad. Eficiencia, riesgo y sistema penal*, Madrid (Dykinson), 2016. Desde otra perspectiva, VVAA, *La insostenible situación del derecho penal*, Granada (Comares), 2000.

impedir que llegue a cometerse, lo que tiene consecuencias estructurales tanto sobre el derecho penal sustantivo como sobre el procesal. Sobre el sustantivo, al no ser indispensable la precisa descripción de la conducta prohibida, bastando con identificar algunos actos potencialmente peligrosos que pudieran dar lugar, combinados con otros factores, a un determinado evento. Se produce así la devaluación del principio de legalidad y la inversión del sentido⁴ o jibarización de los restantes principios de garantía, como la lesividad, sustituida por la posibilidad del daño, o la culpabilidad, desplazada por la peligrosidad.

Dada la íntima vinculación entre derecho penal sustantivo y derecho penal procesal, dicha transformación tiene repercusiones sobre el proceso, pues la pretensión «anticipativa» se alcanza mediante una metodología «prospectiva», lo que es difícilmente armonizable con la técnica «reconstructiva», propia de la orientación «reactiva» del proceso. Si de lo que se trata principalmente es de probar que se habría podido producir un hecho que, de haber tenido lugar, habría dañado el interés social merecedor de protección, si lo que se pretende es acreditar la conducta futura del sujeto, justificar fácticamente lo que no ha sucedido, el objeto de la prueba se desplaza desde el hecho al riesgo del hecho, lo que plantea grandes desafíos para la presunción de inocencia y el modelo de valoración racional de la prueba, que es sustituido por un modelo persuasivo o, en el mejor de los casos, estadístico. Frente a la concepción factual de la prueba, que parte de la probabilidad lógica o inductiva como esquema de razonamiento, la concepción prefactual descansa en la simple probabilidad estadística de la hipótesis, lo que, en principio, compromete la presunción de inocencia pues nada nos dice sobre un hecho individual.

Con todo, un entendimiento sesgado y acrítico de los rendimientos que cabe obtener de la ciencia y la tecnología ha generado grandes expectativas sobre las posibilidades anticipativas del modelo y actuado como factor acelerador de este proceso de transformación. Particular relevancia han tenido la aparición y rápido desarrollo de nuevas disciplinas científicas (en especial, la neurociencia) y, sobre todo, la revolución tecnológica, gracias a la explotación del «big data», que permite analizar el comportamiento de las personas mediante la extracción del valor de los datos almacenados y obtenidos a través de la generalización de la vigilancia electrónica, global, masiva y permanente, y formular predicciones sobre la base de los patrones observados⁵.

⁴ En la acertada expresión de VIVES ANTÓN, T. S., *Fundamentos del sistema penal*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2011.

⁵ Sobre los vínculos existentes entre la extensión del uso de los sistemas de vigilancia y tratamiento masivo de la información y la transformación del modelo de intervención penal, ver LÓPEZ ORTEGA, J. J., y ALCOCEBA GIL, J. M., «Prevenir y evitar: consideraciones en torno a un modelo de intervención penal

III. ESTRATEGIAS

En este particular contexto, en el que conviven normas penales y metodologías procesales del viejo y del nuevo modelo, escasa utilidad práctica tiene enrocarse en posiciones puramente defensoras de un modelo ideal que, por otro lado, nunca dejó de ser una aspiración, pues en ciertos sectores (*v. gr.* paradigmáticamente, el terrorismo) tradicionalmente se ha operado sobre la base de parámetros anticipativos.

Por otra parte, no puede negarse que en determinados ámbitos ya se opera con juicios de prognosis. Así, en los juicios sobre el *periculum* de las medidas cautelares; en la determinación de penas, para elegir entre las alternativas o para imponer medidas de seguridad; en la fase de ejecución, para decidir sobre la imposición de medidas alternativas a la prisión o sobre su revocación; o en el ámbito penitenciario, en el que su empleo es inseparable del método de toma de numerosas decisiones.

El dilema no radica en si debemos aceptar ciegamente o rechazar de modo frontal los principios y métodos del nuevo modelo en el plano teórico, sino, como indican López Ortega y Alcoceba Gil⁶, identificar cuáles son los márgenes en los que pueden operar, y cómo han de ser regulados, pues la ausencia de regulación, a la que conduce el rechazo frontal, nunca ha servido para proteger derechos, sino para permitir vías de hecho, como lo demuestra el dato de que algunos de estos instrumentos ya venían siendo utilizados por los servicios de inteligencia, operando al margen del sistema de justicia penal.

Se trata, por tanto, de tomar conciencia de los límites jurídico-constitucionales y epistémicos de los nuevos instrumentos investigativos, de abordar los desafíos de paradigma anticipativo y de darles respuesta a la luz de la Constitución y la normativa convencional supranacional, que incorporan límites sustantivos y procedimentales a la persecución penal, límites que operan como verdaderas barreras a la cognoscibilidad procesal. Al «qué» y al «cómo» pueden conocerse.

En esta línea de pensamiento se inscribe la propuesta regulativa de la prueba pericial y científica y de la investigación mediante el tratamiento de datos personales en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020, que viene a colmar las lagunas de un régimen jurídico inexistente, en algunos casos, y obsoleto, en otros, adecuándolo a los valores constitucionales

anticipativa», en Juanatey Dorado, C., y Sánchez-Moraleda Vilches, N. (Dirs.), *Derechos del condenado y necesidad de pena*, Pamplona (Aranzadi), 2018.

⁶ ALCOCEBA GIL, J. M., en Juanatey Dorado, C., y Sánchez-Moraleda Vilches, N. (Dirs.), 2018.

y a las exigencias epistémicas de las ciencias empíricas. En las líneas que siguen me centraré en un aspecto muy concreto de la nueva regulación: los instrumentos de valoración del riesgo de violencia y reincidencia. La reflexión teórica y regulación normativa pretenden conjurar dos grandes peligros: a) Su utilización acrítica por los operadores del sistema penal, en particular por los jueces; y, b) Su aplicación a ámbitos para los que tal aplicación está constitucionalmente vedada.

IV. LOS INSTRUMENTOS DE VALORACIÓN DEL RIESGO

1. Origen y extensión de uso

En la década de los años 20 del pasado siglo comenzaron a introducirse en los Estados Unidos de América instrumentos actuariales de predicción del riesgo de reincidencia en el ámbito penitenciario, vinculados, inicialmente, a la evaluación y gestión de la *parole* (libertad anticipada del penado)⁷. Se trataba, inicialmente, de estudiar la reincidencia criminal con la finalidad de encontrar patrones conductuales mediante el análisis de indicadores de riesgo sobre la base de estudios estadísticos que pudieran ayudar a las autoridades administrativas y judiciales a tomar la decisión correspondiente. Desde entonces, su empleo se ha generalizado en el ámbito penitenciario para todo tipo de decisiones.

En España, ha sido también en dicho campo en el que se ha producido un mayor desarrollo teórico y práctico de la actividad de evaluación del riesgo. Se ha superado el obsoleto concepto de peligrosidad penal, una noción estática que no tiene en cuenta la posibilidad de cambio, la evolución y la respuesta a los instrumentos del tratamiento, y se han incorporado los resultados de los pronósticos a los informes y acuerdos que integran el funcionamiento cotidiano de los centros penitenciarios. De este modo, los órganos del tratamiento disponen de instrumentos técnicos, específicos para tipos delictivos concretos, en los que, introduciendo determinados datos extraídos de la observación y las entrevistas del interno, se obtiene un porcentaje numérico del riesgo de que un penado quebrante el cumplimiento de la pena tras el disfrute de un permiso de salida, o de que vuelva a cometer un delito violento o contra la libertad sexual. Ahora bien, pese al avance que tales instrumentos han supuesto, por su mayor objetividad frente al juicio clínico subjetivo, muchos especialistas han alertado de la

⁷ CASTRO LIÑARES, D., *Los instrumentos de valoración y gestión de riesgos en el modelo de penalidad español*, Madrid (Reus), 2019.

necesidad de valorar con cautela sus resultados⁸. Dicha cautela adquiere especial significado hoy día, pues el uso de las herramientas de valoración del riesgo se está generalizando, extendiéndose a ámbitos distintos de los inicialmente contemplados. Así, en los Estados Unidos ya se emplean para tomar decisiones que afectan a la determinación de la clase de pena y su duración, y en nuestro país se están empleando para predecir el riesgo de violencia en ámbitos como la violencia de género, con la finalidad de adoptar medidas cautelares o de protección⁹. No cabe, pues, descartar que en el futuro se plantee ampliar su uso a otros ámbitos, en el convencimiento de que el «big data» hará más fiables los resultados. Ello hace imprescindible su abordaje legislativo.

2. La base estadística

En primer lugar, ha de destacarse que la base de estos instrumentos es estadística, aun cuando haya elementos de corrección posterior. Se parte de la premisa de que la probabilidad de que acontezca un hecho futuro dependerá de la combinación de factores que determinaron su aparición en el pasado. Para identificar tales factores se somete a observación una muestra de población, cuyo comportamiento se escruta. Una vez identificadas las variables de riesgo, se les asigna un valor numérico, y se combinan con un algoritmo estadístico que permite atribuir una puntuación al sujeto. Dicha puntuación se compara con la escala de valoración que el instrumento contiene, y de ahí se obtiene una probabilidad de reincidencia o violencia que se adjudica al sujeto. Por tanto, la validez de la conclusión dependerá del modo en que se haya realizado el estudio estadístico correspondiente y de la corrección del razonamiento inferencial. Ello implica que hay que tomar conciencia de varias circunstancias que debieran ser hoy día del dominio común de los juristas dedicados a la justicia penal¹⁰:

a) Todo juicio que extrapole para el individuo una probabilidad de riesgo detectada en un grupo es probabilístico, por lo que debe ponerse en conexión con los estándares exigibles en cada caso para la toma de cada tipo de

⁸ Entre las mayores expertas en la doctrina española, MARTÍNEZ GARAY, L., a quien seguimos en la exposición basándonos en sus trabajos «La incertidumbre de los pronósticos de peligrosidad: consecuencias para la dogmática de las medidas de seguridad», Indret, 2014; «Peligrosidad, algoritmos y *due process*: el caso *State v. Loomis*», Revista de Derecho Penal y Criminología, 2019; y «El uso de valoraciones del riesgo de violencia en Derecho penal: algunas cautelas necesarias», Indret, 2018.

⁹ ANDRÉS PUEYO, A., y ECHEBURUA ODRIÓZOLA, E., «Valoración del riesgo de violencia: instrumentos disponibles e indicaciones de aplicación», *Psicothema*, vol. 22, núm. 3, 2009.

¹⁰ Sintetizo a MARTÍNEZ GARAY, L. en las diversas publicaciones antes citadas.

decisión en el proceso (v. gr. más allá de toda duda razonable, probabilidad prevalente, mera posibilidad, etc).

b) La superación del paradigma de la peligrosidad por el de la valoración del riesgo no debe hacernos olvidar que el objeto de la predicción no siempre se establece con precisión. Así, en ocasiones no está claro si el instrumento trata de predecir la comisión de un concreto tipo de delitos, o de todo tipo de delitos, o qué abarca el omnicomprendido término «violencia». Del mismo modo, ha de tomarse en consideración el factor tiempo: las predicciones se realizan para un período determinado, no serían legítimas ni técnicamente correctas si se hicieran sobre la base de la premisa de que el evento esperado pudiera acontecer en cualquier momento a lo largo de la vida del sujeto. Por lo tanto, los aciertos y errores del pronóstico han de vincularse con el tiempo de validez de la predicción.

c) El riesgo puede expresarse a través de diversos indicadores, cada uno de los cuales mide una dimensión distinta. Cuáles sean los indicadores relevantes dependerá del contexto y del tipo de decisión que quiera adoptarse. Ha de tenerse muy presente que no todos significan lo mismo, por lo que hay siempre peligro de que la información que proporcionan sea mal interpretada por el juez.

Simplificando mucho una materia compleja, cabe señalar que la sensibilidad (fracción de verdaderos positivos o grado de probabilidad de que una persona que haya cometido un hecho delictivo o violento de positivo en el instrumento de valoración que pretende detectar ese hecho ya cometido) y la especificidad (fracción de verdaderos negativos) son medidas de validez del instrumento de valoración: nos dicen cuan bueno es el instrumento para detectar individuos violentos o reincidentes (v. gr. si la sensibilidad es de 0.5, el 50% de los individuos violentos o reincidentes dan positivo a la prueba), pero no nos proporcionan información relevante por sí solos para tomar una decisión ante un determinado resultado de la prueba. No nos dicen, en otros términos, qué riesgo de violencia o reincidencia presenta el individuo que se somete al test.

A tal efecto, otros índices de mayor utilidad son el valor predictivo positivo (grado de probabilidad de que una persona que de positivo en el instrumento de valoración vuelva a cometer un hecho delictivo o violento), y el correspondiente valor predictivo negativo (grado de probabilidad de que una persona que de negativo en el instrumento de valoración no cometa un hecho delictivo o violento en el futuro). Ahora bien, en estadística la prevalencia (en nuestro caso, la presencia de reincidencia o violencia en la población general medida en %) es un elemento relevante para estos indicadores. Así, a menor prevalencia, mayor valor predictivo negativo y menor valor predictivo positivo, y viceversa. A tal efecto, ha de recordarse que la delincuencia violenta es

poco frecuente en la realidad criminológica española. Para solventar el problema se utilizan otros dos marcadores, la razón de verosimilitud positiva y negativa, que miden cuán probable es un resultado concreto en el test en función de la presencia o ausencia del riesgo de violencia o reincidencia. También se acude al área bajo la curva ROC, pues las clasificaciones de violencia o riesgo no son dicotómicas (sí/no), sino politómicas (riesgo bajo, moderado, alto, muy alto, etc.). Se trata de una medida de riesgo relativo o un índice de discriminación: indica que un sujeto que haya recibido una puntuación más alta en el instrumento tiene mayor probabilidad de reincidir que otro sujeto que con ese mismo instrumento haya obtenido una puntuación menor. Pero no dice cómo de alta es la probabilidad de cada uno.

Muy ilustrativo sobre la diferencia de poner el acento en unos u otros indicadores es el análisis de Martínez Garay al relacionar el resultado del estudio sobre tasa de reincidencia penitenciaria de 2014 en Cataluña, coordinado por Capdevila con la valoración del riesgo que se había hecho a través del RisCanvi¹¹ sobre un total de 410 internos. Según señala Martínez Garay, en el estudio los autores concluyeron que el instrumento de valoración se había comportado de modo excelente en la predicción del riesgo de reincidencia, pues el 77,15 % de los individuos que reincidieron fueron detectados por el instrumento y el 57,26 % de los que no reincidieron también lo fueron. Resaltaron de este modo su sensibilidad y especificidad. Sin embargo, no reflejaron su pobre valor predictivo positivo (17,94 %), que dio lugar a que de los 301 sujetos pronosticados como probables reincidentes (riesgo alto 130 + riesgo moderado o medio 171) solamente 54 reincidieron. Esto es, hubo un 82,06 % de individuos indebidamente clasificados como reincidentes.

d) Detrás de la opción, en apariencia técnica, por destacar la tasa de acierto de unos u otros indicadores hay una decisión político criminal de fondo: si han de preocuparnos más, en qué medida y a qué coste los falsos negativos (sujetos erróneamente no clasificados como violentos o reincidentes que pueden acabar cometiendo nuevos delitos) o los falsos positivos (sujetos erróneamente identificados como violentos o reincidentes que no cometerán ningún delito). Esto es, si es preferible sobreestimar o subestimar el riesgo, y a qué efectos.

e) En la fiabilidad del instrumento influirán otros factores tales como la forma en que se haya diseñado la muestra de población (v. gr. su tamaño o

¹¹ En España se utilizan dos instrumentos diferentes para valorar riesgos de quebrantamiento, así como de reincidencia en los permisos penitenciarios. La Tabla de Variable de Riesgos (TVR) con la Concurrency de Circunstancias Peculiares (CCP) en los centros penitenciarios dependientes de la Administración General del Estado y gestionados por la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, y el protocolo multi-escala RisCanvi en las prisiones dependientes de la Comunidad Autónoma de Cataluña.

representatividad) y la selección de las variables relevantes, con la finalidad de evitar solapamientos o de que se atribuya valor predictivo a una variable indebidamente seleccionada como consecuencia de sesgos. Se advierte así que en ocasiones se recurre el empleo de factores de riesgo o variables que no presentan una relación estadísticamente significativa con la conducta a predecir, y por tanto influyen de modo negativo en la valoración futura del riesgo impidiendo identificar los factores dinámicos que sí sería posible cambiar y mejorar. Por otra parte, el empleo de algoritmos en los instrumentos predictivos refuerza los sesgos preexistentes, pues dichos algoritmos no dejan de ser el reflejo de los datos de los que se alimenta, de modo que si los datos incorporan sesgos (v. gr. atribuye valor predictivo a criterios tales como la raza o clase social), el algoritmo los multiplica.

f) Por último, también es relevante la existencia o inexistencia de estudios de validación, pues la capacidad predictiva del instrumento dependerá de cómo se comporte cuando se aplica a sucesivas muestras de sujetos, de modo que si aplicado a nuevos grupos parecidos al inicial, siguiendo el mismo protocolo, las predicciones son corroboradas de nuevo, el instrumento tendrá buena capacidad predictiva, no teniéndola si no se produce tal coincidencia. Tales estudios, además, habrían de desarrollarse siguiendo estrictamente los protocolos del primer estudio, o los estándares que sus autores hayan establecido en el manual de uso que acompaña a cada test.

3. La propuesta regulativa del Anteproyecto de LECrim. de 2020

Actualmente, y pese a su empleo generalizado tanto en el ámbito de la ejecución penitenciaria como en el de determinadas medidas de protección (v. gr. RisCanvi y Sistema de Seguimiento Integral de los casos de Violencia de Género, conocido como VioGén¹²), los instrumentos de valoración del riesgo se aplican en una situación de anomia. No hay ninguna norma de rango legal que establezca para qué decisiones es legítimo utilizar valoraciones de riesgo y para cuáles no, ni que fije criterios para evaluar su fiabilidad. Sin embargo, es esencial que los operadores jurídicos sean conscientes del alcance de estas pruebas y de cómo funcionan para evitar que las sobrevaloren,

¹² Instrucción 4/2019, de la Secretaría de Estado de Seguridad, por la que se establece un nuevo protocolo para la valoración policial del riesgo de violencia de género (LO 1/2004), la gestión de la seguridad de las víctimas y seguimiento de los casos a través del sistema de seguimiento integral de los casos de violencia de género, instrucción que sustituye a la 10/2007, de 10 de julio, que aprobó el primer protocolo para la valoración policial del riesgo de violencia contra la mujer.

sobrevaloración que suele darse por dos tipos de razones¹³. Por un lado, por considerarlas prácticamente infalibles olvidando que las pruebas científicas se basan fundamentalmente en leyes estadísticas y que sus resultados han de ser interpretados a la luz de otros datos, por lo que no dejan de ser probabilísticas (sobrevaloración epistémica). Pero, además, por considerar que los resultados de las pruebas dicen cosas distintas de las que realmente dicen, pues los juristas no estamos acostumbrados a entender la estadística y solemos confundir los distintos índices estadísticos (sobrevaloración semántica).

Es sintomático que profesionales muy destacados en la promoción de estos instrumentos hayan alertado de las limitaciones y los riesgos de su mala utilización¹⁴. Señalan, por un lado, la conveniencia de que los profesionales conozcan bien los instrumentos, las manuales existentes para su correcta aplicación, y su idoneidad en función de los contextos de uso. También advierten de que la sobreestimación o subestimación del riesgo no son propiedades de los instrumentos, sino decisiones tanto de los constructores que los elaboran sobre la base de ciertas metodologías actuariales, como de los profesionales que los aplican. A ellos compete decidir, en función del contexto e implicaciones, qué tasas de falsos positivos o negativos están dispuestos a asumir. Paradigmática es la situación en el ámbito de la violencia de género: pese a que dichos autores advierten de que los instrumentos existentes son adecuados para los cuerpos policiales en primera línea, que necesitan realizar valoraciones muy rápidas con el objetivo de gestionar el riesgo y proteger inmediatamente a las víctimas, pues los falsos positivos en principio solo perjudican a las personas investigadas un breve espacio de tiempo, y de que en fase judicial tales instrumentos deben considerarse con mucha más cautela, lo cierto es que la valoración policial condiciona la decisión judicial debido al sesgo de anclaje: una vez conocido el nivel de riesgo estimado por el instrumento, el juez suele adecuar su razonamiento y valoración del resto de circunstancias concurrentes a dicha medición.

La propuesta regulativa del Anteproyecto de 2020 no pretende cuestionar los instrumentos de valoración existentes ni su utilidad, sino promover una nueva cultura de la prueba pericial, pues al exigir que las pericias identifiquen los elementos que hacen posible una evaluación de su fiabilidad, el debate contra-

¹³ Tomo la terminología de la GASCÓN, M., que se ha referido a esta doble sobrevaloración en relación con la prueba pericial en general, y a quien sigo al desarrollar la idea.

¹⁴ Véase GONZÁLEZ ÁLVAREZ, J. L.; LÓPEZ OSORIO, J. J., y MUÑOZ RIVAS, M., *La valoración pericial del riesgo de violencia contra la mujer pareja en España-Sistema VioGén*. Madrid (Ministerio del Interior, Secretaría General Técnica), 2018. En el ámbito de la ejecución, véase RUEDA SORIANO, Y., «Los sistemas actuariales de prevención y gestión de riesgos en el ámbito penitenciario», *Jueces para la Democracia: Información y debate*, núm. 94, 2019.

dictorio estimulará el perfeccionamiento de este tipo de pericias. La regulación se encuentra en el artículo 486. La redacción, dado su nivel de abstracción, es igualmente útil para evaluar la fiabilidad de otro tipo de pruebas de base estadística: «1. Los instrumentos de valoración del riesgo de violencia o reincidencia deberán incluir todos los parámetros estadísticos que permitan evaluar tanto su fiabilidad como su capacidad predictiva. 2. Dichos instrumentos especificarán el tamaño de la población con la que se han construido, las variables utilizadas como factores de riesgo, los criterios de medición empleados para ponderar dichos factores asignando puntuaciones, y el tiempo de validez de la predicción. También habrán de identificar los estudios de validación realizados».

Como cabe advertir, la norma no establece para qué decisiones es legítimo recurrir a las valoraciones de riesgo y en qué casos está prohibido, lo que podría aconsejar un mayor desarrollo. La propuesta, en todo caso, es una llamada de atención sobre la inaplazable necesidad regulativa y una buena ocasión para debatir los contenidos que debe incluir. De todos modos, una interpretación del precepto en clave constitucional nos proporciona, al menos, un límite infranqueable: no puede utilizarse información de esta naturaleza para fundar la condena. Lo contrario violaría la presunción de inocencia, pues nunca cabría afirmar que los hechos pronosticados se encuentran acreditados más allá de cualquier duda razonable¹⁵.

¹⁵ CAMARENA GRAU, S., «¿Puede, y cómo, probarse la peligrosidad del acusado?» en VVAA, *99 cuestiones básicas sobre la prueba penal*, Manuales de Formación Continuada, núm. 51, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2009.

LA ATRIBUCIÓN RACIONAL DEL DOLO EN EL PROCESO PENAL*

MAURICIO RETTIG ESPINOZA**

SEBASTIÁN BRAVO IBARRA***

I. INTRODUCCIÓN

Como todo juicio inferencial para atribuir dolo a la conducta típica de un sujeto es necesario comenzar el razonamiento a partir de *indicios* que surgen de los elementos de prueba. Entre la *hipótesis* a probar y los indicios debe concurrir un *enlace* que puede ser *epistémico*, *normativo* o *conceptual*. Nos centraremos en el *enlace* conceptual para argumentar que el concepto de dolo desde el que se parte puede traer consecuencias prácticas significativas para imputar dolo o imprudencia. Un concepto de dolo clásico y psicológico tiene inconvenientes como para erigirse como arquetipo de dolo válido para toda clase de delitos. Un concepto de dolo normativo y cognoscitivo, construido en base a *indicios* e *indicadores* del conocimiento del riesgo jurídicamente desaprobado inherente a la conducta típica, en cambio, permite imputar subjetivamente responsabilidad penal en base a un proceso inferencial acorde a las exigencias de la sana crítica racional.

* En homenaje a la Prof. Dra. Mirentxu Corcoy Bidasolo, por su gran magisterio que ha traspasado fronteras.

** Abogado Universidad de Chile. Doctor en Derecho Penal y Ciencias Penales, Universidad de Barcelona. Juez del 2.º Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, Prof. de Derecho Penal, Universidad Alberto Hurtado.

*** Abogado Pontificia Universidad Católica de Chile. Master in Global Rule of Law and Constitutional Democracy, Università degli Studi di Genova. Juez del Juzgado de Letras y Laboral de Rengo.

II. EL RAZONAMIENTO INFERENCIAL

En la actividad probatoria es posible distinguir las siguientes etapas¹: a) la conformación del material probatorio; b) la admisibilidad de la prueba; c) la práctica de las pruebas; d) la valoración de la prueba y e) la determinación de la suficiencia del acervo probatorio para aceptar como probada una determinada hipótesis. A continuación, nos centraremos en la letra d), esto es, en la *extracción de una conclusión o inferencia* a partir de la información obtenida a partir de los medios de prueba (testigos, peritos, documentos, etc.).

La valoración de la prueba supone realizar un *juicio inferencial* consistente en extraer una conclusión a partir de una o más premisas². En dicho proceso razonamos desde la prueba hacia la comprobación de la hipótesis³. Concorre una relación de inferencia, si en un conjunto de enunciados unos son consecuencia de otros⁴.

En el procedimiento inferencial hay que establecer las *premisas* de la hipótesis y luego realizar la inferencia para pasar de las premisas a la conclusión⁵. En un extremo se encuentra la información obtenida a partir de las pruebas y en el otro la hipótesis a probar. Entre uno extremo y otro pueden concurrir premisas y conclusiones intermedias lo que permite distinguir entre inferencia probatoria final e inferencias probatorias parciales⁶. El razonamiento probatorio puede concluir de tres formas: i) si la cadena inferencial ha sido correctamente establecida y confirma la hipótesis acusatoria, cumpliendo con las condiciones que el Derecho exige para constituir la conclusión, el enunciado probatorio será positivo: «está probado que *p*», lo que conduce a una decisión condenatoria porque la hipótesis acusatoria ha sido probada; ii) si la cadena inferencial ha sido correctamente establecida y refuta la hipótesis del acusador, el enunciado probatorio será negativo: «está probado que no-*p*», lo que conduce a una decisión absolutoria; y, iii) si la cadena inferencial falla, porque no es posible confirmar ni refutar ninguna hipótesis, el enunciado

¹ FERRER BELTRÁN, J., *La valoración racional de la prueba*, Madrid, Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, (Marcial Pons), 2007, pp. 41 ss.

² ETALA, C., *Diccionario jurídico de interpretación y argumentación*, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, Sao Paulo, (Marcial Pons), 2016, p. 174.

³ ANDERSON, T.; SCHUM, D., y WILLIAM TWINING, W., *Análisis de la prueba*, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, Sao Paulo, (Marcial Pons), 2015, p. 448.

⁴ ATIENZA RODRÍGUEZ, M., *El derecho como argumentación*, Barcelona (Ariel), 2010, p. 122.

⁵ HERNÁNDEZ MARÍN, R., «El juez, el científico y la búsqueda de la verdad», en García Amado, A., y Bonorino, P., (Dir.) *Prueba y razonamiento probatorio en Derecho-Debates sobre abducción*, Granada (Comares), 2014, p. 5.

⁶ GONZÁLEZ LAGIER, D., *Quaestio facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*, Lima-Bogotá (Palestra-Temis), 2005, p. 55; HERNÁNDEZ MARÍN, R., 2014, p. 5.

probatorio será también negativo: «no está probado que *p*», lo que conduce por aplicación de las reglas del *onus probandi* a una decisión absolutoria, porque no existen elementos que permitan confirmar la hipótesis acusatoria más allá de toda *duda razonable*⁷.

La validez de la inferencia probatoria se evalúa conforme a criterios epistemológicos objetivos de racionalidad y solidez que deben ser explicitados en la sentencia y que hacen controlable intersubjetivamente las inferencias que permiten pasar desde un cúmulo de datos probatorios a los hechos probados⁸. La libre valoración de las pruebas no desvincula al juez de dicha obligación de realizar una valoración *individual* de cada medio de prueba, a fin de establecer su fiabilidad y peso epistémico, para luego hacer una valoración *conjunta* del acervo probatorio para evaluar si la hipótesis ha sido confirmada y no ha sido refutada.

III. ESTRUCTURA DE LA INFERENCIA PROBATORIA (MODELO DE TOULMIN)

La inferencia parte de una *pretensión* que es aquello que se sostiene y que se quiere fundamentar. Si esta pretensión es puesta en duda, debe ser apoyada por *razones* o hechos que den cuenta de la corrección de la pretensión. La explicitación de las razones que apoyan la pretensión se realiza mediante un *enunciado* que expresa una regularidad que correlaciona el tipo de hechos que constituye la razón con la pretensión y que se denomina *garantía*, que consiste en un enunciado general, una regla o un concepto o teoría. La garantía puede ser apoyada con un *respaldo*, que trata de mostrar la corrección o vigencia de esa regularidad. *Pretensión*, *razones*, *garantía* y *respaldo* deben estar presentes en el razonamiento⁹.

En la sentencia penal condenatoria, en el ámbito de la justificación interna, dicho esquema argumentativo sería: a) *razón*: Juan mató a Pedro; b) *pretensión*: Juan debe ser condenado por homicidio; c) *enlace o garantía*: Si alguien mata a una persona debe ser condenado como homicida; d) *respaldo*: Así lo dispone el artículo 138 CP. Si la *garantía* (premisa mayor) y la *razón* (premisa menor) son verdaderas, se sigue la *pretensión* (conclusión). El *factum*

⁷ HERNÁNDEZ MARÍN, R., 2014, pp. 8-9.

⁸ ANDRÉS IBÁÑEZ, P., «Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal», *DOXA*, núm. 12, 1992, pp. 283-285; GASCÓN ABELLÁN, M., *Los hechos en el derecho-Bases argumentales de la prueba*, Madrid (Marcial Pons), 2010, pp. 159 ss. y pp. 195-197; TOULMIN, S.; RIECKE, R., y JANIK, A., *Una introducción al razonamiento*, Lima (Palestra), 2018, p. 103; GONZÁLEZ LAGIER, D., 2005, pp. 88 ss.

⁹ TOULMIN, S., *Los usos de la argumentación*, Madrid; Barcelona; Buenos Aires y São Paulo (Marcial Pons), 2019, p. 12; TOULMIN, S.; RIECKE, R., y JANIK, A., 2018, pp. 56-57.

probans corresponde a las razones del argumento; el *factum probandum* a la *pretensión*; y las máximas de experiencia, conocimientos científicamente afianzados, presunciones y conceptos o teorías a la *garantía*. Estos enlaces correlacionan el tipo de hechos señalados en las razones con la clase de hechos señalados en la pretensión; y el *respaldo* constituye la información que fundamenta la garantía¹⁰.

IV. TIPOS DE INFERENCIAS PROBATORIAS

El enlace entre los enunciados que conforman la hipótesis y los elementos de juicio puede consistir: (i) en una *inferencia epistémica* o generalizaciones empíricas consistentes en conocimientos científicamente afianzados o en máximas de la experiencia; (ii) en una *inferencia normativa* o presunción; o (iii) en una *inferencia conceptual* o concepto o teoría jurídica. En cada enlace es posible distinguir: (a) su fundamento o requisitos para la corrección del enlace; (b) su finalidad epistémica o práctica; y (c) su grado de solidez que aporta a la inferencia probatoria. Estos tres conceptos se relacionan de manera que el fundamento de un enlace puede depender de que sea un medio adecuado para satisfacer su finalidad y su fuerza de la corrección del fundamentado y de la importancia de la finalidad¹¹.

V. INTERPRETACIÓN DE LOS HECHOS

No es posible subsumir un hecho desnudo en los presupuestos fácticos para la aplicación de una norma sin realizar subsunciones intermedias. Ello implica relacionar los hechos particulares con ciertas clases de hechos (subsunción individual) o unas clases de hechos en otras (subsunción genérica)¹². Así, poner el dedo en el gatillo y disparar puede calificarse como homicidio doloso si previamente es interpretado como un caso de conducta dolosa, lo que implica subsumirlo en la clase de comportamientos dolosos¹³. Los hechos que interesan para imputar responsabilidad penal son hechos interpretados.

¹⁰ GONZÁLEZ LAGIER, D., 2005, p. 57.

¹¹ GONZÁLEZ LAGIER, D., «Tres modos de razonar sobre hechos», en Vázquez Rojas, C. (Dir.), *Hechos y razonamiento probatorio*, Ciudad de México (CEJI), 2018, pp. 19-23; GONZÁLEZ LAGIER, D., «Presunción de inocencia, verdad y objetividad», en García Amado, J., y Bonorino, P. (Dir.) *Prueba y razonamiento probatorio en Derecho. Debates sobre abducción*, Granada (Comares), 2014, pp. 87-88.

¹² GUASTINI, R., *Interpretar y argumentar*, Madrid (CEPC), 2014, p. 42.

¹³ GONZÁLEZ LAGIER, D., 2005, pp. 43-44.

Los hechos son entidades complejas que combinan elementos observacionales y teóricos, normativos o valorativos. Los *elementos observacionales* dependen de la observación de la realidad a través de nuestros sentidos; en cambio, los *elementos teóricos, normativos o interpretativos* dependen de la red de conceptos con los que clasificamos y comprendemos los hechos. Algunas conexiones entre sucesos las clasificamos como *relaciones de causalidad*; algunos comportamientos humanos los consideramos *conductas típicas* cuando son captados por tipos penales; en ciertos contextos consideramos que lo que el sujeto activo no ha realizado en favor de un bien jurídico pudiendo y debiendo hacerlo constituye una *omisión*; etc. Determinar que un comportamiento es *doloso* depende de opciones conceptuales y ello justifica que existan inferencias subsuntivas relacionadas con los hechos, pero que son previas a su calificación jurídica, cuyo enlace es una regla conceptual. Éstas son las «inferencias probatorias interpretativas»¹⁴.

VI. INFERENCIAS PROBATORIAS INTERPRETATIVAS O CONCEPTUALES

Son inferencias subsuntivas sobre los hechos, previas a su calificación jurídica, cuyo enlace es una *definición* o una *teoría conceptual*, en sentido amplio¹⁵. Su fundamento depende de la corrección de los conceptos y su finalidad es ordenar, clasificar, comprender el mundo, construir leyes generales explicativas y predictivas, facilitar la aplicación de normas, etc. Su fuerza depende del grado en que estén fundamentadas, de su adecuación a los fines perseguidos y de si su origen se encuentra en el legislador, la jurisprudencia, la dogmática, etc.¹⁶.

La afirmación sobre la prueba de los enunciados fácticos depende de la red conceptual, de modo que con las mismas pruebas podemos obtener resultados distintos si varía la definición. Así, la decisión de si la conducta es dolosa puede no ser la misma si se parte de un concepto psicológico clásico de dolo entendido como conocer y querer, que si se sigue un concepto normativo cognoscitivo. La prueba depende tanto de cómo es la realidad, cómo de la interpretación de la realidad, de manera que el enunciado «está probado que *p*», significa «está probado que *p*, en un determinado esquema conceptual *Ec*»,

¹⁴ GONZÁLEZ LAGIER, D., 2014, pp. 88-89.

¹⁵ GONZÁLEZ LAGIER, D., 2014, p. 89, y GONZÁLEZ LAGIER, D., 2018, p. 22.

¹⁶ GONZÁLEZ LAGIER, D., 2014, pp. 89-90, y GONZÁLEZ LAGIER, D., 2018, pp. 22-23.

pero no necesariamente se obtiene la misma conclusión si se adhiere a un concepto distinto. Elegido un esquema conceptual, la subsunción del *factum probans* deja de ser una cuestión convencional, porque los enunciados a subsumir deben obedecer a dicho esquema¹⁷.

La adhesión a un esquema conceptual depende de los fines e intereses que se pretende lograr. Hay que justificar que el esquema conceptual utilizado es el más adecuado para alcanzar los fines que el Derecho pretende, porque los objetivos determinan nuestros conceptos y nuestros conceptos determinan, junto con la realidad, nuestros juicios de verdad. Los conceptos que interesan para la prueba judicial de los hechos (conducta, causalidad, dolo, etc.) deben mediar entre los datos empíricos ofrecidos por la realidad y las calificaciones jurídicas ofrecidas por las normas, para posibilitar su aplicación¹⁸.

VII. CRÍTICA AL CONCEPTO PSICOLÓGICO TRADICIONAL DE DOLO

La definición tradicional psicológica de dolo entendido como conocer y querer presenta los siguientes obstáculos: a) la voluntad es un elemento básico común a toda conducta humana por lo que no sirve como elemento diferenciador al tipo doloso e imprudente¹⁹; b) solo el dolo directo se corresponde psicológicamente con lo que el autor ha querido. En el dolo de las consecuencias necesarias y en el dolo eventual el autor no pretende alcanzar el resultado, sino que sabe que el mismo está vinculado de forma necesaria o posible con la conducta desarrollada *voluntariamente*²⁰; c) El dolo definido como intención²¹ es demasiado limitado ya que lleva a sancionar como imprudencia supuestos con un merecimiento de pena de comportamientos dolosos, lo que llevó en el siglo XIX a crear el dolo directo de segundo grado y el dolo eventual para ampliar este concepto dolo y no tener que sancionar como imprudencia supuestos de cierta gravedad; d) como reconocía Taruffo²², no pueden probarse las intenciones, ya que lo que el sujeto quiera o no es algo que pertenece a su fuero

¹⁷ DIÉGUEZ LUCENA, A., «La relatividad conceptual y el problema de la verdad: Bases para un realismo ontológico moderado», en *Contrastes. Revista Internacional de Filosofía-Voll. XII*, 2007, p. 72.

¹⁸ GONZÁLEZ LAGIER, D., 2014, 104-107; el mismo, 2018, pp. 37-42.

¹⁹ STRUENSEE, E., «Consideraciones sobre el dolo eventual», *InDret*, 2009, p. 6 (en línea: www.indret.com, visitada por última vez, el día 16 de agosto de 2010).

²⁰ JESCHECK, H. H., y WEIGEND, T., *Tratado de Derecho penal*, Granada (Comares), 2002, pp. 314-315.

²¹ FEUERBACH, P. J. A., *Tratado de derecho penal*, Buenos Aires (Hammurabi), 2007, p. 71.

²² Afirmaba TARUFFO: «Es probablemente más realista pensar que ese hecho psíquico no es en realidad determinado; es más bien “sustituido” por una constelación de indicios que se consideran típicamente equivalentes al mismo y que representan el verdadero objeto de determinación probatoria», TARUFFO, M., *La prueba de los hechos*, Madrid (Trotta), 2011, p. 165.

interno cuestión que no puede ser objeto de valoración²³; e) la intención que llevó al sujeto a actuar puede no coincidir con la realización típica. Por ej.: el sujeto puede asaltar un banco *con la intención* de salir en los periódicos; f) conduce a un abuso del lenguaje ya que obliga a encontrar tal elemento en sucesos que difícilmente coinciden con el vocabulario cotidiano. Así, se afirma que quien simplemente acepta, se conforma o se resigna con la realización del tipo jurídicamente quiere dicha realización y, por tanto, actúa dolosamente; o que «en sentido jurídico» se puede aceptar consecuencias no deseadas, de manera que «el autor también puede aprobar un resultado que para él mismo es no deseado». Ello equivale a sostener según Struensee, que «perro en sentido jurídico también es un gato», ya que en la comprensión corriente del lenguaje no concurre un «aprobar» y lo que debe comprenderse bajo «aprobar en sentido jurídico» queda indeterminado o no definido²⁴; g) carece de un contenido propio que justifique su inclusión en el concepto de dolo, ya que la inferencia del elemento volitivo a partir de la «actuación pese al conocimiento» tiene un tinte cognoscitivo que hace dudar sobre la necesidad de incluir en el dolo un requisito volitivo, ya que, así definido, carece de un contenido propio que justifique su inclusión²⁵; h) en los delitos de mera actividad se afirma la existencia de dolo con el solo conocimiento de las circunstancias típicas. Ningún juez negaría el dolo del acusado de abuso sexual que afirmara haber realizado tocamientos a una víctima de diez años conociendo su edad, pero «no queriendo hacerlo»²⁶; i) conduce a incoherencias sistemáticas. Para diferenciar en el tipo entre dolo y no-dolo la teoría clásica recurre a sucesos volitivos o motivacionales del actuar, según los cuales el autor debe obrar con consciencia del ilícito o con consciencia de disvalor, error metódico y fáctico²⁷; j) conduce a un Derecho penal de autor, ya que para probar la existencia del elemento volitivo, sobre todo en los casos de dolo eventual, la jurisprudencia presume el dolo en personas que por sus antecedentes, por su personalidad o por realizar una actividad no aceptada socialmente, parte de la base de que «querían» o «aceptaban» cualquier resultado lesivo y niega el dolo respecto de personas que realizan una actividad normal y generalmente aceptada por su utilidad social

²³ CORCOY BIDASOLO, M., «Concepto dogmático y procesal de dolo ¿Puede probarse la existencia de dolo en el tráfico viario?», en *Jurisprudencia de Casación Penal*, núm. 3, Buenos Aires (Hammurabi), 2011, pp. 173 ss.

²⁴ STRUENSEE, E., *InDret*, 2009, p. 7.

²⁵ RAGUÉS, R., «Consideraciones sobre la prueba del dolo», *Revista de Estudios de la Justicia*, núm. 4, 2004, pp. 15.

²⁶ RAGUÉS, R., *Revista de Estudios de la Justicia*, 2004, pp. 15-16.

²⁷ KAUFMANN, A., «El dolo eventual en la estructura del delito» (trad. Suárez Montes, F.), en el mismo, *Estudios de Derecho penal*, Montevideo-Buenos Aires (BdeF), 2013, pp. 105 ss.

(médicos, jueces, notarios, abogados), se presume que «no querían» y, por lo tanto, se excluye la punición dolosa por la imprudencia, en base a consideraciones de Derecho penal de autor²⁸.

VIII. CONCEPTO NORMATIVO Y COGNOSCITIVO DE DOLO

El *dolo* es un título normativo de atribución subjetiva de responsabilidad penal que consiste en imputar el conocimiento *ex ante* del riesgo inherente a la conducta típica²⁹. El objeto de referencia del dolo es el conocimiento de los elementos que caracterizan la conducta típica como creadora de un riesgo jurídicamente desaprobado o apta para lesionar o poner en riesgo un bien penalmente tutelado³⁰. El sujeto debe conocer la concreta capacidad de la conducta para producir el resultado típico fuera del marco del riesgo permitido, ya que esta peligrosidad concreta y típicamente relevante es la base objetiva a que debe referirse el conocimiento para que concorra dolo. Para que la conducta pueda ser desvalorada intersubjetivamente y pueda ser prohibida al hombre medio como dolosa, basta que el dolo se extienda a ella y, en particular, a su peligrosidad. Si el agente pese a tener conciencia de la virtualidad concretamente lesiva de su conducta la ejecuta, realiza dolosamente el comportamiento riesgoso que es lo que puede prohibir la norma de determinación³¹. El dolo no comprende el conocimiento del resultado, ni de la causalidad ni de la imputación objetiva del resultado, porque al momento de ejecutar la conducta típica

²⁸ CORCOY BIDASOLO, M., *El Delito Imprudente. Criterios de Imputación del Resultado*, Buenos Aires, (B de F), 2005, pp. 267-269. En el mismo sentido, SANCINETTI, M., *Teoría del delito y disvalor de acción*, Buenos Aires (Hammurabi), 2004, pp. 172-174.

²⁹ RETTIG, M., *Derecho penal, parte general. El delito doloso e imprudente*, Santiago de Chile (Der), 2019, p. 518.

³⁰ Asumen un concepto monista de dolo basado en el elemento cognoscitivo GIMBERNAT, «Acerca del dolo eventual», en Gimbernat, E., *Estudios de Derecho penal*, Madrid (Tecnos), 1990, pp. 258-259; BACIGALUPO, E., *Derecho penal, parte general*, Buenos Aires (Hammurabi), 2009, pp. 316-317; CORCOY BIDASOLO, M., «Concepto dogmático y procesal de dolo. Ignorancia deliberada, confianza irracional y manifiesto desprecio», *Revista de Doctrina y Jurisprudencia Penal (Imprudencia Penal. Cuestiones Generales)*, 2011, p. 12; SILVA SÁNCHEZ, J., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona (Bosch), 2002, p. 401; RAGUÉS, R., *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Bogotá (Universidad Externado de Colombia), 2002, p. 122; FRISCH, W., *Comportamiento típico e imputación del resultado*, Madrid (Marcial Pons), 2004, p. 621; PUPPE, I., *La distinción entre dolo e imprudencia Comentario al § 15 del CP alemán*, Editorial Buenos Aires (Hammurabi), 2010, p. 78; HRUSCHKA, J., «Sobre la difícil prueba del dolo», en *Imputación y Derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*, Navarra (Aranzadi), 2005, pp. 147-148; KIND-HÄUSER, J., «El tipo subjetivo en la construcción del delito. Una crítica a la teoría de la imputación objetiva», *InDret*, 2008, p. 18; JAKOBS, *Derecho penal, parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, Madrid (Marcial Pons), 1997, p. 316; ZIELINSKI, *Dolo e imprudencia. Comentario a los §§ 15 y 16 del CP alemán*, Buenos Aires (Hammurabi), 2003, pp. 29-35; entre otros.

³¹ MIR PUIG, S., *Derecho penal, parte general*, Montevideo-Buenos Aires (B de F), 2004, pp. 265-267.

el resultado aún no se ha producido, de manera que no puede ser conocido por el agente al momento de actuar. Lo único que puede conocer el autor es si la conducta tiene la aptitud (*ex ante*) para lesionar o poner en riesgo el bien penalmente tutelado, que es aquello respecto de lo que la *norma primaria o de conducta* pretende ejercer su función motivadora³². El injusto doloso requiere que el sujeto conozca la entidad del peligro inherente a su comportamiento, que haga prever el resultado lesivo, aun cuando, como este aun no se ha producido, sea un acontecimiento más o menos incierto. Causalidad, resultado e imputación objetiva del resultado, son requisitos de la norma de sanción de los delitos consumados de resultado.

IX. EL PROCESO DE ATRIBUCIÓN DEL DOLO EN EL PROCESO PENAL

Para acreditar el dolo, hay que probar ciertos enunciados fácticos que constituyan *indicios* susceptibles de ser incardinados en *indicadores* de conocimiento del riesgo³³. Dicho sistema de imputación constituye un instrumento de garantía y de control que busca poner freno a la arbitrariedad, porque obliga a construir a partir de las herramientas del proceso (pruebas) los indicios incardinables en determinados criterios intersubjetivamente controlables de la validez de la actividad probatoria. Conforme al principio de inocencia el dolo no se presume, sino que ha de ser atribuido al autor del comportamiento típico realizado en un contexto que permite inferir el conocimiento del riesgo para el bien jurídico.

Los «indicios» son hechos que emanan de las pruebas subsumibles en «indicadores» de carácter normativo que permiten realizar un juicio de imputación respecto del conocimiento del riesgo por parte del autor. Son ejemplos de *indicios* en el caso del delito de homicidio: a) las amenazas previas de muerte de un presunto autor a la víctima; b) que el acusado tratase de limpiar manchas de sangre en unas ropas que fueron encontradas en su vivienda; c) que el acusado estuviese próximo al lugar en donde habrían acaecido los hechos; d) que huyó de prisa del lugar o que en su mano tenía el cuchillo; e) que según la prueba pericial éste era el arma homicida; f) la existencia de un móvil derivado de las relaciones entre víctima y acusado, como por ej.: enemistad, deudas, disputas profesionales, celos, etc. Este tipo de hechos, en sí, no constituye un elemento del tipo, no son el «matar» del homicidio, pero ayudan a conocerlo³⁴.

³² Entiéndase el concepto de norma primaria utilizado por MIR PUIG, construido a partir de la terminología Binding (MIR PUIG, S., 2004, pp. 72-73).

³³ RETTIG, M., 2019, pp. 538 ss.

³⁴ RETTIG, M., 2019, pp. 538 ss.

La prueba se dirige a acreditar los enunciados sobre los hechos (*indicios*) susceptibles de ser incardinados en un catálogo abierto de *indicadores* que permiten atribuir al autor el conocimiento del riesgo inherente a la conducta típica al momento de ejecutarla e imputar dolo como forma de atribución subjetiva de responsabilidad penal. Así, las manchas de sangre en la ropa, el cuchillo tipo cocinero con sangre, o la zona del cuerpo en que se ubican las heridas mortales, etc., constituyen *indicios* de haber participado en un delito violento, pero no son elementos del tipo de homicidio, cuya conducta típica consiste en «matar a un ser humano con vida independiente»³⁵, sin embargo, tales indicios dan cuenta de la presencia de *indicadores* del conocimiento de la intensidad del riesgo inherente a la conducta típica.

Los *indicadores* son elementos de significado del concepto imputativo y fundamentos para esa imputación³⁶. Entre los indicadores de dolo es posible mencionar: a) la inminencia, intensidad o magnitud del riesgo de la situación para el bien jurídico³⁷; b) la evitabilidad individual o capacidad para evitar el hecho a enjuiciar mediante motivación normativa³⁸; c) Si el autor consideró que la víctima adoptara medidas de autoprotección³⁹; d) el contexto específico en el que el sujeto realiza el hecho a partir de las circunstancias espaciales y temporales que permiten al sujeto advertir el riesgo⁴⁰; e) la pena natural en el caso de puesta en peligro por parte del autor de bienes jurídicos propios o de personas estrechamente vinculadas⁴¹; f) el ámbito en el que se produce la lesión o acostumbramiento social del riesgo proclive al error sobre la situación típica (Ej.: el tráfico rodado)⁴²; g) la experiencia del autor para evaluar la posi-

³⁵ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J., *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el Derecho penal*, Madrid; Barcelona; Buenos Aires, y São Paulo (Marcial Pons), 2012, pp. 195-196.

³⁶ PUPPE, I., «Comprobar, imputar, valorar: Reflexiones semánticas sobre la fundamentación de sentencias penales y la posibilidad de su revisión jurídica», *inDret*, 2013, p. 15.

³⁷ HASSEMER, W., «Los elementos característicos del dolo», *ADPCP*, 1990, pp. 927-929.

³⁸ MIR PUIG, S., *El derecho penal en un Estado social y democrático de Derecho*, Barcelona (Ariel), 1994, p. 49.

³⁹ HORTAL, J., «El concepto de dolo: su incidencia en la determinación del tipo subjetivo en los delitos de peligro en general y en el delito contra la seguridad en particular», *ADPCP*, 2004, p. 545.

⁴⁰ BARJA DE QUIROGA, J., *Tratado de Derecho Penal*, Madrid (Civitas-Thomson Reuters), 2018, p. 528. La STC 178/2002, se pronuncia respecto del conocimiento de la procedencia ilícita en el delito de receptación en base al pago de un «precio vil», el estado del objeto sustraído; la profesión y antecedentes del penado; sus contradicciones e irregularidades acerca de los detalles de la adquisición; la inexistente repercusión del IVA o el desconocimiento de un dato tan relevante cual es el peso total de lo adquirido; la adquisición de la maquinaria a una persona que resulta absolutamente desconocida; y la documentación de la operación de compra en una factura no detallada.

⁴¹ FEIJÓ SÁNCHEZ, B., *El dolo eventual*, Bogotá (Universidad del Externado de Colombia), 2004, pp. 133-142.

⁴² FEIJÓ SÁNCHEZ, B., 2004, pp. 133-134.

bilidad de confiar racionalmente en la no producción del resultado⁴³; h) el rol o función desplegado por una persona y que supone la concurrencia de determinados conocimientos especiales⁴⁴; i) motivos racionales que sirven para medir la razonabilidad de la confianza en la no realización del riesgo expresados objetivamente en la conducta o en los hechos del caso⁴⁵, etc.

Es necesario precisar en cada delito de la parte especial cuáles son los indicadores de dolo que dan cuenta de los hechos que deben ser probados para atribuir responsabilidad penal bajo este título subjetivo de imputación⁴⁶.

El juzgador luego de valorar el acervo probatorio incorporado en el juicio ha de verificar si tiene la fuerza epistémica para concluir que existen *indicios* susceptibles de incardinarse en un catálogo abierto de *indicadores* que permitan imputar el conocimiento necesario para atribuir el dolo. Si ello no es posible, podría concurrir un *error de tipo* constitutivo de imprudencia si el error es vencible (sancionable siempre y cuando el legislador prevea el tipo imprudente respectivo), o que el comportamiento sea atípico si el error es invencible⁴⁷; o que el acervo probatorio sea insuficiente para superar el estándar de prueba de la *duda razonable*.

La sentencia debe señalar cuáles son los *indicios* acreditados en el proceso penal a partir de los que se realiza el procedimiento inferencial y que permite

⁴³ SÁNCHEZ MÁLAGA, A., *Una teoría para la determinación del dolo. Premisas teóricas e indicadores prácticos*, Montevideo y Buenos Aires (BdeF), 2018, pp. 422-425.

⁴⁴ SÁNCHEZ MÁLAGA, A., 2018, pp. 422-425. Se refiere al conocimiento especial por el hecho de pertenecer a un determinado ámbito de actividad (componentes de la junta sindical) las SSTC 68/1998 y 91/2009 (conocimientos propios a la calidad de alcalde).

SÁNCHEZ MÁLAGA, A., 2018, pp. 429-431.

⁴⁵ SÁNCHEZ MÁLAGA, A., 2018, pp. 429-431.

⁴⁶ La STC 284/2006, considera en el delito de *tráfico ilícito de drogas* criterios tales como la cantidad de comprimidos de droga en poder del acusado; la cantidad de horas que los efectos de cada pastilla perduran activamente en el organismo humano; el valor económico de la droga que no se adecúa a la situación de escasez de recursos; las circunstancias de tiempo y lugar (al inicio de una noche de fin de semana, en el aparcamiento de una discoteca donde coincidentemente existía «trapicheo de droga»); posesión oculta en el interior del vehículo, en vez de llevarla encima de forma accesible; que el acusado, al tiempo de la detención no presente signos de hallarse drogado, ni pida ser reconocido por el médico forense; encontrarse en un lugar en el que, según la experiencia criminológica, se encuentren con frecuencia personas que consumen y compran drogas y encontrarse el acusado dentro de su coche, estacionado fuera de una discoteca, en una actitud de espera que carece de explicación. En el caso del *delito de robo*, la STC 76/2007 infiere la existencia de ánimo de apoderamiento del forzamiento de una persiana metálica que protegía la puerta de un establecimiento y de la penetración en su interior. En el delito de *insolvencia punible*, finalmente, la STS 236/2019, considera como criterio para establecer el elemento subjetivo requerido por el tipo no dejar constancia expresa de que no se había satisfecho la garantía por los cuantiosos préstamos que debía a la sociedad; el precio irrisorio por el que se determinó la posible opción de compra de un inmueble de la sociedad; la provocación de la insolvencia antes de la compra de las acciones y el precio irrisorio pactado por ellas; la participación como administrador en una ingente cantidad de empresas y los actos efectuados posteriormente a la compra (alquiler del pabellón, dación del inmueble, venta de material a chatarrería al día siguiente de la venta, concesión de permiso retribuido a los trabajadores nada más adquirir la empresa).

⁴⁷ RETTIG, M., 2019, pp. 538 ss.

subsumirlos en un catálogo abierto de *indicadores* para atribuir el conocimiento del riesgo inherente a la conducta del autor. Los *indicios* deben ser acreditados con la prueba incorporada durante el juicio, porque solo puede servir al proceso inferencial un dato probado. Los indicios además deben ser «múltiples» o «suficientes» para dar cuenta de una multiplicidad de indicadores que se entrelacen entre sí, pero podrían dar cuenta de un indicador de singular fuerza probatoria que permitiera atribuir el conocimiento necesario para realizar el juicio de imputación subjetiva a título de dolo. Los indicios deben ser «variados», esto es, deben provenir de diversas fuentes de información y deben ser «pertinentes», es decir, deben guardar relación con algún indicador de conocimiento del riesgo. La sentencia debe recoger de forma objetiva, expresa y particularizada el proceso lógico a través del que, partiendo de determinados *indicios*, llegó a concluir la concurrencia de determinados *indicadores* que permiten imputar el conocimiento objeto del dolo⁴⁸.

Hemos sostenido que dependiendo del concepto de dolo que se sostenga el resultado interpretativo puede sufrir variaciones y que el concepto normativo y cognoscitivo de dolo se aviene mejor a una fundamentación acorde a la sana crítica racional en la valoración de la prueba. Utilicemos un ejemplo propuesto por González Lagier: «Dos sujetos asaltan en el campo a un tercero, robándole y dejándole inconsciente dentro de una gruta. Colocan en la entrada de la gruta varios neumáticos y ramas y les prenden fuego, de manera que el humo asfixia a la víctima. El tribunal dio por probado que los asaltantes eran conscientes de la posibilidad de que el humo causara la muerte de la víctima, pero también dio por probado que esa no era su intención directa y que su objetivo era evitar que la víctima pudiera seguirles. El tribunal adoptó la definición tradicional de dolo que exige que el resultado sea previsto y deseado y excluyó que la existencia de dolo estuviese probada en este caso⁴⁹. El mismo autor plantea que «para saber si calificamos un hecho como homicidio doloso o culposo, es necesario determinar previamente si se mató intencionalmente o no intencionalmente, y esto requiere no solo (aunque también) verificar si el acusado realizó determinados movimientos corporales que causaron una muerte, sino interpretar tales movimientos corporales»⁵⁰.

Dicho análisis es insostenible conforme al concepto de dolo como conocimiento *ex ante* del riesgo jurídicamente desaprobado inherente a la conducta típica, ya que concurren los siguientes *indicios*: a. Los acusados dejaron

⁴⁸ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J., 2012, pp. 200-201. Sobre los requisitos de los indicios véase GONZÁLEZ LAGIER, D., 2018, p. 28.

⁴⁹ GONZÁLEZ LAGIER, D., 2005, pp. 62-63.

⁵⁰ GONZÁLEZ LAGIER, D., 2005, p. 51.

inconsciente a la víctima en una gruta; b. Colocaron neumáticos y ramas en la entrada de la gruta; y c. Prendieron fuego y dejaron a la víctima entregada a su suerte. Dichos indicios pueden ser incardinados en los siguientes *indicadores*: a. La gran intensidad del riesgo creado; b. La evitabilidad individual del resultado de muerte de la víctima que quedó inconsciente entregada a su suerte; c. El contexto específico en el que se produjo la creación del riesgo jurídicamente desaprobado (un asalto cometido en un campo en el que los hechores le roban a la víctima y la dejan inconsciente dentro de una gruta y le prenden fuego a ramas y neumáticos), etc. Luego si utilizamos como *enlace conceptual* un *concepto normativo y cognoscitivo de dolo* –entendido como el conocimiento *ex ante* del riesgo jurídicamente desaprobado inherente a la conducta típica–, para relacionar los hechos probatorios (*factum probans*) con la hipótesis a probar consistente en que los sujetos activos conocían que su conducta creaba *ex ante* un riesgo jurídicamente desaprobado para la vida de la víctima (*factum probandum*), es posible concluir que los sujetos activos son coautores del delito de homicidio simple doloso consumado. Dicho enlace conceptual puede ser *respaldado* tanto en la doctrina como en la jurisprudencia ya citada⁵¹. Como se aprecia, en el análisis hemos utilizado las categorías de la estructura argumental de Toulmin: *tesis* (hipótesis), *bases* (hechos probatorios o indicios incardinables en indicadores), *garantía* conceptual (concepto cognoscitivo y normativo de dolo) y *respaldo* (doctrina y jurisprudencia).

X. A MODO DE CONCLUSIÓN

Este análisis propuesto como alternativa al caso señalado por González Lagier permite demostrar las hipótesis planteadas al comienzo del trabajo, a saber: el concepto de dolo desde el que se parta trae consecuencias prácticas

⁵¹ Así, por ejemplo, Barja de Quiroga afirma que la Jurisprudencia para afirmar el dolo de matar frente al de lesionar acude a una serie de *indicios* para atribuir dolo tales como: a. Las relaciones que unen al autor y la víctima: las circunstancias personales de toda índole, familiares, económicas, profesionales, sentimientos y pasionales; b. Las actitudes o incidencias observadas o acaecidas en momentos procedentes al hecho, si mediaron actos provocativos, palabras insultantes, amenazas de males y repetición en su pronunciamiento; c. Manifestaciones de los intervinientes durante la contienda: palabras que acompañaron a la agresión. d. Dimensiones y características del arma empleada y su idoneidad para matar o lesionar, medios e instrumentos empleados en la agresión; e. Lugar o zona del cuerpo hacia donde se dirigió la acción ofensiva, con apreciación de su vulnerabilidad y de su carácter más o menos letal; f. Insistencia y reiteración en la acción: duración, número y violencia de los golpes; g. Conducta posterior observada por el infractor. En los casos de indiferencia sostiene que es preciso probar las circunstancias en las que la persona en cuestión decidió prescindir del conocimiento; así como, que, en tales circunstancias, obtener dicho conocimiento hubiera sido muy fácil para él (BARJA DE QUIROGA, J., 2018, p. 529).

significativas al momento de imputar dolo o imprudencia. Así, concurriendo *indicios* susceptibles de ser incardinados en un catálogo abierto de *indicadores* de conocimiento del riesgo inherente a la conducta típica, es posible imputar dolo como forma de atribución subjetiva de responsabilidad penal, sin necesidad de recurrir a factores volitivos o psíquicos que permanecen en el fuero íntimo del autor y que, por lo mismo, no pueden ser objeto de prueba en el proceso penal, de manera que postulamos abandonar el concepto psicológico tradicional de dolo como conocer y querer los elementos del tipo objetivo. El riesgo creado en el ejemplo es tan intenso, que teniendo por acreditado el tribunal su conocimiento por parte de los hechores, no resulta comprensible la exclusión del dolo fundada en que no querían matar a la víctima sino impedir que los siguiera, máxime si se considera que era imposible que la víctima pudiese seguir a los sujetos en un estado de inconsciencia. Por lo tanto, la solución correcta sería imputar dolo como título de atribución subjetiva de responsabilidad penal, conforme a un proceso inferencial que cumpla con las exigencias de la sana crítica racional. Así, los sujetos activos tendrían que ser sancionados como coautores de un delito de homicidio doloso consumado.

UNA REFORMA INAPLAZABLE. EL NUEVO STATUS PROCESAL DEL INIMPUTABLE EN EL ANTEPROYECTO DE LECR. DE 2020

ÁNGEL JOSÉ SANZ MORÁN*

I. INTRODUCCIÓN

Desde que, por primera vez, nos ocupamos con el régimen legal de las medidas de corrección y de seguridad en el derecho penal, hemos venido insistiendo en los problemas que ofrece la situación de quien se enfrenta a un proceso penal teniendo alterada su capacidad de «comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión», de acuerdo con la fórmula biológica-normativa que, en la determinación de la existencia de imputabilidad, utiliza el artículo 20 CP¹. Y es que, como lo reconoce expresamente la Exposición de Motivos del reciente Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de noviembre de 2020 (en lo sucesivo ALECRim.), del que nos vamos ocupar en estas páginas, «la regulación del régimen jurídico procesal de la discapacidad sigue siendo, en efecto, una de las lagunas más notorias de la regulación en vigor» (apartado XVII). Se trata, por lo demás, de una cuestión que, con alguna notable excepción²,

* Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Valladolid. Esta contribución se enmarca en el Proyecto «Proceso Penal y Unión Europea. Análisis y propuestas». Ref.: PDI2020-116848GB-100.

¹ Véase SANZ MORÁN, A. J., *Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho penal*, Valladolid (Lex Nova), 2003, pp. 277 ss.

² Véase, especialmente, SANTOS REQUENA, A. A., *La imposición de medidas de seguridad en el proceso penal*, Granada (Comares), 2001.

apenas venía siendo objeto de atención doctrinal específica hasta hace muy poco tiempo³.

De ahí la trascendencia que cobra el ambicioso intento de colmar esta laguna que ofrece el Anteproyecto al que acabamos de referirnos y sobre el que girará preferentemente nuestra reflexión, si bien antepondremos una breve síntesis de la situación actual y de los primeros intentos de superación de la misma hace más o menos una década.

Pretendo de este modo rendir un sincero homenaje a mi querida amiga y compañera, Mirentxu Corcoy, cuya obra científica se caracteriza, además de por su rigor dogmático, por la permanente atención a la realidad, debido, sin duda, a su amplia trayectoria como Magistrado. No en vano, en la convocatoria recibida para participar en esta obra, se nos informa de la intención de destinar un apartado de la misma a «Garantías y proceso», en la que se enmarcan estas modestas reflexiones. Agotaría, por lo demás, el espacio asignado si tratara de evocar los hitos de la prolongada relación de amistad académica y personal que me une a la autora aquí homenajeada.

Esa misma limitación del espacio me obliga a reducir al mínimo, en esta contribución, las referencias bibliográficas. En otras aportaciones precedentes sobre esta misma materia encontrará el lector ulterior información al respecto⁴.

II. SITUACIÓN ACTUAL

El punto de partida hay que situarlo, como es notorio, en la previsión del artículo 3.1 CP, que extiende la garantía jurisdiccional (derivada del principio de legalidad) a las medidas de seguridad: la imposición de estas lo será solo por «sentencia firme», dictada por el Juez o Tribunal competente, de acuerdo con las leyes procesales. Exigencia confirmada por los artículos 101 a 104 CP, cuando señalan que el límite máximo de duración de las medidas en ellos previstas debe fijarse «en la sentencia». De ahí se van a derivar dos consecuencias básicas en lo

³ De la doctrina más reciente, destaquemos solo la obra colectiva: Flores Prada, I., (Dir.), Sánchez Rubio, A. (Coord.), *Trastornos mentales y justicia penal. Garantías del sujeto pasivo con trastorno mental en el proceso penal*, Cizur Menor Navarra (Thomson Aranzadi), 2017.

⁴ Además de a la monografía citada en la nota 1, permítasenos remitir especialmente a SANZ MORÁN, A. J., «Acerca de las medidas cautelares personales aplicables a los sujetos inimputables autores de un delito; comentario a la STC 217/2015, de 22 de octubre», en *RDPP* núm. 42, abril-julio 2016, pp. 213-230; SANZ MORÁN, A. J., «El inimputable ante el proceso penal», en De Hoyos Sancho, M. (Dir.), *La víctima del delito y las últimas reformas procesales penales*, Cizur Menor Navarra (Thomson Aranzadi), 2017, pp. 295-314; y SANZ MORÁN, A. J., «Relevancia procesal de la inimputabilidad», en Gómez-Jara Díez, C. C. (Coord.), *Persuadir y razonar: estudios jurídicos en homenaje a José Manuel Maza Martín*, tomo II, Cizur Menor Navarra (Thomson Aranzadi), 2018, pp. 601-623.

que aquí nos afecta: por un lado, no se prevé la posibilidad de imponer, con carácter cautelar, alguna de las medidas de seguridad recogidas en el Código Penal. De otra parte, es necesario proseguir el procedimiento penal, presumiendo una capacidad procesal inexistente, hasta la determinación en sentencia de la inimputabilidad del sujeto con eventual imposición de medidas de seguridad⁵.

Lo primero, va siendo obviado en alguna reforma parcial de la legislación procesal y por vía de aisladas resoluciones judiciales. Cabe recordar, en este sentido la importante sentencia del Tribunal Constitucional español 191/2004, de 2 de noviembre, que confirmó la prosecución del tratamiento psiquiátrico en centro (privado) en lugar de la prisión provisional decretada. Pero persisten las dificultades. Por ejemplo, no es infrecuente que el enfermo mental se encuentre en situación de prisión provisional durante la tramitación de la causa. De ahí que alguna sentencia, también del Tribunal Constitucional español, (en concreto, la 217/2015, de 22 de octubre y la 84/2018, de 16 de julio) se haya tenido que enfrentar al problema de si es posible decretar la prórroga de la prisión provisional del absuelto por inimputable (con fijación de medidas) en sentencia no firme (por estar recurrida), resolviendo en sentido negativo.

En cuanto al segundo de los problemas, y dado que nuestro Código Penal se adscribe a un sistema dualista de respuesta al delito caben, en abstracto, diversas posibilidades: o bien continuar el procedimiento, fingiendo una capacidad procesal realmente inexistente, a fin de que pueda tener lugar la vista oral, garantizando así al máximo –entienden los defensores de este modelo, que es, como hemos indicado, el que rige en España– los derechos del imputado; pero también podría, sin merma alguna de tales garantías, establecerse un «procedimiento de medidas», en la línea del derecho alemán, que permita la imposición autónoma de aquellas. La STS 1033/2010, de 24 de noviembre, acertó a expresar el sentido del dilema que aquí se presenta⁶.

⁵ Además de las referencias recogidas en los trabajos mencionados en la nota precedente, encontramos una precisa caracterización de los problemas que aquejan a la vigente regulación, poco antes de que se publicara el ALECRim., en HERNÁNDEZ GARCÍA, J., «Notas sobre las obligaciones de ajuste en el tratamiento procesal de las personas investigadas o acusadas vulnerables», en *RJCat.* 2020/4, pp. 9-39 y SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I. J., «El estatuto jurídico de las personas investigadas/acusadas con discapacidad por trastorno mental en el proceso penal de adultos», en *Práctica Penal. Cuaderno Jurídico*, núm. 100, pp. 14-24.

⁶ «El Código Penal de 1995 (arts. 1.2, 21.1 y 101) solo permite la imposición de una medida de seguridad en Sentencia por lo que el archivo de la causa sin celebración del juicio no es una solución satisfactoria desde el punto de vista constitucional y legal, ya que no podría imponerse una medida de seguridad sino en sentencia definitiva. Por otra parte, acordar la celebración del juicio contra quien no es capaz de entender lo que en él ocurre, también resulta inconstitucional por lesionar el adecuado ejercicio del derecho de defensa (art. 24 de la CE) y el derecho a un proceso justo. La celebración de un juicio frente a quien no entiende ni puede defenderse supone el quebranto de los derechos más elementales que conforman un juicio justo, sin obviar que la imposición de la medida de seguridad necesitará un previo pronunciamiento sobre el hecho y su antijuricidad».

La cuestión se complica, además, en nuestro derecho procesal vigente, por el distinto tratamiento dispensado según que la situación de inimputabilidad concurra ya en el momento del hecho, caso en el que, de entrada, solo vienen en consideración medidas correctoras o asegurativas distintas de la pena, o se manifieste después, en cuyo caso hablamos de un sujeto para quien, en principio, viene en consideración una pena, que no cabe, sin embargo, imponer si persiste su incapacidad de comprensión del sentido y alcance del proceso penal y de la pena⁷.

Baste esta mínima pincelada de los complejos problemas que, también en la esfera procesal, ofrece el derecho de medidas. Obviamente, en el tintero quedan muchas cuestiones especialmente controvertidas; por ejemplo, si es compatible con el principio acusatorio la imposición de una medida terapéutica no solicitada por las partes (y que pueda sustituir a la pena en los términos previstos por el modelo vicarial) o si cabe acudir a las medidas en virtud de una sentencia de conformidad cuando el imputado es incapaz de comprender el alcance de la resolución.

III. PRECEDENTES INMEDIATOS DEL ACTUAL PROCESO DE REFORMA DE LA LECRIM

El primero de los dos problemas a que aludíamos en el apartado precedente venía siendo objeto de atención generalizada. En este sentido, el Grupo de Estudios de Política Criminal, en una propuesta publicada el año 2005⁸, abordaba específicamente el problema de las medidas cautelares alternativas a la prisión provisional, concebida siempre esta con carácter subsidiario, e incluía entre ellas la de «custodia en establecimiento sociosanitario»⁹. Y, más recientemente, la Decisión Marco 2009/829/JAI, del Consejo, de 23 de octubre de 2009 (DOUE 11 de noviembre de 2009), «relativa a la aplicación, entre Estados miembros de la Unión Europea, del principio de reconocimiento mutuo

⁷ No podemos detenernos aquí en los importantes problemas (incluso de constitucionalidad) que presenta la obsoleta regulación española de este fenómeno de la «inimputabilidad sobrevenida», bien lo sea durante la tramitación de la causa (arts. 381 ss. Ley de Enjuiciamiento Criminal), bien una vez recaída sentencia e impuesta la pena correspondiente (art. 60 CP español).

⁸ Véase Grupo de Estudios de Política Criminal, *Una propuesta alternativa al sistema de penas y su ejecución, y a las medidas cautelares personales*, Málaga, 2005.

⁹ La Regla 14 de la Propuesta la desarrollaba en estos términos: «La custodia en establecimiento sociosanitario significará el ingreso o permanencia, si ya estuviera acogido, del imputado en un establecimiento cerrado, para recibir tratamiento médico, psiquiátrico o de deshabitación a drogas de abuso o alcohol. El encartado no podrá salir de la institución sin previa autorización judicial, que siempre atenderá a las indicaciones terapéuticas».

a las resoluciones sobre medidas de vigilancia como sustitución de la prisión provisional», planteó como objetivo «la promoción, cuando proceda, del recurso a medidas no privativas de libertad como sustitución de la prisión provisional», entre las cuales contemplaba (art. 8, número 2, letra d), la «obligación de someterse a tratamientos terapéuticos o a tratamientos contra las adicciones»¹⁰.

Y si consideramos aquellos intentos, inmediatamente anteriores al actual, de elaborar una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal, cabe recordar que si bien todavía el Anteproyecto de julio de 2011 no contemplaba este tipo de medidas cautelares, la «Propuesta de texto articulado de Ley de Enjuiciamiento Criminal, elaborado por la Comisión Institucional creada por el Acuerdo del Consejo de Ministros de 2 de marzo de 2012»¹¹, recogía, entre las medidas cautelares personales (Título II del Libro III), el internamiento en centro psiquiátrico (capítulo II), estableciendo los presupuestos para su acuerdo (art. 159), así como su duración (art. 160), previéndose incluso la posibilidad de mantener esta medida «durante la resolución del recurso», cuando se hubiere dictado sentencia con imposición de una medida de internamiento en centro psiquiátrico, cuestión esta que sería posteriormente objeto de consideración en las dos sentencias del Tribunal Constitucional (de 2015 y 2018), a que hacíamos referencia más arriba. Además de ello, en el capítulo VI de este mismo Título II del Libro III, se recogen «otras medidas cautelares personales» alternativas a la prisión preventiva, incorporando, entre aquellas dirigidas a neutralizar la peligrosidad del acusado, el «sometimiento a tratamiento médico o a un control periódico del mismo carácter» (art. 181).

Sin embargo, en ninguno de estos textos «pre-legislativos» se abordó de manera global el segundo de los problemas mencionados: cómo proceder una vez constatada la posible inimputabilidad del investigado, existiera ya esta en el momento del hecho o se planteara con posterioridad¹². Asiste por ello, la

¹⁰ Resulta notorio, sin embargo, que al incorporarse esta Decisión Marco al ordenamiento español, en el Título V de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, su artículo 110.1 no menciona, entre estas medidas alternativas a la prisión provisional, el tratamiento psiquiátrico, sino solo (letra j) «la obligación de someterse a un tratamiento de desintoxicación o deshabituación de adicciones», si bien el apartado 3 de este mismo artículo establece que «la resolución sobre medidas alternativas a la prisión provisional dictada por una autoridad extranjera podrá incluir estas medidas u otras cuyo reconocimiento haya sido objeto de notificación por España».

¹¹ La propuesta está fechada en 2013, si bien coincide en su contenido con un texto previo (sin Exposición de Motivos) del año 2012, denominado «Borrador de Código Procesal Penal». Una clara aproximación a la regulación, en los citados textos, de las medidas cautelares alternativas a la prisión provisional, en ROSA CORTINA, J. M. de la, «Medidas cautelares personales en supuestos de graves anomalías psíquicas», en *La Ley Penal* núm. 108 (mayo/junio 2014), edición digital, pp. 1-24. Ulteriores referencias en mis trabajos recogidos en la nota 4.

¹² Las previsiones de los artículos 49 y 50 del Anteproyecto de 2013, referidas respectivamente a la inimputabilidad en el momento del hecho y a la sobrevenida, en modo alguno podía considerarse que configuraran un completo *status* procesal de esa categoría de personas.

razón a Ramírez Ortiz y Rueda Soriano cuando indican que tanto el Anteproyecto de 2011 como la Propuesta de 2013 tienen el valor de hacerse eco de las lagunas existentes e incorporar «una normativa que subsanaba, acertadamente, pero solo de modo parcial, alguno de los problemas derivados de la situación de anomia», a diferencia del Anteproyecto de 2020, cuya novedad residiría, precisamente «en su pretensión omnicompreensiva, lo que se traduce en la instauración de un completo estatuto procesal»¹³.

Ello ha sido posible, en buena medida, por la significativa intensificación de la atención dispensada en esta última década, tanto a nivel internacional como nacional, al fenómeno de la discapacidad y su proyección jurídica. Baste recordar, a nivel interno, el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y su inclusión social y muy recientemente, la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, cuyo Proyecto, publicado en julio de 2020, ha influido sin duda alguna en el ALECRim. de noviembre de ese mismo año. Y, en el ámbito europeo, cabe recordar la Recomendación de la Comisión, de 27 de noviembre de 2013, relativa a las garantías procesales para las personas vulnerables sospechosas o acusadas en procesos penales, así como diversas Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo (las 2012/13, de 22 de mayo; 2013/48, de 22 de octubre y 2016/343, de 9 de marzo), que recogen «unas normas mínimas comunes sobre la protección de los sospechosos y acusados en los procesos penales», objeto de atención específica en la importante STJUE de 19 de septiembre de 2019 (recaída en el asunto C-467/18)¹⁴.

IV. EL INIMPUTABLE ANTE EL PROCESO PENAL: PREVISIONES DEL ALECRIM.

De acuerdo con lo expuesto en el apartado XVII de la Exposición de Motivos del ALECRim.¹⁵, son tres los «derechos esenciales que deben asistir

¹³ Véase RAMÍREZ ORTIZ, J. L., y RUEDA SORIANO, Y., «El estatuto de la persona encausada con discapacidad en el proceso penal del siglo XXI (La propuesta del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020)», en *Diario La Ley*, núm. 9815, de 22 de marzo de 2021, p. 2.

¹⁴ Ofrecíamos una primera y muy sucinta aproximación a esta resolución en «El enfermo mental ante el proceso penal», en *RDPP* núm. 56 (octubre-diciembre 2019), pp. 13-15.

¹⁵ De las primeras aproximaciones al contenido del Anteproyecto desde la perspectiva que aquí nos ocupa destaquemos solo RAMÍREZ ORTIZ, J. L., y RUEDA SORIANO, Y., *Diario La Ley*, núm. 9815, 2021 y TOMÉ GARCÍA, J. A., «Particularidades de la instrucción en el proceso penal cuando el investigado

a toda persona encausada que presente alguna diversidad funcional» y sobre los cuales pivota la nueva regulación: «el de defenderse en las mismas condiciones que cualquier persona»; el reconocimiento de la «autonomía o plenitud de facultades decisorias», sin perjuicio del correspondiente complemento procesal de la capacidad y el de «participación eficaz en todo el procedimiento». La articulación procesal de estos tres derechos se materializa –siempre según la Exposición de Motivos– «en tres estadios procedimentales distintos»: reaccionando inmediatamente al primer contacto con la persona encausada, adoptando a continuación medidas cautelares provisionales y a través de un incidente que evalúe «las circunstancias de la discapacidad y determine el influjo que esta ha de tener en la tramitación del proceso»¹⁶. Y alude finalmente dicha Exposición de Motivos a la previsión «de una regulación completa del régimen especial de las medidas cautelares en caso de discapacidad», así como de «las especialidades relativas a la conclusión del procedimiento».

Veamos, en sus líneas fundamentales cómo se concretan estas indicaciones previas en el texto presentado. La situación procesal del inimputable es abordada, de manera particular, en el Capítulo II (La persona encausada con discapacidad), del Título II (Los sujetos del proceso penal), del Libro I (Disposiciones generales) y abraza cinco secciones (arts. 61 a 80).

En la primera de ellas, bajo la rúbrica «derechos de la persona encausada con discapacidad», se recogen los tres derechos a que aludía la Exposición de Motivos (arts. 62 a 64, respectivamente), precedidos de una noción de discapacidad (art. 61)¹⁷, que ha sido objeto de crítica en el Informe del Consejo Fiscal por separarse de las nociones semejantes recogidas en el artículo 2 a) del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre y en el artículo 25 del Código Penal (tras su reforma en 2015)¹⁸ en la exigencia fundamental, en estos últimos textos legales, de «cierta persistencia en el tiempo de la situación que se

presenta indicios de enfermedad o trastorno mental (LECrím y Anteproyecto de 2020)», en *LA LEY Penal*, núm. 151, julio-agosto 2021, pp. 1-24 (especialmente, pp. 7-15). De los preceptivos informes solo se ha publicado, en el momento en que se redactan estas líneas, el del Consejo Fiscal, con fecha de 7 de julio de 2021 (especialmente, el párrafo 16, pp. 146-1530).

¹⁶ Para RAMÍREZ ORTIZ, J. L., y RUEDA SORIANO, Y., *Diario La Ley*, núm. 9815, 2021, p. 4, la clave de bóveda de la regulación, de acuerdo con los reiterados instrumentos internacionales, reside en la idea de «accesibilidad».

¹⁷ «A los efectos de esta ley, se entiende por discapacidad la situación en que se encuentre una persona con limitaciones físicas, mentales, intelectuales o sensoriales que le impidan o dificulten comprender el significado o las consecuencias del proceso que se sigue en su contra o que le limiten o imposibiliten para valerse por sí misma en el ejercicio de sus derechos o en el cumplimiento de sus obligaciones procesales».

¹⁸ Para este último precepto, permítasenos remitir a SANZ MORÁN, A. J. «Relevancia jurídico-penal de la discapacidad», en Guilarte Martín-Calero, C. (Dir.), *Estudios y comentarios jurisprudenciales sobre discapacidad*, Cizur Menor Navarra (Thomson Aranzadi), 2016, pp. 369-380, con ulteriores referencias.

define», referencia temporal suprimida, por el contrario, en la noción que ofrece este artículo 61 ALECrím.

De este grupo de preceptos cabría destacar la explícita consagración (art. 63) de la autonomía de la persona con discapacidad, esto es «el derecho a tomar sus propias decisiones a lo largo del proceso siempre que esto resulte posible», lo que supone la traducción, en este ámbito del proceso penal, del mismo *Leitmotiv* que subyace a la reciente reforma introducida, en el ámbito civil, por la Ley 8/2021, de 2 de junio, y que, como indica su Exposición de Motivos, reside en reemplazar el anterior sistema «en el que predomina la sustitución en la toma de decisiones que afectan a las personas con discapacidad, por otro basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona, quien, como regla general, será la encargada de tomar sus propias decisiones». Apenas es necesario recordar que se trata una de las ideas nucleares de la Convención de Nueva York, de 13 de diciembre de 2006, sobre derecho de las personas con discapacidad.

En consonancia también con las previsiones de esta Ley 8/2021, el apartado 2 del artículo 63 ALECrím. indica que «cuando resulte imprescindible, y no estuviese ya establecida voluntaria o judicialmente en el procedimiento civil, la autoridad judicial podrá establecer el apoyo adecuado a la persona discapacitada en los actos y con la extensión que expresamente se determine»¹⁹. Institución de apoyo que aparece regulada en la sección segunda del capítulo que nos ocupa del ALECrím. (arts. 65 a 69), en términos en los que no podemos detenernos. Solo destacaremos que no podrá serlo (art. 66 *in fine*) un miembro del Ministerio Fiscal, ni el abogado encargado de la defensa y que carecerán de validez (art. 69) «los actos procesales para los que haya sido judicialmente establecida la asistencia» si se prescinde de ella. Echa en falta el Informe del Consejo Fiscal al que venimos refiriéndonos que, pese a la manera detallada en que se recoge el régimen jurídico de esta institución de apoyo, no se mencione el deber de reserva de la persona que la integre «respecto del contenido de las actuaciones en las que tenga intervención y de cualesquiera otras circunstancias de las que tenga conocimiento por razón de su función».

Cierra esta primera parte de la regulación una sección, la tercera, que con la poco expresiva rúbrica de «reglas procesales», regula el incidente al que aludía, como veíamos antes, la Exposición de Motivos. La materia aparece distribuida en tres preceptos: el artículo 70 ALECrím. se refiere a las medidas

¹⁹ Resaltan también RAMÍREZ ORTIZ, J. L., y RUEDA SORIANO, Y., *Diario La Ley*, núm. 9815, 2021, p. 5 y TOMÉ GARCÍA, J. A., *La Ley Penal*, núm. 151, 2021, p. 11, la influencia directa, en lo relativo a esta institución de apoyo, de la Ley 8/2021, de 2 de junio.

inmediatas a adoptar «tan pronto como la policía o el fiscal sospechen que la persona investigada padece alguna discapacidad que pueda afectar a su participación eficaz en el proceso», estableciendo, de manera complementaria, el artículo 71 las «medidas de apoyo provisionales» cuya aplicación cabe instar. Cierra esta sección un precepto (el artículo 72 LECrim), donde se regula pormenorizadamente el incidente para la adopción de las reiteradas medidas de apoyo «que deban introducirse para salvaguardar el derecho de defensa». Cabe destacar la incorporación expresa de dos importantes prevenciones apenas cuestionables: en primer lugar, se puede excluir «la celebración del juicio en ausencia, la conformidad o la utilización del procedimiento de enjuiciamiento rápido o inmediato»²⁰; y se aclara, por otra parte, que «la resolución que se dicte en ningún caso predeterminará el pronunciamiento sobre la imputabilidad del sujeto» (apartado 3). Y, aunque esta sea una primera aproximación, ante todo de carácter descriptivo, a la regulación proyectada, no queremos dejar de observar la existencia de algunas reiteraciones en la redacción de esta sección, que quizás debería ser objeto de un mayor esfuerzo de síntesis en la futura tramitación del texto.

La sección cuarta (arts. 73 a 77 ALECRim.) establece una serie de «reglas aplicables a las medidas cautelares en casos de discapacidad». Y ello suscita una primera reflexión crítica: a diferencia de los textos «prelegislativos» de comienzos de la pasada década, no se trata tanto de la regulación separada de un régimen de medidas cautelares a aplicar a sujetos aquejados de anomalías psíquicas o perceptivas, cuanto de la singularización de algunos matices que la aplicación del régimen general de medidas cautelares exige en el contexto que nos ocupa. Ello provoca que haya que estar constantemente dirigiendo la mirada desde los preceptos de esta sección, a la regulación general de las medidas cautelares en el libro II del ALECRim. Y así, por ejemplo, el artículo 73 (la detención) obliga a tomar en consideración lo dispuesto en los artículos 190 ss.; la libertad provisional del artículo 74, supone atender a las previsiones de los artículos 216 ss.²¹ y el artículo 78 remite *in totum* (salvo alguna especialidad que allí se consagra) «al «procedimiento establecido en el capítulo IV del Libro II de esta ley» (arts. 258 ss.). Y a ello habría que añadir la necesidad de atender a lo dispuesto en el capítulo V, del Título I, del Libro III (arts. 331 ss.), en lo concerniente al régimen de la «observación psiquiátrica», fundamental en el contexto normativo que nos ocupa.

²⁰ Entiende razonables estas exclusiones TOMÉ GARCÍA, J. A., *La Ley Penal*, núm. 151, 2021, p. 12.

²¹ Incluso con remisiones expresas a los artículos 216 bis (art. 74.2) y 228 (art. 74.3)

Lo más controvertido, en este mismo orden de ideas, es el paralelismo que se traza entre la prisión provisional y el «internamiento cautelar en establecimiento especial» (centro psiquiátrico, de deshabitación o educativo especial), contemplado en los artículos 75 a 77 del ALECRim., hasta el punto de establecerse que, en caso de que se acuerde este internamiento, «sus plazos, sus prórrogas y su abono se ajustarán a lo previsto para la prisión provisional» (art. 75 *in fine*)²². Y también la sustitución del internamiento (art. 77,1) lo será «por alguna de las fórmulas previstas para la prisión atenuada» (arts. 255 ss.). Eso sí, se aprovecha la nueva regulación para colmar la laguna de la que se hicieron eco las sentencias del TC 17/2015, de 22 de octubre y la 84/2018, de 16 de julio, arriba recordadas, en el supuesto de que se encuentre la persona encausada presa y se dicte sentencia en primera instancia, que aprecia alguno de los supuestos de inimputabilidad, imponiendo una medida de seguridad privativa de libertad, si la sentencia es recurrida²³. Solución (la allí prevista) que habrá de entender aplicable también si el encausado no está en prisión provisional, sino en internamiento cautelar en alguno de aquellos establecimientos especiales, supuesto este que, sin embargo, no aparece contemplado en el mencionado artículo 77.3 ALECRim.

Y llegamos así a la sección 5.^a, en la que, bajo la rúbrica «especialidades del proceso en el caso de falta absoluta de capacidad procesal, trata de darse respuesta al segundo de los problemas que, según veíamos más arriba (apartado II) presenta la regulación vigente: qué hacer cuando de las primeras diligencias resulta patente la falta absoluta de capacidad procesal. Pues bien, el artículo 79 ALECRim. distingue dos posibles situaciones. En primer lugar, que el Ministerio Fiscal entienda «que la continuación del procedimiento solo puede tener por objeto la imposición de una pena», lo cual sucederá en los casos en los que el sujeto era plenamente imputable o, al menos, semiimputable en el momento del hecho²⁴. En tal supuesto, se «decretará el archivo de las actuaciones hasta que la persona investigada recobre la capacidad necesaria para ser sometida a juicio» (art. 79.2, 1.º); es decir, más o menos lo mismo que hoy

²² El reiterado Informe del Consejo Fiscal se manifiesta muy crítico con esta previsión «profundamente desacertada».

²³ Cfr. lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 77 ALECRim. RAMÍREZ ORTIZ, J. L., y RUEDA SORIANO, Y., *Diario La Ley*, núm. 9815, 2021, p. 13 entienden también que esta regla «da solución a la problemática que planteaban» las mencionadas sentencias del TC. Sorprende, por ello, que el Informe del Consejo Fiscal afirme que «no se aprecia en el articulado del Anteproyecto ninguna norma que habilite la adopción de medidas cautelares personales de aseguramiento tras el dictado de sentencia absolutoria no firme por aplicación de la exigente completa de trastorno mental» (p. 150), analizando a continuación el problema planteado ante el TC.

²⁴ Así lo entiende también TOMÉ GARCÍA, J. A., *La Ley Penal*, núm. 151, 2021, p. 14-15.

prevé el artículo 383 LECrim. para los supuestos de inimputabilidad sobrevenida durante la tramitación de la causa, salvo por lo que se refiere a la actual posibilidad –objeto de crítica generalizada²⁵– de imponer alguna de las medidas previstas en el CP para los inimputables. La segunda situación posible es que «resulte procedente la imposición de una medida de seguridad», con arreglo a lo dispuesto en el Código Penal, en cuyo caso proseguirá el procedimiento «a los solos efectos de que se adopte la medida de seguridad que resulte adecuada», dada la exigencia de sentencia firme (art. 3 CP) para la imposición de cualquier medida de seguridad, tal y como recordábamos al principio de esta contribución. En este caso, «la acción penal será ejercida exclusivamente por el Ministerio Fiscal» y «si hubiere acusaciones particulares personadas, estas podrán continuar en el procedimiento en calidad de actores civiles» (art. 79.2, 2.º, completado por el artículo 80, donde se prevén diversas especialidades del procedimiento, alguna de las cuales, como la prohibición de conformidad, ya habían sido señaladas previamente).

Dejando de lado alguna observación más concreta que cabría aducir a este nuevo régimen legal²⁶, cabe cuestionar, con carácter general, que persista en él la actual disparidad de soluciones, criticada por más de un autor, según que la inimputabilidad del sujeto existiera ya en el momento del hecho o sobrevenga con posterioridad²⁷, lo que se aviene mal con el carácter muy fluido de los límites entre imputabilidad e inimputabilidad –lo admite el mismo legislador a través de la técnica de la eximente incompleta– y con el dato de que pena y medidas se someten en nuestro sistema legal, como es notorio, a los mismos criterios garantistas. Siendo esto así, no termina de entenderse por qué es bueno archivar la causa, dada la incapacidad sobrevenida del sujeto para comprender el sentido del proceso conducente a la imposición de una pena, mientras que debe proseguir el procedimiento, hasta dictar sentencia, cuando «solo» se ventile la imposición de una medida. Aun reconociendo las enormes diferencias entre la regulación actual y la proyectada y las distintas mejoras que esta introduce, sigue siendo válida la atinada observación de Silva Sánchez,

²⁵ Permítasenos remitir a las referencias recogidas en los trabajos citados en la nota 4.

²⁶ Así, por ejemplo, critica, con razón, TOMÉ GARCÍA, J. A., *La Ley Penal*, núm. 151, 2021, p. 13, esa limitación del papel de las acusaciones particulares a meros actores civiles en el caso de que proceda solo la imposición de una medida de seguridad, pues «no se puede negar el interés legítimo que puede tener la víctima, personada como acusación particular, en la concreta medida de seguridad que procede imponer y en la duración de la misma».

²⁷ Incluso, como recuerdan al final de su contribución RAMÍREZ ORTIZ, J. L., y RUEDA SORIANO, Y., *Diario La Ley*, núm. 9815, 2021, pp. 18-19, el artículo 883 ALECRim. recoge el régimen legal relativo a la «capacidad procesal de la persona condenada», recogiendo una serie de previsiones en la línea de lo actualmente dispuesto en el artículo 60 CP, precepto que, sin embargo, no aparece mencionado en la amplia Disposición Derogatoria de este Anteproyecto.

en el sentido de que habría que explicar «por qué los inimputables que ya lo eran en el momento de realizar el hecho histórico no ven afectado su derecho de defensa por el hecho de ser juzgados, mientras que quienes realizaron el hecho histórico en situación de culpabilidad y posteriormente cayeron en situación de demencia sí sufren tal afectación»²⁸.

V. CONSIDERACIONES FINALES

Como venimos indicando, es esta una primera aproximación, fundamentalmente descriptiva, a unas previsiones que ni siquiera han sido presentadas todavía como proyecto de ley, pero que, sin duda, van a concitar intensa discusión, dado que tratan de colmar, como indicábamos al comienzo de esta contribución, una de las lagunas más significativas de nuestro modelo procesal penal vigente. No obstante, ya hemos apuntado a alguno de los problemas de la regulación proyectada. Estamos, sin duda, ante un avance muy importante frente a la situación actual, pero entendemos que, más que una propuesta definitiva, se ofrece aquí un punto de partida para el necesario debate que, sin duda, contribuirá a enriquecerla. Desde nuestra modesta opinión, parece adecuado el intento de enlazar con el nuevo tratamiento civil de la discapacidad, concretado en la creación de una figura de apoyo distinta del abogado defensor como punto de partida ineludible cuando se dirige la investigación contra alguien que puede estar incurso en una situación de inimputabilidad. A partir de ahí, creemos que la decisión fundamental sobre la prosecución o no del procedimiento sigue excesivamente pegada al modelo vigente: previsiones del artículo 383 LECrim (salvadas todas las distancias) si la inimputabilidad es sobrevinida y prosecución del procedimiento hasta dictar sentencia, caso de que el sujeto fuera inimputable en el momento del hecho y, por ende, venga en consideración solo una medida de seguridad. Como apuntábamos al final del apartado precedente, quizás debiera reconsiderarse esta dicotomía. Y, por lo que se refiere al régimen de medidas cautelares previstas para el supuesto que nos ocupa, hemos indicado también que se producen excesivos solapamientos con el régimen general de las mismas. Y, con carácter más general, la regulación proyectada peca, quizás, de excesiva prolijidad (no son infrecuentes las repeticiones), por lo que sería necesario un esfuerzo de síntesis.

²⁸ SILVA SÁNCHEZ, J. M., «Identidad en el tiempo y responsabilidad penal. El juicio "jurisdiccional" de imputación de responsabilidad y la identidad entre agente y acusado», en García Valdés, C., Cuerda Riezu, A. R., Martínez Escamilla, M., Alcázar Guirao, R., Valle Marsical de Gante, M. (Coords.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat, tomo I*, Madrid (EDISOFER), 2008, pp. 661-690 (p. 683).

En cualquier caso, lo importante es que el «pre-legislador» se hace eco de forma decidida de un problema que debe ser abordado de manera inexcusable, como venimos insistiendo desde hace casi dos décadas. Pretendemos, al hacerlo una vez más, superar la criticable separación académica entre penalistas y procesalistas, tan distorsionadora de la realidad, como bien sabe cualquiera que se haya enfrentado a la realidad judicial, como es el caso de la profesora a quien van dedicadas estas páginas y de cuyos conocimientos y amistad esperamos seguir disfrutando muchos años.

CONSIDERACIONES SOBRE UN CASO DE ORDEN DELICTIVA NO EJECUTADA

SERGIO SEMINARA*

A Mirentxu Corcoy Bidasolo me une una antigua amistad que comenzó en el Max-Planck-Institut de Friburgo y continuó en el tiempo. De ella siempre he admirado profundamente, además del carácter, la extraordinaria capacidad de trabajo, expresada a través de la profundidad de análisis, la variedad de los intereses científicos, la atención por la práctica jurisprudencial. A Mirentxu, que tanto ha dado al mundo científico y universitario, está dedicado el presente trabajo en señal de gran estima.

I. UN ANTECEDENTE HISTÓRICO

En los años sesenta del siglo pasado, la opinión pública francesa quedó profundamente conmocionada tras conocerse dos casos de orden de asesinato que quedaron sin efecto. En el primero, un tal Schieb, para librarse de su mujer, que no le concedía el divorcio, había encargado su muerte a Benamar, al que había dado con tal fin instrucciones detalladas, un arma y, en varias ocasiones, sumas de dinero en concepto de retribución; sin embargo, Benamar había fingido aceptar la propuesta con el único propósito de obtener los pagos. Luego, fue denunciado a la policía por un conocido al que había relatado los hechos y, durante el interrogatorio, había confesado todo el asunto. En el otro caso, un médico llamado Lacour había encargado a una persona que matase al

* Catedrático de Derecho Penal, Universidad de Pavía.

hijo adoptivo de su amiga, acordando cada aspecto de la ejecución y anticipando una parte de la remuneración final, pero en esta ocasión, la persona también había mentido sobre su verdadera disponibilidad, pues había aceptado únicamente con la intención de evitar que la orden se diera a otras personas, y había mantenido informados tanto al hijo como a la madre de la evolución de su relación con Lacour, sin llevar a cabo, por supuesto, ningún acto de ejecución. Finalmente, tras simular el cumplimiento de la misión y cobrar el sueldo pactado, había denunciado el hecho a la policía.

El Tribunal de Casación francés, que se pronunció sobre ambos procedimientos en la misma vista, afirmaba respecto al primer caso: «Que los hechos denunciados contra Schieb constituyen únicamente actos preparatorios de un homicidio cuya ejecución material había sido confiada a Benamar y no pueden ser considerados como un comienzo de ejecución del homicidio en virtud del artículo 2 del Código Penal; que el comienzo de ejecución solo se caracteriza por actos que, en la medida en que han entrado en la fase de ejecución, tienen como consecuencia directa e inmediata la consumación del delito; que, además, aunque estos actos pudieran calificarse de actos de complicidad por provocación o por entrega de instrucciones, en cualquier caso, no serían punibles sin un hecho principal punible; que, por último, lo mismo se aplica a la provocación que ha quedado sin efecto, cuando no ha sido expresamente prevista y sancionada por una norma jurídica».

Del mismo modo, en relación con el caso Lacour, los jueces señalaron: «Si el material recogido no permite duda alguna sobre la resolución delictiva del acusado y sobre la persistencia de su voluntad homicida hasta el acto final que se persigue, es necesario comprobar si, en la fase de realización, existen actos materiales en grado de constituir un principio de ejecución». La respuesta es que, en «al dar instrucciones a otros, al entregarles dinero para la comisión del homicidio, así como al identificar a la víctima y disponer las modalidades de un secuestro confiado a la realización de otros, Lacour no ha entrado personalmente en la fase de ejecución del homicidio, especialmente dado que aquel que habría debido intervenir le había negado de hecho la asistencia; que los actos constatados contra el acusado, al carecer de un vínculo suficientemente directo e inmediato con la acción de matar, no pueden ser considerados como constitutivos de un principio de ejecución». La conclusión resulta, pues, obligada: los actos achacados al acusado, «aunque pueden calificarse de actos de complicidad, ya sea por provocación o por entrega de instrucciones, no presentan relevancia penal en ausencia de un hecho principal punible», y «lo

mismo se aplica a la provocación que ha quedado sin efecto, cuando no está prevista y castigada por una norma jurídica específica»¹.

La opinión pública se vio sacudida por la noticia de las absoluciones y la sensación de grave perturbación afectó a la doctrina predominante, en cuyo seno se generó un fuerte desacuerdo entre la corrección técnica de las decisiones y el intolerable vacío de punibilidad relativo a la orden delictiva no ejecutada. Como se verá más adelante, el legislador francés no se encargaría de este problema hasta disponer la ley Perben II del 9 de marzo de 2004.

II. UN ACONTECIMIENTO RECIENTE Y LA IMPORTANCIA JURÍDICA DE LA ORDEN DELICTIVA

De vuelta a nuestros tiempos, en abril de 2021 se divulgó ampliamente en la prensa italiana la historia de un ingeniero informático de unos 40 años que, al no estar dispuesto a aceptar el final de la relación amorosa con una mujer y tras haber decidido castigarla por su obstinada negativa a reanudar la relación, había entrado en la *dark web* para acceder a un sitio llamado *Assassins*, donde había encargado «romperle la espalda» a la chica para dejarla imposibilitada y desfigurarla con ácido, pero sin dañarle los ojos; con esta intención había entregado la dirección de la víctima y su perfil de *Facebook* para su identificación, había sugerido el horario, había pedido que la agresión se realizara en el contexto de un falso atraco –con el correspondiente robo del bolso– y, sobre todo, había procedido a realizar cuatro pagos en *bitcoins* por un contravalor total de 11.700 dólares como retribución por la ejecución del crimen.

Las comunicaciones en línea habían sido interceptadas por la policía alemana, que las había enviado de inmediato a la Dirección Central de la Policía italiana en el marco del Servicio de Cooperación Policial Internacional.

Pero no había tiempo que perder, ya que, según lo acordado, el crimen debía cometerse dos o tres días después de la conclusión del acuerdo. Por lo tanto, preciso es reconocer el mérito de los servicios de investigación en la rapidez con que se llevaron a cabo las pesquisas que permitieron descubrir la identidad del remitente y reunir pruebas concluyentes sobre el encargo delictivo encomendado.

¹ Crim., 25 de octubre de 1962, *Bull. crim.*, núm. 292 (caso Lacour) y núm. 293 (caso Schieb y Benamar), ambos publicados en *Rec. Dalloz*, 1963, I, p. 221 ss. En doctrina, entre los primeros comentarios, BOUZAT, P., *Rec. Dalloz*, 1963, p. 223; LÉGAL, A., *Rev. sc. crim.*, 1963, p. 553; VOUIN, R., *Jur. Class. Per.*, 1963, II, 12985. Véase también PRADEL, J., «Tentative et abandon en cas de participation de plusieurs personnes à une infraction», *Rev. int. dr. comp.*, núm. 38, 1986, p. 742 s.

El hombre admitió las conductas de las que se le acusaba y se ofreció a revocar la orden: en presencia de las autoridades, entró en la página web *Assassins* para enviar dos mensajes, uno a quien había realizado funciones de intermediación, y el otro, al asesino, y obtuvo la confirmación de la revocación por parte del intermediario. Hasta aquí llegan los hechos: descuidando por un momento su objeto, se presentan al mismo nivel que cualquier contrato celebrado en línea y luego resuelto por desistimiento del adquirente.

En ese caso concreto, el sospechoso fue objeto de una medida cautelar de arresto domiciliario limitada al delito de acoso ilegítimo u hostigamiento, el llamado *stalking* (art. 612 bis del Código Penal italiano, CPI). En efecto, en lo que se refiere a la orden delictiva conferida y posteriormente revocada, el artículo 115 CPI establece que, en caso de acuerdo entre varias personas para cometer un delito, de instigación aceptada a cometer un delito o de instigación denegada a cometer un delito, el juez solo puede aplicar una medida de seguridad, consistente en la libertad vigilada (art. 228 CPI).

Las consideraciones siguientes están destinadas a profundizar en el fundamento técnico y político-criminal del artículo 115 CPI.

III. INSTIGACIÓN Y TENTATIVA ENTRE DELITOS MONOSUBJETIVOS Y PLURISUBJETIVOS

El ordenamiento penal italiano se basa en un concepto restrictivo de autor, en el que se entiende como tal el ejecutor de la conducta tipificada en la norma incriminadora; en caso de que el hecho cometido se ajuste íntegramente a la descripción legal, se trata de un delito consumado, mientras que, en presencia de actos idóneos e inequívocos, no seguidos de la realización de la acción o de la verificación del acontecimiento, se produce la tentativa. Hasta aquí nos encontramos en el ámbito de la ejecución monosubjetiva; junto a ella puede haber una ejecución plurisubjetiva, en su forma más simple, vinculada a la ejecución de la conducta típica por parte del autor y a la realización, por parte de otros sujetos, de conductas atípicas en forma de contribuciones morales o materiales. En este caso, la norma sobre el concurso de personas se funde con la norma incriminadora y de ello se deriva un nuevo caso jurídico, que puede hacer típicas incluso las conductas en origen carentes de esta cualidad².

² Sobre esta cuestión, se remite, sobre todo, a DELL'ANDRO, R., *La fattispecie plurisoggettiva in diritto penale*, Milán (Giuffrè), 1956, p. 40; GALLO, M., *Diritto penale italiano*, II, 2.^a ed., Turín (Giappichelli),

Pedimos disculpas al lector por la obviedad de estas premisas, consolidadas desde hace tiempo en la ciencia del derecho penal, y pasamos enseguida a preguntarnos si la instigación (entendida como concepto genérico, que comprende la determinación y, como subcaso de ella, la orden) tendrá la capacidad de constituir una ejecución monosubjetiva en forma de tentativa, o bien, quede necesariamente relegada al ámbito del concurso de personas. La distinción es fundamental porque, al acceder a la segunda opción, la punibilidad de la instigación está subordinada a la comisión de actos idóneos y unívocos ajenos, es decir, se vuelve tributaria de una conducta principal a la que accede, de lo que se deriva la punibilidad.

En realidad, con respecto a la alternativa que ahora se propone, se ha planteado también la hipótesis de una solución intermedia para las conductas de acuerdo y de instigación aceptada que –se ha argumentado–, «en ausencia del artículo 115 CPI, no podrían considerarse tan fácilmente como simples actos “preparatorios”: una interpretación extensiva de la fórmula contemplada en el artículo 56 CPI induciría con total probabilidad a calificar la predisposición de un acuerdo delictivo como conducta idónea y dirigida de manera inequívoca a cometer el crimen programado».³ Sin embargo, debe rechazarse tal planteamiento: dado que la importancia penal del acuerdo y de la instigación debe determinarse al mismo nivel de la comisión del delito (y no de la consecución del acuerdo o de la creación o reforzamiento del propósito delictivo ajeno), en determinadas condiciones, tales conductas pueden presentarse incluso como unívocas,⁴ pero no pueden calificarse como idóneas, es decir, como objetiva e inmediatamente peligrosas para el bien en cuestión como resultado de la interposición de una voluntad libre y consciente.

Volviendo, pues, a la instigación como conducta concursal –es decir, no susceptible, en sí misma, de asumir las connotaciones de una tentativa monosubjetiva–, deja una consideración, por así decirlo, externa: en los sistemas alemán, español y francés, que precisamente sancionan de forma autónoma conductas de instigación a todos o a algunos delitos (volveremos más adelante

2019, p. 99 s.; GRASSO, G., «Pre-Art. 110», en ROMANO, M., GRASSO, G., *Commentario sistematico del codice penale*, II, 4.^a ed., Milán (Giuffrè), 2012, p. 136 s.

³ Textualmente, RISICATO, L., *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato*, Milano (Giuffrè), 2001, p. 233 s. A favor de una reconstrucción en clave monosubjetiva de la instigación según el artículo 115 CPI, CAMAIONI, S., «Riflessioni sul “tentativo di concorso nel reato” e “tentativo di reato in concorso”», *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 1069 ss; además de MORMANDO, V., *L'istigazione*, Padua (Cedam), 1995, p. 95.

⁴ Cfr. RISICATO, L., 2001, p. 279, quien subraya que la univocidad de la tentativa «es aquella que, en sí, establece un vínculo teleológico de facto y de acto entre la parte de la conducta ejecutada y el delito que se pretendía cometer».

sobre este punto), este resultado se alcanza no como estaba implícito en la punibilidad de la tentativa, sino mediante la previsión de incriminaciones específicas. Lo cual demuestra precisamente que la instigación pertenece al grupo de las conductas concursales, cuya importancia penal está tomada de la del hecho al que accede.

El mismo argumento, sin ir más lejos, vale también para el Código Penal italiano, que sanciona expresamente no pocas conductas instigadoras (art. 206, 302, 322, 414, 414 bis, 415, 604 bis, 604 ter y 613 ter) y demuestra así que su punibilidad no podría deducirse, en grado de tentativa, del paradigma de los correspondientes crímenes consumados. Al contrario, que estas hipótesis se conciban en forma de excepción a lo contemplado en el artículo 115 lo evidencia la cláusula con la que este último comienza: «Salvo que la ley disponga lo contrario». Por lo tanto, en el ordenamiento italiano, la regla general se resume en la impunidad del acuerdo y de la instigación con fines de cometer un delito luego no cometido y de la instigación no aceptada; en estos casos, el juez tiene permitido aplicar únicamente una medida de seguridad.

El sistema italiano, al igual que los de otros países, confirma así que la instigación no es un acto de tentativa, sino una conducta de participación en el delito cuya punibilidad surge en el momento en que, como consecuencia de ella, el instigado comete un delito⁵.

IV. POR QUÉ LA INSTIGACIÓN NO PUEDE CONSTITUIR UNA TENTATIVA

Las consideraciones realizadas ahora poseen una innegable fuerza lógica: si las conductas de instigación se sancionan de manera autónoma, tanto en Italia como en otros países, esto significa que dichas conductas no pueden ser perseguidas como tentativas del crimen en cuestión. Intentemos reforzar esta conclusión analizando el contenido de la instigación.

⁵ «A menos que se contemplen como figuras de delito independientes, los actos previstos en el artículo 115 como no punibles son actos atípicos con respecto a la disposición incriminadora de parte especial. [...] Ahora bien, no cabe duda de que, cuando la conducta atípica no concreta ninguno de los requisitos necesarios para la realización de una lesión, su importancia podrá depender únicamente de la relación con un hecho típico ajeno»: así, GALLO, M., *Lineamenti di una teoria sul concorso di persone nel reato*, Milán (Giuffrè), 1957, p. 53 s. Véase también GRASSO, G., «art. 115», en Romano, M., y Grasso, G., 2012, p. 257 ss.; HELFER, M., *Il concorso di più persone nel reato*, Turín (Giappichelli), 2013, p. 70; PELISSERO, M., «Concorso di persone nel reato», en Grosso, C. F.; Pelissero, M.; Petrini, D., y Pisa, P., *Manuale di diritto penale, pt. gen., 2.ª ed.*, Milán (Giuffrè), 2017, p. 508.

La institución de la tentativa, una vez superadas sus configuraciones en términos de pura culpabilidad sintomática, se apoya alternativamente en el peligro creado con respecto al bien en cuestión o en el carácter típico, o inmediatamente próximo a la tipicidad, de los actos llevados a cabo. En ambos planteamientos, se comprende que la instigación no puede constituir la tentativa: por un lado, por su peligrosidad solo potencial, en la medida en que está destinada a concretarse sucesivamente a través de la obra del ejecutor, y por el otro lado, por su distancia en el tiempo con la realización de la conducta típica.

El legislador del Código Penal de 1930 fue plenamente consciente de lo que se acaba de afirmar, por lo que conviene apuntar la mirada hacia aquellos tiempos, en los que la represión, el autoritarismo y la dictadura se habían aliviado ya en gran medida, pero aún quedaban en pie algunos de sus baluartes.

Durante los trabajos preparatorios del Código vigente, cuando el anteproyecto fue sometido a las consideraciones de la magistratura, de la universidad y de la abogacía, el artículo 113 (correspondiente al actual artículo 115) llamó la atención solo por la parte relativa a la previsión de la medida de seguridad: mientras se exaltaba su introducción con respecto a la absoluta irrelevancia de las introducciones llevadas a cabo en el Código de 1889, al mismo tiempo, se aceptaba como algo obvio su no punibilidad en grado de tentativa. Solo hubo una voz, la del profesor Finzi, que se alzase a favor de la previsión de una sanción penal extendida a toda forma de tentativa de concurso, y solo otra, la del profesor Delitala, que vinculase la norma analizada al principio de accesoriedad: «Considero, por tanto, digna de alabanza la disposición del artículo 113 del anteproyecto, dirigida a establecer con claridad y precisión el vínculo de dependencia que debe mediar entre el acto del participante y el principio de la ejecución del delito»⁶.

Mientras los trabajos preparatorios proseguían, en el interior de la comisión ministerial, la tesis de la punibilidad de la instigación era apoyada por Longhi, que observaba que «también la instigación en privado constituye una cuestión importante, más que la simple manifestación de un pensamiento; es ya la expresión de una actividad delictiva». La propuesta de enmienda, que naturalmente se extendía también al acuerdo delictivo, se encontró, sin

⁶ Véase «Osservazioni e proposte sul Progetto preliminare di un nuovo Codice penale», en *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, III, parte II, Roma (Tipografia delle Mantellate), 1928, p. 155 s. En referencia a la disciplina del Código de 1889 y sus trabajos preparatorios sobre este punto, «Cass., sez. I, 4 febbraio 1935», *Foro it.*, 1935, II, c. 399 s. (con una bonita nota de PROLETTI, U., «Istigazione al reato e tentativo»), concluye que el legislador de 1930, «preocupándose con amplitud de concepción y con un raro sentido de penetración de sus diversas formas y actitudes de peligrosidad social, la ha mantenido bien distinguida de la esfera propia de lo jurídico penal, que para entrar en acción necesita, sin la menor duda, una lesión para el bien jurídico penalmente protegido».

embargo, con el firme desacuerdo de Arturo Rocco: «Cuando existe una participación en el delito, existe una pluralidad de personas que cometen el delito y cada una de ellas, por su propia acción, colabora en la producción del acontecimiento. Por tanto, además de la pluralidad de personas y de acciones, hay también un delito efectivamente cometido. Pero si apartamos este último elemento, ¿qué queda? Una pluralidad de personas, cada una de las cuales se decide a querer un determinado acontecimiento delictivo y manifiesta dicha voluntad, la cual se encuentra con la voluntad de otros, que también se proponen la misma intención, pero el delito no sucede. En este caso, hay un pacto delictivo; pero ¿se debe distinguir o no el momento de la celebración del contrato delictivo del momento de su ejecución? Ciertamente, sí. Por lo tanto, una cosa es el acuerdo de voluntad, el *pactum sceleris*, y otro, el crimen que conforma el objeto del pacto. [...] Se castiga la tentativa incluso en los simples actos preparatorios, cuando son idóneos y revelan de manera inequívoca la voluntad de cometer un delito, pero no se puede ir más allá»⁷.

Las mismas ideas ahora expresadas se encuentran en el informe del ministro de Justicia sobre el Proyecto definitivo del Código Penal, donde se observa que, de las previsiones del artículo 115, «puestas en correlación con la norma sobre la tentativa [...], resulta muy claro el sistema del Proyecto: es decir, la intención legislativa de considerar fuera de los actos de la tentativa, incluso en la forma más amplia aceptada, y por lo tanto, no sujetos a pena, todos aquellos actos de instigación y de acuerdo que no vayan seguidos de otras manifestaciones de actividad. [...] Pero el Proyecto no niega que el acuerdo, como la instigación, sea una forma de actividad no solo cogitativa, sino también física: no obstante, se ha propuesto solamente poner un límite expreso a la norma general sobre la tentativa, límite tanto más necesario en un sistema que confiere a la institución de la tentativa punible una mayor extensión»⁸.

En esencia, según la opinión del legislador histórico, la razón de ser del actual artículo 115 se encuentra en la previsión de la medida de seguridad, ya que el acuerdo y la instigación, si no son seguidos por la comisión del delito, deben ser colocados necesariamente en la esfera de la irrelevancia penal⁹.

⁷ Así, en «Atti della Commissione ministeriale incaricata di dare parere sul Progetto preliminare di un nuovo codice penale», en *Lavori preparatori*, 1928, respectivamente, p. 340 s. (Longhi), y p. 355 s. (Rocco).

⁸ «Relazione del Guardasigilli on. Alfredo Rocco sul Progetto definitivo di un nuovo Codice penale», en *Lavori preparatori*, V, parte I, Roma (Tipografia delle Mantellate), 1929, p. 172 s.

⁹ Para esta interpretación, LATAGLIATA, A. R., *I principi del concorso di persone nel reato*, 2.^a ed., Nápoles (Morano), 1964, p. 24 s. Una parte de la doctrina atribuye al acuerdo delictivo y a la instigación la calificación de ilícito penal a la luz de las consecuencias *lato sensu* sancionadoras [DONINI, M.,

El reconocimiento de dicha impunidad reviste una extraordinaria importancia en el plano sistemático, ya que produce sus efectos, por un lado, sobre la institución de la tentativa, trazando sus fronteras a través de la exigencia de una peligrosidad inmediata y efectiva (idoneidad) de la conducta con respecto a la lesión del bien; y, por otro lado, sobre la institución del concurso de personas, reafirmando con total claridad el principio de que la no punibilidad de las conductas atípicas, en ausencia de un vínculo con un hecho típico principal, constituye un corolario inmediato del principio de legalidad y de una interpretación restrictiva del crimen en grado de tentativa. Resulta así que en el artículo 115 está sancionada una garantía fundamental y, al igual que otras disposiciones contenidas en el libro I del Código Penal italiano –que también apoyan valores primarios, deducibles por otra vía–, la norma en cuestión adquiere el rango de norma «interpretativa-constitutiva», destinada a funcionar como un muro infranqueable.¹⁰

Si no fuera así, es decir, si realmente el artículo 115 CPI hallara y agotara su papel en la previsión de la medida de seguridad, ¿por qué todos los proyectos más recientes de reforma del Código Penal italiano –desde el Proyecto Pagliaro (1991) hasta el Proyecto Pisapia (2007), pasando por los proyectos Grosso (2000) y Nordio (2004)–, a pesar de no prever las medidas de seguridad, han considerado volver a proponerlo en términos tan claros? Es evidente que la reafirmación del principio según el cual la punibilidad está excluida «siempre que el delito no sea cometido ni siquiera en grado de tentativa»¹¹ equivale a negar la importancia penal de la tentativa de concurso, pero, sobre todo, pone un obstáculo insuperable a la incriminación de actos de finalidad concursal no seguidos de la comisión de un delito.

«Il concorso di persone nel progetto Grosso», en de Maglie, C., y Seminara, S. (dir.), *La riforma del codice penale. La parte generale*, Milán (Giuffrè), 2002, p. 141; PAGLIARO, A., *Principi di diritto penale, pt. gen.*, 9.^a ed., Milán (Giuffrè), 2020, p. 621]; sin embargo, en esta perspectiva, había que poner de manifiesto la singularidad de un ilícito penal cuya sanción se confía a la simple discrecionalidad del juez. Véase también VASSALLI, G., *Quasi-reato, Enc. dir.*, vol. XXXVIII, 1987, p. 36.

¹⁰ Sobre el valor fundamental de garantía del artículo 115 CPI, entre otros, PEDRAZZI, C., 2003, p. 32; PETROCELLI, B., *Il delitto tentato. Studi*, Padua, (Cedam), 1966, p. 75 s.; SPASARI, M., *Profili di teoria generale del reato in relazione al concorso di persone nel reato colposo*, Milán (Giuffrè), 1956, p. 10. En manuales, para todo, MARINUCCI, DOLCINI, y GATTA, *Manuale di Diritto Penale*, 9.^a ed., Milán (Giuffrè), 2020, p. 521 s.

¹¹ Así lo disponía el artículo 28.1. del Proyecto Pagliaro; el artículo 46 del Proyecto Grosso retomaba textualmente, salvo por la medida de seguridad, el vigente artículo 115 CPI; el artículo 44.1 del Proyecto Nordio, con algunas incongruencias lexicales, recogía la fórmula: «Nadie podrá ser castigado por actos de participación en el delito si no se ha realizado una tentativa punible del propio delito», mientras que el artículo 21.1.d) del Proyecto Pisapia establecía: «Nadie será castigado por concurso en el delito si el hecho no se ha cometido al menos en grado de tentativa».

V. AUTORÍA MEDIATA Y TENTATIVA

Si quisiéramos tener una contraprueba de la solución recién alcanzada, bastaría con observar las situaciones de autoría mediata tipificadas en los artículos 48, 54, párr. 3 y 86 CPI. ¿Cuándo comienza la tentativa en los casos en que uno es inducido a error, se encuentra en estado de necesidad determinado por la amenaza de otros o no tiene la capacidad de querer o entender con vistas a cometer un delito?

A diferencia de la instigación, que consiste en influir en el proceso de toma de decisiones de una persona que conserva íntegras sus facultades de autodeterminación, ahora nos encontramos ante un ejecutor que, como consecuencia del engaño, de la amenaza o de la incapacidad provocada, está destinado a actuar como *longa manus* de quien así lo haya determinado. Y aun admitiendo que, en la hipótesis mencionada en el artículo 54, párr. 3 CPI, el autor necesitado no pierde la conciencia y voluntad del hecho que va a realizar (*coactus tamen voluit*), en cualquier caso, la persona inducida a error o a incapacidad puede ser comparada con un instrumento mecánico o con un animal del que otros se sirven para la comisión del delito.

Entonces, la pregunta sería: ¿cuándo comienza la tentativa de homicidio programado a través de la interposición del engañado o del incapaz?

En esta cuestión pueden plantearse dos soluciones que configuran la tentativa, respectivamente, en el momento en que el autor mediato, tras haber completado su propio acto, cede el curso posterior del hecho al instrumento, o bien, en el momento en que el instrumento cumple actos de ejecución del delito.

El tema requiere una profundización que no podemos realizar aquí. Será suficiente con señalar que la primera solución privilegia el perfil de la culpabilidad (o de la univocidad), pero descuidando por completo el de la idoneidad objetiva de la conducta en relación con su peligrosidad: que el instrumento, –humano, animal o mecánico–, deba entrar en acción una hora, un día o un año después, es irrelevante para la teoría en cuestión a efectos de la existencia de una tentativa punible. Pero tal conclusión resulta incompatible con el concepto de idoneidad (o con el criterio de la ejecución).

Entonces, no es de extrañar que, en la actualidad, la doctrina predominante a nivel internacional adopte la segunda solución. En efecto, en relación con la hipótesis más representativa del problema, descrita en el artículo 86, se considera «indudable» que «el hecho de determinar a un no imputable a la comisión de un delito no conforma los elementos de un acto relevante como tentativa», ya que, si se observa desde otro punto de vista, incluso cuando la ejecución se confíe a un instrumento mecánico, a efectos de la tentativa «es necesario que

el simple hecho de exponer a la víctima a la acción del medio concreto ya ese estado de peligro unívoco y actual que caracteriza la ejecución; en caso contrario, la ejecución no comenzará hasta la intervención activa del medio»¹².

La conclusión es obvia: como suce en los casos convergentes de la culpabilidad mediata, en los que la tentativa se verifica en relación con la actividad del ejecutor, con mayor razón se aplica el mismo principio en el caso de instigación dirigida a un sujeto plenamente libre y consciente.

VI. LA ORDEN DELICTIVA ENTRE DERECHO PENAL Y POLÍTICA CRIMINAL

¿Cómo se hubieran juzgado estos hechos en otros países?

En Alemania y en España, el investigado habría sido castigado por tentativa de lesiones mediante determinación, o bien, por la proposición realizada a un tercero de cometer lesiones. De hecho, el § 30 del *Strafgesetzbuch*, titulado «tentativa de participación», establece en términos generales: «Quien trate de determinar o instigar a alguien a cometer un crimen será castigado según las normas sobre tentativa de crimen. [...]». Por su parte, el artículo 17 del Código Penal español define primero la conspiración y la proposición para delinquir, especificando su punibilidad solo en los casos expresamente previstos por la ley, y luego, entre estos casos, incluye el homicidio y el asesinato (art. 141), así como las lesiones (art. 151).

Distinto habría sido en Francia, donde en relación solo con el homicidio, el artículo 225.5.1, introducido en 2004, afirma: «El ofrecimiento o la promesa a alguien, o la propuesta de obsequios, regalos o cualquier ventaja para que cometa, incluso fuera de las fronteras nacionales, un asesinato o un envenenamiento se castiga, aunque el crimen no haya sido siquiera en grado de tentativa, con una pena de prisión de hasta diez años y una multa de hasta 150.000 euros». Dado que en este caso la orden tenía por objeto lesiones, no se habría aplicado la sanción.

La variedad de las soluciones demuestra la existencia de un problema político-criminal que no puede ser subestimado: una vez establecida la ajénidad

¹² Para los dos pasos reportados, respectivamente, PADOVANI, T., *Le ipotesi speciali di concorso nel reato*, Milán (Giuffrè), 1973, p. 76; PEDRAZZI, C., 2003, p. 66 s. (el cual observa en p. 45: «¿Cuándo da comienzo la tentativa punible, es decir, la acción ejecutiva? Evidentemente, con la actividad del intermediario no culpable: la institución de la tentativa, basada en el concepto de ejecución, es el banco de pruebas donde la teoría del autor mediato fracasa»). Sobre este punto, véase también BRUNELLI, D., *Il diritto penale delle fattispecie criminose*, 3.^a ed., Turín (Giappichelli), 2019, p. 241 s.

de la cuestión con respecto al tema de la tentativa debido a la ausencia del requisito de la idoneidad o de la naturaleza no ejecutiva de los actos, se trata de establecer si es preferible una incriminación específica, un compromiso como el previsto en el actual artículo 115 o la solución radical de la impunidad.

Con respecto a la posibilidad de una norma autónoma, habría que precisar, en primer lugar, si debe construirse en consonancia con cada uno de los respectivos delitos, es decir, con una sanción amoldada a los respectivos marcos penológicos, como en la tentativa, o bien, si debe estar apoyada en una sanción propia. La primera solución, por supuesto, situaría la instigación como una particular forma «paralela» de tentativa, centrada exclusivamente en la culpabilidad, y refractaria a una valoración en términos de idoneidad concreta (véase más abajo). De ello se derivaría el riesgo de un adelantamiento extraordinario de la punibilidad más allá del umbral de la tentativa, lo que, como se ha visto, ni siquiera el legislador fascista estaba dispuesto a permitir.

Por lo tanto, partiendo de la hipótesis de un tipo con una sanción propia, la búsqueda de un adecuado coeficiente de desvalor haría inoportuna su aplicabilidad indiferenciada a todos los delitos o exclusivamente a algunos; encontraría así suficiente fundamento una norma que castigara solo la instigación al homicidio y –como sugiere la crónica de los últimos años sobre el *stalking* y hechos de contenido similar– a las lesiones graves y muy graves, así como a determinados delitos más graves contra la integridad y la libertad de la persona.

Pero el problema aparece en el momento de justificar la punibilidad en los casos de instigación propiamente dicha, es decir, la que queda sin efecto por causas independientes de la voluntad del autor. Dos criterios podrían invocarse aquí: la peligrosidad manifiesta de quien ha hecho todo lo posible para causar el crimen, cediendo el dominio sobre el devenir causal del hecho a la persona instigada, y la grave perturbación que puede causar en la víctima el conocimiento de la intención lesiva de otros.

Sobre la grave perturbación no es fácil pronunciarse: al ser inherente a toda amenaza percibida por la víctima como significativa, se podría observar que el artículo 612, párr. 2 CPI prevé una pena privativa de libertad de hasta un año para la amenaza grave –procedente de la persona que luego debería concretarla, lo que le otorga tal vez mayor verosimilitud– y no está claro por qué la amenaza indirecta, representada por el encargo a un ejecutor, debería merecer una sanción penal más severa¹³. Por otra parte, la cuestión general en sí de que

¹³ Dicho de forma más correcta: la sanción penal más severa podía estar justificada por la corrupción del alma ajena, como consideraban los juristas medievales. Para todo, PIFFERI, M., «Il mandatum nella criminalistica del Cinquecento. Finzioni argomentative e logiche punitive», *Historia et ius*, núm. 1, 2012, p. 1 s.

proceda una denuncia del delito de amenaza grave demuestra que el juicio sobre la gravedad está tamizado por la valoración del destinatario, de tal modo que elude una valoración en términos estrictamente objetivos. La perturbación de la víctima, en esencia, constituye un criterio de criminalización bastante incierto que, si tuviese que convertirse en un parámetro utilizado constantemente por el legislador, produciría consecuencias devastadoras en el sistema penal, dado que el juicio sobre el merecimiento de pena del hecho, y de su autor, se trasladaría a la persona perjudicada.

Igualmente frágil resulta el parámetro de la peligrosidad subjetiva, que puede mantenerse en la vaga dimensión de una actitud antisocial siempre que se refiera a la medida de seguridad, pero sin duda requiere un fundamento objetivo si se entiende como un presupuesto de la sanción penal. Este fundamento, como se intuye, puede estar vinculado con el objeto y con las formas de instigación, así como con la persona del instigado y con cualquier otra variable ligada al contexto fáctico, de modo que, en esencia, esto se traduce en una evaluación de la idoneidad de la conducta respecto al acontecimiento analizado. En caso de que tal estimación resulte impracticable (piénsese en la historia que ha inspirado estas reflexiones: hasta que se identifique al sicario, ¿cómo puede excluirse que el mandante haya sido víctima de una estafa?) o dé un resultado negativo a la luz de la conducta mantenida por el instigado, entonces la peligrosidad de la instigación debería proyectarse sobre un plano abstracto y presuntivo, incompatible con la idea de materialidad y de peligrosidad de las conductas penalmente relevantes.

Como se ve, no se trata de un problema que se pueda afrontar a la ligera. Por otra parte, ya existe una advertencia suficiente que se deriva de la interpretación hoy dominante en Italia de las normas codificadas que castigan conductas de instigación, basada en un requisito de concreta idoneidad.

¿Qué queda al término de esta reflexión? No nos gustaría omitir que la solución ofrecida por el artículo 115 –exclusión de la punibilidad y aplicabilidad de la medida de seguridad, consistente en la libertad vigilada– constituye un afortunado compromiso, ya que tiene la capacidad de apaciguar nuestras conciencias de penalistas garantistas y, al mismo tiempo, satisfacer un instinto punitivo vinculado a la gravedad objetiva, al menos en clave subjetiva, del acuerdo delictivo y de la instigación a cometer un delito.

Es evidente que el problema llegaría a asumir un alcance mucho mayor en Italia si un nuevo código penal, con óptimas razones, procediera a la supresión de las medidas de seguridad, dado que la consiguiente impunidad radical del acuerdo y de la instigación podría dar lugar a propuestas de criminalización, probablemente dirigidas más hacia las conductas de instigación que ha-

cia las de acuerdo. En lo concerniente a estas últimas, en realidad, hoy la jurisprudencia ya reconduce a veces hacia la tentativa punible de actos preparatorios o inmediatamente sucesivos al acuerdo, aunque exentos del requisito de la idoneidad, mientras que, obviamente, no puede realizarse una operación de este tipo con respecto a la instigación, cuya distancia de la tentativa está mucho más clara, ya que solo es atribuible a la obra del tercer ejecutor. Sin embargo, resulta difícil negar que la incriminación autónoma de la instigación se traduciría en un nuevo compromiso, puesto que de la medida de seguridad por un «cuasi delito», que no es un delito, se pasaría a la sanción penal por un delito que no debería serlo, por cuanto se centra sobre todo en la univocidad de la conducta y tiende a disociarse de su idoneidad concreta.

En conclusión, la cuestión de la punibilidad del acuerdo y de la instigación es bastante seria, especialmente en la época actual, impregnada de una ansia de penalización que a menudo asume las formas sugestivas de la protección de los sujetos indefensos o más frágiles.

Por nuestra parte, consideramos que la introducción de una norma que castigue la instigación y la orden deliciva abriría una fisura en el sistema que estaría destinada a ampliarse y a amenazar la estabilidad de todo el edificio penal. En el fondo, bastaría recordar que incluso el legislador fascista consideró «excesiva» la solución incriminatoria¹⁴.

¹⁴ Cfr. PEDRAZZI, C., 2003, p. 38, quien, al cerrar una reflexión sobre el tema, concluye: «Sin embargo, es dudoso que se trate de una reforma de inspiración democrática».

LA CARA OCULTA DE LA JUSTICIA PENAL: LA CONFORMIDAD DEL ACUSADO

DANIEL VARONA GÓMEZ*

I. INTRODUCCIÓN

La conformidad del acusado se ha convertido en la manera habitual de finalizar el proceso penal. En este sentido, diferentes autores y organismos internacionales han advertido que

the trial is starting to disappear. In many parts of the world, trials are being replaced by legal regimes that encourage suspects to admit guilt and waive their right to a full trial¹.

El ejemplo paradigmático de esta evolución en el ámbito del proceso penal se produce en los EEUU, donde se estima que sobre un 97 % de los asuntos penales, a nivel federal, finalizan con un acuerdo de conformidad (*guilty plea*²). En Europa, el fenómeno está alcanzando dimensiones similares,

* Catedrático de Derecho penal y criminología, Universidad de Girona. Este trabajo forma parte del proyecto «*La discrecionalidad en la elección y la ejecución del castigo*» (PGC2018-099155-B-I00), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad. Los análisis estadísticos y su propio diseño se deben a Steven Kemp, a quien agradezco su contribución. Agradezco también a los discípulos de la profesora Mirentxy Corcoy la amable invitación realizada a efectos de la presente contribución a su merecido homenaje. Un desarrollo más extenso de este trabajo puede hallarse en VARONA *et al.*; «La conformidad en España. Predictores e impacto en la penalidad», *InDret Criminología*, 2022-1.

¹ *The Disappearing Trial. Towards a rights-based approach to trial waiver systems* (2017). Accesible en: <https://www.fairtrials.org/publication/disappearing-trial-report>.

² *The Disappearing Trial*, 2017, p. 9.

especialmente en algunos países como Inglaterra y Gales, Estonia, Georgia o la Federación Rusa³.

En el caso de España, según datos proporcionados por la *Memoria del Ministerio Fiscal de 2020* (correspondiente a la actividad de la institución durante el ejercicio anual de 2019), la conformidad premiada (esto es, la prestada ante el Juzgado de Instrucción) representa un 72 % del total de las diligencias urgentes, y del total de sentencias condenatorias dictadas por los Juzgados de lo Penal el 63 % lo fueron por conformidad del acusado (en las Audiencias Provinciales en el 55 % de las sentencias se produjo la conformidad del acusado)⁴. De hecho, en dicha memoria, la Fiscalía insiste en la necesidad de potenciar la aplicación de las conformidades y de hacerlo en los primeros momentos procesales para obtener los máximos beneficios posibles.

Ante este panorama, el propósito del presente trabajo es presentar una investigación pionera en nuestro país en la que se aportan datos sobre la práctica de la conformidad en nuestros juzgados de lo penal, tratando con ello de determinar qué características del proceso, del acusado, del delito cometido y de la pena impuesta son relevantes a la hora de la conformidad (o la no conformidad) del acusado.

II. BREVE DESCRIPCIÓN DE LA CONFORMIDAD EN ESPAÑA

La conformidad es un acto de finalización del proceso penal mediante el cual el juez o tribunal dicta sentencia de conformidad con efecto de cosa juzgada, sin la celebración de un juicio contradictorio, donde se practique prueba de cargo (o descargo). Ello porque la conformidad del acusado con el escrito de acusación implica la aceptación de la calificación jurídica y las responsabilidades establecidas en aquel; siendo así la asunción de la culpabilidad por el propio acusado base probatoria suficiente para dictar sentencia.

En el proceso penal español hay dos modalidades fundamentales de conformidad. La primera es la conocida como «conformidad premiada». Esta solo es posible en el marco del denominado Juicio Rápido y tiene lugar en el propio Juzgado de Guardia que recibe el atestado policial (*vid.* artículo 801 LECrim).

Los juicios rápidos (arts. 795-803 LECrim), están previstos en nuestra ley procesal para delitos castigados con pena de prisión que no exceda

³ Según el estudio citado (*The Disappearing Trial*), en Inglaterra y Gales en 2014 el porcentaje de casos resueltos vía conformidad fue del 70 %, en Estonia 64 %, en Georgia para 2012 87,8 %, y en la Federación Rusa, para 2014 el 64 %, 2017, p. 34.

⁴ *Vid.* https://www.fiscal.es/memorias/memoria2020/FISCALIA_SITE/index.html, pp. 1122 y 1144.

de 5 años, iniciados mediante atestado policial y de instrucción sencilla al existir en el propio atestado elementos incriminatorios claros contra una persona determinada. Recibido el atestado en el Juzgado de Guardia, éste practicará las diligencias imprescindibles y en la misma guardia el acusado, asistido por su abogado, podrá conformarse con el escrito de acusación presentado en el acto por el Ministerio Fiscal. Si así lo hace, el propio Juzgado de Guardia dictará sentencia «*en la que impondrá la pena solicitada reducida en un tercio, aun cuando suponga la imposición de una pena inferior al límite mínimo previsto en el Código Penal*» (art. 801.2 LECrim). Se trata, por tanto, de un supuesto de conformidad que implica una rebaja legalmente tasada de $\frac{1}{3}$ de la pena solicitada en tal escrito. A este tipo de conformidad se le denomina coloquialmente «conformidad premiada», porque se recompensa la conformidad en el primer momento procesal hábil (en el Juzgado de Guardia que recibe el atestado) con una rebaja que puede implicar la imposición de una pena incluso inferior al límite mínimo previsto en el respectivo tipo penal⁵. El propio artículo 801 LECrim limita esta conformidad a supuestos de imposición de penas de multa, cualquiera que sea su cuantía u otras penas de distinta naturaleza cuya duración no exceda de 10 años y, en el caso de penas privativas de libertad, cuando la pena solicitada o la suma de las penas solicitadas no supere, reducida en un tercio, los dos años de prisión.

Si el acusado no se conforma en este momento procesal (esto es, en el Juzgado de Guardia que instruye las diligencias de investigación), y manifiesta su voluntad de someter su caso a juicio, entonces el Juzgado de Instrucción derivará la causa al Juzgado de lo Penal competente para su enjuiciamiento, y este, al dictar sentencia ya no podrá rebajar la pena por debajo del mínimo legal previsto en la ley penal. Por tanto, el «premio» y en este sentido el aliciente fundamental para que el acusado se conforme en este primer momento del proceso, estriba precisamente en la imposición de una pena menor (hasta un tercio) que la establecida en la ley penal.

La segunda modalidad básica de conformidad existente en nuestro proceso penal es la que tiene lugar en el propio acto del juicio oral, ya sea ante el

⁵ A efectos prácticos, por ejemplo, si un acusado por delito de hurto (art. 234.1 CP) se conforma en el Juzgado de Guardia con el escrito de acusación presentado por el Ministerio Fiscal, en el que solicita una pena de 6 meses de prisión (la pena mínima establecida en el artículo 234.1 CP), el Juzgado de Guardia procederá a dictar sentencia en la que se le condenará a 4 meses de prisión. Esta es una pena que, en caso de no conformarse en ese momento y por tanto derivarse la celebración del juicio al Juzgado de lo Penal, ya no será posible (a salvo, claro está, de acreditarse alguna circunstancia atenuante que permita bajar la pena en grado). De ahí el incentivo de la conformidad premiada: se ofrece al acusado una pena que, de no aceptar, ya no podrá obtener posteriormente.

Juzgado de lo Penal o la Audiencia Provincial⁶. Este tipo de conformidad no tiene establecida por ley una rebaja tasada, y por tanto dependerá de las partes (acusación y defensa) la magnitud de la reducción de la pena, que a su vez estará condicionada a la existencia de un cambio en la calificación del delito o a la aplicación de circunstancias atenuantes o eximentes de la responsabilidad (*vid.* artículo 781.1 LECrim).

En definitiva, la conformidad en el proceso penal español adopta dos modalidades fundamentales que se diferencian en el momento procesal en que tienen lugar: en el estadio inicial del proceso (conformidad premiada) y en el acto del juicio oral.

III. VALORACIÓN DE LA CONFORMIDAD EN LA DOCTRINA ESPAÑOLA

Por lo que respecta a la actitud de la doctrina penal y procesal española respecto la conformidad, esta es mayormente aceptada por razones instrumentales: como símbolo de la introducción en nuestro ordenamiento de necesarias concesiones al principio de oportunidad (o justicia negociada) y de eficiencia del propio proceso penal⁷. A ello se añaden consideraciones relativas a los beneficios, en términos de resocialización e intensidad punitiva (rebajada), que conlleva para el acusado, así como para la víctima del delito (al asegurarse una más rápida reparación y evitar la posible re-victimización producto del juicio)⁸.

⁶ La conformidad también es posible en 1) en los procesos del Tribunal del Jurado; 2) de menores y 3) en los procedimientos denominados «de aceptación por decreto».

⁷ *Vid.*, entre otros muchos, DIEGO Díez, L. A. de, *Justicia criminal consensuada*, Valencia (Tirant lo Blanch), 1999; MORAL, A. del, «La conformidad en el proceso penal (Reflexiones al hilo de su regulación en el ordenamiento español)», *Revista Auctoritas Prudentium* núm. 1, 2008; GÓMEZ-COLOMER, J. L., «La conformidad, institución clave y tradicional de la justicia negociada en España», *Revue internationale de droit pénal*, vol. 83, 2012, pp. 15-41. Así, recientemente señalan GARCÍA DURÁN, S., y HERNÁNDEZ OLIVEROS, J. C., «La conformidad en el proceso penal, ¿un mal necesario?», *Diario La Ley*, núm. 9935, 19 de octubre de 2021, p-13 que «es absolutamente necesaria para nuestro sobrecargado sistema de justicia penal que se desmoronaría si un determinado día se prohibiera dictar sentencias de conformidad».

⁸ Así por ejemplo, MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, A.; «Principio de oportunidad, justicia negociada y posición de las partes en el proceso penal», *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, núm. 56/2019, p. 6 señala que se argumenta a favor de la conformidad las ventajas que conlleva para el acusado «ya que, otorgando su consentimiento a la imposición de una pena, consigue una disminución de la intensidad punitiva, bien por una reducción de la pena, bien por acogerse a beneficios en su ejecución [...] al tiempo que el reconocimiento de la propia responsabilidad y la aceptación de la sanción implican una actitud resocializadora que facilita la reinserción social». No obstante, el propio autor se manifiesta crítico con tales postulados.

Sin embargo, su rápida expansión, ciertas corruptelas⁹ y el dominio de la conformidad en el proceso penal español, han provocado que se alcen no pocas voces críticas con esta institución¹⁰.

Las críticas fundamentales se centran en el excesivo poder que la conformidad atribuye al Ministerio Fiscal, convertido así en el auténtico «dueño del proceso penal». Ello porque hay que tener en cuenta que, aunque ciertamente la ley procesal penal prescribe que el juez o tribunal puede controlar la legalidad y el procedimiento de la conformidad (para asegurar que sea realmente un pacto consensuado y no una imposición bajo oscuras presiones), en la práctica el juez o tribunal se limita a ser un mero fedatario del acuerdo alcanzado, sin llegar a indagar realmente sobre la «autenticidad» de dicho acuerdo. Es más, algunos autores señalan que son los jueces los primeros interesados en la conformidad y por ello tienen «con demasiada frecuencia una cierta y a veces indisimulada o impúdicamente exhibida actitud favorable» al acuerdo¹¹. Por tanto, en los supuestos de conformidad puede legítimamente decirse que la pena la deciden las partes acusadoras (significadamente el Ministerio Fiscal), por mucho que formalmente la imponga el juez.

Este desplazamiento del poder punitivo de jueces a fiscales es particularmente problemático por diversas razones. Entre ellas, la doctrina procesal penal señala que el sistema de conformidades quiebra el diseño constitucional y epistemológico del juicio penal: este se ha diseñado para buscar la verdad material y se han construido toda una serie de garantías para evitar situaciones

⁹ Entre ellas (1) la admitida existencia de «conformidades encubiertas» en casos con penas de prisión que superan los 6 años de prisión (se denomina «conformidades encubiertas» a los supuestos en los que acusación y defensa llegan a un acuerdo sobre la calificación jurídica de los hechos y la pena a imponer en casos de delitos graves, pero como esta supera los seis años de prisión y por tanto, legalmente, no es posible una sentencia de conformidad, se hace un «simulacro» de juicio en el que la prueba consiste en el reconocimiento de los hechos por el acusado y el tribunal dicta así una sentencia que solo formalmente no es de conformidad; nuestro TS ha tratado de poner coto a esta práctica: *vid.* por ejemplo STS 27 de octubre de 2016, que anula una condena de 21 años de prisión impuesta por tratarse de una «conformidad fingida *contra legem*»); (2) la dinámica de sobre-acusación que genera en la fiscalía a efectos de pretender una posición ventajosa en la conformidad; (3) la existencia de conformidades parciales en supuestos de varios acusados.

¹⁰ *Vid.*, entre otros, HERNÁNDEZ GARCÍA, J.; «Rapidez y reforma del proceso penal», *Jueces para la Democracia*, 2002, vol. 44, pp. 27-32; MARTÍN PALLÍN, J. A.; «¿Es constitucional la conformidad?», *Revista Poder Judicial*, núm. especial XIX, 2006, pp. 213-236; MORAL, A. del, «La conformidad en el proceso penal (Reflexiones al hilo de su regulación en el ordenamiento español)», *Revista Auctoritas Prudentium* núm. 1, 2008; FERRÉ OLIVÉ, J. C.; «El *Plea Bargaining*, o cómo pervertir la justicia penal a través de un sistema de conformidades *low cost*», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 20-6, 2018, pp. 1-30; LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., y GASCÓN INCHAUSTI, F.; «¿Por qué se conforman los inocentes?», *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, 2018; MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, A.; «Principio de oportunidad, justicia negociada y posición de las partes en el proceso penal», *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, núm. 56/2019.

¹¹ DEL MORAL, A., «La conformidad en el proceso penal (Reflexiones al hilo de su regulación en el ordenamiento español)», *Revista Auctoritas Prudentium* núm. 1, p. 3, quien escribe en ese momento como fiscal del Tribunal Supremo, del que después pasaría a formar parte como magistrado.

de abuso de poder; y la conformidad, por el contrario, convierte el proceso penal en un mercadeo donde priman posiciones de poder¹², siendo por ello posible incluso el castigo del inocente¹³. Por otra parte, una sentencia, en su apartado de motivación y valoración probatoria, nos permite confrontar las razones que llevan al juez o tribunal a considerar culpable al acusado y a imponer una determinada pena; pero en los supuestos de conformidad, ¿cómo sabemos los criterios que han llevado al fiscal a acordar una determinada pena? La conformidad no deja «huella material» que permita valorarla críticamente (más allá, claro está, de una mera referencia al propio acuerdo, que es así contenido y continente). Por último, el sistema de conformidades convierte al fiscal en órgano instructor y materialmente enjuiciador, con los problemas que ello plantea respecto a la deseable separación entre investigación y enjuiciamiento de un delito.

Como puede verse, son muchos y de gran calado los retos que la conformidad plantea para el sistema de justicia penal. Sin embargo, lamentablemente, en nuestro país no disponemos de investigación empírica que desvele el funcionamiento real de la conformidad y nos permita valorar con precisión sus pros y contras. Este trabajo pretende ser un primer paso en esta necesaria dirección.

IV. UNA INVESTIGACIÓN EN LOS JUZGADOS PENALES SOBRE LA CONFORMIDAD

Como decíamos, en el presente trabajo queremos presentar los resultados de una investigación llevada a cabo en los juzgados penales, cuyo objetivo general era obtener conocimiento sobre el proceso de decisión y ejecución

¹² En palabras de otro fiscal: «El porcentaje de conformidades que se alcanzan en los momentos previos al juicio es tan llamativo que no resulta exagerado presentar al fiscal como una especie de vendedor ambulante dispuesto a, hasta el último momento, ofrecer sustanciales rebajas en sus pretensiones iniciales para evitar la celebración del juicio» (MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, A.; «Principio de oportunidad, justicia negociada y posición de las partes en el proceso penal», *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, núm. 56/2019, p. 2). También MORAL, A. del. «La conformidad en el proceso penal (Reflexiones al hilo de su regulación en el ordenamiento español)», *Revista Auctoritas Prudentium*, núm. 1, p. 9: «Convertido el proceso penal en negociación, los criterios para resolver no son ya puramente jurídicos, sino de poder y estrategia»; «Con humor y retratando una imagen frecuentísima en nuestros juzgados y tribunales antes de empezar una sesión de juicios (fiscal y defensas "regateando" para llegar a una posible conformidad) alguien decía que ya los fiscales más que togas necesitábamos "chilabas"» (p. 19).

¹³ Sobre esta cuestión, en nuestra doctrina, *vid.* por todos LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., y GASCÓN INCHAUSTI, F.; «¿Por qué se conforman los inocentes?», *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, 2018.

penal¹⁴, y que en este trabajo centraremos en los datos relativos a los supuestos de conformidad, tratando de dar respuesta a la siguiente pregunta:

¿Cuáles son los factores sociodemográficos del penado y las características del delito, el proceso penal y la pena impuesta asociados con la conformidad –tanto en general como respecto a los diferentes tipos de conformidad–?

Esta pregunta de investigación se plantea para tener un panorama descriptivo general de las variables relevantes a la hora de que los acusados por un delito se conformen con la pena solicitada o, por el contrario, decidan ir a juicio.

Para responder a esta pregunta, se ha utilizado una muestra compuesta de 2959 personas penadas extraídas con un muestreo aleatorio simple de casos de los expedientes de ejecutorias de los Juzgados de lo Penal¹⁵ de las provincias de Barcelona y Girona de los primeros semestres de los años 2015 y 2016. El margen de error con un nivel de confianza del 95 %, $P=Q$, es $\pm 3,3$ %. Después de eliminar un caso que no contiene información sobre la conformidad, la muestra final es de 2958 personas penadas.

Para llevar a cabo el análisis, se han extraído, de acuerdo con la literatura comparada al respecto, las siguientes variables de los expedientes: sexo del penado, edad, nacionalidad, situación de drogodependencia, antecedentes penales, situación procesal, tipo de delito cometido, número de delitos cometidos, clase de asistencia letrada, solicitud de intérprete, si el fiscal ha solicitado pena de prisión, si el condenado se ha conformado, el tipo de conformidad, y si se ha impuesto una medida penal alternativa.

La drogodependencia se refiere a cuando esta situación haya sido (o no) apreciada como atenuante en la sentencia condenatoria. Los antecedentes penales que se han tenido en cuenta para el presente análisis son dos: por un lado, tener la hoja histórico penal con o sin anotaciones y, por el otro, ser reincidente (estimando como tal a quien en sentencia se le aplica tal agravante). La situación procesal del condenado se refiere a si la persona se encuentra en

¹⁴ Los detalles metodológicos completos de la investigación pueden consultarse en BLAY GIL, E., y VARONA GÓMEZ, D., «El castigo en la España del siglo XXI. Cartografiando el iceberg de la penalidad», *Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*, vol. 16, núm. 31, artículo 5, 2021, pp. 115-145.

¹⁵ Las leyes procesales españolas (art. 89 bis Ley Orgánica del Poder Judicial y 14.3 LECrim) atribuyen a los denominados *Juzgados de lo Penal* el enjuiciamiento y fallo de las causas por delitos a los que la ley señale una pena privativa de libertad igual o inferior a 5 años, aunque, si en un único juicio, por razones de conexidad o continuidad delictiva, se enjuician simultáneamente varios delitos con penas individuales inferiores a 5 años pero superiores a los 5 años en su acumulación material, la competencia seguirá correspondiendo a los Juzgados de lo penal. Por otra parte, los Juzgados de lo Penal ejecutan todas las sentencias dictadas por ellos mismos y por los Juzgados de Instrucción de su demarcación en los juicios que finalizan con sentencia de conformidad premiada.

libertad o en prisión durante el proceso penal y de ejecución de la pena. La clase de asistencia letrada hace referencia a si el penado está representado por un abogado particular o de oficio. Para limitar el número de variables, se ha agrupado el tipo de delito de la siguiente manera: artículos 138-233 CP (delitos contra las personas), artículos 234-358 CP (delitos contra el patrimonio), artículos 359-378 CP (delitos contra la salud pública), artículos 379-445 CP (delitos contra la seguridad vial), artículos 446-637 CP (delitos contra la Administración de Justicia y orden público). La variable tipo de conformidad se refiere a si la persona se ha conformado en el Juzgado de Guardia, en el Juzgado de lo Penal o no se ha conformado. Para la variable medida penal alternativa se han tenido en cuenta únicamente los casos en los cuales se ha impuesto una pena de prisión (n=1427). Esta variable binomial está compuesta, por un lado, por los casos en los cuales se ha implementado la sustitución (art. 88 CP vigente hasta la reforma llevada a cabo en 2015) o la suspensión de la pena de prisión, es decir, en suma una medida penal alternativa a la prisión, y, por el otro, los casos en que no se ha aplicado ninguna de estas dos posibilidades.

La Tabla 1 muestra las estadísticas descriptivas básicas de las variables seleccionadas para el análisis. Las variables están divididas en dos apartados: por un lado, los factores sociodemográficos y criminógenos de las personas y, por el otro, las características del delito y el proceso penal en cuestión. Para las variables cualitativas se muestran las frecuencias y porcentajes correspondientes a cada categoría, mientras que en el caso de las variables cuantitativas se muestra el rango –valores máximo (máx.) y mínimo (mín.)–, la media (M), la desviación estándar (DE) y la mediana (Md).

Tabla 1. Distribución y estadísticas descriptivas de las variables

Variables		Total (n = 2958)						
		n*	%	mín	M	DE.	Md	máx
Factores sociodemográficos y criminógenos								
Sexo								
	Hombre	2580	87.3					
	Mujer	375	12.7					
Grupos Edad								
	18-25	466	15,8					
	26-40	1440	49					
	41-64	974	33,1					
	65+	61	2,1					

LA CARA OCULTA DE LA JUSTICIA PENAL: LA CONFORMIDAD DEL ACUSADO ■

Variables		Total (n = 2958)						
		n*	%	mín	M	DE.	Md	máx
Nacionalidad								
	Española	1846	62,4					
	Extranjera	1111	37,6					
Drogadicción								
	Sí	75	2,5					
	No	2883	97,5					
Hoja histórico penal								
	Con anotaciones	1443	48,8					
	Sin anotaciones	1511	51,2					
Reincidente								
	Sí	370	12,5					
	No	2583	87,5					
Situación procesal penado								
	En prisión	217	7,4					
	En libertad	2735	92,6					
El delito y el proceso penal								
Tipo de delito								
	Patrimonio	770	28,1					
	Contra Personas o Libertad	349	12,7					
	Contra Salud Pública	90	3,3					
	Seguridad Vial	1171	42,7					
	Admón. de Justicia y Orden Público	364	13,3					
	Número de delitos			1	1,2	0,6	1	9
Proceso penal								
Clase de asistencia letrada								
	De oficio	2492	85,2					
	Particular	432	14,8					

Variables		Total (n = 2958)						
		n*	%	mín	M	DE.	Md	máx
Solicitud de intérprete								
	Sí	259	8,8					
	No	2684	91,2					
Petición prisión fiscal								
	Sí	1704	57,9					
	No	1241	42,1					
Conformidad								
	Sí	2091	70,7					
	No	867	29,3					
Tipo de conformidad								
	No conformidad	867	29,3					
	Juzgado de Guardia/Instrucción	885	29,9					
	Juzgado Penal	1206	40,8					
Medida penal alternativa en caso de pena prisión impuesta (n=1427)								
	Sí	1036	72,6					
	No	391	27,4					

* En algunos casos, la suma de las categorías es inferior al tamaño total de la muestra ya que se ha convertido las respuestas «No se sabe» en NA.

Para responder la pregunta de investigación (recordemos, qué factores están asociados con el tipo de conformidad o la no conformidad) se ha procedido a realizar dos análisis estadísticos de regresión¹⁶.

En un primer análisis (1) que agrupa la totalidad de la muestra (los 2958 casos), se ha tomado como variable dependiente (esto es, la variable a explicar) el tipo de conformidad categorizada de la siguiente manera: si el penado no se ha conformado –0–, si se ha conformado en el Juzgado de Guardia –1–, si se ha conformado en el Juzgado de lo Penal –2–. Las variables independientes (o explicativas) examinadas son: sexo de la persona penada, grupo de edad (18-25, 26-40, 41-64, 65+), nacionalidad, drogodependencia, antecedentes penales (hoja histórico penal con o sin anotaciones, ser reincidente),

¹⁶ Los análisis estadísticos mostrados en el texto han sido realizados por Steven Kemp, a quien agradezco su ayuda en la elaboración de este trabajo.

situación procesal del penado, tipo de delito cometido, número de delitos, clase de asistencia letrada, solicitud de intérprete, y si el fiscal ha solicitado pena de prisión. En la Tabla 1 del apartado anterior se puede observar el tipo de variable (categórica o numérica) y, en el caso de las variables categóricas, las distintas categorías. La técnica estadística seleccionada para realizar el análisis de la variable dependiente de tres categorías ha sido la regresión logística multinomial, ya que permite analizar variables dependientes de más de dos categorías.

Para tener un panorama más completo de los factores predictores de la conformidad, se ha realizado un segundo análisis estadístico (2) con el objetivo de investigar si la imposición de una pena alternativa a la prisión tiene alguna relación con la conformidad; cuestión ésta que ya había sido intuida en algún trabajo anterior¹⁷. A este fin, se ha creado una sub-muestra de personas condenadas a pena de prisión en sentencia (como puede observarse en la anterior tabla se trata de 1427 personas) y se ha optado por crear una variable dependiente binomial relativa a si la persona se ha conformado –1– o no –0– y utilizar una regresión binomial. El motivo de este cambio en la variable dependiente se debe a que el análisis descriptivo ha mostrado que la ejecución de la pena privativa de libertad es casi inexistente en los casos que terminan en conformidad en los Juzgados de Guardia. Tener una categoría con muy pocos casos complicaría la estimación del modelo estadístico. Respecto a las variables independientes, estas son las mismas que en la primera fase del análisis, salvo que, para poder analizar el factor que nos interesa, la variable relativa a la pena de prisión solicitada por el fiscal ha sido sustituida por la variable consistente en la medida penal alternativa ejecutada. En esta segunda fase de análisis se ha utilizado la regresión logística binomial, dado que la variable dependiente es binomial.

En la siguiente sección se examinarán los resultados de los modelos en términos de la razón de momios (RM) o *odds ratio* en inglés, que es un indicador de la probabilidad de que el resultado estudiado (por ejemplo, la conformidad premiada) ocurra en un grupo (por ejemplo, personas extranjeras) en comparación con la probabilidad de que tenga lugar en el grupo de referencia (por ejemplo, personas españolas). Todo el análisis ha sido realizado en el software R (R Core Team, 2021).

¹⁷ Vid. VARONA GÓMEZ, D., «La suspensión de la pena de prisión: razones de una historia de éxito», *Revista Española de Investigación Criminológica*, núm.17(10), 2019, pp. 1-35.

3. Resultados

En la Tabla 2 pueden observarse los resultados de la regresión multinomial en términos de la *odds ratio* y si la asociación es estadísticamente significativa según el valor p., para el total de la muestra.

Tabla 2. Resultados (*Odds Ratio*) de regresión multinomial para tipo de conformidad

	Conformidad Guardia/Instancia OR	Conformidad Juzgado Penal OR
Sexo mujer (ref. = hombre)	0,84	0,80
Grupo edad (ref.=18-25)		
26-40	0,66*	1,25
41-60	0,59**	1,15
65+	0,42	0,88
Nacionalidad extranjera (ref. = española)	0,62**	0,60***
Drogodependiente (ref. = no)	0,31	1,00
Hoja histórico penal (ref. = sin anotaciones)	0,50***	0,67***
Reincidente (ref. = no)	0,68	0,56***
En prisión (ref. = libertad)	0,24*	1,69**
Delito (ref. = patrimonio)		
Personas/libertad	0,75	0,81
Salud pública	0,77	0,45**
Seguridad vial	9,67***	1,54**
Administración pública	1,02	0,83
Número delitos	0,94	1,24*
Abogado particular (ref. = de oficio)	0,55**	0,94
Solicitud intérprete (ref. = no)	0,32***	0,43***
Petición fiscal prisión (ref. = no)	0,14***	0,85
* p < 0,05, ** p < 0,01, *** p < 0,001		
Pseudo R²		
McFadden: 0,26		
Nagelkerke: 0,48		

Con referencia a la cuestión relativa a la relación entre la conformidad y la aplicación de una pena alternativa, la Tabla 3 muestra los resultados del modelo de regresión binomial con la variable dependiente conformidad (No o Sí) para la sub-muestra de casos en los cuales se ha impuesto una pena de prisión.

Tabla 3. Resultados (*Odds Ratio*) de la regresión binomial para conformidad en los casos de prisión impuesta

	Conformidad OR
Sexo mujer (ref. = hombre)	0,66 *
Grupo edad (ref. = 18-25)	
26-40	1,18
41-60	1,39
65+	1,02
Nacionalidad extranjera (ref. = española)	0,61 ***
Drogodependiente (ref. = no)	1,04
Hoja histórico penal (ref. = sin anotaciones)	0,58 ***
Reincidente (ref. = no)	0,59 *
En prisión (ref. = libertad)	2,76 ***
Delito (ref. = patrimonio)	
Personas/libertad	0,50 ***
Salud pública	0,38 ***
Seguridad vial	2,14 **
Administración pública	0,83
Número delitos	1,16
Abogado particular (ref. = de oficio)	0,94
Solicitud intérprete (ref. = no)	0,39 ***
Medida penal alternativa (ref. = no)	3,08 ***
* p < 0,05, ** p < 0,01, *** p < 0,001	
Pseudo R²	
McFadden: 0.13	
Nagelkerke: 0.22	

4. Interpretación y discusión de los resultados

Los resultados de nuestra investigación dibujan un cuadro en el que efectivamente determinadas variables tienen un peso relevante a la hora de procurar la conformidad del penado.

Entre esas variables, hay algunas cuya relevancia es de sentido común: así, (1) la existencia de anotaciones en la hoja histórico penal (en adelante HHP), (2) el tipo de delito cometido y (3) la petición de pena del fiscal.

Ello porque, (1) es lógico que se conformen menos aquellos acusados que tienen anotaciones en la HHP o son reincidentes, pues en estos casos la petición de pena será mayor y además tendrán menos probabilidades de eludir la prisión en caso de conformarse. (2) También es natural que se conformen mucho más los acusados por delitos contra la seguridad vial, fundamentalmente por el hecho de que en este tipo de delitos la probabilidad de condena es mucho más alta que en el resto de delitos, por el simple hecho de depender mayormente de pruebas objetivas difícilmente discutibles (prueba de alcoholemia positiva, básicamente, o registros oficiales sobre existencia y vigencia permiso conducir). (3) Por último, también es lógico que si el fiscal solicita una pena de prisión en su escrito de acusación haya menos probabilidad de que el acusado se conforme, respecto a sí, por el contrario, peticiona una pena de multa, por ejemplo.

Pero nuestra investigación también desvela ciertas variables cuyo peso en la conformidad es más controvertido.

En primer lugar, la variable relativa a la clase de asistencia letrada no tiene fácil explicación¹⁸. En segundo lugar, la variable correspondiente a la situación procesal del acusado, aunque pueda parecer contradictoria pensamos que también responde una cuestión lógica: los que están en situación de prisión se conforman más en los casos de procesos que finalizan en el Juzgado de

¹⁸ Recordemos que esta variable solo se muestra significativa en los supuestos de conformidad premiada. Una hipótesis puede ser que los abogados de oficio, por su inexperiencia o mayor carga de trabajo, sean más fáciles de «convencer» por el fiscal para que se conformen. En contra de esta hipótesis debe señalarse, no obstante, que muchos abogados experimentados siguen ejerciendo en el «turno de oficio». Por otra parte, el hecho de que, según decimos, la clase de asistencia letrada solo sea relevante en los supuestos de conformidad premiada, permite otra hipótesis explicativa relativa a los «incentivos económicos» que existen en nuestro país para los abogados de oficio que se conforman en la guardia (tales incentivos hacen referencia a que un abogado de oficio que se conforma en la guardia factura la asistencia al detenido y la sentencia de conformidad en el mismo día; ciertamente, de no haber conformidad, el abogado de oficio también facturará posteriormente la representación en juicio del acusado, pero con una mayor carga de trabajo: redacción escrito de defensa, preparación y asistencia en juicio).

lo Penal, porque al haber cumplido parte de la pena en espera de juicio, la pena finalmente peticionada por la acusación no se cumplirá en su totalidad¹⁹.

En tercer lugar y por último, una variable que merece una discusión singular, por su relevante peso, es la variable de la nacionalidad del acusado²⁰, pues no parece responder a ninguna lógica inherente el hecho de que los extranjeros se conformen menos que los nacionales²¹. ¿A qué puede deberse?

Lo cierto es que en la literatura anglosajona también se ha señalado esta cuestión, con referencia a las minorías étnicas, y se han propuesto diversas hipótesis para explicar esta situación²². (1) Una primera hipótesis tendría que ver con la propia desconfianza de las minorías étnicas hacia los agentes de la justicia penal (en particular fiscales). Esta desconfianza, derivada de una menor percepción de legitimidad del sistema de justicia penal, haría que existiera una mayor tendencia a no aceptar sus «ofertas» de conformidad. (2) Una segunda hipótesis apuntaría a que serían los propios fiscales los que, producto de sus sesgos cognitivos y actitudes de rechazo a las minorías étnicas, estarían realizando de hecho peores «ofertas» a estos acusados que a los hombres blancos de clase media, y ello llevaría lógicamente a que los miembros de estas minorías se conformaran menos²³. (3) Una tercera hipótesis apuntaría a que el (mal)trato diferencial que reciben las minorías étnicas desde los estadios iniciales del proceso penal (sesgos en la intervención policial, en las detenciones y en el procedimiento), los predispone a ser menos cooperativos con el sistema y así a no aceptar ofertas de conformidad.

A estas hipótesis, en el caso de nuestro país, podríamos añadir una ulterior (4) que apuntaría a las consecuencias más severas de la condena para los extranjeros. Nos referimos al hecho de que la condena penal puede acarrear en el caso de los extranjeros la expulsión del país, ya sea de forma directa o indirecta, como producto de la no renovación de los permisos de residencia que

¹⁹ No obstante, ello hace emerger el delicado problema relativo al posible uso de la prisión preventiva como mecanismo para asegurar futuras conformidades.

²⁰ La variable referida a la solicitud de intérprete está lógicamente relacionada con la variable de la nacionalidad.

²¹ En concreto, respecto la variable nacionalidad, los datos de nuestra sub-muestra de casos en los que el fiscal solicitó pena de prisión (n=1704), revelan que un 52% de los extranjeros no llegan a un acuerdo de conformidad con la acusación vs. un 34% de los nacionales españoles.

²² JOHNSON, B., «Trials and Tribulations: The Trial Tax and the Process of Punishment», *Crime and Justice*, núm. 48, 2019, pp. 313-363; TESTA, A. y JOHNSON, B., «Paying the Trial Tax: Race, Guilty Pleas and Disparity in Prosecution», 31 (4) *Criminal Justice Policy Review*, 2019, pp. 500-531.

²³ La investigación de KUTATELADZE, B.; ANDILORO, N.; JOHNSON, B., y SPOHN, C., («Cumulative disadvantage: examining racial and ethnic disparity in prosecution and sentencing», *Criminology*, 2014, vol. 52 (3) pp. 514-551) en Nueva York halló que, efectivamente, los acusados negros y latinos recibían peores ofertas de los fiscales (en concreto, tenían mucha mayor probabilidad de recibir ofertas de conformidad que implicaban prisión).

tuvieran en vigor. Por tanto, el extranjero podría tener mayores incentivos para ir a juicio, ya que aunque se arriesgue a una pena mayor, una pena menos severa igualmente implica tener antecedentes penales y una posible expulsión, por lo que solo la opción de la absolución queda como alternativa a la no expulsión²⁴.

Sin duda, se necesita más investigación empírica para corroborar estas hipótesis que apuntan, según decimos, al relevante peso de la variable de la nacionalidad en la conformidad del acusado, pues si a ello le unimos que, según relatábamos, las personas que se conforman tienen menos posibilidad, en caso de ser castigados con pena de prisión, de entrar en prisión, resulta que la sobre-representación de los extranjeros en prisión puede deberse, en parte, al simple hecho de que no hayan prestado su conformidad con la acusación. En este sentido, hace ya tiempo que el criminólogo inglés Roger Hood subrayó que parte de la sobre-representación de hombres negros en la prisión derivaba de su mayor propensión a no conformarse con la acusación²⁵.

V. CONCLUSIÓN

La conformidad es la cara oculta de la justicia penal. Es la cara oculta porque sobre la base de un presunto consentimiento de todos los implicados y la nula motivación de la conformidad, simplemente no podemos saber en qué se basa la aceptación de los hechos por el acusado y la pena concreta impuesta. Ello es además preocupante porque su imparable extensión ha convertido ya a la conformidad en la forma habitual de finalización del proceso penal y por tanto, la justicia penal no se administra hoy en día en forma de juicio, sino vía acuerdo.

Es necesario así llevar a cabo investigaciones empíricas sobre la conformidad en nuestro país, que arrojen luz sobre su práctica real y los factores que predisponen a un acusado a conformarse o ir a juicio.

²⁴ Sobre la cuestión de la relevancia de los antecedentes penales para los extranjeros y su conexión con la expulsión, es ineludible el trabajo de LARRAURI PUJOAN, E., «Antecedentes penales y expulsión de personas inmigrantes», 2016, *InDret*, pp. 1-29; que demuestra cómo «*los antecedentes penales coadyuvan a la exclusión de personas inmigrantes*» (énfasis en el original, p.5).

²⁵ Este autor calculó de hecho que ello explicaba aproximadamente el 13% de la sobre-representación de los hombres negros en prisión (citado en PEAY, J., y PLAYER E., «Pleading Guilty: Why Vulnerability Matters», *The Modern Law Review*, núm.81(6), 2018, pp. 929-957, p. 939). En el mismo sentido *vid.* los resultados de la investigación de TESTA, A., y JOHNSON, B., «Paying the Trial Tax: Race, Guilty Pleas and Disparity in Prosecution», 31 (4) *Criminal Justice Policy Review*, 2019, pp. 500-531; en EEUU, que también muestran cómo las minorías étnicas tienden a conformarse menos y con ello a recibir sentencias más severas que los hombres blancos que se conforman.

El presente trabajo es una primera aproximación en este camino y con él hemos podido mostrar cómo determinados factores de difícil justificación están asociados con la conformidad (en particular, la nacionalidad del acusado), y cómo las medidas penales alternativas a la prisión (en particular, la suspensión de la prisión) pueden estar siendo utilizadas como un anzuelo para la conformidad²⁶.

²⁶ Sobre esta cuestión, con más detalle *vid.* VARONA GÓMEZ, D., y KEMP, S., «Suspended Sentences in Spain: An alternative to Prison or a “Bargaining chip” in Plea Negotiations?», *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, núm.28, 2020, pp. 354-378.

EL ESTÁNDAR DE PRUEBA DE LA DUDA RAZONABLE A TRAVÉS DE LAS PROPIEDADES DE LA LÓGICA DIFUSA: HACIA LA CONSTRUCCIÓN DE UNA REGLA HEURÍSTICA

JUAN SEBASTIÁN VERA SÁNCHEZ*

I. INTRODUCCIÓN Y CUESTIONAMIENTOS

En el ámbito penal, a estas alturas de la fertilización de las instituciones anglosajonas en los ordenamientos jurídicos de herencia románica continental, es un lugar común considerar que el estándar de prueba refleja una mayor exigencia probatoria que en sede civil. Y ello se ha graficado a partir de la formulación de que debe condenarse al acusado «más allá de toda duda razonable». Entre otras razones, como una forma de distribución del margen de error de condenas falsas¹, por un lado, y como corolario de la exigencia de una elevada calidad epistémica acerca de la concurrencia del supuesto fáctico de la norma que se intenta aplicar, por otro. El estándar de la duda razonable (en adelante, EdR) es una previsión

* Doctor en Derecho Universidad de Barcelona. Profesor Asistente de Derecho procesal Universidad de Chile, Santiago, Chile. Correo electrónico: jsvera@derecho.uchile.cl. <https://orcid.org/0000-0001-9578-8213>. Esta contribución se inspira en la apertura hacia áreas extrapenales y extrajurídicas que especialmente la homenajeadada fomentó en mí. Agradezco tu gran paciencia y apoyo Mirentxu para nunca coartar mi imaginación en el estudio de los fenómenos de la justicia penal, en esos bellos momentos vividos en Barcelona durante la elaboración de mi tesis doctoral.

1 LAUDAN, L., «Is reasonable doubt reasonable?», *Legal Theory*, vol. 9, 2003, pp. 59 ss; STEIN, A., *Foundations of Evidence Law*, Oxford (Oxford University Press), 2005, p. 172; TARUFFO, M., «Tres observaciones sobre “Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar” de Larry Laudan», *Doxa*, núm. 28, 2005, p. 117; CLERMONT, K., «Staying faithful to the standards of proof», *Cornell Law Review*, vol. 104, *issue* 6, 2019, p. 1481.

normativa probatoria presente en buena parte de los enjuiciamientos penales actuales, con independencia de la tradición jurídica a la que se suscriban los ordenamientos normativos.

Ahora, la mayoría de los autores reconocen que, respecto de este estándar de prueba, subsisten serios y graves problemas aplicativos². Clermont afirma, en un reciente estudio, que los académicos nunca han entendido correctamente los estándares de prueba y, de hecho, otro tanto ocurre en lo que refiere a la teoría de la prueba³. En este mismo sentido, y sin perjuicio de lo que se afirmará, Laudan da cuenta documentada, a partir del análisis de la jurisprudencia norteamericana, que no es posible reconstruir con criterios estables cuándo el juez ha fallado más allá de toda duda razonable, siendo el panorama al respecto oscuro, incoherente y pantanoso⁴. Luego de analizar *–in extenso–* dicha noción, Laudan señala que el resultado más relevante del análisis es la constatación de que el EdR es una noción penosamente inadecuada, deliberadamente poco clara, totalmente subjetiva y abierta a un número de interpretaciones semejantes al número de jueces en funciones⁵. Lo anterior, a tal punto, que el mismo autor citado *–en otro trabajo–* se pregunta si efectivamente el estándar de la duda razonable puede ser considerado un estándar objetivo *–desde el punto de vista de la racionalidad–*, en relación con su aplicación y entendimiento actual en el ámbito del *common law*⁶.

La doctrina tampoco ha colaborado mucho a dar mayor claridad al panorama del EdR⁷. Como veremos, las formulaciones son diversas, existiendo legítimas dudas acerca de si dicho estándar debe entenderse desde el punto de vista subjetivo del juzgador (convicción moral, por ejemplo) o exclusivamente desde el punto de vista objetivo (desde la racionalidad intersubjetiva). Laudan termina por afirmar que la noción el EdR está completamente indefinida o definida de una manera tan imprecisa que resulta enteramente inútil⁸.

² LAUDAN, L., *Verdad, error y proceso penal*, Madrid; Barcelona; Buenos Aires y Sao Paulo (Marcial Pons), 2013, p. 61; WALTON, D., *Burden of proof, presumption and argumentation*, Cambridge (Cambridge University Press), 2014, p. 58.

³ CLERMONT, K., «Staying faithful to the standards of proof», vol. 104, 2019, p. 1457. Agrega: «Their formulations beget probabilistic musing, which beget all sorts of paradoxes, which in turn beget radical reconceptions and proposals for reform».

⁴ LAUDAN, L., 2013, p. 61; LAUDAN, L., «Is reasonable doubt reasonable?», vol. 9, 2003, p. 295.

⁵ LAUDAN, L., 2013, p. 61.

⁶ LAUDAN, L., «Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar», *Doxa*, núm. 28, 2005, p. 112. Agrega el autor: «... básicamente el único mecanismo para la distribución de los errores que se requiere en un juicio es un estándar no-subjetivo de la prueba».

⁷ En el mismo sentido para el ámbito del *common law*, LAUDAN, L., «Is reasonable doubt reasonable?», vol. 9, 2003, p. 296.

⁸ LAUDAN, L., «Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar», núm. 28, 2005, p. 106.

La cuestión no es para nada baladí si, además, se considera que la reducción de componentes subjetivos y arbitrarios condicionará en buena medida la consideración de justicia de los ciudadanos respecto de la operatividad del sistema de justicia penal⁹ y de las expectativas normativas referidas a la actuación del mismo. Es crítico, a este respecto, que la fuerza moral del derecho penal no sea diluida por un estándar de prueba que siembre la duda en la gente acerca de que una persona inocente esté siendo condenada¹⁰. En efecto, una confianza pública y fe en el sistema de justicia son esenciales para la legitimidad democrática de la ley y su fuerza normativa¹¹. Así, cualquiera sea la formulación del EdR que se adopte, esta debe reflejar adecuadamente su finalidad distributiva, de forma de no aparecer condenando o absolviendo a más personas de las que originariamente se ha querido. De otro lado, el sistema penal, en el ámbito de la aplicación del EdR, debe ser confiable (desde el punto de vista de la uniformidad y previsibilidad de la aplicación de los criterios) con el objeto de evitar que el mismo sea inherentemente injusto¹².

La prueba de los hechos en un procedimiento judicial presenta una serie de conceptos epistémicos indeterminados o vagos con los cuales se debe trabajar. Los problemas de indeterminación, por supuesto, no están ausentes en el EdR y son una de sus principales fuentes de críticas. Por ejemplo, Cordero, frente a la recepción italiana del EdR, señala que la medida de probabilidad suficiente de la condena no es codificable, ni menos admite expresión numérica¹³.

II. PROBABILIDAD LÓGICA Y ESTÁNDAR DE LA DUDA RAZONABLE

En el ámbito de la probabilidad lógica, que pone el énfasis en una valoración inferencial de la prueba de corte cualitativo y no cuantitativo, las formulaciones del EdR giran sobre la base de la aplicación de la inducción eliminativa

⁹ LAUDAN, L., 2013, p. 64.

¹⁰ In re Winship, 397 U. S. 358, 364 (1970), p. 397: «[...] use of the reasonable doubt standard is indispensable to command the respect and confidence of the community in applications of the criminal law. It is critical that the moral force of the criminal law not be diluted by a standard of proof that leaves people in doubt whether innocent men are being condemned. It is also important in our free society that every individual going about his ordinary affairs have confidence that his government cannot adjudge him guilty of a criminal offense without convincing a proper factfinder of his guilt with utmost certainty».

¹¹ En este sentido, BIBAS, S., *The machinery of Criminal Justice*, Oxford (Oxford University Press), 2012, p. 64.

¹² Véase, LAUDAN, L., «Is reasonable doubt reasonable?», 9, 2003, p. 296.

¹³ CORDERO, F., *Procedura penale*. 8.º edizione, Milano (Giuffrè Editore), p. 1001: «Ai fini della condanna l'articolo 533, c. 1 (art. 5.1.20 febbraio 2006, núm. 46) richiede enfaticamente che l'imputato risulti colpevole "al di là d'ogni ragionevole dubbio": banale americanismo e verità ovvia; chi la proclama con l'aria d'avere scoperto mirabilia cade nel discorso cosiddetto lapalissiano...»

de Bacon y Stuart Mill al razonamiento judicial a partir del trabajo de Cohen¹⁴. En efecto, Cohen teniendo como antecedente la férrea crítica a la utilización de la probabilidad matemática o pascaliana a la determinación de los hechos, se inclina por la aplicación de la inducción eliminativa, tanto común a la generación del conocimiento científico como a la realización de estimaciones por parte de las personas a través de generalizaciones de sentido común. A partir de aquí genera una discriminación entre variables relevantes e irrelevantes, como quien busca una explicación a un fenómeno científico a partir de causas¹⁵. En materia probatoria, especialmente en sede penal, ello se ha traducido en dos grandes consideraciones: a) la hipótesis fáctica prevaleciente debe ser capaz de explicar los datos disponibles, integrándolos de forma coherente, y siendo capaz de explicar y confirmar la predicción de nuevos datos sobre la base de la misma. Y b) el EdR se halla satisfecho cuando, adicionada a la exigencia anterior, se han refutado todas las demás hipótesis fácticas que sean plausibles, explicativas de los datos, especialmente compatibles con la inocencia del acusado, excluidas las meras hipótesis *ad hoc*¹⁶. A partir de aquí los diferentes autores que son representantes de este enfoque introducen ciertos matices pero manteniendo la estructura «inductiva-eliminativa» en su base. Así por ejemplo, algunos han intentado trasladar esta estructura para delimitar los contornos de la razonabilidad de la duda en la aplicación del EdR¹⁷. Otros consideran que la hipótesis inculpatoria debe ser la única explicación plausible de los hechos¹⁸ o bien establecen una cierta asociación entre esta formulación y el modelo de la inferencia a la mejor explicación¹⁹.

De otro lado, también se sugiere que la mayor exigencia probatoria del estándar de prueba penal se vea reflejada en que la prueba sea capaz de apoyar la hipótesis acusatoria, no contradicha por otras pruebas, y que la justificación del juez también sea capaz de desmentir con adecuadas contrapruebas todas

¹⁴ COHEN, J. L., *The probable and the provable*, Oxford (Clarendon Press), 1977, p. 144; GASCÓN, M., *Los hechos en el derecho*. 3.º edición, Madrid; Barcelona y Bs. Aires (Marcial Pons), 2010, pp. 155 ss; SCHUM, D., *The evidential foundations of probabilistic reasoning*, Evanston (Northwestern University Press), 1994, pp. 245 ss.

¹⁵ COHEN, J. L., 1977, p. 144.

¹⁶ FERRER, J., *La valoración racional de la prueba*, Madrid y Barcelona (Marcial Pons), 2007, p. 147. En el mismo sentido, ROBERTS, P., y ZUCKERMANN, A., *Criminal Evidence*, Second Edition, Oxford (Oxford University Press), 2010, p. 258., quienes sostienen que «... *the jury may convict only when all explanations of the evidence that are consistent with innocence have been dismissed as untenable*».

¹⁷ STEIN, A., 2005, p. 173 ss.

¹⁸ ALLEN, R., «Reconceptualization of civil trials», *Boston University Law Review*, vol. 63, issue 3, 1986, p. 436.

¹⁹ ALLEN, R., y PARDO, M., «The problematic value of mathematical models of evidence», *Journal of Legal Studies*, vol. 36, issue 1, 2007, p. 136. Véase también, FERRER, J., 2007, p. 147, especialmente nota núm. 132.

las contrahipótesis planteadas y planteables²⁰. Cohen vincula la satisfacción del EdR, en el marco de su teoría, solo a la integridad o completitud («completeness») razonable de la prueba de la culpabilidad del acusado²¹.

Las formulaciones anteriores, si bien se hallan conceptualmente muy bien desarrolladas, no son capaces de cumplir una función implícitamente asumida de erradicar la indeterminación y vaguedad de los conceptos probatorios aceptados. Por ejemplo, todavía no somos capaces de explicar satisfactoriamente cuándo una hipótesis probada más allá de toda duda razonable deja de estarlo. Ello contrasta con la asumida precisión de los enunciados fácticos en cuanto enunciados descriptivos. Tal vez, el mayor aporte de estas formulaciones es el entregar estructuras argumentativamente sólidas, que pueden parecer algo deficitarias desde el punto de vista epistémico, por la complejidad propia de la generación de conocimiento proyectada hacia la prueba de los hechos.

Las formulaciones sobre la determinación del EdR, si bien han logrado entregar herramientas que permiten un mejor control intersubjetivos sobre la base de criterios racionales²² si se considera la ceguera procesal tradicional histórica hacia contenidos extrajurídicos, igualmente incluyen expresiones cargadas de vaguedad²³, donde es difícil trazar un límite de satisfacción de los conceptos probatorioa. Lo anterior contrasta con la bivalencia propia –y su implícita precisión– de la decisión jurisdiccional en sede penal, donde un acusado solo puede ser absuelto o condenado. Desde esta perspectiva, los esfuerzos de la probabilidad lógica siempre deberán asumir que el EdR es un concepto, *in natura*, difuso²⁴. Surge la duda, entonces, cuál es la suerte que puede llegar a tener del EdR si se le analiza desde aparatos conceptuales racionales que trabajen sobre la base de vaguedad de los conceptos.

III. LÓGICA DE CONJUNTOS O ENUNCIADOS BORROSOS

La vaguedad y la gradualidad de la expresión de algunos conceptos probatorios siembran la duda de que efectivamente la lógica formal bivalente sea

²⁰ GASCÓN, M., 2010, p. 199; FERRAJOLI, L., *Derecho y Razón*. 10.º edición, Madrid (Trotta), 2011, p. 152.

²¹ COHEN, J. L., «The role of evidential weight in criminal proof», *Boston University Law Review*, vol. 66, issue 4, 1986, p. 649.

²² GONZÁLEZ LAGIER, D., «Presunción de inocencia, verdad y objetividad», en García Amado, y Bonorino (coord.), *Prueba y razonamiento probatorio en el derecho*, Granada (Comares), 2014, p. 115.

²³ LAUDAN, L., 2013, p. 61., va más allá con la crítica: sostiene que el EdR es penosamente inadecuado, deliberadamente poco claro, totalmente subjetivo y abierta a un número de interpretaciones semejantes al número de jueces en funciones.

²⁴ SCHUM, D., 1994, p. 265.

adecuada y suficiente para colmar todos los espacios de la prueba, especialmente en el ámbito descriptivo. Tal vez sea necesario el empleo de algún tipo de lógica no formal—como ya lo he enunciado— que vaya más en línea de admitir diversos grados de fuerza probatoria de las inferencias o generalizaciones epistémicas. Véase ello a través de la paradoja del sorites²⁵.

La paradoja del sorites se compone de dos premisas:

Premisa 1: si tu comienzas con un billón de granos de arena, entonces tu tienes un montón de arena.

Premisa 2: si tu remueves un solo grano de arena, sigues teniendo un montón.

Si tu remueves un grano una y otra vez hasta que quede un solo grano, entonces por aplicación de la lógica tu sigues teniendo un montón. Pero no hay un montón de arena. Es decir, en conclusión, un montón es igual a un no montón. Y ello, por supuesto, se opone al principio de contradicción de la lógica.

Siguiendo el ejemplo expresado, en algún momento el «montón de arena» dejó de serlo, ¿había un límite fijo de granos de arena para dejar de ser un montón? No²⁶. Según Clermont, una forma de evitar la paradoja es admitiendo la posibilidad de existencia de una lógica multivalente²⁷. Piénsese lo similar que puede ser esta paradoja con el cuestionamiento acerca de la fuerza epistémica de la generalización y algunos conceptos probatorios, ¿cuándo un enunciado pasa de estar probado a no estarlo? ¿En qué momento un enunciado probatorio pasa de estar probado más allá de toda duda razonable a no estarlo?

En efecto, como señala Schum, en una amplia gama de disciplinas, las hipótesis son frecuentemente establecidas en términos difusos o borrosos²⁸.

1. Diversos grados de pertenencia en la lógica de enunciados difusos

Zadeh, quien se considera impulsor de la lógica de enunciados difusos, en concordancia con la paradoja del sorites, logra observar que hay cosas con diversos grados de pertenencia o membresía y que, por tanto, no responden al

²⁵ Véase, CLERMONT, K., «Conjunction of Evidence and Multivalent Logic», en Glenn, y Smith (eds.), *Law and the New Logics*, Cambridge (Cambridge University Press), 2017, pp. 40 ss., quien desarrolla in extenso dicha paradoja.

²⁶ *Ibid.*, p. 40.

²⁷ CLERMONT, K., «Death of Paradox: The Killer Logic Beneath the Standards of Proof», *Notre Dame Law Review*, vol. 88, *issue* 3, 2013, p. 1065; KLIR, G., y YUAN, B., *Fuzzy sets and fuzzy logic*, Upper Saddle River (Prentice Hall PTR), 1995, p. 217; CLERMONT, K., 2017, p. 40.

²⁸ SCHUM, D., 1994, p. 263.

principio del tercero excluido de la lógica formal²⁹. Según este autor, dentro del grupo de los animales podemos incluir al perro o gato, jirafa, etc. De la misma forma podemos excluir a un lápiz, un libro, un móvil, etc. pero cuando debemos categorizar a una bacteria o una estrella de mar, estos tienen un estatus ambiguo respecto del grupo animales. Esta misma clase de vaguedad surge cuando intentamos relacionar el número 10 con el grupo o clase de los números reales mayores que 1³⁰. Esto mismo que sucede con la estrella de mar o con el número 10 o con el grupo de personas bellas o el grupo de hombres altos no tiene un reflejo matemático. A partir de estas observaciones, Zadeh llama a estos grupos o clases indeterminados «fuzzy sets». Así, los conjuntos difusos son aquellos que tienen un continuo de grados de pertenencia³¹.

Ahora, estos conjuntos borrosos admiten ciertas operaciones como de unión, conjunción, intersección, implicación, igualdad, etc³². Por otro lado, la interacción entre conjuntos borrosos nos permite construir cierta información y tomar determinadas decisiones usando reglas específicas. Por ejemplo, si una persona es alta debe permanecer atrás respecto de las más pequeñas para no mermar su campo de visión. Si existen nubes negras en el horizonte, probablemente, lloverá y llegaré muy mojado a casa si no porto un paraguas. Como observa D'Agostini, en la lógica difusa, la estructura básica de la lógica clásica se puede preservar³³, de lo que se puede inferir que no obstante operar con conjuntos difusos igualmente se pueden seguir aplicando *–mutatis mutandi–* ciertos principios lógicos. Ello podría ser el eslabón que permita cierta compatibilidad de la utilización de la lógica difusa en el tratamiento de los enunciados probatorios con el enfoque de la probabilidad lógica. De otro lado, tampoco ha faltado quien ha visto una correspondencia entre la «textura abierta» de los conceptos planteada por Hart y la «borrosidad» afirmada por Zadeh³⁴.

Dicho esto, ¿por qué no explorar la posibilidad de aplicar las propiedades de los conjuntos difusos o borrosos a la vinculación de la fuerza probatoria de

²⁹ Véase, también, THORNE, J., «Mathematics, fuzzy negligence, and the logic of res ipsa loquitur», *Northwestern University Law Review*, vol. 75, issue 1, 1981, pp. 149 ss.

³⁰ ZADEH, L., «Fuzzy sets», *Information and control*, vol. 8, 1965, pp. 338-353.

³¹ ZADEH, L., «Fuzzy sets», vol. 8, 1965, p. 339.

³² THORNE, J., «Mathematics, fuzzy negligence, and the logic of res ipsa loquitur», vol. 75, 1981, p. 151.

³³ D'AGOSTINI, F., *I mondi comunque possibili. Logica per la filosofia e il ragionamento comune*, Torino (Bollati Boringhieri), 2012, p. 231, considera que «La fuzzy logic (fuzzy vuol dire dai contorni indistinti) si basa sull'assegnazione di valori di verità tra 0 e 1, idealmente in numero infinito. In pratica, possiamo limitarci a cinque valori, per esempio: 0, 0,25, 0,5, 0,75 e 1. Allora noteremo che la struttura di base della logica classica può essere conservata». En el mismo sentido, THORNE, J., «Mathematics, fuzzy negligence, and the logic of res ipsa loquitur», vol. 75, 1981, p.152.

³⁴ CHAVKIN, D., «Fuzzy thinking: borrowed paradigm for crisper lawyering», *Clinical Law Review*, vol. 4, issue 1, p. 172, afirma: «Hart's "open texture" thus corresponds to Zadeh's view of words as "fuzzy sets"».

los medios de prueba en relación con los enunciados fácticos como si estas fueran conjuntos indeterminados o *fuzzy sets*?

2. Propiedad de la unión y conjunción en los conjuntos borrosos y la prueba

Zadeh³⁵, considera que la operación de unión entre dos subconjuntos difusos se puede representar de la siguiente forma:

$$(A \cup B)_{(x)} = S(A_{(x)}, B_{(x)}) \text{ siendo } S \text{ una } t\text{-conorma}$$

O de una manera más simplificada,

$$(A \cup B)_{(x)} = \text{Max}(A_{(x)}, B_{(x)})$$

Es decir, en relación con cada enunciado fáctico y considerando cada generalización o inferencia que se trae a colación a partir de los datos disponibles, la unión del grado de fuerza de las diversas generalizaciones presentes determinará que el grado de apoyo inferencial esté representado por el máximo valor o fuerza, individualmente consideradas, de todas las que apoyen un determinado enunciado fáctico. A la propiedad de la unión de la lógica difusa, de una manera más simplificada, llamaremos regla MAX. En términos más simples, para probar un hecho solo basta un medio de prueba sólido, que haya pasado el test de credibilidad, cuya generalización o inferencia sea epistémicamente justificada.

Una vez determinado el valor inferencial de soporte de cada enunciado fáctico que componen una hipótesis fáctica, pasaremos a determinar el valor inferencial general de la hipótesis, sobre la base de la aplicación de la propiedad de la conjunción de la lógica difusa como sigue:

Dados dos subconjuntos borrosos A, B en un mismo universo X, la conjunción de «A y B» se define mediante la siguiente fórmula³⁶.

$$(A \cap B)_{(x)} = \text{Min}(A_{(x)}, B_{(x)})$$

³⁵ Véase, ZADEH, L., «Fuzzy sets», vol. 8, 1965, p. 338; KOSKO, B., *El pensamiento borroso*, Barcelona (Crítica), 1995, p. 145; ZIMMERMANN, H. «Fuzzy set theory», *Wiley Interdisciplinary Reviews: Computational statistic*, vol. 2, 2010, p. 317; KLIR, y YUAN, 1995, pp. 50 ss.

³⁶ KLIR, y YUAN, 1995, pp. 50 ss.

Es decir, esto significa que las propiedades de conjunción de los subconjuntos borrosos A y B, se determinan por el mínimo valor atribuible a cada uno de ellos por separado.

Esto significa que el valor inferencial final de la fuerza epistémica de la hipótesis será igual al mínimo valor fuerza epistémica que presente la prueba de cada enunciado (su generalización) según la aplicación atomizada de la propiedad de la unión antes descrita. A la propiedad de la conjunción de la lógica difusa llamaremos regla MIN. En términos más simples, la prueba de la hipótesis puede ser equivalente al valor probatorio más débil de sus elementos esenciales que la componen.

IV. FINALMENTE, LA PROPUESTA DE REGLA HEURÍSTICA

Los problemas de vaguedad e indeterminación de las formulaciones del EdR no son posibles de ser resueltos si se considera el estado actual de conocimiento. El EdR expresa una graduación y, por tanto, nunca se podrá prescindir por completo de la discrecionalidad o la vaguedad. Mas bien parece más sensato generar fórmulas aplicativas, considerando que quien las emplea es una persona, con un acervo psicológico a su haber. Exploraré en lo que sigue de este trabajo las bases de construcción de una regla heurísticas que ayude el juez a saber cuándo se ha satisfecho el EdR. Para evitar una subjetividad o arbitrariedad en ello, me basaré de ciertos criterios que aporta la lógica de enunciados difusos o lógica difusa, que parecen generar criterios racionales asumiendo la vaguedad o indeterminación del material de base.

La construcción de criterios o reglas heurísticas no es algo ajeno al derecho, ni tampoco al derecho probatorio. Por ejemplo, WIGMORE sugiere un test provisional, desde el punto de vista de la valoración de las inferencias, para apreciar el nivel de probabilidad aportado por cierto hecho probatorio:

«Does the evidentiary fact point to the desired conclusion (not as the only rational inference but) as the inference (or explanation) most plausible or most natural out of the various ones that are conceivable?»³⁷.

De otro lado, Allen señalaba en un trabajo del año 1986, por ejemplo, que los enfoques Bayesianos de la probabilidad matemática pueden usarse mejor heurísticamente como guías para el pensamiento racional más que como específicos modelos o planos («*specific blueprints*») para la toma de decisiones

³⁷ TWINING, W., *Theories of evidence*, London (Weidenfeld & Nicolson), 1985, p. 128.

forenses³⁸, de igual forma que los jurados se basan principalmente en prueba probabilística³⁹. En el caso de la aplicación del EdR, por sus problemas de ambigüedad y precisión⁴⁰, es que en los sistemas de enjuiciamiento del *common law* ha existido una cierta desconfianza o reticencia a que los jueces elaboren instrucciones para los jurados especificando lo que se entiende por duda razonable; ya sea porque no se entiende formar parte de la cláusula de debido proceso, ya sea porque no es necesario al poder transmitirse la cuestión a los jurados cuando entienden las instrucciones como un todo⁴¹. En este sentido, ha sido preferible que la cláusula hable por sí sola⁴², sin comentarios⁴³, porque las instrucciones resultan altamente ineficaces⁴⁴, pueden acrecentar ciertos sesgos⁴⁵ y tienen el potencial de confundir a los jurados⁴⁶. La razón de ello, además de la falta de precisión y de consenso académico en los términos aplicativos del concepto⁴⁷, se basa en el peligro de condicionar la decisión del jurado a través de la explicación de los alcances del EdR en un determinado caso, y generar institucionalmente un vehículo en contra de la igualdad de los ciudadanos al permitir diversas significaciones del estándar entre cortes diferentes.

En efecto, en el Reino Unido, especialmente luego del 2017, en relación con la determinación del EdR por parte de los jurados con las mismas proble-

³⁸ ALLEN, R., «Reconceptualization of civil trials», vol. 63, 1986, p. 402; También, LEMPert, R. O., «Social science in court: On eyewitness experts and other issues», *Law and Human Behavior*, vol. 10, núms. 1-2, p. 442; CALLEN, C., «Notes on grand illusion: Some limits on the use of bayesian theory in evidence law», *Indiana Law Journal*, vol. 57, issue 1, 1982, p. 44.

³⁹ ALLEN, R., «Reconceptualization of civil trials», vol. 63, 1986, p. 402.

⁴⁰ GARDNER, TH., y ANDERSON, T., *Criminal Evidence: Principles and Cases*, 9.º Edition, Boston (Cengage Learning), 2016, p. 79., las instrucciones dadas por los jueces a los jurados respecto de qué se debe entender como condena más allá de toda duda razonable puede variar de estado en estado, incluso entre diversas cortes de un mismo estado. Véase, también, MULRINE, TH., «Reasonable Doubt: How in the World Is It Defined?», *American University International Law Review*, vol. 12, issue 1, 1997, pp. 198 ss.

⁴¹ GARDNER, y ANDERSON, 2016, p. 79.

⁴² Véase la decisión, «United State v. Glass», 846 F.2d 386 (1988): «“Reasonable doubt” must speak for itself. Jurors know what is “reasonable” and are quite familiar with the meaning of “doubt”». También, cómo retrata la situación de los Estados Unidos, LAUDAN, L., 2013, pp. 63 ss.

⁴³ ANDERSON, J., *Uniform Evidence Law*, Sydney (The Federation Press), 2016, pp. 65 ss.; MULRINE, TH., «Reasonable Doubt: How in the World Is It Defined?», vol. 12, 1997, pp. 210 ss.

⁴⁴ En este sentido, por ejemplo, TARUFFO, M., «Tres observaciones sobre “Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar” de Larry Laudan», núm. 28, 2005, p. 120, señala que aunque el juez elaborase una formulación impecable del estándar de la duda razonable, igualmente de podría dudar de la capacidad de los jurados de entender correctamente su significado.

⁴⁵ HOROWITZ, I., y KIRKPATRICK, L., «A Concept in Search of a Definition: The Effects of Reasonable Doubt Instructions on Certainty of Guilt Standards and Jury Verdicts», *Law and Human Behavior*, vol. 20, issue 6, 1996, p. 669.

⁴⁶ KEANE, A., y MCKEOWN, P., *The modern Law of Evidence*, 12 th. Edition, Oxford (Oxford University Press), 2018, p. 111; WALTON, D., 2014, p. 57.

⁴⁷ LAUDAN, L., 2013, p. 62.

máticas anteriores⁴⁸, se ha empleado algo muy similar a lo que podríamos denominar regla o criterio heurístico⁴⁹. En el documento «The Crown Court Compendium» (2019), –que tiene por objeto proporcionar directrices para dirigir al jurado en los procedimientos judiciales seguidos ante The Crown Court–, se señala que si un abogado utiliza la frase «más allá de toda duda razonable» se debe indicar al jurado que esto significa lo mismo que «estar seguro»⁵⁰. Se considera, basado en jurisprudencia, que es insensato («unwise») elaborar una formulación del EdR y además, se provee de un ejemplo a seguir acerca de cómo los jurados deben ser dirigidos:

«If reference has been made to beyond reasonable doubt by any advocate, the following may be added: You have heard reference to the phrase ‘beyond reasonable doubt’. This means the same as *being sure*»⁵¹.

Igual camino se ha seguido en la propuesta de instrucciones de jurado del Federal Judicial Center que han sido, a su vez, referenciadas en un voto concurrente (Justice Ginsburg) en el caso in *Victor v. Nebraska*⁵². En efecto, el citado documento dispone:

«Proof beyond a reasonable doubt is proof that leaves you *firmly convinced* of the defendant’s guilt. There are very few things in this world that we know with absolute certainty, and in criminal cases the law does not require proof that overcomes every possible doubt. If, based on your consideration of the evidence, you are firmly convinced that the defendant is guilty of the crime charged, you must find him guilty. If on the other hand, you think there is a real possibility that he is not guilty, you must give him the benefit of the doubt and find him not guilty»⁵³.

Estudios posteriores, en el ámbito de la psicología, han mostrado la claridad de la comprensión de este criterio por parte de los jurados frente a otros conceptos que han intentado lo mismo⁵⁴.

El caso inglés muestra que, frente a la necesidad de seguir operando con un estándar de prueba con múltiples problemas de precisión y concreción, se hace

⁴⁸ Sobre la dificultad de aplicación, véase, EDGE, R.; GRIFFITHS, J.; MCKEOWN, P.; MCPEAKE, R., y MILLS, A., *Evidence*. 19 th. Edition. Oxford (Oxford University Press), 2018, p. 166.

⁴⁹ Para ver críticas al empleo del estándar «sure» véase, KEANE, A., y MCKEOWN, P., 2018, p. 111.

⁵⁰ Judicial College, *The Crown Court Compendium*, part. I, 2019, Pt. 5.1. Véase, también, LAUDAN, L., 2013, p. 63.

⁵¹ Judicial College, *The Crown Court Compendium*, part. I, 2019, Pt. 5.1.

⁵² *VICTOR, V.*, Nebraska, 511, US, 1 (1994).

⁵³ Federal Judicial Center (1987): 28. Otras formulaciones del estándar de la duda razonable en la jurisprudencia norteamericana pueden consultarse en LEE, Y., «Reasonable doubt and disagreement», *Legal Theory*, vol. 24, *issue*, 4, 2017, pp. 30 ss.

⁵⁴ HOROWITZ, I., y KIRKPATRICK, L., «A Concept in Search of a Definition: The Effects of Reasonable Doubt Instructions on Certainty of Guilt Standards and Jury Verdicts», vol. 20, 1996, p. 669.

necesaria una fórmula de entendimiento que permita seguir empleando dicho estándar, especialmente por parte de los jurados. Este contexto, *mutatis mutandi* replicable a los enjuiciamientos penales del *civil law*, es un excelente escenario normativo para que un criterio o regla heurística pueda prestar utilidad frente a las opiniones diversas respecto de cuestiones debatidas, en donde sea muy difícil o complejo modificar o cambiar «lo discutido» (el EdR) por su asentamiento en la cultura jurídica, en cuanto elemento constitutivo o estrechamente vinculado con la presunción de inocencia del acusado⁵⁵, como garantía reconocida internacionalmente. En efecto, en el ámbito de *common law*, el estándar de la duda razonable ha ocupado un rol central en el sistema angloamericano de justicia penal desde fines del siglo XVIII⁵⁶ y, pese a sus críticas, las voces abolicionistas no han tenido mayor éxito, entre otras razones, porque sigue graficando bien la mayor exigencia probatoria de los juicios penales en comparación con los juicios civiles. Con todas sus fortalezas y defectos, el estándar de la duda razonable ha sido recepcionado⁵⁷ —expresamente— en buena parte de los procedimientos penales iberoamericanos reformados desde fines de los años 1990 en la región⁵⁸. También lo ha sido en otros procesos penales europeos (Italia)⁵⁹ o supranacionales⁶⁰ e, implícitamente, a nivel doctrinario, de manera más amplia a través de la interpretación de la presunción de inocencia⁶¹ o del *in dubio pro reo*⁶². De esta forma,

⁵⁵ ROGERS, G., «The Chaos of Reasonable Doubt», *Trinity College Law Review*, vol. 17, 2014, p. 197.

⁵⁶ SHAPIRO, B., «Beyond Reasonable Doubt: The Neglected Eighteenth-Century Context», *Law and Humanities*, vol. 8, issue 1, 2014, p. 19; LEE, Y., «Reasonable doubt and disagreement», vol. 24, 2017, p. 1; MULRINE, T., «Reasonable Doubt: How in the World Is It Defined?», vol. 12, 1997, p. 199. Sin perjuicio de lo afirmado, el autor señala que su origen preciso es incierto.

⁵⁷ Sobre la confluencia de las culturas jurídicas del *common law* y del *civil law* en la materia, véase, ARMENTA, T., *Sistema procesales penal. La justicia penal en Europa y América*, Madrid; Barcelona y Buenos Aires (Marcial Pons), 2012, pp. 19 ss.

⁵⁸ Así, por ejemplo, el artículo 340 del Código Procesal Penal de Chile, el artículo 381 del Código de Procedimiento Penal de Colombia (2004), el artículo 371 ter del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires (1996), el artículo 5.3 del Código Orgánico Integral de Ecuador (2014).

⁵⁹ El artículo 533.1 del Codice di procedura penales dispone: «Il giudice pronuncia sentenza di condanna se l'imputato risulta colpevole del reato contestatogli al di là di ogni ragionevole dubbio. Con la sentenza il giudice applica la pena e le eventuali misure di sicurezza» (La negrita es mía). Más antecedentes véase en CARPONI, D., *Al di là del ragionevole dubbio e oltre*, Milano (Giuffrè Editore), 2008, pp. 36 ss; CORDERO, F., 2006, p. 1001; ARMENTA, 2012, pp. 170 ss.

⁶⁰ El artículo 66.3 del Estatuto de la Corte Penal Internacional dispone: «Para dictar sentencia condenatoria, la Corte deberá estar convencida de la culpabilidad del acusado más allá de toda *duda razonable*».

⁶¹ Por ejemplo, HO, H. L., «the presumption of innocence as a human right», en *Criminal evidence and human rights*, Roberts, P., y Hunter, J. (ed.), Oxford y Portland (Hart Publishing), 2012, pp. 260 ss., reconoce en el ámbito del *common law* que la presunción de inocencia, en uno de sus sentidos, puede describe los términos del estándar de prueba penal. En un sentido similar, IGARTÚA, J., *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*, Valencia (Tirant lo Blanch), p. 66.

⁶² Véase, por ejemplo, MULRINE, T., «Reasonable Doubt: How in the World Is It Defined?», vol. 12, 1997, pp. 219 ss., que hace un análisis de Alemania, Italia y Suiza al respecto. Respecto de España véase, NIEVA, J., «Tema 22. La sentencia penal: presunción de inocencia, motivación, congruencia y cosa juzgada», en *Nociones preliminares de Derecho procesal penal*, Nieva, J., y Bujosa, Ll. (dirs.), 2016, Barce-

resulta altamente conveniente destinar los esfuerzos a generar vías de aplicación del EdR. De otro lado, a mi parecer, el carácter heurístico de la significación del EdR está estrechamente emparentado con la aplicación que se ha hecho del mismo en los países del *common law*.

La experiencia en el ámbito anglosajón muestra que quizá es mejor abandonar la búsqueda de una definición del EdR correcta y consistente en favor de la generación de insumos que permitan una comprensión de su esencialidad y su aplicación, asumiendo que ello se intenta respecto de una noción con serios problemas de vaguedad, pero que quiere reflejar esencialmente una elevada exigencia de calidad epistémica de la decisión probatoria conforme a ella. De otro lado, no son del todo replicable las formulaciones heurísticas dadas en el *common law*, entre otras razones, porque parecen apoyarse en una subjetividad propia de la decisión de los hechos por parte de los jurados. En este sentido, no pareciere ser importante cómo se arriba a una decisión correcta, sino más bien que se alcance la misma, constituyendo los criterios heurísticos verdaderos instrumentos pedagógicos para arribar a la decisión adecuada. En lo que refiere a la mayoría de los enjuiciamientos penales circunscritos la tradición románica continental, la decisión de los hechos debe motivarse, por lo que no es válido cualquier método de arribar a la decisión correcta. En este sentido, reconociendo los problemas de vaguedad del EdR en nuestra tradición y la utilidad para ella de las reglas o criterios heurísticos, la motivación exige que la formulación que se sugiera al respecto integre elementos que puedan servir para dar una justificación epistemológica de la decisión sobre los hechos, de forma de acercar en la mayor medida posible dicha formulación a los cánones de racionalidad. Y mi propuesta aspira a ello a través de la integración en la formulación heurística de los elementos ya mencionados.

Siguiendo a Clermont, la utilización de la lógica difusa en ámbitos probatorios podría tener un buen rendimiento para dar cabida a la verdad parcial. En efecto, la regla MIN es la forma matemática sólida de unir verdades parciales y, por tanto, un reconocimiento implícito de que la ley adhiere al enfoque de la prueba de elemento por elemento de la hipótesis («*element-by-element approach*»)⁶³. Para mí, este es un buen punto de inicio para dar una traducción lógica a la gradualidad de ciertos enunciados probatorios. Sin embargo, la

lona (Atelier), p. 181; ARMENTA, T., *Lecciones de derecho procesal penal*. 7.º edición., Madrid; Barcelona; Buenos Aires y Sao Paulo (Marcial Pons), 2013, p. 242. En relación con Alemania, véase, ROXIN, C., y SCHÜNEMANN, B., *Derecho procesal penal*, Buenos Aires (Ediciones Didot), 2019, p. 572; PETERS, K., *Strafprozess*. 4.º Auflage, Heilderberg, (C. F. Müller Juristischer Verlag), 1985, pp. 287 ss.; ROXIN, C., *Derecho procesal penal*, Buenos Aires (Ediciones del Puerto), 2000, pp. 97 ss.

⁶³ CLERMONT, K., 2017, p. 66.

posición de Clermont al respecto debe adecuarse a ciertos mínimos asumidos por la teoría racionalista de la prueba, basados en ciertos conceptos de la epistemología y en el entendimiento de ciertos términos probatorios contenidos en las leyes. Así, la tesis de Clermont por lo bajo debe lograr integrar la relación holismo/atomismo que se da en materia probatoria como, asimismo, la mayor exigencia probatoria que refleja el EdR frente a otros estándares de prueba (prevalencia de la evidencia en sede civil, por ejemplo). En relación con lo primero, hay que distinguir entre el conjunto de generalizaciones referido a cada uno de los elementos esenciales del tipo penal, y el conjunto de generalizaciones de todos los elementos esenciales del tipo penal. A la vinculación de los diversos grados de fuerza de las generalizaciones referidas a un solo elemento del tipo debiésemos aplicar la regla MAX. Entre otras razones, porque ello se aviene con la tesis de la probabilidad lógica de que importa que un enunciado fáctico esté demostrado para considerarse probado, con independencia si ello se consigue con uno o varios medios de prueba. A su vez, determinado el valor representativo de cada elemento esencial del tipo, la vinculación de ellos considerándolos como un conjunto difuso debiera venir de la mano de la aplicación de la regla MIN, pues ello refleja propiamente la operación de conjunción y, además, a mi entender, muestra la mayor exigencia del EdR frente a otros estándares de prueba. A este respecto, planteo la mantención de la regla MIN para el ámbito penal (EdR) debiendo buscarse otra opción para el ámbito civil –por ejemplo– de forma que se refleje en dicha sede una menor exigencia probatoria.

Todo lo anterior me lleva a sostener, en el marco de la exigencia del EdR y de la probabilidad lógica, que la regla MAX se mantenga para cada enunciado fáctico en particular y que la regla MIN se aplique a la hipótesis en conjunto (vinculación a los diversos enunciados del *probandum penúltima*) como expresión de la mayor exigencia probatoria contenida en el EdR. Si se asume lo anterior, una posible formulación de una regla heurística podría situarse en su esencialidad en la forma de hacer interactuar la prueba de los diversos enunciados que permiten apreciar como concurrentes los elementos del tipo penal que podríamos denominar como esenciales. Así, lo anteriormente desarrollado puede ser resumido en la aplicación de una regla o criterio heurístico que el juez puede aplicar de acuerdo con la siguiente formulación:

«Si la prueba de la hipótesis inculpatória fuere igual al menor valor de la fuerza epistémica de la prueba de los enunciados fácticos individualmente necesarios para acreditar el tipo penal, ¿podríamos considerar satisfecho el estándar de la duda razonable en este caso?»

O, en otros términos:

«Si el grado de corroboración de la hipótesis inculpatória fuera igual a la prueba más débil de los enunciados fácticos que son necesarios dar por acreditado en el caso, ¿ud, entendería satisfecho el estándar de la duda razonable?»

Una posible ventaja, además de los elementos enunciados anteriormente, es que esta regla o criterio, como mecanismo de control, no se basa en lo que desde el punto de vista de la probabilidad lógica de Cohen podríamos considerar «demostrado» (aspectos más fuertes de la prueba) sino, por el contrario, en lo que la prueba indica como mínimamente demostrado (aspecto débil de la prueba). Es decir, el grado de confirmación no se juzga desde la fortaleza de la prueba, sino desde su debilidad. Ello, por lo demás, puede presentar una gran utilidad de cara a la aplicación de la presunción de inocencia como regla de juicio.

Ahora, finalmente, esta regla heurística no pretende ser un reemplazo o una opción de las diversas formulaciones del EdR desde la perspectiva de la probabilidad lógica, sino simplemente otro camino de exploración. En efecto, solo se ha querido formular una regla que permita la aplicación del EdR asumiendo sus falencias de precisión e, integrando en ella, por más que se trate de una regla heurística, elementos de racionalidad probatoria. Esta situación difiere de lo que acaece en el ámbito anglosajón, cuyas formulaciones heurísticas del EdR se concentran principalmente en la aplicación que haga del estándar un jurado lego, con escasa preocupación de la integración en ella de criterios de racionalidad probatoria que sean expresados y volcados en la motivación. La regla heurística así explorada, basada en asunciones de la probabilidad lógica y de la lógica de enunciados difusos, puede ser vista como una formulación con mayores elementos «racionales»⁶⁴ que los intentos heurísticos basados en la mera experiencia práctica en juicios. Este es una primera aproximación a este camino, que sin duda merece un mayor desarrollo y la recepción de críticas, más allá de lo posible de ser expresado en este espacio.

Por último, la simplificación de una fórmula aplicativa del EdR, que centre en ella los elementos esenciales referidos, además se aviene con lo señalado por la psicología cognitiva que aconseja la utilización de formulaciones breves y simples en la toma de decisiones, para evitar con ello los resultados sesgados

⁶⁴ Por ejemplo, para CLERMONT, K., «Staying faithful to the standards of proof», vol. 104, 2019, p. 1490, la función de la conjunción de la lógica difusa aplicada a la prueba («the MIN rule») puede derivarse de la prueba formal («formal proof»), pero también puede ser intuitiva.

por la aplicación del «efecto de dilución» («The dilution effect»). Este sesgo cognitivo se presenta cuando, en un contexto de información o datos complejos, se articula información relevante con una que no lo es. De esta forma, se corre el riesgo de que la información irrelevante termine por diluir la fuerza de la información relevante⁶⁵. En este sentido, formulaciones muy complejas del EdR, con variados elementos para tener en cuenta, pueden favorecer el efecto de dilución respecto de los elementos que pudieran llegar a ser esenciales en la formulación. La aplicación de la regla MIN de la lógica difusa para juzgar la concurrencia general de la hipótesis inculpatória puede hacer el complejo proceso de la prueba de los hechos en materia penal mucho más simple y entendible⁶⁶.

⁶⁵ BEECHER-MONAS, E., *Evaluating Scientific Evidence*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007, pp. 23 ss.

⁶⁶ CLERMONT K., 2017, p. 56.

El libro que tiene el lector entre manos pretende rendir sentido tributo a la persona y la obra de Mirentxu Corcoy Bidasolo. El título elegido, *Un modelo integral de Derecho penal*, refleja el modo en que la profesora Corcoy ha concebido esta disciplina a lo largo de su dilatada y brillante carrera académica. Lejos de contemplarla como una mera yuxtaposición de elementos inconexos, el suyo constituye un modelo integrador de diversas disciplinas estrechamente interconectadas. Así, con apoyo en una comprensión de los principios político-criminales como fundamento y límite de la intervención penal, la profesora Corcoy parte de un profundo dominio de las Teorías del delito y de la pena como presupuesto irrenunciable para un riguroso abordaje de la Parte Especial, que de forma habitual habrá de incorporar, además, el conocimiento extrapenal. En cuanto a la relación entre el Derecho penal sustantivo y el Derecho procesal penal, nuestra querida homenajeadada se opone abiertamente a la tradicional separación entre ambas disciplinas, para defender firmemente la correspondencia de las distintas categorías del delito con las funciones que el proceso penal despliega —siempre con plena salvaguarda de las garantías que le son propias— en cada una de las fases que lo componen. Estos cuatro ejes temáticos (“Cuestiones de Política criminal”, “Teoría del delito y de la pena”, “Consideraciones de Parte Especial” y “Garantías y Proceso”) son los pilares en los que se asienta la estructura de la presente obra. Como es obvio, dicho edificio nunca habría podido ser alzado sin la generosa aportación de los 122 académicos que, con sus magníficas contribuciones, nos han honrado con su participación en el proyecto».

Mirentxu Corcoy Bidasolo



Mirentxu Corcoy Bidasolo obtuvo en 1982 la licenciatura en Derecho por la Universidad de Barcelona, para doctorarse en esta misma Universidad el 30 de junio de 1988 con su exitosa tesis sobre el delito imprudente. Un año después lograba estabilizarse definitivamente en la Universidad de Barcelona ganando el concurso-oposición a una plaza de Profesora Titular de Universidad. En 1998 consiguió la plaza de Catedrática de Derecho penal en la Universidad Pública de Navarra, convirtiéndose entonces en una de las primeras mujeres españolas en alcanzar dicha categoría académica en el ámbito del Derecho penal. En 2002 regresó a la que siempre fue su casa: primero, nuevamente como Profesora Titular; y un quinquenio después, en 2007, ya como Catedrática de Derecho penal. Su vocación docente, unida a su carácter extrovertido y alegre, y a una naturalidad comunicativa en la exposición de contenidos al alcance de muy pocas personas, la han convertido en una muy querida profesora entre sus estudiantes de licenciatura, grado y postgrado».