

Revista

# Foro FICP

(Tribuna y Boletín de la FICP)

2019-2

(ISSN: 2340-2210)

## Consejo de Redacción

**Director:** Prof. Dr. Dr. h. c. mult. D. Diego-Manuel Luzón Peña  
Presidente de honor de la FICP. Catedrático de Derecho penal.  
Universidad de Alcalá, Madrid. España.

**Coordinadora General:** Prof. Dra. D.ª Carmen Pérez-Sauquillo Muñoz.  
Secretaría del Patronato de la FICP. Socia y coordinadora.  
Profesora Ayudante Doctora. Univ. de Alcalá, Madrid. España.

### Coordinación general:

Prof. Dr. Dr. h. c. D. Javier de Vicente Remesal.  
Presidente de la FICP. Catedrático de Derecho penal. Universidad de Vigo. España  
Prof. Dr. Dres. h. c. D. Miguel Díaz y García Conlledo.  
Patrono fundador de la FICP. Catedrático de Derecho Penal. Universidad de León. España.  
Prof. Dr. D. José Manuel Paredes Castañón.  
Patrono fundador de la FICP. Catedrático de Derecho penal. Universidad de Oviedo. España.  
Prof. Dra. D.ª Raquel Roso Cañadillas.  
Patrona de la FICP. Prof. Titular de Derecho penal. Universidad de Alcalá, Madrid. España.  
Prof. Dr. D. José-Zamyr Vega Gutiérrez.  
Socio de la FICP. Investigador contratado y Prof. Ayudante Doctor.  
Univ. de Alcalá, Madrid. España.

### Coordinación técnica:

Prof. D. Enrique F. Luzón Campos.  
Secretario de la FICP. Abogado. Máster en Derecho. Prof. de Derecho Penal en Master de Acceso a la Abogacía, Univ. Autónoma de Madrid. España.  
Prof. D.ª Lina M.ª Cardona Cardona.  
Maestría en Derecho Penal por Univ. Eafit, Medellín, Colombia. Socia de la FICP. Investigadora contratada predoctoral FPI. Univ. de Alcalá, Madrid. España.

**Edición:** Fundación Internacional de Ciencias Penales. Madrid (España). [www.ficp.es](http://www.ficp.es)

*La Fundación Internacional de Ciencias Penales (FICP), que ya creó en 2012 su revista Libertas concebida como revista penal de alto nivel científico y abierta a acoger artículos tanto de miembros de la fundación como externos a ella siempre que cumplan el indicado requisito, ha puesto en marcha en 2013 su revista interna, **Foro FICP (Tribuna y Boletín de la FICP)**, dedicada a la participación de sus miembros, los socios y los patronos, así como de los integrantes del Consejo Científico de Redacción de Libertas, y también con carácter de boletín periódico.*

*Con el número 2013-0 se ha puesto en funcionamiento Foro FICP como Tribuna/Boletín de la FICP, estando previsto que aparezcan varios números anuales, dependiendo de las posibilidades organizativas y del número de colaboraciones que nos vayan llegando de los socios.*

*La revista Foro FICP está abierta permanentemente a los miembros de la FICP, muy especialmente a los socios, para acoger por una parte y fundamentalmente todas sus colaboraciones sobre temas penales, de opinión o debate o de artículos y estudios, con independencia de su extensión y de que tengan o no notas y bibliografía, y por otra parte, las noticias que los socios y demás miembros quieran aportar en relación con actividades vinculadas al objeto de las ciencias penales.*

*Quedan por tanto **invitados a participar** desde el número 2013-1 y siguientes **en Foro FICP todos los patronos y socios de la FICP**, o miembros del Consejo internacional científico y de redacción de Libertas, que lo deseen, enviando al correo electrónico [contacto@ficp.es](mailto:contacto@ficp.es) **estudios o artículos, trabajos cortos de opinión, reflexión o debate y noticias.***

*Se publicarán los originales **tanto en español como en portugués e italiano.***

*Foro FICP es una revista **abierta al acceso libre** por cualquiera que visite la web [www.ficp.es](http://www.ficp.es).*

## SUMARIO

<b>I.</b>	<b>TRIBUNA (para los miembros de la FICP)</b> .....	<b>8</b>
<b>1.</b>	<b>Semblanzas y homenajes</b> .....	<b>8</b>
	<i>Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Diego-M. Luzón Peña</i> .....	8
	Prólogo a la obra Derecho Penal y Estado social y democrático de Derecho: Libro Homenaje a Santiago MIR por su Doctorado honoris causa en la Univ. de Alcalá en 2008 (dir.: LUZÓN PEÑA), Las Rozas (Madrid), La Ley/Wolters Kluwer, 2010	
	<i>Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Diego-M. Luzón Peña</i> .....	11
	<i>Laudatio</i> en el acto de investidura del Doctorado <i>honoris causa</i> otorgado por la Univ. de Alcalá al Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Santiago MIR	
	<i>Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Jesús María Silva Sánchez</i> .....	17
	<i>Laudatio</i> a Santiago MIR PUIG	
	<i>Prof. Dr. Oriol Mir Puigpelat</i> .....	18
	Santiago MIR PUIG: vida de un penalista	
	<i>Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Diego-M. Luzón Peña</i> .....	29
	Dedicatoria a Santiago MIR PUIG	
	<i>Prof. Dr. Jürgen Wolter / Prof. Dr. Wilfried Küper</i> .....	31
	Santiago MIR PUIG como arquitecto de la amistad científica hispano-alemana	
	<i>Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Ricardo Robles Planas</i> .....	39
	Santiago MIR PUIG como gran penalista europeo	
	<i>Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Luis Arroyo Zapatero</i> .....	42
	<i>Laudatio</i> a Francisco MUÑOZ CONDE para el Doctorado <i>honoris causa</i> por la Universidad de Castilla-La Mancha el 12 de enero de 2011	
	<i>Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Ignacio Berdugo Gómez de la Torre</i> .....	48
	<i>Laudatio</i> a Francisco MUÑOZ CONDE con motivo de su investidura como Doctor <i>honoris causa</i> por la Univ. de Salamanca con fecha de 17 de enero de 2014	
	<i>Prof. Dr. Luigi Foffani</i> .....	52
	<i>Laudatio</i> a Francisco MUÑOZ CONDE con motivo de la concesión del Premio Internacional Silvia Andano en la Univ. La Sapienza de Roma el 25 de junio de 2018	
	<i>Prof. Dr. Pablo Sánchez-Ostiz Gutiérrez</i> .....	59
	<i>Es geht um die Probleme selbst</i> - En recuerdo del profesor Joachim HRUSCHKA (1935-2017)	
<b>2.</b>	<b>Estudios</b> .....	<b>63</b>
	<i>Prof. Dr. Admaldo Cesário dos Santos</i> .....	63
	A culpa funcional de CURADO NEVES: a responsabilidade como decorrência (?) da liberdade: sua tese perante Arthur KAUFMANN (culpa moral)/SILVA DIAS (dasein socializado)/Fernanda PALMA (ação alternativa)	
	<i>Prof. M.ª del Carmen Buendía Rubio</i> .....	73
	Investigación criminal, Medicina Legal y Policía Científica	
	<i>M.ª Mercedes Fernández Saldaña</i> .....	83
	El delito de <i>stalking</i> del artículo 172 ter del Código Penal	
	<i>Mónica Fernández Salgado</i> .....	99
	Discapacidad y tratamiento penitenciario	

<i>María Teresa Franco Serrano</i> .....	111
El delito de abusos sexuales. El consentimiento en menores de dieciséis años	
<i>María Teresa Franco Serrano</i> .....	123
La victimología: delito de violencia de género, la mujer como víctima	
<i>Sacramento Ruiz Bosch</i> .....	135
Análisis del tipo previsto en el artículo 176 del Código Penal	
<b>Comunicaciones presentadas al XXII Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Univ. de Alcalá, sobre “Derecho penal general y de la empresa” (16-17/05/2019)</b> .....	<b>148</b>
<i>Carmen Alcayde Blanes</i> .....	148
Los registros personales externos sobre las personas privadas de libertad	
<i>Alfonso Allué Fuentes</i> .....	161
El delito de quebrantamiento del artículo 468.2 del Código Penal: análisis del tipo y polémica en torno a la punición del quebrantamiento consentido	
<i>M.ª Ángeles Alonso Benito</i> .....	174
Violencia del menor ante acoso, ciberacoso, child grooming, sexting	
<i>José María Bernabéu Vergara</i> .....	191
La orden europea de protección, análisis de la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 2011/99/UE y su eficacia en el ámbito de la violencia de género	
<i>M.ª Jesús Berzosa Ríos</i> .....	201
Suspensión extraordinaria del artículo 80.4 del Código Penal	
<i>Prof. M.ª del Carmen Buendía Rubio</i> .....	215
Liquidación de condena	
<i>M.ª Guadalupe Domínguez Dueñas</i> .....	224
El daño moral como responsabilidad civil derivada del delito	
<i>Prof. Dr. Daniel Fernández Bermejo</i> .....	238
Sobre la ciberdelincuencia y la protección de algunos derechos fundamentales relacionados con las tecnologías de la información	
<i>M.ª Mercedes Fernández Saldaña</i> .....	253
El delito de odio, la libertad de expresión y las redes sociales	
<i>Mónica Fernández Salgado</i> .....	265
Consentimiento de la víctima en el quebrantamiento de la pena o medida cautelar en delitos de violencia de género	
<i>Ana Isabel Flores García</i> .....	277
Hacia un Derecho penal europeo del medio ambiente	
<i>Amalia Fuster Bernad</i> .....	287
La prueba científica en el proceso penal español, el test de la verdad	
<i>Ildelfonso Manuel Gómez Padilla</i> .....	303
Libertad vigilada. Diferencias con libertad condicional y finalidad político criminal de ambas figuras	
<i>Rocío Gutiérrez Gallardo</i> .....	327
La imputación objetiva. Evolución doctrinal	
<i>Pino Esther Hormiga Franco</i> .....	337
Dispensa del artículo 416 de la LECrim y sus peculiaridades. Personas especialmente protegidas	

<i>M.ª José Leonís Sánchez</i> .....	349
Prisión preventiva y responsabilidad patrimonial de la administración	
<i>Diego Martín Fernández</i> .....	362
De las atenuantes aplicables a la responsabilidad penal de la persona jurídica	
<i>Patricia Medina Pérez</i> .....	372
Programas de tratamiento. De la reincidencia a la reinserción e integración en sociedad	
<i>Dra. María Jesús Muñoz Company</i> .....	380
La comisión por omisión en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores de edad. Análisis jurisprudencial	
<i>Albano Padrón González</i> .....	395
La responsabilidad civil derivada de los delitos contra la libertad sexual	
<i>Luis Pérez Losa</i> .....	405
La renuncia de la acción civil derivada del delito	
<i>Crescencia del Pozo Prieto</i> .....	414
La dispensa de la obligación de declarar prevista en el artículo 416 LECrim en materia de violencia de género	
<i>M.ª Adoración Ruiz Rodríguez</i> .....	424
La prueba en los delitos de violencia de género y doméstica	
<i>Joana Ruiz Sierra</i> .....	438
Víctima menor de edad y víctima capaz	
<i>Inmaculada Serrano Pérez</i> .....	451
Las medidas cautelares en el proceso penal	
<i>Julia Serrano Trigueros</i> .....	462
La medida de seguridad de libertad vigilada	
<i>Montserrat Valderrama Romero</i> .....	474
Líneas generales sobre la concesión de los permisos ordinarios penitenciarios. Referencia al requisito de ausencia de mala conducta desde los parámetros apuntados por el Tribunal Supremo en su sentencia en unificación de doctrina de 08/03/2019. Criterios ofrecidos por las audiencias provinciales	
<i>Silvia Vivó Cabo</i> .....	482
Juicios de delitos leves. Penología de los delitos leves	
<b>II. LEGISLACIÓN Y PROYECTOS DE LEY</b> .....	<b>493</b>
<b>1. España</b> .....	<b>493</b>
Ley Orgánica 1/2019, de 20 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, para transponer Directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero y de terrorismo, y abordar cuestiones de índole internacional .....	493
Ley Orgánica 2/2019, de 1 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de imprudencia en la conducción de vehículos a motor o ciclomotor y sanción del abandono del lugar del accidente .....	512
<b>2. Colombia</b> .....	<b>518</b>
Ley 1959, de 20 de junio de 2019, por medio de la cual se modifican y adicionan artículos de la Ley 599 de 2000 y la Ley 906 de 2004 en relación con el delito de violencia intrafamiliar .....	518
<b>III. NOTICIAS DE LA FICP</b> .....	<b>523</b>
<b>1. Congresos, seminarios y cursos</b> .....	<b>523</b>

(i)	XXII Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Univ. de Alcalá, 2019 .....	523
(ii)	XX Seminario Internacional de Filosofía del Derecho y Derecho Penal, Univ. de León, 2019 .....	526
(iii)	Seminarios de Docencia e Investigación DP-ULE.....	529
(iv)	V Jornadas sobre Metodología y Política Criminal en el Sistema Penal, Univ. de Oviedo .....	530
<b>2.</b>	<b>Publicaciones de la FICP.....</b>	<b>530</b>
(i)	Libro-Homenaje a Claus Roxin.....	530
(ii)	<i>Liber-Amicorum</i> a Jürgen Wolter.....	531
(iii)	Actas de Congresos y Seminarios con ISSN.....	532
<b>IV.</b>	<b>NOTICIAS DE LOS MIEMBROS DE LA FICP .....</b>	<b>533</b>
<b>1.</b>	<b>Distinciones, galardones; grados académicos .....</b>	<b>533</b>
(i)	Dedicación de un aula de la Facultad de Derecho de la Univ. de León al Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Diego-M. Luzón Peña .....	533
(ii)	Nombramiento del Prof. Dr. Dr. h.c. Ángel Sanz Morán como académico de la RALyJ de Valladolid .....	534
(iii)	Nombramiento del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Ricardo Robles Planas como <i>Doctor honoris causa</i> y del Prof. Dr. Coca Vila como Prof. Honorario por la Universidad de Chiclayo, Perú.....	534
(iv)	Obtención de una Cátedra de Derecho Penal en la Univ. de Extremadura por el Prof. Dr. Emilio Cortés Bechiarelli .....	535
(v)	Obtención de una Cátedra de Derecho Penal en la Univ. Jaime I / Jaume I de Castellón por la Prof. Dra. Caty Vidales Rodríguez.....	536
(vi)	Obtención de una Cátedra de Derecho Penal en la Univ. de Murcia por el Prof. Dr. David Morillas Fernández .....	538
(vii)	Concesión de una plaza de Profesor Ayudante Doctor y del Premio Extraordinario de Doctorado a la Prof. Dra. Carmen Pérez-Sauquillo Muñoz.....	538
(viii)	Obtención de una Plaza de Profesora Contratada interina de sustitución por la Prof. Dra. Natalia Torres Cadavid e inauguración de su despacho de abogados .....	539
(ix)	Concesión del Premio de Doctorado al Prof. Dr. Alaor Leite.....	540
(x)	Obtención del Doctorado por el Prof. Dr. Juan Carlos Álvarez Álvarez .....	540
(xi)	Obtención del Doctorado por la Prof. Dra. Susana Escobar Vélez .....	542
(xii)	Segundo premio de investigación jurídica del Centro de Estudios Financieros para la Prof. Dra. Pilar Gutiérrez Santiago .....	543
(xiii)	Elección de la Prof. Dra. García Mosquera como madrina de la primera promoción del Doble Grado en Derecho y ADE de la Univ. de Vigo.....	544
(xiv)	Próximo acto solemne de entrega al Prof. Dr. Agustín Jorge Barreiro de su Libro Homenaje por su 70.º aniversario .....	545
(xv)	Próxima defensa de la tesis doctoral del Prof. Juan Pablo Uribe Barrera .....	545
<b>2.</b>	<b>Libros y artículos recientes de los miembros de la FICP .....</b>	<b>545</b>
(i)	Miembros del Patronato .....	545
(ii)	Socios .....	564
<b>3.</b>	<b>Cursos, congresos y conferencias de los miembros de la FICP.....</b>	<b>588</b>
(i)	Ponencias y conferencias en seminarios, congresos o cursos .....	588
(ii)	Organización de seminarios y congresos .....	602

# I. TRIBUNA

## (para los miembros de la FICP)

### 1. Semblanzas y homenajes\*

#### **Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Diego-M. Luzón Peña**

Catedrático de Derecho Penal, Univ. de Alcalá, Madrid, España. Director de Foro FICP (Tribuna y Boletín de la FICP). Presidente de honor de la FICP.

**~Prólogo a la obra Derecho Penal y Estado social y democrático de Derecho: Libro Homenaje a Santiago MIR por su Doctorado *honoris causa* en la Univ. de Alcalá en 2008 (dir.: LUZÓN PEÑA), Las Rozas (Madrid), La Ley/Wolters Kluwer, 2010\*\* ~**

Si alguien se merecía de verdad la máxima distinción académica, el Doctorado *honoris causa*, entre los penalistas españoles como reconocimiento indiscutible de la Academia a una larga y extraordinaria labor de creación, de investigación y de magisterio universitario, y si alguien merece que tal doctorado de honor vaya vinculado a la publicación de un Libro Homenaje como testimonio público de admiración y agradecimiento por su obra de otros colegas e investigadores, nacionales y extranjeros, de nuestra disciplina, de los más próximos y vinculados a él y de otros, ese alguien era y es Santiago MIR PUIG, nuestro homenajead.

Son, somos, no pocos los colegas españoles cultivadores del Derecho penal a quienes se ha otorgado un doctorado *honoris causa* en muy diversas universidades, en unos casos con méritos sobrados, en otros quizás no tantos. Pero paradójicamente hasta 2008 uno de los mejores como es Santiago MIR PUIG aún no había recibido esa suprema distinción académica. Y es que Santiago MIR es sin discusión uno de los mejores penalistas en nuestro país y fuera de él: es una cabeza privilegiada del Derecho penal y, como detalle aunque sea someramente en mi Laudatio, nos ha dado muchas de las mejores contribuciones a la teoría general del delito, a la de las sanciones penales y a la fundamentación constitucional del Derecho penal, enseñando, pronunciando lecciones,

---

\* Disponibles de manera permanente en nuestra página web [www.ficp.es](http://www.ficp.es), en la sección de [Semblanzas](#).

\*\* Publicado en las pp. 27-29 de la citada obra.

conferencias y ponencias memorables, e investigando y escribiendo muchas páginas geniales en las que todos hemos aprendido.

Por ello, a concesión del doctorado *honoris causa* al Prof. MIR PUIG por unanimidad de la Universidad de Alcalá en 2007 y la posterior solemne investidura en junio de 2008 constituyeron un acto de estricta justicia y que, como dije en mi Laudatio, honra no sólo al científico al que se otorga la distinción, sino a la propia Universidad que lo hace. Además no ha sido éste un doctorado *honoris causa* en alguna universidad extranjera, que es lo más frecuente, sino en una española, de su propio país, mucho más infrecuente, aquí y en otros países. Por otra parte, merece destacarse la importancia y el simbolismo de que quien le haya otorgado el máximo reconocimiento sea la Universidad de Alcalá, la vieja complutense, la segunda universidad española y por eso una de las más antiguas del mundo. Y quiero expresar mi profunda satisfacción personal de que esa universidad precisamente sea la mía y yo haya podido contribuir a ello proponiendo y apadrinando su concesión. Al fin se había hecho justicia.

En los días 11 y 12 de ese junio de 2008 hubo un acto académico vinculado a la investidura del doctorado *honoris causa* el 13 de junio, un simposio internacional, el XI Seminario Interuniversitario de Derecho Penal, que se denominó “Homenaje al Prof. Dr. D. Santiago MIR PUIG con motivo de su doctorado *honoris causa* por la Univ. de Alcalá”, dentro de la serie de Seminarios interuniversitarios de Derecho Penal que anualmente celebramos en la Universidad de Alcalá, participando, además de algún ponente invitado especial cada año, los profesores y doctorandos de la misma, los restantes miembros de nuestra escuela de otras universidades españolas e hispanoamericanas y algunos otros profesores de las Universidades Autónoma de Madrid y de Valladolid con los que estamos estrechamente vinculados. Y ese año 2008 se extendió la invitación a participar en el mismo a toda la escuela del Prof. MIR y a dos penalistas alemanes tan destacados como los Profs. SCHÜNEMANN y BOTTKE, muy vinculados desde hace años a S. MIR, a mí mismo y a nuestras respectivas escuelas. Como consecuencia de ese XI Seminario Interuniversitario y de las ponencias y comunicaciones allí presentadas surgió la oportunidad y la idea de editar un Libro Homenaje al Prof. MIR por ese importante motivo; un libro homenaje que –al igual que los memorables LH que en su momento se le ofrecieron a Claus ROXIN con motivo de sus doctorados *honoris causa* en Coimbra y Barcelona, seguidos de otros posteriores en Córdoba (Argentina) o en Lisboa– parte de las ponencias presentadas en el congreso

científico que formó parte de la celebración del doctorado *honoris causa*, y al que se han añadido otras importantes contribuciones de algunos penalistas españoles y europeos muy relevantes, como los Profs. MUÑOZ CONDE, FOFFANI o DONINI, que completan el carácter internacional y de altísimo nivel del libro homenaje.

Nuevamente, si alguien se merece en nuestra ciencia penal un libro homenaje que le es ofrecido antes del que en su momento se le haga por su jubilación, precisamente con motivo de recibir su doctorado *honoris causa*, es sin la menor duda nuestro homenajeado el Prof. Dr. Dr. h. c. Don Santiago MIR PUIG.

Alcalá de Henares, mayo de 2010

\* \* \* \* \*

**Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Diego-M. Luzón Peña**

Catedrático de Derecho Penal, Univ. de Alcalá, Madrid, España. Director de Foro FICP (Tribuna y Boletín de la FICP). Presidente de honor de la FICP.

**~Laudatio en el acto de investidura del Doctorado *honoris causa* otorgado por la Univ. de Alcalá al Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Santiago MIR\*~**

Magnífico y Excmo. Sr. Rector, Excmos. Sres. Rectores y ex-Rectores, Excmas. e Ilmas. autoridades, queridos compañeros de ésta y de otras Universidades, señoras y señores:

No comenzaré con la fórmula habitual “Es para mí un gran honor...”, porque tengo que expresar algo más importante: Haber podido vivir el pasado 30 de octubre de 2007 la concesión del grado de Doctor *honoris causa* por nuestra Universidad, la mult centenaria Universidad de Alcalá, al Prof. Dr. Don Santiago MIR PUIG, poder presenciar hoy el acto de su investidura solemne y disfrutar del honor, sí, de ser la persona encargada de pronunciar su *laudatio*, todo ello constituye una de las satisfacciones mayores y más intensas de mi vida universitaria. Y lo es por el reconocimiento que se hace a alguien de su extraordinaria valía universitaria y científica, por la estrechísima relación del profesor MIR PUIG en lo académico con nosotros los profesores de Derecho penal de la Universidad de Alcalá y con los de nuestra escuela en otras universidades, y en lo personal con quien les habla.

**I.**

Este doctorado *honoris causa* a S. MIR PUIG supone un acto de justicia con uno de los penalistas más eminentes de España y, dado el muy elevado nivel de la dogmática penal española, por eso mismo uno de los más importantes representantes de la ciencia penal mundial. Éste es un juicio totalmente objetivo y compartido de modo general, como a su vez lo testimonian la acogida excepcionalmente favorable y amplia que ha tenido entre nuestros colegas la noticia del nombramiento y el muy importante número y calidad de quienes hoy se han desplazado desde los más diversos lugares no sólo de España, sino de otros países para asistir al acto de la solemne investidura, así como las adicionales adhesiones y muestras de apoyo de quienes no han podido estar presentes.

---

\* Publicado en Derecho Penal y Estado social y democrático de Derecho: Libro Homenaje a Santiago Mir por su Doctorado honoris causa en la Univ. de Alcalá en 2008 (dir.: LUZÓN PEÑA), Las Rozas (Madrid), La Ley/Wolters Kluwer, 2010, pp. 41-47.

Trazaré a continuación los rasgos principales de su trayectoria académica y de su obra científica.

Santiago MIR tiene tras de sí casi cuarenta años de entrega a la universidad y de fecundo magisterio universitario. Tras concluir con las mayores distinciones en 1969 su licenciatura en Derecho en la Univ. de Barcelona y comenzar en Valencia y luego en Barcelona su carrera docente, el Prof. MIR PUIG amplía su formación investigadora durante tres años en los más prestigiosos Institutos y Universidades alemanas, Friburgo de Br., Múnich y Augsburgo, se doctora en 1973 con una importantísima y exhaustiva tesis sobre la reincidencia, gana en 1975 por oposición una plaza de Prof. Adjunto, y en 1976 obtiene igualmente por oposición la plaza de Prof. Agregado de Derecho penal de la Univ. Autónoma de Barcelona, siendo en su momento con sus 28 años la persona que obtuvo más joven esa categoría en el área de Derecho Penal. En 1981 obtiene la cátedra de la disciplina en esa universidad y al año siguiente se traslada a la Universidad de Barcelona, donde ha desempeñado ininterrumpidamente desde entonces su labor docente, habiendo sido Decano de la Facultad de Derecho y antes y después Director del Departamento de Derecho Penal y Ciencias Penales.

Además el Prof. MIR PUIG es cabeza indiscutible de una escuela científica muy numerosa y sobre todo excepcionalmente prestigiosa en el campo del Derecho Penal, entre cuyos miembros se cuentan catedráticos tan destacados como los Profs. SILVA SÁNCHEZ, QUERALT, CASTIÑEIRA, y CORCOY, decenas de profesores titulares, y otros muchos profesores e investigadores discípulos suyos directos e indirectos, en las universidades catalanas y en otras españolas e iberoamericanas.

Su dedicación a la Universidad, su dirección de importantes proyectos de investigación, de numerosísimas tesis doctorales, su organización en España de los más importantes seminarios científicos hispano-alemanes y su participación constante y destacada en los más prestigiosos congresos penales nacionales e internacionales, su impartición de cursos, conferencias y ponencias invitado por Universidades e instituciones jurídicas de los más diversos países, y con ello su magisterio académico, con destacadísima influencia entre nosotros y más allá de nuestras fronteras, han sido constantes a lo largo de esas cuatro décadas de vida universitaria.

Veamos ahora algo de su obra investigadora:

Santiago MIR es autor de una amplia e importantísima obra científica: de decenas de monografías y centenares de artículos, publicados en las mejores revistas y obras colectivas de la especialidad, tanto nacionales como internacionales, muy especialmente en Alemania, que es el país más destacado en la ciencia jurídica penal. Tradujo con unas muy amplias anotaciones la parte central de una importantísima obra alemana, el Tratado de Derecho penal, Parte General, de JESCHECK, cuya difusión ejerció una notable influencia a partir de los años ochenta en la ciencia penal de los países de habla española y también en los de otras lenguas romances. Ha dirigido múltiples libros colectivos, que por su temática y la importancia de sus colaboradores han marcado hitos en la disciplina. Y es autor de un excepcional Derecho Penal, Parte General, ya en su 7.<sup>a</sup> edición, también con ediciones iberoamericanas, que es una obra cumbre de la manualística penal internacional, totalmente creadora y en la que ha desarrollado con la mayor brillantez todo un edificio conceptual plenamente coherente de la teoría general del delito y del sistema de sanciones penales, en el que ha sabido combinar lo profundamente innovador de sus aportaciones constructivas, desarrollando incluso todo un cambio importante de su propio sistema a partir de la 4.<sup>a</sup> edición, con un inteligente respeto a la sistemática clásica, de la que mantiene buena parte de sus aportaciones, hasta el punto de que en la caracterización de la antijuridicidad, del injusto, aunque siga reconociendo el valor de la perspectiva *ex ante* y de lo subjetivo en la infracción de la norma, vuelve a partir de la lesividad para bienes jurídicos y del desvalor del resultado como garantía frente a un excesivo subjetivismo.

Así el sistema jurídico-penal de MIR PUIG, desarrollado a lo largo de sus monografías, artículos y de su tratado, ha supuesto aportaciones constructivas, interpretativas y sistemáticas decisivas para el sistema de la teoría general del delito, entre otras muchas, las de la perspectiva *ex ante* en el ilícito o injusto típico, la diferencia entre antinormatividad y antijuridicidad o injusto, o los conceptos de peligro y peligrosidad en la tentativa normal y la inidónea y en los delitos de peligro abstracto, o la concepción normativa de la autoría del delito como pertenencia del hecho, o su desarrollo de la imputación personal o culpabilidad entendida como motivabilidad normal y basada en el principio constitucional de igualdad; e igualmente ha realizado MIR inteligentísimas aportaciones a la estructuración equilibrada del sistema de sanciones penales, o sobre la combinación de la prevención general intimidatoria y positiva y la prevención especial como fines de la pena, o la proporción existente entre

lo ontológico y lo normativo en las instituciones del Derecho penal, etc. En todas estas aportaciones la inteligencia se combina con la claridad con que están formuladas y con su preocupación por que lo teórico no pierda de vista la conexión con lo práctico, con las exigencias del mundo real, del sentido de la justicia, e incluso a veces del sentido común, que otros olvidan.

Pero además de sus importantísimas contribuciones a la elaboración sistemática de las categorías generales de la Parte General del Derecho Penal, quiero destacar especialmente su compromiso permanente con la orientación constitucional de un Derecho penal propio de un Estado democrático de Derecho, respetuoso de la persona y sus derechos fundamentales. Ya años antes de la implantación en España de un sistema constitucional a partir de la Constitución de diciembre de 1978, en su libro *Introducción a las bases del Derecho penal*, de 1976, MIR PUIG desarrolló por primera vez en la ciencia penal española y como uno de los primeros en la internacional, todo el sistema de fundamento y límites del Derecho penal, del *ius puniendi* y de la función de las sanciones penales a partir de la orientación de los postulados “de un Estado social y democrático de Derecho”, y luego ha desarrollado explícitamente esa perspectiva en múltiples de sus publicaciones, especialmente en las dos ediciones de su libro “Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho”. Ha criticado reiteradamente las reformas penales y los modelos legislativos que no respetan esa orientación y garantías. Y ha combatido firmemente las orientaciones autoritarias en los sistemas conceptuales y político-criminales que defienden la primacía de la vigencia de la norma (y del orden) y su eficacia en vez de o a costa de la protección de los bienes jurídicos de los ciudadanos y del sistema garantista.

Me he limitado a enunciar algunas características de sus aportaciones al perfeccionamiento de la construcción de la teoría general del delito y de las sanciones penales, pero naturalmente no las voy a desarrollar, entre otras razones, porque nadie mejor que el propio MIR PUIG nos podrá explicar a continuación en su discurso los rasgos más relevantes de sus construcciones.

## II.

En cuanto a las relaciones universitarias de Santiago MIR y su Escuela con la Universidad de Alcalá y con nuestra escuela, y conmigo en particular:

El Prof. MIR PUIG ha mantenido siempre estrechísimas relaciones científicas, personales y de colaboración y apoyo con las dos escuelas de los catedráticos de nuestra Área de Derecho Penal, el Prof. GARCÍA VALDÉS y yo mismo. Así p.ej. en la organización conjunta de congresos internacionales, como los históricos Seminarios hispano-alemanes de Derecho penal de Barcelona y Alcalá o el que acabamos de celebrar aquí estos últimos días; o realizando publicaciones conjuntas, impartiendo conferencias unos en las universidades de los otros, o formando parte recíprocamente de comisiones o tribunales de tesis o de concursos a plazas docentes de nuestras Universidades. En nuestro Departamento de Alcalá pondré como ejemplo la importancia de la intervención del Prof. MIR como miembro de la correspondiente comisión en la obtención de la cátedra por el Prof. GARCÍA VALDÉS o en el concurso de méritos que me permitió trasladarme de mi cátedra en León a mi actual cátedra en Alcalá.

En gran medida esas excelentes relaciones se deben a la muy larga y estrecha relación personal y universitaria del Prof. MIR conmigo, y que explica mi especial implicación en la iniciativa y celebración de este doctorado *honoris causa*. Indicaré sus orígenes:

En 1972 Santiago MIR y yo nos conocimos y empezamos a tratar como doctorandos en Alemania, primero en el Instituto Max-Planck de Derecho penal Internacional de Friburgo de Brisgovia (junto con otros compañeros españoles y extranjeros, algunos tan vinculados a nosotros como Agustín JORGE BARREIRO y Antonio GARCÍA-PABLOS) y después en Múnich y a tener largas e intensas discusiones sobre nuestras respectivas tesis doctorales y sobre el Derecho penal, en las que desde luego yo aprendía y disfrutaba de una de las mentes más brillantes de nuestra disciplina. En enero de 1973 la Universidad de Barcelona, en la que MIR había depositado su tesis, fue temporalmente cerrada por razones políticas, con lo que era imposible celebrar el acto de defensa, y ante esta situación de incertidumbre en el mes de febrero convencí a mi amigo de que viajáramos con nuestras esposas de Alemania a España venciendo la inclemencia de un durísimo invierno para que leyera su tesis doctoral en otra Universidad a tiempo para poder firmar unas oposiciones al cuerpo de Profs. Adjuntos, que ganó con éxito. Y, una vez leída mi tesis exactamente dos años después y transcurridos otros dos años para ampliarla en una parte importante para su publicación, MIR me convenció en junio de 1977, justo cuando las primeras elecciones democráticas

españolas tras el régimen de Franco, para que esa vez fuera yo quien hiciera un paréntesis en mi estancia en Múnich para ir con mi esposa un par de semanas a Barcelona a su casa y allí logré, con su estímulo, escribir las últimas páginas de mi libro sobre la legítima defensa, que publiqué con el editor, Bosch, que él me presentó.

Desde entonces nuestro contacto y el de nuestras familias ha sido ininterrumpido y estrecho, en una relación permanente de mutuo aprecio, lealtad, colaboración y apoyo. Sólo añadiré que, si él de un modo inusual y generoso, ha expresando públicamente su admiración por mi labor como penalista, quien desde luego merece de verdad admiración es él; y que, siendo S. MIR más antiguo y mejor que yo, por su generosidad no ha tenido el menor inconveniente en figurar como codirector o participante en publicaciones dirigidas por mí. Mi agradecimiento profundo por todo ello.

### III.

Todo lo anterior justifica más que sobradamente el que la Universidad de Alcalá, por cierto por sucesivo acuerdo unánime de todos sus órganos, haya nombrado Doctor *honoris causa* al Prof. MIR PUIG y la inmensa satisfacción de quien les habla porque haya sido así y por poder intervenir hoy como testigo privilegiado y glosador de su figura en el acto de la solemne investidura. Las Universidades son grandes y se hacen grandes por el prestigio de su historia y de su vida actual, sabiendo atraer e integrar en su profesorado a destacados investigadores y maestros. Por eso nuestra Universidad, una de las dos más antiguas de España, cinco veces centenaria desde su fundación como tal Universidad de Alcalá en 1499 y siete veces centenaria si computamos desde la creación del Estudio General de Alcalá en 1292, y que escribió páginas tan gloriosas a partir de nuestro Siglo de Oro, acierta y se engrandece hoy al acoger en su Claustro de doctores con el máximo honor académico a Santiago MIR PUIG, uno de los grandes del Derecho Penal.

Muchas gracias.

\* \* \* \* \*

**Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Jesús María Silva Sánchez**

Catedrático de Derecho Penal, Univ. Pompeu Fabra, Barcelona. Socio de la FICP.

*~Laudatio a Santiago MIR PUIG\*~*

Exultent poenalis iuris  
academiae doctoresque!  
Qui te diligunt exultent,  
omnes alumni laentur!  
Ex obscuris nos tradisti  
sapientiam novam docendo  
earn et studium fecisti  
nobis esse atque alimentum.  
Mihi scientiae vitam dedisti  
sicut patres naturalem  
libertatem et tribuisti  
ad quaerendam veritatem.  
Hoc munus nostrum accipe  
laudes et gratias portantem  
propter magnum opus tuum  
ob tuam liberalitatem!

\* \* \* \* \*

---

\* Publicado en Estudios de Derecho Penal: homenaje al profesor Santiago Mir Puig (coords. SILVA SÁNCHEZ/QUERALT JIMÉNEZ/CORCOY BIDASOLO/CASTIÑEIRA PALOU), Montevideo/Buenos Aires, B de f, 2017, p. XIX.

## **Prof. Dr. Oriol Mir Puigpelat**

Catedrático de Derecho Administrativo, Univ. Pompeu Fabra, Barcelona.

### **~Santiago MIR PUIG: vida de un penalista\*~**

#### **I. PRIMEROS AÑOS (1947-1964)**

Santiago MIR PUIG, mi padre, nació en Barcelona el 5 de diciembre de 1947, aunque en su DNI conste como nacido al día siguiente. Esta disonancia entre la realidad material y la jurídica, pese a ser habitual en aquella época, preocuparía a muchas personas y, en especial, a muchos juristas, que promoverían la rectificación registral. A él, en cambio, nunca ha sido algo que le haya importado, lo que da ya buena muestra de su falta de rigidez, pragmatismo y escaso formalismo.

Creció en el seno de una familia de varias generaciones de comerciantes con tiendas de sastrería y géneros de punto. Su padre Enric, que durante la Guerra Civil fue oficial en un hospital militar de la zona republicana y estuvo afiliado al Partido Comunista, al finalizar la contienda pasó más de un año en un campo de concentración franquista. Teresa, la madre, tuvo cinco hijos. En el último parto su salud resultó gravemente afectada. Murió de cáncer cuando Santiago tenía 23 años. En el hogar familiar no faltaban los libros y existía una gran afición musical, que siempre le ha acompañado. Su padre tocaba el violín, su hermano mayor (Josep, que falleció a los 52 años) el saxo, su hermano pequeño Carles –magistrado de la Audiencia Provincial de Barcelona y también penalista– la guitarra y el saxo, y él la guitarra y la batería. Completaban la familia Teresina, la mayor de los hermanos, y otro hermano que falleció a los dieciocho meses y que mi padre no llegó a conocer.

Estudió en los Escolapios de Sant Antoni y de la calle Diputació, y cursó el último año de Bachillerato y el Preuniversitario en el Instituto Jaume Balmes de la calle Pau Claris, centro público de referencia donde trabajó amistad con Manuel GERPE (posteriormente catedrático de Derecho constitucional de la Universidad Autónoma de Barcelona), Mario GAS (que comenzaría luego también con él la carrera de Derecho) y Miquel FERRER, que devendría profesor titular de química inorgánica de la Universidad de Barcelona y con el que participó, en dicha época, en distintas bandas musicales

---

\* Publicado en Estudios de Derecho Penal: homenaje al profesor Santiago Mir Puig (coords. SILVA SÁNCHEZ/QUERALT JIMÉNEZ/CORCOY BIDASOLO/CASTIÑEIRA PALOU), Montevideo/Buenos Aires, B de f, 2017, pp. XXI-XXVIII.

(Miquel a la guitarra y mi padre a la batería). Obtuvo siempre buenas notas, pese a ser habitualmente el más pequeño de la clase. Poco aficionado, de niño y adolescente, al deporte (deporte que descubrió y practicó muy intensamente –como todo lo que ha hecho siempre– ya de mayor), se interesó sobre todo por el latín y la filosofía, además de por la literatura y la historia. Le influyeron enormemente dos reputados catedráticos del instituto. Eduard VALENTÍ FIOL estimuló su pasión por el latín y por el lenguaje, en general, motivándole para que tradujera diariamente cincuenta líneas de la Eneida de VIRGILIO. A su vez, Francesc CANALS I VIDAL, con sus apasionadas clases de filosofía, despertó su interés por esta materia, que influiría decisivamente en su dedicación a los temas más abstractos del Derecho penal.

Aunque de joven solo pudo estudiar y adquirir un buen nivel de francés, como era habitual entonces, su extraordinaria curiosidad por el lenguaje le llevó a aprender luego, de forma en gran medida autodidacta, alemán, italiano e inglés, así como a lograr el alto nivel escrito de catalán que el franquismo negó a toda su generación. El francés, en todo caso, le dio acceso pronto a la gran cultura francesa –en especial, a su cine y literatura, dos de sus grandes aficiones– y a la modernidad que en aquella época representaba el país vecino.

## **II. LA LICENCIATURA DE DERECHO (1964-1969)**

Pese a su clara vocación por la filosofía, se decidió a estudiar la carrera de Derecho, en lugar de la de Filosofía y Letras, por las mejores perspectivas profesionales que ofrecía la primera, aunque paradójicamente renunció desde un principio al ejercicio práctico del Derecho para dedicarse a la carrera académica, la investigación y la docencia.

Ingresó en la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona, la única que había en aquella época en Cataluña, en septiembre de 1964, cuando contaba solo con dieciséis años. Sus cabellos eran bastante más largos de lo habitual en una Facultad a la que muchos alumnos (hombres, en su gran mayoría) asistían aún con traje y corbata y donde existía todavía un limpiabotas. Tampoco era habitual entonces que los alumnos universitarios, procedentes en general de familias más acomodadas, trabajaran durante los estudios. Gracias a las clases particulares de latín que impartía podía incluso disfrutar de una Vespa verde con la que atravesaba, sin casco, los campos y descampados que todavía rodeaban a la Facultad de Derecho, ya situada en su actual ubicación en Pedralbes.

Las matrículas de honor obtenidas de forma inesperada en las cuatro asignaturas de primer curso le llevaron a dejar la banda de música y a centrarse en los estudios, viéndose compelido a completar un expediente académico que estaba llamado a ser excelente. Destacó enseguida como el mejor alumno de su promoción, al que los demás recurrían con frecuencia en búsqueda de ayuda y orientación, obteniendo matrícula de honor en todas las asignaturas, salvo en cuatro, y logrando el primer premio extraordinario en el Examen de Grado de Licenciatura. Ello le granjeó un amplio reconocimiento por parte de sus compañeros de la Facultad, que en aquella época –en que había muchos menos alumnos, carreras y universidades– reunía a buena parte de quienes acabarían ocupando los puestos más destacados en la abogacía, la judicatura, la Administración, la política, la empresa y la universidad catalanas.

El Derecho penal pronto captó su atención. Octavio PÉREZ-VITORIA supo alimentar sus inquietudes, contestando con paciencia y generosidad a las muchas preguntas que le formulaba al finalizar las clases. La dogmática penal alemana le deslumbró ya en 1965 cuando, en segundo curso, estudió a fondo y resumió detalladamente la traducción española del manual de Reinhart Maurach que había efectuado poco antes Juan CÓRDOBA RODA, discípulo de PÉREZ-VITORIA que en aquellos momentos ocupaba plaza en la Universidad de Valencia. A esta lectura siguieron pronto otras, como la de las traducciones españolas de los manuales de MEZGER y de VON LISZT y de *La teoría del tipo* de BELING. No había cumplido aún los veinte años.

Durante la carrera, en cuarto curso, conoció también a mi madre, Francesca PUIGPELAT, dos años menor, que tanto le ha ayudado siempre en su trayectoria profesional, nutriéndole como segunda catedrática española de teoría y filosofía del Derecho, y lectora sin igual, de las ideas y referencias fundamentales de disciplinas afines y debatiendo con él en interminables conversaciones de las que yo, de niño, no entendía absolutamente nada.

### **III. LA ELABORACIÓN DE LA TESIS DOCTORAL Y LA LARGA ESTANCIA ALEMANA (1969-1974)**

Al finalizar la licenciatura tuvo claro que quería dedicarse a la investigación y docencia universitarias. Tras barajar distintas alternativas (le interesaban también mucho la teoría y la historia del Derecho, así como el Derecho constitucional –entonces llamado Derecho político–), finalmente se decantó por el Derecho penal, del que le

atraía especialmente el grado de sofisticación de la teoría alemana del delito y su estrecha conexión con la filosofía y el pensamiento científico.

Gracias a PÉREZ-VITORIA entabló contacto con CÓRDOBA, su maestro español, y se desplazó a Valencia para iniciar la tesis doctoral y ejercer de ayudante de este, como profesor de clases prácticas, durante el curso académico 1969-1970, alojándose en el colegio mayor Lluís Vives. En 1970 pudo beneficiarse de la primera convocatoria de becas de formación de personal investigador del Ministerio que había propiciado el ministro y catedrático de Derecho administrativo VILLAR-PALASÍ, y que también en aquel año generalizó la posibilidad de la dedicación exclusiva de los profesores universitarios. Tras casarse con mi madre en agosto de 1970, pasaron a vivir juntos en Valencia hasta que regresaron a Barcelona en enero de 1971, después de que CÓRDOBA lograra la cátedra en la UB y mi padre le siguiera a su nuevo destino como ayudante.

CÓRDOBA, de formación germánica, le animó a que aprendiera alemán, para así poder efectuar una estancia de investigación con el profesor MAURACH en Múnich. Con dicha finalidad, comenzó a estudiar alemán en el Goethe-Institut en Valencia (1970), Barcelona (1971 y 1972) y en dos cursos bimensuales de verano de seis horas diarias con sendas becas del DAAD y del Goethe-Institut en Grafing (1971) y en Kochel (1972). La estancia de investigación propiamente dicha se inició en septiembre de 1972, gracias a una beca del DAAD, y comenzó en Friburgo, en el Instituto Max-Planck de Derecho Penal, donde pudo conocer a su director, Hans-Heinrich JESCHECK, cuyo influyente Tratado traduciría y anotaría en 1981 junto a Francisco MUÑOZ CONDE. En Friburgo conocería también a otros jóvenes penalistas españoles, como Diego M. LUZÓN PEÑA, Agustín JORGE BARREIRO, Antonio GARCÍA-PABLOS y Miguel POLAINO NAVARRETE, que devendrían catedráticos en las Universidades de Alcalá, Autónoma de Madrid, Complutense y Sevilla, respectivamente. A algunos de ellos le une, desde entonces, una gran amistad.

Tras los tres meses de Friburgo, en enero de 1973 inició una estancia de un año en la Universidad de Múnich, con beca de la Fundación March y acompañado nuevamente por Francesca, que había terminado la carrera en el verano de 1972 y estaba comenzando su tesis doctoral bajo la tutela de Arthur KAUFMANN, catedrático de filosofía del Derecho y Derecho penal en esa misma universidad. Gracias a este profesor lograron un apartamento muy agradable y asequible en la residencia de profesores extranjeros de la *Volkswagenstiftung* de Múnich, que hizo más llevadera una estancia

dificultada en el plano económico por la reducción a la mitad del importe real de la beca, producida con motivo de la fuerte depreciación del dólar derivada de la crisis del petróleo de 1973. Como se ha señalado, la elección de Múnich obedecía a que era la universidad de Maurach, el maestro alemán de CÓRDOBA, pero cuando aquel se jubiló, en enero de 1973, renunció a toda actividad académica. Lejos de suponer un problema, ello posibilitó que mi padre entrara en contacto con otro catedrático más joven de dicha universidad que, a sus 41 años, ya era muy conocido, y que se convertiría en el penalista alemán más influyente de la segunda mitad del siglo veinte, con veintiséis doctorados *honoris causa* recibidos en todo el mundo: Claus ROXIN, su maestro alemán, y que tanto le influyó.

En 1974, la estancia alemana se prolongó al ser contratado por el profesor HERRMANN, discípulo de JESCHECK, para ejercer de asistente en la Universidad de Augsburgo hasta el mes de agosto.

Fueron dos años duros e intensos. El cambio climático y el deshielo en las relaciones humanas no habían llegado aún a Alemania, que resultaba un destino frío e inhóspito, sobre todo para un joven matrimonio procedente de la España franquista que salía por vez primera de su país. Los viajes en avión eran impensables, el trayecto en el Simca era eterno, incómodo e imprevisible, y no existían internet, ni Skype, ni el *roaming* gratuito. Alemania estaba mucho más lejos que ahora.

Pero fueron, también, dos años trascendentales, que cambiarían tanto su destino, como –sin saberlo– el de sus propios descendientes. BRECHT, MANN, ZWEIG, BEETHOVEN, BACH, SCHUBERT, WITTGENSTEIN, HABERMAS, LUHMANN y tantos otros pasarían a formar parte cotidiana de sus vidas, que quedarían indisolublemente vinculadas a la cultura alemana. La perceptible admiración que sentían por ella influiría en mi decisión, aparentemente libre, de ingresar, unos años después, en el Colegio Alemán de Barcelona. Mi mujer aprendió alemán durante el año que vivimos en Heidelberg y nuestras hijas, alumnas de dicho colegio desde el *Kindergarten*, intercalan palabras alemanas con toda naturalidad cuando hablan entre ellas y nos suplican que les dejemos ver el excelente telediario para niños producido por la televisión pública alemana.

Fue también, por supuesto, un período clave en la formación y evolución profesional posterior de mi padre. En Alemania no solo se empapó de la dogmática penal alemana, sino que terminó la tesis doctoral sobre la reincidencia, leída en

Pamplona el 28 de febrero de 1973 porque la Universidad de Barcelona estaba cerrada – para tratar de contener las protestas estudiantiles–, y publicada en 1974 por la editorial Bosch. Cuando inició su tesis, no existía en España ninguna monografía sobre el tema, y los manuales le dedicaban unas pocas páginas. Temía, por ello, no poder escribir más de cincuenta páginas. Al final, su libro tuvo casi mil. Tan importante como la monografía fue el resumen que de la tesis pudo publicar –gracias a la inestimable ayuda de Karl-HEINZ GÖSSEL, discípulo de MAURACH, con la traducción– en la prestigiosa ZStW, que lo daría a conocer en la comunidad científica alemana y que le abriría las puertas a las numerosas publicaciones alemanas que seguirían en los años sucesivos, traducidas a partir de 1982 por la querida y apreciada Doris (ENSINGER).

#### **IV. LA CONSOLIDACIÓN PROFESIONAL EN LA UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE BARCELONA (1974-1982)**

En septiembre de 1974, mis padres regresaron a España. En unas semanas recibió, a través de Isidre MOLAS, que había sido su profesor de Derecho político, el encargo de organizar la docencia y la investigación en materia de Derecho penal en la recientemente creada Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Barcelona, en Bellaterra. Como es sabido, con la creación paralela de esta universidad, de la Autónoma de Madrid y de la Universidad de Bilbao (actual Universidad del País Vasco) en las afueras de Barcelona, Madrid y Bilbao el régimen franquista quería no solo atajar el problema incipiente de la masificación universitaria, sino también alejar las intensas protestas estudiantiles del centro de dichas ciudades y facilitar su eventual control por las fuerzas y cuerpos de seguridad. Lo cierto es que ello brindó la posibilidad a jóvenes profesores como mi padre de organizar las distintas áreas de conocimiento de una forma moderna, sin las ataduras propias de las grandes universidades tradicionales, y contando para ello con una gran autonomía y con alumnos inquietos y motivados atraídos por el nuevo modelo.

En otoño de ese mismo año, tras superar con el número uno (*ex aequo* con Miguel BAJO) la oposición correspondiente en Madrid, obtuvo una plaza en la UAB de profesor adjunto, categoría que fue suprimida por la Ley de Reforma Universitaria de 1983 y que equivaldría a la del actual profesor titular.

Una huelga de profesores que se prolongó durante todo el curso 1974-75 le permitió dedicarse intensamente a preparar las oposiciones a profesor agregado (categoría equiparada por la LRU a la de catedrático) y elaborar su memoria de cátedra,

que finalizó antes de la muerte de Franco (durante el largo verano que pasamos en Blanes en 1975, tras mi nacimiento en marzo), y que constituiría un gran éxito cuando vio la luz en 1976. Se trata del famoso libro de la *Introducción a las bases del Derecho penal*, publicado también por la editorial Bosch de Barcelona, y donde proponía ya la fundamentación y reconstrucción de las categorías básicas del Derecho penal a la luz de las exigencias de un Estado social y democrático de Derecho como el diseñado por la Ley Fundamental alemana y como el que pronto establecería la Constitución española de 1978.

Pese al prestigio con que ya contaba, fue expulsado en el segundo ejercicio de la primera oposición a agregado a la que se presentó, en Madrid, en noviembre de 1975, al considerar el tribunal, presidido por José María RODRÍGUEZ DEVESA, que con la memoria de cátedra antes apuntada “politizaba” el Derecho penal. Obtuvo la cátedra (agregaduría) al segundo intento, en la oposición celebrada en Madrid en abril de 1976. Tenía 28 años.

La cátedra, las condiciones favorables de la UAB (de cuya Facultad de Derecho sería vicedecano) y el gran interés que entonces tenía todavía la República Federal de Alemania en fomentar las relaciones con un país en desarrollo que no formaba aún parte de la Comunidad Económica Europea (interés traducido en los cuantiosos fondos de que disponía el Goethe-Institut para apoyar la celebración de todo tipo de encuentros académicos en Barcelona) alentaron una etapa de trabajo muy intenso y gran productividad, de la que destacan el libro *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho* (Bosch, 1ª ed. de 1979), adaptado ya a la nueva Constitución democrática, y que sentaría las bases de su manual posterior, la traducción antes mencionada del Tratado de JESCHECK, así como la organización de tres seminarios hispano-alemanes (en 1979, 1980 y 1981, cuyas actas fueron publicadas en tres volúmenes por la editorial de la UAB) que han pasado a los anales de la historia del Derecho penal español, y que reunieron a muchos de los penalistas alemanes y españoles más influyentes de la época y de los años sucesivos.

En dicha época mi padre comenzó también a forjar su amplia escuela, incorporando a discípulos como María Teresa CASTIÑEIRA (catedrática de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona), Joan J. QUERALT (catedrático de la Universidad de Barcelona), Elena FARRÉ (profesora titular y, después, magistrada de familia en Barcelona) y Jesús María SILVA (también catedrático de la UPF). Comenzó

asimismo a impartir conferencias en el extranjero, a partir de una gira en coche por distintas universidades alemanas que tuvo lugar a finales de 1981.

Recuerdo vivamente a mi padre trabajando de forma incansable en el despacho de casa, en verano sin aire acondicionado ni camisa, mientras yo veía la televisión a su lado, con auriculares. También recuerdo lo mucho que se ocupó de mí de pequeño, la pasión con la que me enseñó a leer, con la que me contaba cuentos antes de acostarme, y la seguridad con que soltó la bicicleta en el preciso instante en que aprendí a pedalear con dos ruedas. También, por supuesto, la entrega y empeño con que, unos años después, siguió y promovió mi trayectoria juvenil como tenista.

## **V. LA ETAPA DE MADUREZ EN LA UNIVERSIDAD DE BARCELONA (1982-2017)**

Tras la consolidación profesional lograda en la UAB, mi padre alcanzaría la madurez académica al regresar a la Universidad de Barcelona, como catedrático, en 1982, pasando a ocupar la plaza que había dejado vacante PÉREZ-VITORIA tras su jubilación.

Ya en dicha etapa redactó su célebre Manual de parte general de Derecho penal, tan innovador y con el que se han formado varias generaciones de juristas, tanto dentro como fuera de España. La primera edición apareció en 1984 y ha venido siendo actualizado puntualmente desde entonces (la última edición es de este mismo año), incluso durante el período más crítico de la enfermedad de mi padre, gracias a la colaboración ejemplar de su discípulo Víctor GÓMEZ. Claramente inspirado por los grandes manuales alemanes, su modernidad alcanza también a aspectos formales como la redacción directa y sintética, la numeración marginal de los párrafos o el doble tamaño de letra, la presencia abundante de ejemplos prácticos, la presentación equitativa de las distintas teorías existentes o la profundidad de las revisiones de que ha sido objeto, dando lugar a importantes cambios de fondo, que contrastan con la petrificación y meras actualizaciones legislativas de la mayoría de manuales jurídicos españoles. Publicado inicialmente por la editorial universitaria PPU, cuando esta quebró pasó a ser autoeditado por él mismo, pese al gran interés mostrado por importantes editoriales jurídicas españolas, con el fin de no perder el control sobre la obra que más significa para él.

Su lectura, durante la licenciatura, me impresionó mucho, tanto como sus clases, a las que asistí solo ocasionalmente para evitar toda sospecha de nepotismo (nepotismo que no forma parte de su vocabulario: llegó a suspender, con toda naturalidad, a un pariente próximo, ante la incompreensión de su padre). Recuerdo cuando me comunicó que me incluiría en una dedicatoria anterior del manual con la misma fórmula dirigida a mi madre (“Para ti Francesca, y para ti, Oriol”, y no ya “a ti, Oriol”), porque consideraba que ya había alcanzado la madurez suficiente como para comenzar a entenderlo. Tampoco olvidaré nunca los casos prácticos que me planteaba, a modo de juego, durante mi niñez y primera adolescencia, para poner a prueba mi olfato jurídico y obtener una respuesta fresca y espontánea de alguien todavía no condicionado por las construcciones y prejuicios adquiridos con los años. Ni las largas conversaciones, en sobremesas interminables, durante mi licenciatura y la elaboración de mis primeros trabajos de investigación, que tanto me ayudaron a formarme como jurista y profesor, y donde puede ya apreciar (y envidiar) en toda su magnitud la extraordinaria vocación universitaria y la difícilmente comparable capacidad analítica que atesora.

Pronto seguiría engrosándose la lista de integrantes de su escuela, a los que se siente tan vinculado: Mirentxu CORCOY (catedrática de la UB); Ujala JOSHI, Francesc BALDÓ (fallecido recientemente de forma prematura, y al que recuerdo con mucho cariño en las innumerables comidas que compartimos junto con mi padre y otros discípulos durante mi adolescencia; fue también el responsable de que los Mac entraran en casa ya en los años ochenta), Carolina BOLEA, Sergi CARDENAL, Ignacio GALLEGO, Víctor GÓMEZ, todos ellos profesores titulares de la UB (el último, acreditado a catedrático); y los discípulos que estos, a su vez, ya han tenido, y que aprecia como a los propios: Juan Carlos HORTAL, Silvia FERNÁNDEZ y David CARPIO, también profesores de la UB (profesores agregados los dos primeros, y lector el último). También se siente orgulloso de la importante escuela que Jesús SILVA, penalista de renombre internacional, ha desarrollado en la UPF, con discípulos como Ramon RAGUÉS (catedrático de la UPF) y Ricardo ROBLES (catedrático acreditado de la UPF). A ellos deben sumarse los numerosos discípulos que tiene en distintas universidades de México, Venezuela, Perú, Chile y Brasil.

En 1987 fundó un Máster en Derecho Penal, codirigido desde finales de los años noventa por SILVA en el marco de un convenio entre la UB y la UPF, y que constituye una referencia en la materia, atrayendo cada año a juristas de toda España y

Latinoamérica. Dicho Máster ha contribuido, sin duda, a potenciar la gran repercusión que su obra ha tenido en Latinoamérica, y que le ha llevado a viajar en incontables ocasiones a casi todos los países de la zona, sobre todo a partir de los años noventa, e impartir conferencias ante auditorios habitualmente multitudinarios.

Director del Departamento de Derecho Penal durante muchos años, donde ha contado siempre con el apoyo fundamental de Àngels COMELLAS y de un despacho como los de antes, fue decano de la Facultad entre los años 1992 y 1994. Bajo su mandato se construyó el nuevo edificio TOMÁS Y VALIENTE de la Facultad y se estableció el programa de doble titulación con la Universidad de Puerto Rico, universidad en la que él mismo ejerció de profesor invitado durante dos semestres de 1996 y 1997. En la estancia puertorriqueña amplió sus conocimientos del Derecho penal norteamericano, que nunca ha valorado especialmente, y del que siempre ha objetado su escaso desarrollo dogmático y su marcada evolución retribucionista tras la elección de Reagan y los atentados terroristas del 11-S.

Ha ostentado la condición de investigador principal en seis proyectos consecutivos concedidos por el Ministerio de Educación y Ciencia, desde que se inició este tipo de financiación a principios de los años noventa, y ha sido autor de un gran número de publicaciones de impacto, individuales y colectivas, nacionales y extranjeras, relacionadas de forma exhaustiva en otro lugar de este Libro Homenaje. Dicha extensa e influyente actividad investigadora le ha valido la concesión de seis sexenios de investigación, el máximo número posible, y la concesión del Doctorado *Honoris Causa* por las universidades de Alcalá (2008) y Nacional de Trujillo (Perú, 2010), además del reconocimiento como Profesor Honorario de la Universidad de San Marcos (Lima, Perú, 2005).

Esta dilatada trayectoria académica habría sido más breve de haber salido elegido Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Supremo cuando presentó su candidatura para sustituir, por la vía del quinto turno (plazas reservadas a juristas de reconocido prestigio), a Marino BARBERO en octubre de 1995. En aquella ocasión, perdió la votación por tres votos de diferencia frente al entonces fiscal del Tribunal Supremo Roberto GARCÍA-CALVO, estrechamente vinculado al Partido Popular, que hizo valer su mayoría en el Consejo General del Poder Judicial y eligió a quien había sido, en 1976, jefe provincial del Movimiento y gobernador civil de Almería y, hasta 1990, vocal del propio CGPJ. GARCÍA-CALVO sería nombrado en 2001 Magistrado del Tribunal

Constitucional a propuesta del PP, donde destacaría por sus posiciones extremadamente conservadoras y centralistas. Aunque mi padre fuera cinco años más joven que este, cuesta mucho entender la decisión adoptada, que estaba tomada de antemano y prescindió de toda valoración objetiva de los méritos respectivos y de la imparcialidad e independencia teóricamente requeridas para el ejercicio de un cargo judicial tan relevante. Mi padre sufrió así, en su propia persona, las prácticas nefastas de la cultura política española que tanto han deteriorado la democracia de este país y que han llevado a la situación de descomposición actual. Es una lástima, porque habría podido ser un gran juez y darle un interesante impulso renovador a la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

Tras esta decepcionante experiencia, ejerció la abogacía durante un breve espacio de tiempo, aunque pronto solicitó de nuevo la dedicación exclusiva a la universidad, a fin de dedicarse a la que es y ha sido siempre su auténtica vocación.

El 12 de octubre de 2010 le diagnosticaron un mieloma múltiple, un tipo de cáncer que estuvo a punto de costarle la vida, y que superó cuando, en el tercer y último intento de tratamiento, le dispensaron un medicamento derivado de una sustancia que todo penalista conoce, por las muertes y graves malformaciones que (*supuestamente*) provocó en los hijos de las mujeres gestantes a las que se recetó durante los años cincuenta y sesenta: la talidomida, célebre en la discusión penalista sobre la causalidad. Aunque la enfermedad esté controlada desde entonces, comportó la pérdida de su función renal, por lo que tiene que someterse a diálisis tres veces por semana, en largas y agotadoras sesiones de cinco horas de duración. Pese a ello, se reincorporó rápidamente a la universidad y, aunque ya no pueda viajar ni mantener el ritmo de trabajo de antaño, ha seguido impartiendo sus clases de Grado y de Máster y reuniéndose semanalmente con sus discípulos. Y lo ha hecho no por obligación, necesidad económica o sentido de la responsabilidad, sino por el puro placer que le ha proporcionado siempre la vida académica.

Se trata, qué duda cabe, de su última gran lección.

\* \* \* \* \*

## **Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Diego-M. Luzón Peña**

Catedrático de Derecho Penal, Univ. de Alcalá, Madrid, España. Director de Foro FICP (Tribuna y Boletín de la FICP). Presidente de honor de la FICP.

### **~Dedicatoria a Santiago MIR PUIG\*~**

Santiago MIR PUIG es para mí no sólo el más importante de los penalistas españoles y mi queridísimo amigo entrañable. He tenido el privilegio, desde que nos conocimos en el Friburgo alemán hace nada menos que cuarenta y cinco años, de disfrutar de su excepcional inteligencia en nuestras conversaciones, a veces interminables, y sobre todo de su permanente e inquebrantable lealtad, apoyo y cariño. Y de él he recibido un último regalo y privilegio: el de ser, junto con Agustín JORGE BARREIRO, el amigo al que dedica su obra magna, su Parte General, en pie de igualdad con su familia íntima y sus discípulos. Quien quiera conocer en detalle los hitos más importantes de nuestra vida en común y los sentimientos que albergó hacia Santiago MIR puede adentrarse en mi *Laudatio* con motivo de su investidura en 2008 como Dr. *honoris causa* por mi Universidad de Alcalá y en mi prólogo al Libro Homenaje que en 2010 le dedicamos con motivo de ese doctorado *honoris causa*, y a ellos remito<sup>1</sup>. Pero en este momento quiero añadir algo más: precisamente desde mediados de aquel año 2010 Santiago MIR ha venido padeciendo una muy grave y dura enfermedad y luchando denodadamente contra ella afortunadamente con bastante eficacia. Por eso siento la más profunda admiración por su entereza y valentía y la mayor alegría al comprobar que van pasando años y años y él sigue ganando la batalla.

Ahora que le vamos a ofrecer este nuevo Libro Homenaje con motivo de su 70.º aniversario el 5 de diciembre de este año 2017, por todo lo que acabo de explicar he elegido, para dedicarle a Santiago MIR, un trabajo sobre la comisión por omisión que considero una de mis aportaciones más importantes, en la que he desarrollado, perfilado y completado sustancialmente el criterio normativo de equivalencia de la creación o aumento del peligro o riesgo por la omisión misma que había apuntado mucho tiempo

---

\* Publicado en su artículo Comisión por omisión e imputación objetiva sin causalidad: creación o aumento del peligro o riesgo por la omisión misma como criterio normativo de equivalencia a la causación activa, en: Estudios de Derecho Penal: homenaje al profesor Santiago Mir Puig (coords. SILVA SÁNCHEZ/QUERALT JIMÉNEZ/CORCOY BIDASOLO/CASTIÑEIRA PALOU), Montevideo/Buenos Aires, B de f, 2017, pp. 685-702.

<sup>1</sup> Cfr. mi *Laudatio* en el acto de investidura del Doctorado y mi Prólogo en LUZÓN PEÑA (dir.), Derecho Penal del Estado social y democrático de Derecho. Libro Homenaje a Santiago Mir Puig. Por su doctorado honoris causa en la Univ. de Alcalá, Las Rozas, 2010, pp. 41 ss., 27 ss.

atrás; aunque por las limitaciones de espacio inherentes a esta obra colectiva, este artículo se tiene que conformar con un esbozo de las tesis principales<sup>2</sup>. Felizmente podré completar este público testimonio de la mayor admiración y afecto en diciembre, dado que en las previstas Jornadas en la Univ. de Barcelona para homenajearle y hacerle solemne entrega de este LH-Mir los organizadores, sus discípulos más destacados, me hacen el honor de que sea yo quien pronuncie la conferencia final. Ese día le daré el abrazo más emocionado.

\* \* \* \* \*

---

<sup>2</sup> En mi PG, 3.ª 2016, 31/1 ss., y en mi más completo artículo de Libertas 6 2017, 145 ss., he podido desarrollar mucho más ampliamente la problemática de la comisión por omisión, y en PG, 31/9 ss., 75 ss., y Libertas 6, 2017, 155 ss., 205 ss., especialmente las cuestiones abordadas en este artículo, pero en el manual casi sin notas por ir destinado prioritariamente a estudiantes, mientras que el presente artículo sí cuenta con la correspondiente justificación mediante notas, aún más amplias en el cit. artículo de Libertas 6, 2017; la versión más completa aparecerá finalmente en mi Tratado en preparación.

**Prof. Dr. Jürgen Wolter**

Catedrático em. de Derecho Penal y Procesal Penal, Mannheim. Socio de Honor de la FICP.

**Prof. Dr. Wilfried Küper**

Catedrático em. de D. Penal, Procesal Penal y Filosofía del Derecho, Heidelberg.

**~Santiago MIR PUIG como arquitecto de la amistad  
científica hispano-alemana\*~**

El 7 de diciembre<sup>\*\*</sup> de 2017 el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Santiago MIR PUIG cumple su 70.º año de vida. Por este motivo amigos y discípulos, concretamente los editores científicos y colaboradores permanentes de Goldammer's Archiv für Strafrecht (GA) le dedicamos el presente Escrito Homenaje (*Festgabe*) – con felicitaciones de corazón y como expresión de especial unión con él. Este GA-*Festgabe*/ Escrito Homenaje de GA aparece como pequeño testimonio de honramiento en lengua alemana junto al gran Libro Homenaje español que va a recibir Santiago MIR PUIG por su cumpleaños (y que presenta a continuación brevemente su nieto científico Ricardo ROBLES PLANAS). A este respecto este Escrito Homenaje de GA por su aniversario se ha producido bajo la dirección redaccional conjunta de los autores de este prólogo por el lado alemán y del discípulo de S. MIR Jesús-María SILVA SÁNCHEZ<sup>1</sup> por el lado español (“*Redacción germano-española*”).

Por lo demás, este Escrito Homenaje es también excepcional y extraordinario: por primera vez en la historia de ya más de 160 años de la más antigua revista alemana de Derecho Penal se le ofrece un Escrito así a un penalista español, más aún: incluso por primera vez a un penalista extranjero. De este modo, y a la vista de la vigencia y reconocimiento mundial de Santiago MIR PUIG y de la poderosa influencia de su obra

---

\* Publicado originalmente en alemán en la obra *Festgabe für Santiago Mir Puig zum 70. Geburtstag*, n.º monográfico de GA 2017/12 (dic.), pp. 641-644. Traducción de Diego-M. Luzón Peña.

\*\* Realmente fue el 5 de diciembre la fecha de nacimiento de S. MIR, y no el 7, como aquí se dice. Pero a J. WOLTER le transmitieron los discípulos de S. MIR erróneamente la fecha del 7, que él hace constar, debido a un curioso malentendido: S. MIR nació realmente el 5 de diciembre de 1947, pero por error en el registro civil fue inscrito con fecha del día siguiente, el 6 de diciembre, día en que se tramitó la inscripción registral, y así figura posteriormente en el registro y en su DNI. No obstante, a S. MIR esa equivocación formal nunca le preocupó ni se molestó en rectificarla (y así lo destaca como muestra de su carácter su hijo ORIOL MIR PUIGPELAT en su semblanza “Santiago Mir Puig: vida de un penalista”, en el LH-Mir, 2017, p. XXI), sino que le hacía gracia y nos lo contaba en ese tono jocoso a sus allegados y amigos. Esa discrepancia de un día entre la fecha real y la oficial de su nacimiento provocó una pequeña confusión en algunos de sus discípulos, que feyeron que había nacido un día después de la fecha obrante en el documento nacional de identidad, y esa fecha del día 7 de diciembre fue la que le comentaron al Prof. WOLTER cuando les preguntó el dato [*N. del T.*]

<sup>1</sup> Cfr. asimismo ya SILVA SÁNCHEZ, GA 2013, 611 ss.

(sobre ello tb. a continuación R. ROBLES), pero también teniendo presente su pertenencia al (consejo) internacional de los Colaboradores permanentes de GA desde el año 2002<sup>2</sup> –el del inicio de nuestra actividad como editores científicos–, este escrito ha marcado un destacado hito y signo de ello. El número especial GA 12/2017 puede sumarse así a los múltiples honramientos internacionales a S. MIR<sup>3</sup> como escrito en su honor alemán<sup>4</sup>.

El *Festgabe*/Escrito Homenaje pretende también proseguir el permanente “diálogo científico hispano alemán” que S. MIR ha promovido con importantes aportaciones publicadas precisamente también en GA<sup>5</sup> y que posteriormente se ha ampliado y consolidado en “números o fascículos especiales (*Sonderhefte*) germano-españoles” de la revista<sup>6</sup>. Y en vista de los diversos artículos de felicitación al homenajeado este *Festgabe*/Escrito Homenaje es a la par una última (quinta) edición especial germano-española. Simultáneamente enlaza por vía escrita con los célebres *Seminarios hispano-alemanes*, que desde 1979 S. MIR ha organizado en Barcelona y Alcalá, en buena parte junto con Diego-M. LUZÓN PEÑA y J.-M. SILVA, y en los que entre otros también participaron como ponentes muchos de los autores de este *Festgabe*<sup>7</sup>. E

---

<sup>2</sup> A ese respecto damos las gracias a S. MIR por el hecho de que él en 2015 posibilitó oficialmente la incorporación anticipada de R. ROBLES como Colaborador permanente en el correspondiente consejo de Goldammer’s Archiv für Strafrecht, que de lo contrario por razones organizativas sólo se habría podido plasmar a partir de 2018 (y también le agradecemos que nosotros hayamos puesto ya en camino desde el año 2016 en permanente colaboración un proyecto común dentro de GA aún más importante).

<sup>3</sup> Entre otros –y prescindiendo del Libro Homenaje– sus nombramientos como Doctor *honoris causa*/Profesor Honorario en las Universidades de Alcalá y Nacional de Trujillo (Perú)/ y en la Universidad de San Marcos (Lima, Perú).

<sup>4</sup> Hasta ahora tales fascículos especiales amplios/*Festgaben* (escritos homenaje) únicamente se les han dedicado –en algunos casos varias veces– a determinados editores científicos de GA (KOHLER en 1919 – al respecto cfr. WOLTER/KÜPER, GA 2003, 255–; desde 2003 PÖTZ, KÜPER y WOLTER), así como a algunos pocos Colaboradores permanentes de la revista (concretamente, TRÖNDLE en 1989; desde 1996 y posteriormente desde 2006 ROXIN; y además MÜLLER-DIETZ, GÖSSEL, SCHROEDER, HILGER, SCHÖCH, JUNG o SCHÜNEMANN). A este respecto, el presente *Festgabe*/Escrito Homenaje ha sido ampliado de las 56 páginas inicialmente previstas a las 80 finales.

<sup>5</sup> MIR PUIG, Wertungen, Normen und Strafrechtswidrigkeit, GA 2003, 863 ss.; el mismo, Über die Normen in Roxins Konzeption des Verbrechens, GA 2006, 334 ss. (aportación suya en el GA-Festgabe für Claus Roxin zum 75.Geburtstag = GA 2006, 255 ss.; el mismo, Rechtsgüterschutz durch dialogisches Strafrecht, GA 2006, 667 ss. Esos dos últimos trabajos suyos del año 2006 han sido inadvertidamente citados por mí confundiendo el uno con el otro en mi artículo en el LH-Mir Puig (notas 1 y 52).

<sup>6</sup> Cfr. GA 2010, 307 ss. (bajo la dirección de Bernd SCHÜNEMANN); GA 2011, 255 ss. (Festgabe für Claus Roxin zum 80. Geburtstag); GA 2013, 611 ss. (bajo la dirección de J. SILVA y con un prólogo suyo marcando el camino, en el que –en vista de una cierta tendencia opuesta en la doctrina jurídicopenal alemana– subraya que “muchos penalistas de todo el mundo hispanoparlante no quieren abandonar la tradición dogmática del Derecho penal” – sobre ello cfr. tb. WOLTER, GA 2016, 235); GA 2016, 233 ss. (Festgabe für Claus Roxin zum 85. Geburtstag – sobre ello v. *infra* el texto corresp. a n. 9).

<sup>7</sup> Cfr. tb. R. ROBLES en el siguiente trabajo. Para más detalles: Sobre la proyectada reforma penal de 1979 y 1980 entre otros con trabajos de ROXIN, JESCHECK, STRATENWERTH, CEREZO, GIMBERNAT, MUÑOZ CONDE y LUZÓN, cfr. MIR PUIG (ed.), La reforma del Derecho penal (I, II), Barcelona 1980, 1981; posteriormente MIR PUIG (ed.), Derecho penal y Ciencias sociales, Barcelona 1982. En los años

incuestionablemente las (restantes) publicaciones de S. MIR en lengua alemana también han contribuido decisivamente al diálogo hispano-alemán en Derecho penal<sup>8</sup>. Y así él es sin duda uno de los arquitectos de la “*amistad científica hispano-alemana*”.

Entre esos arquitectos se cuentan también, dentro del círculo de los autores de este Festgabe/libro homenaje, en vista de los mencionados Seminarios hispano-alemanes, de sus numerosas publicaciones en GA y teniendo sobre todo en cuenta la aquí denominada “alianza de revistas germano-española”, J.-M. SILVA, D.-M. LUZÓN y Miguel DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO. Así en efecto en estos últimos años toda una serie de importantes aportaciones aparecidas en GA se ha publicado también en español en IndretPenal (así p.ej. últimamente trabajos de Wolfgang FRISCH y Claus ROXIN) y además en Libertas, en esta última recientemente incluso todo el “GA-Freundesgabe für Claus Roxin zum

---

1988, 1992 y 1993 aparecen tomos de los Seminarios (eds. por MIR PUIG) sobre los temas “Avances en la Medicina”, “Delincuencia informática” y “Sida” (con una propuesta legislativa de MIR, LUZÓN, SILVA, SCHÜNEMANN y BOTKE – cfr. MIR PUIG [ed.], Problemas jurídico-penales del SIDA, 1993). – Aún en los años 90 siguieron otros ulteriores Seminarios, dirigidos conjuntamente con D. LUZÓN en Alcalá y Barcelona. Yo mismo (J. W.) fui invitado – junto con ponencias in Madrid y Barcelona en 1994 – a pronunciar sendas conferencias especiales en el año 1995 en Alcalá (LUZÓN PEÑA/MIR PUIG –eds. –, Cuestiones actuales de la teoría del delito, Madrid 1999) y después en 2003 en Barcelona (MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO –dir.–, GÓMEZ MARTÍN –coord. –, La política criminal en Europa, Barcelona 2004). Especial significación poseyeron también un Seminario organizado por J.-M. SILVA en la Universidad Pompeu Fabra sobre la Modernización de la teoría del delito (ROXIN/JAKOBS/SCHÜNEMANN/FRISCH/KÖHLER, Sobre el estado de la teoría de delito, Madrid, 2000), así como el Symposium organizado asimismo por J.-M. SILVA con motivo de la concesión, promovida por S. MIR, del Doctorado honoris causa por la Universidad de Barcelona a C. ROXIN en 1994 (Silva –ed. –, Política criminal y nuevo Derecho penal, Barcelona, 1997). A ello se añade el Symposium madrileño en 1994 (Doctorado h.c. a C. ROXIN por la Universidad Complutense de Madrid) con sendos volúmenes de las Jornadas eds. por GIMBERNAT/SCHÜNEMANN/WOLTER en idioma español (Omisión e imputación objetiva en Derecho penal, 1994) y en versión alemana (Internationale Dogmatik der objektiven Zurechnung und der Unterlassungsdelikte, 1995), en el que los trabajos alemanes recogidos fueron ampliados por B. SCHÜNEMANN y por mí. Sobre las Jornadas anteriores en Coimbra en el año 1991, que ya marcaron el camino de estas otras, v. *infra* el texto corresp. a n. 13 y 14.

<sup>8</sup> Cfr. en primer lugar las indicaciones de sus trabajos cits. en n. 5; además: MIR PUIG, Funktion der Strafe und Verbrechenslehre im sozialen und demokratischen Rechtsstaat, ZStW 95 (1983), 413 ss.; el mismo, Die ex ante Betrachtung im Strafrecht, FS-Jescheck, 1985, pp. 337 ss.; el mismo, Über das Objektive und das Subjektive im Unrechtstatbestand, GS-Armin Kaufmann, 1989, pp. 252 ss.; el mismo, Die begründende und die begrenzende Funktion der positiven Generalprävention, ZStW 102 (1990), 914 ss.; el mismo, Der Irrtum als Unrechts- und/oder Schuldausschließungsgrund im spanischem Strafrecht, en: Eser/Perron (eds.), Rechtfertigung und Entschuldigung III, 1991, pp. 291 ss.; el mismo, Die Zurechnung im Strafrecht eines entwickelten sozialen und demokratischen Rechtsstaats, Jahrbuch für Recht und Ethik 2 (1994), 225 ss.; el mismo, Objektive Rechtswidrigkeit und Normwidrigkeit im Strafrecht, ZStW 108 (1996), 759 ss.; el mismo, Untauglicher Versuch und statistische Gefährlichkeit im neuen spanischen Strafgesetzbuch, FS-Roxin, 2001, pp. 729 ss.; el mismo, Grenzen des Normativismus im Strafrecht, en: Hefendehl (ed.), Empirische und dogmatische Fundamente, kriminalpolitischer Impetus, Andechs-Symposium für Bernd Schünemann zum 60. Geburtstag, 2005, pp. 77 ss.; el mismo, Norm, Bewertung und Tatbestandsunwert, FS Herzberg, 2008, S. 55 ss.; el mismo, Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als Verfassungsgrundlage der materiellen Grenzen des Strafrechts, FS-Hassemer, 2010, pp. 521 ss.; el mismo, Neoliberalismus, Finanzkrise und Strafrecht, en: Schünemann (ed.), Die sog. Finanzkrise – Systemversagen oder global organisierte Kriminalität, 2010, pp. 9 ss. [Todos estos trabajos de MIR tienen lógicamente su correspondiente versión en español, a veces más amplia, que es conocida o fácilmente reconocible para los lectores hispanoparlantes o hispano-entendientes.]

85. Geburtstag” en un nº extraordinario especial de Libertas: *Liber amicorum* a Claus ROXIN por su 85.º aniversario <sup>9</sup>. La revista Libertas es editada científicamente como Director por M. DÍAZ y es órgano especializado como publicación de la “Fundación Internacional de Ciencias Penales (FICP)”\*, cuyo Presidente es Javier DE VICENTE REMESAL y cuyos Presidentes de honor son S. MIR y D.-M. LUZÓN. Bajo la dirección de estos tres presidentes así como de C. ROXIN he podido yo mismo (J. W.) –y con ello el GA– contarme como miembro de la FICP también entre los integrantes del Consejo internacional científico y de redacción de Libertas<sup>10</sup>. – Y la revista *online* IndretPenal es editada y dirigida por J.-M. SILVA (en colaboración con R. ROBLES), y también en el sentido de publicaciones en la doble vía. – Con todo esto no es difícil darse cuenta de cuán fácil ha sido adaptar también al asunto en cuestión el círculo de autores de este *Festgabe*/escrito homenaje (GA – IndretPenal – FICP – Libertas).

Las aportaciones que aparecen a continuación sólo en parte se reconducen (en su mayoría en versión abreviada o modificada) a las originales para el “Libro Homenaje a Santiago Mir Puig” en español (las de DÍAZ; FRISCH; ROXIN; SILVA); en cambio, los otros artículos han sido concebidos específicamente para este *Festgabe*/Escrito homenaje (los de LUZÓN; SCHÜNEMANN; DE VICENTE). Junto con R. ROBLES yo (J.W.) – sobre todo por motivos de espacio– me he decidido, a renunciar a imprimir aquí nuestras propias contribuciones para el LH español o a un artículo distinto y en su lugar hemos redactado cada uno un prólogo, uno con acento alemán (reforzado con W. KÜPER), otro con acento español (“*laudatio* alemana-española”).

Quisiera dedicar ahora una última palabra a mi primer encuentro con Santiago MIR PUIG en el año 1991 en un Symposium en Coimbra sobre “Pilares o sillares del Derecho penal europeo/Bausteine des europäischen Strafrechts“ con motivo del Doctorado honoris causa de C. ROXIN por su 60.º aniversario (posteriormente en 1994/1995 yo [J.W.] pude conocer más y por ello apreciar a S. MIR –como en parte ya

---

<sup>9</sup> GA 2016, 233-376, 497-505 = Libertas N.º 5, 2016 – número monográfico extraordinario.

\* Libertas fue la primera publicación en aparecer en la web de la FICP desde 2012 (n.º 0) anualmente y con contenido accesible sólo a los miembros de la FICP. Como es sabido, desde el año siguiente, 2013, la FICP cuenta en su web con una segunda revista, Foro FICP, cuatrimestral, dirigida por D.-M. LUZÓN, abierta permanentemente a la publicación de trabajos e informaciones de los miembros, admitiéndose publicaciones en español, portugués e italiano, y de contenido accesible en abierto a todo el público. [*N. del T.*].

<sup>10</sup> Ese Consejo está compuesto entre otras por más de 100 personalidades de la ciencia del Derecho penal y Justicia penal española, portuguesa, latinoamericana, italiana, y del lado alemán además B. SCHÜNEMANN y Luís GRECO.

he mencionado<sup>11</sup>– en Jornadas en Barcelona y Madrid, en Alcalá y más tarde en Andechs en 2004<sup>12</sup>). Hasta 1991 por tanto nos conocíamos sólo “de y por la literatura”. Pero ya era notable y digno de señalarse cómo nosotros dos en nuestras respectivas ponencias iniciales (surgidas independientemente una de otra) considerábamos –además desde puntos de partida diversos<sup>13</sup>– a nuestra respectiva Constitución (la alemana GG; la española CE) con sus derechos y libertades así como con los principios de dignidad humana, de Estado de Derecho o de proporcionalidad y legalidad como fundamento en la estructuración de un Derecho penal nacional y europeo y los defendimos en la discusión contra la crítica de ser criterios de un grano demasiado grueso o incluso contra la inidoneidad de esos principios para el Derecho penal en la discusión<sup>14</sup>. En el *interim* desde entonces Inzwischen este “fundamento constitucional hispano-alemán” se ha impuesto ampliamente también en el Derecho penal alemán<sup>15</sup>.

---

<sup>11</sup> *Supra* n. 7.

<sup>12</sup> Cfr. el artículo de S. MIR [Grenzen des Normativismus im Strafrecht, 2005] cit. en n. 8.

<sup>13</sup> Cfr., junto a la obra en idioma español de S. Mir (sobre ella tb. el siguiente texto así como la *laudatio* a continuación de R. ROBLES), tb. sus trabajos alemanes reseñados en las n. 5 y 8. A este respecto cabe señalar que en mi ponencia de Coimbra (*infra* n. 14) yo me había referido varias veces a MIR PUIG ZStW 102 (1990), 914 ss. Y yo mismo, partiendo inicialmente más bien del lado del Derecho procesal penal, llegué a tratar esa temática (WOLTER en: SK-StPO, 1.ª ed. 1990, antes del § 151 nm. 22 ss., 81 ss., 130 ss., 198 ss.; el mismo, Menschenwürde und Freiheit im Strafprozeß, GS K. Meyer, 1990, pp. 493 ss.; en idioma español en: Ambos/Montealegre -compilads.-, Constitución y sistema acusatorio, Universidad Externado de Colombia, 2005, pp. 225 ss.); cfr. tb. el mismo, Verfassungsrecht im Strafprozeß- und Strafrechtssystem, NStZ 1993, 1 ss.

<sup>14</sup> Mientras que S. MIR ha desarrollado su teoría del delito apoyándola más bien en esa amplia base, que a continuación es esbozada de modo muy abreviado y reducido (MIR PUIG en: SCHÜNEMANN/DE FIGUEIREDO DIAS [eds.], Bausteine des europäischen Strafrechts, Coimbra-Symposium für Claus ROXIN [1991], 1995, Das Strafrechtssystem im heutigen Europa, pp. 35 ss.), en cambio yo me he referido en mis trabajos también a numerosas cuestiones de detalle adicionales del Derecho penal (WOLTER, ebenda, Menschenrechte und Rechtsgüterschutz in einem europäischen Strafrechtssystem, S. 1 ff.), así entre otras: §§ 142, 193 StGB, límites de la legítima defensa, normas de autorización de la intervención de la policía como causas de justificación, alimentación forzosa, interrupción del embarazo, ayuda a morir; a ese respecto poseían especial importancia las denominadas aquí (por mí) “causas (jurídico-)constitucionales de exclusión de la punibilidad” (p. ej. agente provocador) y causas (jurídico-)constitucionales de supresión de la punibilidad (como puede ser la prisión provisional demasiado larga” –más en detalle después WOLTER GA 1996, 216 ss.–, que luego ha abordado Roxin en su manual de PG (AT I, 3.ª ed. 1997 y 4.ª ed. 2006, § 23 nm. 28). Sobre la discusión en coimbra cfr. LUND, ebenda, pp. 370 ss. El libro se ha publicado tb. en español: J. M. SILVA SÁNCHEZ (ed.)/B. SCHÜNEMANN y J. DE FIGUEIREDO DIAS (coords.), Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal, Barcelona 1995.

<sup>15</sup> Ejemplos –prescindiendo del Derecho procesal penal y de los tradicionales §§ 130, 131 StGB [incitación a la violencia o al odio contra poblaciones o miembros de una raza]– en la n. 14. En parte esto se refleja también en nuevos elementos típicos o nuevos elementos de normas de autorización (causas de justificación) de los órganos de la investigación e instrucción procesal, p.ej. en el elemento “ámbito de vida más personal” en el § 201a StGB en el supuesto de grabaciones de imágenes punibles (sobre ello WOLTER, Andechs-Symposium [n. 8], pp. 225 ss.) o el “ámbito nuclear de la configuración de la vida privada” en numerosos preceptos de la der Ley Procesal Penal (Strafprozessordnung) y de las leyes de policía (v.gr. § 100d StPO; § 20h, ap. 5 Bundeskriminalamtgesetz/Ley del Centro Criminal Federal, y múltiples regulaciones de las leyes de policía de los *Länder* o territorios federados) en las diversas prohibiciones a efectos de investigación, transmisión y prueba. Sobre la evolución en el campo del

S. MIR desde 1975 –estando aún bajo la impresión de la era de Franco– y posteriormente partiendo del fundamento en el que se basa el art. 1, ap. 1 de la Constitución española de 1978 (“España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho”) ha construido un impresionante edificio doctrinal<sup>16</sup> y por otro lado también una importante “escuela de Derecho penal” (v. sobre ello a continuación R. ROBLES). De ese modo la teoría del Derecho penal y seguidamente como parte de ella toda la teoría del delito (acción, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad, punibilidad) han sido nuevamente valoradas teniendo en cuenta su función en un Estado democrático y social de Derecho ( desde una fuerte toma en consideración de las más importantes corrientes filosóficas y jurídico-teóricas (de teoría del Derecho), desde el racionalismo ilustrado y el hegelianismo entre otras, pasando por el positivismo y el neokantismo, hasta la hermenéutica y cibernética).

Como resultante de todo ello lo que ha surgido –sobre la mencionada base, propia del Estado de Derecho, de dignidad humana y culpabilidad, proporcionalidad y derechos y libertades fundamentales<sup>17</sup>, si bien con un cierto cambio de vías (“giro valorativo”) en el largo “tiempo de construcción” empleado para configurar la totalidad de la teoría del delito– es una síntesis en el sentido de una “*prevención limitada*”: por una parte la asunción de cometidos sociales (entre otros, una prevención dentro de lo necesario con el menor sufrimiento posible y una limitada resocialización)<sup>18</sup>, y por otra parte la limitación del poder del Estado en el sentido democrático –formulado por voces guía: en el punto de partida el hecho punible como infracción de una norma, que persigue la prevención por medio del diálogo con el ciudadano, emparejado con una consideración *ex ante* en el momento de la infracción [consciente]; vinculación de la infracción de la norma con el ataque o agresión a un bien jurídico como expresión de intereses ciudadanos fundamentales anclados en la constitución y en los convenios de derechos humanos; en su opinión, [por ello] la conducta ha de poderse graduar por un ciudadano medio como excesivamente peligrosa–. Pero posteriormente [desde la 4.ª edición de 1996 del manual “Derecho penal. Parte General”] el ilícito o injusto penal se configura como efectiva lesión o puesta en peligro del bien jurídico con el resultado *ex*

---

Derecho penal desde 1996, pero tb. a la inversa sobre la inclusión del Derecho penal en una teoría de la Constitución cfr. últimamente WOHLERS, GA 2017, 618 ss.

<sup>16</sup> Cfr. en primer lugar MIR PUIG ZStW 95 (1983), 413 ss.; sobre sus anteriores obras españolas desde 1976 v. a continuación R. ROBLES.

<sup>17</sup> Cfr. tb. MIR PUIG, Coimbra (n. 14), p. 40.

<sup>18</sup> MIR PUIG, Coimbra (n. 14), p. 39.

*post*, de tal modo que resultó necesario modificar el concepto de antijuridicidad: antijuridicidad ya no como infracción de una norma prohibitiva o imperativa, sino como actuar contra los intereses del Derecho; presupuesto será ciertamente que la lesión o puesta en peligro del bien jurídico pueda ser imputada; a este respecto, las (esas) valoraciones positivas de los bienes jurídicos lesionados o a la inversa la valoración de un determinado estado de cosas como indeseado para el Derecho (en la formulación tradicional: como resultado jurídicopenalmente desaprobado, como desvalor del resultado) según él pueden ser consideradas como parte integrante del Derecho si se parte de que el Derecho se compone no sólo de reglas (de normas en sentido estricto), sino también de valores y principios; la valoración [positiva] de los bienes jurídicos lesionados en su opinión no representa una auténtica norma, sino que es presupuesto de una norma prohibitiva—. Ese cambio de perspectiva tiene entonces como consecuencia que lo sustancial del hecho punible no es ser la contraparte frente al poder estatal, sino que el hecho primariamente supone una agresión o ataque a los intereses del Derecho, es decir, a los intereses de los ciudadanos; que las normas son manifestaciones del poder limitadoras de la libertad, mientras que por el contrario los bienes jurídicos consisten en los intereses inmediatos y mediatos de los ciudadanos; en otras palabras, que el establecimiento de normas prohibitivas e imperativas limitadoras de la libertad ha de justificarse por la necesidad de proteger los intereses de los ciudadanos; que el Derecho no está normativamente a disposición para cualquier cosa, sino —conforme al Estado democrático— al servicio del ser humano y sus intereses reales—. De esta manera se pronuncia entonces un rechazo no sólo al punto de partida ontológico y a la perspectiva subjetivista, sino por otra parte sobre todo al “*funcionalismo normativista*” (JAKOBS; LUHMANN) (sobre la concepción de JAKOBS cfr. en sentido crítico el trabajo que recogemos a continuación de B. SCHÜNEMANN).

Haber desmontado y con ello bajado de su nivel hasta sus cimientos el muy elevado edificio conceptual de S. MIR de un modo tan fuerte como aquí se ha hecho, realmente es algo en sí censurable; por ello va a contribuir a compensarlo el hecho de que J.-M. SILVA en su siguiente trabajo vuelve a desarrollar y reconstruir el edificio en toda su altura, y que D.-M. LUZÓN lo hace plenamente visible en el campo de la culpabilidad, incapacidad de culpabilidad y prevención (y ello precisamente también con referencia al principio democrático, y al reconocimiento constitucional de la

libertad y la igualdad)<sup>19</sup>. La resumida sinopsis aquí efectuada pretende ofrecer solamente un primer apoyo para poder apreciar el mérito del gran penalista Santiago MIR PUIG, en configurar tan penetrante como ejemplarmente las categorías dogmáticas fundamentales de la doctrina del Derecho penal de tal manera que estén de la mejor manera posible al servicio de los principios del Estado social y democrático de Derecho – y con ello también de los derechos de igualdad y libertad, así como de los principios de dignidad humana, proporcionalidad y legalidad en las Constituciones (europeas) y en los convenios (internacionales) de derechos humanos.

\* \* \* \* \*

---

<sup>19</sup> Sobre cuestiones de detalles concretos en la obra de S. MIR cfr. particularmente los siguientes artículos de C. ROXIN (tentativa inidónea), W. FRISCH (error de prohibición invencible), y J. DE VICENTE (consentimiento presunto).

## **Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Ricardo Robles Planas**

Catedrático de Derecho penal, Univ. Pompeu Fabra, Barcelona. Socio de la FICP.

### **~Santiago MIR PUIG como gran penalista europeo\*~**

El 7 de diciembre de 2017 Santiago MIR PUIG celebra su setenta aniversario. El presente homenaje de Goldammer's Archiv für Strafrecht se halla en estrecha conexión con el Libro Homenaje que aparece simultáneamente en lengua española, editado por sus discípulos Jesús-María SILVA SÁNCHEZ, Joan Josep QUERALT I JIMÉNEZ, Mirentxu CORCOY BIDASOLO y Maria Teresa CASTIÑEIRA PALOU en la editorial BdF y en el que participan un centenar de colegas, amigos y discípulos de Santiago MIR de todas partes del mundo.

Santiago MIR lleva casi 50 años dedicado a la universidad. Tras doctorarse en el año 1973 con una tesis dedicada a la reincidencia bajo la dirección de su maestro, *Juan CÓRDOBA RODA*, ocupó la Cátedra de Derecho penal primero en la Universidad Autónoma de Barcelona y desde 1982 en la Universidad de Barcelona hasta la actualidad. Santiago MIR es la cabeza de una verdadera escuela de penalistas (la “escuela de MIR PUIG”) y por ello un maestro de maestros. Ha dirigido decenas de tesis doctorales y tiene numerosos discípulos también en muchos países Latinoamericanos.

La amplitud, rigor, profundidad y originalidad de su obra lo convierten en uno de los penalistas más influyentes y decisivos de la ciencia jurídico-penal española de todos los tiempos. Su *opera magna*, el manual «Derecho penal. Parte General» ha alcanzado las diez ediciones desde el año 1983 y ha sido traducido al portugués. Constituye sin duda una obra cumbre de la ciencia penal internacional y es el manual de referencia indiscutible para el estudio de la Parte General de cualquier penalista del mundo latino. Pero sus aportaciones también han influido decisivamente en la ciencia penal alemana. Como ejemplos conocidos pueden mencionarse: el desarrollo de la perspectiva *ex ante* en la teoría del delito<sup>1</sup>, el tratamiento de lo objetivo y lo subjetivo en el tipo de injusto<sup>2</sup>,

---

\* Publicado originalmente en alemán en la obra *Festgabe für Santiago Mir Puig zum 70. Geburtstag*, n.º monográfico de GA 2017/12 (dic.), pp. 645-646.

<sup>1</sup> En FS-Jescheck, 1985, pp. 337 ss.

<sup>2</sup> En GS-Armin Kaufmann, 1989, pp. 252 ss.

el estudio de los límites al normativismo<sup>3</sup> o sus diversas aportaciones a la teoría de las normas<sup>4</sup>, en particular, la distinción entre antijuridicidad objetiva y antinormatividad<sup>5</sup>.

La relación de MIR PUIG con la ciencia jurídico-penal alemana ha sido y es muy estrecha e intensa desde sus estancias iniciales en Freiburg y München los primeros años de la década de los 70, donde entabló contacto, entre otros profesores, con Claus ROXIN, a quien siempre ha considerado como un referente. Su traducción del tratado de JESCHECK (junto con MUÑOZ CONDE) o la organización de los famosos Seminarios Hispano-Alemanes (con la participación de Jürgen WOLTER, Bernd SCHÜNEMANN o Wolfgang FRISCH, entre otros) constituyen más signos del permanente diálogo científico de MIR PUIG (y su escuela) con los colegas alemanes.

Una constante en la obra de MIR PUIG es la orientación constitucional. Ya antes de la implantación en España de un sistema constitucional en 1978 MIR PUIG planteó de manera pionera en su libro «Introducción a las bases del Derecho penal» de 1976 que el sistema del Derecho penal, en particular, los límites al ius puniendi, debían basarse en los principios de un Estado social y democrático de Derecho. Esto fue desarrollado pormenorizadamente en las dos ediciones de otro de sus libros «Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho» (1979 y 1982) y en su ya citado manual<sup>6</sup>. Su compromiso con un Derecho penal garantístico le ha llevado a combatir con fuerza las derivas autoritarias de modernas legislaciones penales<sup>7</sup> y a defender un Derecho penal concentrado en la protección limitada y proporcionada de bienes jurídicos<sup>8</sup>.

MIR PUIG no solo es uno de los grandes penalistas europeos. Es también un ejemplo de dedicación a la universidad, a la transmisión del conocimiento y de pasión por la dogmática del Derecho penal; un ejemplo de jurista comprometido con los valores democráticos y de persona con extraordinaria fuerza de voluntad para lograr todo aquello que se propone. Desde *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* queremos rendirle homenaje con este número especial, agradecerle tanto su genialidad como su

---

<sup>3</sup> En HEFENDEHL (ed.), *Empirische und dogmatische Fundamente, kriminalpolitischer Impetus. Symposium für Bernd Schünemann zum 60. Geburtstag*, 2005, pp. 77 ss.

<sup>4</sup> En GA 2003, pp. 863 ss., GA 2006, pp. 334 ss. y FS-Herzberg, 2008, pp. 55 ss.

<sup>5</sup> En ZStW 1996, pp. 759 ss.

<sup>6</sup> Cfr. p. ej. también FS-Hassemer, 2010, pp. 521 ss.

<sup>7</sup> Véase GA 2005, pp. 244 ss.

<sup>8</sup> Véase GA 2006, pp. 667 ss.

ejemplaridad y desear que sus cualidades como penalista y gran maestro nos sigan iluminando durante muchos años más.

\* \* \* \* \*

**Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Luis Arroyo Zapatero**

Presidente de la Société Internationale de Défense Sociale. Catedrático de Derecho Penal y Director del Instituto de Derecho Penal Europeo de la UCLM. Ciudad Real. Socio de la FICP.

**~Laudatio a Francisco MUÑOZ CONDE para el Doctorado *honoris causa* por la Universidad de Castilla-La Mancha el 12 de enero de 2011~**

Rector Magnífico:

Mi más cordial agradecimiento en nombre de todos los profesores de Derecho penal de esta Universidad a los profesores de la misma que asumieron de inmediato la propuesta que surgiera de sus compañeros, A los decanos de las cuatro Facultades de Ciencias jurídicas, la de Relaciones Laborales y los directores de los departamentos respectivos, así como todos los integrantes del Consejo de gobierno de la Universidad por su unánime aprobación a la propuesta del rector. Gracias al rector no sólo por su apoyo en este punto, sino por el cuidado y respeto que presta siempre a los departamentos de Derecho y sus Facultades y que es muestra de su alta categoría y de su buen conocimiento de la complejidad y singularidad de todos los mundos científicos.

Se trata hoy de reconocer la excelencia, el genio. Lo aprendí con el rector en sus muchos años de responsable de la búsqueda y selección de profesorado competente en todas las áreas de nuestra Universidad. Decía: hay que saber distinguir los buenos profesores de los que no lo son y, sobre todo, hay que saber distinguir entre los buenos profesores a aquellos que además de tener buen oficio, tienen genio. Oficio y, si es posible, genio, aunque los genios son los grandes maestros que nos han enviado a lo mejor de los que disponen y que se comprometen con ellos y con su futuro, que es el nuestro.

En el sistema universitario latinoamericano, en el que es nuestro campo, no hay profesores de tiempo completo. El oficio es mixto, de profesor y de profesional, magistrado o abogado, y allí el genio se debe buscar en el profesor que además de profesional del Derecho es capaz de sobrevivir moralmente incólume a las dictaduras sufridas y, además, hace alguna contribución científica de valor universal, como es el caso de David Baigún y su contribución a la responsabilidad penal de las empresas. En nuestro sistema universitario, en el que desde apenas concluidos los estudios estamos financiados para ser profesores y hacer progresar la ciencia, el asunto depende más de nosotros mismos.

En el profesor MUÑOZ CONDE el oficio se muestra en sus publicaciones científicas, en su número y variedad, que alcanza todos los campos de nuestra materia, desde el Derecho penal y la política criminal hasta la criminología, y aun más allá, pues se ha ocupado también de graves problemas del Derecho procesal como los de la prisión provisional o los de la valoración de la prueba y de las pruebas prohibidas. En materia penal se ha ocupado de los fundamentos y de las consecuencias de la responsabilidad penal, de la dimensión psiquiátrica de la imputabilidad, de la psicológica y social de la estructura de las normas, con ricas consecuencias para la teoría del delito en general y para la culpabilidad. Se ha ocupado de los fines de la pena y de los límites de la resocialización. De los delitos clásicos y del moderno Derecho penal. Todo ello en un número abrumador de monografías artículos y traducciones a diversas lenguas. Además de ello tiene una sorprendente capacidad para explicar con claridad meridiana –e incluso para legos– los problemas más complejos de nuestra especialidad. Su gran oficio explica que su Manual de parte especial, en el que ha condensado buena parte de sus conocimientos y habilidades, ha sido el libro de estudio de más de 30 generaciones de juristas españoles y del que todos guardan tan extraordinario recuerdo como el que cariñosamente le mostró el presidente del gobierno el día en que hace un año, en 2009, se constituyó la red académica internacional contra la pena capital. Por su oficio, su Manual de parte general y teoría del delito se estudia en España y buena parte de América.

El primer punto de genio en esa dimensión de docente de extraordinario oficio se advierte en que es capaz de enseñar por igual en su lengua natal acuñada en la musicalidad de Sevilla, en la lengua portuguesa, más en la de Jorge Amado que en la de Pessoa, en alemán, en francés, en inglés, en japonés y en chino. Lo del japonés no lo creí hasta que le vi junto con el profesor de la Universidad Columbia George FLETCHER, en la puerta de la catedral de Toledo, rodeado de una nube de japonesitas que no daban crédito a aquellos dos hombres blancos que parloteaban con todas ellas. Lo del chino lo he podido comprobar por mí mismo el pasado mes de octubre en el Congreso internacional, en el que dirigió en chino una de sus sesiones, e incluso llamó al orden en chino al jefe de todos los profesores chinos, que no estaba para mucho orden porque en el tiempo de la revolución cultural había pasado 10 años cultivando legumbres por orden del catedrático de la Universidad vecina, que podríamos llamar la Complutense de Pekín.

Esa capacidad lingüística descomunal sólo la he encontrado en dos especies humanas, la de genética hebraica y la de los músicos, y siendo MUÑOZ y CONDE y de Sevilla no puede venir de otra cosa que de los de músico. No olvidaré la ocasión en que coincidía con nuestro Congreso en Albacete un sexteto de saxofonistas de jazz. Rosario Vicente les pidió que aceptaran a nuestro hoy doctorando para que interpretara una pieza de Bertold BRECHT y Kurt WEIL, Macky el Navaja, muy adecuada tanto para la ciudad de la cuchillería como para la interpretación social del Derecho. Lo hicieron de mala gana, pero desde la segunda pieza lo invistieron como director y asistimos a una extraordinaria sesión. Y además de interpretar el saxofón y el clarinete es capaz de componer la propia música y de discutir con Adorno de teoría de la armonía, si este levantara la cabeza. Recuerdo su interpretación de clarinete en la casa de Isla Antilla, en homenaje a quien entonces se encontraba en el máximo de su vida académica como presidente de la Corte Suprema de Colombia, Alfonso REYES ECHANDÍA, que moriría asesinado pocos meses después en el confuso asalto al Palacio de Justicia.

El genio de MUÑOZ CONDE se muestra en su propio sentido científico. En su capacidad de captar que un proceso bien conocido y modelado puede funcionar de otra manera y provocar así una suerte de ruptura del paradigma y, en consecuencia, una revolución científica, como nos enseñó KUHN. Esto es lo que hace MUÑOZ CONDE en su primer trabajo de “concepto y método”, que se publicó en 1976 como *Introducción al Derecho penal*. Por decirlo en breves términos, la construcción tradicional a las alturas de los finales del franquismo era que para que las conductas resultaran además de típicas, antijurídicas y culpables, tenía que darse una contradicción con las normas de cultura legítimas, por lo que habrían de resultar impunes los delitos que entonces se llamaban puramente políticos. El proceso se conocía: se trataba de la idea de las normas de cultura de Max Ernest MAYER, que tuvo la fortuna de morir pocos años antes de que le fueran a buscar. Pero sólo a MUÑOZ CONDE se le ocurrió incorporar ese proceso al complejo de la teoría del delito generando la natural consternación de los epígonos de la dictadura y de los que lo eran de facto y gustaban de manifestarse como apolíticos. Mostraba MUÑOZ CONDE entonces no sólo el genio sino el valor, pues recuerden ustedes que como muy bien sabe BAIGÚN, y BERGALLI aquí presente, en relación a Dictaduras, y como en los toros, hasta el rabo todo es toro. Por otra parte, la idea sigue resultando un instrumento capital para gestionar técnicamente los problemas de nuestras sociedades multiculturales

Esa capacidad de innovación y de generación de cambios en la estructura de los procesos tradicionales la aprendió sin duda de quién, si hubiera premio Nobel de Derecho penal sería el primero en recibirlo, Claus ROXIN. El catedrático de Munich presidía anteayer en Friburgo el Congreso de homenaje al director del Instituto de Derecho penal que ha acogido desde 1957 a 500 investigadores en ciencias penales extranjeros –el primero el que fue nuestro Maestro y Catedrático emérito de esta casa Marino BARBERO SANTOS– y me encomendó felicitar al rector por la concesión del doctorado a su primer discípulo español, y al doctorando por ser este el primero que recibe en territorio nacional, que como el de los toros es este territorio más proclive a dar cornadas que triunfos.

No quiero dejar de mencionar otra aportación científica de MUÑOZ CONDE: la acuñación en dos palabras de todo el programa político criminal constitucional de nuestro tiempo, el llamado principio de intervención mínima, que del éxito que ha tenido parece que nació solo.

MUÑOZ CONDE ha respondido al reto máximo de un penalista: la elevación sobre el mero y desnudo positivismo jurídico, que había permitido a grandes juristas traspasar las dictaduras europeas sin arañarse la piel y, además, sacando pecho por no haber perdido el alma. Expresado para lo no juristas: en la ambición por "lo científico" se llegó a creer que el objeto exclusivo y excluyente de la ciencia jurídica eran las leyes, que valían por sí mismas, inclusive las leyes represivas de las dictaduras, inclusive las del nacionalsocialismo, o las que entre nosotros aspiraban a reinstalar la vida nacional por la vía de la espada y la religión. Superar esta limitación de resultados tan trágicos ha requerido varios decenios hasta que algunos como MUÑOZ CONDE han sabido incorporar en el objeto de la ciencia la realidad sobre la que las normas se aplican –que es lo que llamamos sistema penal– y los valores que rigen las normas y el sistema y, sobre todo, los valores que deben de regir a unas y a otro.

Todo esto resulta más sencillo en el Estado social y democrático de Derecho. Los valores y los derechos fundamentales forman parte sustancial de las leyes y las que no se acomodan a estos valores básicos y derechos fundamentales no son leyes o, mejor son leyes nulas, sin tener que recurrir para ello al Derecho natural. Hoy sabemos que las leyes tienen que incorporar los derechos humanos, sin cuyo respeto ni la ley de gravitación universal podría llamarse tal. Esto es así en los estados constitucionales y

esto debe ser así incluso en la Conchinchina, aunque algunos lo llamen neoconstitucionalismo.

Pero además de poner a los valores en su sitio correcto inicióse en los últimos años en el oficio de historiador, de historiador de verdad, de archivos, y compuso un hermoso fresco de la doctrina penal de la República de Weimar y alumbró que el más conspicuo de los técnicos, huidor de los valores, era en realidad el autor de las más crueles leyes de la dictadura nazi y era capaz de hacerles el control de calidad directamente en el laboratorio de campo, es decir en el del campo de concentración.

MUÑOZ CONDE ha sabido ser también un investigador de laboratorio es decir un investigador que ha hecho cosas en común con amigos, con discípulos. Las numerosas tesis leídas por sus discípulos de Sevilla y de la Pablo Olavide se ocupan de modo sistemático de problemas con estructuras comunes. Con amigos ha compartido laboratorio de problemas de la parte general del Derecho penal y de las consecuencias jurídicas. Pero ha sido sobre todo con Winfried HASSEMER con quien ha convertido el laboratorio en una máquina de producir ideas para controlar una sistemática del Derecho penal orientada a las necesidades político-criminales y orientada a las consecuencias. Todo ello en el entendimiento de que siendo la dogmática jurídica nuestro método por excelencia de poco vale si el método se convierte en el objeto en sí de la acción científica y las consecuencias de lo que se propone carecen de sentido común.

Con otro amigo, Georg FLETCHER, catedrático de Columbia, cultiva la mayor revolución científica en el ámbito de la armonización internacional del Derecho con la construcción de la llamada gramática universal de la ciencia penal, algo que nosotros hemos abordado de la mano de la catedrática del Colegio de Francia, Mireille DELMAS-MARTY, y que tendrá su encuentro y consecuencias.

En el espacio de las ciencias sociales y jurídicas los líderes científicos tienen que hacerse acompañar de un aparato editorial. Lo supo divinamente ORTEGA Y GASSET. Y aquí MUÑOZ CONDE tuvo la suerte de encontrar para la aventura científica el espíritu de Gutemberg de la familia VIVES, que hoy nos acompaña: el catedrático de Derecho penal senior y ex magistrado del tribunal constitucional, la política de raza y el editor en jefe, que entre todos constituyen la mayor empresa editorial jurídica especializada para los investigadores universitarios.

Los penalistas de mi generación que hemos trabajado con MUÑOZ CONDE hemos tenido en su cercanía una gran aliada. En Bella Aunión, a sus cualidades humanas y a su inteligencia como psiquiatra debemos muchos de los discípulos y amigos lo que somos y para lo cual hemos necesitado su apoyo, el consuelo y, en ocasiones, el impulso. Su intuición ha sido siempre grande para todos los que hemos estado alrededor de su familia.

Lo más difícil para una joven Universidad en el tiempo del nacimiento es encontrar en el ámbito de la excelencia personalidades que se ocupen y preocupen que ayuden a bien nacer, que compartan la pasión por hacer Universidad, por hacer la Universidad que ha sido el más relevante factor de progreso social y de igualdad en la Historia de España, por hacerlo en un territorio humano y espacial como es Castilla La Mancha, por hacernos desde aquí contribuir al progreso científico general. Esto lo encontró esta universidad en MUÑOZ CONDE horas antes de su puesta en marcha en 1985 y durante los 25 años de nuestra existencia. Me llena de orgullo cuando lanzo una mirada comparativa a lo que ha sido la historia de otras universidades en trances semejantes, y a lo que creían algunos que iba a ser nuestra propia historia, en lo que a mí me toca de las ciencias jurídicas, y me topo con un espacio científico que hemos construido con éxito muy notable, y que tenemos la inteligencia de no atribuirlo a nuestros propios méritos, sino a los que desde fuera de la Universidad nos han apoyado y a los que dentro del sistema universitario han querido ayudarnos a ser como ellos.

Por todas estas razones Rector Magnífico los profesores de Derecho penal de esta Universidad te solicitamos que el profesor Francisco MUÑOZ CONDE sea investido doctor *honoris causa* por nuestra Universidad.

\* \* \* \* \*

## **Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Ignacio Berdugo Gómez de la Torre**

Catedrático de Derecho Penal, Univ. de Salamanca. Socio de la FICP.

### **~Laudatio a Francisco MUÑOZ CONDE con motivo de su investidura como Doctor *honoris causa* por la Univ. de Salamanca con fecha de 17 de enero de 2014~**

Excelentísimo S. Rector Magnífico

Autoridades.

Miembros del Claustro de la Universidad de Salamanca.

Doctores de otras universidades que hoy nos honráis con vuestra presencia.

Miembros de la Comunidad Académica.

Señoras y Señores.

Hace un año los integrantes del área de Derecho penal de esta Universidad de Salamanca iniciamos el camino que hoy culminamos. El Departamento de Derecho Público general primero, la Junta de la Facultad de Derecho más tarde, el Consejo de Gobierno y finalmente el Claustro de Doctores, ratificaron con sus votos nuestra propuesta de incorporar al Claustro de Doctores de la Universidad de Salamanca al Dr. Francisco MUÑOZ CONDE.

Nuestras viejas tradiciones, reflejadas ya en este largo y complejo procedimiento, se ven hoy completadas con las imágenes con las que quiero iniciar esta "laudatio".

Señor Rector, señores claustrales, probablemente bastarían estos datos, que acabamos de ver en la pantalla, que exteriorizan una sólida formación, un prestigio internacionalmente reconocido y sobre todo un compromiso con la universidad, para justificar esta distinción. Pero, en nombre de todos los que profesamos el estudio y la enseñanza de los delitos y las penas, quiero aprovechar esta oportunidad para profundizar en estos méritos. Entiendo que no puede ser de otra manera en una ocasión como ésta, en un lugar como éste, en una Universidad como la de Salamanca y cuando nos referimos a una persona y a un jurista como Francisco MUÑOZ CONDE.

El estudio del Derecho puede entenderse como una realidad en sí misma, y limitar su objeto de estudio a las leyes, sin abordar otras cuestiones que la lógica interna de las mismas, sin otra pretensión que buscar proporcionar al juzgador una herramienta que le

facilite la aplicación de las leyes. Frente a esta opción podemos entender que el estudio del Derecho cobra sentido cuando le ponemos en conexión con la realidad que regula, cuando intentamos resolver las interrogantes que determinan su contenido, cuando tenemos presentes sus consecuencias, y cuando no renunciamos y no nos avergonzamos, al expresar y proyectar en nuestras reflexiones el contenido de nuestra ideología.

Pues bien para los que en Derecho penal intentamos seguir este segundo camino, un ejemplo ha sido siempre nuestro nuevo compañero de Claustro. Su investigación comprende la práctica totalidad de los temas del Derecho penal y mira tanto al pasado, al analizar comprometidamente el Derecho penal y la obra de los penalistas del pasado reciente, como al presente, donde al entusiasmo de nuestro legislador en el recurso a las penas, buscando la legitimación de sus decisiones en la opinión pública y no en los principios constitucionales, hacen que sean convenientes y necesarias, aportaciones como las de MUÑOZ CONDE, que se asientan sobre la existencia de un Derecho penal necesario, pero mínimo, que respete en su contenido los irrenunciables principios que exteriorizan las garantías del ciudadano que ha delinquido.

MUÑOZ CONDE es un dogmático de primera línea que se ha ocupado de los fundamentos y de las consecuencias de la responsabilidad penal, al abordar la dimensión psiquiátrica de la imputabilidad, o al llevar a cabo el análisis sociológico y su proyección sobre la estructuras de las normas, con ricas consecuencias para la teoría del delito en general y para la culpabilidad en particular.

Nuestro nuevo claustral, ha abordado también los fines de la pena y los límites de la resocialización, el estudio de los delitos clásicos y el crítico examen del contenido y problemas la actual expansión del Derecho penal, el denominado moderno Derecho penal. Unan a todo ello su comprometido análisis de la historia reciente del Derecho penal, en el que profundiza en el papel que tuvo el Derecho penal en la represión ejercida por las dictaduras en el siglo XX.

Por tanto, en toda su obra MUÑOZ CONDE no se refugia en una falsa neutralidad sino que proyecta su razonamiento en las cuestiones sociales y políticamente más comprometidas. Desarrolla el papel que, en mi opinión, le es socialmente exigible a un universitario y a un jurista.

En esta línea, destaca su esfuerzo por renovar las enseñanzas del Derecho penal conforme a los patrones de un Estado social y Democrático de Derecho, en el que las garantías, los valores constitucionales y la reinserción social del condenado son sus principios fundamentales y las ideas que inspiran su obra *Introducción al Derecho penal* y la teoría jurídica del delito.

Su Parte especial del Derecho penal, que vio la luz por vez primera en 1975, ha alcanzado 19 ediciones y es la obra en la que se han formado muchas generaciones de Licenciados en Derecho españoles, marca un antes y un después en la enseñanza del Derecho penal en nuestro país.

Por tanto, su actividad como investigador y como docente tiene como rasgo fundamental la coherencia interna y su proyección social, así como su lucha por un derecho penal más justo y humano que el que tenemos.

Sin lugar a dudas MUÑOZ CONDE es hoy el penalista español con una mayor proyección internacional, tanto por la ya mencionada traducción de buena parte de su obra, como por la solidez de sus relaciones académicas con otros países y por su labor de traductor y difusor de autores como Claus ROXIN, George FLETCHER o el recientemente fallecido Winfried HASSEMER, con los que, además, es coautor de varias monografías y capítulos de libros.

Todo lo ya expuesto unido al gran número de lenguas que domina, siete, hace, que como ya vimos, haya sido profesor invitado en universidades muy importantes de todo el mundo. Pero su magisterio se proyecta muy especialmente hacia las universidades latinoamericanas lo que da un significado añadido a este doctorado en este Estudio que hace de la América hispana uno de sus signos de identidad.

Señor Rector, señores claustrales al incorporar hoy a MUÑOZ CONDE a la "universitas" de nuestro Estudio, formalizamos una relación que materialmente ya existía. Desde hace décadas él ha colaborado en las actividades organizadas por la Universidad de Salamanca y mantiene una intensa relación académica con los integrantes del área de Derecho penal de nuestra Universidad. Ha representado una guía y un apoyo para la formación de nuestro cuerpo de profesores de Derecho penal, con su orientación, con su consejo, y con su magisterio

Finalmente, no puedo concluir mis palabras sin subrayar el significado adicional que este acto tiene hoy para muchos de nosotros. Estamos incorporando a un penalista a

una universidad que, entre otros, fue la universidad de Alfonso DE CASTRO, de Pedro DORADO MONTERO y de José ANTÓN ONECA, y, además, lo estamos haciendo en un Paraninfo que tiene mucho de símbolo para toda la Universidad española y para todos los que como MUÑOZ CONDE creemos en la fuerza de la razón como medio para hacer valer nuestras convicciones que no son otras que el hombre su dignidad y sus derechos.

Estas, Señor Rector son las razones que nos han llevado a solicitar la distinción que hoy nuestra universidad otorga.

\* \* \* \* \*

## **Prof. Dr. Luigi Foffani**

Catedrático de Derecho Penal, Univ. di Modena, Italia. Socio de la FICP.

### **~Laudatio a Francisco MUÑOZ CONDE con motivo de la concesión del Premio Internacional Silvia Andano en la Univ. La Sapienza de Roma el 25 de junio de 2018~**

Grazie Presidente!

Cari e illustri Colleghi,

Mi tocca l'immeritato quanto gradito compito della Laudatio del Prof. MUÑOZ CONDE.

Un compito da un lato impossibile –perché la vita e l'attività di MC sono sempre state talmente intense e multiformi, che è davvero impossibile darne conto con un minimo di compiutezza nell'arco dei pochi minuti che mi sono concessi dal programma– ma dall'altro lato e al tempo stesso anche estremamente agevole. Tutti coloro che hanno avuto la fortuna di conoscere MC sono in grado di tesserne una personale Laudatio, perché MUÑOZ CONDE –Paco per gli amici– è l'incarnazione perfetta della generosità estrema dell'intellettuale che non si è mai risparmiato, nel rapporto e nel dialogo con i colleghi, con gli amici, con gli allievi, con gli studenti, con la società. E' arduo trovare una persona, un intellettuale, un penalista, che sappia fare uso della parola in forma così comunicativa, intensa, personale e mai banale come MC; e che nella vita universitaria –intesa come una “Universitas” nel senso più ampio della parola, come universalismo accademico che ha solo il mondo come unico confine– abbia davvero dato l'anima, il massimo dell'impegno personale ed intellettuale.

Potrei limitarmi a riprendere le sintetiche parole già pronunciate dai suoi colleghi e amici spagnoli che abbiamo appena ascoltato da questa tribuna, e che sono di per sé sufficienti –per la grande autorevolezza ed esperienza di chi le ha pronunciate– a far comprendere a tutti perché oggi a MC venga conferito –in quest'Aula Giulio Cesare così carica di storia– il Premio intitolato alla memoria di Silvia Sandano, che già è stato attribuito negli ultimi anni a tanti insigni penalisti internazionali.

MC è una figura di giurista e penalista universale, attivo e conosciuto in tutto il mondo, dai colleghi studiosi, dagli studenti e anche dal pubblico dei profani estranei al mondo giuridico:

- **Paco e la dogmatica:** formazione tedesca: MC ha avuto una formazione dogmatica classica, con tanti anni di studio e ricerca in Germania, ma ha anche avuto tanta curiosità e interesse, da sempre, per la politica criminale. E' stato il primo allievo spagnolo di Claus ROXIN (a sua volta Premio Sandano nel 2010), e poi ha avuto un'intensa e fruttuosa collaborazione per tanti anni con Winfried HASSEMER. La dogmatica per lui è una grammatica universale della scienza giuridico-penale, una premessa indispensabile per qualsiasi approccio scientifico alla materia penale; ma anche di per sé sola insufficiente. Come per un romanziere è necessario padroneggiare la grammatica della lingua in cui scrive, ma non è ancora sufficiente per costruire un romanzo, senza il talento, la fantasia e la passione che tale opera richiede –o come per un compositore lo studio dell'armonia è una premessa tecnica indispensabile, ma non è di per sé sufficiente a comporre una sinfonia– così per MC la dogmatica è solo la premessa e lo strumento per poter affrontare con scientificità e consapevolezza lo studio della politica criminale, del rapporto fra il sistema penale e la società, fra il sistema penale e la storia, per potersi davvero calare come intellettuale nella realtà del mondo rifuggendo da (e criticando profondamente) l'immagine del dogmatico isolato nella sua torre d'avorio e ammantato di una falsa neutralità rispetto alla politica e alla società. Sotto questo profilo MC è certamente molto diverso –nel suo approccio scientifico e nel suo stesso modo di parlare del diritto penale (come certamente avremo occasione di apprezzare anche oggi nella sua *lectio magistralis*)– rispetto alla maggioranza dei penalisti dogmatici dei più diversi orientamenti. E questa sua diversità non fa nulla per nasconderla, anzi la rivendica orgogliosamente! E questa sua originale personalità è anche quella che lo ha portato ad avere il grande e meritato successo che noi tutti oggi gli riconosciamo, anche sulla base dei prestigiosi riconoscimenti formali e ufficiali.
- **Humboldtpreisträger:** MC è il primo e fino ad oggi l'unico penalista europeo ad aver ricevuto il Premio Humboldt, che per i giuristi equivale davvero ad un Premio Nobel. E i tanti Humboldtstipendiaten presenti oggi in questa sala sanno – sappiamo– bene che cosa significhi essere un Humboldtpreisträger!
- **Dottore honoris causa in ben 8 Università, dall'America Latina all'Europa:** mi limito fra le tante a menzionare la laurea h.c. ricevuta a Lisbona insieme a Winfried HASSEMER; quella ricevuta nel 2011 insieme a David BAIGUN e

conferita dall'UCLM a Toledo – una sede universitaria anagraficamente giovane, ma che per la bellezza dei suoi antichi edifici e per come è stata per tanti anni guidata dall'allora Rettore LA sembra in realtà a chi non ne conosca l'origine un'Università con tanti secoli di storia; e ricordo più recentemente il titolo ricevuto a Salamanca, un'Università che invece di secoli di gloriosa storia ne ha davvero tanti e li mostra tutti orgogliosamente: a quest'ultima cerimonia di conferimento di laurea ho mi permetto di fare un breve cenno, anche per avervi personalmente assistito fra il pubblico dei togati: impressionante la solennità della cerimonia, forse l'unica al mondo il cui rituale si svolga ancora in latino e commovente il fatto che proprio mentre MC teneva la sua lectio magistralis a Salamanca veniva [a qualche centinaio di km di distanza] celebrato a Francoforte il funerale di quello che forse è stato il principale partner scientifico e amico di MC, Winfried HASSEMER.

[(Voi mi scuserete se salto di palo in frasca, da un punto all'altro... Ma sono davvero tanti gli aspetti della vita e dell'opera di MC che meritano di essere sottolineati ed il tempo a disposizione è necessariamente poco)]

Proseguo la mia esposizione seguendo una linea guida: “MC giurista universale”

- **Paco e le traduzioni:** La dimensione di giurista universale di MC la si può toccare agevolmente con mano innanzitutto nella innumerevole quantità di traduzioni che lo riguardano, in una duplice direzione: MC tradotto e MC traduttore: una storia infinita di divulgazione scientifica internazionale, nella quale MC ha tenuto costantemente e intensamente entrambi i ruoli.
- **Paco e l'America Latina:** Nella sua universalità MC –come è stato appena illustrato autorevolmente da Raul ZAFFARONI– è stato ed è popolarissimo in tutta l'America Latina (Messico, Argentina, Brasile, e in tutti i paesi, grandi e piccoli, di lingua spagnola e portoghese), dove è stato Visiting Professor, conferenziere e relatore in innumerevoli Università: ne sono stato in diverse occasioni testimone diretto: quando in certi congressi in America Latina interviene Paco, l'uditorio e il clima si trasformano, come quando in uno stadio di football entrano in campo Messi e Cristiano Ronaldo...

Grazie allo sconfinato pubblico latinoamericano –oltre che ai tantissimi lettori spagnoli ed europei– MC è l'autore del Manuale più venduto al mondo

(probabilmente più del suo stesso Maestro Roxin): 21 ed della PS dal 1975, 10 della PG dal 1993, quest'ultima scritta in collaborazione con Mercedes GARCÍA ARÁN. Un fenomeno editoriale veramente unico. Se non vado errato è stato tradotto anche in cinese...

- **Paco e la common law:** Ma i suoi interessi e la sua curiosità intellettuale e scientifica spaziano da un lato all'altro del globo: in primo luogo va ricordato il suo grande interesse per il mondo della common law, coltivato soprattutto durante il periodo come Visiting Professor alla Columbia University con George FLETCHER, insignito anch'egli lo scorso anno del Premio Sandano. George FLETCHER, un americano che –alla pari di MC– è assolutamente “anomalo e poliglotta”, con lo sguardo rivolto all'Europa come nessun altro penalista statunitense; un altro che, come MC, da del tu e si permette a volte di “prendere a sberle” la dottrina tedesca. Il ricordo va necessariamente a questo punto ad un convegno che ha segnato un'epoca (ricordato poco fa dall'amico Lorenzo Picotti): Berlino 1999: “Die Selbstverstaendnis der deutschen Strafrechtslehre”: “L'autocomprensione della dottrina penale tedesca”: un congresso memorabile, nel quale intervennero tanti penalisti stranieri, la maggior parte peraltro preoccupati solo di celebrare (un po' acriticamente...) lo splendore della dottrina tedesca. Gli unici capaci davvero di esporre una visione critica –soprattutto puntando il dito sul rischio di autoreferenzialità della dottrina tedesca e sulla sua scarsa propensione ad una vera comparazione con altri ordinamenti ed altre culture giuridiche (la valorizzazione del metodo comparatistico)– furono George FLETCHER e Paco MUÑOZ CONDE.

Da quel memorabile convegno scaturì poi il grande dibattito –e la dura polemica– sul c.d. “Feindstrafrecht” (il “diritto penale del nemico”), che avrebbe contrapposto in diverse occasioni –per iscritto e anche in confronti diretti convegnistici– MC e Günther JAKOBS.

- **Paco e l'estremo oriente:** Nella sua continua ricerca di nuove frontiere, MC ha sempre più spesso rivolto il suo sguardo, negli anni successivi, verso l'Asia, costruendo nuove relazioni scientifiche con l'estremo oriente, dapprima in Giappone e poi in Cina; ed ogni volta accompagnando allo studio del diritto e della cultura di quei paesi anche lo studio della lingua. Possiamo ben dire che MC è il nuovo Marco Polo del diritto penale...

- **Paco poliglotta:** quasi superfluo sottolineare a questo punto che come giurista universale MC è quasi naturalmente e per forza di cose uno straordinario poliglotta: spagnolo, portoghese, tedesco, inglese, francese, italiano, ma anche giapponese e cinese (della cui conoscenza sono personalmente testimone quando lo accompagnai ad un convegno a Pechino nel 2007). Permettetemi una brevissima citazione della Laudatio pronunciata da Luis Arroyo in occasione del conferimento a MC della laurea hc a Toledo nel 2011: “Esa capacidad lingüística descomunal sólo la he encontrado en dos especies humanas, la de genética hebrea y la de los músicos, y siendo MUÑOZ y CONDE de Sevilla no puede venir de otra cosa que de los de músico”.
- **Paco e la musica:** Vista questa digressione musicale provocata dalla citazione dell’amico Luis ARROYO, non posso fare a meno di sottolineare questo aspetto, che tutti coloro che conoscono personalmente MC ben sanno: il suo amore per la musica e la sua profonda formazione e cultura musicale. Riferisce MC nella sua Selbstdarstellung (autopresentazione, che verrà fra breve pubblicata in tedesco) che durante gli anni dell’Università nella Spagna franchista la sua passione ed il suo impegno nello studio andavano molto di più verso la musica, che non verso l’arido e autoritario diritto che gli veniva insegnato in quegli anni. Suonava la bandurria (una specie di mandolino spagnolo), il pianoforte, il clarinetto e poi il sassofono, lo strumento che maggiormente ama; è uno studioso di armonia e appassionato di tutta la musica: dall’opera lirica alla grande musica sinfonica al jazz (se gli chiedete qual è il suo grande sogno incompiuto, non vi parlerà di diritto, ma vi risponderà: “dirigere i Berliner Phylharmoniker”!)

Ma torniamo al MC giurista. MC e la riforma penale.

- **Paco e la riforma penale:** La storia del rapporto fra MC e la riforma penale –filo conduttore che lega la cerimonia di stamattina con il convegno del pomeriggio si lega a doppio filo con quella del “Codigo penal de la democracia”: quel prodotto politico e giuridico che in Spagna sono riusciti a costruire in soli 18 anni di democrazia costituzionale, mentre in Italia abbiamo celebrato i 70 anni della Carta costituzionale ed abbiamo ancora il Codice Rocco! Mi astengo dai problemi della ricodificazione italiana –della quale si parlerà appunto nel pomeriggio– e ritorno invece alla Spagna: MC –come ci riferirà nella lectio magistralis– è non già uno dei padri del CP (non accetterebbe mai questa definizione) ma uno dei penalisti

che hanno lavorato attivamente nella fase di elaborazione dei progetti preliminari, soprattutto quello del 1983.

- Ma oggi MC è soprattutto una delle voci critiche più forti ed ascoltate contro la deriva assunta da molte delle leggi di riforma posteriori alla codificazione del 1995: uno spirito libero e critico che punta il dito contro certe tendenze iperpunitiviste –espansive ed anticipatrici dell’intervento penale– che hanno profondamente alterato l’impianto e l’ispirazione originaria del “Codigo penal de la democracia” in settori delicatissimi e di forte impatto mediatico: dal terrorismo alla violenza di genere, ecc. Di poche settimane or sono è il suo ultimo e clamoroso intervento pubblico, con le dimissioni dalla Commissione di codificazione, accompagnate da un’appassionata denuncia critica e volutamente provocatoria della pericolosa propensione del legislatore ad ascoltare voci dalla società civile che tanto gli evocano il “sano sentimento del popolo” di matrice nazista. Le pericolose sirene del populismo punitivo (contro le quali ha puntato il dito Raul ZAFFARONI), e dalle quali non siamo certamente immuni anche noi in Italia...

Andiamo infine, per concludere, al MC della maturità: con lo sguardo rivolto soprattutto alla storia del diritto penale e dei giuristi penalisti.

- **Paco e la storia:** E’ soprattutto il MC degli ultimi anni quello che si è trasformato in storico del diritto penale e siccome Paco in ogni sua grande avventura scientifica e intellettuale ha sempre cercato un partner privilegiato per il dialogo, il MC storico del diritto penale è quello della collaborazione con Gerhard WERLE e soprattutto con Thomas VORMBAUM. Il MC storico è affascinato e intrigato dallo studio del ruolo dei giuristi (e dei penalisti in particolare) nel corso delle grandi e tragiche dittature del XX secolo – senza risparmiare indagini storiche accurate e mirate su singole personalità di grandi studiosi che seppero occultare certe pesanti compromissioni e collaborazioni scientifiche e politico-criminali con i regimi nazifascisti dell’Europa del XX secolo – così come si è ugualmente impegnato nello studio storico delle fasi di transizione dalla dittatura alla democrazia (Humboldt Kolleg Sevilla 200...). La sua curiosità storica – conoscendo MC – mi sembra tutt’altro che una vena esaurita: la miniera mi sembra più che mai attiva e MC continua a scavare, come la vecchia talpa di marxiana memoria, alla ricerca di storie penali e di penalisti del XX secolo che valga la pena di riportare alla

memoria dei nostri giorni. Il tema della memoria storica è oggi quanto mai attuale, forse – e prima di tutto – perché solo questa memoria storica è davvero in grado di (ri)fondare una base di valori ideali e culturali (prima ancora che giuridici) comuni per una Europa che in questi brutti giorni, disgregata fra nazionalismi e populismi regressivi di varia natura e origine, rischia come non mai di dimenticare il suo passato e bruciare il suo futuro. Per sperare in una Europa della ragione e del diritto avremo in futuro bisogno di tanti giuristi e intellettuali come Francisco MUÑOZ CONDE!

Grazie carissimo Paco!

\* \* \* \* \*

**Prof. Dr. Pablo Sánchez-Ostiz Gutiérrez**

Catedrático de Derecho Penal, Univ. de Navarra, España. Socio de la FICP.

**~Es geht um die Probleme selbst - En recuerdo del profesor Joachim HRUSCHKA (1935-2017)<sup>1</sup>~**

El fallecimiento de Joachim HRUSCHKA el pasado 10 de diciembre me da la oportunidad de traer a la consideración un aspecto de su obra. Se trata de una clave de lectura y comprensión de su obra: el objeto de las doctrinas de la parte general consiste en formular la gramática del lenguaje del Derecho penal y extraer consecuencias de ella. Esta idea se halla presente en la Vorbemerkung de su manual (*Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, 1983, 1988), y es algo más que una imagen de comparación del Derecho penal con un lenguaje, un texto cuya brevedad no debería ocultar su importancia. También en otras obras desarrolló HRUSCHKA este enfoque de la doctrina penal hacia esas "estructuras racionales de la parte general": "Das Strafrecht neu durchdenken! Überlegungen aus Anlaß des Buches von Georg P. FLETCHER, *Rethinking Criminal Law*" (1981); "Kann und sollte die Strafrechtswissenschaft systematisch sein?" (1985); "Vorpositives Recht als Gegenstand und Aufgabe der Rechtswissenschaft" (1992).

Mi conocimiento personal de Joachim HRUSCHKA se inició en 1997 cuando le visité por primera vez. Hablamos entonces de su Strafrecht. He vuelto a consultar el libro y la mirada se encuentra con su dedicatoria en aquella ocasión: 21 de julio de 1997. Me encontraba entonces en Múnich, durante una estancia de investigación en el Institut für die gesamten Strafrechtswissenschaften. El tema que me ocupaba entonces era el del encubrimiento. En aquella biblioteca de Múnich, de una manera por así decir casual, di con *Strukturen der Zurechnung*. Fue como un hallazgo: no era un texto convencional, sino un panorama muy distinto al habitual; era como dar sentido a la teoría del delito, como dar coherencia a las distintas instituciones que la conforman. Y todo, con sencillez. Ya conocía algo de su autor, pues había estado en Barcelona con ocasión de uno de los seminarios hispano-alemanes, y de él me habían hablado Francesc BALDÓ, Jesús SILVA, Ujala JOSHI y Alejandro NAVAS. Tras telefonarle, me fui a

---

<sup>1</sup> Artículo publicado en la gaceta [Enfoques Penales](#), Joachim Hruschka *in memoriam*: fascículo especial, marzo de 2018, pp. 7-9. Agradecemos a su autor, Prof. Dr. Sánchez-Ostiz, y al Prof. Dr. Juan Pablo Montiel Fernández, director de Enfoques Penales y coordinador general de CRIMINT, la institución que la edita, su autorización para reproducir el artículo.

visitarle a su ciudad. Me citó a la salida de la clase que ese día tenía en el Kollegienhaus, junto al Schlossgarten. Me invitó a almorzar y muy cerca de allí nos sentamos en un restaurante de la cercana Halbmondstrasse. Tras las presentaciones de rigor, fueron saliendo a lo largo del almuerzo los temas que me interesaban. Pasamos entonces a conversar sobre el hexágono deontológico, que fue dibujando sobre lo que en ese momento tenía a mano, una servilleta de papel. Su modo de plantear las cuestiones y la pasión que mostraba me fascinó. Ese mismo día, poco después, me presentó a su esposa, Sharon BYRD. Al cabo de aquella jornada, ya de regreso a Múnich, en el tren, decidí que tenía que volver. Y así hice. El verano siguiente llevé a cabo una estancia de investigación en su Instituto de Erlangen. Cuando me preguntan sobre qué tema investigué, pienso: "sobre ninguno". Fue un verano de estudio, lecturas, traducciones. Dedicué el mes de julio a leer con calma su *Das Strafrecht*, el libro verde, sin dejar de comentar con él los avances y retrocesos, mis perplejidades y sorpresas. Fue un periodo de formación en el que pude contar con su inestimable ayuda para comentar todo género de ideas. El segundo mes, lo dediqué a proseguir leyendo diversos artículos. Me fascinó entonces la doctrina de la imputación. Y comencé a traducir uno de sus artículos que por entonces acababa de salir publicado ("Regreßverbot, Anstiftungsbegriff und die Konsequenzen", 1998). Traducir no es lo mismo que escribir, como tampoco hablar es como leer. Y traducir un trabajo de Joachim HRUSCHKA era algo arduo y minucioso. Ya lo sabía por la experiencia de Francesc BALDÓ, y lo comprobé entonces. Agradezco ese modo de trabajar, que me permitió valorar más la calma y la paciencia, que la prisa y los resultados rápidos. Con la ayuda de Jan SCHUHR, fuimos perfilando en diversas conversaciones el texto castellano. De ahí salió la idea de proseguir las traducciones que acabaron conformando "Imputación y Derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación" (2005), que pude entregarle en mano como tributo de agradecimiento, personal y de otros colegas traductores, cuando cumplió 70 años. Entretanto realicé una larga estancia de investigación en su Instituto auspiciada por la Fundación Humboldt. Fruto de aquella estancia (2002-2003) fue también el trabajo que acabó siendo mi tesis doctoral en Filosofía sobre KANT y la imputación: "Imputación y teoría del delito. La doctrina kantiana de la imputación y su recepción en el pensamiento jurídico-penal contemporáneo" (2008).

Desde entonces mantuve contacto con él y Sharon BYRD: en marzo de 2004 en Buenos Aires, Santiago, Córdoba..., después nuevamente en Erlangen; y en Barcelona

y Pamplona... Así, hasta su fallecimiento en el pasado mes de diciembre. ¿Qué llamó entonces mi atención y me llevó a emprender esta relación con Joachim HRUSCHKA y su obra?

Junto a su modo de ser, llamó mi atención ese enfoque metodológico de ir a los problemas mismos más que a las soluciones, a la materia de la legislación más que a los detalles de los códigos nacionales. Así de sencillo y así de valioso. Recuerdo cómo en más de una ocasión me dijo que ir a investigar en Alemania la regulación del Derecho penal positivo era algo superfluo, uninteressant, enfatizaba. Refería el estudio de la parte general, no a las diversas regulaciones del Derecho positivo, sino a la materia de esas regulaciones. De lo contrario, los estudios de Derecho penal estarían abocados al provincialismo, como afirmaba ya en su escrito de 1981.

Su manual no resulta convencional, porque abandona el orden habitual, para estructurar el conocimiento en torno a cuatro líneas maestras: el concepto de acción relevante, la cualidad de la acción en función de los deberes que la rigen (y pueden colisionar), las situaciones de errores posibles y, finalmente, la atribución al sujeto de sus propios errores. Se trata de las cuatro partes que sistematizan el libro. De esas estructuras y su contenido dirá, y repetirá: "Die Prinzipien und die übergreifenden Zusammenhänge, die in diesem Buch herausgearbeitet werden, habe ich nicht erfunden, sondern vorgefunden" ("Los principios y las relaciones derivadas, que se explicitan en este libro, no han sido inventados, sino descubiertos"), y también: "Es ging mir darum, etwas zu entdecken, und nicht darum, Produkte meiner Phantasie in die Welt zu setzen." ("Lo que me preocupa es descubrir algo, no traer al mundo productos de mi fantasía"). Obviamente un enfoque así hace que la lectura de esa obra resulte difícil si se lleva a cabo de manera apresurada, parcial o incompleta. Requiere en cambio sosiego y reflexión, para identificar ese sistema de estructuras que subyace a la regulación positiva. Se trata de identificar "die rationale Strukturen des Allgemeinen Teils» ("las estructuras racionales de la parte general"), la gramática que da sentido.

Salen así a la luz las conexiones conceptuales, lo permanente frente a lo transitorio, lo estructural frente a lo aparente. Y si no se observan esas estructuras y los principios que las rigen, la consecuencia es la irracionalidad y carencia de sentido en lo que se afirma. La consecuencia: que no nos entendamos entre los hablantes. De ahí su comparación del estudio del Derecho penal con el de un lenguaje. En dicho idioma, lo

importante, más que el vocabulario específico, es adquirir y ejercitarse en la gramática que exige. De lo contrario, no logramos expresarnos y hacernos entender con sentido.

En más de una ocasión he oído calificar el planteamiento de HRUSCHKA como analítico, quizá por la referencia en el título del Strafrecht. Su carácter analítico no deriva, sin embargo, de su atención al lenguaje, es decir, como si fuera consecuencia del "giro lingüístico". Su carácter analítico reside más bien en que proporciona distinciones y categorías que permiten identificar lo que es diferente; y sobre todo en que emplea juicios analíticos y no meramente sintéticos. Por eso, su aspiración no es proporcionar soluciones a casos, sino volver la mirada al caso mismo; no tanto solucionar problemas, cuanto presentar el problema mismo.

Ahora, cuando Joachim HRUSCHKA ya no está entre nosotros, su obra queda como muestra de un enfoque siempre necesario para la dogmática del Derecho penal. Será más arduo y costoso que otros estilos, pero más fructífero. Trabajaba con la mirada puesta en el tiempo, en el largo plazo.

Al revisar el ejemplar de su Strafrecht que me dedicó en aquel primer encuentro, vuelvo a leer la dedicatoria: "zur Erinnerung an dem Besuch in Erlangen am 21. 7. 1997". Eso aspira a ser también esta breve nota: una reflexión en recuerdo de aquel gran penalista que fue Joachim HRUSCHKA.

\* \* \* \* \*

## 2. Estudios

### Prof. Dr. Admaldo Cesário dos Santos

Post-Doctor en Derecho Penal (Universidad de Zaragoza/España). Profesor de Derecho Penal, Brasil. Socio de la FICP.

#### **~A culpa funcional de CURADO NEVES: a responsabilidade como decorrência (?) da liberdade: sua tese perante Arthur KAUFMANN (culpa moral)/SILVA DIAS (*dasein* socializado)/Fernanda PALMA (ação alternativa)<sup>1~</sup>**

#### I. DESCRIÇÕES ARGUMENTATIVAS

O direito penal da culpabilidade também assume um viés funcional no direito lusitano. A lição de João CURADO NEVES, por meio de sua obra “*A Problemática da Culpa nos Crimes Passionais*”, constitui nítido exemplo.

Segundo a crítica funcional de CURADO NEVES, grande gama da doutrina — ao tentar definir os critérios da “culpa” a partir da fórmula do “*poder agir de outra maneira*” — ainda circunscreve-se a uma necessidade de punição por “*merecimento*”, sempre levando em consideração dois fatores: “*falta de liberdade*” ou “*mal uso desta mesma*”<sup>2</sup>.

O pensamento do penalista lisboeta, no entanto, caminha em direção diametralmente oposta àquilo que o “*poder agir de outra maneira*” apregoa. Isto, por um motivo simples: a culpa não tem constituído, tão só, a verificação de requisitos necessários para que se possa cogitar de fato punível; ela configura, ainda e *a fortiori*, o elemento central na existência do direito penal, sempre “*dependente*” do fator “*legitimidade*”.

Mas isso, segundo seu pensamento funcional, gera uma grande dificuldade: a de saber se o *conceito legislativo*<sup>3</sup> de culpa, tal como é tomado na dogmática jurídico-penal, pode cumprir sua função pretendida.

---

<sup>1</sup> Em homenagem (*In Memoriam*) ao Ilustre Prof. Dr. João Curado Neves, em reconhecimento à presença e atenção a nós dispensadas durante o nosso curso de Estudos Avançados de Doutorado em Direito, na área de Ciências Jurídico-Criminais, no biênio 2012/2013, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa - FDUL.

<sup>2</sup> CURADO NEVES, J., *A problemática da culpa nos crimes passionais*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 278.

<sup>3</sup> CURADO NEVES, J., *A problemática da culpa nos crimes passionais*, 2008, p. 279.

A seu ver, pensar nestes termos, não resolve o problema da responsabilidade. Isto porque, as *dificuldades* que podem emergir — quando se queira antepor a *ideia de culpa* no conceito de culpa —, podem muito bem ser exemplificadas na defesa falha de seus defensores.

Como exemplo crítico desse conceito que o funcionalista de Lisboa vergasta está a culpa de Arthur KAUFMANN<sup>4</sup>. Este autor, na contramão de CURADO NEVES, defende uma ideia de culpabilidade em que o sujeito só pode sofrer uma punição se se *decidiu livre e conscientemente perante o direito*<sup>5</sup>.

Para CURADO NEVES, se se levar em consideração a ordem social, este pensamento queda-se demasiado inconsistente. Isto porque, para Kaufmann, este princípio de culpa e a sua vincularidade resultam da *origem da culpa jurídica na culpa moral*<sup>6</sup>— esta última de origem divina.

Este ponto de vista de KAUFMANN, segundo a crítica funcional de CURADO NEVES, acaba por suscitar a dificuldade de definição das leis morais.

Se, pois, a culpa moral decorre da seara divina, essa mesma culpa *vincula* a todos os indivíduos ou terá que se recorrer à doutrina de uma determinada instituição religiosa? Mas que instituição?<sup>7</sup> Vincula também os não-crentes?

O principal problema brota, com mais aspereza, quando forem encontrados *casos de contradição* entre um disposto válido no direito positivo (norma) e um outro, proveniente de regras morais de que decorre sua pretensa legitimidade.

Neste caso, como dita aporia seria dirimida? Afinal, o que pode ser regra moral para uns, pode não sê-lo para os demais — aduz CURADO NEVES. O que pode ser fortemente abjurado por uma religião, pode não sê-lo por outra<sup>8</sup>.

---

<sup>4</sup> CURADO NEVES, J., A problemática da culpa nos crimes passionais, 2008, p. 281.

<sup>5</sup> *Schuldprinzip* (1961), pp. 140 e ss., *apud* CURADO NEVES, J., A problemática da culpa nos crimes passionais, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 280.

<sup>6</sup> CURADO NEVES, J., A problemática da culpa nos crimes passionais, 2008, p. 281.

<sup>7</sup> CURADO NEVES usa o termo igreja.

<sup>8</sup> A dignidade penal do adultério e a interrupção voluntária da gravidez são exemplos aventados por CURADO NEVES. Fortemente condenado em várias religiões, nomeadamente as de origem bíblica, o fenómeno moral do adultério já fora abolido do ordenamento jurídico-penal de muitos países. Máxime no Estado Português. Entende-se, atualmente, que o Estado não deve intervir no que respeita às convicções morais e religiosas (Princípio da Lesividade), particularmente no que tange ao foro íntimo dos indivíduos. As efetivas escolhas, sobremaneira as ligações amorosas, não podem ser ditadas pela lei. Cabem, sim, na esfera íntima de cada um, e que devem ser respeitadas como expressão de uma autonomia ética. Contudo, continua CURADO NEVES, isto não significa que o direito se retire de todo do que respeita à fidelidade conjugal; a sua quebra, dentro do Direito Civil, constitui violação de um dever do casamento, pelo que

Logo, essa ideia de culpa moral, a par de não resolver o problema da responsabilidade, não pode ser tomada como conclusão de uma culpa que se consolide em uma capacidade de “*poder agir de modo diverso*”.

Ao apontar as regras morais a que o direito teria de ater-se, KAUFMANN, equivocadamente, atribui às normas jurídicas um fundamento heterônimo de legitimidade<sup>9</sup>. Quanto a isso, não pairam dúvidas. Contudo, tal heteronomia, se concebida sob uma ótica funcional, não pode ser afirmada dentro do próprio ordenamento jurídico. Normas penais devem sua validade à inserção em determinada ordem jurídica; com os preceitos elencados e prescritos nessa ordem, satisfazendo seus limites em matéria contenciosa.

Do ponto de vista desse sistema normativo, é quando basta para que aquelas normas sejam validamente aplicadas pelos organismos criados para o feito. Regras provenientes de outros ordenamentos normativos (morais, religiosos etc.) não podem ser impostas por essa forma.

Não se aventar qualquer um direito em sociedade impor o cumprimento de regras morais ou sociais. A vigência — ou legitimidade — de normas jurídicas também não pode quedar-se condicionada à sua conformidade com regras não jurídicas. Isto representaria insegurança na condução de uma ordem social.

Um argumento religioso não pode servir de substrato para uma culpa jurídica. Se, pois, KAUFMANN recusa-se a tratar a questão dentro de um debate funcional, a sua argumentação (religiosa e metafísica) não pode valer para aqueles cujo entendimento é

---

continua a ser um ilícito civil a redundar em sanção. Aqui, todavia, já não é mais direito penal; é direito civil. A natureza de seu comportamento, em relação a esse dever de fidelidade, já não é mais uma regra jurídico-penal, senão a violação de regras meramente contratuais. Daí, pois, um conceito moral de culpa não servir para se aferir a responsabilidade penal. A interrupção voluntária da gravidez segue o mesmo exemplo. Pode ocorrer que, para determinado pensamento filosófico ou teológico, regras juridicamente válidas não sejam legítimas, em virtude de tal escola de pensamento não prescrever regras a serem observadas na prática quanto a esse fenômeno (sectários de uma religião é um exemplo). Ou, por outro viés, queira, de uma hora para outra, regular o teor das normas jurídicas da sociedade quanto a esse fenômeno interruptivo, tipificando-o. Isto vincularia apenas os membros da respectiva congregação, cujo entendimento é a censurabilidade. Contudo, aqueles cujo entendimento seja desconforme não se ligariam à corrente primeira. Com isso, ter-se-ia uma conclusão nada alvissareira: nem o sistema normativo, nem o conceito religioso prenderiam essas pessoas no sentido de obedecerem ao *comando* da norma (jurídico ou religioso). Como se poderia, *in casu*, concretizar/executar o *mandamus* e escoimar a insegurança jurídica? A exigência de que determinada ordem jurídica respeite princípios religiosos só vincula o procedimento dos órgãos dessa denominação religiosa e o comportamento de seus membros. Tão só. Mas, já não o dos órgãos e sujeitos da ordem jurídica visada. Daí, CURADO NEVES alertar que, este aspecto de insegurança, que não deveria existir, queda-se totalmente ignorado por KAUFMANN. (Nesse teor, cf. CURADO NEVES, J., *A problemática da culpa nos crimes passionais*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, pp. 281/283).

<sup>9</sup> CURADO NEVES, J., *A problemática da culpa nos crimes passionais*, 2008, p. 283.

divergente. Logo, suas convicções não podem ser partilhadas *dentro do e pelo* direito funcional.

O que vale para esse “*direito*” natural de KAUFMANN — de origem divina — deve valer para qualquer outro sistema de ideias que se pretenda utilizar como critério superior de legitimidade do direito penal em geral.

Esta sobreposição pretendida por Arthur KAUFMANN somente poderia ser admitida em uma dessas duas circunstâncias: se o próprio ordenamento jurídico *se autovincular* pelo respeito das regras definidas por esse outro sistema supraordenado<sup>10</sup>, ou se, por uma adesão, os membros dessa denominação religiosa se julgarem, pelo seu credo, vinculados à lei. Fora disto, não há outra possibilidade. E arremata esgrimindo que, fora de tais hipóteses, não se pode pôr em causa a legitimidade de normas penais, simplesmente porque se parta de sua desconformidade perante valores ou regras, provenientes de outro sistema normativo.

O pensamento funcionalista de CURADO NEVES colide, ao apresentar grandes divergências, com o conceito de culpa esposado por Augusto SILVA DIAS. Para este autor<sup>11</sup>, a culpa passa a ser entendida como culpa material. Em sentido formal, o fenômeno da culpa não passaria de mera prática de fato ilícito, desacompanhada de uma razão válida para o fazer. Em contrapartida, a culpa material não é senão a razão de ser da punição e o fundamento da exigência ao agente, quando do cumprimento das normas penais.

Por conseguinte, SILVA DIAS opta, através da integração<sup>12</sup> no processo comunicativo, por dar uma formulação diferente ao mecanismo da legitimidade. Em sua intelecção, a legitimidade passa a decorrer, não da possibilidade de participação individual no processo ensejador da criação da norma concretamente violada ou, ainda, da integração das normas penais aplicáveis nesse sistema.

A legitimidade normativa decorre, agora, da natureza democrática da ordem em causa. Mas não apenas do ponto de vista da *democraticidade*<sup>13</sup> da escolha dos órgãos de

---

<sup>10</sup> CURADO NEVES, a teor exemplificativo, cita os Estados Muçulmanos, cuja validade normativa se adscrive à Lei Islâmica, pontuando, contudo, que a Constituição Portuguesa não pode ser inserida nessa pretensão. (CURADO NEVES, J., A problemática da culpa nos crimes passionais, 2008, p. 283).

<sup>11</sup> DIAS, A. S., “Delicta in se” e “delicta mere prohibita”. Uma análise das discontinuidades do ilícito penal moderno à luz da reconstrução de uma distinção clássica, Coimbra, Almedina, 2008, p. 729.

<sup>12</sup> Quanto a isto, CURADO NEVES, J., A problemática da culpa nos crimes passionais, 2008, p. 289.; DIAS, A. S., “Delicta in se” e “delicta mere prohibita”. 2008, p. 729.

<sup>13</sup> CURADO NEVES, J., A problemática da culpa nos crimes passionais, 2008, p. 289.

criação do direito, senão, também, da atribuição de outros direitos cívicos dos quais depende o conjunto da integração social. Todos esses direitos, dessarte, possuem um papel a desempenhar, tanto no processo do reconhecimento recíproco, quanto nos processos de formação da consciência e na *experiência comunicativo-normativa*<sup>14</sup> de um mundo democrático.

Para SILVA DIAS, o fundamento da culpabilidade deve considerar a seguinte construção: *a)* se o significado da culpa pelo fato é de que o agente apropriou-se ou assumiu pessoalmente a negação do reconhecimento — por força de outros fatores na interação social; *b)* se a sua função reside em apreender a atitude do agente no conflito penal e, assim, garantir um momento de individualização na responsabilidade penal; *c)* e se o fenômeno da culpa é eminentemente *relacional*, então, o sujeito da culpa não pode ser a consciência, o caráter ou a biografia individuais, mas sim o “*Dasein*” Socializado<sup>15</sup> — a *personalidade inserida* em um determinado *mundo de vida* (*Self=Lebenswelt*).

É este *Dasein* que fundamenta a culpa. É este o termo de referência da exigibilidade do comportamento devido na situação concreta. Não a abstração constituída pelo homem médio — como uma espécie de “*Man*” heideggeriano<sup>16</sup>. A questão que se coloca na culpa não é a de saber-se se um homem médio — no sentido de cidadão criterioso ou algo afim — podia ou não ter evitado, concretamente, o fato ilícito, mas sim se era ou não razoável esperar de uma pessoa do tipo social do agente que se abstinhasse de realizá-lo.

Noutros termos: não há, para SILVA DIAS, um padrão normativo e objetivo de medida ou, por outro lado, uma *unidade psicofísica*<sup>17</sup> que se mede. A culpa não pode consistir na desconformidade de uma consciência individual ou subsistema psicofísico de um modelo normativo abstrato. Deve, sim, partir de um processo interpretativo em que se constrói tipicamente, e — perante a exigibilidade de comportamento diante da normatividade jurídica — com o grau de *concretização possível*<sup>18</sup> para o sujeito da culpa.

---

<sup>14</sup> CURADO NEVES, J., A problemática da culpa nos crimes passionais, 2008, p. 289.; DIAS, A. S., “*Delicta in se*” e “*delicta mere prohibita*”. 2008, p. 730.

<sup>15</sup> DIAS, A. S., “*Delicta in se*” e “*delicta mere prohibita*”, 2008, p. 729.

<sup>16</sup> Termo utilizado por SILVA DIAS ao referir ao Existencialismo de HEIDEGGER. (Cf. DIAS, A. S., “*Delicta in se*” e “*delicta mere prohibita*”, 2008, p. 729).

<sup>17</sup> DIAS, A. S., “*Delicta in se*” e “*delicta mere prohibita*”, 2008, p. 730.

<sup>18</sup> DIAS, A. S., “*Delicta in se*” e “*delicta mere prohibita*”, 2008, p. 730.

A experiência normativa obtida na interação influencia fortemente a identidade pessoal e, nesse viés, forma um quadro decisivo para a constituição do tipo social relevante para a culpa.

A individualização, implicada na apreciação da culpa, demanda um sujeito no mundo, cuja construção de sua identidade dá-se nas relações com os outros e com as regras e valores, orientadores dessas relações. Destarte, a atribuição concreta da culpa, nestes termos subsumida, tem lugar dentro de um processo relacional entre *mundividência*<sup>19</sup> e sistema jurídico.

A relevância do mundo de vida para a culpa, sem embargo, não se queda, exclusivamente, pela constituição do tipo social do agente. Vais mais além. Porquanto SILVA DIAS condiciona e delimita os termos da própria censura, tanto em seu fundamento e estrutura normativa do mundo de vida, quanto dentro de um “*processo recíproco*”<sup>20</sup> — *in casu*, ficando de fora a atribuição de culpa em sentido único, vista exclusivamente como uma falta do indivíduo para com a sociedade —, que leva em consideração a ação do meio social sobre o indivíduo e a sua conduta ilícita.

Conforme entende, sempre que na atribuição da culpa ao *agente concreto* sejam ultrapassados os fenômenos fornecidos pelo seu tipo social, quer pelo lado da generalização e funcionalização, quer pelo lado da extrema individualização, o princípio da culpa quedar-se-á violado.

Por conseguinte, a concepção de culpa assim posta pelo penalista de Lisboa, evita, segundo ele próprio, um *deficit de individualização*<sup>21</sup>. O tipo social do agente, por ele propugnado, possibilita um grau de individualização compatível, por um lado, com o modo de conhecimento social em causa e, por outro, com o princípio da dignidade da pessoa humana, que institui, entre aspectos outros, uma proibição de devassa e instrumentalização<sup>22</sup>.

---

<sup>19</sup> DIAS, A. S., “Delicta in se” e “delicta mere prohibita”, 2008, p. 731.

<sup>20</sup> (*In verbis*): “*Tem razão OTTO ao afirmar que aquilo que um indivíduo é, é-o também porque cresceu de uma determinada maneira num determinado ambiente social. O mal que os outros lhe fizeram marca a sua identidade social, pelo que a ideia de culpa individual deve compreender igualmente a ‘culpa dos outros’ ou a ‘culpa da sociedade’.*” (Cf. DIAS, A. S., “Delicta in se” e “delicta mere prohibita”, 2008, p. 731).

<sup>21</sup> DIAS, A. S., “Delicta in se” e “delicta mere prohibita”, 2008, p. 742.

<sup>22</sup> (*In verbis*): “*O tipo social do agente — como realização do pensamento tipológico — é um esquema interpretativo que assegura duas importantes condições de imputação da culpa: por um lado, é suficientemente flexível para incluir algumas singularidades que interessam à apreciação da culpa no caso concreto; por outro lado, garante o grau de concretização necessária para podermos afirmar que uma determinada decisão jurídica condenou ou absolveu a pessoa x, e não as pessoas y ou z. O tipo*

Em uma diatribe ao conceito funcional de culpa em JAKOBS, SILVA DIAS se posiciona no sentido de a construção de culpa daquele penalista tedesco ser complexa e coerente com o ponto de vista funcional, mas de padecer de dois vícios fundamentais: *deficit de individualização e falácia normativista*<sup>23</sup>. Isto porque, aos moldes em que se apresenta, o funcionalismo sistêmico não considera, na constituição da pessoa, “dados”<sup>24</sup> extrapenais que permitam identificá-la como sujeito social (*Dasein*); o que elimina da imputação e da culpa a *identidade socialmente constituída*<sup>25</sup> do agente.

Pela via que se refuta, o agente da culpa não está perante o julgador (juiz) como “*Dasein*” social pré-jurídico. Pelo contrário: encontra-se constituído no processo penal como um artefato do sistema. Porquanto a sua punibilidade não mais se assenta na dependência ou no condicionamento que tenham a ver com a sua identidade social, senão, sobremaneira, nas necessidades de estabilização ou de uma autoconfirmação do sistema social, apenas.

Logo, a concepção de culpa do seu sujeito do tipo social escapa, segundo ele, a qualquer uma das críticas dantes apontadas. Evita a falácia normativa em que se assenta o funcionalismo sistêmico radical — à medida que sustenta não ser o direito penal o construtor (exclusivamente) da imputação pessoal — e, ao mesmo tempo, respeita a dignidade humana ontológica do agente.

Em sua doutrina da culpa, o sistema jurídico-penal comunica na atribuição da culpa. Contudo, não com uma construção própria, mas sim com um sujeito autônomo, socialmente constituído, apto a intervir em relações sociais indiretas; capaz de responder nelas mesmas pelos seus atos.

Ao fim, CURADO NEVES tece sua crítica à posição da culpa de SILVA DIAS a partir de uma *legitimidade do processo comunicativo*, quando este toma por base — mas de formulação diferente — a posição de Klaus GÜNTHER. Isto porque, no pensamento de SILVA DIAS, a legitimidade decorre, não da possibilidade de *participação individual* no processo que levou à criação da norma concretamente violada, senão que da natureza

---

*social do agente é um mediador compreensivo, que, embora não coincida inteiramente com o agente enquanto individualidade, é construído a partir dele e fornece ao juiz uma identidade social e juridicamente relevante, que traça ao mesmo tempo os limites da imputação.*” (Cf. DIAS, A. S., “*Delicta in se*” e “*delicta mere prohibita*”, 2008, p. 742).

<sup>23</sup> DIAS, A. S., “*Delicta in se*” e “*delicta mere prohibita*”, 2008, p. 740.

<sup>24</sup> DIAS, A. S., “*Delicta in se*” e “*delicta mere prohibita*”, 2008, p. 740.

<sup>25</sup> Quanto a isso, veja-se DIAS, A. S., “*Delicta in se*” e “*delicta mere prohibita*”, 2008, p. 740. E, criticando veementemente este pensamento, cf. CURADO NEVES, J., *A problemática da culpa nos crimes passionais*, 2008, pp. 294-295.

participativa do conjunto do sistema jurídico, e da integração das normas penais aplicáveis nesse sistema.

Noutros termos, a legitimidade decorre, *in casu*, da natureza democrática da ordem jurídica em causa, não somente do ponto de vista da democraticidade da escolha dos órgãos de criação do direito, mas também da atribuição de outros deveres cívicos de que depende o conjunto da integração social<sup>26</sup>.

Sobre o posicionamento de SILVA DIAS, a visão funcional de CURADO NEVES arremata: defendendo a culpa nesses moldes, SILVA DIAS parece não se aperceber de que, por esta forma, joga<sup>27</sup> fora o menino com a água de banho. Porquanto, a exigência de que as normas penais tenham sido aprovadas em um ordenamento jurídico democrático — que reconhece àqueles que vivem sob a sua égide um leque alargado de direitos de participação na vida social — pode até constituir um requisito de legitimidade do sistema jurídico-penal. Sem embargo, para uma coisa *não serve*<sup>28</sup>: estabelecer uma relação pessoal entre o agente do fato punível e a norma de que decorre a sua punição. Daí, para ele, a posição de uma culpa nestes termos carecer de base sustentatória.

A crítica de CURADO NEVES não estagna no *Duplo Papel do Sujeito* de SILVA DIAS. Direciona-se também a Fernanda PALMA, em face de sua culpa apontar para o solo das *ações alternativas*<sup>29</sup>.

Porquanto, para esta autora, as dificuldades na comprovação de uma *liberdade de agir de outro* modo não podem justificar a dispensa de uma constatação empírica<sup>30</sup> da *oportunidade concreta* de o agente adotar outra conduta.

---

<sup>26</sup> CURADO NEVES, J., A problemática da culpa nos crimes passionais, 2008, p. 289.

<sup>27</sup> O Penalista português utiliza a expressão “*Deita Fora*”. (Cf. CURADO NEVES, J., A problemática da culpa nos crimes passionais, 2008, p. 289).

<sup>28</sup> CURADO NEVES, J., A problemática da culpa nos crimes passionais, 2008, p. 289. (*In verbis*): “*Com esta reformulação deixa de existir qualquer fundamento para falar de legitimação por via da culpa. Mesmo que se entenda que a culpa se traduz numa relação pessoal (de censura) entre o delinquente e o crime que lhe é imputado, esta relação não está implicada quando se reporta a legitimidade da punição à natureza democrática do regime político. Esta existe, qualquer que seja a condição do agente. Se se entender que não basta a legalidade democrática das normas de que decorre a imputação do facto (sic) ilícito e culposo para considerar legítima a punição, o fundamento de legitimidade terá que ser buscado alhures.*”

<sup>29</sup> PALMA, F., O princípio da desculpa em direito penal, Coimbra, Almedina, 2005, p. 246.

<sup>30</sup> PALMA, F., O princípio da desculpa em direito penal, 2005, p. 139. (*In verbis*): “*As limitações do sistema consagrado no Código Penal Português são essencialmente as seguintes: rigidez das distinções entre justificação e desculpa e entre exclusão da culpa e desculpa; irrelevância para a desculpa de factores (sic) emocionais; irrelevância para a desculpa de factores (sic) justiça, relacionados com regras de oportunidade e igualdade [...] numa lógica preventista, a exclusão de situações de pressão dos*

A seu sentir, o sentido geral da formulação de um *princípio da desculpa* desenhasse, por assim dizer, através de alguns traços fundamentais a serem observados. Em primeiro, pela *a*) exigência de verificação empírica da capacidade de o agente motivar-se em concreto pela norma — pelo uso de critérios extrajurídicos que informem sobre o poder da pessoa em relação a seu ato — rejeitando a mera normatização da desculpa; em segundo, pela *b*) confrontação da capacidade abstrata de o agente motivar-se pelo *comando* normativo *versus* a oportunidade de realizá-lo em concreto, por meio de critérios de justiça e equidade, que possam atender à situação do agente; em terceiro, *c*) pela *relevância desculpante*<sup>31</sup> de fatores que afetam a manifestação da identidade pessoal no ato.

Relativamente à posição acima adotada, a visão de culpa de CURADO NEVES é diametralmente oposta. Não é viável, para este funcionalista, centrar o problema da culpa do agente no solo da falta de oportunidade de ações alternativas.

Afastar uma culpa por falta de oportunidade de ação — no sentido de que o direito penal não pode estabelecer incriminações de certas condutas sem, simultaneamente, apresentar vias para uma desculpa — não somente não pode servir de base a uma culpa comunicativa, como, por outro aspecto, soa inservível para dirimir o conflito social decorrente de uma ordem imposta.

Uma afirmação de culpa, calcada na ideia de que cada indivíduo tem seus próprios desejos e paixões e que, mercê disso, o direito está compelido a reconhecer cada subjetividade humana — associada a um código valorativo próprio<sup>32</sup> —, pode valer para outro campo; menos para uma esfera de culpa jurídico-penal.

## II. A NOSSA CRÍTICA

Cabe-nos, aqui, fazer um reforço à posição de CURADO NEVES. A defesa da culpa,

---

*motivos [...] ou de igualdade de contextos sociais condicionantes da autonomia não constitui problema, por se entender que a eficácia sobre os destinatários das normas é o aspecto decisivo da própria desculpa [...] O reconhecimento do dever de cumprir as normas, a estabilidade das expectativas quanto a esse cumprimento ou a perigosidade do agente permitem admitir a censura pessoal em situações em que, por razões de justiça, equidade ou justificação moral, seria duvidoso punir [...] podem verificar-se contextos sociais, nomeadamente de responsabilidade colectiva (sic) que diminuam em termos drásticos a possibilidade de preferir tomar uma decisão de acordo com o direito [...] a questão da liberdade enquanto poder efectivo (sic) de conduta alternativa exprime-se, em alguns destes casos, como um problema de falta de justa e adequada oportunidade para a omissão da conduta ilícita.” (Vide PALMA, F., O princípio da desculpa em direito penal, 2005, pp. 136-137).*

<sup>31</sup> PALMA, F., O princípio da desculpa em direito penal, 2005, p. 140.

<sup>32</sup> PALMA, F., O princípio da desculpa em direito penal, 2005, pp. 67-70. Criticamente quanto a isto, vide CURADO NEVES, J., A problemática da culpa nos crimes passionais, 2008, p. 660.

aos moldes por ele apresentados, também não merece a nossa adesão.

O problema da legitimidade normativa da culpa, para um castigo, não pode partir de uma legitimação genérica de Estado sem a contemplação prática dos princípios de justiça material. Principalmente diante de determinados agentes, cuja culpa sistêmica pode recair como um nítido direito penal de autor. Leia-se, aqui, o aborígene, o colonizado, o imigrante, o escravo, o árabe, o judeu, o cigano etc., cuja *culpa histórica* já os condenou (e condena), antecipadamente. Máxime diante da crise migratória a envolver o direito penal da globalização, cuja marca criminalizadora tem sido uma constante diante daqueles que buscam melhorias de sobrevivência — fugitivos da guerra, da fome, do subdesenvolvimento, do genocídio religioso etc. — em países desenvolvidos que, para coibirem a imigração em massa desses povos sofridos, criminalizam, antecipadamente, tanto a entrada, quanto determinadas condutas migratórias<sup>33</sup>.

Por isso, para nós —e no mesmo solo de compreensão de BUSTOS RAMÍREZ e HORMAZÁBAL MALARÉE<sup>34</sup>—, a responsabilidade deve ser igual à exigibilidade.

Se, pois, as exigências sistêmicas não fornecem ao homem concreto uma real possibilidade de *atuar de modo diverso*, ao Estado não poderá ser dado o poder de punir. Esta margem de liberdade individual deve ser conferida (viabilizada), qualquer que seja a punição estatal, e qualquer que seja o sistema que a envolva.

O problema não é se o Estado (sistema) deve exigir responsabilidade, mas se *se pode exigir*<sup>35</sup>. A culpa funcional, defendida por CURADO NEVES, não somente não responde, como também não resolve essas aporias; nomeadamente quando se tem por objeto determinados agentes da culpa.

\* \* \* \* \*

---

<sup>33</sup> Para cotejar a nossa crítica, veja-se, a propósito, MANNOIA, M., *Storie di quotidiano razzismo. I migranti e i rom tra pane e disprezzo*, en: PIRONE, M. A./MANNOIA, M., *Il razzismo in Italia società, istituzioni e media*, Roma, Aracne Editrice, 2010, pp. 85 e ss. Assim também, MONCLÚS MASÓ, M., *Hacia una política criminal diferenciada para los extranjeros: la consolidación de la expulsión como sanción penal especial*, en: RIVERA BEIRAS, I., *Política criminal y sistema penal: viejas y nuevas racionalidades punitivas*, Barcelona, Anthropos/OSPDH, 2005, pp. 330-347; DAL LAGO, A., *La porta stretta. L'Italia e "l'altra riva" tra colonialismo e politiche migratorie*, California, University California, 2010, pp. 01-09.

<sup>34</sup> HORMAZÁBAL MALARRÉ, H., *Una necesaria revisión del concepto de culpabilidad*, en: *Homenaje al Profesor Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Madrid, Thompson/Civitas, 2005, p. 509.

<sup>35</sup> Também nesse sentido, cf. HORMAZÁBAL MALARRÉ, H., en: *Homenaje al Profesor Gonzalo Rodríguez Mourullo*, 2005, p. 509.

## **Prof. M.<sup>a</sup> del Carmen Buendía Rubio**

Fiscal del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha. Profesora de la UNED.  
Socia de la FICP.

### **~Investigación criminal, Medicina Legal y Policía Científica~**

#### **I. INVESTIGACIÓN CRIMINAL Y MEDICINA LEGAL**

La investigación criminal como presupuesto básico, esencial y necesario para la averiguación de los delitos y de las personas responsables de los mismos comparte con la medicina legal el mismo fin u objetivo, cual es el de la colaboración y auxilio a la Administración de justicia en la determinación y esclarecimiento de todas las circunstancias que rodean la comisión de hechos delictivos y las referidas a los sujetos que intervienen en los mismos, tanto activos como pasivos, ambas están íntimamente relacionadas por la principal dedicación de la medicina legal a la investigación criminal, estando orientada, la medicina legal al *asesoramiento pericial de los tribunales*<sup>1</sup>.

La medicina legal aparece por primera vez en el siglo XVI, en Alemania, así, la Ley Carolina promulgada por Carlos V en 1532 obligaba a expertos en medicina intervenir sobre los cadáveres en los casos de homicidio voluntario e involuntario. En 1536, Francisco I de Francia redacta una Ordenanza organizando el inicio de la medicina legal.

La medicina legal o también denominada forense, como rama de las Ciencias Médicas se encarga de aplicar los conocimientos científicos en el ámbito de la Tanatología, Traumatología, Toxicología, Sexología y Psiquiatría forenses, al servicio de los Juzgados y Tribunales fundamentalmente en las investigaciones criminales, si bien, su intervención también puede ser tenida en consideración en el ámbito civil, no obstante, es en el ámbito penal donde fundamentalmente se desarrolla la labor del médico forense.

La medicina legal abarca conocimientos no sólo basados en la medicina sino también en la biología, la psiquiatría, odontología, química toxicológica, bioquímica, física y estadística. Todas estas disciplinas pueden formar parte de las Ciencias Forenses.

---

<sup>1</sup> Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española.

Así pues, podemos definir la Medicina Legal como el conjunto de conocimientos especializados o disciplinas científicas aplicadas en el ámbito forense al servicio de la Administración de Justicia, si bien, algunas de las disciplinas integradas en la misma, no son de exclusiva aplicación por parte de los profesionales de la medicina forense adscritos a la Administración de Justicia, sino que existen otros especialistas pertenecientes a universidades, instituciones públicas o incluso privadas, que también pueden acreditar su capacidad para realizar la misma pericia forense<sup>2</sup>.

De otra parte, algunas de estas disciplinas aplican técnicas propias de la criminalística mientras que otras, forman parte de la criminología, así, mientras que ésta tiene por objeto *la investigación del crimen, de la víctima, del delincuente y del control social de los hechos criminales*, con el objetivo principal de determinar la causa o motivación que llevó al sujeto a delinquir, la criminalística tiene por objeto el *estudio de los indicios dejados en el lugar del delito, gracias a los cuales puede establecerse, la identidad del criminal y las circunstancias que concurrieron en el hecho delictivo*, se trata de una disciplina que aplica conocimientos, métodos y técnicas de investigación científica en el examen del material sensible y significativo, relacionado con la comisión de un delito, con la finalidad de determinar su existencia cierta, la determinación de los sujetos intervinientes en el mismo o, su reconstrucción, todo ello puesto al servicio de los órganos encargados de administrar justicia. Esta distinción ha servido para delimitar, al menos en parte, las competencias entre el médico forense y la policía científica.

Así pues, tanto la Medicina Legal como la Criminalística y, en menor medida, la Criminología, intervienen en la investigación criminal, estando dichas disciplinas al servicio de la Administración de Justicia.

La promulgación de la LO 6/1985, del Poder Judicial, supuso un hito fundamental en la reforma de la medicina forense al configurar los Institutos de Medicina Legal como pilares de su organización. De esta forma, se sientan las bases para superar las deficiencias organizativas y operativas fruto de la regulación precedente, caracterizada por la falta de coordinación y de planificación conjunta.

---

<sup>2</sup> GONZÁLEZ MÁZ, en Fundamentos de Investigación Criminal, 2008, p.86.

Los Institutos de Medicina Legal se constituyen, en virtud de la LOPJ<sup>3</sup>, como órganos técnicos adscritos al Ministerio de Justicia o, en su caso, a aquellas Comunidades Autónomas con competencia en la materia, cuya misión principal es auxiliar a la Administración de Justicia en el ámbito de su disciplina científica y técnica, estableciéndose en las capitales de provincia sede de un Tribunal Superior de Justicia, no obstante, el Gobierno, podrá autorizar que dicha sede sea la de la capitalidad administrativa de la Comunidad Autónoma de la que se trate, cuando sea distinta de la del TSJ, también podrá establecerse en las restantes ciudades del ámbito territorial del TSJ de que se trate, con el ámbito de actuación que se determine, además, con sede en Madrid, existirá un Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses que prestará servicio a los diversos órganos de jurisdicción estatal.

Por su parte, el Real Decreto 386/1996 de 1 de marzo por el que se crea el Reglamento de los Institutos de Medicina Legal, establece que los Institutos de Medicina Legal son órganos técnicos, cuya misión es ayudar a los Juzgados, Tribunales, Fiscalías y Oficinas de Registro Civil, mediante la práctica de pruebas periciales médicas, tanto tanatológicas como clínicas, y de laboratorio, así como realizar actividades de docencia e investigación relacionadas con la medicina forense<sup>4</sup>.

A los Servicios de Patología Forense les corresponde la investigación médico legal en todos los casos de muerte violenta o sospechosa de criminalidad que hayan ocurrido en la demarcación del Instituto y sea ordenada por la autoridad judicial, así como la identificación de cadáveres y restos humanos.

Los servicios de clínica médico forense se encargarán de los peritajes médico legales y, en particular, del control periódico de los lesionados y de la valoración de los daños corporales que sean objeto de actuaciones procesales, así como la asistencia o vigilancia facultativa de los detenidos en los términos establecidos en el artículo 3, c) del Reglamento del Cuerpo de Médicos Forenses.

Los servicios de laboratorio Forense realizarán análisis biológicos, clínicos y de toxicología, sin perjuicio de las competencias del instituto de Toxicología que en este sentido actuará como referencia en materia de su especialidad<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> Artículo 479 de la LOPJ.

<sup>4</sup> Artículo 1 del RD 386/1996 de 1 de marzo.

<sup>5</sup> Artículo 8 del RD 386/1996 de 1 de marzo.

Los médicos forenses son funcionarios de carrera que constituye un Cuerpo Nacional de titulados superiores al servicio de la Administración de Justicia.

Las funciones de los médicos forenses son:

- Asistencia técnica a Juzgados, Tribunales y Fiscalías en las materias de su disciplina profesional, emitiendo informes y dictámenes en el marco del proceso judicial o en las actuaciones de investigación criminal que aquéllos soliciten.
- Asistencia o vigilancia facultativa de los detenidos, lesionados o enfermos que se hallaren bajo la jurisdicción de los Juzgados, Tribunales o Fiscalías, en los supuestos y formas que determinen las leyes.
- La emisión de informes y dictámenes a solicitud del Registro Civil, en los supuestos y condiciones que determine la legislación específica.
- La emisión de informes y dictámenes a solicitud de particulares en las condiciones que se determinen reglamentariamente.
- La realización de funciones de docencia, periciales o de investigación, por motivos de interés general, de acuerdo con las instrucciones que establezca el ministerio de justicia o la comunidad Autónoma con competencias en materia de justicia, en el marco de posibles acuerdos o convenios.
- Realización de funciones de investigación y colaboración que deriven de su propia función, en los términos contemplados reglamentariamente.

En el curso de las actuaciones procesales o de investigación de cualquier naturaleza incoadas por el Ministerio Fiscal, el personal destinado en los Institutos de Medicina Legal y Ciencias Forenses estará a las órdenes de los Jueces y Fiscales, ejerciendo sus funciones con plena independencia y bajo criterios estrictamente científicos.

## **II. INVESTIGACION CRIMINAL Y POLICIA CIENTÍFICA.**

La Policía Científica es el conjunto de personas encargadas de la actividad policial, de la investigación criminalística, mediante la aplicación de métodos científicos, así como de la recopilación probatoria para la imputación del delito que se trate. Generalmente, el grupo de funcionarios encomendados a esta disciplina forma una unidad, grupo o departamento propio dentro de los cuerpos policiales.

La formación de sus componentes depende del país y grupo policial en cuestión, sin embargo, generalmente están compuestas por personal facultativo superior con formación universitaria y por personal de las diferentes escalas que han adquirido la formación necesaria de manera interna.

En España, los análisis criminalísticos de la policía científica son llevados a cabo tanto por el Cuerpo Nacional de Policía como por la Guardia Civil, así como por los diversos cuerpos policiales autonómicos y algunos cuerpos de Policía Local o Municipal, teniendo los dos primeros competencia nacional y los segundos, competencia en el interior del territorio de actuación.

La investigación criminal entendida como conjunto de actividades y técnicas destinadas a lograr el conocimiento cierto, la llamada *verdad material*, de todos los hechos de carácter delictivo que constituyan conductas tipificadas en el Código Penal, así como las circunstancias relativas a las mismas, está atribuida por la Ley de Enjuiciamiento Criminal al Juez de Instrucción competente<sup>6</sup>, así, los relativos a la inspección ocular, el cuerpo del delito, la identidad del delincuente, las declaraciones, informes, en definitiva, todas las actuaciones de la fase sumarial, teniendo el Ministerio Fiscal un mayor protagonismo en el procedimiento abreviado y en los juicios rápidos<sup>7</sup>.

No obstante, lo cierto es que lo que corresponde al Juez de Instrucción es la dirección de la investigación, cuya ejecución material, salvo escasas excepciones, corresponderá a la Policía Judicial<sup>8</sup> la cual tiene por objeto y será obligación de todos sus componentes, averiguar todos los delitos públicos que se cometieren en su territorio o demarcación, practicar las diligencias necesarias para comprobarlos, descubrir a los delincuentes y recoger todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiere peligro, poniéndolos a disposición de la autoridad judicial; la misma obligación, le corresponde en los delitos privados o cuasi privados cuando sea requerida al efecto, actividades que, en su caso, también puede realizar la Policía Científica.

Por tanto, corresponde a la Policía Judicial la obligación de iniciar y realizar la investigación criminal, aun antes de la intervención del juez competente<sup>9</sup>.

---

<sup>6</sup> También al Fiscal de Menores conforme a la LO 5/2000 de 12 de enero.

<sup>7</sup> Artículo 773,2 de la LECRIM.

<sup>8</sup> Artículo 282,1 de la LECRIM.

<sup>9</sup> Artículo 286 de la LECRIM, en las diligencias a prevención.

En igual sentido se pronuncian la LOPJ<sup>10</sup> y la LO 2/86 de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad<sup>11</sup>.

Así, aunque determinadas diligencias de investigación sólo deben o pueden ser realizadas por la Policía Judicial, como las que normalmente conforman el atestado, tales como reconocimientos, reconstrucciones, identificación de investigados, o las que exigen un previo mandamiento judicial de ejecución policial, como son las entradas y registros e intervención de comunicaciones, o las que constituyen el trabajo ordinario de los investigadores policiales en el cumplimiento de sus obligaciones legales, existe todo un conjunto de tareas de investigación que exigen la aplicación de conocimientos científicos y que son desarrolladas por el grupo de policía Científica y también por los Institutos de Medicina Legal o el Instituto de Toxicología y Ciencias Forenses<sup>12</sup>.

Son aquéllas técnicas basadas en conocimientos biológicos o médicos, antropológicos, químicos, toxicológicos o físicos que se desarrollan en el campo forense, pruebas que pueden tener el carácter de “*contundentes o rotundas*”<sup>13</sup> por su influencia en el esclarecimiento de los hechos enjuiciados.

Entre estas técnicas, podemos citar las siguientes:

- Estudios de manchas y fluidos biológicos.
- Análisis de ADN.
- Estudios dactiloscópicos.
- Análisis químicos y toxicológicos.
- Estudios odontológicos.
- Estudios antropométricos
- Estudios fisionómicos y de reconstrucción facial.
- Estudios de entomología forense.

Resulta digna de mención, por su trascendencia en el esclarecimiento de los hechos de la investigación criminal, la LO 10/2017 de 8 de octubre reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN, esta ley

---

<sup>10</sup> Artículo 547 de la LOPJ.

<sup>11</sup> Artículo 1,1,g). de la LO 2/86 de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado.

<sup>12</sup> GONZÁLEZ MÁS en Fundamentos de Investigación Criminal. 2008, p. 92.

<sup>13</sup> SSTS de 11-7-1991 y 22-12-93.

posibilita la obtención de muestras biológicas de sospechosos en el curso de investigaciones criminales o de detenidos o investigados por delitos graves contra la vida, la libertad, la integridad y el patrimonio cuando se halla empleado fuerza, violencia o intimidación. Los perfiles genéticos obtenidos de estas muestras se incluirán, sin necesidad del consentimiento del afectado, en una base de datos policial que permitirá, en muchos casos, esclarecer importantes delitos<sup>1414</sup>.

La investigación criminalística se completa con la aplicación de otras técnicas para el estudio de compuestos o restos orgánicos e inorgánicos, de trazos gráficos o sonidos, huellas de diversos objetos, en definitiva, con todas aquéllas basadas en un método científico.

La investigación criminal incluye, por tanto, la realizada aplicando todas las técnicas de la criminalística y las averiguaciones aportadas con los estudios propios de la criminología.

Siendo reseñable la relevancia que los informes de Policía Científica han adquirido para la Justicia Penal y la investigación criminal.

Concretamente, la policía Científica se ocupa de las siguientes especialidades:

- Huellas dactilares, su búsqueda, recogida, clasificación, archivo y gestión a través del SAID (sistema automático de identificación dactilar). Obtiene la reseña dactilar de todas las personas detenidas con el objetivo de identificarlas, procediendo también a la búsqueda e identificación de huellas latentes recogidas con ocasión de la comisión de un hecho delictivo.
- Antropología y odontología forense, identificación de víctimas en catástrofes, de cadáveres y de personas desaparecidas así como de entomología forense.
- Documentos falsos, con estudio de falsedad documental de todo tipo, escritura manuscrita, falsificaciones de marcas comprensivas de la propiedad industrial y de obras de arte.
- Pericia informática, analizando la información contenida en diferentes tipos de soportes informáticos.
- Balística forense, incluyendo el examen de armas y de elementos balísticos.

---

<sup>14</sup> GONZÁLEZ MÁS, en Fundamentos de Investigación Criminal, 2008. p.93.

- Acústica forense, incluyendo identificación de locutores, autenticación de registros, análisis de la voz en condiciones forenses.
- Inspección ocular, incluyendo búsqueda de huellas dactilares y de cualquier rastro biológico.
- Fotografía y video, con campo propio en determinadas pericias.
- ADN, analizando muestras de sangre, saliva, esperma, pelos o cabellos, secreciones nasales y restos orgánicos.
- Química y Toxicología donde además de análisis tóxicos y drogas de abuso, se analizan e individualizan otras evidencias como vidrios, fibras, tierras, aguas, alimentos, pinturas, tintas o residuos

La Comisaría General de Policía Científica tiene una importante proyección internacional, concretada en su pertenencia a redes como ENPSI o AICEF, ocupadas de ciencias forense en Europa e Ibero América, respectivamente, así como su colaboración con organizaciones como EUROPOL o INTERPOL, impartiendo también formación en África y Latinoamérica<sup>15</sup>.

En cuanto a las relaciones de competencia entre los profesionales de Medicina Legal y de Policía Científica puesto que ambos intervienen en la investigación del delito, en la cual, la policía inicia la investigación protegiendo o recogiendo los vestigios por razones de urgencia o necesidad, encargándose el médico forense del examen previo o levantamiento del cadáver, en su caso, resultando obligada la colaboración entre ambos.

Los estudios de vestigios o muestras realizadas en los laboratorios tanto de Policía Científica como de Medicina Legal, del Instituto nacional de Toxicología o Ciencias Forenses, aplicando sus técnicas sobre los mismos, resultan una garantía para el justiciable al permitir la realización de contrapericias oficiales en caso necesario, si bien, es necesaria una coordinación eficaz entre todos los laboratorios que intervienen en los respectivos análisis para evitar duplicidades innecesarias.

Con relación a la participación de estos profesionales en los supuestos de identificación de víctimas en casos de catástrofes, ponemos de manifiesto las conclusiones a la que se llegó en una mesa redonda que con el título “Identificación de

---

<sup>15</sup> OTERO SORIANO en Fundamentos de Investigación Criminal, 2008. pp. 105-107.

Víctimas y Medicina Legal” se celebró en la Dirección General de Protección Civil el 30 de junio de 2004 tras los sucesos del 11-M en Madrid, con participación de miembros de Policía Científica y de Medicina Legal:

- Conveniencia de que en los planes de protección civil se contemple la actuación de expertos en medicina legal y policía científica.
- Conveniencia de elaborar un protocolo técnico de actuación conjunta en materia de identificación de víctimas.
- Conveniencia de preparar equipos multidisciplinares de actuación en los distintos niveles administrativos, dotándoles de equipamiento técnico necesario<sup>16</sup>.

### **III. CONCLUSIONES.**

La Criminología, la Criminalística y la Medicina Legal son disciplinas fundamentales y necesarias para llevar a cabo una correcta investigación criminal, entendida como conjunto de actividades y técnicas destinadas al conocimiento cierto de los hechos delictivos tipificados en el Código Penal, así como de las circunstancias que rodean a los mismos. Los miembros de Policía Científica y Médicos Forenses constituyen, respectivamente, sendos cuerpos de funcionarios especializados al servicio de la Administración de Justicia en todo lo concerniente a la investigación criminal, cuya colaboración, en ocasiones, se interrelaciona, siendo de todo punto precisa y necesaria en dicho ámbito.

### **IV. BIBLIOGRAFÍA:**

Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española.

GONZÁLEZ MÁS, J.L. Investigación Criminal y Medicina Legal, en Fundamentos de Investigación Criminal, edit. Európolis, Madrid, 2008.

OTERO SORIANO, J.M. Criminalística y Policía Científica en Fundamentos de Investigación Criminal, edit. Európolis, Madrid, 2008.

### **V. LEGISLACIÓN**

LECRIM.

LO 2/86 de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado

LO 5/2000 de 12 de Enero, de Responsabilidad Penal del Menor.

---

<sup>16</sup> GONZÁLEZ MÁS en Fundamentos de Investigación Criminal, 2008, p.98.

LOPJ

RD 286/1996 de 1 de marzo.

## **VI. JURISPRUDENCIA**

STS de 11-7-1991.

STS de 22-12-93.

\* \* \* \* \*

## M.<sup>a</sup> Mercedes Fernández Saldaña

Abogada del Ilustre Colegio Provincial de Abogados de Almería. Socia de la FICP.

### ~El delito de *stalking* del artículo 172 ter del Código Penal~

#### I. CONCEPTO DE *STALKING* (ACOSO).

El *stalking* o acoso predatorio se introduce en el CP tras la reforma de LO 1/2015, de 30 de marzo, para dar una respuesta penal adecuada a una serie de conductas múltiples que por su reiteración eran capaces de perturbar la vida de otra persona y que resultaban difícil de encuadrar en las tipificaciones existentes en el CP vigente hasta ese momento.

El fenómeno del acoso ha existido siempre, presentando diferentes manifestaciones. Este término se utiliza, además de en el ámbito del derecho, en el de la sociología, la psicología y en las ciencias naturales. La psicología y la criminología lo han venido asociando a personalidades obsesivas, que, incluso pueden padecer enfermedades mentales.

El acoso al que se refiere este tipo delictivo o *stalking* tiene un origen anglosajón. “Stalk” (palabra procedente del inglés antiguo que significa seguimiento o acecho de los cazadores a sus presas), se utiliza en su acepción de caminar sigilosamente (stalker), es decir, el que merodea.

Por su parte, el término “Acosar” en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, se define con las siguientes acepciones: Perseguir, sin darle tregua ni reposo, a un animal o a una persona y Apremiar de forma insistente a alguien con molestias o requerimientos.

Por tanto, podemos considerar en una primera aproximación que el acoso es una conducta que consiste en la persecución ininterrumpida e intrusiva a un sujeto con el que se pretende iniciar o restablecer un contacto personal contra su voluntad. El acoso hace referencia a una intromisión en la vida del otro contra su voluntad de forma insistente, de forma que tal conducta produce en la víctima una sensación de peligro o angustia.

El acoso se puede realizar de muy diversas formas: bien con simples palabras (directamente por el acosador o por medio de otras personas, conjunta o

continuamente), bien con llamadas constantes, mensajes de voz o SMS enviados directamente a la persona afectada o a su entorno más próximo, bien merodeando, bien realizando seguimientos, bien provocando encuentros repetidos no casuales, bien por envío de regalos, bien con pintadas en las proximidades de casa, bien por mensajes en el coche, bien por chantaje emocional, bien con amenazas, bien con pequeños daños en la cerradura del coche o en el portero automático, bien mediante el control a través de internet y de las redes sociales, etc. El efecto de estas conductas produce en la víctima que ésta lo viva en un estado de intimidación y sufrimiento psicológico<sup>1</sup>.

Los actos que se realizan pueden ser delictivos en sí mismos pero, también pueden ser actos inocentes, inermes. La reprochabilidad que se puede hacer consiste en el hecho de su repetición o reiteración, que es lo que les acarrea que la conducta sea considerada un ataque, que puede provocar miedo, angustia, llegando a tener incluso temor a la víctima y, en consecuencia, afectando a su libertad, a su tranquilidad e incluso a su salud mental.

El problema radica entonces en cuántos son los actos necesarios para estimar que tienen entidad suficiente para considerar que existe acoso. En este aspecto se considera que habrá que atender a la repetición, a la intrusión y al efecto que provoca sobre la víctima que ha rechazado esos contactos.

Por tanto, el *stalking*<sup>2</sup> se define como la conducta repetitiva e invasiva del espacio vital de esa persona, que es rechazada y no consentida por la víctima, siendo capaz de generar algún tipo de repercusión en la misma, en su equilibrio emocional y alterar su vida cotidiana (inclinándose la doctrina en general por atender a criterios objetivos como el del hombre medio o razonable para considerar si existe o no esa alteración en la vida cotidiana).

Desde el punto de vista del sujeto activo, la psicología y la criminología describen diversas clases de acosadores o stalkers atendiendo a la existencia de desórdenes mentales o emocionales, de la relación con la víctima (sentimental, laboral o ninguna) y de sus motivaciones.

El *stalking* (acoso general o predatorio) hay que diferenciarlo del acoso sexual (Art. 184 CP) ya que éste consiste en solicitar favores sexuales; el acoso inmobiliario

---

<sup>1</sup> GARRIDO GENOVÉS V, Amores que matan. Acoso y violencia contra las mujeres. Alzira, 2001, pp. 19.

<sup>2</sup> VALLADOLID BUENO, T., Ecología victimológica. Las bases del habitar democrático. Herrera Moreno M., coord., Granada 2008.

(Art. 172.1º CP) que se caracteriza por ser una coacción para impedir el legítimo disfrute de la vivienda; el acoso laboral (Art. 173.1º CP) que se caracteriza por infringir de forma reiterada en el ámbito de una relación laboral y también se diferencia del ciberacoso infantil (Art.183 bis y ter CP) que se produce cuando se contacta por teléfono, internet o cualquier otro medio tecnológico con un menor de 16 años y se propicia el acercamiento para realizar actos de contenido sexual o pornografía.

## II. EL *STALKING* EN EL DERECHO COMPARADO Y EN EL DERECHO ESPAÑOL.

Se tiene conocimiento escrito de supuestos de *stalking* en los siglos XVIII y XIX, si bien la regulación surgió en los Estados Unidos de América a finales del siglo XX. Inicialmente se referían a los acosadores de famosos, pero posteriormente se relacionó con las relaciones fallidas y la violencia de género, considerándose como una forma más de expresión de la violencia machista del modelo patriarcal.

En Estados Unidos, concretamente en California, es donde se promulga por primera vez una ley *antistalking* en 1991. Para unificar la disparidad legislativa de los diferentes Estados que posteriormente la aprobaron, el Congreso hizo un código interestatal de *stalking* en 1993 que establecía que comete acoso el que de modo intencionado, malicioso y repetidamente inicia una conducta contra una persona específica que puede causar a una persona razonable miedo de padecer menoscabo en su integridad física o de morir tanto en su persona como en la de sus familiares directos. Dado que esta norma no tenía fuerza legislativa, no se consiguió que tuviera mucho éxito. Posteriormente, se intentó convertir el *stalking* en un delito federal pero no prosperó aunque si existen diferentes figuras a través de las cuales se penaliza esta conducta especialmente en el contexto de la violencia de género doméstica. En 2002 aprobó un protocolo, en el que se considera que es una forma de conducta victimizante y repetida, que se caracteriza por el impacto que produce sobre la víctima por el temor que genera. La regulación es de carácter penal y también civil (órdenes de protección ).

En Europa, a través de Inglaterra, en 1997 se empezó a castigar este delito con la *protección from harassment Act de 1997*, con la que se concreta como el ejercicio de una conducta, que cause en la víctima el padecimiento del acoso y que el autor sabe o debe saber que esa conductas puede producir ese efecto, contemplando un tipo agravado, que puede ser castigado con penas de hasta 5 años o multa, cuando dicha conducta causa miedo, al menos en dos ocasiones, de que pueda emplearse violencia

contra él y el autor lo sabe o debe saberlo. Además establece responsabilidad penal por quebrantar alguna medida u orden de protección civil o penal impuesta como consecuencia del acoso. La norma tiene especialidades en Escocia, Irlanda del Norte y Gales. Esta norma ha sido criticada ya que es muy compleja y mezcla órdenes civiles y penales.

En Dinamarca desde 1933 (con modificaciones en 1965 y 2004) ya existía normativa al respecto. Se castiga a quien vulnera la paz de otro importunándole, persiguiéndolo con cartas o molestandolo de cualquier otra forma a pesar de la advertencia policial. Es una especie de delito de desobediencia en la medida que requiere una previa advertencia policial que no se atienda dentro de los 5 años siguientes.

En 1998, en Bélgica se recoge en el Código Penal el delito de acoso (*belaging*), castigando al que hostiga o acosa a otro, sabiendo o debiendo saber que dicho comportamiento afectará gravemente la tranquilidad de la referida persona, con una pena que va de 15 días a 2 años de prisión y/o multa. No se describe bien la conducta ya que sólo exige que pueda afectar gravemente a la tranquilidad del sujeto pasivo. Esto ha recibido críticas. También se incorporó en 2007 un tipo agravado fundamentado en el móvil de odio, menosprecio u hostilidad a esa persona derivado de su pertenencia a una raza, sexo, color de piel, origen nacional, orientación sexual, convicción religiosa o política, y estado de salud. Requiere denuncia de la persona agraviada.

En Holanda desde 2000 también se regula el *belaging* (*acoso*), incluido dentro de los delitos contra la libertad. Se exige que la conducta del stalker se inmiscuya en la vida privada de la víctima de forma intencional y repetida con la finalidad de forzarlo a hacer alguna cosa, que se abstenga de hacerla o con intención de infundirle miedo, sin que requiera que consiga su objetivo. Requiere denuncia de la persona agraviada.

En Alemania desde 2007 el delito de acoso es denominado “*Nachstellung*”, dentro de los delitos contra la libertad junto con la detención ilegal, coacciones, amenazas y tráfico de personas. Es el referente de nuestra regulación, salvo la norma de cierre que incluye cualquier otra conducta similar a las anteriores. Esto ha provocado una importante polémica por considerarlo contrario con el principio de taxatividad y legalidad penal. Requiere denuncia de la persona agraviada, si bien el Fiscal puede considerar necesaria su intervención en atención a especiales intereses públicos (esto no ha sido incluido en España). Contiene dos agravaciones, una al ser un delito de riesgo

concreto requiere que la conducta del autor cause un peligro para la vida o riesgo de daño grave a la salud de la víctima, de su pariente o persona allegada y, la otra, establece un delito cualificado por el resultado, castigando con penas de hasta 10 años cuando a consecuencia de su conducta, se produce la muerte de la víctima o personas allegadas.

En Italia desde el año 2009 existe este delito sancionando toda conducta reiterada de acoso u hostigamiento amenazadora o persecutoria idónea para causar bien un perdurable estado de ansiedad, producir un temor fundado sobre su seguridad o la de sus familiares o allegados o para forzar a la víctima a modificar sus hábitos de vida, con pena de prisión de 6 meses a 4 años, que puede alcanzar los 6 años cuando concurren determinadas circunstancias agravatorias, principalmente existencia de relación de parentesco entre el agresor o ser la víctima menor de edad o encontrarse embarazada.

En España, por su parte, el CP de 1995 ya había introducido el concepto de acoso (acoso sexual dentro de las relaciones laborales jerarquizadas), pero es en la LO 5/2010 cuando se tipifican, dentro de los delitos contra la libertad, otras específicas manifestaciones del acoso como el acoso inmobiliario o laboral.

La doctrina reclamaba una reforma, ya que la regularización estaba dividida y fragmentada y, además consideraban que existía necesidad e interés, de tipificar un tipo genérico que castigara el acoso predatorio, a fin de evitar la impunidad por atipicidad de determinadas conductas de hostigamiento graves que producían preocupación a la sociedad (sobre todo en el ámbito de la violencia machista).

Los grupos de delitos más aplicados para reprimir conductas de *stalking* son aquellos orientados a la tutela de intereses jurídicos que se consideran comprometidos por el delito de *stalking*, es decir, delitos contra la libertad de obrar (coacciones y amenazas), delitos contra la intimidad y delito de trato degradante.

Respecto del delito de amenazas, que lesiona la libertad de la víctima e incluso su derecho al sosiego y la tranquilidad, como afirma la STS 110/2000 de 12 de junio, y que requiere el anuncio de un mal serio, posible y futuro, apto para amedrentar a la persona que lo recibe, ha sido aplicado por la jurisprudencia en los supuestos en que el *stalker* había anunciado algún mal, pero no cubría todos los casos en la medida que resultaba difícil incluir aquellos supuestos en que la amenaza está constituida precisamente por la presencia y actitud contumaz del agresor, en que la amenaza deriva de la propia

conducta pero sin que este haya proferido expresión o anuncio intimidatorio alguno, aunque la jurisprudencia en ocasiones había recurrido a la doctrina de los actos presuntos o las amenazas veladas.

En otras ocasiones aisladas, la jurisprudencia ha acudido al delito de trato degradante, figura que protege la integridad moral y que requiere resulte gravemente menoscabada en virtud de ese maltrato (SAP de Sevilla nº 150/2014 de 4 de marzo). Esta resolución ha sido muy criticada por la doctrina tanto por la interpretación totalmente libre que realiza el tribunal del concepto de trato degradante como por las diferencias existentes entre ambas figuras, empezando por el bien jurídico protegido, en uno la libertad, en otro la dignidad e integridad moral y siguiendo por el tipo que requiere la causación de sentimientos de humillación y envilecimiento que debe de ser abarcado por el dolo y que no tienen por qué estar presentes siempre en el *stalking* que se caracteriza más bien por la producción de sentimientos de desasosiego e inseguridad.

Pero los casos más frecuentes de incriminación de este tipo de conductas se han reconducido hacia el delito de coacciones en cuanto tipo residual y habida cuenta de la interpretación ciertamente amplia, que la jurisprudencia ha realizado del término violencia, llegando a incluir no sólo la vis física, sino la intimidación o vis compulsiva e incluso la *vis in rebus* en un proceso de espiritualización o volatización del concepto<sup>3</sup> que ha convertido el delito de coacciones en una suerte de cajón de sastre donde incluir todos los atentados contra la libertad con relevancia penal, en la medida que el Tribunal Supremo considera que “ *La mera restricción en la libertad de obrar supone de hecho una violencia y, por tanto, una coacción, siendo lo decisivo el efecto coercitivo de la acción más que la propia acción*”.

Las diferentes posturas jurisprudenciales se ponen de nuevo en dos sentencias dictadas en 2015. La primera de ellas procedente de la Sección 27ª de la AP de Madrid, sentencia nº 245/2015 de 21 de abril que confirma la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal por un delito de coacciones leves a su ex esposa del Art. 172.2 CP, el hecho de que el recurrente enviase en el transcurso de 5 días 252 mensajes a la perjudicada, a pesar de que ella le había advertido para que no se pusiera más en contacto con ella, pues revela una situación de acoso por parte del recurrente.

---

<sup>3</sup> TORÍO, A., La estructura típica del delito de coacción. en Anuario de Derecho Penal, 1977, pp. 19 a 39.

Sin embargo, la sentencia nº 634/2015, de 3 de diciembre dictada por la Sección 1ª de la AP de A Coruña que analiza una sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal que condena por un delito de amenazas graves y absuelve del delito de coacciones del que acusaba en Ministerio Fiscal<sup>4</sup>.

O sea, se absuelve o se condena por vejaciones injustas por entender que no concurrían los requisitos del delito de coacciones. Esto ha provocado que la doctrina llamara la atención sobre la necesidad de una tipificación específica de esta conducta, ya que existe riesgo de trivializar la entidad del *stalking* cuya lesividad se deriva del carácter persistente y repetitivo de las acciones. De todo esto se desprende que la tipificación de las conductas de acoso, vigilancia y control no era fácil ni pacífica, lo que provocaba respuestas inadecuadas o demasiado leves e incluso impunes. Era necesario dotar a nuestro ordenamiento penal de una tipificación específica para el delito de *stalking*.

La aprobación del Convenio de Estambul<sup>5</sup> y su ratificación en el BOE de 6 de junio de 2014, supuso la condena expresa de toda forma de violencia contra las mujeres y de violencia doméstica; reconociendo que la igualdad entre mujeres y hombres es un elemento clave de la prevención de la violencia contra las mujeres; que la violencia contra las mujeres es una manifestación de desequilibrio histórico entre la mujer y el hombre. Además supuso la aprobación de la aspiración de crear una Europa libre de violencia contra las mujeres y de violencia doméstica, recomendando a los Estados que adoptasen las medidas pertinentes para regular como delitos las conductas recogidas en

---

<sup>4</sup> SAP A CORUÑA nº 634/2015, de 3 de diciembre: La Audiencia rebaja la gravedad de las amenazas vertidas en base a que *“la comunicación a la hermana menor de la denunciante de que llevaba un cuchillo y que iba a esperar a la víctima y cuando la viera, la iba a “pinchar”, no de autolesionarse como pretende el recurso. Aunque en sí mismos esos términos son el anuncio de un mal concreto y creíble, encajan en lo que sería una reacción airada enmarcada dentro del previo cese de la convivencia y los molestos intentos de aproximación a la víctima para retomar la relación. No se puede negar que tal conducta tenga un carácter claramente ilícito, pero tampoco se le puede atribuir la gravedad necesaria para conformar un delito de amenazas en los términos en los que lo hace la sentencia de grado. Pero además mantiene la absolución por el delito de amenazas por entender que “es evidente que el resto de las conductas desarrolladas por el apelante (...) como amenazar con autolesionarse, preguntar por ella, mandarle flores, comunicarse por medios telemáticos y otras son efectivamente molestas, pero ni individualmente ni en su conjunto se pueden calificar como delito. La tesis del Ministerio Fiscal de que esta situación, por su destinataria, contenido y reiteración, tendría acomodo típico en la previsión del art. 172 CP queda rebatida por la propia actividad legislativa. De estar clara y debidamente cubierta la respuesta penal por esta figura, sería innecesaria la tipificación específica del acoso o “stalking” introducida por la LO 1/2015 en el art. 172 ter, en la que precisamente se sanciona esa suma de conductas aparentemente menores o simplemente molestas pero que en realidad conforman un todo que perturba la seguridad de quien las padece”*.

<sup>5</sup> Convenio del Consejo de Europa para la prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y violencia doméstica, aprobado en Estambul el 2 de abril de 2011.

el Art. 32 y ss. (el matrimonio forzado, el acoso psicológico grave, los actos de violencia física grave, los atentados a la libertad sexual, las mutilaciones genitales femeninas, el aborto y la esterilización contra la voluntad de la mujer).

Por tanto, en España se han recogido dichas recomendaciones tras la aprobación de las modificaciones introducidas por la LO 1/2014, del Estatuto de la Víctima, por la LO 4/2015 y sobre todo por la introducción de nuevas figuras penales a través de la LO 1/2015, de 30 de marzo (acoso y matrimonio forzado).

### III. EL ARTÍCULO 172 TER DEL CÓDIGO PENAL.

El nuevo delito de acoso o *stalking* se regula en los delitos contra la Libertad como una variedad de las coacciones, en el Art. 172 ter CP<sup>6</sup>.

Este tipo abarca aquellos supuestos en los que, sin llegar a producirse necesariamente el anuncio explícito o no de la intención de causar algún mal (amenazas) o el empleo directo de violencia para coartar la libertad de la víctima (coacciones), se producen conductas reiteradas por medio de las cuales se menoscaba gravemente la libertad y sentimiento de seguridad de la víctima, a la que se somete a persecuciones o vigilancias constantes, llamadas reiteradas, u otros actos continuos de hostigamiento.

Por un lado, la insuficiencia normativa que existía que suponía que no tenían cabida en los supuestos específicos de acoso ya regulados como el sexual, laboral e inmobiliario y, por otro lado, los compromisos internacionales aprobados por España y

---

<sup>6</sup> Artículo 172 ter CP: “1. Será castigado con la pena de prisión de tres meses a dos años o multa de seis a veinticuatro meses el que acose a una persona llevando a cabo de forma insistente y reiterada, y sin estar legítimamente autorizado, alguna de las conductas siguientes y, de este modo, altere gravemente el desarrollo de su vida cotidiana:

1ª La vigile, la persiga o busque su cercanía física.

2ª Establezca o intente establecer contacto con ella a través de cualquier medio de comunicación, o por medio de terceras personas.

3ª Mediante el uso indebido de sus datos personales, adquiera productos o mercancías, o contrate servicios, o haga que terceras personas se pongan en contacto con ella.

4ª Atente contra su libertad o contra su patrimonio, o contra la libertad o patrimonio de otra persona próxima a ella.

Si se trata de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o situación, se impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años.

2. Cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el apartado 2 del artículo 173, se impondrá una pena de prisión de uno a dos años, o trabajos en beneficio de la comunidad de sesenta a ciento veinte días. En este caso no será necesaria la denuncia a que se refiere el apartado 4 de este artículo.

3. Las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de acoso.

4. Los hechos descritos en este artículo sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal”

en las tendencias incriminatorias del Derecho comparado, hacían patente la necesidad de la introducción de este tipo penal.

El artículo 172 ter CP está ubicado en el Capítulo III del Título VI en el que se regulan los delitos contra la libertad y más concretamente como una modalidad del delito de coacciones en el que pueden ser sujeto activo y pasivo cualquier persona siempre “que no esté legítimamente autorizado” que se configura como un elemento negativo del tipo. Sujeto pasivo puede ser tanto una mujer como un hombre.

Es un delito perseguible mediante denuncia de la persona agraviada o su representante legal, sin embargo, no se ha dado legitimación al Ministerio Fiscal cuando la víctima fuera menor de edad incapaz o persona desvalida.

El bien jurídico protegido es el derecho al sosiego o la tranquilidad, base para decidir y obrar libremente.

En el tipo básico se sigue básicamente el modelo establecido en el ordenamiento alemán. El artículo antes de enumerar las conductas sancionables, establece los requisitos que deben concurrir para que puedan ser consideradas típicas.

La conducta típica viene caracterizada por el verbo acosar. El acoso es un comportamiento intrusivo en la vida de la víctima contra su voluntad, que supone una ruptura de la necesaria distancia en las relaciones, una invasión del espacio vital de la víctima. Debe de ser de forma insistente y reiterada, es decir, requiere una repetición de actos, con cierta relación temporal y que produzcan el resultado de alterar de forma grave la vida cotidiana de esa persona.

Los elementos que lo conforman son, por un lado que no se trata de actos aislados sino de un patrón de conducta manifestado de forma insidiosa, insistente disruptiva y repetitiva. Si se trata de un solo acto o actos aislados estaremos ante un hecho impune, salvo que en si misma sea constitutiva de otra infracción penal. Esta persistencia y carácter intrusivo, es lo que lleva a la víctima a experimentar una sensación de angustia, desasosiego y hasta miedo razonable de que le pueda ocurrir algo malo a ella o a su familia. Además puede aparecer y desaparecer en su vida por cierto espacio de tiempo. Para DE LA CUESTA ARZAMENDI<sup>7</sup> estamos ante una conducta invasiva, una injerencia

---

<sup>7</sup> DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L./MAYORDOMO RODRIGO, V., Acoso y Derecho Penal, Revista Eguzkilore. N° 25 Diciembre 2011, pp. 21-48.

persistente en el proyecto de vida personal, que indudablemente afecta a la libertad y seguridad de quien la padece.

Y, por otro lado, se tiene que provocar una alteración grave de la vida cotidiana, con cierta entidad. Es un concepto indeterminado que plantea problemas. Se refiere a un cambio en los hábitos, la rutina y forma de vida diaria, de forma que si el merodeo, las llamadas, los encuentros, etc., provocan que la víctima tenga que cambiar sus horarios o trayectos o no se atreva a salir de casa sola o a coger el coche o tenga que cambiar el nº de teléfono, ya se está alterando y modificando de una forma importante su vida. La valoración de su gravedad requerirá un esfuerzo interpretativo regido por el criterio de la proporcionalidad.

Estas características excluyen conductas de escasa entidad y permiten, al menos teóricamente, formas imperfectas de ejecución<sup>8</sup>. Para que esa conducta sea típica se precisa que el autor no se encuentre “legítimamente autorizado”, como elemento negativo del tipo. La doctrina mayoritaria considera incorrecta esta fórmula en este tipo delictivo, sobre todo teniendo en cuenta la utilización del término acoso en la definición del mismo.

El delito de acoso es un tipo mixto alternativo, que contiene una enumeración de conductas diversas. Cada una de esas conductas cubre las exigencias del tipo. Si se producen varias de ellas se tienen en cuenta para valorar la gravedad y, en consecuencia, hacer la individualización de la pena. Siempre han de ser conductas reiteradas e insistentes, no esporádicas o aisladas. Las conductas tipificadas en el tipo son las siguientes:

#### **1. Vigilar, perseguir o buscar la cercanía física con la víctima.**

En esta conducta están incluidos los seguimientos a una persona y la búsqueda de su proximidad física (merodeando por los lugares frecuentados por la víctima, provocando encuentros casuales sin necesidad de que se produzca contacto ni que su conducta sea amenazante o produzca molestia concreta alguna), de forma persistente y repetitiva, aunque también puede ser intermitente, bien vigilando sus pasos (no sólo con contemplación óptica, a través de terceras personas, sino también con prismáticos, o instalando programas espías en el teléfono o en el ordenador de la víctima sin su

---

<sup>8</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, C., El delito de Stalking. Comentarios a la reforma penal de 2015, QUINTERO OLIVARES G., Dir., Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2015.

consentimiento lo que además supone una intromisión en su intimidad totalmente inadmisibles).

## **2. Establecer o intentar establecer contacto con ella a través de cualquier medio de comunicación o por terceras personas.**

De esta manera, se tipifica el hecho de establecer o intentar establecer contacto con la víctima a través de cualquier medio. No es necesario que el contacto se produzca efectivamente, pero sí que existan múltiples y reiterados intentos. Se incluyen los medios como el correo, el Fax, el telegrama o el teléfono, el correo electrónico y, actualmente a través de las redes sociales como WhatsApp, Facebook, Twitter, Instagram, etc., que son los medios más utilizados. Los términos ciberacoso o ciber *stalking* son los utilizados actualmente para definir la difusión del uso de las redes sociales y su utilización como poderosa herramienta para controlar, perseguir, injuriar o humillar a una persona. Debemos tener en cuenta que la realidad virtual se propaga y en ocasiones se confunde con la realidad física. Las nuevas tecnologías reportan beneficios pero son también un medio poderoso tanto por su expansión, anonimato, la información personal susceptible de ser manipulada, la impunidad para cometer delitos de todo tipo, la persecución, vigilancia, control, humillación, vulneración de la intimidad sin necesidad de contacto o proximidad física, todo lo cual puede originar una gran indefensión.

Las herramientas son muy amplias: whatsapp, GPS, programas espías o spyware instalados en el sistema operativo de la víctima, etc. Estos sistemas ayudan al acosador tanto a acceder a la intimidad de la víctima como a tener conocimiento de sus contactos, movimientos, ubicación, conversaciones, personas que la acompañan, etc.

El ciberacoso comprende un amplio repertorio de manifestaciones desde distribuir en Internet una imagen o datos comprometidos de contenido sexual (reales o falsos), lo que es conocido como Sexting, hasta dar de alta a la víctima en un sitio Web para ridiculizarla, crear un perfil falso en nombre de la víctima, usurpar su identidad para hacer comentarios ofensivos sobre terceros, introducir virus espías en el ordenador, en el teléfono, divulgar grabaciones en las que se intimida o agrede a alguien, acceder al ordenador de la víctima digitalmente para controlarla, hacer correr rumores en las redes de algún comportamiento de la víctima, seguirla e incomodarla en espacios de Internet, presentarse con un perfil falso para hacer un chantaje, llamar de forma insistente a su teléfono, etc.

El CP recoge como delitos el acceso ilícito a programas informáticos en el Art. 197 CP, los daños informático en el Art. 264 CP, el acoso sexual a menores en el Art. 184 CP y el Sexting en el Art. 197.7 CP, que castiga el ataque a la intimidad por la divulgación no autorizada de imágenes o grabaciones de carácter personal obtenidas con la anuencia de la persona afectada si tal divulgación perjudica gravemente su intimidad personal. Lo que no se han recogido en el CP son penas accesorias o medidas cautelares específicas, como la prohibición de acceso a internet o a determinados foros, que podrían ser eficaces.

**3. Mediante el uso indebido de sus datos personales, adquiera productos o mercancías, o contrate servicios, o haga que terceras personas se pongan en contacto con ella.**

Esta modalidad hace referencia al uso indebido de los datos personales de la víctima para contratar servicios, adquirir productos o mercancías o hacer que terceras personas se pongan en contacto con ella (conductas que pueden llegar a suplantar la identidad del otro, incluso ofreciendo servicios sexuales en las que figura como ofertante la víctima y que se ve bombardeada por llamadas o mensajes solicitando servicios). El concepto de datos personales lo proporciona la Ley Orgánica de Protección de datos y su reglamento<sup>9</sup>. Es necesaria la reiteración e insistencia, si bien el uso una vez de los datos personales de la víctima puede provocar un efecto generalizado en la medida que muchas otras se pongan en contacto con ella.

**4. Atente contra su libertad o contra su patrimonio, o contra la libertad o patrimonio de otra persona próxima a ella.**

Requiere un atentado contra la libertad o el patrimonio de la víctima o de personas de su entorno. Para algunos autores, el tipo se ha separado del modelo alemán y de cualquier indeterminación, si bien esto supone un riesgo porque el exceso descriptivo puede no comprender todas las posibles manifestaciones del acoso y la persecución. Otros autores mantienen que una cláusula residual no hubiera sido contraria a los postulados de *lex previa, scripta y certa* que exige el principio de taxatividad, siempre que se ponga en relación con la exigencia de acoso, persistencia y grave alteración de la

---

<sup>9</sup> Artículo 3.a) de la L.O.15/1999 de 13 de diciembre de Protección de datos personales, que define lo que se entiende por datos personales y el Reglamento que desarrolla la misma, Real Decreto 1720/2007 de 21 de diciembre, que detalla esa definición en su Art.5.1.A.

vida cotidiana que, como presupuestos, delimitan el tipo delictivo (doctrina sentada por el Tribunal Constitucional<sup>10</sup> en sentencia nº 51/2005, de 14 de marzo).

En este apartado se incluyen todo tipo de conductas constitutiva de delitos de robo, hurtos, daños, robos o hurtos de uso de vehículo, amenazas, coacciones, detenciones ilegales. Las nuevas tecnologías hace que ya se prevean otras conductas difícilmente encuadrables dentro de los establecidos legalmente. Por tanto, serán las resoluciones judiciales las que vayan delimitando el contenido del acoso.

El párrafo 1º del artículo 172 ter) del CP recoge un tipo cualificado, ya que recoge una agravación derivada de ser la víctima una persona especialmente vulnerable por razón de la edad, enfermedad o situación castigándolo con pena de 6 meses a dos años de prisión. La agravación consiste en poner mínimo de la pena de prisión que pasa a ser de 6 meses y a la eliminación de la penalidad alternativa de multa. Fundamento de esta agravación es la reducción o eliminación de los mecanismos de autodefensa de la víctima derivada de o bien de la naturaleza personal (edad, enfermedad) o bien mixta (situación en que se encuentre), lo que requerirá de una valoración individualizada, situación de inferioridad que ha de estar abarcado por el dolo del autor.

El párrafo 2º del Art. 172 ter) CP, establece también como subtipo agravado cuando la víctima sea alguna de las personas a que se refiere el Art. 173.2 CP<sup>11</sup>. Sanciona conductas de acoso en el ámbito de las relaciones familiares. Se podría aplicar la nueva agravante de género, incluida en el Art. 22.4 CP, en casos de violencia de género. No es necesaria la denuncia. Las penas previstas son más graves que el tipo básico y la primera agravación, ya que pueden ser de 1 a 2 años de prisión o trabajos en beneficio de la comunidad de 60 a 120 días. La doctrina critica este doble nivel agravatorio establecido en este tipo, ya que aunque parece que establece una mayor gravedad cuando el acoso se produce en la esfera familiar, sin embargo, puede ser

---

<sup>10</sup> STC 51/2005 que proclama “(...) En definitiva, como se dijo en nuestra STC 151/1997 de 29 de septiembre (f.53), el principio de legalidad en materia sancionadora, no veda el empleo de cláusulas normativas abiertas y por ello necesitadas de valoración o cumplimentación judicial, aunque, en tales casos, esa valoración judicial está sometida a una exigencia reforzada de motivación”.

<sup>11</sup> Art. 172 ter) 2º párrafo CP: “quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados”.

castigado con menor rigor. Además, al no estar delimitado debidamente es posible que un mismo supuesto sea incluíble en ambas agravaciones. Lo cierto es que la penalidad establecida en todas sus modalidades es inferior a las coacciones, a las amenazas, al maltrato habitual, etc. Es decir, que puede convertirse en un privilegio para los acosadores y por eso, algunos autores apoyan la inclusión de una cláusula de subsidiariedad expresa en este tipo para añadir lo siguiente: “...salvo que los hechos constituyeren un delito más grave”. Al ser un delito contra la libertad, se pueden imponer las penas previstas en el Art. 48 CP, conforme a los criterios establecidos en el Art. 57.

No se han previsto otros supuestos agravados. La solución a los problemas concursales que plantea este delito no es acudir al concurso de normas, sino al concurso de delitos (las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que pudieran corresponder por los delitos en que se hubieran concretado los actos de acoso). Utilizar indiscriminadamente la cláusula concursal, puede provocar problemas y atentar contra el principio non bis in ídem. Además tampoco se ha regulado una agravación cuando se quebrante una medida cautelar, medida de seguridad o una pena de alejamiento ya que dichas conductas no hacen sino reflejar la persistencia y contumacia del acosador, que, sin embargo, no tiene un mayor reproche<sup>12</sup>.

#### IV. CONCLUSIONES

El delito de acoso del artículo 172 ter del CP es un tipo que era necesario regular, ya que las conductas recogidas en el mismo afectan a bienes tan importantes como la libertad y la seguridad y los tipos que se venían aplicando con anterioridad a su regulación, no eran suficientes para abarcar los hechos, siendo en muchas ocasiones hasta atípicos. Este delito requiere que los actos realizados por el acosador no sean individualizados, sino que requiere persistencia y reiteración en el tiempo realizando actos de acecho o incluso persecutorios. Además, precisa que dichos actos causen una angustia emocional y una intranquilidad en la víctima hasta el punto de llegar a tener que cambiar sus costumbres, sus hábitos de vida, sus lugares habituales, incluso su trabajo o su domicilio.

Sin embargo, a pesar de la indudable necesidad de su existencia, hay numerosas críticas respecto a su regulación. Algunos entienden que los actos del delito de acoso no

---

<sup>12</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, C., Stalking y Derecho Penal. Relevancia jurídico-penal de una nueva forma de acoso, Ed. Iustel, Madrid, 2009.

tienen suficiente relevancia para tener un reproche penal. Otros consideran que supone una vulneración de la prohibición non bis in idem, al castigar por duplicado algunas conductas, ya que en ocasiones existen superposiciones normativas que no se resuelven con el concurso de delitos. Otros alegan que la aplicación de este tipo supone una ventaja al acosador, por ser la pena inferior a la de coacciones (tipo por el que se venía castigando estas conductas), o la falta de concreción de algunos elementos del tipo. Aunque se trata de un tipo penal mixto que protege tanto la libertad de obrar como la seguridad, no exige que la conducta del sujeto activo sea amenazante ni la que cause un temor a la víctima.

Por otro lado, no se puede perder de vista que el *ciberstalking*, como consecuencia de los avances tecnológicos ha provocado que el acosador, anónimamente a través de la red puede realizar múltiples conductas de hostigamiento, siendo muy compleja su persecución y, por consiguiente, la protección a la víctima. Es necesaria una actualización de las técnicas de investigación y, por tanto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para poder investigar y perseguir los delitos cometidos a través de Internet (ya que el desfase es tremendo), así como establecer mecanismos a nivel nacional e internacional, ya que la globalización existe sobre todo, en las redes sociales y en general en Internet. Los mecanismos actuales son obsoletos y las normas de los Estados no están suficientemente coordinadas, lo que hace que sea muy difícil la identificación de los delincuentes, así como impedir la destrucción de las pruebas.

El art.172 ter CP no tiene una referencia expresa al *ciberstalking*, acosos cometidos a través de las nuevas tecnologías de la información y comunicación. Sin embargo, estos supuestos pueden ser subsumidos en dicho precepto puesto que la definición de las conductas recogidas en el artículo no es necesario que se realicen de una determinada forma o por un medio concreto, ni tampoco exige que haya proximidad física. Hay quienes promueven como método combativo el haber establecido medidas cautelares y penas adaptadas a la cibercriminalidad, como apuntamos anteriormente, así como la posibilidad de elegir entre la vía penal y la vía civil, estableciendo, por tanto, consecuencias también en la vía civil, a elección de la víctima, en elegir una vía u otra. Por mi parte considero que, aunque ciertamente, estas vías también pueden ayudar, sin embargo, dada la complejidad técnica y las numerosas formas de camuflaje, estas medidas son insuficientes.

En definitiva, la redacción y aprobación de este artículo y la tipificación que conlleva, podemos considerarlo como un primer paso, que por ahora debe ser complementado por las interpretaciones que se vayan haciendo sobre el mismo, de forma que, en el futuro, adaptándolo a la cambiante realidad, se vaya enriqueciendo en su extensión.

\* \* \* \* \*

## Mónica Fernández Salgado

Juez sustituta, Orense. Socia de la FICP.

### ~Discapacidad y tratamiento penitenciario~

#### I. INTRODUCCIÓN

Nuestro derecho penitenciario se sustenta en los pilares básicos de resocialización y reeducación introducidos en el artículo 25.2 de la Constitución Española<sup>1</sup>.

El tratamiento penitenciario es el instrumento utilizado por Instituciones penitenciarias para la consecución de este objetivo resocializador compuesto por las reglas que pretenden crear una convivencia adecuada para conseguir un ambiente propicio con el fin que pretende.

Se busca una convivencia ordenada y pacífica que permita alcanzar el ambiente adecuado para el éxito del tratamiento y la retención y custodia de los reclusos.<sup>2</sup> La prisión es un modo de asegurar que el individuo que infringe las leyes no evada el castigo que se le haya impuesto<sup>3</sup>.

Existe una presunción de capacidad de obrar cuando se alcanza la edad de 18 años pero esta "presunción de capacidad" se torna en "presunción de incapacidad" cuando se proporcionan pruebas de anomalía psíquica o de trastorno mental y el Ordenamiento Jurídico debe reaccionar con instituciones como la Guarda de Hecho<sup>4</sup>, internamientos en Centros adecuados<sup>5</sup>, adopción de medidas de protección<sup>6</sup>, comunicación al Ministerio Fiscal a fin de instar la declaración de incapacidad<sup>7</sup> o nombramiento de defensor judicial si esos individuos deben comparecer en juicio<sup>8</sup>. Surge en los Poderes Públicos el deber

---

<sup>1</sup> Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad.

<sup>2</sup> Artículo 73. Real Decreto 190/1996 que aprueba el Reglamento Penitenciario

<sup>3</sup> FOUCAULT, M., Vigilar y castigar, Siglo veintiuno de España, Madrid, 1990.

<sup>4</sup> Artículos 302, 303 y 306 del Código Civil.

<sup>5</sup> Artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

<sup>6</sup> Artículo 216-2 en relación con el artículo. 158 del Código Civil. Artículo 762 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

<sup>7</sup> Artículo 757-3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

<sup>8</sup> Artículo 8 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

de proteger y amparar de modo especial a estas personas y así se regula en el artículo 49 de la Constitución<sup>9</sup>.

En 2001 la Organización Mundial de la Salud, define el concepto de discapacidad como término genérico que incluye déficit, limitaciones en la actividad y restricciones en la participación. Indica los aspectos negativos de la interacción entre un individuo (con una condición de salud) y sus factores contextuales (factores ambientales y personales).

El Real Decreto 1972/1999 de 23 de diciembre que determina el procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía clasifica las discapacidades en físicas (relacionadas con el cuerpo, miembros), discapacidades sensoriales (órganos visuales y estructuras relacionadas con el lenguaje) y discapacidades psíquicas (originadas por retraso o enfermedad mental).

Las personas con discapacidad afectadas por el régimen penal-penitenciario constituyen un grupo poblacional con características específicas, especialmente vulnerables a la exclusión social, en una familia con una persona con discapacidad los ingresos medios son sustancialmente menores, existe correlación entre la gravedad de la discapacidad y el grado de pobreza y exclusión y las mujeres con discapacidad son víctimas frecuentes de la pobreza junto a la exclusión social.

El espacio penal-penitenciario en España se encuentra delimitado principalmente por tres normas, la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (CP)<sup>10</sup>, la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria (LOGP)<sup>11</sup> y el Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario (RP)<sup>12</sup>.

## II. DISCAPACIDAD Y TRATAMIENTO PENITENCIARIO

La Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, aprobada el 13 de diciembre de 2006 por la Asamblea General de las Naciones Unidas (ONU), ratificada por España el 3 de diciembre de 2007 y que entró en vigor el 3 de

---

<sup>9</sup> Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos.

<sup>10</sup> Artículos 20, 21, 60, 80, 96, 97, 101, 135 del Código Penal.

<sup>11</sup> Artículos 10, 16, 69 de la Ley General Penitenciaria.

<sup>12</sup> Artículos 62, 182, 184 del Reglamento Penitenciario.

mayo de 2008, supuso la consagración del enfoque de derechos de las personas con discapacidad, como sujetos titulares de derechos, por lo que los poderes públicos están obligados a garantizar que el ejercicio de esos derechos sea pleno y efectivo.

El Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, aprobó el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, que proclama entre sus objetivos<sup>13</sup> el de garantizar el derecho a la igualdad de oportunidades y de trato, así como el ejercicio real y efectivo de derechos por parte de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones respecto del resto de ciudadanos y ciudadanas, a través de la promoción de la autonomía personal, de la accesibilidad universal, del acceso al empleo, de la inclusión en la comunidad y la vida independiente y de la erradicación de toda forma de discriminación.

Define la accesibilidad universal como *"la condición que deben cumplir los entornos, procesos, bienes, productos y servicios, así como los objetos, instrumentos, herramientas y dispositivos, para ser comprensibles, utilizables y practicables por todas las personas en condiciones de seguridad y comodidad y de la forma más autónoma y natural posible"* y los ajustes razonables como *"las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas del ambiente físico, social y actitudinal a las necesidades específicas de las personas con discapacidad que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular de manera eficaz y práctica, para facilitar la accesibilidad y la participación y para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos"*.

La normativa penitenciaria europea, recoge una serie de principios fundamentales que se reflejan en la Recomendación (2006)2 del Comité de Ministros de los Estados Miembros sobre las reglas penitenciarias europeas.

Las personas con enfermedad mental o discapacidad intelectual son reconocidas como no imputables durante el proceso penal, el Juez puede imponerles el cumplimiento de una medida de seguridad vinculada a un tratamiento. Dado que dichas medidas pueden ser privativas o no privativas de libertad, pueden ser cumplidas en diferentes recursos especializados. La relación entre discapacidad intelectual, enfermedad mental e inimputabilidad no es directa ni proporcional. El reconocimiento

---

<sup>13</sup> Artículo 1.

de las causas eximentes que pueden dar lugar al reconocimiento de una persona como no imputable es un procedimiento complejo, en el que el Juez debe contar con elementos suficientes que le permitan estudiar, valorar y decidir sobre la capacidad del encausado para entender como delito su actuación, y actuar en consecuencia.

El principal grupo poblacional registrado por la Administración Penitenciaria según tipo de discapacidad es el de las personas con discapacidades físicas, mientras que la población con discapacidad sensorial es muy escasa.

La mayoría de las personas con discapacidad, al igual que el resto de la población penitenciaria, se encuentra en segundo grado de tratamiento, es decir, en un régimen disciplinario y de seguridad ordinario que permite acceder a actividades laborales, culturales y terapéuticas dentro del centro, así como a comunicaciones ordinarias con el exterior y permisos de salida<sup>14</sup>.

Cuando se inicia un proceso judicial los facultativos deberán informar si el imputado/acusado padece alguna alteración o anomalía psíquica, cuáles son sus características, si puede establecerse relación entre tal dolencia y la comisión de los hechos, si puede establecerse un pronóstico de peligrosidad y, en su caso, cuáles serían a su juicio las medidas más convenientes a adoptar para su tratamiento y protección propia y de terceros<sup>15</sup>.

La prisión tiene entre sus pobladores un elevado número de internos que padece algún tipo de enfermedad o trastorno mental, y algunos con algún tipo de discapacidad.

En relación a los que padecen enfermedad mental ha de procederse a la detección del caso y atención clínica, programa de rehabilitación individualizado y ayuda a la incorporación social. Y a pesar de que la reinserción aparece como objetivo las herramientas para su consecución se restringen al medio penitenciario y al no existir ninguna coordinación con los servicios sociales y no trabajar el regreso a la sociedad y a la propia familia y al no disponer muchas de las personas con enfermedad mental de apoyo familiar ni respaldo económico, la consecuencia más habitual sea que retornen a

---

<sup>14</sup> Las personas con discapacidad en el medio penitenciario en España. Estudio promovido por el CERMI y el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Edición febrero de 2008.

<sup>15</sup> SANTOS URBANEJA, F. Varias cuestiones relativas al tratamiento penal y penitenciario de discapacitados intelectuales y enfermos mentales, en: número monográfico sobre La respuesta judicial ante la enfermedad mental, Consejo General del Poder Judicial, 2007.

un submundo marginal y de subsistencia en la calle y no sigan ningún tipo de tratamiento o medicación<sup>16</sup>.

Si se dan los requisitos para acordar la prisión preventiva hay que tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 381 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal<sup>17</sup> y decidir dónde es ingresado el enfermo pudiendo elegir entre unidades de salud mental, unidad sanitaria del Centro Penitenciario o el hospital psiquiátrico penitenciario.

La unidad de salud mental plantea problemas de custodia del enfermo preso por lo que suele ingresarse al enfermo en la unidad penitenciaria que hay en los hospitales (si la tuvieren). Los Centros penitenciarios cuentan con enfermería y algunas con un apartado destinado a las personas con trastornos mentales y personal médico con capacidad para emitir dictámenes psiquiátricos.

Los Establecimientos o Unidades Psiquiátricas penitenciarias son aquellos centros especiales destinados al cumplimiento de las medidas de seguridad privativas de libertad aplicadas por los Tribunales correspondientes<sup>18</sup>.

Los Hospitales Psiquiátricos Penitenciarios son recursos alternativos para aquellos casos en que una persona con enfermedad mental es objeto de sentencias de internamiento, sin imposición de pena.

Estas instalaciones cumplen una doble función; como instalaciones vinculadas a la red penitenciaria suponen centros encomendados para la custodia de aquellas personas no imputables que cumplen medidas de seguridad privativas de libertad. Además son instalaciones que forman parte de la red de atención sanitaria y por lo tanto prestan servicios asistenciales, de tratamiento y rehabilitación de los internos. El tipo de asistencia sanitaria que se presta en estas instalaciones ha de ser equivalente a la disponible para el resto de la población.

El sistema Penitenciario por tanto, cuenta con una red externa a los propios Centros, denominada Servicios Sociales Penitenciarios, concebida como una extensión involucrada y coordinada con el resto de Servicios Sociales Públicos tanto locales como

---

<sup>16</sup> CUTIÑO RAYA, S., Algunos datos sobre la realidad del tratamiento en las prisiones españolas, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología.

<sup>17</sup> Si el Juez advirtiese en el procesado indicios de enajenación mental, le someterá inmediatamente a la observación de los Médicos forenses en el establecimiento en que estuviese preso, o en otro público si fuere más a propósito o estuviese en libertad.

<sup>18</sup> Artículo 183 del Reglamento Penitenciario.

autonómicos. Esta red está implantada a nivel provincial, es decir, existe al menos un servicio por provincia en todo el Estado.

Los Servicios Sociales Penitenciarios tienen como función principal la atención social en un ambiente normalizado de las personas afectadas por el sistema penal penitenciario y sus familias.

Al margen de Cataluña, que cuenta con competencias transferidas y un Hospital Psiquiátrico Penitenciario para su territorio, en el resto del Estado sólo existen dos, uno en Fontcalén (Alicante) y otro en Sevilla. La saturación de estos Centros ha de llevarnos a reservar el ingreso para observación sólo para aquéllos casos más graves o problemáticos. La distribución por sexo de la población interna en Hospitales Psiquiátricos Penitenciarios es similar al resto de la población penitenciaria, con más de un 90% de varones.

La totalidad de mujeres internadas se encuentran en el Centro de Foncalent, en Alicante, que dispone de un módulo específico para mujeres. Más de la mitad de la población interna en Hospitales Psiquiátricos Penitenciarios tiene un diagnóstico de trastorno psicótico, en la mayoría de los casos esquizofrenia. Una cuarta parte tiene un diagnóstico de trastorno derivado de abuso de tóxicos. Las personas con discapacidad intelectual se encuentran en una situación especial de vulnerabilidad en la que, dependiendo del contexto y situación en la que se encuentren, pueden ser objeto de sobreprotección o, por el contrario, de manipulación, abuso o burlas por parte de otros internos. La legislación vigente, contempla la posibilidad de que las personas con discapacidad intelectual puedan cumplir medidas de seguridad o alternativas al internamiento, en centros especializados adaptados a sus necesidades; son los denominados Centros Educativos Especiales pero la única alternativa estable reconocida en la actualidad es el Centro Educativo Especial habilitado en un módulo del Centro Penitenciario de Segovia. El funcionamiento de este módulo es, básicamente, el de un Centro de carácter sociosanitario especializado en personas con discapacidad intelectual (como puede ser un Centro Ocupacional o un Centro de Día) y depende de la Administración Penitenciaria<sup>19</sup>.

Más de la mitad de personas con discapacidad cumplen condena o medidas de seguridad en las enfermerías de los Centros Penitenciarios porque suele ser el único

---

<sup>19</sup> HUETE GARCÍA, A./DÍAZ VELÁZQUEZ, E. Personas con discapacidad afectadas por el sistema penal penitenciario en España. Abendua- diciembre 2008.

espacio que por su configuración arquitectónica no presenta barreras para las personas con movilidad reducida y allí se sitúan las unidades de atención psiquiátrica, en la que permanecen los enfermos mentales con una situación más inestable o en fases agudas.

REDONDO ILLESCAS<sup>20</sup> manifiesta que se pretende que las relaciones entre encarcelados y el personal de la institución sean similares a las existentes entre pacientes y enfermeros en un contexto terapéutico. El presupuesto teórico fundamental se sustenta en la creencia que ambientes institucionales profilácticos y participativos propiciarán un mayor equilibrio psicológico y la erradicación de la violencia, tanto dentro de la propia institución de custodia como en la vida en libertad.

No puede identificarse inimputabilidad con enfermedad mental y será el especialista quién lo determine lo cual no deriva directamente en exención de responsabilidad criminal ya que será necesario constatar cómo esa enfermedad afecta a las normales facultades de una persona en relación con el delito cometido.

Poco se ha legislado para los supuestos en que la persona con discapacidad sea el investigado, encausado o acusado en el proceso penal lo que motiva que a veces la respuesta de los tribunales sea dispar<sup>21</sup>.

A continuación expondremos algunos ejemplos de ello:

- Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de abril de 1993: el acusado de un delito de asesinato es reconocido el mismo día del juicio por dos médicos forenses que informan que presenta personalidad paranoica, con un delirio sistematizado, estando, no obstante conservadas las funciones psíquicas superiores, y concluyen que no se encuentra en estado de demencia, aunque añaden que es posible que aparezcan en el curso del interrogatorio incoherencias en relación con su delirio. Razona el Tribunal Supremo que la defensa técnica por letrado no es suficiente si no se garantiza también la autodefensa del procesado, y concluye que no existió una verdadera igualdad de armas procesales pues el acusado no se encontraba con las facultades mentales necesarias para afrontar un juicio de gran trascendencia para sus intereses en cuanto que se solicitaba y se impuso la pena máxima prevista

---

<sup>20</sup> REDONDO ILLESCAS, S./SÁNCHEZ MECA, J./GARRIDO GENOVÉS, V., Los programas psicológicos con delincuentes: la situación europea, *Psicothema Revista anual de Psicología*, vol. 14, 2002.

<sup>21</sup> FERRER I PINYOL A., MASIP I QUINTANA, J., RODRÍGUEZ PIÑA, M. ¿Qué esperan los "enfermos mentales" de los jueces? La respuesta judicial ante la enfermedad mental, *Estudios de Derecho Judicial 92 - Consejo General del Poder Judicial (Madrid)*, 2007.

por nuestro ordenamiento penal, lo que hacía necesario que hubiese gozado de todos los medios necesarios para defenderse y especialmente, para afrontar su interrogatorio desde el principio del juicio y para poder ponerse de acuerdo eficazmente con su Abogado por lo que no ha disfrutado del derecho a un juicio justo y con todas las garantías, lo que le ha ocasionado una efectiva indefensión que vulnera las previsiones establecidas en el artículo 24.1 de la Constitución que garantiza la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e interés legítimos y que veda cualquier tipo de indefensión. El Tribunal Supremo ordena la suspensión del juicio, con la adopción de medidas de seguridad respecto del procesado en tanto no pueda celebrarse el juicio. Esto último es objeto de voto particular del magistrado Bacigalupo Zapater, que proclama que las medidas de seguridad constituyen consecuencias jurídicas del Derecho penal que sólo se deben aplicar tras un juicio con todas las garantías que haya demostrado que el acusado es el autor de una acción típica y antijurídica y que presenta la peligrosidad que justifica la medida.

- Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 1997: enjuicia el supuesto de un imputado, acusado de tentativa de homicidio en un sumario ordinario, que cometió el delito en situación de enajenación mental que continuaba al tiempo de celebrar el juicio, estando en consecuencia imposibilitado para asistir; el Tribunal Supremo revoca el auto de archivo de la Audiencia Provincial, en el que dejaba sin efecto las medidas cautelares personales y patrimoniales y prevenía a las partes para que instaran ante quien y como corresponda las propuestas para su tratamiento y las provisionales o preventivas a que, por razones de urgencia, pudiera haber lugar, razonando que el sobreseimiento es un "enérgico remedio" que sólo con suma cautela se aplica en casos de insólita excepción y que debe prevalecer el entonces vigente artículo 8.1 del Código Penal (equivalente al actual 20.1) en cuanto ordena acordar el internamiento, e incluso llega a sostener añade que "sólo en el supuesto de que el estado del acusado no lo permitiera, no se celebraría el juicio oral y se adoptarían las medidas de internamiento solicitadas" (serían medidas predelictuales, sin previo contradictorio), y concluye ordenando "a la Audiencia Provincial la celebración del juicio oral, la adopción de la medida de internamiento, y, en su caso, con carácter preventivo, si aquel no pudiera tener lugar".

- Sentencia de la Sala 2.<sup>a</sup> del Tribunal Constitucional de 2-11-2004 y Sentencia de la Sala 2.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo de 23-7-2004 : un varón español diagnosticado de esquizofrenia paranoide cuya extradición solicitó EE. UU. como presunto responsable de dos delitos de asesinato, extradición en virtud de la cual fue inicialmente ingresado en prisión provisional aunque luego quedó en libertad provisional, denegándose finalmente su entrega al Estado requirente aunque se inició un procedimiento contra él en el Juzgado Central de Instrucción; el sujeto se encontraba internado involuntariamente, en vía civil y por razón de su enfermedad, en un establecimiento de naturaleza privada en el momento en que fue procesado por delitos de asesinato en grado de tentativa y de lesiones, decretándose en el mismo auto -sin previa comparecencia exigida en la Ley de Enjuiciamiento Criminal- su ingreso en prisión provisional comunicada e incondicional, acordándose por resolución posterior su traslado en calidad de preso al Hospital Penitenciario Psiquiátrico de Alicante, "dónde deberá recibir el tratamiento médico que sea necesario, a cuyo fin se remitirán a dicho Centro cuantos antecedentes médicos obren en la causa"; frente a esa privación de libertad -y tras agotar los recursos pertinentes- se interpone el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional; por otra parte, el proceso sigue su curso y, sin haberle recibido declaración indagatoria por su estado mental, se concluye el sumario y se decreta la apertura de juicio oral, desoyendo las peticiones de la defensa de sobreseimiento y archivo por su estado mental, dictándose finalmente sentencia en la que es absuelto pero se le impone medida de internamiento.
- Sentencia del Tribunal 467/2015 afirma expresamente que "las causas de inimputabilidad como excluyentes de la culpabilidad (realmente actúan como presupuestos o elementos de esta última) en cuanto causas que enervan la existencia del delito (por falta del elemento culpabilístico) deben estar tan probadas como el hecho mismo y la carga de la prueba, como circunstancias obstativas u obstaculizadoras de la pretensión penal acusatoria que son, corresponde al acusado en quien presumiblemente concurren... Los hechos constitutivos de una eximente o atenuante han de quedar tan acreditados como el hecho principal".
- Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 77/14, de 22 de mayo : condena en ausencia de un discapacitado psíquico. El sujeto acusado de un robo declaró que

estaba en tratamiento de depresión desde hacía veinticinco años, que tiene problemas de alcohol desde su separación y que tenía una minusvalía reconocida por la Xunta de Galicia del 68 por 100. Se le citó por dos veces ante el Instituto de Medicina Legal de Galicia para reconocimiento psiquiátrico sobre su imputabilidad, y pese a que no compareció aun estando debidamente citado, nada más se hizo al respecto; con el escrito de defensa, su abogado aportó certificación emitida por la Consellería de Sanidade de la Xunta de Galicia que le reconoce un grado de minusvalía y retraso mental leve". Ya para el juicio, el acusado fue citado personalmente, con apercibimiento de que podría celebrarse el juicio en su ausencia por ser la pena solicitada inferior a dos años de prisión, pese a lo cual no compareció y efectivamente se celebró el juicio, condenándole como autor de un delito de robo a nueve meses de prisión. El propio recurrente, y por ello también el Tribunal Constitucional, admiten que se dio cumplimiento a los requisitos legalmente previstos para la celebración del juicio en ausencia, pese a ello le otorga el amparo y anula la sentencia con el principal argumento de que se le causó indefensión por no haber sido valorados los indicios existentes en el procedimiento de que sufría una discapacidad mental psíquica que hubieran obligado al órgano judicial a asegurarse sobre la plena comprensión de las consecuencias derivadas de no acudir a la citación.

- En materia de juicio en ausencia del acusado, la STEDH de 30 de enero de 2001, caso Vaudelle c. Francia, afirma que, si bien la notificación personal a un acusado es reveladora del conocimiento efectivo de la citación, la existencia de indicios de que dicho acusado pueda sufrir trastornos mentales que limiten su capacidad hace exigible que los órganos judiciales desarrollen las diligencias complementarias necesarias para despejar cualquier duda al respecto. El deber de realizar diligencias complementarias de las estrictamente legales para despejar cualquier duda en relación con la participación de personas con discapacidad mental en el proceso penal tiene sustento, en nuestro Derecho, en el mandato del art. 9.2 CE, que obliga a los poderes públicos a promover las condiciones para que la igualdad de los individuos sea efectiva, removiendo los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud, y se ampara en el especial deber de protección y apoyo de que gozan las personas con discapacidad.

### III. CONCLUSIONES

La mayoría de los episodios que desencadenan actos violentos por parte de personas con enfermedad mental se producen por ausencia de control farmacológico y del tratamiento, para el que en muchas ocasiones carecen de recursos personales o familiares adecuados. El grupo de reclusos con discapacidad intelectual y enfermedades mentales ha experimentado mejoras pero no son suficientes, debe incrementarse el control y seguimiento para alcanzar la reeducación y reinserción.

Existe todavía mucha desigualdad porque las personas con discapacidad en el medio penitenciario realizan un número y variedad de actividades inferior al resto de internos bien por su situación en el Centro Penitenciario o por las limitaciones derivadas de su discapacidad que dificultan esta, siendo las que sufren discapacidades de la audición las que se encuentran en mejor situación.

Sería aconsejable la detección temprana antes de que surgiese un riesgo delictivo en el entorno de este sector social, incrementando medidas de localización preventiva, mediante programas de prevención primaria para personas con discapacidad en riesgo de delinquir: barrios marginales, transeúntes, situaciones de desprotección económica y ausencia de redes familiares y sociales de apoyo.

Habría que potenciar instrumentos que permitan el cumplimiento de condenas mediante medidas alternativas a la entrada en prisión, coordinar equipos de tratamiento penitenciario con los de valoración de discapacidad, incentivar la cooperación regulada entre las Administraciones Autonómicas y la Administración Penitenciaria y habilitar el cumplimiento de medidas de seguridad no privativas de seguridad en Centros Especializados (tal y como permite el artículo 96 del Código Penal<sup>22</sup>).

Tenemos que incentivar la colaboración y coordinación abierta entre los recursos sociales comunitarios y los servicios sociales penitenciarios, generalizar los programas de intervención durante el internamiento y la reinserción, realizar acciones especializadas de formación y sensibilización entre jueces, fiscales, letrados, equipos forenses y fuerzas de seguridad sobre discapacidad y proceso penal, garantizar la accesibilidad de los espacios, la información y las actividades disponibles en los Centros Penitenciarios para dotar de igualdad de oportunidades, crear sistemas especiales de protección y promoción para las personas con discapacidad que cumplen

---

<sup>22</sup> Las medidas de seguridad que se pueden imponer con arreglo a este Código son privativas y no privativas de libertad. 2. Son medidas privativas de libertad: 1.ª El internamiento en centro psiquiátrico. 2.ª El internamiento en centro de deshabitación. 3.ª El internamiento en centro educativo especial.

condena, garantizar la accesibilidad de los Establecimientos Penitenciarios de Régimen Abierto y equiparar su estatuto legal al de otros colectivos, diseñando medidas especializadas en pluridiscapacidad.

Por último sería importante avanzar y facilitar información a las personas con discapacidad sobre su situación procesal y penitenciaria, mediante la adaptación del contenido o formato de la información, incrementar los niveles de certificación de la discapacidad, especialmente en los Hospitales Psiquiátricos Penitenciarios y sobre todo y me parece fundamental es establecer vías alternativas de apoyo a las personas que carecen de red familiar y social.

\* \* \* \* \*

## María Teresa Franco Serrano

Juez sustituta, Toledo. Socia de la FICP.

### ~El delito de abusos sexuales. El consentimiento en menores de dieciséis años~

#### I. INTRODUCCIÓN

La reciente reforma introducida en el Código Penal por la LO 1/15 de 30 en materia de delitos contra la libertad e indemnidad sexual, en concreto el tratamiento que otorga al castigo de los delitos frente a menores de dieciséis años y la relevancia del consentimiento, es lo que constituye el objeto de estudio de la presente comunicación.

El Capítulo II bis, tras la LO 1/2015, de 30 de marzo, pasa a proteger, y así se refleja en su rúbrica, a los menores de hasta dieciséis años. Este incremento de edad de los sujetos pasivos de los delitos contenidos en este capítulo es considerado en el Preámbulo de la LO 1/2015, de 30 de marzo, como la novedad más importante de la reforma por ella introducida en esta materia, y obedece a una sugerencia del Comité de la Organización de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño, para adecuar -según palabras textuales- "la regulación penal española en este ámbito a las disposiciones de la Convención sobre los Derechos de la Infancia", y mejorar con ello -también textualmente- "la protección que España ofrece a los menores".

La elevación de la edad del consentimiento sexual se inscribe en el propósito de atender las recomendaciones del Comité de la Organización de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño, subrayando que, “de esta manera, la realización de actos de carácter sexual con menores de dieciséis años será considerada, en todo caso, como un hecho delictivo salvo que se trate de relaciones consentidas con una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez”.<sup>1</sup>

La directiva 2011/93 de la Unión Europea define la “edad de consentimiento sexual” como aquella por debajo de la cual, de conformidad con el derecho nacional, está prohibido realizar actos de carácter sexual con un menor. Siendo que la regulación que le otorgaba el Código Penal era una de las más bajas de la Unión Europea, donde la

---

<sup>1</sup> GARCÍA ÁLVAREZ, Cuadernos de Formación, 33, 2015.

edad mínima según la mayoría de los estados miembros sitúa alrededor de los quince o dieciséis años.

El art. 183 quáter, introducido tras la reforma operada por LO 1/2015, de 30 de marzo, establece que “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”.<sup>2</sup>

## II. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA

En España, el Código Penal de 1822 estableció una pena más elevada para el caso del niño o niña víctima que “no haya cumplido la edad de la pubertad” en sus arts. 671 y 672. El art. 354 del Código Penal de 1848 fijó el límite de edad en los 12 años cumplidos, que se mantuvo invariable hasta que la reforma del art. 181 CP operada por la LO 11/1999, de 30 de abril, lo elevó a 13 años. La Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio también modificó algunos preceptos como los artículos 178, 180 a 183, y añadió el Capítulo II bis con la rúbrica relativa a los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años, con la intención de aumentar el nivel de protección de las víctimas, especialmente las más desvalidas, en aplicación de la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo Europa, de 22 de diciembre del 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil.

Y si bien es cierto que en la Exposición de Motivos de la reforma introducida en el CP por la LO 1/15 se afirmaba que era España uno de los países con las edades más bajas para prestar consentimiento podemos ver con existen edades de consentimiento variadas, la edad de 14 años (República Federal de Alemania, Italia, Portugal, Austria, Hungría), 15 (Francia, Polonia, Dinamarca, Suecia), 16 (Reino Unido, Bélgica, Luxemburgo, Países Bajos, Noruega), 17 Irlanda y Chipre) y 18 años (Malta). Así, en Alemania, Austria, Bulgaria, Croacia, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Francia, Grecia, Italia, Polonia, Portugal, República Checa, Rumania o Suecia es legal, justo y lícito el mantenimiento de relaciones sexuales con una persona de 15 años con acceso carnal siempre que no concurra abuso de superioridad, ni engaño.

Atendiendo a esta realidad, el Comité de los Derechos del Niño (2007) recomendó a España considerar “la posibilidad de elevar la edad de consentimiento sexual para

---

<sup>2</sup> Código Penal y Ley Penal del Menor, 23.ª ed. anotada, p.184.

brindar una mayor protección contra los delitos abarcados por el Protocolo Facultativo”<sup>3</sup>.

Evolución legislativa en derecho comparado que junto a las recomendaciones del Comité de los Derechos del Niño ha conllevado la necesidad de elevar la edad de consentimiento sexual hasta los dieciséis años.

Ahora bien, ésta convulsa regulación legislativa ha tenido también su reflejo en las distintas resoluciones judiciales emanadas de nuestro Tribunal Supremo, como más adelante tendremos oportunidad de examinar, y que, ante la inconcreción legislativa, será el encargado de ir modulando los criterios que han de imperar a fin de no crear inseguridad jurídica. Modificaciones legislativas que no siempre suponen una mejor protección por el hecho de aumentar penas o edades, por cuanto no se puede olvidar, sin desatender las recomendaciones europeas que la realidad social de cada país es distinta, pues si bien en algunos países por sus tradiciones o modo de entender el desarrollo sexual de los adolescentes exige un incremento de la seguridad, en otros, como en el caso de España, podría llegar a pensarse que no era del todo necesario, llegando a veces como ha ocurrido en nuestro caso a que el Legislador con el fin de proteger al menor frente a determinados tipos delictivos incrementa la edad y lo conjuga con el establecimiento de una edad en la que pese a la minoría de edad opera el consentimiento llegando a olvidar dicho límite en otros delitos igualmente relevantes y en plena expansión entre los adolescentes, como son actos de exhibicionismo o provocación sexual (arts. 185 y 186, que se refieren a “menores de edad” sin efectuar distinción), y los delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores (arts. 188 y 189 CP). Obligando como puse de manifiesto con anterioridad a realizar por parte de los tribunales una labor interpretativa forzada, no pudiendo olvidarnos del carácter sancionador del Derecho Pena como última ratio del ordenamiento jurídico.

### **III. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO**

Ante la nueva regulación introducida por el texto punitivo un sector de la doctrina entiende que no se tutela la libertad sexual en sentido estricto, al no gozar el menor de dieciséis años de capacidad plena para el ejercicio de su autodeterminación sexual sino su indemnidad entendida como una protección cualificada por carecer de dicha capacidad de determinación o bien como el intento de proteger su libre desarrollo a

---

<sup>3</sup> Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2017 sobre la interpretación del art. 183 quáter del Código Penal.

nivel personal, es decir, con un contenido más amplio que la propia libertad sexual, por cuanto aún se encuentran en pleno desarrollo de la personalidad, y cualquier ataque a dicha libertad sin duda redundaría en su desarrollo personal, en este sentido se pronuncia QUINTERO OLIVARES.<sup>4</sup>

La Exposición de Motivos de la LO 5/2010, que introdujo el Capítulo II bis, relativo a los abusos sobre menores de trece años (ahora dieciséis), dentro del Título VIII, permite deducir que por indemnidad sexual debe entenderse el derecho a no verse involucrado en un contexto sexual, sin un consentimiento válidamente expresado, con el riesgo que esta involucración puede conllevar para la formación y desarrollo de la personalidad y sexualidad de los menores concernidos. De ahí debe deducirse que los abusos o agresiones contra menores de trece años generan en la reforma de 2010 un injusto de especial intensidad, sancionado más gravemente, precisamente porque no solo afectan a su libertad sino también a su desarrollo sexual.

Con anterioridad a la reforma, la STS n.º 411/2006, de 18 de abril ya había señalado que el Código Penal establecía una presunción iuris et de iure sobre ausencia de consentimiento en el menor de trece años, que “es incapaz para autodeterminarse respecto del ejercicio de su libertad sexual, negándole toda la posibilidad de decidir acerca de su incipiente dimensión sexual” y recobrando toda su fuerza el argumento de la intangibilidad o indemnidad como bien jurídico protegido. “Este límite de edad” - continuaba la citada sentencia- “ha de referirse a la edad física resultando censurable la equiparación de tal edad de la edad mental, lo que quebraría el principio de seguridad jurídica”.<sup>5</sup>

La ley considera que a esa edad la capacidad es incompleta ya que o los estímulos sexuales son todavía ignorados o confusos, o, en todo caso, si son excitados, no pueden encontrar en la inmadurez psíquico-física del menor contra estímulos suficientemente fuertes y adecuados, lo que implica que el menor es incapaz para autodeterminarse respecto del ejercicio de su libertad sexual, negándole toda la posibilidad de decidir acerca de su incipiente dimensión sexual, y recobrando toda su fuerza el argumento de la intangibilidad o indemnidad como bien jurídico protegido.

---

<sup>4</sup> QUINTERO OLIVARES G., Comentarios a la parte especial del Derecho Penal, 9.ª ed., 2011, p. 349

<sup>5</sup> ESCOBAR JIMÉNEZ, C., Los delitos sexuales a menores: artículo 183.1 y 3. Examen del artículo 183 quáter. Recurso disponible en: [www.fiscal.net](http://www.fiscal.net).

En el mismo sentido, la STS 355/15, de 28 de mayo, destaca que la norma penal establece una presunción *iuris et de iure* sobre la ausencia de consentimiento de cualquier acción sexual realizada con un menor de trece años, por estimar que la inmadurez psíquica de los menores les impide la libertad de decisión necesaria, por lo que estas acciones son constitutivas en cualquier caso de un delito de abuso sexual.

De esta forma, se distinguía jurisprudencialmente la existencia de un consentimiento natural o aparente, que podría prestar el menor a la realización del acto sexual, y un consentimiento jurídico, completamente inválido y carente de relevancia. Así, aun existiendo el primero, se consideraba que la voluntad del menor que había accedido o había sido condescendiente con el acto sexual, no se había formado del modo necesario para ser considerada como libre y, por tanto, su existencia no determinaba la licitud del aquél, dado que su edad excluye la aptitud de saber y conocer la trascendencia y repercusión de la relación sexual, sin la cual no hay libre voluntad ni verdadero consentimiento en el libre ejercicio de la autodeterminación sexual.

Por lo que con la reforma introducida con la LO 1/15 al elevar dicha edad de forma considerable en tres años, ya esa presunción *iuris et de iure* no pueda mantenerse pues ha de ponderarse a dicha edad el grado de madurez, su desarrollo y capacidad, lo que obliga a un estudio caso por caso. Lo cual si bien ha sido objeto de críticas en mi opinión es adecuado pues de lo contrario se estaría privando de la justicia material al considerar siempre y en todo caso que con dicha edad el menor no es capaz de consentir, ahora bien, entendiéndolo que debería haberse limitado tal consentimiento a una edad como lo hacía el legislador en la redacción anterior.

#### **IV. EL CONSENTIMIENTO DEL MENOR DE DIECISÉIS AÑOS**

Como ya he señalado en el estudio del apartado anterior, la previsión que se contiene en el art. 183 ter del CP tiene como consecuencia inmediata que la presunción sobre la falta de validez del consentimiento de los menores de dieciséis años en el ámbito de los delitos de abuso s sexuales dejaría de tener carácter *iuris et de iure* y pasaría a tener carácter *iuris tantum*. Con ello se facilitaría, ciertamente, el poder fundamentar el carácter atípico de los actos sexuales consentidos entre menores de edad, pero la redacción que se le ha otorgado no está exenta de objeciones.

Destaco como tal que no se pone límite al consentimiento de los menores de dieciséis años como sí lo hacía la redacción anterior, pues por debajo de los treces años no debería tenerse en cuenta en ningún caso la asimetría prevista en dicho precepto por considerar que el menor por debajo de dicha edad carece de capacidad de decisión para conducirse libremente en el desarrollo de su libertad e indemnidad sexual, tal y como se ha pronunciado el Tribunal Supremo, debiendo en todo caso estar y pasar por la presunción *iure et de iure* mantenida anteriormente, evitando de este modo interpretaciones dispares, que progresivamente se irán unificando con criterios interpretativos para evitar encontrarnos ante una inseguridad jurídica en una materia tan sensible como la que nos ocupa.

En este sentido se ha pronunciado la Sala Segunda del Tribunal Supremo en sentencia 337/2018 de 5 de julio de 2018 “La cuestión del consentimiento de la menor o del grado de oposición mostrado para el repetido acceso carnal, tema sobre el que el Fiscal llama la atención, sugiriendo que la secuencia invita a considerar al menos probable la voluntariedad de las relaciones. Pero en este supuesto eso resulta penalmente irrelevante. Descartado cualquier atisbo de intimidación, la presencia o no de consentimiento, o su mayor o menor grado de libertad es intrascendente a la vista de la edad del sujeto pasivo (quince años recién cumplidos). La ley niega validez a un eventual consentimiento sexual a esa edad salvo el supuesto excepcional al que enseguida aludiremos. Algunos elementos apuntarían en la dirección que señala el Fiscal: acudir voluntariamente al domicilio del acusado no es suficiente para descartar la oposición que la Sala considera acreditada, aunque sí sugiere poca consistencia o alguna debilidad en esa oposición. Pero, aun admitiéndolo así, no sería eludible idéntica condena. Establece el código Penal una presunción *iuris et de iure* de consentimiento viciado cuando no se han alcanzado los 16 años.

Tan solo podría tener alguna relevancia esa cuestión a los efectos insinuados por el Fiscal de aplicación del art. 183 *quáter* (que no *ter* como, sin duda por un lapsus, aparece en su dictamen). Pero tal precepto, que excluye la responsabilidad en los casos de consentimiento libre del menor cuando exista simetría en madurez y edad con el sujeto activo, no solo no ha sido invocado por la defensa, sino que choca con algunas de las declaraciones que efectúa la Sala de instancia en materia en la que la intermediación adquiere una singular importancia:

«Abordar la cuestión del consentimiento es relevante porque de haberse producido los hechos con el libre consentimiento de la menor, atendida la edad del procesado, solo cinco años mayor que ella, podría haberse planteado la exención de su responsabilidad penal. Sin embargo, ello no ha sido objeto de debate, ni ha sido planteado por la defensa, que ha basado su exculpación en la simple negación de todo contacto sexual del procesado con la menor. El consentimiento de la menor, si lo hubo, en todo caso, no se extendió al acceso carnal; antes, al contrario, ella manifestó haberse opuesto, física y verbalmente a la penetración. Y, en todo caso, el escaso grado de desarrollo y madurez de la menor, en este caso, confirmado por el informe psicológico de las forenses y apreciable por el Tribunal a lo largo de la declaración de la víctima, contrasta con los del procesado, que no parecían sino los propios de su edad».

La dicción del art. 183 quáter es quizás demasiado maniquea: la disyuntiva que encierra es exoneración o responsabilidad íntegra sin matices o soluciones intermedias simplemente atenuatorias cuando aparezcan episodios de cierta penumbra como una madurez solo relativa que, sin llegar a cumplir todos los requisitos de la norma, se aproximen a la situación allí contemplada. Ciertamente la pena resultante -la Sala ha impuesto la mínima y su razonamiento hace pensar que no ha sido más benigna por impedirlo el principio de legalidad- puede percibirse como desproporcionada. Pero solo a través de mecanismos excepcionales de anclaje no jurisdiccional, pero presentes en nuestro ordenamiento podría corregirse ese eventual desacompañamiento entre conducta sancionada -grave sin duda pero que parece alejarse de los supuestos que el legislador tenía en mente al establecer la penalidad del art. 183 CP - y la pena resultante (igual a la de un homicidio)<sup>6</sup>.

De su lectura, se desprende que no todo consentimiento ha de ser relevante para exonerar de responsabilidad al sujeto activo y dada la nueva redacción, dicho consentimiento ha de venir revestido de otros elementos que pueda asegurar que se prestó con el grado de madurez suficiente, al margen de la edad física. Requisito sin duda acertado siempre y cuando se hubiera establecido un límite por debajo del cual no podría admitirse en ningún caso la validez de dicho consentimiento por carecer de una madurez suficiente como sí regía según la redacción anterior y que entiendo que los trece años es una edad proporcionada a la realidad social en la que nos encontramos.

---

<sup>6</sup> TS Sala 337/2018 de 5 de julio de 2018. Ponente: DEL MORAL GARCÍA, A. CENDOJ.

## V. ASIMETRÍA DE EDAD

Junto al grado de madurez para apreciar la existencia del consentimiento en el menor de trece años el legislador establece el requisito de la proximidad de edad para exonerar de responsabilidad penal cuando se ha mantenido relaciones sexuales con un menor de dieciséis años. Por tanto, el consentimiento estaría condicionado, no sólo a la proximidad física de la edad, que además nuestro legislador deja sin determinar, como ya se dijo, sino y a que sean próximos en desarrollo y madurez, esto es según su dicción literal “una persona próxima por edad y grado de desarrollo o madurez”

Es tal la falta de concreción en la redacción del tipo penal que nos hace plantearnos ciertas interrogantes no exentas de dudas, así, “si, tratándose de una relación sexual en la que los dos implicados tuvieran, por ejemplo, quince años, quedara acreditado que el autor (¿varón?) es más maduro que el sujeto pasivo (¿mujer?). ¿Entonces ya no sería válido el consentimiento que ella hubiera prestado? Y, por otra parte, tendríamos que preguntarnos si la fórmula empleada por el legislador permite que la madurez equivalente de los implicados permita que una diferencia de edad de cierta relevancia careciera de importancia. Es decir, ¿sería admisible la validez del consentimiento de una menor de quince años cumplidos, si el "autor" es un adulto, de veinte años, muy inmaduro para su edad?, ¿y si fuera a la inversa?, ¿y si el menor fuera el varón y la mujer una adulta muy inmadura para su edad?, ¿cambiaría la respuesta?”<sup>7</sup>

Ante tantas preguntas, dudas y posibles interpretaciones, los operadores jurídicos han de buscar prontas soluciones con el fin de no incurrir en arbitrariedades.

Así la Sala Segunda del Tribunal Supremo en ST 1001/2016 de 10 de enero de 2017 niega la validez del consentimiento de la menor en supuesto enjuiciado en el que “La Audiencia, ex artículo 2.2 CP, se plantea la aplicación del artículo 183 quáter al presente caso, con cita incluso del Auto de inadmisión dictado por esta Sala en fecha 21/01/2016 (recurso 1583/2015). Lo que sucede es que en el mismo la diferencia de edad es tal (46 años y la menor 11) que la proximidad es insostenible para considerar el consentimiento como prestado libremente por la menor. Posteriormente la STS 946/2016 (fundamento quinto) trataba de una relación consentida, concurriendo una

---

<sup>7</sup> GARCÍA ÁLVAREZ, P., La nueva regulación de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual tras la reforma operada en el Código Penal por la LO 1/2015, de 30 de marzo La reforma del Código Penal a debate (XII Jornadas de Derecho Penal en homenaje a José María Lidón), Cuadernos Digitales de Formación, 33, 2015, p. 13.

situación de seudonoviazgo o prenoviazgo existente entre el sujeto activo y la víctima y la relativamente próxima edad entre los mismos (la menor nacida el 18/03/2001 y el condenado el 20/07/1992), llegando a la conclusión de que el hecho estaba fuera de los límites señalados para la exclusión de responsabilidad ex artículo 183 quáter CP. En el caso presente el Tribunal provincial entiende que "la diferencia de edad se produce entre los, más o menos, veinte años y medio del acusado y los, aproximadamente, once años y ocho o nueve meses de la menor", llegando a la misma conclusión. En ambos casos la diferencia de edad es superior a los ocho años y medio. A ello debe añadirse que se produce entre jóvenes de más de veinte años y niñas que no han alcanzado todavía los doce años cuando sucedieron los hechos, lo que desde luego influye igualmente en el grado de desarrollo y madurez alejándolo de la proximidad mencionada. Por lo tanto, la conclusión de la Sala de instancia no es ni mucho menos irrazonable. También hay que añadir otras circunstancias del caso, especialmente, como aduce el Ministerio Fiscal, que el acusado en el momento de los hechos acababa de finalizar una relación de dos años con una joven de su edad con la que convivía. Se trata pues de tener en cuenta el equilibrio de la pareja atendiendo a las circunstancias legales, es decir, la edad y el espíritu y mentalidad de ambos, debiendo rechazarse los casos de desequilibrio relevantes y notorios desde el punto de vista objetivo, pero también subjetivamente cuando aquél pueda inferirse del contexto en el que tiene lugar la relación, lo que determina un cuidadoso examen de cada caso<sup>8</sup>.

Por su parte la Circular de la Fiscalía General del Estado de 6 de julio de 2017 afirma que pese a que el artículo no define franjas concretas de edad. Es posible, no obstante, fijar marcos de protección según la víctima sea impúber (en todo caso), haya alcanzado la pubertad y no sea mayor de 13 años (la exención se limitaría generalmente a autores menores de 18 años), y menores de 14 y 15 años (cuyos contactos sexuales podrían abarcar a sus iguales jóvenes). Dentro de la franja de edad de los adultos jóvenes, debe precisarse entre la comprendida entre 18 y menos de 21 y la situada entre 21 y 24 años inclusive. En la última subdivisión, solo muy excepcionalmente podrá contemplarse la exclusión o la atenuación habida cuenta de la importante diferencia de edad y el alejamiento de las franjas cronológicas que, ordinariamente, resultan del derecho comparado (entre 2 y 5 años). Cuanto mayor sea la diferencia de edad, mayor necesidad habrá de acreditar la semejanza en cuanto a desarrollo o madurez. En el caso

---

<sup>8</sup> ST 1001/2016 de 10 de enero de 2017. Ponente: SAAVEDRA RUIZ, J. Sala Segunda del Tribunal Supremo. CENDOJ.

del autor adulto, de acreditarse las circunstancias del art. 183 quáter, procederá el sobreseimiento del art. 637 n.º 2 LECrim. La exención no podrá aplicarse a acciones típicas en las que concurra violencia, intimidación o prevalimiento. En relación con el delito del art. 183 ter apartado primero (grooming) podrá teóricamente apreciarse la exención en relación con el tipo básico, pero no respecto del agravado, que exige la concurrencia de violencia, intimidación o engaño. No podrá apreciarse esta cláusula en el delito del apartado segundo del art. 183 ter (sexting), por ser incompatible el “consentimiento libre” que se exige en el art. 183 quáter con el “embaucamiento” propio de este tipo.<sup>9</sup>

El Pleno del Tribunal Supremo, al abordar la cuestión de la naturaleza de la cláusula de exoneración manifiesta, que aunque es discutible, no puede asociarse a una causa de exclusión de culpabilidad, "lo que parece incorrecto" afirma la STS, para seguir rechazando la posibilidad de una causa de justificación; finalmente, se inclina por una causa de exclusión de un elemento del tipo objetivo "puesto que la exoneración se basa en la prueba de la existencia de herramientas de control idóneas y eficaces cuya ausencia integraría, por el contrario, el núcleo típico de la responsabilidad penal de la persona jurídica complementario de la comisión ilícito por la persona física".

Seguidamente expone su desacuerdo con la naturaleza que la Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado, de 22 de enero, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, que considera que nos hallamos ante una excusa absolutoria. Así afirma el Pleno "es discutible, si tenemos en cuenta que una excusa absolutoria ha de partir, por su propia esencia, de la previa afirmación de la existencia de la responsabilidad, cuya punición se excluye, mientras que, según lo expuesto, *la presencia de adecuados mecanismos de control lo que supone es la inexistencia misma de la infracción*". Finalmente concluye, que al entender que es la exclusión de un elemento del tipo ha de ser la acusación quien acredite el hecho negativo de la no concurrencia de las medidas de prevención y control y no la defensa.

Como puede observarse la desafortunada técnica legislativa en la cláusula de exoneración de responsabilidad del artículo 183 quáter, como en la cláusula de exoneración de las personas jurídicas del art. 31 bis.2 es la misma. Ambas cláusulas se

---

<sup>9</sup> Circular 1/2017 de la Fiscalía General del Estado, 1/2017 sobre la interpretación del art. 183 quáter del Código Penal.

construyen de la misma manera (la escasa diferencia de edad y el próximo grado de desarrollo o madurez hace que el consentimiento sea libre, al igual que la existencia de los adecuados mecanismos de control hace que la persona jurídica sea cumplidora con el derecho al respeto, y en ambos casos serán exentos o se excluirá la responsabilidad penal de los actores) y ambas van a plantear notables problemas, que en la práctica serán los mismos: quién ha de probar el elemento negativo del hecho y en nuestro caso, además, la naturaleza del error si se acudiera a dicho instituto. Por ello, la solución o concreción de la naturaleza que se dé a una servirá para cualificar la naturaleza de la otra. Hoy por hoy, el protagonismo lo está acaparando el art. 31 bis.2 del CP, por lo que no podemos perderlo de vista<sup>10</sup>.

Probablemente con estos criterios interpretativos y con la referencia a la madurez de los implicados se logre conseguir fundamentar la atipicidad no sólo de los actos sexuales en los que los dos implicados son menores de dieciséis años, sino también de aquellos en los que siendo uno de los implicados un menor de esa edad, el otro tiene diecisiete o, como mucho, dieciocho años, por partir de la premisa de que aquí la madurez de ambos será "equivalente". Pero esta premisa no tiene por qué darse. Además, determinar la madurez de los implicados no será nunca fácil, va a generar mucha inseguridad y puede producir efectos perversos.

## VI. CONCLUSIÓN

Considero por todo lo expuesto, que la nueva regulación no cumple pese a la recomendación efectuada por los organismo internacionales con la finalidad propia de la Directiva, pues según su dicción literal ésta debe ajustarse la realidad social de cada país, y bajo mi criterio, la redacción y tratamiento otorgado a dicha materia por de la LO 5/2010 no solo protegía los legítimos intereses de los menores dada la necesidad de su especial protección, sino que se ajustaba a nuestra realidad social con parámetros claros y determinados, que no dejaban margen a una excesiva discrecionalidad y sin embargo, el criterio de entrar a valorar la madurez de los implicados genera , según mi criterio un amplio margen de incertidumbre y que hubiera sido mejor que el legislador hubiera, como he sugerido, para empezar, mantenido los trece años como edad hasta la cual el consentimiento prestado en este ámbito careciera de relevancia con carácter *iuris et de iure* y, a partir de esa edad, admitido la atipicidad de las relaciones sexuales consentidas

---

<sup>10</sup> GALDEANO SANTAMARÍA, A.M. Formación a Distancia, 2, 2016, p. 5.

libremente por un menor; ya sea mantenida dicha relación sexual con otro menor o con un adulto muy próximo a la mayoría de edad, descartando el resto de los supuestos. Lo determinante debería ser únicamente que el consentimiento que éste preste no haya sido obtenido mediante violencia, intimidación, engaño o cualquier tipo de prevalimiento.

### **BIBLIOGRAFÍA**

Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2017 sobre la interpretación del art. 183 quáter del Código Penal.

Código Penal y Ley Penal del Menor Tirant LO Blanch 23.<sup>a</sup> ed. anotada.

GALDEANO SANTAMARÍA, A.M. La asimetría de edad en los delitos contra la libertad sexual. La cláusula del artículo 183 quáter: Últimas reformas penales, Formación a Distancia, 2, 2016.

Circular 1/2017 de la Fiscalía General del Estado, 1/2017 sobre la interpretación del art. 183 quáter del Código Penal.

ESCOBAR JIMÉNEZ, C., Los delitos sexuales a menores: artículo 183.1 y 3. Examen del artículo 183 quarter. Ponencia: recurso disponible en: [www.fiscal.net](http://www.fiscal.net).

GARCÍA ÁLVAREZ, P., La nueva regulación de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual tras la reforma operada en el Código Penal por la LO 1/2015, de 30 de marzo, XII Jornadas de Derecho Penal en homenaje a José María Lidón Cuadernos de Formación, 33, 2015.

QUINTERO OLIVARES G., Comentarios a la parte especial del Derecho Penal, 9.<sup>a</sup> edición, Pamplona 2011.

\* \* \* \* \*

## María Teresa Franco Serrano

Juez sustituta, Toledo. Socia de la FICP.

### ~La victimología: delito de violencia de género, la mujer como víctima~

#### I. INTRODUCCIÓN

Las definiciones que del Derecho penal se han dado han sido tantas como autores lo han estudiado, de entre las que destacan los aspectos formales del Derecho penal se encuentra la elaborada por von Liszt, para el que “Derecho Penal es el conjunto de reglas jurídicas establecidas por el Estado que asocian al crimen como hecho la pena como legítima consecuencia”<sup>1</sup>.

Como punto de partida podemos afirmar que siendo el derecho penal el sector del ordenamiento jurídico cuya finalidad es el ejercicio del ius puniendi del estado, su efectividad resulta cuestionada cuando junto a la sanción punitiva del estado ante la lesión de los bienes jurídicos protegidos entran en juego la protección de otros intereses igualmente fundamentales para el ordenamiento jurídico, tales como la paz y la unidad familiar.

El derecho penal debe además de sancionar conductas, erigirse en medio de reparación de las víctimas, no solo en los términos comprendidos en el art. 109 y ss del CP sino en un sentido amplio y comprensivo de los daños morales y personales que el proceso judicial conlleva en especial para víctimas cuya situación de especial protección está reclamando la sociedad actual, en concreto, y entre otras, las víctimas de la violencia de género.

Y su incapacidad para lograr hacerlo, pese a los esfuerzos de los operadores jurídicos, ha hecho que nazcan alternativas jurídicas que cuestionen la efectividad del derecho penal y opten por otros sistemas alternativos en los que se encuentra presente a igual nivel de protección los derechos del investigado y la restauración íntegra de los derechos de la víctima, en muchos casos olvidada. Lo que nos lleva a plantearnos si el derecho penal logra reparar el daño causado a las víctimas, incluido el daño moral.

---

<sup>1</sup> LUZÓN CUESTA, Compendio de Derecho Penal Parte General, 8.ª, 1996, p. 20.

## II. EL DERECHO PENAL COMO RESTAURADOR DE LAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO.

Paulatinamente la sociedad actual ha ido tomando conciencia del papel que desempeñan las víctimas en la comprensión del hecho delictivo y de la utilidad que puede aportar el estudio de las mismas en la prevención y la respuesta a la victimización.

La actual sensibilidad de la sociedad respecto a los intereses de éstas se fragua después de la segunda guerra mundial, en el contexto de la generalización de la cultura de los derechos humanos.

La manifestación más relevante de este proceso a escala internacional ha sido la aprobación de la Declaración de los derechos de las víctimas del delito y del abuso de poder, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas (Resolución 40/34) el 29 de noviembre de 1985. La Declaración toma como base el derecho de las víctimas a ser tratadas con compasión y respeto a su dignidad y reconoce los derechos de acceso a la justicia, información sobre el curso del procedimiento, asistencia, reparación a cargo de los infractores o terceros responsables, indemnización, en ciertos casos, a cargo del Estado, y protección ante los peligros para su intimidad y seguridad<sup>2</sup>.

Las Naciones Unidas, en el artículo 1 de la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, definen lo que debe considerarse como violencia de género:

"Por violencia contra la mujer se entiende todo acto de violencia basado en la pertenencia al género femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas a tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se produce en la vida pública como en la vida privada".

El concepto de "violencia de género" se acuña en la IV Conferencia Mundial de Mujeres de Beijing (1995) como una parte de la violencia cultural que se ejerce por los hombres sobre las mujeres y se manifiesta como una técnica de control que permite mantener a estas en una situación de inferioridad y subordinación<sup>3</sup>.

La legislación española se encuentra esencialmente en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

---

<sup>2</sup> TAMARIT SUMALLA, Cuadernos Digitales de Formación, 54, 2016.

<sup>3</sup> GÓMEZ-LIMÓN AMADOR, Cuadernos Digitales de Formación, 48, 2016.

Según la propia exposición de motivos de la Ley, su regulación tiene como objetivo fundamental erradicar las insoportables cifras de violencia que sufren las mujeres fruto de las relaciones de poder, de dominio y de discriminación que han ejercido históricamente algunos hombres contra éstas, especialmente en el ámbito de la pareja o expareja. Este es el ámbito de aplicación de la ley tal y como se establece determinados hombres respecto a las mujeres en el ámbito de una relación sentimental de pareja o de expareja, extendiéndose la protección a favor de los hijos e hijas de la víctima, bien directamente como sujeto pasivo o bien en cuanto guardan íntima relación con la situación de la madre y con frecuencia son utilizados como instrumento de la violencia contra la mujer, y en su caso pueden ser objeto de forma directa o indirecta de formas de maltrato psicológico.

La Ley pretende atender a las recomendaciones de los organismos internacionales y justifica su aprobación en el art. 9.2 de la Constitución Española, que obliga a los poderes públicos a remover todos aquellos obstáculos que limiten o dificulten que los derechos fundamentales de las personas sean una realidad, entre ellos el derecho a la igualdad real entre hombres y mujeres.

Las cifras estadísticas son elocuentes, poniendo tristemente de manifiesto que pese al tiempo transcurrido desde la entrada en vigor de la LEY y pese a los números esfuerzos que desde los distintos operadores jurídicos se han llevado a cabo (ayudas económicas, asesoramiento jurídico, implementación de nuevos órganos y especialización de los órganos judiciales...) las cifras de denuncias siguen siendo alarmantes, así como el número de mujeres fallecidas. Lo que hace que se cuestione la efectividad del proceso judicial, y más en cuanto a su concepción reparadora de los derechos de la víctima

La Ley, con gran acierto parte de la base de que la violencia de género es un problema de carácter transversal que afecta a todos los sectores de la sociedad y precisa de soluciones que incidan en la multiplicidad de sus causas y efectos. Por esto la respuesta institucional quiere ser global y con decisiones que tengan fuerza de Ley, estableciendo medidas educativas, de sensibilización, contra la publicidad ilícita de protección social y económica, de tutela institucional, penal y judicial. Sin embargo y pese a su formulación, lo cierto y verdad es que articula la solución al grave problema social que la Violencia de Género conlleva a través de la vía judicial.

El eje valorativo, por lo tanto, se centra en la ley penal como norma de protección, de especial significación respecto a las víctimas especialmente vulnerables, no siendo tratadas como víctimas de primer grado, sino como víctimas de segundo grado<sup>4</sup>.

Esta nueva perspectiva se vislumbra en varios de los delitos que se contemplan en el Código Penal. Y que ha conllevado el planteamiento de cuestiones de inconstitucionalidad en la aplicación e interpretación de los delitos protectores contra la violencia de género. Entre ellas cabe destacar la Sentencia 80/2008, de 17 de julio de 2008 del tribunal Constitucional Cuestión de inconstitucionalidad 6660-2005 y 14 más (acumuladas). Planteadas por el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Toledo respecto al artículo 153.1 del Código penal en la redacción dada por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género. Y en la que el Alto tribunal decide inadmitir las cuestiones de inconstitucionalidad núm. 6660-2005, 7729-2005, 8970-2005, 4576-2006, 4577-2006, 9359-2006, 2848-2007, 3340-2007, 6439-2007, 7827-2007, 7828-2007, 7829-2007, 7987-2007, 84-2008 y 85-2008 en lo que se refiere a la posible vulneración del principio de legalidad penal (art. 25.1 CE).

En su Sentencia 59/2008, de 14 de mayo el Alto tribunal avala, por 7 votos a cinco, la constitucionalidad del art. 153,1 CP modificado por la Ley de Violencia de Género, que permite elevar las penas en los casos en los que el varón sea el agresor y la mujer la víctima, rechazando así la cuestión de inconstitucionalidad que planteó la titular del Juzgado de lo Penal núm. 4 de Murcia respecto al mencionado artículo, al entender que el establecimiento de penas mayores cuando el maltratador es un varón lesionaba el principio de igualdad ante la ley y "discrimina al hombre". Considera la Sala que el distinto tratamiento penal se justifica no en una discriminación positiva, es decir, no porque la mujer sea especialmente vulnerable, sino porque la conducta del maltratador es más reprobable, dada la posición de superioridad y dominación del hombre, y además más frecuente. Formulan votos particulares los Magistrados D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, D. Ramón Rodríguez Arribas, D. Javier Delgado Barrio y D. Vicente Conde Martín de Hijas. En concreto haré especial hincapié para su análisis y comentario posterior en los fundamentos jurídicos quinto a duodécimo, destacando la verdadera complejidad jurídica de la cuestión planteada en cuanto a la posible vulneración del precepto constitucional.

---

<sup>4</sup> DE LA FUENTE HONRUBIA, en: Udima, Unidad 4, pp. 1-21.

No obstante no deja de haber opiniones jurídicas que consideran que esta opción legislativa discrimina y deja desprotegido a menores, ancianos y hombres maltratados, por considerar que el plus de protección a favor de la mujer no se basa solo en el hecho de ser mujer sino en el hecho de que los atentados que padecen tienen lugar en el ámbito específico de la relación de la pareja, estando el resto de los sujetos anteriormente mencionados debidamente protegidos tanto judicial como legalmente<sup>5</sup>.

Al margen de estas consideraciones, aún latentes, hemos de resaltar en cuanto a lo que constituye el objeto de estudio, que la aplicación de la ley penal deja igualmente sin resolver los distintos escenarios que se pueden presentar según la posición que adopte la víctima, pues ante un hecho punible respecto del que la ley solo plantea su sanción, en caso de resultar probados los hechos descritos, cada víctima actúa de distinta manera, unas prefieren denunciar, otras optan por lo contrario, en algunos casos existen sentimientos de venganza, en otros de culpabilidad... y esa situación debe ser igualmente contemplada por el derecho penal con el fin de no agravar la victimización que conlleva enfrentarse a un proceso penal, máxime cuando a quien se denuncia es a una persona con la que se tienen íntimos vínculos de afectividad al ser cónyuge o persona con la que se está o se ha estado ligada por análoga relación de afectividad aún sin convivencia.

De ahí que el derecho de la víctima a la reparación íntegra vaya más allá que le mera sanción al infractor, única consecuencia prevista por la ley en caso de resultar acreditados los hechos denunciados, en este sentido se pronuncian las resoluciones emanadas en el seno de la Unión Europea, entre otras cabe destacar la Directiva de 25 de octubre de 2012 remite a la idea de justicia al proclamar en el Preámbulo (n. 34) que “no se puede hacer justicia si no se permite a las víctimas explicar las circunstancias del delito y aportar pruebas de forma comprensible para las autoridades competentes”<sup>6</sup>.

Por su parte la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y el Consejo de 25 de octubre de 2012, constituyen las normas mínimas sobre los derechos, apoyo y protección de las víctimas y su transposición a nuestro ordenamiento interno se ha llevado a cabo a través del Estatuto de la Víctima del Delito como unidad orgánica cuyo desarrollo tiene lugar en la Ley 4/2015 de 27 de abril, publicada al día siguiente

---

<sup>5</sup> MARÍN LÓPEZ MAGISTRADO, P., /LORENTE ACOSTA M., Estudios de Derecho Judicial, 139, 2007 pp. 17-46 y 70.

<sup>6</sup> TAMARIT SUMALLA.

en el Boletín Oficial del Estado y entrando en vigor el 28/10/2015, y por el Real Decreto 1109/2015 de 11 de diciembre de desarrollo de la LEVID y Oficinas de Atención a la Víctima del Delito y de aplicación a todos los procedimientos con independencia de la fecha de incoación y la fase en la que se encuentren<sup>7</sup>.

Y de cuya lectura se desprende que la idea de justicia debe comprender en todo caso, la participación de la víctima en la gestión de las consecuencias de un hecho que le incumbe directamente, y por tanto de lo que excede del proceso penal propiamente dicho, y que resultaría incompatible con la idea de que una vez iniciado el proceso penal la víctima pierda el control sobre las consecuencias del proceso, lo que hace que los propios operadores jurídicos se planteen la eficacia del proceso penal ante la respuesta insatisfactoria de restauración íntegra del derecho del víctima, optando por la reparación a cargo del Estado o a través de la justicia restaurativa como forma de superar los efectos de la victimización.

### **III. LA JUSTICIA RESTAURATIVA COMO ALTERNATIVA A LA JUSTICIA PENAL.**

La grieta interpretativa y de efectividad de la LO 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra los actos de Violencia de Género tras trece años de su entrada en vigor, se produce al no haber logrado impedir como se dijo la proliferación de ataques frente a la mujer, por su condición de tal.

El art. 87. Ter de la LOPJ prohibiendo la mediación en este ámbito del derecho penal, no ha logrado solventar el grave problema que este tipo de delitos conlleva, ya que no se trata como en otros tipos penales de un conflicto intersubjetivo de dos personas, sino que nos encontramos ante un abuso de derechos fundamentales de la mujer en su relación de pareja que tradicionalmente ha sido fomentado, justificado y alimentado por una sociedad con valores machistas y basada en un modelo económico al que beneficia la discriminación de la mujer, por lo que quizás resulte conveniente en este momento en que se está produciendo una revolución social donde se pretende a través de los organismos internacionales y mediante su transposición interna velar por los derechos de la víctima, que esta pudiera tener un papel más relevante en el proceso, no siendo sometida tanto a un interrogatorio, sino ante una exposición más relajada que le permitiera desde la información que le ha sido facilitada por el órgano judicial,

---

<sup>7</sup> HERNÁNDEZ RUEDA, Formación a distancia, 3, 2016.

valorar y superar la victimización que el proceso penal puede suponer y lograr a través de un sistema restaurativo dar solución al conflicto sin que dicha solución tenga necesariamente que conllevar una condena penal con las nefastas consecuencias que ello conlleva no sólo a nivel personal sino familiar y social en cuanto que el proceso judicial estigmatiza a sus intervinientes. Y esa solución restaurativa puede lograr dar solución a un problema que excede con creces el ámbito penal, requiriendo para ello que el victimario haya reconocido su actuar y se encuentre dispuesto a aceptar las medidas reparadoras indicadas por un tercero imparcial y que otorga objetividad a una cuestión en la que se mezclan sentimientos de muy distinta índole y en el que los implicados no se encuentran capacitados para fijar una solución por sí mismos dado los intereses en conflicto. Claro que este tipo de justicia no es posible en supuesto de suma gravedad, pero sí en aquellos casos en que dadas las circunstancias del caso nos encontremos ante hechos que aun pudiéndose enmarcar en los art. 153,1 y 171.4 y 5 del CP, ambas partes estén dispuestas a aceptar una mediación judicial que permita de un lado lograr la restauración de los derechos de la víctima y que el victimario partiendo del principio de responsabilidad y asunción de culpa evite las penas y sus consecuencias. Basando dicho sistema, en un encuentro que se puede producir a lo largo del proceso, con la finalidad de llegar a la reparación emocional (que el derecho penal por sí mismo no puede alcanzar), siendo necesario pasar por una serie de fases que prepararían a las partes para poder llevar a cabo un encuentro conjunto que culminaría con ese acuerdo de reparación, y que como fin ideal se llegaría a un perdón y a una reconciliación<sup>8</sup>.

Para asegurar la eficacia de la aplicación de los mecanismos restaurativos se requeriría igualmente el establecimiento de herramientas que aseguren que exista una verdadera intención de reparar y no sólo un deseo de disfrutar de beneficios en la pena o de los beneficios penitenciarios, en su caso, lo cual pervertiría este sistema. Lo cual comporta una tarea de extrema dificultad y todavía pendiente de afrontar, aunque cada vez más cercana pues con la reforma penal introducida por la LO 1/15 el legislador ha introducido el principio de oportunidad en delitos leves, permitiendo que el Ministerio Fiscal solicite el sobreseimiento no solo en los delitos leves contra el patrimonio, sino cuando el delito leve denunciado resulte de muy escasa gravedad a la vista de la naturaleza del hecho, sus circunstancias, y las personales del autor.

---

<sup>8</sup> ARNAIZ SERRANO/ MARTÍNEZ SOTO, Formación a distancia, 2 2017.

#### IV. CONCLUSIONES

De lo anterior, cabe colegir, que si bien la Ley Orgánica De Medidas de Protección Integral Contra la Violencia de Género quiso poner de relieve la falta de igualdad real y efectiva que existe en España entre hombres y mujeres y la necesidad de establecer medidas que eliminen la constante discriminación del sexo femenino, que se traduce en hechos delictivos de los que son víctimas las mujeres, y directa o indirectamente los menores; y que si bien es cierto que su aplicación ha podido suponer un descenso de los casos reales de violencia, no por ello se puede bajar la guardia pues existen muchas formas de violencia, y muchas veces no afloran al exterior, por lo que los poderes públicos deben continuar esforzándose porque las garantías protectoras funcionen, deben mejorar su efectividad con el fin de eliminar tan grave lacra social y garantizar la igualdad real y efectiva entre hombres y mujeres sin sometimientos por razón de sexo, logrando alcanzar de ese modo una sociedad más justa y equilibrada, reformado si para ello fuere necesario la Legislación actual.

Entiendo que la Ley por sí sola no es capaz de erradicar, tan grave problema, pues la propia Ley es consciente de la importancia del factor cultural, por ello la necesidad por un lado de reformar las leyes de educación con el objetivo de que las nuevas generaciones crezcan en el valor de la igualdad y en técnicas de resolución pacífica de conflictos. Personas expertas en perspectiva de género han de cuidar que se hagan realidad esos valores.

Hemos de ser conscientes de que, a pesar del mensaje formal y constitucional de la igualdad entre hombres y mujeres, se siguen transmitiendo estereotipos de mujeres “objetos” y mensajes denigrantes para dicha condición, por ello es necesario articular sistemas legales en contra de la publicidad directa e indirecta y que tanto el Ministerio Fiscal como las Asociaciones de mujeres más representativas puedan solicitar el cese de la divulgación de mensaje vejatorio.

En este punto quisiera resaltar la importancia que hoy día tienen los medios de comunicación y la labor que deben cumplir, evitando informaciones sesgadas y sensacionalistas, para lograr alcanzar en la sociedad la idea fundamental de que la violencia familiar es un problema de todos, transmitiendo esperanza a las víctimas. Deben evitar transmitir que los jueces son benévulos con los agresores, ya que ellos están sometidos al imperio de la ley, e incidir más en quienes manejan los resortes educativos y preventivos.

La Ley integral recoge sin duda ambiciosas medidas y objetivos. Hemos de ser conscientes de que, aún queda un largo recorrido de fondo, se ha de mantener la tensión política y social si pretendemos que resulte eficaz y sirva para prevenir y proteger a las mujeres que sufren malos tratos dentro de sus hogares. Resulta creo necesario cumplir la previsión de la propia ley respecto a la evaluación periódica sobre su eficacia y que dicha aplicación se viera contrastada con la necesaria dotación presupuestaria para valorar de este modo de manera real y efectiva su eficacia e implantación, al necesitar personal entiendo que especializado no solo en los órganos judiciales sino también en el profesorado y fundamentalmente con equipos psico-sociales auxiliares, que permitan con su actuación educacional, preventiva y de asesoramiento y asistencia, el objetivo final de la ley, que no es otro que hacer realidad el derecho de las mujeres a la no violencia en el ámbito familiar. Un objetivo muy ambicioso y de largo recorrido, pero necesario en un estado democrático que avanza en la materialización del derecho a la dignidad humana.

Sin desconocer la dramática realidad de los números y estadísticas, mi opinión es que la ley pese a que como expresa en su preámbulo pretende la protección de la mujer desde la triple perspectiva desde la que habitualmente se produce la discriminación sobre la mujer por el hecho de serlo, sin embargo, entiendo que la ley no ha logrado alcanzar su objetivo, con la consiguiente frustración para los órganos judiciales que dedican su esfuerzo a la aplicación de la ley.

Y, si bien paradójicamente la ley ha servido de manera eficaz para que la mujer se decidiera a denunciar, desgraciadamente, ello no es suficiente, pues al despertar muchos días nos encontramos con la desagradable noticia de un hecho de violencia sobre la mujer, lo que hace que se cuestione la eficacia de las misma.

Pese a la rápida, ágil, eficaz intervención de la Administración de Justicia ante un suceso de violencia doméstica no siempre se ha conseguido con las medidas de carácter penal, prisión provisional, orden de protección, prohibición de aproximación a la víctima y algunos de sus familiares, así como de comunicación por cualquier medio... evitar el hecho delictivo, el daño a la víctima y a los menores, como víctimas directas o indirectas del delito por ser sin duda, el bien jurídico más vulnerable y necesitado de protección.

Lo que, tristemente, viene a poner de manifiesto que el Derecho penal, no siempre es capaz de resolver los conflictos derivados del ámbito familiar, por el

contrario, a veces crea un efecto pernicioso, además del elevado coste social que supone la intervención judicial, máxime cuando nuestra ley rituaría permite que la mujer víctima de un delito de violencia de género pueda negarse a declarar, por lo que sería conveniente es casos de escasa gravedad sin que consten antecedentes penales y existiendo una voluntad firme de no reiteración delictiva que fuese posible no solo en sobreseimiento de las actuaciones, sino la posibilidad de alcanzar un acuerdo que logre zanjar las desavenencias producidas en el seno de la pareja y que con la intervención judicial impida a través de dicho acuerdo que no se produzcan nuevos incidentes.

La intervención de del Derecho Penal solo está justificado cuando, en efecto, los sistemas de prevención, socialización, información y asistencia pública a las posibles víctimas de los delitos en el ámbito familiar hubiesen fracasado, como decía Welzel, el Derecho Penal no persigue la realización de valores absolutos de justicia en la tierra, ni ejercitar a los ciudadanos en la virtud de la obediencia, sino hacer posible la vida en común.

Por ello considero que, el Derecho Penal no es la solución a un problema cuya causa tiene su origen en un problema de tipo cultural educacional y de índole social que se manifiesta no solo en el ámbito doméstico, sino en el social y el laboral.

Con la “huida al Derecho Penal no se resuelven satisfactoriamente todos los conflictos sociales. Prohibir por prohibir es una crueldad innecesaria o un dogmatismo, de ahí que la adopción de medidas cautelares de alejamiento, prohibición de comunicación deben responder a criterios de legalidad, proporcionalidad y objetividad, entre otros tal y como tuve ocasión anteriormente de exponer, con la finalidad de no conculcar sino está estrictamente justificado, los derechos en litis, por un lado el derecho de libertad y presunción de inocencia del denunciado y el derecho de la víctima a la restauración íntegra de sus derechos.

Lejos de solucionar dolorosos conflictos sociales y familiares, una política penal puramente represiva los acentúa y agrava. La criminalización sistemática de las relaciones sociales crea, como decía gráficamente Roxin, un ejército de ciudadanos con antecedentes penales, sin que esta “victimización” dé respuesta al problema del crimen.

*“La humanidad añora reconciliación”<sup>9</sup>*

---

<sup>9</sup> GÓMEZ CAFARENA, en *La conversión humanista del Concilio Vaticano II*, aportación católica a una humanidad reconciliada, Philosophiapacis, 1989, p. 482.

*“la erradicación de la violencia de género exige la adopción de medidas educacionales, potenciando la igualdad de sexos y eliminando los roles sociales establecidos. Las reformas legislativas no son suficientes si no existe una aplicación adecuada de las mismas y no se crean las infraestructuras necesarias para lograr la coordinación de los profesionales que intervienen de una u otra manera en la violencia de género.”<sup>10</sup>*

El Derecho penal por sí solo no será capaz de erradicar un problema social y cultural sin la intervención a prevención de otros agentes sociales, a quienes compete mantener una educación cuya base sea la igualdad entre hombres y mujeres, sin que exista distinción por el solo hecho de ser MUJER.

En mi opinión no cabe castigar más gravemente a los hombres por el hecho de que, por una cuestión puramente numérica, agredan más que las mujeres. Es frecuencia determinará en su caso, que los varones sean sancionados numéricamente más, pero no más gravemente.

Ya que el valor que los tipos penales deben proteger, no puede ser otro que el de la dignidad, la libertad o la integridad corporal de la víctima, y en relación con esos valores resulta sencillamente jurídicamente cuestionable que puedan establecerse diferencias por razón de sexo, criterio de diferenciación que choca directamente con la proscripción del art. 14 CE.

## BIBIOGRAFÍA

ALEMANY ROJO A. La violencia familiar en el ámbito judicial. Asociación de Mujeres Juristas Themis. Congreso de Violencia Doméstica 12 y 13 de junio de 2003, pp. 205-219.

ARNAIZ SERRANO, A./ MARTÍNEZ SOTO, T., Estatuto de la Víctima, Formación a distancia, 2, 2017.

GÓMEZ CAFFARENA J. en: La conversión humanista del Concilio Vaticano II, aportación católica a una humanidad reconciliada, Philosophiapacis, 1989.

DE LA FUENTE HONRUBIA, F., Criminalidad y Violencia de Género. Otras personas especialmente protegidas en el ámbito de la violencia familiar y de género. Udim. Unidad 4, pp.1-21.

LUZÓN CUESTA, Compendio de Derecho Penal Parte General, 8.<sup>a</sup> ed., Dykinson S.L., 1996.

TAMARIT SUMALLA, J.M., Modificaciones Sustantivas en el Derecho Penal y el Estatuto de la Víctima, XIII Jornadas de Derecho Penal en Homenaje a José María Lidón, Colección Cuadernos Digitales de Formación, 54, 2016.

---

<sup>10</sup> ALEMANY ROJO. Por referencia “La violencia familiar en el ámbito judicial” Asociación de Mujeres Juristas Themis. Congreso de Violencia Doméstica 12 y 13 de junio de 2003. (pag. 205 a 219 )

GÓMEZ-LIMÓN AMADOR, T., publicación: Impartición de Justicia con perspectiva de género en los distintos órdenes jurisdiccionales, colección: Cuadernos Digitales de Formación, 48 año 2016

MARÍN LÓPEZ MAGISTRADO, P., /LORENTE ACOSTA, M., La valoración de las víctimas de la violencia de género, Estudios de Derecho Judicial, 139, 2007.

HERNÁNDEZ RUEDA, M.A. Las Reformas del Proceso Penal, Formación a distancia volumen, 3, 2016.

\* \* \* \* \*

## Sacramento Ruiz Bosch

Juez sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia.  
Socia de la FICP.

### ~Análisis del tipo previsto en el artículo 176 del Código Penal~

#### I. INTRODUCCIÓN

##### 1. La ubicación de los delitos contra la integridad moral en el Código Penal actual

El Título VII del Libro II del Código Penal se rubrica “De las torturas y otros delitos contra la integridad moral” y abarca los artículos 173 a 177.

Para GARCÍA SEDANO el Legislador de 1995 dotó a los delitos contra la integridad moral de autonomía sistemática y de un elevado rango al situarlos entre los delitos contra los bienes esenciales de la persona como son la vida, la integridad física y la libertad, por delante, incluso, de la libertad sexual o del honor<sup>1</sup>.

MUÑOZ CONDE distingue dentro del Título VII entre:

a) Los atentados genéricos contra la integridad moral cometidos por particular que recoge el artículo 173, donde se incluyen los delitos de acoso laboral e inmobiliario, y el delito de ejercicio habitual de violencia física o psíquica en el ámbito familiar o asimilado.

b) El delito de tortura cometido por autoridad o funcionario público (en los artículos 174 a 176).<sup>2</sup>

##### 2. La integridad moral

La integridad moral está prevista como derecho fundamental en la Constitución, concretamente en su artículo 15, cuando reconoce que todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que en ningún caso, puedan ser sometidos a torturas ni a penas o tratos inhumanos o degradantes.

El Tribunal Constitucional en Sentencia nº 120/1990, de 27 de junio, identificó la integridad moral como el derecho a la inviolabilidad de la persona, no sólo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de

---

<sup>1</sup> GARCÍA SEDANO, La Ley Penal 124, 2017, pp. 1-2.

<sup>2</sup> MUÑOZ CONDE, Derecho Penal. Parte Especial, 2013, p. 172.

intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular.

Según la STS nº 957/2007, de 28 de noviembre, “la integridad moral se configura como una categoría conceptual propia, como un valor de la vida humana independiente del derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad en sus diversas manifestaciones o al honor”.

El Tribunal Supremo en numerosas resoluciones ha señalado que la integridad moral se identifica con las nociones de dignidad e inviolabilidad de la persona, matizando que con el castigo de las conductas atentatorias a la integridad moral se pretende reafirmar la idea de que el ser humano es siempre el fin en sí mismo, sin que quepa “cosificarlo”.

Por ello la jurisprudencia distingue entre los simples ataques a la integridad física o psíquica y “aquellos otros con repercusión directa en la dignidad humana, considerando que la integridad moral se configura como una categoría conceptual propia, como un valor independiente del derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad en sus diversas manifestaciones o al honor. No cabe la menor duda de que tanto nuestra Constitución como el CP configuran la integridad moral como una realidad axiológica propia, autónoma e independiente de aquellos derechos; y tan evidente es así que los arts. 173 y 177 del Código Penal establecen una regla concursal que obliga a castigar separadamente las lesiones a estos bienes y las producidas a la integridad moral. De aquí se deduce también que no todo atentado a la misma, necesariamente, habrá de comportar un atentado a los otros bienes jurídicos, siendo posible imaginar la existencia de comportamientos típicos que únicamente quiebren la integridad moral sin reportar daño alguno a otros bienes personalísimos (Vid. SSTs 255/2011, de 6 de abril, 255/2012, de 29 de marzo, y de 2 de abril de 2013).

La doctrina viene conceptuando la integridad moral como el derecho de la persona a no sufrir sensaciones de dolor o sufrimientos físicos o psíquicos humillantes, vejatorios o envilecedores.

### **3. La tortura**

El artículo 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 establece que “Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”, principios que también vienen proclamados en el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966.

Y el artículo 1.1 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, de 10 de diciembre de 1984 establece que “A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término "tortura" todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas.”

En nuestro ordenamiento jurídico la definición de tortura a efectos penales se recoge en el primer párrafo del artículo 174 CP.

## **II. BREVE ANÁLISIS DE LOS DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD MORAL**

### **1. Atentados genéricos contra la integridad moral**

#### *a) El delito de trato degradante*

Partiendo de la clasificación que el profesor FRANCISCO MUÑOZ CONDE realiza de los delitos contra la integridad moral, nos referiremos en primer lugar a los atentados genéricos contra la integridad moral que se regulan en el primer párrafo del apartado 1 del artículo 173 CP.

En el mismo se castiga a quien infligiera a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral.

Se trata de un delito común, de manera que cualquiera puede ostentar la condición de sujeto activo, incluido el funcionario público.

El Tribunal Supremo ha explicado que el trato degradante es aquel que pueda crear en las víctimas sentimientos de terror, de angustia y de inferioridad susceptibles de humillarles, de envilecerles y de quebrantar, en su caso, su resistencia física o moral (STS de 29 de septiembre de 1998).

Además, para integrar el tipo es necesario que el bien jurídico “integridad moral”

sea menoscabado gravemente.

Entiende el mencionado profesor que “la acción descrita en el artículo 173.1 se referirá a aquellas acciones que, vayan o no dirigidas a doblegar la voluntad del sujeto pasivo, sean realizadas de tal forma que den lugar a un sentimiento de vejación o de humillación”<sup>3</sup>.

Podemos concluir que son elementos de este delito reseñados jurisprudencialmente:

a.- Un acto de claro e inequívoco contenido vejatorio para el sujeto pasivo del delito.

b.- Un padecimiento físico o psíquico en dicho sujeto.

c.- Un comportamiento que sea degradante o humillante e incida en el concepto de dignidad de la persona afectada por el delito.

d.- En relación al resultado, se exige que el trato degradante menoscabe gravemente la integridad moral, lo que excluiría los supuestos banales o de menor entidad.

### ***b) El delito de acoso laboral***

En el artículo 173 CP se castigan además los denominados delitos de acoso laboral e inmobiliario, y el delito de ejercicio habitual de violencia física o psíquica en el ámbito familiar y asimilado.

La LO 5/2010 incorporó una tipificación autónoma del delito de acoso laboral introduciendo un segundo párrafo al artículo 173.1 del Código Penal.

La jurisprudencia señala entre los elementos del delito:

a) Que tenga lugar en el ámbito de cualquier relación laboral o funcionarial y con prevalimiento de cualquier relación de superioridad.

b) Que se trate de reiterados actos hostiles o humillantes.

c) Que dichos actos no sean constitutivos de trato degradante.

d) Que sean constitutivos de “grave acoso” contra la víctima.

No se hace mención a ningún resultado típico por lo que sería un delito de mera

---

<sup>3</sup> MUÑOZ CONDE, F., Derecho Penal, 2013, p. 174.

actividad (Vid. SAP de Santander, Sección 1ª, nº 446/2018, de 5 de diciembre).

**c) *El delito de acoso inmobiliario***

El tercer párrafo del artículo 173.1 CP castiga a quien de forma reiterada lleve a cabo actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante, tengan por objeto impedir el legítimo disfrute de la vivienda.

Como explica la SAP de Bilbao, Sección 5ª, nº 172/2014, de 20 de mayo, en el denominado “mobbing inmobiliario” los sujetos pasivos habitualmente arrendatarios, sufren determinadas acciones que pretenden doblegar y vencer su voluntad renuente a resolver el contrato de inquilinato para desalojar la vivienda. El tipo penal no exige la finalidad última de abandono de la vivienda, sino de impedir el legítimo disfrute de ésta, por lo que integrarían el tipo conductas que, aun cuando no persigan objetivos especuladores, tengan como finalidad impedir el legítimo disfrute de la vivienda, por lo que el sujeto activo del tipo no se circunscribe al propietario de una vivienda interesado en el desalojo del ocupante sino que puede serlo cualquiera: un vecino, un futuro adquirente...

**d) *El delito de ejercicio habitual de violencia física o psíquica en el ámbito familiar y asimilado***

El artículo 173.2 CP castiga a quien “habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados”.

La STS nº 1212/2006, de 25 de octubre, indica que el delito del art. 173.2 es un *aliud* y un *plus* distinto de los concretos actos de agresión, donde el bien jurídico protegido trasciende y se extiende más allá de la integridad personal al atentar el maltrato familiar a valores constitucionales de primer orden como el derecho a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE), que tiene su

consecuencia lógica en el derecho no sólo a la vida sino a la integridad física y moral con interdicción de los tratos inhumanos o degradantes (de ahí su nueva ubicación sistemática en el Código) y en el derecho a la seguridad (artículos 15 y 17 CE), quedando también afectados principios rectores de la política social y económica como la protección de la familia y la infancia y la protección integral de los hijos, ex artículo 39 CE. Por ello, la autonomía del bien jurídico protegido, por cuanto la violencia física o psíquica a que se refiere el tipo es algo distinto de los concretos actos de violencia aisladamente considerados.

## **2. Las torturas en el Código Penal de 1995. Tipo básico y tipo residual**

### ***a) El tipo básico de las torturas***

El tipo básico de las torturas se recoge en el artículo 174 CP.

El Código Penal de 1995 recoge las torturas como un delito autónomo y lo define siguiendo las pautas marcadas por los Tratados y Convenciones Internacionales, y especialmente por el V Congreso de la ONU para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente de 1.975, y por la Convención Contra la Tortura y Malos Tratos o Penas Cruelles, Inhumanas o Degradantes de 1984.

Cometerá tortura “la autoridad o funcionario público que, abusando de su cargo, y con el fin de obtener una confesión o información de cualquier persona o de castigarla por cualquier hecho que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o por cualquier razón basada en algún tipo de discriminación, la sometiére a condiciones o procedimientos que por su naturaleza, duración u otras circunstancias, le supongan sufrimientos físicos o mentales, la supresión o disminución de sus facultades de conocimiento, discernimiento o decisión o que, de cualquier otro modo, atenten contra su integridad moral”.

La STS nº 1391/2004, de 26 de noviembre, considera que en la estructura típica de este delito concurren los siguientes elementos:

“a) El elemento material constituido por la conducta o acción en la que se manifiesta la tortura y que se identifica con sufrimientos físicos o mentales, la supresión o disminución de facultades de conocimiento, discernimiento o decisión, o que de cualquier otro modo atenten contra la integridad moral.

b) La cualificación del sujeto activo que debe ser una autoridad o funcionario

público, que hubiese actuado con abuso de su cargo, aprovechándose de la situación de dependencia o sometimiento en la que se encuentra el sujeto pasivo.

c) El elemento teleológico en cuanto sólo existe este delito de tortura cuando se persigue el fin de obtener una confesión o información de cualquier persona o de castigarla por cualquier hecho que hubiera cometido o se sospeche que ha cometido.”

“De este modo, el vigente Código Penal ha venido a ampliar este elemento teleológico al incorporar, junto a la llamada tortura indagatoria, la vindicativa o de castigo por lo que el sujeto pasivo hubiera cometido o se sospeche que hubiera podido cometer. Se persigue dar cobertura típica a aquellos casos en los que las autoridades o funcionarios actúan como represalia a la conducta anterior del sujeto pasivo” (STS nº 701/2001, de 23 de abril).

A su vez el precepto distingue a la hora de determinar las penas aplicables entre los atentados graves y los que no llegan a tener tal naturaleza.

Puede ser sujeto pasivo de este delito cualquier persona, sin que se requiera en ella la concurrencia de ninguna circunstancia especial, ni que ostente una posición específica en el marco de unas diligencias policiales o judiciales<sup>4</sup>.

***b) El delito residual de atentado contra la integridad moral cometido con abuso de cargo por autoridad o cargo público***

En el artículo 175 CP se regula un tipo residual respecto al delito de torturas del artículo precedente.

La diferencia entre el tipo penal de tortura del art 174 y el delito residual de atentado contra la integridad moral cometido con abuso de cargo por autoridad o cargo público del art 175 CP, no estriba en la gravedad de la afrenta a la dignidad de las víctimas (pues expresamente se sancionan en ambos preceptos tanto los atentados graves como los que no lo son), sino en la ausencia en el tipo penal del artículo 175 del elemento teleológico: con el fin de obtener una confesión o información de cualquier persona o de castigarla por cualquier razón que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o por cualquier razón basada en algún tipo de discriminación, que exige el artículo 174 (Vid. STS nº 601/2013, de 11 de julio).

El delito del artículo 175 se cometerá cuando la autoridad o el funcionario

---

<sup>4</sup> ZÁRATE CONDE, A. (coord.) Derecho Penal. Parte Especial, 2018, p. 155.

público, abusare de su cargo, y no se hallare comprendido en el artículo anterior, es decir, en las conductas previstas en el artículo 174, atentare contra la integridad moral de una persona.

Siguiendo la SAP de Barcelona, Sección 21ª, de 30 de diciembre de 2010, los requisitos de este tipo penal son los siguientes:

a) El sujeto activo es un funcionario público o autoridad. De no ser así la ley prevé la sanción por la vía del artículo 173, si bien este último precepto refuerza la acción infligiéndose un trato degradante, adjetivación que no se predica del acto comisivo en este delito, aunque puede considerarse implícito.

b) En cuanto a la acción, el sujeto activo tiene que abusar de su cargo, lo que significa un comportamiento extralimitativo, prevaleciéndose de su condición pública, lo que produce una cierta intimidación para la consecución de sus fines y de sensación de impunidad en su comportamiento.

c) El resultado, consiste en atentar contra la integridad moral de una persona.

d) por último, los hechos no pueden ser constitutivos del delito de torturas, lo que le confiere un carácter residual.

Por tanto, este delito viene integrado por “cualquier conducta arbitraria de agresión o ataque ejecutada por funcionario público abusando de su cargo que aún sin causar lesión y que tenga cierta intensidad, provocando humillación, quebranto degradante en el sujeto pasivo/víctima, con finalidades distintas de las comprendidas en el art. 174 (tortura), que por ello tiene un carácter residual en relación al delito de torturas” (STS nº 1246/2009, de 30 de noviembre).

### **III. AUSENCIA DE TORTURA Y JUSTIFICACIÓN DEL USO DE LOS MEDIOS VIOLENTOS EN LA ACTUACIÓN POLICIAL.**

El delito de tortura solo puede ser cometido por las autoridades o funcionarios públicos que actúen fuera de los cauces legales permitidos, es decir, bien abusando de su cargo, bien faltando a los deberes del mismo<sup>5</sup>.

La jurisprudencia ha reiterado que (vid. SSTS nº 1401/2005, de 23 de noviembre, y nº 778/2007, de 9 de octubre), cuando se trata de actuaciones de agentes de la autoridad, éstos tienen no solo la facultad, sino también el deber de actuar en el ejercicio

---

<sup>5</sup>ZÁRATE CONDE, A. (coord.) Derecho Penal, 2018, p. 155.

de su cargo utilizando medios violentos, incluso las armas que reglamentariamente tienen asignadas, en su misión de garantizar el orden jurídico y servir a la paz colectiva, con la decisión necesaria y sin demora cuando de ello depende evitar un gran daño, inmediato e irreparable, pero al mismo tiempo rigiéndose por los principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad, como dice el artículo 5.2 apartado c) de la LO 2/1986, de 13 marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

La STS nº 922/2009, de 30 de septiembre, puntualiza que “para que la actuación del agente pueda considerarse justificada se requiere los siguientes requisitos:

1º) que el sujeto activo sea una autoridad o funcionario público autorizado por las disposiciones correspondientes a hacer uso de medios violentos en el ejercicio de los deberes de su cargo; 2º) que el posible delito se haya producido en el ejercicio de las funciones del cargo correspondiente; 3º) que para el cumplimiento del deber concreto en cuyo ámbito se está desarrollando su actividad le sea necesario hacer uso de la violencia (necesidad en abstracto) porque, sin tal violencia, no le fuera posible cumplir con la obligación que en ese momento le incumbe; 4º) que la violencia concreta utilizada sea la menor posible para la finalidad pretendida, esto es, por un lado, que se utilice el medio menos peligroso, y, por otro lado, que ese medio se use del modo menos lesivo posible, todo ello medido con criterios de orden relativo, es decir, teniendo en cuenta las circunstancias concretas del caso, entre ellas las posibilidades de actuación de que dispusiere el agente de la autoridad (necesidad en concreto); y 5º) proporcionalidad de la violencia utilizada en relación con la situación que origina la intervención de la fuerza pública.

Bien entendido que no se requiere que el desencadenante de la acción del funcionario sea una agresión ilegítima bastando con que el agente se encuentre ante una situación que exige intervención para la defensa del orden público en general o para defensa de intereses ajenos por los que deben velar los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, matizándose que “no es situable en el mismo plano la persecución de quien ha cometido un grave delito que la represión in situ de comportamientos leves”.

#### **IV. ANÁLISIS DEL DELITO DE OMISIÓN PREVISTO EN EL ARTÍCULO 176 DEL CÓDIGO PENAL**

El artículo 176 CP prevé la imposición de las penas respectivamente establecidas en los artículos que le preceden a la autoridad o funcionario público que, faltando a los

deberes de su cargo, permitiere que otras personas ejecuten los hechos previstos en ellos, es decir, el precepto castiga a la autoridad o funcionario público que faltando a los deberes de su cargo no impidiere que otros ejecuten los hechos previstos en los artículos 173, 174 y 175 del Código Penal.

### **1. La permisión por el funcionario público de la ejecución de los hechos previstos en el artículo 173 del Código Penal**

Entiende la jurisprudencia que cuando la condena al autor material lo es por el tipo general del art. 173 del Código Penal, la aplicación del art. 176 ha de ser especialmente restrictiva, pues aunque la condición de autoridad o funcionario confiere una posición de garante que obliga a tener una actuación intolerante con cualquier conducta que implique un trato degradante, siendo exigible un comportamiento activo más decidido que el de cualquier particular, ello no obsta a que deba valorarse siempre la capacidad de actuación para evitar el ilícito, pues no puede asimilarse de manera prácticamente automática la sanción del que comete un delito con la de aquél que simplemente ha mantenido una conducta pasiva (Vid. SAP de Santa Cruz de Tenerife, Sección 2ª, nº 350/2015, de 30 de julio).

### **2. La permisión por el funcionario público de la ejecución de los hechos previstos en los artículos 174 y 175 CP**

La STS nº 205/2015, de 10 de marzo de 2016, pone de manifiesto la disparidad de criterios existentes en la jurisprudencia acerca de si ha de existir o no relación de superioridad jerárquica entre la autoridad o funcionario público omitente a que se refiere el artículo 176 del Código Penal y la autoridad o funcionario que, por acción, comete el delito de tortura o contra la integridad moral.

En una primera línea jurisprudencial la Sala II del Tribunal Supremo entendió que, para que pudiera integrarse el tipo del artículo 176, era necesaria la superioridad jerárquica del sujeto activo respecto del funcionario que comete la tortura.

Así, la STS nº 1050/1997 de 18 de julio parece entender que, para poder “permitir” a alguien la comisión de torturas es preciso ostentar superioridad jerárquica sobre el torturador, y la STS nº 294/2003, de 16 de abril, se inclina por considerar que el sujeto activo de este delito ha de ser un superior jerárquico al que realiza el atentado contra la integridad moral “ (...) pues el deber inherente al cargo que se describe en el tipo, acredita este requisito de superioridad frente a los autores del hecho vejatorio (...)”

Y en este mismo sentido, la STS nº 1050/1997, de 18 de julio, concluía que “Aunque la doctrina discute si con esta última tipificación penal nos hallamos ante una coautoría por omisión (que existiría si entre unos y otros hubiera existido un acuerdo, aun tácito, para tales torturas) o ante una participación por cooperación necesaria de carácter omisivo (por el especial deber que por el cargo incumbe a los superiores sobre sus subordinados, incumplido al tolerar los malos tratos), en cualquier caso la Ley, al equiparar en las penas o quienes materialmente torturan y a los Jefes que lo permiten, reputa equivalentes unas y otras conductas: el especial deber de vigilancia y la superioridad jerárquica justifican tal equiparación.”

La postura jurisprudencial más reciente considera que no es necesaria una relación jerárquica que sitúe al responsable del delito previsto en el artículo 176 por encima del torturador activo.

En esta línea, la STS nº 205/2015, de 10, de marzo explica que “no es necesaria una relación jerárquica que sitúe al responsable del art. 176 por encima del autor directo del art. 174. Eso llevaría a convertir casi en superflua la previsión pues el superior siempre sería copartícipe del delito del art. 174. El legislador ha querido ensanchar con el art. 176 las conductas sancionables equiparando ex lege, por expresa disposición legal, la omisión a la acción. Serían menos las omisiones sancionables si se dejase jugar a los genéricos preceptos de la participación (arts. 28 y ss. CP) y la fórmula general de la comisión por omisión (art. 11 CP). El art. 176 recoge conductas omisivas que no quedarían abarcadas por los dos artículos que le preceden ni siquiera en combinación con los arts. 11 y 28 y ss. CP.

El principio interpretativo de vigencia (un precepto debe tener algún específico ámbito de aplicación: un entendimiento que lo convierte en superfluo debe ceder ante otros que le otorgan sentido) invita a inclinarnos por la otra acepción del vocablo permitir; no impedir; y sus sinónimos (tolerar, no estorbar ni imposibilitar, permitir algo que no se tiene por lícito, aunque sin aprobarlo expresamente, dejar hacer: no es necesario aprobar, basta con tolerar). No es indispensable una aprobación interna o externa, o un asentimiento o refrendo.

Basta con ser consciente de que se está desarrollando una conducta encajable en el art. 174 y, teniendo la cualidad pública de que habla el art. 176, no hacer deliberadamente nada por impedirla, aunque internamente pueda incluso reprobarse. Cosa distinta en que en determinadas circunstancias la falta de asentimiento unida a la

incapacidad para una oposición eficaz pueda desembocar en una exención por falta de exigibilidad (...) (STS 19/2015)”.

### **3. Conclusión**

En conclusión, para que pueda integrarse el tipo previsto en el artículo 176 del Código Penal, deberá evaluarse, caso por caso y en atención a las circunstancias concretas, la posibilidad de que al funcionario le fuera exigible impedir las conductas (las castigadas en los artículos 173, 174 y 175 CP) que se estaban realizando a su presencia o sobre las que tenía capacidad de actuación, es decir, que en todo caso, el juicio de subsunción del hecho en la norma penal requiere que la autoridad o funcionario que haya permitido el maltrato hubiese podido evitarlo si hubiera actuado de una manera activa y que además dicha conducta activa no le fuera inexigible dadas las circunstancias concretas.

## **V. BIBLIOGRAFÍA Y DOCUMENTACIÓN UTILIZADAS**

GARCÍA SEDANO, T., El trato degradante (Artículo 173, Párrafo 1, del Código Penal), La Ley Penal nº 124, enero-febrero 2017.

MUÑOZ CONDE, F., Derecho Penal. Parte Especial, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

ZÁRATE CONDE, A. (coord.) Derecho Penal. Parte Especial, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2018.

STC nº 120/1990, de 27 de junio.

STS nº 1050/1997, de 18 de julio.

STS de 29 de septiembre de 1998.

STS nº 701/2001, de 23 de abril.

STS nº 1391/2004, de 26 de noviembre.

STS nº 1401/2005, de 23 de noviembre.

STS nº 1212/2006, de 25 de octubre.

STS nº 778/2007, de 9 de octubre.

STS 957/2007, de 28 de noviembre.

STS nº 922/2009, de 30 de septiembre.

STS nº 1246/2009, de 30 de noviembre.

STS nº 601/2013, de 11 de julio.

STS nº 718/2013, de 1 de octubre.

STS nº 205/2015, de 10 de marzo de 2016.

SAP de Barcelona, Sección 21ª, de 30 de diciembre de 2010.

SAP de Bilbao, Sección 5ª, nº 172/2014, de 20 de mayo.

SAP de Santa Cruz de Tenerife, Sección 2ª, nº 350/2015, de 30 de julio.

Vid. SAP de Santander, Sección 1ª, nº 446/2018, de 5 de diciembre.

\* \* \* \* \*

## Comunicaciones presentadas al XXII Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Univ. de Alcalá, sobre “Derecho penal general y de la empresa” (16-17/05/2019)\*<sup>1</sup>

**Carmen Alcayde Blanes**

Juez sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia.  
Socia de la FICP.

### ~Los registros personales externos sobre las personas privadas de libertad~

#### I. INTRODUCCIÓN

La seguridad y las libertades aparecen con frecuencia como valores enfrentados entre los que no resulta sencillo encontrar un punto de equilibrio. También en el ámbito penitenciario. Especialmente en los supuestos de registros personales de los internos en establecimientos penitenciarios. Confluyen aquí dos elementos sobre los que buscar la armonía: el interés público que sirve de fundamento para la actividad de registro, por un lado, y los derechos fundamentales afectados por dicha intervención, por otro. Junto con ellos, no podemos desconocer la situación de sujeción especial inherente a la condición de recluso.

Es claro que la privación de libertad del individuo no puede suponer en modo alguno una merma de sus derechos como persona. El penado mantiene intactos sus derechos derivados de su dignidad como persona, sin perjuicio de las necesarias actuaciones que deban realizarse durante su estancia en el centro penitenciario para mantener la salvaguarda de los intereses generales en juego en este ámbito. Un intrincado rompecabezas al que merece la pena prestar atención siquiera solo sea porque carece de una solución jurídica cierta habida cuenta de la escasa regulación normativa.

---

<sup>1</sup> En esta sección se publica la mayoría de las comunicaciones presentadas al XXII Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, sobre “Derecho penal general y de la empresa”, organizadas por el Área de Derecho Penal de la Univ. de Alcalá y la FICP (dir.: Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Luzón Peña) con fecha de 16 y 17 de mayo de 2019 en la Facultad de Derecho de la Univ. de Alcalá. Las actas de este Seminario, con el programa, las ponencias y comunicaciones recibidas están disponibles en nuestra página web, en la sección de [Actas de los Seminarios Interuniversitarios Internacionales anuales de Derecho Penal Univ. de Alcalá](#), que ya disponen de ISSN: 2695-3994

El objeto del presente trabajo es, precisamente, la –mínima– regulación y práctica de los registros personales externos a los internos en establecimientos penitenciarios. Para ello, después de unas cuestiones preliminares relativas al concepto de los registros y los derechos fundamentales cuya vigencia puede resultar mermada a tenor de los mismos, analizaremos la –parca– regulación de esta materia y los requisitos establecidos en sede constitucional y europea.

## **II. REGISTROS PERSONALES Y DERECHOS FUNDAMENTALES**

### **1. Los registros personales**

No es sencillo apuntar una definición indiscutible de lo que debe considerarse una inspección corporal. A falta de una definición legal, hay que acudir a las propias esbozadas por la doctrina y la jurisprudencia con el riesgo, no siempre evidente, de que éstas aparecen afectadas por el ámbito propio de su realización. En otras palabras, lo que quizás sea un concepto válido desde el punto de vista de la legislación procesal penal, puede presentar perfiles insalvables al intentar su aplicación al ámbito penitenciario. Por lo pronto, la urgencia de descubrir circunstancias fácticas que sean de interés para el proceso no se da en el caso de una intervención efectuada en relación con los fines que justifican la aplicación de este tipo de medidas en los establecimientos penitenciarios: el mantenimiento de la seguridad y el orden en prisión o evitar el riesgo de autolesión o fuga<sup>2</sup>. Circunstancia que no puede ser irrelevante a la hora de configurar aspectos esenciales como pudiera ser la falta de consentimiento del afectado. Como tampoco puede serlo, en sentido contrario, la vigencia de una relación de sujeción especial por parte del penado.

A todo lo anterior hay que añadir, además, el desarrollo de la técnica, especialmente a lo largo de estos últimos años. Así, constituyen registros personales claros los tradicionales cacheos superficiales o los registros con desnudo integral. Pero, junto con estos, parece que hubieran de incluirse en la misma categoría cualesquiera técnicas de búsqueda de efectos en las cavidades corporales mediante el empleo de escáner o rayos X<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> MAGALDI PATERNOSTRO, M. J.: Doctrina constitucional sobre intervenciones corporales en el proceso penal y el derecho fundamental a la integridad física y moral consagrado en el art. 15 de la Constitución española, en *La prueba en el proceso penal*, CGPJ, Madrid, 2000, p. 117.

<sup>3</sup> VERNET, J.: Los registros corporales en la jurisprudencia del TEDH, en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, segundo trimestre 20, 2017, p. 97.

Uno y otro motivo nos han llevado a optar por el manejo de una concepción muy concreta a la hora de definir las inspecciones corporales. Abogando por un enfoque eminentemente práctico, *estas inspecciones constituyen el examen del cuerpo de la persona, realizado con mayor o menor intromisión, y orientado a la consecución de un fin legítimo*<sup>4</sup>. Un concepto que necesariamente está ligado al común empleado en otros ámbitos por cuanto la actuación resulta esencialmente idéntica, pero que necesariamente debe presentar unos rasgos propios derivados de la situación de especial sujeción del afectado –recluso en un establecimiento penitenciario– y de su finalidad, verbigracia, la mencionada seguridad en un establecimiento penitenciario o la evitación de la autolesión o fuga del penado

De forma aún más concreta, dentro de esta definición, hemos optado por centrarnos en la regulación y problemática de los *registros corporales externos*<sup>5</sup>. Quedan fuera de nuestro objeto de estudio, por tanto, las prácticas que suponen una exploración interior de la persona ya sea efectuada físicamente mediante la exploración de las cavidades bucal, rectal o vaginal, bien a través de medios técnicos de examen por imagen. Nuevamente ha primado aquí el enfoque práctico, pues es evidente que la mayor parte de los registros realizados en el ámbito penitenciario son, por lo general, de carácter externo, en tanto que suponen una *exploración externa y superficial de la persona*.

## 2. Los derechos susceptibles de lesión

En principio, la apertura de nuestro texto constitucional a los tratados internacionales en materia de derechos humanos (art. 10.2) nos obliga a analizar nuestro objeto de estudio a la luz de lo dispuesto tanto en la Constitución Española de 1978 (en adelante, CE), como, al menos, el Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH) por tratarse éste del instrumento internacional más depurado en la materia de cuantos han sido suscritos por España.

Como no podía ser de otro modo, podemos observar un notable paralelismo en la regulación contenida en ambos documentos normativos. Tanto es así, que, a falta de indicación al contrario, el lector puede suponer sin temor a equivocarse que los contenidos predicados de uno de estos textos son esencialmente equivalentes en el otro.

---

<sup>4</sup> En sentido similar, *Idem*, p. 96.

<sup>5</sup> MARTÍN BRAÑAS, C: Inspecciones e intervenciones corporales: previsiones legislativas, en *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 33, 2014, p. 25.

Sentada esta premisa, tanto el Tribunal Constitucional (en adelante, TC), como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) señalan que la realización de un registro corporal –interno o externo– de manera incorrecta puede derivar en la lesión, principalmente, de dos derechos: la intimidad y la integridad física<sup>6</sup>.

**a) El derecho a la intimidad**

El art. 18.1 CE señala: “*Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*”. Por su parte, el art. 8 CEDH reza: “*1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia*”.

En ambos casos nos encontramos con definiciones abiertas que los respectivos intérpretes –TC y TEDH– actualizan con nuevos contenidos. En palabras de nuestro juez constitucional, este derecho “*implica la existencia de 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*”<sup>7</sup>.

La propia finalidad del precepto invitaba por sí misma al reconocimiento de un *derecho a la intimidad corporal* como contenido específico dentro del más amplio del art. 18.1 CE. De acuerdo con el mismo, *el sujeto queda protegido frente a toda indagación o pesquisa que sobre el cuerpo quisiera imponerse contra su voluntad en tanto responda a estimaciones y criterios arraigados en la cultura de la comunidad*<sup>8</sup>. Un reconocimiento similar existe en el ámbito de aplicación del CEDH<sup>9</sup>.

Dos son los rasgos más destacados de este derecho. En primer lugar, la posibilidad de renuncia del mismo por parte del individuo, de tal manera que no cabrá plantearse lesión alguna de su derecho en los casos en que éste preste su consentimiento con carácter previo y continuado a la realización del registro personal.

Pero resulta igualmente interesante la percepción social de la intimidad corporal que conforma el objeto de este derecho. En efecto, el TC ha rechazado la configuración de un genérico derecho a la intimidad corporal. Antes al contrario, el conflicto entre la intimidad y la inspección corporal solo tiene visos de producirse cuando ésta se produce sobre determinadas zonas corporales en relación con las cuales existe un sentimiento

<sup>6</sup> VERNET, J.: Revista Europea de Derechos Fundamentales, 20, 2017, p. 99.

<sup>7</sup> STC 231/1988, de 2 de diciembre, FJ. 3.

<sup>8</sup> STC 37/1989, de 15 de febrero, FJ. 7.

<sup>9</sup> VERNET, J.: Revista Europea de Derechos Fundamentales, 20, 2017, p. 101.

social de pudor. En otras palabras, la intimidad protege la parte del cuerpo que, por ser generalmente considerada como íntima, normalmente el individuo desea mantener fuera de la vista de los demás.

Una vez dispuestas las piezas del puzle, la jurisprudencia constitucional española muestra una línea de interpretación clara a la hora de diferenciar entre las lesiones de la intimidad y las propias de la integridad física y moral. El criterio central de la misma es el tipo de práctica enjuiciada. Así, el derecho a la intimidad solo podrá considerarse lesionado cuando se den dos requisitos acumulativos: que la actuación consista en una inspección corporal; y que ésta recaiga sobre partes íntimas del cuerpo o incida en la privacidad de otro modo<sup>10</sup>.

En relación con el primero de los requisitos indicados, debemos señalar que la noción de “inspección” o “registro corporal” manejada por el juez constitucional coincide en sus rasgos generales con la propia de “inspección corporal” que venimos manejando en este trabajo. En consecuencia, podemos afirmar que las inspecciones efectuadas de manera correcta sobre los reclusos deberán ser analizadas, de manera general, bajo el prisma del art. 18 CE.

Por su parte, tampoco se puede desconocer que el TC deja abierta la puerta a que la lesión del derecho a la intimidad venga dada por otros elementos, distintos de la parte del cuerpo afectada. Sin perjuicio de lo que se indicará a continuación con ocasión de las lesiones a la integridad física y moral, las concretas circunstancias en que se produzca el registro también pueden ser definitorias de una lesión del derecho a la intimidad aun cuando no se haya visto afectado el pudor del recluso.

#### ***b) El derecho a la integridad física y moral***

El art 15 CE resulta tajante en la afirmación de que “*Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes*”. Precepto que presenta un indudable paralelismo con el art. 3 CEDH: “*Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes*”. Expresiones que *protegen la inviolabilidad de la persona, no solo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino*

---

<sup>10</sup> STC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ. 2.

*también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento del su titular*<sup>11</sup>.

Es necesario partir nuevamente de la diferenciación efectuada por el juez constitucional. La integridad física se verá afectada de forma general por las “intervenciones corporales”, esto es, las actuaciones consistentes en la extracción del cuerpo de determinados elementos para su análisis pericial o en su exposición a radiaciones<sup>12</sup>. En todos estos casos se produce, de acuerdo con el Tribunal Constitucional, una lesión o menoscabo del cuerpo, siquiera sea de su apariencia externa. Son prácticas, en todo caso, de carácter interno, por lo que han quedado deliberadamente fuera de nuestro objeto de estudio.

En cualquier caso, el art. 15 CE sigue teniendo una importancia capital a efectos de este trabajo. Y es que no puede desconocerse que, junto con la física, en el mismo se recoge también la integridad moral. Y esta integridad puede verse ciertamente mermada cuando las condiciones en que se efectúa el reconocimiento personal difieren de las previstas legal y jurisprudencialmente.

Quizás el concepto clave en esta cuestión sea el de “*trato inhumano o degradante*”, definido tanto en sede constitucional como en la propia del TEDH como *cualquier actuación consistente en aplicar a un determinado sujeto un trato que pueda suponerle padecimientos físicos o psíquicos ilícitos, infligidos de modo vejatorio, con la única finalidad de lograr ultrajar y doblegar su voluntad*<sup>13</sup>.

Lo anterior supone que las inspecciones corporales externas pueden ser objeto de un doble análisis en atención a los efectos perniciosos que provoquen sobre el individuo. Cuando lo mismos sean susceptibles de su calificación como “trato inhumano o degradante” el escrutinio girará en torno la eventual lesión del artículo 15 CE. Por el contrario, en los supuestos en que no existe un trato del tipo indicado, se podrán analizar subsidiariamente como una vulneración del derecho a la intimidad personal consagrada en el artículo 18.1 CE cuando la actuación consista en una inspección o registro corporal que recaiga sobre partes íntimas del cuerpo o incida en la privacidad de otro modo. En cualquier caso, los límites entre uno y otro no aparecen nítidamente definidos en la jurisprudencia. Así, la orden de desnudarse y hacer flexiones

---

<sup>11</sup> STC 120/1990, de 27 de junio, FJ. 8.

<sup>12</sup> STC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ. 2.

<sup>13</sup> Entre otras, la STC 120/1990, de 27 de junio, FJ. 9. En sentido similar, la STEDH de 18 de enero de 1978, asunto Irlanda contra Reino Unido, par. 167.

no fue considerada por el TC como un trato inhumano o degradante, sino como una práctica constitutiva de una violación del derecho a la intimidad<sup>14</sup>.

**c) *Situación de sujeción especial y derechos de los penados***

En las líneas anteriores se han expuesto las características generales de los derechos contenidos en los arts. 15 y 18.1 CE. Pero no podemos perder de vista que los reclusos de un centro penitenciario se encuentran en una situación de sujeción especial de la que pueden derivarse algunas modulaciones en relación con sus derechos fundamentales.

El punto de partida para referirse a esta cuestión lo constituye el art. 25.2 CE, conforme al cual el recluso “gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria”. Dicho de otra manera, el recluso solo puede ser privado de aquellos derechos que son inherentes a la condena.

¿Cuáles son estos derechos? Pues serán, sin lugar a dudas todas las libertades relacionadas con la movilidad. Pero también existe una merma inevitable en el ámbito de la intimidad, por cuanto, en palabras del propio TC, *una de las consecuencias más dolorosas de la pérdida de la libertad es la reducción de la intimidad de los que sufren esta privación, pues quedan expuestas al público, e incluso necesitadas de autorización, muchas actuaciones que normalmente se consideran privadas e íntimas. Mas se ha agregado que ello no impide que puedan considerarse ilegítimas, como violación de la intimidad “aquellas medidas que la reduzcan más allá de lo que la ordenada vida en prisión requiere”*<sup>15</sup>. Las propias condiciones de la reclusión pueden afectar, como es lógico, al ejercicio del derecho a la intimidad –incluso corporal– en sus más básicas manifestaciones. Piénsese en el uso obligado de duchas de pared corrida, por ejemplo. Pero tratándose de un derecho de la personalidad, es evidente que en ningún caso deben ser admitidas limitaciones mayores que las molestias propias de aquella condición.

Algo similar ocurre con la integridad física y moral. Es evidente que la mera privación de libertad –y consiguiente intimidad– supone un trato de algún modo denigrante para el recluso. Es precisamente en el ámbito penitenciario donde en mayor

---

<sup>14</sup> STC 57/1994, de 28 de febrero.

<sup>15</sup> STC 57/1994, de 28 de febrero, FJ 5.

número se han producido los casos relativos a los “tratos inhumanos y degradantes”<sup>16</sup>. Circunstancia que ha permitido al juez constitucional –y al TEDH– señalar que dicha noción exige, en este ámbito, un plus de vejación distinto y superior al que suele llevar aparejada la pena<sup>17</sup>. Así, no ha estimado que existiera este tipo de tratos en la denegación de las “visitas íntimas”, o en la reclusión de una celda de aislamiento<sup>18</sup>.

### III. LA REGULACIÓN DE LOS REGISTROS CORPORALES DE LOS PENADOS

Como ya se expuso en la Introducción, uno de los principales problemas que presentan las inspecciones corporales guarda relación con la escasa regulación normativa existente a día de hoy. Una ausencia que resulta especialmente llamativa si tenemos en cuenta la gravedad de las lesiones de los derechos fundamentales indicados que la mala praxis de este tipo de actuaciones puede acarrear.

Desde la perspectiva penitenciaria que nos interesa, el art. 24 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria (en adelante, la Ley) se limita a señalar que “*Los registros y cacheos en las personas de los internos, sus pertenencias y locales que ocupen, así como las requisas de las instalaciones del establecimiento, se efectuarán en los casos, con las garantías y periodicidad que reglamentariamente se determinen y dentro del respeto a la dignidad de la persona*”.

En desarrollo de esta previsión, el Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento General Penitenciario (en adelante, el Reglamento), desarrolla el modo en que se llevarán a cabo los registros de las personas. Un análisis del mismo pone de relieve el diferente grado de detalle con que se regulan estas prácticas en atención a que supongan, o no, el desnudo integral del recluso.

Se aprecia un vacío legal casi absoluto en relación con los supuestos en que el registro no exija la desnudez del recluso. Así, no aparece un listado tasado de causas que puedan dar lugar a la aplicación de estas medidas, sino que parece que las mismas pudieran venir amparadas por la –genérica– necesidad de salvaguardar la seguridad y orden dentro del establecimiento. Tampoco parece exigible que el personal encargado de llevar a cabo el registro deba ser necesariamente del mismo sexo que el afectado, o

---

<sup>16</sup> DÍEZ-PICAZO, L. M.: Sistema de derechos fundamentales, Segunda edición, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2008, p. 237.

<sup>17</sup> STEDH de 5 de febrero de 2013, asunto Gurenko contra Rusia, par. 82.

<sup>18</sup> SSTC 65/1986, de 22 de mayo, y 2/1987, de 21 de enero, respectivamente.

que esta práctica no pueda ser desarrollada a la vista de otras personas. Todo lo más que se exige es la necesidad de dejar constancia escrita del registro en un parte firmado por los funcionarios que lo hayan efectuado y dirigido al Jefe de Servicios (Art. 68.5 del Reglamento).

Como es fácilmente comprensible, la realización de registros que incluyen el desnudo integral del recluso merece un tratamiento normativo un poco más detallado. De conformidad con el art. 68.2 del Reglamento, este tipo de prácticas solo podrá adoptarse *“por motivos de seguridad concretos y específicos, cuando existan razones individuales y contrastadas que hagan pensar que el interno oculta en su cuerpo algún objeto peligroso o sustancia susceptible de causar daño a la salud o integridad física de las personas o de alterar la seguridad o convivencia ordenada”*.

Además, la iniciativa para proceder al mismo no proviene en este supuesto del propio funcionario encargado de su realización, sino que se requiere de una autorización del Jefe de Servicios, documento que deberá acompañarse del acta de ejecución que se exigía para los registros con el recluso vestido.

Por lo demás, el art. 68.3 del Reglamento obliga a que el registro con desnudo integral *se efectúe por funcionarios del mismo sexo que el interno, en lugar cerrado sin la presencia de otros internos y preservando, en todo lo posible, la intimidad*.

Hasta aquí la previsión normativa. Más allá de estas precisiones, la cuestión – capital– sobre la posibilidad de efectuar un registro personal en contra de la voluntad del recluso permanece inédita. Tanto la Ley como el Reglamento guardan silencio al respecto. La cuestión no es trivial porque, ¿al cabo no constituye el registro forzoso – especialmente si se efectúa con desnudo integral– una conducta ciertamente próxima al trato inhumano y degradante?

Es cierto que la jurisprudencia constitucional arroja algunas luces sobre esta cuestión, señalando, como punto de partida, la necesidad del consentimiento, por cuanto el derecho a la integridad física y moral protege *“no solo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o su espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular”*<sup>19</sup>. Y, en sentido similar, parece

---

<sup>19</sup> STC 120/1990, de 27 de junio, FJ. 8.

claro que la propia noción de intimidad corporal está muy ligada a la vertiente moral de la integridad<sup>20</sup>, lo que llevaría a requerir el consentimiento del afectado.

Pero no es menos que la jurisprudencia constitucional avala la adopción de la medida sin necesidad del consentimiento siempre que se respete el principio de proporcionalidad. Aunque solo sea en los supuestos en que el registro persigue la investigación de un presunto delito, lo que otorga a la situación un halo de necesidad y urgencia que difícilmente parece extrapolable al ámbito penitenciario.

A falta de previsión legal clara, parece que la falta de consentimiento por parte del recluso debería bastar para negar la posibilidad de proceder a la práctica de la inspección, sin perjuicio de las consecuencias disciplinarias que de su negativa pudieran derivarse. En favor de esta interpretación puede invocarse la jurisprudencia del TEDH en el sentido de que, en principio, se requiere que los registros corporales sean aceptados voluntariamente y que la persona sea previamente informada de la finalidad y del modo de practicarlos. Bien es cierto que esta afirmación merece algunas matizaciones.

La primera es que no ha sido dictada en un caso de registro desarrollado en el ámbito penitenciario. La segunda radica en que carece de un alcance absoluto, de suerte que no son inéditos los supuestos en que el consentimiento del afectado puede ser obviado en supuestos leves o de excepción, previstos en la ley a cambio del desarrollo de un juicio de proporcionalidad más estricto<sup>21</sup>.

En cualquier caso, sea cual fuera la posición adoptada, existe un lugar común en la doctrina acerca de la interdicción del uso de la fuerza para efectuar una inspección corporal que ha sido, en cierta medida avalada por el TC. La jurisprudencia constitucional no ha señalado que quepa suplir la falta de colaboración del afectado mediante el empleo de la coerción. Dado el elenco de derechos fundamentales –también de índole procesal<sup>22</sup>– que pueden ser puestos en entredicho con este tipo de modos de proceder, podemos afirmar que, si bien el TC no ha excluido de raíz esta posibilidad, parece que no hay dudas acerca de la imposibilidad de proceder a la ejecución por la fuerza del registro en los supuestos de una negativa violenta del afectado<sup>23</sup>.

---

<sup>20</sup> DÍEZ-PICAZO, L. M.: Sistema de derechos fundamentales, 2008, p. 243.

<sup>21</sup> VERNET, J: Revista Europea de Derechos Fundamentales, 20, 2017, p. 118

<sup>22</sup> Derechos a la presunción de inocencia, a no declarar contra uno mismo, etc.

<sup>23</sup> DÍEZ-PICAZO, L. M.: Sistema de derechos fundamentales, Segunda edición, 2008, p. 242

#### IV. LOS REGISTROS PERSONALES EN LA JURISPRUDENCIA

Habida cuenta de la parquedad regulatoria de este tipo de actuaciones, cobra vital importancia la lectura efectuada en sede jurisdiccional. En este sentido, de la jurisprudencia del TC y el TEDH se pueden extraer unos mismos criterios determinantes para valorar la eventual lesión de los derechos a la intimidad –corporal– o la integridad física y moral.

De manera específica, se requiere, como es la tónica habitual en sede de derechos fundamentales, que la limitación de tales derechos derivada de la actuación enjuiciada aparezca prevista en la ley; que la misma sea persiga un interés legítimo y que la actuación sea proporcional.

##### 1. La cobertura legal

La decisión adoptada debe tener cobertura en una previsión legal que autorice su práctica. Se trata, como es evidente, de la más simple de las garantías del principio de seguridad jurídica, en virtud del cual el recluso tiene que ser capaz de prever su posible sometimiento al registro.

Así, la jurisprudencia constitucional ha venido estableciendo la necesidad de que las inspecciones corporales sean realizadas sobre la base de una decisión judicial motivada suficientemente en una norma<sup>24</sup>, si bien es cierto que la decisión se refería al ámbito de la investigación judicial de un delito. Pero idéntico requisito viene siendo apuntado de manera continuada por el TEDH, para quien no basta con una simple referencia formal o una mera remisión a la Ley<sup>25</sup>.

A la luz de estos requisitos, podemos concluir que es difícil sostener que la – mínima– regulación actual cumpla con este requisito. Visto con detenimiento, lo que en realidad hace la Ley es una remisión prácticamente en blanco al Reglamento, que no parece disponer de calidad normativa suficiente para regular una cuestión que afecta a los derechos fundamentales apuntados de un modo tan intenso<sup>26</sup>. Un extremo que no

---

<sup>24</sup> STC 37/1989, FJ. 7.

<sup>25</sup> STEDH de 2 de agosto de 1984, asunto Malone contra Italia. Establece que la previsión legal debe ser “clara en sus términos, (...) circunstancias, (...) grado de discrecionalidad, (...) finalidad y forma de ejercicio”

<sup>26</sup> En este sentido, la STC 207/1996, FJ. 4, donde se concluye que “toda intervención corporal acordada en el curso de un proceso penal, por su afectación al derecho fundamental (...) no puede ser autorizada por la vía reglamentaria, sino que ha de estar prevista por la Ley”.

puede resultar justificado por la mera invocación de la relación de sujeción especial que media en el ámbito penitenciario.

En nuestra opinión, tan inadmisibles es que el propio funcionario encargado de acometer el registro sea quien decida por sí mismo, y sin la intervención de un superior, sobre la conveniencia de proceder al mismo, como la regulación de un aspecto tan intrínsecamente ligado al respeto de los derechos fundamentales en un Real Decreto, en inobservancia de las previsiones de los artículos 81.1 CE y 53.1 CE.

## **2. La necesidad de la medida**

En relación con este requisito, el TEDH ha señalado que justificar un registro con el fin de garantizar el orden y seguridad del establecimiento es necesario, pero no basta. Antes al contrario, será preciso indicar cuáles son los motivos concretos que determinan la necesidad de la medida<sup>27</sup>.

Por lo demás, a la hora de valorar la necesidad de la medida en sede jurisdiccional habrá de estarse al criterio clásico de la inexistencia de una alternativa que resulte menos gravosa para el respeto de los derechos fundamentales en juego.

## **3. El juicio de proporcionalidad**

En último extremo, la medida enjuiciada debe ser ponderada respecto del carácter lesivo para los derechos fundamentales que la misma conlleva. Se trata éste de un juicio complejo en el que ambos tribunales coinciden en señalar que habrá de estarse a las características concretas del caso, tales como: la gravedad o entidad del delito que se imputa al sujeto; la reiteración y duración de la medida; la vulnerabilidad de la víctima; que el reconocimiento se efectúe por un funcionario del mismo sexo y en lugar adecuado para ello; etc. Circunstancias todas ellas que habrán de tenerse en cuenta de manera acumulativa<sup>28</sup>.

## **BIBLIOGRAFÍA**

DÍEZ-PICAZO, L. M.: Sistema de derechos fundamentales, Segunda Edición, Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2008.

MAGALDI PATERNOSTRO, M. J.: Doctrina constitucional sobre intervenciones corporales en el proceso penal y el derecho fundamental a la integridad física y moral consagrado en el art. 15 de la Constitución española, en La prueba en el proceso penal, CGPJ, Madrid, 2000.

MARTÍN BRAÑAS, C.: Inspecciones e intervenciones corporales: previsiones legislativas, en Revista General de Derecho Procesal, Núm. 33, 2014.

---

<sup>27</sup> MARTÍN BRAÑAS, C.: Revista General de Derecho Procesal, 33, 2014, p.32.

<sup>28</sup> STEDH de 6 de marzo de 2001, asunto Dougoz contra Grecia, par. 46.

PEDROS MARANÍ, M. D./TAMAYO MUÑOZ, M. C.: Intervenciones y registros corporales, en Homenaje a Don Antonio Hernández Gil, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2001.

VERNET, J.; Los registros corporales en la jurisprudencia del TEDH, en Revista Europea de Derechos Fundamentales, segundo trimestre 2017, 20.

\* \* \* \* \*

## Alfonso Allué Fuentes

Juez sustituto adscrito al Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana.  
Socio de la FICP.

### ~El delito de quebrantamiento del artículo 468.2 del Código Penal: análisis del tipo y polémica en torno a la punición del quebrantamiento consentido~

#### I. EL SISTEMA DE PROHIBICIONES DE PROTECCIÓN.

##### 1. Contenido.

En el ámbito de los delitos relacionados con la violencia doméstica y la de género el art. 468.2 del Código Penal castiga a quien quebrante alguna de las penas previstas en el art. 48 o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza, o una medida de libertad vigilada. Por tanto el quebrantamiento a que se refiere el tipo penal recae sobre las prohibiciones de residencia o de acudir a determinado lugar y a las de aproximación a la víctima y/o la comunicación con ella (u otras personas), además de la libertad vigilada. Presentando todas ellas un común espíritu tuitivo, sin embargo sus contenidos resultan diferentes, por lo que conviene delimitar sus respectivos ámbitos de aplicación para abordar posteriormente el estudio de esta figura delictiva<sup>1</sup>.

En primer lugar, las mencionadas prohibiciones aparecen contempladas como **penas** privativas de derechos en el art. 39 CP, precisándose su más concreto contenido en el art. 48 y sin perjuicio de que también puedan operar como penas accesorias. En todo caso, la finalidad de su imposición consiste en mantener al sujeto alejado del contexto en el que tuvo ocasión de cometer el delito<sup>2</sup> para neutralizar su peligrosidad en beneficio de la seguridad de la víctima<sup>3</sup>. Sobre esta base el art. 57 CP determina en sus tres números los supuestos en que procede aplicar las prohibiciones en su calidad de penas:

1º. Cuando se haya cometido un delito de homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, trata de seres humanos, contra la libertad e

---

<sup>1</sup> MONTANER FERNÁNDEZ, R., El quebrantamiento de penas o medidas de protección a las víctimas de violencia doméstica, InDret. Revista para el análisis del derecho, 4/2007, p. 6. Disponible en [www.indret.com/pdf/477\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/477_es.pdf)

<sup>2</sup> VALEIJE ÁLVAREZ, I., Penas accesorias, prohibiciones del art. 468.2 del CP y delito de quebrantamiento de condena. Consideraciones críticas sobre el art. 57.2 del CP, Estudios Penales y Criminológicos, 26, 2006, pp. 340-341.

<sup>3</sup> ACALE SÁNCHEZ, M., La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código penal, Reus, Madrid, 2006, pp. 319-320.

indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico.

2º. Cuando los referidos delitos se hayan cometido en los ámbitos de la violencia de género o la doméstica o contra personas especialmente vulnerables dentro de aquéllos, siendo en estos casos preceptiva la imposición de la prohibición de aproximación.

3º. Cuando dichas infracciones constituyan delito leve si así está prevista su tipificación.

Como **medida de seguridad** no privativa de libertad el art. 96.3.3ª CP prevé la medida de libertad vigilada, que extiende sus efectos, entre otros, a las prohibiciones del art. 48 para su cumplimiento posterior a la pena privativa de libertad que se hubiera impuesto cuando así lo disponga el correspondiente tipo penal, siguiendo los términos del art. 106.1 y 2.

En el ámbito procesal los arts. 544 bis y 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal regulan la adopción de estas prohibiciones bien como **medidas cautelares** (art. 544 bis), bien en el seno de la **orden de protección** cuando se trata de violencia doméstica (art. 544 ter, en relación con las personas mencionadas en el art. 173.2 CP). En todos estos casos es preciso que concurra una situación objetiva de riesgo para que pueda operar el mecanismo de protección de las víctimas de los delitos relacionados en el art. 57 CP, con una especificidad más intensa relativa a la orden de protección, diseñada para otorgar a la víctima un estatuto protector integral que abarca medidas civiles, penales y de orden social, incluyéndose entre las segundas las prohibiciones de residencia, acercamiento y comunicación previstas en el art. 544 bis Lecrim<sup>4</sup>.

Finalmente, en el régimen para las condiciones de la **suspensión** de la ejecución de las penas privativas de libertad el art. 83.1 CP contempla un repertorio de prohibiciones y deberes – que en realidad operan como reglas de conducta<sup>5</sup> – en el que expresamente figuran las prohibiciones de acudir a determinados lugares, de aproximarse y de comunicarse con la víctima o con otras personas, previéndose con carácter obligatorio las prohibiciones de aproximación y de residencia, junto con el deber de participar en programas formativos, cuando la pena a suspender corresponda a un delito de violencia de género.

## 2. Consecuencias del incumplimiento.

Para el caso de que se incumpla una prohibición impuesta como **medida de seguridad**

---

<sup>4</sup> MONTANER FERNÁNDEZ, R., InDret. 4/2007, p. 7.

<sup>5</sup> VALEJE ÁLVAREZ, I., Estudios Penales y Criminológicos, 26, 2006, p. 336.

el art. 100.2 CP establece su sustitución por la medida de internamiento si está legalmente prevista y ese quebrantamiento revela su necesidad. Y el art. 100.3 habilita para deducir testimonio por el quebrantamiento, si bien existe consenso en admitir que este delito no va a operar automáticamente, sino que se hace depender de que concurran en el caso los elementos constitutivos del tipo penal<sup>6</sup>.

El incumplimiento de la prohibición que haya sido impuesta como **medida cautelar** originará la convocatoria de una comparecencia ante el órgano judicial con el fin de adoptar alguna de las decisiones relacionadas en el art. 544 bis Lecrim: la prisión provisional, una orden de protección del art. 544 ter o alguna medida cautelar que implique mayor limitación de la libertad personal del sujeto, sin perjuicio de las responsabilidades penales en que además hubiera podido incurrir, lo que permite facilitar el camino a la posibilidad de considerar la comisión de un delito de quebrantamiento por incumplimiento de la medida cautelar<sup>7</sup>.

Si el incumplimiento ha sido de una prohibición que condicionaba la **suspensión** de la ejecución de una pena privativa de libertad impuesta por un delito de violencia doméstica o de género, el art. 86 CP determina el régimen de la revocación del beneficio suspensorio y la ejecución pena. Ahora bien, dado que la redacción típica del delito del art. 468.2 CP no contiene a efectos de punición el incumplimiento de las prohibiciones y los deberes del art. 83, aquél no será apto para constituir un delito de quebrantamiento de dicho precepto, que se limita al incumplimiento de penas accesorias, medidas de seguridad y medidas cautelares<sup>8</sup>.

En el supuesto de que la prohibición vulnerada se haya impuesto como **pena** accesoria, entonces cabe atender a la posible comisión de un delito del art. 468.2 siempre que se den sus requerimientos típicos.

## II. EL DELITO DE QUEBRANTAMIENTO DEL ARTÍCULO 468.2 DEL CÓDIGO PENAL.

### 1. Bien jurídico protegido.

La ubicación sistemática del art. 468 en el Código Penal (Capítulo VIII, Título XX, Libro II) invita a pensar que el bien jurídico protegido es el correcto funcionamiento de la

---

<sup>6</sup> CÓRDOBA RODA, J. / GARCÍA ARÁN, M., Comentarios al Código penal, T. II, Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 2328.

<sup>7</sup> MUÑOZ CUESTA, J., Quebrantamiento de condena, en HERNÁNDEZ GARCÍA, J. (*et al.*), Los delitos contra la Administración de Justicia, Aranzadi, Navarra, 2002, p. 306.

<sup>8</sup> MONTANER FERNÁNDEZ, R., InDret. 4/2007, p. 8.

Administración de Justicia para asegurar la efectividad de las resoluciones judiciales, por cuanto contra ellas no caben la rebeldía ni la desobediencia<sup>9</sup>. Si esto es válido, y nadie lo discute, respecto del tipo previsto en el número 1 del art. 468, la cuestión no es tan sencilla cuando se trata del quebrantamiento regulado en el número 2, que tiene como destinatarios de la ofensa criminal a las víctimas de violencia doméstica referidas en el art. 173.2, lo que configura un tipo específico y diferenciado del anterior para constituir un delito pluriofensivo en el que no sólo se protege a la Administración de Justicia, sino más especialmente a las víctimas de violencia doméstica y de género, lo que explica por otra parte que el rigor de la previsión punitiva sea el mismo que en el número 1 se aplica a los autores del quebrantamiento cuando lo cometen en situación de privación de libertad (prisión de seis meses a un año), sin que el legislador haya establecido cláusula alguna para aplicar la pena de multa prevista para los infractores que no se hallaren privados de aquella<sup>10</sup>.

## **2. Elementos objetivos y subjetivos del tipo.**

El elemento objetivo del delito de quebrantamiento del art. 468.2 se compone de la decisión judicial incumplida y de las personas que parecen como beneficiarias de la prohibición que pesa sobre el sujeto activo. En cuanto al primer aspecto, debe tratarse de una pena accesoria, una medida de seguridad o una medida cautelar que consistan en la prohibición de residir o acudir o en la de aproximarse a la víctima o a otras personas, o de comunicar con ellas, y, enlazando con el segundo aspecto, dichas personas habrán de ser las enumeradas en el art. 173.2 CP.

Desde la perspectiva del elemento subjetivo, el delito de quebrantamiento únicamente admite la comisión dolosa, toda vez que se sustenta en una voluntad de sustraerse a la pena o medida impuesta, para frustrar su efectividad<sup>11</sup>. En idéntico sentido se pronuncia la SAP de Soria, Sección 1ª, de 19 de febrero de 2007, en la que asimismo se afirma que el dolo típico no requiere para su apreciación la concurrencia de una finalidad concreta ni una actitud determinada en el autor<sup>12</sup>.

---

<sup>9</sup> MONTANER FERNÁNDEZ, R., InDret. 4/2007, p. 9.

<sup>10</sup> QUERALT I JIMÉNEZ, J., La respuesta penal de la Ley Orgánica 1/2004 a la violencia de género, en MONTALBÁN HUERTAS, I. (Dir.), La ley integral de medidas de protección contra la violencia de género, Cuadernos de Derecho Judicial, núm. 22-2005, pp. 170-171.

<sup>11</sup> GARCÍA ALBERO, R., Del quebrantamiento de condena, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.) / MORALES PRAT, F. (Coord.), Comentarios a la Parte especial del Derecho penal, Aranzadi, 4ª edición, Navarra, 2004, p. 1805.

<sup>12</sup> Dice la sentencia sobre este elemento doloso que ha de entenderse “como conocimiento de la vigencia de la medida que pesa sobre el sujeto y conciencia de su vulneración, sin que para el quebrantamiento punible sea

### 3. Modalidades de autoría y participación.

La dicción legal del art. 468.2 sugiere que solamente puede cometer el delito de quebrantamiento quien tiene sobre sí el cumplimiento de una pena del art. 48 o quien se halla sometido a una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza, lo que remite a la catalogación de este comportamiento bien como un delito de propia mano, bien como un delito especial. Dando por supuesto que el autor directo es aquella persona – y más singularmente el hombre que mantiene o ha mantenido con la víctima una relación conyugal o análoga a ella en el ámbito de la violencia de género -, cabe plantearse el régimen de autoría o de participación aplicable a quien, siendo beneficiario/a de la prohibición impuesta y no directamente obligado por la misma, interviene en la producción de un quebrantamiento. Al respecto se han avanzado dos posibles interpretaciones:

- Según la primera, la participación del tercero beneficiario en el quebrantamiento puede tener cabida a través de la condición de autor que el art. 470 reserva, en su número 1, a los particulares que proporcionen la evasión al condenado, preso o detenido en su lugar de reclusión o durante su conducción, aplicándose el subtipo atenuado del número 3 cuando quien así actúe sea alguna de las personas mencionadas en el art. 454 – cónyuge o análogo, ascendiente, descendiente o hermano -. Sin embargo, esta interpretación colisiona con dos realidades que la hacen inviable: por un lado, la persona cuya evasión procura el beneficiario de la prohibición no tiene por qué estar privada de libertad, y, por otro, no es equiparable tomar parte en proporcionar una evasión con reanudar el contacto o la convivencia vía interferencia en un quebrantamiento<sup>13</sup>.

- Una segunda interpretación trae causa de la propia redacción del tipo penal. Nótese que la conducta típica del número 1 del art. 468 va referida a los que quebrantaren *su* condena, medida de seguridad, etc., mientras que en el número 2 se castiga a quienes quebrantaren *una* pena del art. 48 o *una* medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza. Por lo pronto, parece claro que la primera de estas conductas sólo puede llevarla a cabo la persona afectada por su condena, medida, etc., pues únicamente ella está en condiciones de infringir su deber, en tanto que el número 2 se desvía de la lógica del quebrantamiento y aparece no como un subtipo agravado, sino como un delito diferente del previsto en el número anterior<sup>14</sup> en el sentido de que en vista de la naturaleza de las penas y

---

necesario que el sujeto actúe movido por la persecución de ningún objetivo en particular o manifestando una especial actitud interna”.

<sup>13</sup> CÓRDOBA RODA, J. / GARCÍA ARÁN, M., Comentarios..., 2004, pp. 2336-2338.

<sup>14</sup> MONTANER FERNÁNDEZ, R., InDret, 4/2007, p. 12.

las medidas a que se refiere su éxito se hace depender de la finalidad tuitiva que les son propias, y ello se fundamenta en una relación basada en la bilateralidad<sup>15</sup> desde el instante en que el cumplimiento de la prohibición impuesta se articula tanto en la persona a quien directamente concierne por resolución judicial como en la que resulta ser su beneficiaria, cuyo comportamiento puede confluir con el del obligado contribuyendo de manera esencial. Esa relación bilateral aflora con especial claridad cuando está vigente, por ejemplo, una prohibición de comunicación con la víctima u otras personas<sup>16</sup>.

En su consecuencia, cabe sostener que el delito del art. 468.1 es un “delito especial” cuyo autor solamente puede ser el que infringe su específico deber de cumplir su condena, medida, prisión, etc., mientras que en el delito del art. 468.2 nos encontramos ante un “delito de posición”, toda vez que los sujetos activos del mismo son aquellos que ocupan una determinada posición idónea para lesionar el bien jurídico, por tanto, son la persona condenada o sujeta a la medida y la persona beneficiaria de la prohibición<sup>17</sup>, en vista de lo cual puede aventurarse que existe base legal para dirigir el reproche penal a la mujer que consiente o provoca que el agresor/obligado incumpla la prohibición que le afecta, si bien este expediente, aunque viable, no debe ser utilizado como solución automática y general en todos los supuestos<sup>18</sup>.

### **III. CRITERIOS JURISPRUDENCIALES SOBRE PUNIBILIDAD DEL QUEBRANTAMIENTO CONSENTIDO.**

La jurisprudencia, tanto de las Audiencias Provinciales como del Tribunal Supremo, ha basculado a lo largo del tiempo entre diferentes soluciones a la hora de valorar el carácter punible o no punible del quebrantamiento cuando en el mismo concurre la anuencia o la provocación por parte de la persona beneficiaria de una pena o una medida prohibitiva de protección. Al respecto se han desarrollado tres posiciones: la que considera atípica la conducta, la que responsabiliza exclusivamente al obligado por la prohibición y la que atribuye un régimen de corresponsabilidad del obligado y del beneficiario.

#### **1. Atipicidad de la conducta.**

En su momento el Tribunal Supremo defendió la tesis de la inexistencia de conducta típica en la STS 1156/2005, de 26 de septiembre (Rec. 781/2004), en la que comienza por

<sup>15</sup> VALEIJE ÁLVAREZ, I., Estudios Penales y Criminológicos, 26, 2006, pp. 342 y 350.

<sup>16</sup> MONTANER FERNÁNDEZ, R., InDret. 4/2007, p. 13.

<sup>17</sup> ROBLES PLANAS, R., La participación en el delito: fundamento y límites, Marcial Pons, Madrid, 2003, pp. 238-246.

<sup>18</sup> MONTANER FERNÁNDEZ, R., InDret. 4/2007, pp. 13-14.

reconocer que el cumplimiento de una pena o de una medida no puede quedar en manos del condenado ni de la persona a cuya protección aquéllas se destinan. Sin embargo, a continuación se decanta por la absolución del acusado argumentando que el consentimiento de la víctima al reanudar la convivencia con aquél hace innecesaria la protección acordada por falta de objeto que la justifique<sup>19</sup>.

A idéntica conclusión, si bien con un matiz argumental diferente, llegan la SAP de Guipúzcoa, Sección 1ª, de 26 de septiembre de 2006, y la SAP de Soria, Sección 1ª, de 19 de febrero de 2007. Ambas parten de la consideración del tipo del art. 468.2 como un delito pluriofensivo que protege, en su dimensión institucional, el funcionamiento de la Administración de Justicia, y en su aspecto personal al sujeto cuya seguridad se tutela, de modo que cuando concurre el consentimiento de la víctima en el quebrantamiento falta la antijuridicidad material del hecho<sup>20</sup>.

Si bien la posición mantenida en la STS 1156/2005 puede coherencia con el derecho a vivir juntos en el ámbito de las relaciones familiares, este argumento no puede bastar para la resolución de los conflictos desde el Derecho penal, que no basa sus determinaciones en los acuerdos *inter partes* ni en las decisiones de las víctimas de violencia. En este punto conviene diferenciar entre efectividad y vigencia de la medida. La “efectividad”, al menos en parte, sí puede quedar en manos de la persona protegida, cuya voluntad de permitir al obligado una aproximación, comunicación o incluso convivencia ya condiciona el éxito de la medida impuesta en cuanto la hace decaer. Por el contrario, la “vigencia” de aquélla debe depender en todo caso de una decisión judicial, puesto que por esa vía se ha acordado y sólo a través de su cauce ha de valorarse si en un determinado momento persiste o no la situación objetiva de riesgo que motivó su adopción para proteger a la víctima, al margen de las

---

<sup>19</sup> La sentencia se expresa en primer término afirmando que “el cumplimiento de una pena no puede quedar al arbitrio del condenado (...) y lo mismo debe decirse de la medida de alejamiento como medida cautelar”, y seguidamente añade que “la vigencia o anulación de la medida no puede quedar al arbitrio de aquella persona en cuya protección se otorga, porque ello la convierte en árbitro de una decisión que no sólo le afecta a ella, sino también a la persona de quien se debe proteger”. Ahora bien, considera luego la resolución que “en cuanto la pena o medida de prohibición de aproximación está directamente enderezada a proteger a la víctima de la violencia que pudiera provenir de su anterior conviviente, la decisión de la mujer de recibirle y reanudar la convivencia con él acredita de forma fehaciente la innecesariedad de protección, y por tanto supone *de facto* el decaimiento de la medida de forma definitiva”, por cuanto “la reanudación de la convivencia acredita la desaparición de las circunstancias que justificaron la medida de alejamiento”.

<sup>20</sup> En su desarrollo la SAP de Guipúzcoa defiende, acerca del art. 468.2, que es un delito pluriofensivo porque “tutela dos bienes jurídicos complementarios: uno de naturaleza institucional, centrado en el adecuado funcionamiento del sistema institucional de Justicia; otro de naturaleza personal, ceñido a la tutela de la indemnidad de la persona o personas cuya seguridad vital se protege”. Y en ambas se acaba concluyendo que mediando el consentimiento de la beneficiaria la conducta no es materialmente antijurídica en el entendimiento de que, bajo esa circunstancia, no existe atentado “contra el bien jurídico que constituye el fin último de protección de la norma punitiva (la seguridad y tranquilidad de la víctima)”.

consideraciones o deseos subjetivos de ésta<sup>21</sup>. Así lo ha llegado a entender también la propia Sala Segunda del Tribunal Supremo en Acuerdo de Pleno de 25 de noviembre de 2008, en el que se priva de toda eficacia exoneradora al consentimiento de la víctima cuando se produce un delito de quebrantamiento del art. 468<sup>22</sup>.

Por otra parte, en relación con la ausencia de bien jurídico protegido de la que se desprende, a su vez, la falta de antijuridicidad material del hecho, no debe perderse de vista que el tipo del art. 468.2 pertenece al Título XX del Código Penal, donde se prevén los delitos contra la Administración de Justicia, por lo que el adecuado funcionamiento de la misma parece ser, técnica y sistemáticamente, el objeto de protección penal. Si el legislador hubiera puesto la preferencia tuitiva en el aspecto personal para proteger la indemnidad del beneficiario de la medida, hubiera situado el tipo en otros Títulos del Libro II como el dedicado a las lesiones en el III o a la integridad moral en el VII (a la manera, por ejemplo, del delito de prevaricación medioambiental, ubicado entre los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente – Título XVI, Capítulo III – y no entre los que atentan contra la Administración de Justicia, como la prevaricación – Título XX, Capítulo I). Por tanto, si la frontera del delito de quebrantamiento no desborda los límites institucionales de la Justicia, la voluntad de la víctima no puede alcanzar la disponibilidad de la vigencia de la medida que la protege<sup>23</sup>.

## **2. Responsabilidad del obligado por la prohibición.**

Partiendo del punto de vista consistente en que la comisión del delito del art. 468.2 es independiente del consentimiento de la persona protegida, la SAP de Barcelona, Sección 20ª, de 29 de noviembre de 2006 entiende que el tipo del quebrantamiento queda colmado en el momento en que objetivamente el obligado por la prohibición la incumple y se aproxima a la persona protegida o se comunica con ella, al margen de cuál haya sido la conducta de esta última. Así lo exige la seguridad jurídica, de suerte que una vez constatados el quebrantamiento de la medida y la voluntad de desobedecer la resolución judicial procede condenar al sujeto activo por este delito<sup>24</sup>.

---

<sup>21</sup> MONTANER FERNÁNDEZ, R., InDret, 4/2007, p. 18.

<sup>22</sup> Dice el acuerdo en su literalidad: “Interpretación del art. 468 del CP en los casos de medidas cautelares de alejamiento en los que se haya probado el consentimiento de la víctima. Acuerdo: “El consentimiento de la mujer no excluye la punibilidad a efectos del art. 468 del CP”.

<sup>23</sup> MONTANER FERNÁNDEZ, R., InDret, 4/2007, p. 16, nota 47.

<sup>24</sup> Tras declarar que “las resoluciones judiciales deben cumplirse en sus estrictos términos”, refiere la sentencia que “la ejecución de una orden de protección no puede depender de la voluntad de la persona protegida, pues en este caso se produciría una absoluta falta de seguridad jurídica para la otra persona, que

Sin perjuicio de reconocer la coherencia de esta posición, armoniosa con la protección de la correcta Administración de Justicia como bien jurídico y con la naturaleza de delito especial propio – o de infracción de deber - del quebrantamiento, resulta no obstante en exceso formalista al no tomar en consideración que el tipo del art. 468.2 se aleja, por su contenido, del delito de quebrantamiento común en el sentido de que permite abrir posibilidades de autoría a sujetos activos más allá de la persona específicamente vinculada por la prohibición<sup>25</sup>.

### 3. Corresponsabilidad del obligado y del beneficiario de la prohibición.

Según esta interpretación del tipo penal el quebrantamiento consentido implica la comisión del delito tanto por parte del sujeto obligado por la pena o la medida – autor directo – como por la persona a quien se trata de proteger – inductor o cooperador necesario -, quienes carecen de poder de disposición sobre el cumplimiento y la ejecución de la medida o la condena impuestas. Así lo estableció la SAP de Barcelona, Sección 20ª, de 21 de febrero de 2007, según la cual la única vía para eludir la responsabilidad criminal en tal supuesto sería la del indulto parcial<sup>26</sup>.

Esta línea argumental indudablemente abre la posibilidad de diversas formas de participación delictiva al permitir la punición de la persona beneficiaria de la prohibición cuando consiente en su quebrantamiento por el obligado. Ahora bien, tratándose de un delito especial propio la solución expresada carece de mayores fundamentos para extender la responsabilidad a la persona protegida<sup>27</sup>. De hecho, incluso desde el Ministerio Fiscal se ha optado por no formular acusación contra la mujer que consiente el quebrantamiento, por considerar que en tales casos no cabe afirmar, sobre la base del art. 28 CP, ni la autoría ni la participación. Así se estableció en las conclusiones del Seminario de Fiscales Delegados en Violencia sobre la Mujer celebrado en Madrid los días 15 y 16 de noviembre de 2006<sup>28</sup>.

---

prácticamente podría aparecer como autor de un delito de quebrantamiento según la exclusiva voluntad de la protegida”.

<sup>25</sup> MONTANER FERNÁNDEZ, R., InDret, 4/2007, p. 19.

<sup>26</sup> Partiendo de que “la pena impuesta es de cumplimiento obligatorio y no puede quedar su ejecución al arbitrio del condenado ni depender de la voluntad de la persona protegida”, indica como único expediente para soslayar la responsabilidad penal por este delito “la solicitud de indulto parcial del gobierno (...) y la petición simultánea al Tribunal que tramita la ejecutoria de la suspensión de la ejecución de dicha pena mientras se tramita el indulto y que éste acceda a la suspensión de la ejecución”.

<sup>27</sup> MONTANER FERNÁNDEZ, R., InDret, 4/2007, p. 19.

<sup>28</sup> Estas conclusiones fueron publicadas en la Memoria de la Fiscalía General del Estado del mismo año. En lo que aquí respecta se acordó lo siguiente:

“1º. Cuando el fiscal tenga conocimiento en las Diligencias en las que se acordó la medida cautelar de prohibición de aproximación o de comunicación, de que el agresor no está cumpliendo la medida de

#### IV. ARGUMENTOS PARA LA EXONERACIÓN DEL QUEBRANTAMIENTO CONSENTIDO.

##### 1. Desde la legislación vigente.

Teniendo en cuenta que el delito del art. 468.2 es de comisión exclusivamente dolosa, por cuanto requiere el conocimiento de la vigencia de la pena o la medida que se quebranta, una vía para alcanzar la inexigibilidad de responsabilidad penal a la persona protegida es la del error de tipo (art. 14.1 CP), sobre la base de considerar equivocadamente que el consentimiento invalida la pena o la medida, y si aquel error fuese vencible también quedaría excluida la responsabilidad criminal porque no existe tipificación de la modalidad imprudente de este delito<sup>29</sup>.

Otro elemento de exculpación puede venir de la eximente de anomalía o alteración psíquica (art. 20.1º CP), en el entendimiento de que la mujer que reanuda el contacto o la convivencia con quien ha sido su agresor revela una motivación anómala que puede obedecer a un desequilibrio psíquico o psicológico, siempre que se pueda establecer respecto de aquélla la concurrencia de los elementos propios de la eximente, esto es, el biológico-psiquiátrico que demanda la propia anomalía o alteración psíquica y el psicológico que determina la inimputabilidad<sup>30</sup>. A partir de aquí cabe plantearse el origen de la decisión por la que se produce el consentimiento, que puede obedecer a motivos de diversa índole como la dependencia económica, la educación recibida, la sensación de desamparo jurídico y asistencial o la desestabilización psicológica derivada del maltrato, todo lo cual puede desembocar en la aparición de lesiones psicológicas como el denominado “síndrome de la mujer maltratada”<sup>31</sup>.

---

alejamiento o incomunicación adoptada, se deducirá en todo caso testimonio por si los hechos fueren constitutivos de un delito de quebrantamiento del Art. 468 CP.

En ambos casos se actuará de la manera referida, aun cuando mediara el consentimiento de la víctima, sin perjuicio de la valoración de los hechos en la instrucción.

2º. En tales casos, es decir, cuando el quebrantamiento se haya producido con el consentimiento de la víctima, no se procederá por el fiscal a interesar la deducción de testimonio contra ésta por el delito del Art. 468 ni como autora por inducción ni por cooperación necesaria al entender que tal conducta no es subsumible en los apartados a) y b) del artículo 28.2 del CP”.

<sup>29</sup> MONTANER FERNÁNDEZ, R., InDret., 4/2007, p. 21.

<sup>30</sup> MONTANER FERNÁNDEZ, R., InDret. 4/2007, p. 21.

<sup>31</sup> LORENTE ACOSTA, M. (*et al.*) Síndrome de agresión a la mujer. Síndrome de maltrato a la mujer, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, núm. 02-07, 2000. Disponible en [http://criminet.ugr.es/recpc/recpc\\_02\\_07.html](http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_02_07.html)

En último término, para casos muy concretos podría apreciarse la exculpación sobre un error invencible de prohibición (art. 14.3 CP) o incluso por la inexigibilidad de otra conducta si se acredita miedo insuperable (art. 20.6º CP)<sup>32</sup>.

## 2. Desde la propuesta doctrinal.

Como se ha indicado anteriormente, la posibilidad de exigir responsabilidad penal *ex* art. 468.2 a la persona beneficiaria de la prohibición es posible desde una perspectiva técnica, aunque ello no exime de analizar las características de cada caso concreto. Sin embargo, se pueden avanzar dos posibilidades para otorgar amparo legal – y, por tanto, impunidad – a la conducta de quien consiente en el quebrantamiento del obligado. La primera incidiría en el propio texto legal mediante la reformulación del tipo en términos tales que quedase clara su naturaleza de delito especial propio o de deber del que únicamente respondiese el destinatario de la prohibición – el agresor –, con exclusión de la persona cuya seguridad se protege e incluso sin que pudiera utilizarse, para fundamentar una condena de ésta, la vía del art. 65.3 CP. Y desde una perspectiva interna, que exigiría analizar el supuesto específico que se instruye o se enjuicia, valorar si en relación con la víctima existe o no una situación objetiva de riesgo atendiendo al bien jurídico protegido, el cual, constituido por la indemnidad de aquélla en tanto sujeto pasivo de la violencia, obligaría a una reubicación del tipo penal extrayéndolo de los delitos contra la Administración de Justicia para situarlo junto con los delitos de violencia doméstica, de suerte que si resultase probada la ausencia objetiva de dicho peligro no cabría exigir responsabilidad criminal ni al obligado por la resolución judicial ni a la beneficiaria de la misma<sup>33</sup>.

## V. CONCLUSIONES

De todas las reflexiones que anteceden se pueden extraer las siguientes conclusiones:

1ª. En el ámbito del delito de quebrantamiento del 468 CP el bien jurídico protegido en su número 1 es el adecuado funcionamiento de la Administración de Justicia, mientras que en el número 2 el legislador ha configurado un tipo pluriofensivo que abarca no sólo aquél, sino también la seguridad y la integridad de las víctimas de violencia doméstica y de género.

2ª. El dolo típico no requiere para su apreciación la concurrencia de una finalidad concreta ni una actitud determinada en el autor.

---

<sup>32</sup> MONTANER FERNÁNDEZ, R., InDret. 4/2007, p. 22.

<sup>33</sup> MONTANER FERNÁNDEZ, R., InDret. 4/2007, p. 22.

3ª. La redacción del art. 468.2 sugiere que solamente puede cometer el delito de quebrantamiento quien tiene sobre sí el cumplimiento de una pena del art. 48 o quien se halla sometido a una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza, lo que remite a la catalogación de este comportamiento bien como un delito de propia mano, bien como un delito especial. No obstante, cabe plantearse el régimen de autoría o de participación aplicable a quien, siendo beneficiario/a de la prohibición impuesta y no directamente obligado por la misma, interviene en la producción de un quebrantamiento, lo que ha motivado diferentes posiciones doctrinales que se han movido entre la atipicidad de la conducta, la responsabilidad exclusiva del obligado por la prohibición o la corresponsabilidad de ambos.

4ª. Sin perjuicio de que resulta técnicamente posible dirigir un juicio de reproche penal contra la persona que consiente el quebrantamiento, existen suficientes argumentos desde el propio ordenamiento jurídico y desde la doctrina científica para exonerar de responsabilidad criminal al beneficiario de la pena o medida.

### **BIBLIOGRAFÍA**

ACALE SÁNCHEZ, M., La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código penal, editorial Reus, Madrid, 2006.

CÓRDOBA RODA, J. / GARCÍA ARÁN, M., Comentarios al Código penal, T. II, Marcial Pons, Madrid, 2004.

GARCÍA ALBERO, R., Del quebrantamiento de condena, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.) / MORALES PRAT, F. (Coord.), Comentarios a la Parte especial del Derecho penal, Aranzadi, 4ª edición, Navarra, 2004.

LORENTE ACOSTA, M. (*et al.*) Síndrome de agresión a la mujer. Síndrome de maltrato a la mujer, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, núm. 02-07, 2000. Disponible en [http://criminnet.ugr.es/recpc/recpc\\_02\\_07.html](http://criminnet.ugr.es/recpc/recpc_02_07.html)

MONTANER FERNÁNDEZ, R., El quebrantamiento de penas o medidas de protección a las víctimas de violencia doméstica, InDret. Revista para el análisis del derecho, núm. 4/2007. Disponible en [www.indret.com/pdf/477\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/477_es.pdf)

MUÑOZ CUESTA, J., Quebrantamiento de condena, en HERNÁNDEZ GARCÍA, J. (*et al.*), Los delitos contra la Administración de Justicia, Aranzadi, Navarra, 2002.

QUERALT I JIMÉNEZ, J., La respuesta penal de la Ley Orgánica 1/2004 a la violencia de género, en MONTALBÁN HUERTAS, I. (Dir.), La ley integral de medidas de protección contra la violencia de género, Cuadernos de Derecho Judicial, núm. 22-2005.

ROBLES PLANAS, R., La participación en el delito: fundamento y límites, Marcial Pons, Madrid, 2003.

VALEJE ÁLVAREZ, I., Penas accesorias, prohibiciones del art. 468.2 del CP y delito de quebrantamiento de condena. Consideraciones críticas sobre el art. 57.2 del CP, Estudios Penales y Criminológicos, núm. 26, 2006.

\* \* \* \* \*

## M.<sup>a</sup> Ángeles Alonso Benito

Letrada del Ilustre Colegio de Abogados de Segovia. Socia de la FICP.

### ~Violencia del menor ante acoso, ciberacoso, *child grooming*, *sexting*~

#### I. INTRODUCCIÓN

En este trabajo, abordaremos, dada la gran extensión de este problema, una aproximación a todos estos conceptos e interacciones que se producen entre ellos, acercándonos, a la situación que sufre un menor y que produce este menor frente a sus iguales.

Y abordaremos brevemente el acercamiento de un adulto a un menor, a través de las tecnologías, como nos indica la jurisprudencia en el término "*child grooming*" definiéndolo como las acciones realizadas deliberadamente con el fin de establecer una relación y un control emocional sobre un menor con el fin de preparar el terreno para el abuso sexual del menor.

La violencia, forma parte de nuestras vidas, y, ésta ejercida a un menor, no es solo –cosa- de adultos, sino que los menores en el ámbito familiar, educativo, trasciende al ámbito jurídico, por sus consecuencias, en muchas ocasiones nos hace acercarnos a este problema, que va mas allá, de ser -cosas de niños-.

Así la protección contra cualquier forma de violencia es un derecho fundamental de los niños, niño y adolescente, que está reconocido en la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España en 1990.

La ratificación de la citada Convención obliga a España a garantizar el derecho fundamental a la protección del menor estableciendo todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas necesarias para proteger al niño contra toda forma de violencia, perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual.<sup>1</sup>

En nuestro Derecho español se han producido avances importantes en la consideración del niño, niña y adolescente como sujetos de derechos, así como en su protección frente la violencia, como ilustran la reforma operada por la ley Orgánica

---

<sup>1</sup> Anteproyecto de Ley Orgánica de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia.

1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, así como la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, y la Ley 26/2015, de 28 de julio, ambas de modificación del sistema de protección de la infancia y la adolescencia .

La citada Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, dispuso la obligación de los poderes públicos de desarrollar actuaciones de sensibilización, prevención, asistencia y protección frente a cualquier forma de maltrato infantil, y establecer los procedimientos necesarios para asegurar la coordinación entre las Administraciones Públicas competentes.

Encontrándonos ante un problema complejo, tanto en su génesis como en su desarrollo, que deriva en graves consecuencias de índole física, psicológica y de relación social para las personas afectadas y para sus entornos familiar y comunitario.

## II. VIOLENCIA

En este primer momento, cabe comenzar, con la definición de violencia. Si esta se asumiese en su dimensión política, nos remitiríamos al Estado, en el ejercicio del uso de ésta entendida como legítima en el ejercicio de la potestad o monopolio sobre el uso de la fuerza concedido al Estado.

Fuerza física empleada para causar daño, Energía natural o física o fuerza en acción, Uso injusto de la fuerza o el poder.

Ejercer fuerza a algo o a alguien (desde el punto de vista etimológico). Y a nivel descriptivo a la fuerza física empleada para causar daño, ejercer la fuerza física para dañar a otra persona.

La violencia de género del hombre hacia la mujer, avalado por *las investigaciones llevadas a cabo por la ONU y por el Consejo de Europa: los niños y niñas en cuyo hogar se viven situaciones de violencia de género, son víctimas de violencia, ya que sufren de manera directa las consecuencias, no sólo físicas y emocionales .., sino también las derivadas de haber vivido y formado su personalidad en un ámbito de desigualdad de poder y sometimiento de la madre a la conducta violenta de un hombre, lo que potencialmente les convierte en elementos de la cadena de reproducción de esta violencia.*

Y siguiendo a Beatriz ATENCIANO: La violencia en el hogar no es un hecho puntual, con un inicio y un fin, una especie de alteración fortuita en el devenir esperado de la convivencia de pareja. El maltrato es una forma de relación, es el aire que se respira en la casa, una atmósfera enrarecida, ajena a las necesidades de quienes integran la familia. Es un falso orden, orquestado por quien se atribuye el poder y la soberanía, anteponiendo sus necesidades de control a la felicidad de los otros, que quedan bajo su dominio, so pena de ser castigados, golpeados, y humillados. El miedo y el afecto se entremezclan, porque aquellos que deberían proteger, dañan. La culpa y la vergüenza de la víctima, junto con la amenaza expresa del maltratador, mantendrán en secreto la violencia.

Niños, niñas y jóvenes formarán parte de este sistema, al llevar a cabo roles que les son asignados.

### III. ACOSO ESCOLAR

El problema del acoso escolar (*bullying* en la extendida terminología anglosajona) se ha caracterizado hasta hace bien poco por ser un fenómeno oculto, que pese a haber estado presente desde siempre en las relaciones entre los menores en los centros educativos y fuera de los mismos, no ha generado estudios, reflexiones o reacciones ni desde el ámbito académico ni desde las instancias oficiales.

De hecho, muchos de los actos encuadrables en el acoso escolar han sido - siéndolo aún- frecuentemente considerados parte integrante de la experiencia escolar, inherentes a la dinámica propia del patio del colegio, como una lección más de la escuela en la que como anticipo de la vida, el menor.

El silencio de las víctimas y de los testigos, cuando no de los propios centros, ha contribuido al desconocimiento de la magnitud del problema.<sup>2</sup>

Y en este instante nos podemos plantear, el porqué, de la dimensión de este problema, o de esta violencia que se ejerce fundamentalmente en los centros educativos, o entre iguales, y la respuesta que podemos presentar, es que se establece un sistema de prevalimiento de unos contra otros.

Se ejerce la violencia, física o psíquica, de padres a hijos, de estudiantes a otros estudiantes, pero siempre para ejercer poder, control sobre otro/s, otra/s.

---

<sup>2</sup> Instrucción 10/2005 sobre el tratamiento del acoso escolar desde el sistema de justicia juvenil.

Y aquí conectamos con la violencia, acoso, malos tratos a menores, de un adulto a los niños/niñas, adolescentes, y violencia física psíquica, acoso, malos tratos de niños/niñas, adolescentes de entre ellos, o como se indica entre iguales.

Siendo conveniente poder comprender los factores asociados con los malos tratos en la infancia. Pudiendo indicar, Factores individuales (padres), y Factores individuales (hijos), factores de interacción familiar, sociales y culturales en cuanto las interacciones de padres e hijos... aprobación cultural del uso de la violencia.

Cultura que está enraizada en nuestra sociedad, por motivos culturales, religiosos, en los que la torta, la zapatilla, la cultura con sangre entra, se encuentra ensamblado en nuestro pensamiento siendo que a través de educación en la no violencia y buscando desterrar los arquetipos que se encuentran en nuestro acervo cultural se podrá erradicar, implementándose legislación que apoye todo esto.

Conocer los indicadores de abuso sexual que marcará a un niño/a, adolescente en su presente y en su futuro a corto y a largo plazo.

Y esta violencia ejercida sobre los menores, no solo se ejerce en el ámbito familiar sino que las más de las veces, se ejerce en el ámbito de un Centro escolar, siendo este el garante legal de estos menores.

Si estos docentes, en sus aulas, en los recreos, aprecian acoso, violencia física o psíquica deberán implementar las medidas adecuadas para solucionar este problema, que lo es y no mirar para otro lado.

Y en este marco se nos presenta el Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección Integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, y que en su Exposición de Motivos indica “protección contra cualquier forma de violencia es un derecho fundamental de los niños, niñas y adolescentes.

Obligación del estado de garantizar el derecho fundamental a la protección del menor estableciendo todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas necesarias para proteger al niño contra toda forma de violencia, perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual. Y en dicho ámbito educativo dicho Anteproyecto en su capítulo IV desarrolla diversas medidas de prevención y detección de la violencia en los centros educativos... implementando un coordinador o coordinadora de bienestar y protección, en todos los centros educativos.

En el ámbito legislativo penal, tenemos la aplicación vigente de la Ley Orgánica de Responsabilidad penal del menor, de infractor mayor de 14 años y menor de 18 años, de norma penal, siendo el interés superior del menor el marco regulativo de dicha Ley. Dispone el artículo 7.3 de la Ley 5/2000: “para la elección de la medida o medidas adecuadas se deberá atender de modo flexible, no solo a la prueba y valoración jurídica de los hechos, sino especialmente a la edad, circunstancias familiares y sociales, la personalidad y el interés del menor.

Siendo importante destacar en este ámbito jurisdiccional, la figura del Ministerio Fiscal, en su especial encomendación de Instructor del Procedimiento, si llegare a su conocimiento infractor menor de catorce años, no sujeto a la LORPM, daría cuenta o informaría a los tutores o Centro Educativo en el que se hubiere realizado alguna de las conductas no permitidas, para que éstos implementasen las medidas correctoras adecuadas.

### **1. Dirección que toma la violencia**

Todas las personas construimos nuestra identidad en función de múltiples rasgos y elementos, pero sin lugar a dudas hay tres pilares que nos marcan con especial incidencia desde el inicio de nuestras vidas. Estos tres pilares principales son el sexo, el género y la orientación sexual

**Sexo:** podemos ser hombres o mujeres.

**Género:** podemos ser masculinos o femeninos.

**Orientación sexual:** podemos ser heterosexuales u homosexuales

Ordenando nuestras creencias, en –presuntas falacias- que nos dañan, y dañan nuestro entorno:

- Que hombre es sinónimo de masculino y mujer sinónimo de femenino.
- Que la presencia de un rasgo femenino en el hombre es un fallo en su condición de hombre.
- Que las características o la energía masculinas son mejores que las características o la energía femeninas.

- Que dominando la energía femenina se exalta la condición de hombre. O dicho de otro modo, que dominar lo femenino dota del poder tradicionalmente asociado a lo masculino.

Y así dependiendo de las polaridades en torno a las cuales nos estemos moviendo se puede hablar de un tipo de violencia o de otro. Se produce violencia de la mano de la vigilancia del sexo, del género y de la orientación sexual.

Polaridad sexo: -Se produce una violencia del hombre contra la mujer. Es lo que llamaríamos la violencia de género.

Polaridad género:-Se produce una violencia de lo masculino contra lo femenino

Polaridad orientación sexual:-Se produce una violencia desde lo heterosexual contra lo homosexual.

Control del hombre contra la mujer, porque es mía, y no se puede separar, y si no es mía no es para nadie.

Grupo de niños/as, adolescentes que acosan, humillan a otro niño/a adolescente en el colegio, porque yo mando en el recreo, en el colegio.

## **2. Elementos que definen el acoso escolar**

Deberemos partir de la definición que el Código penal en su art. 173,1 define el acoso, para poder tipificarse la conducta que pueda subsumirse en dicho tipo, y así se indica que cuando los hechos tengan la entidad suficiente, se castigara al que infringiera a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral.

Repetición en el tiempo de dichos actos degradantes, humillantes o que comporten vejación para el menor, o en su caso si fuere un solo caso, pero este fuera de extrema gravedad, y se tuviere conocimiento por el Ministerio fiscal daría pie a la intervención de la jurisdicción de menores. Y dicha respuesta al acoso escolar desde esta jurisdicción deberá pivotar sobre tres ejes: protección de la víctima con cesación inmediata del acoso, respuesta educativa-sancionadora al agresor, modulada según sus circunstancias psico-socio familiares y según la entidad de los hechos cometidos y, en su caso, reparación de daños y perjuicios. Y de ordinario, en caso de necesidad de tutela cautelar, será suficiente con una libertad vigilada acompañada de las reglas de conducta que se estimen precisas para preservar la integridad de la víctima, pudiendo, si se estima

necesario, promoverse la aplicación de reglas que supongan mayor o menor grado de alejamiento (v. gr. prohibición de comunicación).

Comunicando la medida adoptada al centro docente, siendo este extremo de trascendental importancia.

Pero teniendo en cuenta que para el correcto tratamiento del menor acosador debe estar presidido por la filosofía educativa y socializadora inherente a la LORPM.<sup>3</sup>

Y las posibles soluciones, aun dentro de este ámbito judicial, pero intentando su desjudicialización, antes de tener que enfrentarse a la fase de Audiencia o vista en Sala.

Si los hechos fueron cometidos sin violencia o intimidación grave cabe la posibilidad de una reparación extrajudicial o una mediación, conforme a lo establecido en el art. 19.1 LORPM.

Las posibilidades de la justicia restaurativa y de mediación pueden alcanzar un relevante despliegue funcional en las manifestaciones leves o iniciales de acoso, que se despliega dentro del ámbito de la jurisdicción de menores como se recoge en la LORPM en su art. 19,3. “El correspondiente equipo técnico realizará las funciones de mediación entre el menor y la víctima o perjudicado, a los efectos indicados en los apartados anteriores, e informará al Ministerio Fiscal de los compromisos adquiridos y de su grado de cumplimiento”.<sup>4</sup>

### **3. Informe sobre el anteproyecto de Ley Orgánica de protección integral a la infancia y a la adolescencia**

Derivado de su carácter integral, tiene como objetivo la prevención y protección de la infancia y la adolescencia ante cualquier situación de violencia.

Que abarcara todos y cada uno de los sectores y ámbitos con los que conviven los niños y niñas menores de edad: familia, educación, entorno socio-sanitario, medios de comunicación y redes sociales, deporte y ocio, Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y operadores jurídicos.

---

<sup>3</sup> Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores

<sup>4</sup> Art. 19 Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

#### **4. Objetivos del Plan Director para la convivencia y mejora de la seguridad escolar**

1. Responder de manera coordinada y eficaz a las cuestiones relacionadas con la seguridad de menores y jóvenes en la escuela y su entorno,.
2. Mejorar el conocimiento de los menores y jóvenes sobre los recursos policiales para la prevención de la delincuencia y protección de las víctimas, y sobre las cuestiones de seguridad ciudadana que inciden en materias como acoso escolar, bandas juveniles, acceso a drogas y alcohol, vandalismo, violencia sobre la mujer, xenofobia o racismo, así como la extensión de estos riesgos y otros específicos asociados al uso de Internet y las nuevas tecnologías, impulsando la celebración de actividades, charlas y conferencias en los centros escolares dirigidas a los alumnos e impartidas por expertos policiales.
3. Contribuir a formar a los alumnos en el respeto a los derechos y libertades fundamentales, y en los valores de dignidad e igualdad entre hombres y mujeres, así como concienciarlos sobre los riesgos asociados al consumo de drogas y la necesidad de erradicar las conductas violentas del ámbito escolar
4. Incrementar la vigilancia policial en las inmediaciones de los centros escolares para prevenir y combatir el tráfico, consumo y tenencia de drogas,
5. Articular mecanismos e instrumentos de coordinación permanentes en todo el territorio nacional, entre los expertos policiales y las autoridades docentes, comunidad educativa, asociaciones de madres y padres de alumnos y otras organizaciones.
6. Cooperar con otros organismos públicos con competencia en la materia como el Ministerio de Educación, Cultura y Deportes a través de la participación en el Observatorio Estatal de la Convivencia Escolar y la Prevención de Conflictos y en el Plan de Acción contra la Explotación Sexual de la Infancia y la Adolescencia así como a través de la Delegación del Gobierno para la Violencia de Género en lo referente a la prevención de la violencia sobre la mujer; o el Ministerio de Empleo y Seguridad Social, por medio del Observatorio Español del Racismo y la Xenofobia en lo tocante a las conductas discriminatorias y racistas.

#### IV. VIOLENCIA INTRAFAMILIAR

Elementos definitorios de familia, según la entendemos todos:

Espacio de seguridad, estabilidad, y de amor. Esfera privada en el que un grupo de personas, padres/hijos, normalmente conviven.

Y sus elementos definitorios en sus elementos comunes, son:

Dependencia emocional del agresor, posición de debilidad y sentimiento de terror habitual. Siendo sus características: la extrema debilidad del agredido, dependencia tanto física como emocional de la víctima, y una situación de prevalencia del agresor respecto de éstas.

Así Cottrell <sup>5</sup> nos indica que el «maltrato parental» como cualquier acto de los hijos que provoque miedo en los padres y que tenga como objetivo hacer daño a éstos. Ese miedo a lo que sus hijos puedan hacer, el sentirse amenazados, intimidados o controlados por ellos genera una situación de estrés desproporcionada.

Al igual que en el maltrato conyugal, podemos distinguir las siguientes dimensiones: (a) *Maltrato físico*: pegar, dar puñetazos, empujar, romper y lanzar objetos, golpear paredes, escupir... (b) *Maltrato psicológico*: intimidar y atemorizar a los padres. (c) *Maltrato emocional*: engañar maliciosamente a los padres, haciéndoles creer que se están volviendo locos; realizar demandas irrealistas, mentir, fugarse de casa, chantajes emocionales amenazando con suicidarse o con marcharse de casa sin tener realmente la intención de hacerlo... (d) *Maltrato financiero*: robar dinero y pertenencias a los padres, venderlos, destruir la casa o los bienes de los padres, incurrir en deudas que los padres deben cubrir, comprar cosas que no se pueden permitir.

Ya que el término "violencia intrafamiliar" hace referencia a una **situación de poder** y alude a todas las **formas de abuso** que se dan en las relaciones entre los miembros de la familia.

##### 1. Por razón de identidad sexual

Violencia intrafamiliar y que por razón de identidad sexual, fuera de lo que aparentemente es –normal–, se ejerce violencia para callar, causando profundo dolor en la víctima de esta situación, y que reproducimos, un párrafo ilustrativo de la situación

---

<sup>5</sup> Cottrell (2001).

que se vive, y viven las personas en esta situación, la lgbifobia lo impregna absolutamente todo y las familias no son muy diferentes en este sentido.

Ciertamente, toda persona homosexual concluye: “La única manera que tengo de garantizarme que los demás no me rechacen es hacer lo que los demás esperan que haga y ser como quieren que sea”. Las consecuencias de semejante enfoque de las relaciones íntimas pueden ser desastrosas. (...) La tendencia a una autodestructiva conducta acomodaticia puede estar profundamente enraizada y hacer a una persona muy vulnerable a los abusos en sus relaciones amorosas y sexuales.

Incluso en las relaciones cotidianas, con amigos y compañeros de trabajo, las consecuencias de esta dinámica acomodaticia pueden ser muy profundas. A menudo las personas que tan fácilmente se adaptan a los demás, que dicen “sí” cuando quieren decir “no”, terminan explotadas y permanentemente abrumadas por su pesada carga” .

*La OMS* define la violencia «el uso deliberado de la fuerza física o el poder, ya sea en grado de amenaza o efectivo contra uno mismo, otra persona o un grupo o comunidad que cause o tenga muchas probabilidades de causar lesiones, muerte, daño psicológico, trastornos del desarrollo o privaciones»

## **V. TIFICACIÓN PENAL DE OTRAS CONDUCTAS: *GROOMING*, CIBERACOSO, *SEXTING* Y *SEXTORSIÓN*.**

Por Acuerdo del Pleno no jurisdiccional del Tribunal Supremo, sobre child grooming, que se encuentra regulado en el art. 183,bis del código penal, del día 8 de noviembre de 2.017, que dice:

**Asunto:** Tratamiento Concursal del delito de child grooming (artículo 183 bis CP) cuando el contacto con el menor va seguido de una lesión efectiva de su identidad sexual.

**Acuerdo:** El delito de ciberacoso sexual infantil previsto en el artículo 183 Ter.1 del Código Penal, puede conformar un concurso real de delitos con las conductas contempladas en los artículos 183 y 189.

a) Amenazas condicionales de los artículos 169.1º o 171.1º del Código penal.

b) Delito previsto en el artículo 197 del Código penal, al vulnerar la intimidad de otro, mediante la utilización de artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, con la agravante específica, de que la víctima

es un menor de edad o un incapaz. También se castiga su difusión en el apartado 5.º del este mismo artículo.

c) Constituyen agresiones sexuales los atentados contra la libertad sexual de otra persona (artículo 178) y la violación (artículo 179), delitos cometidos siempre con violencia o intimidación.

Se consideran entre otras agravantes de estos delitos, la vulnerabilidad de la víctima por razón de su edad, y, en todo caso, cuando sea menor de dieciséis años. También cuando el autor se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco directo por ser ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción o afines (artículo 180).

d) Se consideran abusos sexuales los mismos hechos delictivos del apartado anterior pero cometidos sin violencia ni intimidación y sin que medie el consentimiento de la víctima. En todo caso, los abusos sexuales cometidos con menores de dieciséis años se considerarán no consentidos. Tampoco se considerará válido el consentimiento cuando se obtenga prevaliéndose el agresor de una posición de superioridad manifiesta (artículos 181 y 182).

También se consideran abusos sexuales los mismos actos realizados con engaño en el supuesto de que se trate de mayores de trece años o menores de dieciséis (artículo 183).

En todos estos supuestos, la vulnerabilidad derivada de la edad, y el hecho de que la víctima sea menor de dieciséis años, constituyen agravantes, así como haberse prevalido el autor de su relación de superioridad o parentesco, en los mismos casos establecidos para las agresiones sexuales.

e) Se considera acoso sexual solicitar favores de esta naturaleza en el ámbito laboral, docente o similar, de forma continuada o habitual, provocando a la víctima una situación objetiva, gravemente intimidatoria, hostil o humillante. Constituyen agravantes del delito la situación de superioridad laboral, docente o jerárquica del agresor así como la especial vulnerabilidad de la víctima por razón de su edad (artículo 184).

En conclusión, el delito de acoso sexual a menores previsto en el artículo 184 del Código penal, serviría para el castigo de aquellas conductas que realizadas por Internet han consistido en un acoso sexual por medio virtual de un menor, siempre que se realice

en el ámbito de una relación laboral, docente o de prestación de servicios y, en concreto, estos supuestos normalmente encajarán en el apartado primero, que no requiere una situación de superioridad jerárquica entre los sujetos, en relación con la hiperagravación prevista en el apartado 3º de este mismo artículo.

f) Exhicionismo y provocación sexual.- En estos delitos la víctima siempre ha de ser menor de edad y se tipifican como tales el hecho de ejecutar o hacer ejecutar a otra persona actos de exhibición obscena (artículo 185) y la difusión o exhibición de material pornográfico (artículo 186).

g) Prostitución de menores.- Constituye delito la inducción o el favorecimiento a la prostitución de una persona menor de edad. Se tipifican como agravantes el hecho de que el autor se prevalezca de su condición de autoridad o de funcionario o la pertenencia del culpable a una asociación u organización que se dedique a tal actividad (artículo 187).

h) Se considera delito de pornografía el uso de menores para exhibiciones de contenido sexual, la obtención de materiales pornográficos, su posesión y difusión.

i) Asimismo se tipifica como delito hacer participar al menor en comportamientos de naturaleza sexual que perjudiquen su desarrollo, como también que el responsable de un menor no impida o denuncie su situación de prostitución o corrupción (artículo 189).

## **VI. CIBERBULLING, GROOMING, SEXTING, SEXTORSIÓN**

En su tipificación penal, que no lo es de manera exclusiva, las conductas pueden subsumirse:

Si hay amenazas, estando reguladas *en* los artículos 169 a 171 del Código Penal.

Si hubiere Coacciones, se encuentra regulado en los artículos 172 y 173 del código penal.

Si hubiere Injurias en los art. 206 a 210 del código penal

Si calumnias en el art. 205 del código penal.

Estando expresamente recogido el Grooming en los artículos 185, 186 y 189 del código penal.

Establece el art. 191 del Código Penal:

1. Para proceder por los delitos de agresiones, acoso o abusos sexuales será necesaria denuncia de la persona agraviada, de su representante legal o querrela del Ministerio Fiscal, que actuará ponderando los legítimos intereses en presencia. Cuando la víctima sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida, bastará la denuncia del Ministerio Fiscal.

2. En estos delitos el perdón del ofendido o del representante legal no extingue la acción penal o la responsabilidad de esa clase.

### 1. Elementos característicos y definatorios de cada una de ellas.

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua, define **acosar** como:

«1. Perseguir, sin darle tregua ni reposo, a un animal o a una persona. 2. (...) 3. **Perseguir, apremiar, importunar** a alguien con molestias o requerimientos».

Y define **acoso** como: **obtener los favores sexuales de una persona**, cuando quien lo realiza se halla en **posición de superioridad** respecto de quien lo sufre.»

Como consecuencia, el **ciberacoso** se puede definir como la acción de llevar a cabo “amenazas, hostigamiento, humillación u otro tipo de molestias realizadas por un adulto contra otro adulto por medio de tecnologías telemáticas de comunicación, es decir: Internet, telefonía móvil, correo electrónico, mensajería instantánea, videoconsolas online, etc.

**CIBERBULLYING.-** Es un tipo concreto de ciberacoso aplicado en un contexto en el que **únicamente están implicados menores**. De este fenómeno se pueden obtener múltiples definiciones, pero en general, se puede determinar como una conducta “de acoso entre iguales en el entorno TIC, e incluye actuaciones de chantaje, vejaciones e insultos de niños a otros niños”.

En una definición más exhaustiva, se puede decir que “el *ciberbullying* supone el uso y difusión de información lesiva o difamatoria en formato electrónico a través de los medios de comunicación como el correo electrónico, la mensajería instantánea, las redes sociales, la mensajería de texto a través de dispositivos móviles o la publicación de vídeos o fotografías en plataformas electrónicas de difusión de contenidos.

La Guía legal sobre el *ciberbullying* y *grooming*, editada por el Observatorio de la Seguridad de la Información de INTECO, indica cuáles son las características del *ciberbullying*:

- “Que la situación de acoso se dilate en el tiempo: excluyendo las acciones puntuales”.

- Que la situación de acoso no cuente con elementos de índole sexual. En este caso ya se consideraría *grooming*.

- Que víctimas y acosadores sean de edades similares.

- Que el medio utilizado para llevar a cabo el acoso sea tecnológico: Internet y cualquiera de los servicios asociados a ésta: telefonía móvil, redes sociales, plataformas de difusión de contenidos. Desde el punto de vista legal, el tipo penal más próximo al *ciberbullying* es el que recoge el artículo 197 del Código Penal en el que se detalla la revelación de información a terceros sin consentimiento del titular y en el que se recoge la posibilidad de que la víctima sea un menor o un incapaz.

**GROOMING.-** Se define como “un acoso ejercido por un adulto y se refiere a acciones realizadas deliberadamente para establecer una relación y un control emocional sobre un niño o niña con el fin de preparar el terreno para el abuso sexual del menor”. Se podría decir que son situaciones de acoso con un contenido sexual explícito o implícito.

En el *grooming* se determinan, además, una serie de fases por la que el adulto consigue hacerse con la confianza del menor y consumir el abuso:

- “Contacto y acercamiento: el ciberacosador contacta con el menor a través de Internet (mensajería instantánea, chat, redes sociales, etc.). Finge ser atractivo para el menor (siendo otro menor de edad similar, buen parecido físico, gustos similares, etc.), enviándole incluso imágenes de un menor que haya conseguido en la Red que responda a dichas características; es decir, lleva a cabo una estrategia preconcebida con el fin de ganarse su confianza poco a poco.

- Sexo virtual: consigue, en el transcurso de dicha relación, que el menor le envíe alguna fotografía comprometida, logrando que encienda la webcam, que pose desnudo, etc.

- Ciberacoso: si el menor no accede a sus pretensiones sexuales, el ciberacosador le amenaza con difundir la imagen que haya capturado con mayor carga sexual a través de Internet (plataformas de intercambio de vídeos, redes sociales, etc.) y/o enviarla a los contactos personales del menor.

- Abuso y agresiones sexuales: ante las amenazas del ciberacosador, el menor accede a todos sus caprichos sexuales, llegando, incluso, en algún caso, a contactar físicamente con el menor y abusar sexualmente de él”.

Desde el punto de vista legal el tipo penal más próximo al *grooming* se encuentra en el artículo 183 bis del Código Penal, en el que, como se verá en el apartado correspondiente, se determinan los actos encaminados al contacto por cualquier medio con menores, acompañados de actos materiales de acercamiento y con el fin de cometer delitos de agresiones y abusos sexuales o relativos a la corrupción y prostitución de menores.

**SEXTING.-** es una palabra tomada del inglés que une “Sex” (sexo) y “Texting” (envío de mensajes de texto vía SMS desde teléfonos móviles). Aunque el sentido original se limitase al envío de textos, el desarrollo de los teléfonos móviles ha llevado a que actualmente este término se aplique al envío, especialmente a través del teléfono móvil, de fotografías y vídeos con contenido de cierto nivel sexual, tomadas o grabados por el protagonista de los mismos.

**SEXTORSIÓN.-** Las fotografías o vídeos de contenido sexual, en manos de la persona inadecuada, pueden constituir un elemento para extorsionar o chantajear al protagonista de las imágenes. Se llama sextorsión al chantaje en el que alguien (menor o mayor de edad) utiliza estos contenidos para obtener algo de la víctima, amenazando con su publicación.

Se trata de una situación delicada y difícil de abordar por un menor de edad. El adolescente, temeroso ante la posibilidad de que su sextorsionador pueda dar difusión a imágenes sensibles que le comprometerían públicamente, puede tomar la decisión de acceder a su chantaje, que normalmente consiste en seguir enviándole fotografías o vídeos de carácter sexual, y, en casos extremos, realizar concesiones de tipo sexual con contacto físico.

## 2. Jurisprudencia

**STS 4179/2015 de 22 de septiembre**, “Analizamos la impugnación desde esa doble perspectiva. Para el examen de la tipicidad forzosamente hemos de referirnos a la STS 97/2015, de 24 de febrero, primera que se dictó sobre este nuevo tipo penal introducido en la reforma del Código penal de 2010, LO 5/2010. Allí dijimos y hoy reproducimos que el desarrollo de Internet como medio de comunicación y el auge de

las redes sociales para analizar estos contactos interpersonales ha sido aprovechado por delincuentes sexuales para ampliar sus actividades delictivas. Este acceso y relación temática entre agresor y sus víctimas menores de edad como medio, entre otros, para lograr la elaboración de pornografía infantil ha sido una constante preocupación en la comunidad internacional.... El término "*child grooming*" se refiere, por tanto, a las acciones realizadas deliberadamente con el fin de establecer una relación y un control emocional sobre un menor con el fin de preparar el terreno para el abuso sexual del menor.

Se trata de un delito de peligro en cuanto se trata de un supuesto en el que el derecho penal adelanta las barreras de protección, castigando la que, en realidad, es un acto preparatorio para la comisión de abusos sexuales a menores de 13 años, no requiere por lo tanto un contacto físico entre agresor y agredido. La edad de 13 años es un elemento temporal coincidente con la prevista para la propia disposición de la libertad sexual.

En este caso el legislador expresamente ha considerado que las conductas de ciberacoso sexual son un acto ejecutivo de un nuevo delito que trasciende al mero acto preparatorio, aunque participan de su naturaleza, por cuanto solo con el fin de cometer los delitos de abusos sexuales a menores de 13 años puede entenderse típica la conducta.

En cuanto al bien jurídico es requisito que el contactado sea un menor de 13 años. Ha de hacerse notar la reciente reforma del Código penal que la extiende a 16 esa edad. Es el límite que señala el legislador para marcar la frontera de la indemnidad sexual de los menores y consiguientemente, el límite de la relevancia de su consentimiento para la realización de actos sexuales. Coincide, por tanto, con su ubicación dentro del nuevo Capítulo II bis del Título VIII del Libro II CP "De los abusos y agresiones sexuales a menores de 13 años, y con las previsiones del art. 13 del Convenio del Consejo de Europa para la protección de niños contra la explotación y el abuso sexual, que limita la obligación de los Estados para castigar la conducta descrita en los supuestos en que el menor no alcance la edad por debajo de la cual no está permitido mantener relaciones sexuales con un niños (art. 182.2).

Además el tipo objetivo exige actos materiales encaminados al acercamiento. El legislador solo ha concretado en cuanto a la naturaleza del acto que tiene que ser material y no meramente formal y su finalidad encaminada al acercamiento. Estamos

ante un numerus apertus de actos que el legislador no ha querido acotar en función de las ilimitadas formas de realizar estos actos. En todo caso los actos deben ir "encaminados al acercamiento", finalidad que obliga a hacer una interpretación de los términos usados por el legislador; la redacción del precepto, en principio, parece referirse al estrechamiento de la relación de seducción, es decir, al acercamiento del delincuente al menor, afianzando mediante tales actos materiales el efecto y confianza a la víctima, y también cabe interpretar que el acercamiento es, en realidad, el propio "encuentro".

Por lo que respecta a los elementos subjetivos de este delito se exige la voluntad de cometer cualquiera de los delitos de los arts. 178 a 183 y 189.

La sentencia objeto de la presente censura casacional condena a este recurrente **como autor** de un **delito de abusos sexuales** en su modalidad de acercamiento a menor por internet, del art, 183 bis del código penal, delito de grooming child, incorporado a nuestro ordenamiento en la reforma operada por la ley orgánica 5/2010 que ha sido objeto de modificación previamente, al elevar la edad a 16 años.

En este caso el legislador expresamente ha considerado que las conductas de **ciberacoso** sexual son un acto ejecutivo de un nuevo delito que trasciende al mero acto preparatorio, aunque participan de su naturaleza, por cuanto solo con el fin de cometer los **delitos de abusos sexuales** a menores de 13 años puede entenderse típica la conducta”.

## VII. CONCLUSIÓN

Las formas de exposición del menor a la violencia, en maltrato habitual, lesiones, amenazas, injurias, que se pueden vivir en el ámbito familiar, se convierte en muchos de los casos, en conductas que se reproducen en el ámbito social, educativo, y que nos lleva, o nos debe llevar a implementar decisiones tanto a nivel político como legislativo, para que el arquetipo violencia del más fuerte, sobre el débil se convierta en un problema jurídico.

Y que el/la menor, víctima, no se sienta atrapado/a, traicionado/a y no escuchado/a.

\* \* \* \* \*

## **José María Bernabéu Vergara**

Juez sustituto adscrito al Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana.  
Socio de la FICP.

### **~La orden europea de protección, análisis de la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 2011/99/UE y su eficacia en el ámbito de la violencia de género~**

#### **I. PLANTEAMIENTO INICIAL**

Tiene como objeto el presente trabajo poner de manifiesto el marco jurídico básico en el que tuvo lugar el nacimiento y desarrollo en el ámbito comunitario la denominada Orden Europea de Protección (en adelante OEP), la forma en que dicho instrumento, a efectos protección con medidas de naturaleza penal, ha encontrado acomodo en el ordenamiento jurídico español y, por último, la realización de un análisis de su sentido práctico para el cumplimiento de los finalidad tuitiva que se le asigna. Se pretende incidir de modo especial en los supuestos en que la utilización de la OEP ha venido dada por la previa comisión de un delito de violencia de género o doméstica, con las particularidades que ello conlleva, especialmente en lo relativo a la esfera de protección, ante el riesgo de reiteración delictiva, que debe dispensarse en favor de la víctima y su círculo familiar.

Se ha de puntualizar con carácter previo que en el presente trabajo, distinguiéndose en la normativa aplicable entre el caso de emisión y el supuesto de ejecución de la OEP, centraremos la atención en lo relativo al primer supuesto, ello es el caso en que el órgano jurisdiccional español acuerda la orden de protección a solicitud de la víctima de delito que modifica su lugar de emplazamiento y pasa residir en Estado extranjero pero miembro de la UE.

#### **II. MARCO NORMATIVO**

Como punto de partida, la Directiva 2011/99/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, sobre la Orden Europea de Protección, fue presentada para su aprobación por un conjunto de doce Estados miembros, incluido España, de acuerdo al procedimiento legislativo ordinario y gracias a la alianza entre el Parlamento Europeo y la mayoría del Consejo, superando numerosos obstáculos en su tramitación, tanto técnicos como institucionales (entre otros, por la oposición de la Comisión Europea, centrándose el parecer de ésta en que dados los antecedentes de

orden de protección que existían en diversos Estados miembros, en unos de naturaleza penal y en otros de naturaleza civil, la armonización que pudiera derivar de la adopción de una directiva, aunque no era imposible, aparecía como sumamente compleja)<sup>1</sup>.

La estructura formal de la Directiva viene dada por una parte preliminar con 42 considerandos, muy útiles a nivel interpretativo, 25 artículos y 2 anexos, con modelos de formulario de orden europea de protección y de notificación de incumplimiento de ella medida de protección acordada, respectivamente.

Es finalidad esencial de la OEP. el asegurar que las medidas de protección adoptadas en un Estado miembro para proteger a una víctima de una infracción penal se mantengan y continúen cuando ésta se traslada a otro Estado miembro, recordando, pues, ab initio, que ese marco de protección se dispensa con carácter general, confirma su considerando 9, para “proteger a una persona contra actos delictivos de otra persona que puedan poner en peligro de cualquier modo su vida o su integridad física, psicológica o sexual —por ejemplo, impidiendo cualquier forma de acoso— o su dignidad o libertad personal —por ejemplo, impidiendo el secuestro, el acecho y cualquier otra forma de coerción indirecta—, así como a evitar nuevos actos delictivos o reducir las consecuencias de los cometidos anteriormente. Estos derechos personales de la persona protegida corresponden a valores fundamentales reconocidos y defendidos en todos los Estados miembros”.

Desde otra perspectiva, se excluye de su aplicación, de modo expreso, la protección de personas que no tengan la consideración de víctima de delito como tal, sino que sean testigos en el proceso (considerando 11).

Tiene como fuente de inspiración la OEP, y así se refiere en su parte preliminar (considerando 4), la Resolución del Parlamento Europeo, de 26 de noviembre de 2009, sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, en la cual se insta a los Estados miembros a que mejoren sus legislaciones y políticas nacionales destinadas a combatir todas las formas de violencia contra la mujer y emprendan acciones destinadas a combatir las causas de la violencia contra las mujeres, en particular mediante acciones de prevención, y se pide a la Unión que garantice el derecho de asistencia y ayuda a todas las víctimas de la violencia. En la Resolución del Parlamento Europeo, de 10 de febrero de 2010, sobre la igualdad entre mujeres y hombres en la Unión Europea 2009,

---

<sup>1</sup> OLIVERAS, N. La Orden Europea de Protección: Su aplicación a las víctimas de violencia de género. Ed Tecnos, Madrid, 2015, pp. 35-36.

se refrendó la propuesta de establecer una orden de protección europea de las víctimas.

Configurada, pues, la OEP como un mecanismo de protección para toda víctima de delito, cobra especial trascendencia su contenido en lo relativo a la protección a las víctimas mujeres, de modo general, y en particular a las que sufren la comisión de ilícitos de violencia de género o doméstica, como será objeto de análisis en el presente. En el contenido de la Directiva indicada únicamente se prevén medidas de naturaleza penal, y ello en consonancia con lo que dispone el considerando 10 que de modo rotundo y sin margen de duda determina que la OEP no contiene medidas de protección de naturaleza civil.

En el ámbito civil es plenamente aplicable, en el espacio de la UE., el Reglamento nº 606/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de junio de 2013 relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil. En dicho instrumento normativo, cuyo interesante estudio excede de los límites en el presente marcados, afirma de modo literal en su considerando 9 que “El ámbito de aplicación del presente Reglamento queda incluido dentro del ámbito de la cooperación judicial en materia civil en el sentido del artículo 81 del TFUE. El presente Reglamento se aplica solamente a las medidas de protección dictadas en materia civil. Las medidas de protección adoptadas en materia penal están contempladas en la Directiva 2011/99/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, sobre la orden europea de protección”.

De tal modo, de acuerdo al art. 5 de la Directiva, las medidas penales de protección que pueden adoptarse en el ámbito de la OEP ámbito son:

a) prohibición de entrar en determinadas localidades, lugares o zonas definidas en las que la persona protegida reside o que frecuenta;

b) prohibición o reglamentación de cualquier tipo de contacto con la persona protegida, incluidos los contactos telefónicos, por correo electrónico o postal, por fax o por cualquier otro medio, o

c) prohibición o reglamentación del acercamiento a la persona protegida a una distancia menor de la indicada en la medida.

Es apreciable, como resultado de la armonización normativa la gran similitud existente entre las medidas indicadas y las que en el ámbito español son adoptadas en el caso de adopción de orden de protección prevista en el art. 544 ter LECrim.. Este último

precepto fue introducido por la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica y se constituye como un elemento sobre el que gira la protección cautelar que se dispensa en favor de la víctima de un delito relacionado con la violencia doméstica, haciéndose expresa previsión en el precepto del trámite procedimental para la adopción de medidas cautelares penales, y en tal caso también civiles, instaurando así, como refiere su norma de creación, un “estatuto integral de protección” para la víctima.

A fin de culminar el proceso de armonización normativa comunitaria que la Directiva 2011/99/UE perseguía, la misma fue objeto de transposición al ordenamiento jurídico español a través de la **Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea**, cuyo Título VI (arts. 130-142) regula de modo expreso la OEP. Recoge la norma estatal, en su art. 130.2, las medidas penales de protección antes citadas en el art. 5 de la directiva, y a efectos de competencia (art. 131) dispone en su contenido que la orden será emitida o transmitida por los Jueces de Instrucción o de Violencia sobre la mujer de donde la víctima resida o donde tenga la intención de hacerlo que conozcan del procedimiento penal en el que se ha emitido la resolución adoptando la medida de protección.

Se prevé como requisito indispensable en el art. 133 de la ley para que el Juez o Tribunal español competente adopte la OEP, amén de valorar el periodo temporal de vigencia de la medida en atención al periodo de tiempo que la persona protegida se disponga a pasar en el país de ejecución así como necesidades de protección, “que se haya dictado una resolución judicial penal adoptando la medida de protección, tanto si se trata de medidas cautelares impuestas como de penas privativas de derechos que, por su contenido análogo, persigan idéntica finalidad de protección de la víctima”, eliminándose así los problemas o cuestiones derivadas de la competencia entre órganos judiciales, pues siempre será competente para la emisión de una OEP el juzgado que esté conociendo del proceso en el que se han establecido medidas de protección a nivel nacional interno.

Dicha previsión legal, sin perjuicio de su trascendencia práctica que a posteriormente se tratará, impedirá el nacimiento ex novo de una medida de protección a ejecutar en el país extranjero que no tenga la cobertura de una previa orden de protección en España entre las mismas personas implicadas, y, a su vez, por lógica procedimental conllevará la cancelación de la OEP ya adoptada a ejecutar en el

territorio comunitario cuando la vigente en territorio español ya no se entiende necesaria para el cumplimiento de sus fines legales, entre otros casos, por la apreciación de inexistencia de riesgo objetivo para la víctima.

### **III. NECESIDAD Y UTILIDAD DE LA OEP. SITUACIÓN OBJETIVA DE RIESGO PARA LA VÍCTIMA.**

La extensión de las medidas de protección a las víctimas de delito se torna imprescindible en un mundo globalizado como el que nos encontramos, donde las posibilidades de desplazamiento han crecido considerablemente en los últimos tiempos y donde, en sintonía con lo anterior, la comisión delictiva puede sobrepasar las fronteras de los Estados y consumarse en las diversas localizaciones que pueda ocupar la víctima en un periodo de tiempo determinado, y sin que el derecho a la libre circulación de los ciudadanos de la UE. deba conllevar inseguridad o aumento de riesgo para la víctima de un delito. No es admisible en modo alguno el sacrificio de la protección de las víctimas de delito con motivo en las posibles divergencias y contradicciones normativas, a causa de las particularidades nacionales, que existan entre los ordenamientos jurídicos de los distintos Estados miembros UE.

Así, ante la necesidad de mantener dicha esfera de protección fuera de territorio del Estado propio, la OEP se conforma como un instrumento verdaderamente útil a tal fin, pues con su adopción el Juez nacional del Estado miembro, y observándose los requisitos legales previstos en la normativa, dispondrá de un mecanismo para que la medida de protección hacia la víctima, trasladada a otro Estado miembro, se proyecte en el nuevo lugar de residencia elegido; manteniendo el órgano judicial de origen, debidamente informado sobre posibles incidencias, el control sobre la medida, su mantenimiento, cesación, modificación y demás circunstancias.

La utilidad de la OEP se manifiesta del mismo modo en que se dispensa a la víctima del delito de verse en la obligación de presentar denuncia con solicitud de protección en el nuevo Estado de residencia, basta recapacitar sobre el caso de violencia de género cuando el agresor se desplaza de modo continuo hacia los diferentes lugares o países donde se pudiere refugiar la acosada. Tal situación, la obligación continuada de presentación de denuncia, agravaría la situación de la víctima y constituiría un supuesto de victimización secundaria que con la OEP se erradicaría. En tal sentido, tradicionalmente se ha considerado que las gestiones procesales que las víctimas tienen que realizar en las dependencias policiales y ante los órganos jurisdiccionales se

caracterizan, a pesar de los esfuerzos legislativos para evitarlo, por la desatención institucional respecto de las necesidades básicas que aparecen junto al delito: acogida emocional, escucha, apoyo para la superación del hecho delictivo sufrido, información, etc.<sup>2</sup>.

Aun cuando en los artículos referidos de la Ley 23/2014 no existe previsión expresa de la necesaria concurrencia para la adopción de OEP de una situación objetiva de riesgo para la víctima, debemos entender que dicho requisito está en todo caso presente e impregna el espíritu de la normativa aplicable. Así, dicha situación de riesgo aparecería confirmada en la finalidad de la OEP, que no es otra, como refiere el considerando 9 de la Directiva 2011/99 que “proteger a una persona contra actos delictivos de otra persona que puedan poner en peligro de cualquier modo su vida o su integridad física, psicológica o sexual”.

Entiendo que serían, por tanto, aplicables las consideraciones que respecto al art. 544 ter.1 LECrim. se refieren, ello es amén de la concurrencia de indicios delictivos por ilícito contra la vida, integridad física o moral, libertad sexual, libertad o seguridad, que conste en el caso una situación objetiva de riesgo para la víctima.

Ello nos conduce a una problemática tarea interpretativa en determinados supuestos. Ante la falta de concreción legislativa, no siendo determinada en la normativa qué ha de entenderse como situación objetiva de riesgo, se ha de anticipar la dificultad que dicha interpretación comporta y, en ocasiones, la disparidad de criterios que los operadores jurídicos utilizan en orden a acordar la orden de protección sobre tal premisa.

Desde un punto de vista jurisprudencial, dicho elemento es integrado por la constatación objetiva de posibilidad de advenimiento de una acción lesiva para la integridad física o psíquica de la víctima, como indicó el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, sec. 26ª, nº 1119/2009.

Debe huirse, en cualquier caso, de los automatismos interpretativos en la materia, no debiendo caer el instructor del procedimiento en el exceso consistente en la adopción de la medida de protección en aras a prevenir males futuros imprevisibles y que pudieren derivar de una valoración eminentemente subjetiva, en mayor medida, a raíz

---

<sup>2</sup> GONZÁLEZ CANO, M., La mediación penal en España, en: La mediación penal para adultos. Una realidad en los ordenamientos jurídicos. Valencia, 2009, p. 20.

de la declaración de la víctima o denunciante en sede judicial en inmediata proximidad temporal al acaecimiento de los hechos que desencadenan el inicio del proceso judicial.

Se hace, por lo tanto, imprescindible extremar las precauciones, y absolutamente necesario ponderar los intereses jurídicos en juego que colisionan con la adopción de la orden de protección, siendo insoslayable que, hallándonos ante posiblemente la comisión de un ilícito penal grave, aun cuando la investigación sumarial sea incipiente, la protección de la víctima de violencia de género o doméstica, rigurosamente tratada, ha de gozar de cierta prevalencia frente a otros intereses en juego, tales como el derecho de libertad de comunicación o libertad deambulatoria del investigado.

El deber de motivación propio de toda resolución judicial requiere que se expliciten en el Auto no solo los indicios de la comisión del delito investigado, sino también la situación de riesgo objetivo que justifique, en el caso en concreto, la limitación de derechos del imputado, no siendo admisible una fundamentación meramente estereotipada o de modelo con expresiones tales como: “en atención al profundo temor que dice sentir la víctima” u otras que impidan conocer cómo llega el Juez/a la convicción de que existe riesgo, en qué consiste éste y cómo se puede atajar con la medida que se adopta. Solo así se puede cumplir el mandato del artículo 68 de la Ley Integral de Violencia de Género L.O 1/2004 que señala que “las medidas restrictivas de derechos deberán adoptarse mediante auto motivado en el que se aprecie su proporcionalidad y necesidad, y, en todo caso, con intervención del Ministerio Fiscal y respeto de los principios de contradicción, audiencia y defensa.”<sup>3</sup>

La verificación de una situación objetiva de riesgo para la víctima, en el caso de la OEP, se ve facilitada por la necesidad de que exista previamente adoptada medida de protección en el ámbito estatal, lo que confirmaría, según dicho planteamiento, que ya ha sido valorada y confirmada dicha situación de riesgo por el juzgador nacional cuando estableció la orden de protección interna. Tal y como anteriormente se ha referido, se confirma como requisito necesario en el caso de la OEP, antes de su emisión a instancia de la propia víctima denunciante, de acuerdo al art. 133.c) Ley 23/2014, que en el ámbito interno o nacional del Estado en cuestión conste ya adoptada una medida protectora de semejante naturaleza preventiva. En tal sentido el apartado a) del art. 133 indica la necesaria constancia de “que se se haya dictado una resolución judicial penal

---

<sup>3</sup> GÓMEZ VILLORA, José M.<sup>a</sup>, La valoración judicial del riesgo. IV Congreso del Observatorio contra la violencia doméstica y de género, Madrid. Noviembre 2011, pp. 5-6.

adoptando la medida de protección, tanto si se trata de medidas cautelares impuestas como de penas privativas de derechos que, por su contenido análogo, persigan idéntica finalidad de protección de la víctima.”

De tal forma existe plena coordinación sobre dicho particular entre la OEP y la Orden Europea de Detención y Entrega, instrumento normativo de gran valor en la lucha contra la delincuencia a nivel europeo y regulada en el ámbito español en los arts. 34 y ss Ley 23/2014. Se aprecia confirmado dicho requisito de procedibilidad en el caso de la orden de detención, y entendemos que extrapolable a la OEP, por la Sentencia TJUE de 1 de junio de 2016 (C-241/2015), la cual prevé que cuando una orden de detención europea, que se basa en la existencia de una «orden de detención», no menciona la existencia de una orden de detención nacional, la autoridad judicial de ejecución no podrá darle curso si, habida cuenta de la información facilitada, así como de todos los demás datos de que disponga, dicha autoridad comprueba que la orden de detención europea no es válida por haber sido emitida sin que se hubiera dictado efectivamente una orden nacional distinta de la orden de detención europea.

En el mismo sentido la Sentencia TJUE de 10 de noviembre de 2016 (C-453/2016) especifica que el Derecho de la Unión debe interpretarse en el sentido de que constituye una «resolución judicial», una ratificación por el Ministerio Fiscal de una orden de detención nacional emitida anteriormente, con el fin de ejercitar una acción penal, por un servicio de policía.

De otro lado, establecida la OEP, en el ámbito de la violencia de género es especialmente delicada la supervisión del cumplimiento de las medidas de protección, y ello ante el inminente riesgo de reiteración delictiva para el caso, muy común, de vulneración de la prohibición de aproximación física hacia la víctima. En dicha materia, la gran mayoría de los Estados de la UE (entre ellos cabe citar a Francia, Italia, Reino Unido, España, Luxemburgo, Holanda o Finlandia) encomiendan la supervisión de las medidas de protección a la policía. No es de extrañar que así sea, teniendo en cuenta las atribuciones que este cuerpo de seguridad posee en el plano nacional como garante de los derechos y libertades fundamentales de la ciudadanía. Sin embargo en países como Chipre, Grecia, Malta o Polonia no consta mención expresa a la supervisión policial de las medidas, aun cuando en Grecia o Polonia, la función de supervisión se delega en una figura específica: “el fiscal mediador” en el primer caso y el “agente de libertad

vigilada” en el segundo<sup>4</sup>.

Sería altamente recomendable, y muy deseable a fin lograr plena eficacia de las medidas protectoras, que en el ámbito UE se contara con un sistema de registro informático, a modo en el ámbito español del SIRAJ (Sistema de Registros Administrativos de apoyo a la Administración de Justicia), o del Registro central para la protección de las víctimas de violencia doméstica que fue previsto por la Ley 27/2003 reguladora de la orden de protección, en el que constaran las emisiones y recepciones de OEP vigentes en un momento determinado, y ello a fin de que por los distintos operadores jurídicos intervinientes en el proceso, especialmente jueces y fiscales, amén de por su puesto la fuerza policial del Estado ejecutante de la orden, se pudiese comprobar de modo rápido, y sin dilaciones, la vigencia de las medidas de protección en un país determinado del espacio europeo y entre personas perfectamente identificadas.

Ello otorgaría gran seguridad, como decimos, a la resolución de protección acordada para su ejecución en país correspondiente al ámbito comunitario, reduciéndose los problemas aplicativos, otorgando rapidez ante la solicitud judicial a la respuesta policial y, en definitiva, redundando en la efectiva protección de la víctima, especialmente desprotegida ante un inminente ataque por su agresor en los casos de violencia de género; supuestos donde la rapidez de respuesta y prevención policial es especialmente importante.

No puede olvidarse que la OEP tiene limitada su vigencia territorial al país UE donde es remitida, con lo que, en el caso de que la víctima cambie de país de residencia, queda de modo inmediato desprotegida, so pena que lleve a cabo una nueva petición de protección bien ante las autoridades judiciales del nuevo Estado bien ante el juez español, en el caso de OEP emitida en España, para que se dirija y extienda la protección al nuevo lugar de residencia.

Es posible observar un remedio legal ante dicha disfunción, pues como advierte HOYOS SANCHO<sup>5</sup>, además, la víctima puede solicitarlo también desde el Estado de ejecución, ante autoridad extranjera por tanto, quien deberá transmitir a la mayor brevedad la solicitud de OEP que le cursa la víctima para que resuelva y, en su caso, la

---

<sup>4</sup> VAÑÓ, R. La Orden de Protección Europea: su aplicación a las víctimas de violencia de género. Ed. Tecnos, pp. 130-131.

<sup>5</sup> HOYOS SANCHO, M. La orden europea de protección de víctimas desde la perspectiva española. (Proyecto de Investigación del Plan Nacional I+D+i del Mº de Economía y Competitividad que lleva por título “El estatuto de la víctima. Propuestas para la incorporación de la normativa de la Unión Europea” - DER2012-31549-), p. 8.

acuerde, el juez o tribunal competente en nuestro país según los criterios anteriormente expuestos. Finalmente, debe considerarse también la posibilidad prevista en el art. 136 Ley 23/2014 de transmitir la OEP a varios Estados UE si la víctima manifiesta su intención de permanecer en varios de ellos y se aprecia un riesgo es cierto en todos ellos; en ese caso, deberá informarse a Eurojust, a quien se puede solicitar asistencia, según dispone el art. 9 de la citada ley.

### **BIBLIOGRAFÍA**

FREIXES, T./ROMÁN, L./OLIVERAS, N./VAÑÓ, R. La Orden europea de protección: su aplicación a las víctimas de violencia de género. Ed. Tecnos, Madrid, 2015.

GÓMEZ VILLORA, José M.<sup>a</sup> La valoración judicial del riesgo. IV Congreso del Observatorio contra la violencia doméstica y de género, Madrid. Noviembre 2011.

GONZÁLEZ CANO, M., “La mediación penal en España”, La mediación penal para adultos. Una realidad en los ordenamientos jurídicos. Valencia, 2009.

HOYOS SANCHO, M. La orden europea de protección de víctimas desde la perspectiva española. (Proyecto de Investigación del Plan Nacional I+D+i del Mº de Economía y Competitividad que lleva por título “El estatuto de la víctima. Propuestas para la incorporación de la normativa de la Unión Europea” - DER2012-31549-).

\* \* \* \* \*

## M.<sup>a</sup> Jesús Berzosa Ríos

Juez sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Socia de la FICP.

### ~Suspensión extraordinaria del artículo 80.4 del Código Penal~

**RESUMEN.**- El presente estudio aborda la suspensión de las penas privativas de libertad, y se centra, en analizar bajo una especial consideración, la cuestión de la suspensión extraordinaria; en si concretando, la misma, puede estar condicionada al estado de salud del condenado, y si en caso de mejora de dicha grave enfermedad, puede ser objeto de revocación.

#### I. INTRODUCCIÓN.

Debe abordarse la cuestión, como no podría ser de otra manera, partiendo del marco Constitucional establecido por la Constitución Española (C.E.) de 1978, poniéndose de manifiesto que el Art. 15 de la C.E. expresamente indica que “*en ningún caso podrá someterse a una persona a tortura ni a pena o trato inhumano o degradante*”, precepto que debe ponerse en relación con la previsión que realiza nuestra Constitución<sup>1</sup> al indicar que “*las penas privativas de libertad... estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados...*”. Según POZA CISNEROS M, ese fin de reeducación y reinserción social es más fácil alcanzarlo con penas distintas a la de prisión<sup>2</sup> que con éstas.

La pena debe dirigirse a la reinserción del penado en la sociedad, a la vez que a la protección de la convivencia social, sin dejar de lado la protección de las víctimas es decir, se establece como principios fundamentales del cumplimiento de las penas, al margen del carácter punitivo y retribucionista de las mismas, dos finalidades que necesariamente deben pretenderse con el cumplimiento de dichas penas privativas de libertad, la reeducación y la reinserción social, concluyendo que a su vez tendrá derecho “*al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad*”<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Artículo 25.2 de la Constitución Española

<sup>2</sup> POZA CISNEROS, M. en Suspensión, Sustitución y Libertad Condicional: estudio teórico-práctico de los artículos 80-94 del Código Penal, en problemas específicos de la aplicación del Código Penal. Manuales de Formación continuada. CGPJ, 1999. Refiere en relación a la regulación anterior, tras la reforma del CP por LO10/95 de 23 de noviembre: “*la reeducación y reinserción social que el artículo 25.2 de nuestra norma básica señala como orientación de las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad, se entiende ahora, para el legislador ordinario, como objetivo más fácilmente alcanzable sustituyendo dichas penas por otras, retomando penas distintas a las privativas de libertad o introduciendo otras nuevas... Se viene a reconocer así, en definitiva, que para orientar las penas privativas de libertad a los fines de resocialización, nada mejor que acudir a otras penas distintas a la prisión, pena básica entre las privativas de libertad*”.

<sup>3</sup> GARCÍA VALDÉS, C. Teoría de la Pena, Madrid, Tecnos, 1986, p. 13.

Por otra parte, no puede obviarse que la concesión de las medidas suspensivas o sustitutivas vienen determinadas por el juicio de oportunidad del juez competente para resolver sobre la ejecución, lo que determina que no existe un derecho intrínseco e incondicionado, a su concesión, ahora bien tal y como se desprenden de las STC 75/2007 y 76/2007<sup>4</sup>, la suspensión de la ejecución de la pena y la libertad condicional, son instituciones que aparecen tras el dictado de una sentencia firme condenatoria que sin duda es un título ejecutivo legítimo para la privación o limitación de la libertad del condenado. Por ello, las decisiones que afectan a la suspensión de la ejecución de la condena afectan al derecho de libertad en cuanto marcan la forma en que se ejecuta dicha limitación o privación de la libertad.

Bajo dichas premisas, el artículo 80.4 del C.P, en su redacción dada por la reforma operada por la LO 1/2015, que reproduce íntegramente en este punto el contenido del antiguo artículo, por motivos meramente humanitarios o pietistas, establece un régimen de suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad sin sujeción a requisito alguno en el caso de que el penado esté aquejado de una enfermedad muy grave con padecimientos incurables, salvo que en el momento de la comisión del delito tuviera ya otra pena suspendida por el mismo motivo.

## **II. REQUISITOS Y CONDICIONES PARA SU CONCESIÓN. COMPARATIVA RESPECTO A LOS SUPUESTOS DE SUSPENSIÓN ORDINARIA Y EXCEPCIONAL DE LOS ARTÍCULOS 80.1º, 3º Y 5º DEL CP.**

Decidir sobre la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad de corta duración, ha sido tradicionalmente un tema de debate dogmático, y ello respecto, a los delincuentes primarios por la creencia de que es factible que no vuelvan a delinquir, ponderando también la poca peligrosidad de los mismos. Como refiere SÁNCHEZ MELGAR, J.,<sup>5</sup> *“Desde siempre se ha tomado en consideración este problema con respecto a los delincuentes que por primera vez han cometido un delito y su prognosis individualizada permite suponer que no volverán a reincidir de forma razonable en la infracción penal, y ello será consecuencia de una escasa peligrosidad criminal”* y es que no debemos olvidar el perjuicio que ocasiona el cumplimiento en un centro

---

<sup>4</sup> Sentencia números 75/2007 y 76/2007 de 16 de abril, Sala Primera del TC, ponente DELGADO BARRIO J.

<sup>5</sup> SÁNCHEZ MELGAR, J. La decisión de suspender la ejecución de una pena privativa de libertad: nuevos contornos jurídicos. Revista de Jurisprudencia El Derecho, número 2. 15 de diciembre de 2016

penitenciario de la pena privativa de libertad, impuesta, de corta duración a un primo delincente, puesto que la pena no conseguirá los objetivos de reeducar y resocializar previstos en nuestra Carta Magna, sino que lo que producirá en el penado será un gran impacto, a raíz del conocimiento del mundo carcelario, vinculándose y rodeándose de población reclusa “*avanzada*” en hechos delictuales, así mismo lo señala SÁNCHEZ MELGAR, J., cuando refiere que “*Las razones que se han aducido tradicionalmente para operar con otras fórmulas que no sea el ingreso en prisión de tales infractores pueden extractarse en la conocida contaminación carcelaria que se produce en delincentes primarios a causa de su convivencia en un centro penitenciario con avezados internos que generarán más efectos negativos y perjudiciales en su personalidad, que los de resocialización e integración social, que constituyen uno de los fines principales de la pena*” como así lo indican MUÑOZ CONDE Y GARCÍA ARÁN cuando refieren “*a pesar de todas las precauciones y garantías jurídicas que se contienen en la LOGP, nadie que conozca la realidad penitenciaria duda que el cumplimiento de una pena privativa de libertad puede llegar a producir efectos devastadores sobre la persona del condenado, sin que, por otra parte, se alcancen las pretendidas metas socializadoras*”<sup>6</sup>

Pues bien, previamente a la reforma de nuestro Código Penal, partíamos de un sistema más severo en materia de suspensiones que se ha visto superado fruto de esa visión expuesta (se causa un perjuicio con el ingreso carcelario del primo delincente, atentando con el fin de la pena). Así, en la actualidad la suspensión ordinaria, es aplicable a delincentes primarios con pena o suma de penas no superior a dos años, sin tener en cuenta los antecedentes penales por delitos imprudentes<sup>7</sup>, los delitos cancelables o delitos leves, incluso aquellos otros delitos, que pudiendo constarle en sus antecedentes penales, no converjan en naturaleza, o como también como refiere, SÁNCHEZ MELGAR, J “*no tengan relevancia para valorar una posible reincidencia en el futuro*”

Por ello, si bien la suspensión, es evidente que no es automatizada, y debe ser motivada, lo cierto es que, en la nueva regulación se deja al Juzgador, en la ejecución, un margen discrecional más amplio, siendo potestativa su decisión, así según TRAPERO

<sup>6</sup> MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M. Derecho Penal parte general. 9ª edición. 2015

<sup>7</sup> Previamente a la reforma autores como PRATS CANUT, J.M./TAMARIT SUMALLA, J.M. en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), Comentarios al Código penal, 5ª ed., tomo I, Aranzadi, Cizur Menor, 2008, argumentaban “*los delitos imprudentes suponen tan sólo una ausencia de cuidado debido por parte del sujeto, pero no una voluntad subjetiva de desobediencia frente a la escala de valores penalmente tutelados, de ahí que la ausencia de intencionalidad del comportamiento imprudente, no permite efectuar el juicio de necesidad de cumplimiento de pena fruto del fracaso de periodo de prueba*”.

BARREALES, M.A, al tener la facultad el juez o Tribunal de decidir sobre la suspensión “*puede entenderse que estamos ante la denominada discrecionalidad judicial reglada o vinculada*”<sup>8</sup>. Y ello en fundamento del propio principio de legalidad que rige nuestro ordenamiento jurídico. Así, el artículo 3.2. del Código Penal determina que no “*podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad en otra forma que la prescrita por la Ley y reglamentos que la desarrollan, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto*”<sup>9</sup> Esta previsión, como indica BERMÚDEZ OCHOA “*excluye del haz de facultades del órgano judicial cualesquiera posibilidades de temperamento que prescindan del tenor legal, y que muy frecuentemente son pedidas por la representación del penado*”<sup>10</sup>

### **1. Límite temporal de las penas “suspensibles”.**

Señalar que la primera especialidad que presenta la suspensión extraordinaria del artículo 80.4 del C.P en relación con las posibilidades de suspensión ordinaria de los párrafos anteriores y del posterior artículo 80.5 del C.P se presenta en relación al límite temporal previsto para la suspensión ordinaria. Así el artículo 80 del Código Penal, tanto en la suspensión del párrafo primero como la suspensión de su párrafo tercero acota temporalmente la posibilidad de suspensión a aquella pena o penas impuestas cuando individualmente tenidas en cuenta superen los 2 años de prisión. Por otra parte, en el caso de la suspensión del artículo 80.5 del Código Penal, para el caso de personas que hayan cometido el delito como consecuencia o por afectación derivada del consumo de sustancias tóxicas o estupefacientes, el legislador establece la posibilidad de suspensión por tal circunstancia de aquellas penas no superiores a 5 años de privación de libertad. Ello pone de manifiesto, como apuntábamos, la clara voluntad del legislador de conceder la oportunidad de remitir las penas de menor o más corta duración sin pasar por una situación de privación de libertad en un centro penitenciario, siempre, claro está, mediando el cumplimiento de las condiciones suspensivas impuestas. La suspensión extraordinaria del artículo 80.4º del C.P presenta una especial singularidad respecto de dichos límites temporales, por cuanto el citado precepto, no establece ningún límite temporal a la hora de determinar que ejecución de penas pueden ser

---

<sup>8</sup> TRAPERO BARREALES, M.A. El presupuesto de la suspensión, artículo 80 Art. 80.1 del Código Penal: ¿Un cambio en su planteamiento? Cuadernos de política crimina. Segunda época. Número 120. Diciembre 2016

<sup>9</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional número 168/13 de 7 de octubre

<sup>10</sup> BERMÚDEZ OCHOA, E.V. en La revocación de la ejecución de la pena. Su cumplimiento. La remisión de la pena, ponencia base de datos [www.fiscal.es](http://www.fiscal.es)

suspendidas por dicha vía, de tal manera que desde las penas privativas de libertad leves, hasta las más graves, pueden ser suspendidas de forma extraordinaria.

## 2. Condiciones suspensivas.

La suspensión prevista en el artículo 80.4º del Código Penal a su vez se diferencia de la suspensión ordinaria al no establecer como condición haber delinuido por primera vez, ni tampoco establece vinculación alguna con la satisfacción de las responsabilidades civiles. Así mismo, tampoco hace referencia a la imposición de condición suspensiva alguna ya sea en relación al establecimiento de un periodo de garantía dentro del cual el condenado no debe cometer nuevos hechos delictivos, ni establece vinculación de la suspensión en relación al establecimiento de cualquiera de las prohibiciones o deberes previstos en el artículo 83 del C.P, aunque resulta claro a mi parecer que cualquiera de los mismos pudiera ser fijado en la resolución que acordara tal suspensión.

A su vez, se diferencia de la suspensión regulada por el artículo 80.5 del C.P por cuanto en el mismo, se establecen unas condiciones especiales tales como la certificación por centro público u homologado de que el condenado se encuentra deshabitado o en proceso de desintoxicación o deshabitación, pudiendo en este último caso condicionarse la suspensión a que el condenado no abandone dicho tratamiento hasta su finalización.

El carácter extraordinario de dicha suspensión, no solamente viene marcado por las diferencias constatadas respecto de las anteriores figuras suspensivas, sino por la necesidad de que concurran un presupuesto indispensable que es el sufrimiento derivado de una enfermedad muy grave que le ocasiona padecimientos incurables y por un requisito de naturaleza legal como es que no se encuentre en dicho momento bajo la suspensión de otra pena por el mismo motivo.

El concepto de enfermedad muy grave que cause padecimientos incurables obedece, en opinión, de PUENTE SEGURA L, a consideraciones vinculadas a la prevención especial<sup>11</sup>. El problema se suscita a la hora de dotar de contenido material a los conceptos de enfermedad muy grave y que cause padecimientos incurables. El legislador no establece unos parámetros concretos en el citado artículo ni tampoco en el

---

<sup>11</sup> PUENTE SEGURA, L. Suspensión y sustitución de las penas. Editorial La Ley-Actualidad, 2009 página 133. Donde entiende que resulta innecesario el cumplimiento efectivo de la pena respecto de condenados que, como consecuencia de sufrir una enfermedad muy grave con padecimientos incurables, no se encuentran ya en condiciones de volver a delinquir<sup>161</sup>.

artículo 91 del C.P a la hora de regular la remisión condicional de la pena por dicha causa, debiendo acudirse a un criterio casuístico a la hora de considerar que la enfermedad que sufre el solicitante de la suspensión es muy grave y si causa tales sufrimientos de forma permanente y los mismos resultan incurables. Según PUENTE SEGURA L, deben concurrir ambos requisitos conjuntamente, enfermedad grave y padecimientos incurables, porque *“ninguna de las dos situaciones, considerada aisladamente, justificará por sí misma la aplicación del artículo 80. 4 del CP”*<sup>12</sup> entendiendo como muy grave aquella que afecta a su vida, a su supervivencia, pero además, son necesarios los padecimientos incurables. Como bien refiere PUENTE SEGURA L, cuando hablamos de *“los padecimientos de una enfermedad solemos estar aludiendo a los síntomas que conforman la misma o a los efectos que son el resultado de ella y, entre éstos, a los que, en mayor o menor grado, hacen sufrir al enfermo, (desde luego, nos referimos al dolor pero también a las limitaciones en la movilidad, en la lucidez, en la percepción sensorial, etc.). No obstante, no son los padecimientos y sí las enfermedades, no son los efectos sino las causas, los que suelen calificarse como incurables. En cualquier caso, es claro que una enfermedad, siendo muy grave en el sentido dicho, puede acompañarse, al menos en sus estadios iniciales, de padecimientos leves. Y es claro también, evidentemente, que padecimientos muy grandes, insufribles incluso, pueden no ser consecuencia de una enfermedad muy grave en el sentido de que comprometa seriamente y a corto plazo la supervivencia. Es evidente, por ejemplo, en este sentido, que la pérdida completa de la visión, una paraplejia, una tetraplejia, imponen muy graves padecimientos a quien los sufre, pero no expresan, casi nunca, la existencia de una enfermedad muy grave, si ello significa la probabilidad seria y próxima de perder la vida”*<sup>13</sup>

---

<sup>12</sup> PUENTE SEGURA, L. Suspensión y sustitución de las penas, Pág. 134 *“deberemos considerar que una enfermedad es muy grave cuando compromete de forma seria la supervivencia a corto plazo. Ahora bien, no debe perderse de vista que la calificación de una enfermedad como “muy grave” no deja de ser un pronóstico médico. Por descontado, científico, basado en comprobaciones estadísticas de naturaleza empírica, riguroso, serio, solvente, pero pronóstico. Y, además, la calificación que entraña (leve, grave, muy grave, etc.) se efectúa en atención a un elemento referencial. Así, por ejemplo, cualquier lesión que produce irreversiblemente la inamovilidad o falta de flexión de un dedo, presenta un pronóstico muy grave, si se toma como referencia la funcionalidad del dedo, pero leve si el elemento contemplado es la supervivencia. Por lo tanto, cuando el artículo 80.4 del CP se refiere a que el condenado padezca una enfermedad muy grave, lo primero que habrá de determinarse es el elemento de referencia utilizado en el pronóstico y éste, a mi juicio, no puede ser otro que la vida, la supervivencia del enfermo”*

<sup>13</sup> PUENTE SEGURA, L. Suspensión y sustitución de las penas, Pág. 135

Autores como, MAGRO SERVET Y SOLAZ SOLAZ, consideraron que estas expresiones no tenían por qué implicar un peligro de muerte inminente o inmediato, pero a la par quedaba claro que no encajaban las dolencias reversibles.<sup>14</sup>

En relación con el requisito de carácter legal, el mismo es absolutamente objetivo, en el sentido de que el legislador excluye la posibilidad de obtener el beneficio suspensivo para el caso de que el mismo en el momento de la comisión tuviera concedida la suspensión de la ejecución de la pena por este motivo. Parece lógico pensar que si una persona se encuentra aquejada de una enfermedad muy grave y que soporta padecimientos incurables, no debe estar en condiciones de cometer nuevos hechos delictivos, de tal manera que si comete los nuevos hechos delictivos durante la suspensión extraordinaria de la pena, la concesión del beneficio suspensivo extraordinario resultaría absolutamente incongruente.

No obstante debe observarse que en el caso de la suspensión extraordinaria, el legislador no ha previsto una cláusula especial acerca de la revocación de la misma por la comisión de nuevos hechos delictivos durante el tiempo de garantía, ahora bien podría parecer lógica la aplicación de la previsión general del artículo 86 del C.P relativa a la revocación de la suspensión, establecido de una forma genérica, cuando el condenado cometa nuevos delitos durante el periodo de garantía. Ahora bien, tal interpretación nos plantea un problema importante como es el de la ausencia de un plazo de garantía en los casos de la suspensión extraordinaria tal y como abordaré más adelante

### III. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES PLANTEADAS.

Una vez contextualizada y concretada la suspensión extraordinaria se me plantea dos cuestiones especialmente relevantes como son las relativas a si ¿La suspensión extraordinaria puede estar condicionada al estado de salud del condenado? ¿Puede fijar el Juez o Tribunal mecanismos de control del estado de salud del condenado? O en caso de mejora de dicha grave enfermedad ¿debe la suspensión ser objeto de revocación?

A la hora de responder a tales cuestiones debemos partir de un hecho fundamental como es el constante avance en la investigación médica y en la aparición continua de tratamientos o bien curativos o bien paliativos, pero que garantizan un desarrollo de la

---

<sup>14</sup> MAGRO SERVET, V./ SOLAZ SOLAZ, E. Manual práctico sobre la ejecución penal. Las medidas alternativas a la prisión: suspensión, sustitución y expulsión. Editorial La Ley 2010

vida cotidiana en parámetros próximos o cercanos a la normalidad, respecto de enfermedades graves o muy graves o que causaban especiales, permanentes e intensos sufrimientos a los enfermos.

Por otra parte señalar que el legislador no ha establecido como presupuesto, para la concesión de dicho beneficio de suspensión extraordinario que el solicitante se encuentre aquejado de una enfermedad de carácter terminal. El mismo determina como presupuestos la mayor gravedad de la enfermedad junto con que de la misma se deriven padecimientos incurables, no haciendo referencia a la posibilidad cercana y certera de que se vaya a producir el fallecimiento del condenado solicitante.

En dicho sentido resulta especialmente interesante la dicotomía que realiza el legislador en el artículo 91 del C.P al diferenciar en el párrafo primero in fine aquellos enfermos muy graves con padecimientos incurables de aquellos condenados cuya vida se encuentre, en peligro por causa de su enfermedad, artículo 91.3, constatando la voluntad del legislador de separar las situaciones de enfermedad muy grave respecto del concepto de terminalidad o proximidad del fallecimiento del enfermo.

Por tanto, nos encontramos ante un margen temporal muy amplio en el que puede ser posible y probable que la enfermedad padecida por el condenado mejore, o incluso desaparezca, o que mejoren sus condiciones, calidad y la propia duración de su vida como consecuencia del hallazgo de tratamientos paliativos más efectivos.

Tal circunstancia nos debe llevar a valorar qué sucede en los casos en que, desaparece o se mitiga el presupuesto legal establecido para la concesión de dicho beneficio suspensivo, a si procede establecer un régimen de condiciones relativas a la salud del condenado o un régimen de control judicial de tal aspecto, o incluso si procedería la revocación de la suspensión en su caso.

En mi opinión, las cuestiones suscitadas deben tener una respuesta negativa. Lógico es afirmar que la suspensión extraordinaria del artículo 80.4º del C.P no puede operar como una suerte de conmutación o indulto de la pena impuesta en sentencia firme por cuanto si ello fuera así el legislador debiera haber recogido tal circunstancia como una causa justificativa del indulto del condenado y ello no es así.

Ahora bien, a mi juicio existen diferentes motivos que no nos permiten interpretar que la pérdida o disolución del presupuesto suspensivo deba llevar a la revocación del

mismo, pudiendo establecer un mecanismo de control judicial sobre la base de unas condiciones suspensivas impuestas.

Ello es así por diferentes motivos.

**1.** Una interpretación literal del precepto no permite la inclusión de condiciones o de motivos de revocación de la suspensión en perjuicio del condenado. El legislador ha introducido la suspensión extraordinaria por enfermedad muy grave en unos términos y con unos presupuestos y excepciones muy concretas, de tal manera que no cabe una interpretación de naturaleza integrativa del precepto por cuanto el mismo no contiene omisión alguna, establece el presupuesto, enfermedad muy grave con padecimientos incurables y establece la excepción a la concesión de dicha suspensión, haber cometido un nuevo delito durante el periodo en que se encontraba bajo el beneficio suspensivo extraordinario.

Dicha interpretación literal, a sensu contrario nos lleva a la misma conclusión por cuanto el legislador en los supuestos de suspensión ordinaria de los artículos 80.1º, 3º y 5º del C.P ha considerado necesario establecer al margen de los presupuestos necesarios para su concesión, el sometimiento a una serie de condiciones, así lo ha hecho, concretamente, tal y como hemos expuesto en el punto anterior en el que analizamos las diferencias entre los presupuestos, límite temporal de la pena, condiciones etc, existentes entre ambas suspensiones. Por tanto, si el legislador literalmente no ha impuesto ninguna condición relativa a la salud del condenado a la hora de conceder el beneficio de suspensión del artículo 80.4º del C.P, habiendo podido hacerlo, resulta contrario al mismo una interpretación del artículo en favor del establecimiento de tales condiciones o control judicial.

En relación con la revocación de la suspensión prevista en el artículo 86 del C.P la lectura del tipo penal nos lleva a la misma conclusión por cuanto el legislador no ha previsto la posibilidad de modificar las condiciones de la suspensión o de revocar la misma, más que en aquellos casos en los que el condenado cometa un nuevo delito durante el periodo suspensivo o bien incumpla de forma grave o reiterada las prohibiciones y deberes que le hubieran sido impuestos conforme al artículo 83 del C.P o las condiciones que conforme al artículo 84 de hubieran sido impuestas, o para el caso de que el mismo realizara conductas de ocultamiento de bienes o dificultara con sus actos la posibilidad de cumplimiento del abono de las responsabilidades civiles pendientes.

Por tanto, el legislador parece ser que sí que ha previsto como causas de revocación, también en el caso de la suspensión extraordinaria, aquellas que ha considerado oportunas, no estableciendo en el caso de la suspensión extraordinaria del artículo 80.4º del C.P, como causa de revocación el hecho de que el condenado mejorara en su salud o se recuperara de la grave enfermedad que padece.

Por otra parte, debe resaltarse que en ningún caso el legislador ha previsto la posibilidad de la revocación de la suspensión ordinaria por desaparición de los presupuestos que inicialmente, en el momento de su concesión sí que estaban presentes. A título de ejemplo debe ponerse de manifiesto que no cabría plantearse la revocación de la suspensión concedida en virtud del artículo 80.1º del C.P, si con posterioridad a su concesión se anotaran antecedentes penales que comprometieran su primo delincuencia. Por tanto, tampoco parece lógico pensar en que deba procederse a la revocación de la suspensión extraordinaria por el hecho de que el condenado haya mejorado en su salud. En ninguno de ambos casos el legislador ha previsto la posibilidad de revocación de la suspensión acordada.

En relación a la fijación de condiciones de garantía, el tenor literal del precepto establece que los jueces o tribunales podrán conceder tal beneficio suspensivo de cualquier pena impuesta sin sujeción a requisito alguno, es decir el legislador de forma expresa excluye la aplicación de cualquiera de los requisitos establecidos para la concesión de la suspensión ordinaria en los párrafos anteriores y artículos posteriores del C.P. Tales requisitos sin duda hacen referencia al carácter de primo delinciente del solicitante, a la duración de la pena impuesta, a la satisfacción de las responsabilidades civiles en su caso, o a cualquier condición suspensiva prevista en el artículo 83 y 84 del C.P. Por ello resulta contradictorio el establecimiento de una o varias condiciones, ya sean vinculadas al estado de salud del condenado, ya sean destinadas al control de dicho estado de salud por parte del Juez o Tribunal que concede dicha suspensión extraordinaria.

Por último, respecto al objeto de la suspensión, no puede obviarse la diferenciación, que realiza el legislador entre la suspensión ordinaria y la extraordinaria del artículo 80.4º del CP, por cuanto el artículo en su párrafo primero hace referencia a la suspensión de las penas privativas de libertad, haciendo referencia a la suspensión de penas de prisión en el párrafo tercero del citado artículo, mientras que en el párrafo cuarto se contempla la suspensión de “*cualquier pena*”, sin establecer matices en

relación con que la misma sea una pena privativa de libertad o de prisión en su caso. Por tanto, podría surgir la duda de si dicha suspensión extraordinaria podría ser extensiva a todo tipo de penas, cuestión que debería ser tratada con más extensión en otra ponencia, al resultar tangencial al análisis pretendido en la presente.

**2.** Ello coliga con una interpretación sistemática del precepto, que aparece ubicado dentro de las causas de suspensión y si bien, debe destacarse que nos encontramos ante una medida suspensiva absolutamente extraordinaria, que si bien aparece contenida dentro de los supuestos ordinarios de suspensión de la pena, tanto por los requisitos cuya concurrencia es necesaria para su concesión como los efectos derivados de la misma, la misma se sitúa en un campo intermedio entre la suspensión o la declaración de imposibilidad de cumplimiento de la pena privativa de libertad, en el momento en que se cuestiona dicho cumplimiento, ello no puede desplazar que el legislador de forma histórica ya contemplaba tal causa como una situación extraordinaria que justifica la suspensión de la pena privativa de libertad. La redacción actual del precepto vino dada por la LO 10/1995 por la que se aprueba el Código Penal, habiendo sido la misma objeto de veintinueve modificaciones, siendo las de mayor calado las operadas por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, por LO 5/2010, de 22 de junio, y por la LO 1/2015, de 30 de marzo, sin que ninguna de ellas haya modificado ni la redacción del artículo ni tampoco su ubicación como una medida alternativa a la ejecución de la pena privativa de libertad extraordinaria, a pesar, insisto de haber habido una gran reforma en dicho régimen suspensivo y sustitutivo operada por la LO 1/2015.

**3.** Una interpretación comparativa y funcional del artículo, nos lleva nuevamente a plantearnos una cuestión necesaria como es la determinación del plazo de garantía que debería operar en dicha suspensión extraordinaria, es decir hasta cuándo estaría sometido el condenado al control judicial de su enfermedad y hasta cuándo la mejora de su salud podría provocar la revocación de dicha suspensión. La respuesta más lógica que pudiera darse a ambos interrogantes, seguramente, se anudaría a los plazos de prescripción de las penas, es decir mientras la pena suspendida no prescriba, la mejora en la salud del condenado debe suponer, por pérdida del presupuesto de su concesión, la revocación de la misma.

Tal interpretación presenta diferentes fisuras. Por un lado resulta contraria a las previsiones temporales previstas en el artículo 80 del C.P, por cuanto existen periodos de prescripción de penas muy superiores al plazo de garantía máximo de 5 años previsto

en dicho tipo penal. Así, el artículo 133 del C.P establece plazos de prescripción de las penas que oscilan desde el año para las penas leves hasta los 30 años para aquellas penas de prisión superiores a 20 años.

Por otra parte, en el caso de que se acordara dicha suspensión pero solamente respecto de una parte de la pena, cabría plantearse que habría que tener en cuenta para determinar el plazo, la pena primigeniamente impuesta, tal y como opera el instituto de la prescripción, o bien la parte restante por cumplir y afectada de la suspensión, pareciendo más razonable esta segunda vía al ser más beneficiosa para el condenado.

4. En una interpretación teleológica del precepto, tal y como he expuesto, la finalidad de dicha suspensión es evitar, por motivos humanitarios que aquellas personas que se encuentren gravemente enfermos y padeciendo sufrimientos permanentes, permanezcan ingresados en un centro penitenciario. A mi juicio, el hecho de condicionar el mantenimiento de una situación de libertad a que el condenado se mantenga en una situación de enfermedad grave o de graves padecimientos, hasta el punto de poder temer al hecho de mejorar en su salud, en unos plazos de tiempo mucho más prolongados que los legalmente previstos como espacio temporal de garantía suspensiva, choca frontalmente con la finalidad humanitaria pretendida por el legislador con dicha suspensión extraordinaria.

Condicionar la suspensión al mantenimiento de la situación de enfermedad, al margen de poder suponer una afectación psicológica para el condenado que sin duda puede influir en el desarrollo de su vida cotidiana, considero que supone una confrontación al derecho fundamental de todas las personas a la Salud. Destacar que en la Declaración Universal de los Derechos Humanos se establece: *“Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios.”*<sup>15</sup> Así mismo aparece recogido, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, y concretamente en su Artículo 12, se describe así: *“Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”*. Señalar así mismo que el artículo 43 de la Constitución Española reconoce el derecho a la protección de la salud, desprendiéndose el deber de los poderes públicos de organizar y tutelar la salud pública.

---

<sup>15</sup> Artículo 25 de la DUDH

Condicionar el mantenimiento de la suspensión de la pena al mantenimiento de un estado de mala salud o de enfermedad grave supone la confrontación del derecho a la libertad de toda persona con el derecho a la salud inherente a todo ser humano, plateando la disyuntiva en el condenado de tener que decidir entre su libertad o su salud. Tal decisión sin duda puede afectar al sometimiento del mismo a tratamientos médicos, operaciones u otros tipos de tratamientos tendentes a mejorar de su enfermedad, puesto que si los mismos resultan efectivos, la consecuencia que se derivaría al margen de su mejora, sería el ingreso en prisión debido a la revocación de la suspensión extraordinaria en su día acordada.

#### **IV. CONCLUSIÓN.**

Tal como se ha expuesto, el cumplimiento de las penas privativas de corta duración, produce efectos negativos sobre el condenado, sin alcanzar los fines de reinserción que persigue la pena, debido a ese contacto con el mundo carcelario, por ello, la regulación de todo un sistema de suspensión de ejecución de la pena privativa de libertad tanto en la actualidad como en épocas anteriores. De hecho, el origen de la institución de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad lo podemos observar en la Ley de 17 de marzo de 1908, con la remisión condicional. Y así, posteriormente, en el Código penal de 1932, y de 1944. En el Código penal de 1973 aparecía regulada en los artículos 90 y siguientes. En la actualidad no cabe duda que la suspensión de la ejecución de las penas se asienta en una línea político criminal según la cual la pena no deberá cumplirse si no consigue fines de prevención general ni especial.

En relación a la suspensión extraordinaria prevista en el artículo 80.4º (que es la analizada de forma intensa en este estudio), a mi entender, mientras permanezca su redacción actual, debe ser considerada como otra forma alternativa al cumplimiento de las penas privativas de libertad, no cabiendo la revocación ni el condicionamiento de la misma al estado de salud del beneficiario, pero sí exigiendo la apertura de un incidente completo destinado a conocer con claridad cuál es el estado de salud del solicitante de dicha suspensión, para determinar con la mayor certeza posible si la enfermedad que padece es de carácter muy grave y si la misma le ocasiona padecimientos incurables, para con ello poder decidir con el mayor rigor posible, si es merecedor de dicha suspensión extraordinaria, y así evitar que dicha vía pueda convertirse en una vía de escape o indulto al cumplimiento de las penas impuestas en sentencia firme.

**BIBLIOGRAFÍA**

BERMÚDEZ OCHOA, E.V. La revocación de la ejecución de la pena. Su cumplimiento. La remisión de la pena, ponencia 7, base de datos [www.fiscal.es](http://www.fiscal.es), página 2

GARCÍA VALDÉS, C. Teoría de la Pena, Madrid, Tecnos, 1986, p. 13.

MAGRO SERVET , V/ SOLAZ SOLAZ, E. Manual práctico sobre la ejecución penal. Las medidas alternativas a la prisión: suspensión, sustitución y expulsión. Editorial La Ley. 2010

MUÑOZ CONDE, F/GARCÍA ARÁN, M. Derecho Penal parte general. 9ª edición. 2015.

PRATS CANUT, J.M./TAMARIT SUMALLA, J.M. en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), Comentarios al Código penal, 5ª ed., tomo I, Aranzadi, Cizur Menor, 2008

POZA CISNEROS, M. Suspensión, Sustitución y Libertad Condicional: estudio teórico-prácticode los artículos 80-94 del Código Penal, en problemas específicos de la aplicación del Código Penal. Manuales de Formación continuada. CGPJ, 1999.

PUENTE SEGURA, L. Suspensión y sustitución de las penas. Editorial La Ley-Actualidad, 2009, pág. 133 ss

QUINTANA GIMÉNEZ, C. La suspensión de la ejecución y sustitución de las penas privativas de libertad, Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal, III-1999, p. 331

SÁNCHEZ MELGAR, J, La decisión de suspender la ejecución de una pena privativa de libertad: nuevos contornos jurídicos. Revista de Jurisprudencia, El Derecho, número 2. 15 de diciembre de 2016

TRAPERO BARREALES, M.A. El presupuesto de la suspensión, Artículo 80, Artículo. 80.1 del Código Penal: ¿Un cambio en su planteamiento? Cuadernos de política criminal. Segunda época. Número 120. Diciembre 2016.

\* \* \* \* \*

## Prof. M.<sup>a</sup> del Carmen Buendía Rubio

Fiscal del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha. Profesora de la UNED.  
Socia de la FICP.

### ~Liquidación de condena~

#### I. CUESTIONES PREVIAS.

A partir de la firmeza de la sentencia condenatoria, conforme a lo dispuesto en el artículo 988 de la LECRIM., debe procederse a su ejecución<sup>1</sup>, salvo que se haya solicitado el indulto, ex artículo 4 del Código Penal o, la suspensión de la ejecución de la pena impuesta, conforme a lo dispuesto en el artículo 80 de dicho Cuerpo Legal.

Tratándose de penas de prisión, una vez que la sentencia condenatoria es firme, por no haber más recursos frente a ella, se notifica al penado y al Centro Penitenciario donde se encuentre o donde vaya a cumplir la condena, remitiendo el Juzgado o Tribunal sentenciador, previo dictamen del Ministerio Fiscal, la liquidación de condena practicada por el Letrado de la Administración de Justicia en la que consta el cálculo del tiempo de duración de la pena impuesta, desde su inicio hasta su extinción, expresada en años, meses y días, dando un total de la condena en días.

A la condena total que ha de cumplir el penado, hay que descontarle los períodos sufridos en calidad de preso preventivo y los días en los que ha estado detenido, teniendo igualmente en consideración los supuestos en los que medie indulto. En el supuesto en que la prisión preventiva corresponda a la misma causa por la que es condenado, la misma es abonada por el Juez o Tribunal sentenciador, en cambio, si corresponde a una causa distinta, es abonada por el Juez de Vigilancia Penitenciaria, previa audiencia del Ministerio Fiscal; en este último caso es necesario que dicha

---

<sup>1</sup> Artículo 988 de la LECRIM: “Cuando una sentencia sea firme con arreglo a lo dispuesto en el artículo 141 de esta ley, lo declarará así el Juez o Tribunal que la hubiera dictado.

Hecha esta declaración, se procederá a ejecutar la sentencia aunque el reo esté sometido a otra causa, en cuyo caso se le conducirá, cuando sea necesario, desde el establecimiento penal en que se halle cumpliendo la condena al lugar donde se esté instruyendo la causa pendiente.

Cuando el culpable de varias infracciones penales haya sido condenado en distintos procesos por hechos que pudieron ser objeto de uno sólo, conforme a lo previsto en el artículo 17 de esta ley, el Juez o Tribunal que hubiera dictado la última sentencia, de oficio, a instancia del Ministerio Fiscal o del condenado, procederá a fijar el límite del cumplimiento de las penas impuestas conforme a lo dispuesto en el artículo 76 del Código Penal. Para ello, el Secretario Judicial reclamará la hoja histórico-penal del Registro central de penados y rebeldes y testimonio de las sentencias condenatorias y previo dictamen del Ministerio Fiscal, cuando no sea el solicitante, el Juez o Tribunal dictará Auto en el que se relacionarán todas las penas impuestas al reo, determinando el máximo de cumplimiento de las mismas. Contra el Auto podrán el Ministerio Fiscal y el condenado interponer recurso de casación por infracción de ley”.

prisión preventiva sea posterior a los hechos delictivos que han dado lugar a la pena que se pretende abonar.

Así pues, podemos hablar de dos liquidaciones, la liquidación llevada a cabo judicialmente, en cuyo caso, el procedimiento a seguir es el siguiente: tras recibirse en el centro penitenciario el testimonio de la sentencia en la que se determina la duración de la pena, a continuación, la oficina de Régimen revisa el expediente del penado para ver si ha estado preso por esta causa, a continuación, se eleva a la autoridad judicial, solicitud de liquidación de condena indicando los períodos de prisión preventiva que consten y la fecha posible de inicio de cumplimiento, finalmente, se determina la fecha de inicio y de extinción; de otra parte, la liquidación penitenciaria, en la que tras la recepción en el centro penitenciario de la liquidación judicial, la oficina de Régimen realiza los cálculos correspondientes a los permisos de salida, tercer grado, libertad condicional y beneficios penitenciarios que han de ser aprobados por el Juez de Vigilancia Penitenciaria<sup>2</sup>.

Para el cálculo de la duración total de la condena, se ha de llevar toda la cantidad a días, contando los años de 365 días y los meses de 30, si bien para el cómputo del tiempo que queda por cumplir, y por tanto la fecha de excarcelación, se tienen en cuenta la duración natural de los meses y los años bisiestos. Para el caso en que se haya concedido un indulto, se transforma en días el período indultado y se deduce de la condena total. Igualmente, en el supuesto en que se haya impuesto una medida de seguridad privativa de libertad junto a la pena, deberá el cumplimiento de aquella, abonarse al de la pena<sup>3</sup>.

En cuanto a la fecha de inicio, si es penado está preso, la condena se inicia el día de la fecha de la firmeza de la sentencia condenatoria y, para el caso en que no estuviere preso, el día de ingreso en el Centro Penitenciario<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> CERVELLÓ DONDERIS, V. Derecho Penitenciario, 3.ª ed., 2012, pp. 332-333.

<sup>3</sup> Artículo 99 del Código Penal: “*En el caso de concurrencia de penas y medidas de seguridad privativas de libertad, el Juez o Tribunal ordenará el cumplimiento de la medida, que se abonará para el de la pena. Una vez alzada la medida de seguridad, el Juez o Tribunal podrá, si con la ejecución de la pena se pusieren en peligro los efectos conseguidos a través de aquella, suspender el cumplimiento del resto de la pena por un plazo no superior a la duración de la misma o aplicar alguna de las medidas previstas en el artículo 96,3*”

<sup>4</sup> Artículo 38 del Código Penal.

En el supuesto en que se esté cumpliendo otra condena, se enlaza para cumplirse a continuación, comenzando a cumplirse el día siguiente a la extinción de la que ya se estaba cumpliendo<sup>5</sup>.

El día de ingreso en el Centro Penitenciario al igual que el día de salida del mismo, se cuentan completos, cualquiera que sea la hora de ingreso o de excarcelación.

En cuanto a la fecha de extinción de la condena, se obtiene sumando a la fecha de inicio de la misma, la duración de la condena en tiempo real, es decir, computando los meses en días naturales y los años bisiestos.

## II. ABONO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA.

Hasta la reforma del Código Penal en virtud de LO 15/2003 de 25 de noviembre, la competencia para llevar a cabo la operación de abono de la prisión preventiva en la condena impuesta, era siempre y en todo caso del Tribunal sentenciador, a partir de dicha reforma, se permite en determinados casos la competencia del Juez de Vigilancia Penitenciaria. El marco legal de abono de medidas cautelares viene determinado en los artículos 58 y 59 del Código Penal que no han sido modificados por la LO 1/2015<sup>6</sup>.

Tras esta reforma del Código Penal, la prisión provisional puede abonarse no sólo en la misma causa por la que ha sido condenado el penado sino también en otras causas diferentes, porque la causa en la que se dictó la prisión provisional se haya sobreseído, archivado, prescrito, absuelto o la pena impuesta sea inferior a la prisión preventiva ya cumplida. Primeramente, se ha de abonar la prisión preventiva sufrida en la misma causa o, si se trata de concurso real de delitos, se puede abonar a otra pena de las que forman la condena total, pero con el abono de la misma a causa distinta, facilita que una

---

<sup>5</sup> Artículo 75 del Código Penal: “Cuando todas o algunas de las penas correspondientes a las diversas infracciones no puedan ser cumplidas simultáneamente por el condenado, se seguirá el orden de su respectiva gravedad para su cumplimiento sucesivo, en cuanto sea posible”.

<sup>6</sup> Artículo 58 del Código Penal: 1. “El tiempo de privación de libertad sufrido provisionalmente será abonado en su totalidad por el Juez o Tribunal sentenciador para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la causa en que dicha privación fue acordada, salvo en cuanto haya coincidido con cualquier privación de libertad impuesta al penado en otra causa, que le haya sido abonada o le sea abonable en ella. En ningún caso un mismo período de privación de libertad podrá ser abonado en más de una causa. 2. El abono de prisión provisional en causa distinta de la que se decretó será acordado de oficio o a petición del penado y previa comprobación de que no ha sido abonada en otra causa, por el Juez de Vigilancia Penitenciaria de la jurisdicción de la que dependa el centro penitenciario en que se encuentre el penado, previa audiencia del Ministerio Fiscal. 3. Sólo procederá el abono de prisión provisional sufrida en otra causa cuando dicha medida cautelar sea posterior a los hechos delictivos que motivaron la pena a la que se pretende abonar. 4. Las regalias anteriores se aplicarán también respecto de las privaciones de derechos acordadas cautelarmente”.

Artículo 59 del Código Penal: “Cuando las medidas cautelares sufridas y la pena impuesta sean de distinta naturaleza, el juez o Tribunal ordenará que se tenga por ejecutada la pena impuesta en aquella parte que estime compensada”.

prisión provisional injusta en lugar de indemnizarse económicamente, se abone a otra causa en la que sí ha habido condena, siempre que la prisión provisional sea posterior a los hechos delictivos que motivaron la pena a la que se pretende abonar, lo que ya venía aceptando la jurisprudencia del TS<sup>7</sup>.

Tanto el Tribunal sentenciador como el Juez de Vigilancia Penitenciaria, deben evitar los denominados “*créditos para delinquir*” y “*duplicidades de abono*”, estas últimas expresamente prohibidas tras la reforma del Código Penal operada en virtud de LO 5/2010. Así, existen dos únicos límites que se imponen en el artículo 58 del Código Penal, el que la medida cautelar sea posterior a los hechos delictivos que motivaron la pena a la que se pretende abonar, evitando con ello que el delincuente genere un “*crédito*” para delinquir y, el consistente en que ningún período de privación de libertad podrá ser abonado en más de una causa, obedeciendo el mismo al expreso deseo del legislador de no admitir duplicidad de abonos<sup>8</sup>.

Existe la posibilidad de que el Juez de Vigilancia Penitenciaria, al realizar el abono de la prisión provisional, modifique la liquidación practicada por el Juez sentenciador, por lo que, a fin de evitar que existan dos liquidaciones diferentes, la Fiscalía General del Estado ordena que los fiscales cuiden de que la nueva pena resultante del abono de la prisión provisional por el JVP, sea conocida por el Tribunal sentenciador, así lo establece la Circular 2/2004 de la FGE.

De otra parte, cuando la competencia para abonar la prisión preventiva corresponda al Juez de Vigilancia Penitenciaria, el competente objetiva y territorialmente será el que ostente jurisdicción respecto del Centro Penitenciario en que se halle ingresado el penado, pero, cuando el penado se halle en libertad, no está previsto legalmente a qué Juez de Vigilancia Penitenciaria corresponde dicho abono<sup>9</sup>.

Para el supuesto en que la prisión preventiva no fuere abonable en ninguna causa, por archivo de las mismas, por resultar absuelto el investigado o para el caso en que la pena impuesta sea inferior a la duración de la prisión preventiva y no existiesen causas pendientes en las que aplicar su abono, cabría la indemnización en metálico.

---

<sup>7</sup> STS 383/1998 de 23 de marzo, STS 2-7-1993 (5701), STS de 26-04-1994 (3440), STS 808/2000 de 11 de mayo.

<sup>8</sup> FERNÁNDEZ APARICIO, JM. Guía práctica de Derecho Penitenciario 2017, 2016, p. 33.

<sup>9</sup> FERNÁNDEZ APARICIO, J.M. *loc. cit.* p. 36.

### III. REFUNDICIÓN DE CONDENAS.

En primer lugar, hemos de distinguir entre la acumulación y la refundición de condenas<sup>10</sup>, así:

- la acumulación se circunscribe a la fase de fijación de la condena y la refundición de condena a la fase de ejecución de la pena.

- la acumulación es competencia del Juez sentenciador y la refundición del Juez de vigilancia Penitenciaria.

- la acumulación está regulada en el artículo 76 del Código Penal y el artículo 988,3º de la LCRIM y la refundición de condena en los artículos 73 y 75<sup>11</sup> del CP y 193,2<sup>12</sup> del RP.

- La acumulación implica una reducción de la pena que se debe cumplir, la refundición es una suma aritmética sin reducción de pena.

- la acumulación se inicia a instancia del penado, con asistencia letrada, también puede iniciarse de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, en cambio, la refundición se inicia de oficio por el Centro Penitenciario o por queja del interno.

- En la acumulación, el Auto que la acuerde o deniegue es susceptible de recurso de casación ante el TS, en cambio, la refundición que acuerde el juez de Vigilancia Penitenciaria es susceptible de recurso de reforma y de apelación.

- En la acumulación, el Auto que la acuerde o deniegue es susceptible de recurso de casación ante el TS, en cambio, la refundición que acuerde el juez de Vigilancia Penitenciaria es susceptible de recurso de reforma y de apelación.

Para el interno es fundamental tener enlazadas sus condenas por cuanto ello permitirá calcular las diferentes porciones de su condena, a efectos penitenciarios<sup>13</sup>.

---

<sup>10</sup> LÓPEZ CERRADA, V.M. Acumulación jurídica de penas, Revista de Estudios Penitenciarios, 250, citado en FERNÁNDEZ APARICIO, JM. Guía Práctica, 2016, p- 37.

<sup>11</sup> “Al responsable de dos o más delitos o faltas se le impondrán todas las penas correspondientes a las diversas infracciones para su cumplimiento simultáneo, si fuera posible, por la naturaleza y efectos de las mismas”.

“Cuando todas o algunas de las penas correspondientes a las diversas infracciones no puedan ser cumplidas simultáneamente por el condenado, se seguirá el orden de su respectiva gravedad para su cumplimiento sucesivo, en cuanto sea posible”.

<sup>12</sup> “Cuando el penado sufra dos o más condenas de privación de libertad, la suma de las mismas será considerada como una sola condena a efectos de la aplicación de la libertad condicional. Si dicho penado hubiera sido objeto de indulto, se sumará igualmente el tiempo indultado en cada una para rebajarlo de la suma total”.

El expediente de refundición consistirá en remitir al JVP testimonio de cada condena con su correspondiente liquidación, que, unida a la propuesta del Centro Penitenciario, permitirá su aprobación.

A la vista del proyecto de refundición de condena que remite el Centro Penitenciario, el Fiscal y el JVP deberán comprobar que las sentencias condenatorias y sus liquidaciones son coincidentes con lo que aquél ha computado, a efectos de determinar el inicio y fin de la condena.

Al JVP que ejerza jurisdicción sobre el Centro Penitenciario en que se encuentre el interno cuando se reciba testimonio de la nueva o nuevas causas, será el competente territorialmente para aprobar la modificación o ampliación de la refundición de condenas, excepcionalmente, para el supuesto de hallarse el interno en situación de libertad condicional, la competencia corresponderá al Juez que aprobó la libertad condicional, aun cuando la misma se hallase suspendida por un nuevo ingreso en prisión en calidad de penado.

Los autos de refundición de condena dictados por el JVP son, por su propia naturaleza, susceptibles de modificación posterior por nueva resolución y ello es así, por la posible existencia de nuevas causas penales firmes futuras que puedan afectar al penado.

#### **IV. ACUMULACIÓN DE CONDENAS**

Respecto de la acumulación de condenas, no basta con la suma de las distintas penas impuestas en sentencia sino que las mismas no deben superar los límites establecidos en el artículo 76 del Código Penal, precepto que sólo es aplicable a las penas privativas de libertad. Precepto que ha sido modificado en virtud de la LO 1/2015, eliminando del mismo el término “*conexidad*” como uno de los supuestos que justificaba la acumulación, es decir, con dicha reforma del Código Penal, se ha puesto de relieve el sentir jurisprudencial, así, por todas, la STS 634/2014 de 3 de octubre.

La acumulación de condenas se basa en el principio de proporcionalidad y de resocialización, recogidos en nuestro texto constitucional y en el ámbito penitenciario, por ello, el fundamento de la misma es la limitación cuantitativa de la pena efectuada con posterioridad a los hechos enjuiciados, en la necesidad de evitar la cadena perpetua,

---

<sup>13</sup> Así, ¼ para obtener permisos de salida, ½ para acceder al tercer grado, ¾ para obtener la libertad condicional, 2/3 para el adelantamiento de la libertad condicional, y 4/4 para la libertad definitiva.

así, el artículo 76<sup>14</sup> del Código Penal establece unos límites de cumplimiento respecto de las penas impuestas.

El órgano competente para realizar la acumulación es el Juez o tribunal que haya dictado la última sentencia<sup>15</sup>, no obstante, se plantean algunos problemas interpretativos a tal respecto y ello deriva de los distintos niveles de los diferentes órganos jurisdiccionales que hayan dictado sentencia, si bien, el precepto es claro<sup>16</sup>, y en dicho sentido se ha pronunciado la Circular de la FGE 1/2014, la cual establece una única salvedad, cual es, el supuesto en que resultara como órgano judicial competente el TS cuando hubiere casado la sentencia, en cuyo caso, debería conocer la Audiencia que dictó la sentencia casada para permitir así, el recurso de casación contra el Auto que resuelve el incidente de acumulación.

En cuanto al procedimiento para llevar a cabo la acumulación, en primer lugar debe recabarse la lista de sentencias condenatorias y calcular si es más beneficioso para el penado la suma de todas las penas individuales o la triple de la más grave, atendiendo en todo caso, a la fecha de las sentencias iniciales y no a la de su firmeza<sup>17</sup>.

El propio TS<sup>18</sup> se ha pronunciado acerca del modo en el que llevar a cabo la acumulación de condenas, así, “...deberá partirse de la sentencia más antigua, pues al contenerse en ella los hechos enjuiciados en primer lugar, servirá de referencia respecto de los demás hechos enjuiciados en las otras sentencias, a esa condena, se

---

<sup>14</sup> “El máximo de cumplimiento efectivo de la condena del culpable no habrá de exceder del triple del tiempo por el que se le imponga la más grave de las penas en que haya incurrido, declarando extinguidas las que procedan desde que las ya impuestas cubran dicho máximo, que no podrá exceder de 20 años. Excepcionalmente este límite máximo será:

a) De 25 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y alguno de ellos esté castigado por la ley con pen ad prisión de hasta 20 años.

b) De 30 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y alguno de ellos esté castigado por ley con pen ad eprisión superior a 20 años.

c) De 40 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y al menos, dos de ellos estén castigados por la ley con pena de prisión superior a 20 años.

d) De 40 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Libro II de este Código y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión superior a 20 años.

e) Cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y, al menos, uno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión permanente revisable, se estará a lo dispuesto en los artículos 92 y 78 bis.

La limitación se aplicará aunque las penas se hayan impuesto en distintos procesos cuando lo hayan sido por hechos cometidos antes de la fecha en que fueron enjuiciados los que, siendo objeto de acumulación, lo hubieran sido en primer lugar”.

<sup>15</sup> AATS 1982/2010 de 14 de octubre y 537/2012 de 28 de junio.

<sup>16</sup> Artículo 988,3 de la LECRIM.

<sup>17</sup> SSTS 943/2013 de 28 de diciembre y 155/2014 de 4 de marzo.

<sup>18</sup> Acuerdo del Pleno de fecha 3 de febrero de 2016.

*acumularán todas las posteriores relativas a hechos cometidos antes de esa primera sentencia. Las condenas cuya acumulación proceda respecto de esta sentencia más antigua, ya no podrán ser objeto de posteriores operaciones de acumulación en relación con las demás sentencias restantes. Sin embargo, si la acumulación no es viable, nada impediría su reconsideración respecto de cualquiera de las sentencias posteriores, acordando su acumulación si entre sí son susceptibles de ello. A los efectos del artículo 76,2 del Código Penal, hay que estar a la fecha de la sentencia dictada en la instancia y no a la del juicio”.*

Quedarían excluidos de la acumulación de una parte, los hechos ya sentenciados cuando se inicia el período de acumulación, es decir, cuando se cometa el delito enjuiciado en la sentencia que determina la acumulación y, de otra parte, los hechos posteriores a la última sentencia que determina dicha acumulación<sup>19</sup>.

La resolución deberá adoptar la forma de Auto, que siempre será motivado, explicando los motivos por los que se acepta o se rechaza la acumulación de determinadas condenas, haciendo constar los elementos fácticos que permitan realizar las correspondientes operaciones aritméticas para comprobar si son correctas, en caso contrario, cabría interponer recurso de casación, indicando igualmente los motivos que le llevan a adoptar la parte dispositiva, el no hacerlo puede determinar la nulidad del Auto por falta de motivación.

En el supuesto en que se trate de un mero fallo que pudiera ser objeto de aclaración, deberíamos realizar la misma conforme a lo dispuesto en la LOPJ, en el caso en que no pudiera llevarse a cabo, sólo cabría el recurso de casación por infracción de ley. No recurrir el Auto supondría que el mismo alcanzaría firmeza, pudiendo ser modificado únicamente cuando surgieran nuevas sentencias que por la fecha de comisión de los hechos en ellas enjuiciados, hubieran podido ser incluidas en aquella refundición previa, siempre que resulte favorable al penado<sup>20</sup>.

## **V. CONCLUSIONES.**

La liquidación de condena, como operación llevada a cabo a partir de la firmeza de la sentencia penal condenatoria, se perfila como un presupuesto fundamental para la determinación de la pena privativa de libertad efectivamente a cumplir por el penado. El

---

<sup>19</sup> CERVELLÓ DONDERIS, V. Derecho Penitenciario, 2012, pp. 341-342.

<sup>20</sup> FERNÁNDEZ APARICIO, JM. Guía práctica..., 2016, p. 48.

abono de la prisión preventiva se llevará a cabo por el tribunal sentenciador si lo es en la misma causa sentenciada y por el JVP en el supuesto en que su abono sea en causa distinta, con dos límites en ambos casos, cuales son, que la medida cautelar sea posterior a los hechos delictivos que motivaron la pena a la que se pretende abonar y que ningún período de privación de libertad podrá ser abonado en más de una causa. Por último, la refundición y acumulación de condenas, como institutos diferentes, siendo la refundición competencia del JVP, con fundamento en la legislación penitenciaria, suponiendo una mera suma aritmética de penas sin reducción alguna y susceptible de recurso de reforma y apelación, en cambio, la acumulación de condena es competencia del Juez sentenciador, basada en la legislación penal, implicando una reducción de la pena que se debe cumplir, siendo susceptible de casación ante el TS.

\* \* \* \* \*

## M.<sup>a</sup> Guadalupe Domínguez Dueñas

Juez sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de Andalucía. Socia de la FICP.

### ~El daño moral como responsabilidad civil derivada del delito~

#### I. INTRODUCCIÓN

Dentro del sistema de control social que crea y aplica normas, el Derecho Penal es la rama que preceptúa para las conductas más lesivas, la respuesta más severa, pero la comisión del delito lleva aparejada además de la pena, las medidas de seguridad y las consecuencias accesorias de la pena (decomiso..), otra consecuencia que es la responsabilidad civil derivada de delito con la que se busca la reparación de los daños causados a la víctima.

En nuestro país, donde existe un sistema de “action civile”, el art. 109.1 del C. Penal y los art. 1100 y 111 de la LECRIM prevé la posibilidad de que la sentencia judicial recaída en un proceso penal se pronuncie además de sobre la pretensión punitiva del Estado, sobre las pretensiones indemnizatorias por los daños causados como consecuencia del delito enjuiciado y entre los que deben incluirse no solo los daños materiales, sino también los daños o perjuicios morales. De esta forma los jueces y tribunales penales decidirán sobre la responsabilidad penal del acusado y también sobre la responsabilidad civil derivada del delito.

La responsabilidad civil *ex delicto* no parece diferenciarse especialmente de la responsabilidad extracontractual salvo en lo concerniente a que el hecho que causa el daño indemnizable es penalmente antijurídico.

Por tanto, el hecho de que en el proceso penal se resuelvan conjuntamente la posible responsabilidad civil derivado del delito en cuestión parece no obedecer a ninguna conexión especial de dicha responsabilidad civil con el Derecho penal, sino exclusivamente a razones de economía procesal y a evitar el llamado *peregrinaje de jurisdicciones*.<sup>1</sup>

#### II. ANTECEDENTES, FUNDAMENTO Y NATURALEZA JURÍDICA

El hecho de que el daño causado a otro debe ser reparado es algo inherente al orden social y al sentido de la justicia entre las personas.

---

<sup>1</sup> SILVA SANCHEZ, J.M. ¿“Ex delicto”? Aspectos de la llamada “responsabilidad civil” en el proceso penal. Universidad Pompeu Fabra. Barcelona, Julio -2012, p. 2.

Con el inicio de la etapa codificadora, el Código Penal de 1822 recoge la obligación de restituir lo robado, la reparación del daño cuando sea posible, la responsabilidad civil subsidiaria de padres, abuelos, bisabuelos y tutores por delitos cometidos por sus hijos, nietos, bisnietos y pupilos, así como la responsabilidad de fondistas, mesoneros o quienes recibían huéspedes. Dicha regulación de la responsabilidad civil fue mejorada en el C. Penal de 1848 manteniéndose hasta nuestros días en el vigente Código Penal, y estableciéndose en el art. 1092 del Código Civil el mantenimiento de dicha regulación en la ley Penal a pesar de que su contenido es eminentemente civil.

Llegados a este punto cabe preguntarse si todos los delitos dan lugar a una responsabilidad civil. Atendiendo al contenido del art. 116.1 del C. Penal que reza: *“Toda persona criminalmente responsable de un delito lo es también civilmente si del hecho se derivaren daños o perjuicios”*, nos conduce a entender que no todos los delitos generan responsabilidad civil, en igual medida podemos concluir que no en todos los delitos existen víctimas o perjudicados, tal es el caso por ejemplo de un delito contra la seguridad vial donde no se haya producido un accidente. El hecho de conducir un vehículo a motor habiendo perdido la vigencia del permiso o licencia por pérdida total de los puntos asignados (384 C.P), no genera, salvo en caso de accidente, responsabilidad civil ex delicto. No dan lugar a responsabilidad civil delitos tales como el allanamiento de morada, los delitos contra la Constitución, delitos relativos a la defensa nacional, salvo que junto a éstos se hubieran cometido otras infracciones penales que sí generen dicha responsabilidad.

En otros casos la obligación de indemnizar o reparar el perjuicio causado deriva de la propia norma, así valga de ejemplo el art. 227.3 del C. Penal que refiriéndose al delito de impago de pensiones, señala: *“La reparación del daño procedente del delito comportará siempre el pago de las cuantías adeudadas.”*<sup>2</sup>

Por tanto, la función de la responsabilidad civil ex delicto es resarcir a la víctima o perjudicado de las consecuencias dañosas que el delito les generó.

La responsabilidad civil derivada del delito tiene su fundamento en la reparación del daño causado, y supone la obligación de restituir el bien o indemnizar por los daños o perjuicios, materiales o morales, que el ilícito penal cometido provocó. De esta forma

---

<sup>2</sup> RABASA DOBLADO, J. La responsabilidad civil derivada del delito: víctimas, perjudicados y terceros afectados. Tesis Doctoral. Universidad de Alicante. 2015, pág. 4-7.

las normas que la regulan van encaminadas a lograr la satisfacción de un interés privado cuya titularidad ostenta la persona física o jurídica que se haya visto perjudicada por la comisión del hecho delictivo, pudiendo ser el perjudicado persona distinta a la víctima de la infracción penal.<sup>3</sup>

Por tanto, la responsabilidad civil *ex delicto* surge como una consecuencia ante la conducta penalmente típica que ha generado perjuicios y cuya reparación se pretende asegurar con mayor intensidad.

Es doctrina jurisprudencial reiterada que exclusivamente los perjuicios que sean consecuencia directa y necesaria del hecho delictivo son los que deberán indemnizarse y a cuyo resarcimiento está obligado el autor del delito, así queda patente en la Sentencia del TS 1253/2005 de 26 de octubre,<sup>4</sup> la cual igualmente señala que la responsabilidad civil *ex delicto* exige una relación de causalidad entre la acción u omisión delictiva y el perjuicio sobrevenido; relación de causalidad que deberá probarse, ya que no todo daño o perjuicio puede ser asociado al delito.

Conforme establece el art.110 del CP la responsabilidad comprende la restitución, la reparación del daño causado y la indemnización de perjuicios, señalando el art . 112 en lo que la reparación del daño puede consistir, y las circunstancias que el Juez o Tribunal tendrá en cuenta para su determinación.

Por su parte el art. 114 prevé la posibilidad de moderar el importe de la reparación o indemnización en supuesto en que la víctima haya contribuido con su conducta a la producción del daño o del perjuicio sufrido.

El art.116.1 del C. Penal señala que en caso de ser dos o más los responsables civiles de un delito los Tribunales señalarán la cuota de que deba responder cada uno. El ordinal 2 del referido precepto señala que :“*Los autores y los cómplices, cada uno dentro de su respectiva clase, serán responsables solidariamente entre sí por sus cuotas, y subsidiariamente por las correspondientes a los demás responsables.* Dicha

---

<sup>3</sup> SERRANO PÉREZ, I. La responsabilidad civil derivada de la infracción penal. El valor económico del resarcimiento de la víctima. XVII Seminario Internacional de Filosofía del Derecho y Derecho Penal

"Análisis económico del Derecho y Derecho penal" Univ. de León, Facultad de Derecho. Julio-2016. p. 2. Enlace <https://ficp.es/wp-content/uploads/2016/11/Serrano-P%C3%A9rez-La-responsabilidad-civil-derivada-de-la-infracci%C3%B3n-penal.pdf>

<sup>4</sup> STS 1253/2005, de 26 de octubre de 2005, Sala Segunda. Ponente Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre. Enlace: <https://supremo.vlex.es/vid/dolo-preterintencionalidad-claridad-20112990>

responsabilidad subsidiaria se hará efectiva en los bienes de los autores, y después, en los de los cómplices.

Cuando la responsabilidad civil solidaria o subsidiaria se haga efectiva, el que hubiere pagado tendrá derecho a repetir contra los demás por las cuotas que a cada uno le correspondieran (art. 116.2 C.P.).

En cuanto a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, establece el art. 116.3 del C. Penal, que la misma *llevará consigo su responsabilidad civil en los términos establecidos en el artículo 110 de este Código de forma solidaria con las personas físicas que fueren condenadas por los mismos hechos.*

Respecto a las aseguradoras que hayan asumido el riesgo de responsabilidades pecuniarias que se deriven del uso o explotación de bienes, empresa, industria o actividad, el art. 117 del C. Penal señala que *como consecuencia de un hecho previsto en este Código, se produzca el evento que determine el riesgo asegurado, serán responsables civiles directos hasta el límite de la indemnización legalmente establecida o convencionalmente pactada, sin perjuicio del derecho de repetición contra quien corresponda*

Dado que la responsabilidad penal derivada de delito comprende: la restitución, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios materiales y morales (art. 110 del C. Penal), procede señalar que:

La restitución, que significa devolver la misma cosa al estado en que se encontraba, y que es preferente respecto a las otras formas, conforme al art. 111.1 CP procederá *aunque el bien se halle en poder de tercero y éste lo haya adquirido legalmente y de buena fe, dejando a salvo su derecho de repetición contra quien corresponda y, en su caso, el de ser indemnizado por el responsable civil del delito.*, y ello salvo, conforme a lo preceptuado en el art. 111.2 del C.P. *cuando el tercero haya adquirido el bien en la forma y con los requisitos establecidos por las Leyes para hacerlo irreivindicable.*

Cuando se haya producido la pérdida de la cosa o la misma sufriera un deterioro irreversible haciendo inviable la restitución, se procederá a la reparación del daño causado, que consistirá en la obligación de dar, de hacer o de no hacer que conforme a la naturaleza del daño y las condiciones patrimoniales y personales del que resulte responsable

civilmente, determinará el órgano jurisdiccional, el cual además establecerá si la obligación debe ser cumplida por el obligado o si podrán ejecutarse a su costa por un tercero.

Finalmente otra de las formas es la indemnización de perjuicios materiales y morales causados, pudiendo incluirse en ellos los irrogados al directamente agraviado y también a quienes como consecuencia del delito hubieran resultado perjudicados.<sup>5</sup>

En cuanto a la naturaleza jurídica de la responsabilidad civil *ex delicto*, no es materia pacífica en la doctrina, y lo que hace de ésta una cuestión controvertida es precisamente su denominación civil, su incursión en el Código Penal, las diferencias de regulación respecto al resto de obligaciones extracontractuales, la causa de que deriva y su tramitación procesal.

Pese a que la responsabilidad civil *ex delicto* se regula en los artículos 109 a 122 del Código Penal en cuanto normas sustantivas, y en los artículos 100 y 106 a 117 de la LECRIM en cuanto a normas procesales, debe señalarse que esta regulación penal no supone un cambio de naturaleza jurídica ya que la acción civil *ex delicto* no pierde su naturaleza propiamente civil por su ejercicio en el proceso penal,<sup>6</sup> ni tan siquiera por el hecho de que el art. 1092 del Código Civil establezca que “Las obligaciones civiles que nazcan de los delitos o faltas se regirán por las disposiciones del Código Penal”; es por ello que lo no regulado en la materia el Código Penal se ha de integrar con las normas del Código Civil y por las leyes especiales que la regulan.<sup>7</sup>

Apuntada su naturaleza civil, debe señalarse que la mayoría de la doctrina así lo considera, amparándose tanto en su denominación, como en la posibilidad de reservar la acción separándola del proceso penal del que deriva para ejercitarla separadamente en un procedimiento civil.

La responsabilidad civil derivada del delito incluye una serie de obligaciones de carácter civil distintas a la responsabilidad penal, así, la misma no se rige por el principio de personalidad propio de las penas, ya que la misma no se extingue con la muerte del reo tal como ocurre con la responsabilidad penal, sino que en lo relativo a su

---

<sup>5</sup> DE LA FUENTE HONRUBIA, F. La responsabilidad civil derivada de delito. Especial consideración las Personas Jurídicas y Entes Colectivos. AFDUA, 2003, pp. 230-231.

<sup>6</sup> NAVARRO BERMEJO, L. La responsabilidad civil derivada del delito. Julio de 2018. TFG-Universidad de Valladolid.

<sup>7</sup> DE LA FUENTE HONRUBIA, F., Las consecuencias accesorias del artículo 129 del Código Penal, Lex Nova, Valladolid, 2004, p. 277.

extinción se rige por las normas del resto de las obligaciones civiles, por lo que la obligación de reparación del daño se transmite a los herederos del autor del ilícito.

Junto a lo anterior señalar que en ocasiones la obligación de reparación puede corresponder desde el inicio a personas distintas del autor penal, de esta forma el art. 120 del CP señala a quienes *son también responsables civilmente, en defecto de los que lo sean criminalmente*.

Además en cuanto a su determinación, la responsabilidad civil *ex delicto*, no es necesariamente proporcional al delito cometido sino al daño causado, siendo disponible por el perjudicado.

Por otro lado, un sector doctrinal minoritario defiende su carácter penal basándose en que la regulación específica de la misma se contiene en el C. Penal; en que trae causa directa del delito cometido en sí mismo, y también en la función restauradora del orden social que dicha responsabilidad cumple.<sup>8</sup>

### III. CONCEPTO DEL DAÑO O PERJUICIO MORAL

No existe una definición legal de daño moral en nuestro Ordenamiento jurídico, existiendo además un déficit de regulación al no estar prevista de forma específica en el Código Civil la categoría de daño moral, y pese a que el daño moral encuentra apoyo legal en el art. 1.902 del Código Civil, vemos que dicho precepto ni lo prevé expresamente ni tampoco lo regula.

En el Código Penal, cuando regula la responsabilidad civil derivada de delito, lo denomina como perjuicios morales, pero no se extiende suficientemente como determinar con claridad que debe entenderse como tal.

Por su parte, la Constitución Española realiza una referencia expresa a éste en su artículo 15, pero tampoco se detiene en cuanto al contenido de este patrimonio moral o a su tutela específica.

Cabría considerar que el daño material es la disminución que se produce en los bienes de una persona, pero el daño moral no puede entenderse en el ámbito económico sino en el vital.

---

<sup>8</sup> GONZÁLEZ RAMOS, D. Responsabilidad civil derivada de delito. Universidad de la Laguna. septiembre 2015, pp. 5-6

Para DÍAZ PICAZO y GULLON el daño moral es la *"lesión o violación de los bienes y derechos de la persona. Son, por así decirlo, daños extrapatrimoniales y se indemnizan prescindiendo de que un ataque a aquellos bienes y derechos tengan también repercusión en el patrimonio"*.<sup>9</sup>

Aquellos daños que afectan al ámbito afectivo y sentimental no puede valorarse de igual manera que podemos valorar los daños materiales, pero no cabe duda de también tienen una vertiente económica, siendo mucho más complicado su valoración a la hora de evaluar su resarcimiento.

Muchas consideraciones doctrinales se han dirigido a buscar respuesta a las dudas que se plantean respecto a la idoneidad de la indemnización pecuniaria como reparación del perjuicio moral, concluyendo de forma mayoritaria que en tales supuestos la indemnización no tiene una función satisfactoria, ya que el dinero no puede sustituir el bien dañado, por la propia naturaleza del daño o perjuicio causado, pero sí podrá procurar sensaciones agradables que ayuden a equilibrar el patrimonio moral del sujeto a modo de compensación, siendo esta también la postura jurisprudencial adoptada por nuestro Tribunal Supremo. Así, la función satisfactoria o compensatoria representa el fundamento que justifica la finalidad última reparadora del daño moral.<sup>10</sup>

Los daños materiales y los daños morales conforman el total del perjuicio que debe ser reparado por quien ha cometido la conducta delictiva, debiendo quedar la víctima completamente resarcida. Parece que la determinación del daño moral presenta una especial dificultad para su apreciación y cuantificación por la propia naturaleza de los mismos, en este caso no se dispone de un baremo u otros aspectos objetivos de cuantificación que sin embargo, sí existen para fijar el quantum de los daños materiales.

Dado que es pacífico en la jurisprudencia del T. Supremo que sólo deben indemnizarse aquellos perjuicios que se hayan sido consecuencia directa y necesaria del hecho delictivo, es imprescindible la prueba sobre tal; así el perjudicado por el delito deberá probar esa relación de causalidad entre el delito y el daño moral producido para que éste sea indemnizable; y acreditar el propio daño moral en sí, mediante informes psicológicos, etc., no obstante en ocasiones puede apreciarse el mismo sin una base probatoria contundente cuando el hecho por sí sea suficientemente grave como para

<sup>9</sup> DÍAZ PICAZO / GULLÓN. Sistema de Derecho civil. Vol. II, 4.ª Edición, 1983, p. 623.

<sup>10</sup> CASANOVA ASENSIO, A S. El daño moral: dificultades prácticas en torno a su prueba y valoración, pp. 55-56. Enlace : [http://www.fundacionmarianoruizfunes.com/ver\\_articulo.php?articulo=208](http://www.fundacionmarianoruizfunes.com/ver_articulo.php?articulo=208)

causar el menoscabo moral a cualquier persona que lo hubiera sufrido, sin embargo en los supuestos donde exista duda acerca de esa relación de causalidad entre el delito y el daño no se considerará que se trata de un daño indemnizable.

La cuantificación del daño moral se tratará siempre de una propuesta subjetiva pero tal como indica el Tribunal Supremo en su Sentencia de 15 de junio de 2011 "*el daño moral por su carácter afectivo y de pretium doloris, carece de módulos objetivos, lo que condice a valorarlo en una cifra razonable, que siempre tendrá un cierto componente subjetivo*".

De cualquier forma, es fundamental que cuando exista daño moral y revista trascendencia, no quede desestimado en el proceso por su dificultad probatoria ni por las dudas sobre su cuantificación. La dificultad probatoria puede ser en ocasiones una barrera insalvable, no obstante las dificultades para determinar el quantum indemnizatorio son mucho más salvables, requerirán un esfuerzo importante por parte del que precise su prueba que deberá ser complementado por un esfuerzo valorativo e interpretativo por parte del juzgador.<sup>11</sup>

El Tribunal Supremo ha señalado que los daños morales no se fijan mediante bases cuantificadoras, sino que dependen del prudente arbitrio de los tribunales en función de la gravedad de la ofensa, pero en la práctica, las cantidades establecidas por los órganos jurisdiccionales como indemnización por daños morales suelen ser importes redondos, que se cuantifican caso por caso teniendo en cuenta la gravedad del hecho ilícito y la relevancia y repulsa social de éste.<sup>12</sup>

El Auto del Tribunal Supremo nº 698/2018, 17 de Mayo de 2018, siendo Ponente el Excmo. Sr. D. ANTONIO DEL MORAL GARCÍA,<sup>13</sup> señaló que la antijuricidad de la acción debe encontrar respuesta, desde el punto de vista de la tipicidad penal, en el marco jurídico-penal conforme a la calificación jurídica correspondiente, mientras que la indemnización a la víctima deberá resolverse conforme a los criterios jurídico-

---

<sup>11</sup> VALMAÑA CABANES, A. Las dificultades (superables) de probar y cuantificar los daños morales. Artículo publicado en ElDerecho.com. 2012. Enlace: <https://elderecho.com/las-dificultades-superables-de-probar-y-cuantificar-los-danos-morales>

<sup>12</sup> ROMERO NÚÑEZ, R. Los daños morales derivados de los delitos de naturaleza patrimonial, pp. 1-2. Enlace: <https://www.sanchez-cervera.com/app/download/.../Artículo+daños+morales.pdf>

<sup>13</sup> ATS 698/2018, 17 de Mayo de 2018. Ponente Excmo. Sr. D. ANTONIO DEL MORAL GARCÍA. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=8437899&statsQueryId=116652177&calledfrom=searchresults&links=%22698%2F2018%22%20%22A%20NTONIO%20DEL%20MORAL%20GARCIA%22&optimize=20180702&publicinterface=true>

privados; añadiendo que conforme al art. 110.3º del C. Penal, la responsabilidad civil ex delicto comprende la indemnización de los perjuicios materiales y de los perjuicios morales, y que dicha indemnización abarcará no solo los causados al agraviado sino también los irrogados a sus familiares y a terceros (art. 113 C. Penal). Y señala: *“Consiguientemente, la acción penal y la civil, derivadas del hecho delictivo tienen una indudable autonomía, sin que, por tanto, la respuesta penológica de la norma penal condicione ni afecte, en su caso, ni a la existencia ni a la cuantía de la correspondiente obligación indemnizatoria. Por consiguiente, la responsabilidad civil "ex delicto", cualquiera que sea la vía procesal elegida para su reclamación (v. arts. 108 y 111 de la LECrim.) no exige, para su efectividad, más que la prueba de la existencia del daño o del perjuicio causado por el delito o falta cometidos.”*

Dicho Auto señala que el daño moral no exige bases cuantificadoras respecto a las ofensas ocasionadas, por lo que su determinación y cuantificación quedarán al prudente arbitrio judicial, ponderando la gravedad de las mismas, el contexto en el que se produjeron, la persistencia de éstas, entre otras.

Pone de manifiesto el referido Auto que el daño moral resultará de la gravedad del delito cometido y el perjuicio moral producido, no derivándose la prueba del daño moral de la prueba de las lesiones materiales, sino de la significación espiritual que el delito tiene en relación a la víctima, y ello con mención de las STS 1366/2002 de 22 de julio y la 1461/2003 de 4 de noviembre:

La STS 1366/2002 de 22 de julio<sup>14</sup> señala textualmente: *“La Audiencia, en contra de lo manifestado por el recurrente, ha basado su decisión en criterios adecuadamente expuestos en la sentencia, considerando como idóneos para fijar la responsabilidad civil del acusado la gravedad del delito y el "menoscabo moral" que el mismo produce a las víctimas. Ambos criterios son jurídicamente correctos para fundamentar la determinación del daño moral, dado que éste resulta de la importancia del bien jurídico protegido y de la gravedad de la acción que lo ha lesionado criminalmente. El daño moral, además, no se deriva de la prueba de lesiones materiales, como parece*

---

<sup>14</sup> STS 1366/2002, de 22 de julio de 2002. Sala Segunda. Ponente Excmo. Sr. D. Enrique BACIGALUPO ZAPATER. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=3149729&statsQueryId=116652262&calledfrom=searchresults&links=%221366%2F2002%22%20%22ENRIQUE%20BACIGALUPO%20ZAPATER%22&optimize=20030912&publicinterface=true>

*sostenerlo la Defensa al considerar que no está probado en el proceso, sino de la significación espiritual que el delito tiene con relación a la víctima.”*

Por su parte la STS 1461/2003 de 4 de noviembre,<sup>15</sup> dice: *“Cuando se trata de daños morales resulta difícil acudir a criterios diferentes del prudente arbitrio de los Tribunales, los cuales deberán tener en cuenta la realidad social y especialmente las características de la víctima, del hecho delictivo y de sus concretos resultados. Por el contrario, cuando se trata de la indemnización de perjuicios derivados de las lesiones y sus secuelas el Tribunal puede acudir a criterios objetivos que, al menos, puedan resultar orientativos, tal como existe la posibilidad de acudir a una tasación pericial cuando se trata de perjuicios materiales”.*

#### **IV. POSTURA JURISPRUDENCIAL SOBRE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL DELITO.**

Podemos extraer, siguiendo la jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal que las infracciones penales que generan la obligación de indemnizar, es decir, que dan origen a una responsabilidad civil, son aquellas en las que además del daño criminal que le es inherente generan un daño civil susceptible de ser resarcido. Así, mencionar la STS de 4 de noviembre de 1981 en cuyo primer CONSIDERANDO señala: *“..., la declaración contenida en el artículo 19 del Código Penal , no puede entenderse en el sentido de que todo delito o falta genera responsabilidad civil, ya que, lo que las referidas infracciones criminales producen es un daño criminal y la única sanción establecida por la producción de tal daño es la pena, de suerte, que las únicas infracciones penales susceptibles de engendrar responsabilidad civil son aquellas, en las que el hecho, además del daño criminal a ellos inherente producen un daño civil, es decir, cuando el hecho, además de ser constitutivo de delito por venir tipificado como tal en el Código Penal, constituye, a la vez, un ilícito civil, generador de un daño de esta naturaleza, a cuyo resarcimiento se encamina la acción civil correspondiente, que bien puede*

---

<sup>15</sup> STS 1461/2003, 4 de Noviembre de 2003. Sala Segunda. Ponente Excmo. Sr. D. Miguel COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA. Enlace:

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&referen ce=2899986&statsQueryId=116652344&calledfrom=searchresults&links=%221461%2F2003%22%20%22MIGUEL%20COLMENERO%20MENENDEZ%20DE%20LUARCA%22&optimize=20031212&publicinterface=true>

*ejercitarse conjuntamente con la penal, aprovechando la acumulación permitida por la Ley, o bien, en su caso, ejercerse separadamente en el proceso civil correspondiente*".<sup>16</sup>

La STS de 13 de febrero de 1991 señala que el art. 19 del Código Penal formula un principio general en materia de responsabilidad civil cuando establece que: «Toda persona responsable criminalmente de un delito o falta lo es civilmente» en concordancia con los artículos 1.089 y 1.092 del Código Civil que declaran el delito como fuente de obligaciones civiles.

Pero este principio general tiene evidentes limitaciones ya que no todo delito genera responsabilidad civil, y además la responsabilidad civil se ve encuadrada por el artículo 101 del Código Penal y los tres siguientes al exigir, bien la desposesión de la cosa con su correspondiente restitución, bien la causación de un daño que genera la correlativa reparación, bien, en fin, la producción de un perjuicio que exige la debida indemnización.<sup>17</sup>

Por su parte la STS de 15 de abril de 1991 señaló que el derecho al resarcimiento, en razón de la responsabilidad civil ex delicto, constituye un bien económico de la pertenencia de la víctima, integrante de un derecho de reclamación hasta cubrir el importe de los daños y perjuicios causados por la transgresión punible. Que tal responsabilidad viene subordinada a la responsabilidad criminal que surge de la comisión delictiva, que además la declaración de la responsabilidad civil ex delicto no es accesoria de la pena impuesta, sino que responde al interés privado y ha de ser objeto de rogación expresa para que pueda ser atendida

Además señala que exclusivamente los perjuicios que sean consecuencia directa y necesaria del hecho delictivo son los que deben indemnizarse y a cuyo resarcimiento queda obligado el autor responsable del delito, por lo que no toda responsabilidad criminal conlleva necesariamente otra civil, siendo las únicas infracciones penales susceptibles de generar responsabilidad civil aquellas en las que el hecho además, de ser

---

<sup>16</sup> STS nº 4682/1981 de 4 de noviembre de 1981. Ponente el Excmo. Sr. Magistrado don Manuel GARCÍA MIGUEL. Enlace:

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=4415927&statsQueryId=113141354&calledfrom=searchresults&links=obligaci%C3%B3n%20de%20indemnizaci%C3%B3n&optimize=19960116&publicinterface=true>

<sup>17</sup> STS 9128/1991 de 13 de febrero de 1991. Sala 2ª, Ponente Excmo. Sr. D. Fernando DÍAZ PALOS. Enlace:

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=1018341&statsQueryId=113143485&calledfrom=searchresults&links=obligaci%C3%B3n%20de%20indemnizaci%C3%B3n&optimize=20060118&publicinterface=true>

constitutivo de delito por venir tipificado como tal en el Código Penal, constituye a la vez un ilícito civil generador de un daño a cuyo resarcimiento se encamina la acción civil.<sup>18</sup>

Junto a las anteriores es de especial interés, por su claridad, la STS nº 936/2006 de 10 de octubre de 2006, siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Juan Ramón BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE,<sup>19</sup> la cual en su Fundamento de Derecho SEPTIMO refiere que la condena por un delito no tiene por qué presuponer de forma directa la obligación de indemnización en concepto de responsabilidad civil, y ello porque dicha responsabilidad nace de la producción de un daño, y aquellos delitos no productores de daño, como es el caso de los delitos formales o de peligro no son susceptibles de generar responsabilidad civil.

De otro lado expone que incluso en los supuestos donde la sentencia penal sea absolutoria para el acusado, ello no implica una inexistencia de responsabilidad civil “- sin perjuicio de que normalmente suponga la imposibilidad de que el Juez penal se pronuncie sobre la responsabilidad civil-.”, y ello porque en el ámbito penal no se prejuzga la valoración de los hechos que pueda hacerse en vía civil. En tales supuestos serán los Tribunales del orden civil los que, autónomamente apreciarán y calificarán los efectos que se deriven, “ya que fuera del supuesto de declaración de que el hecho no existió, esto es, salvo el caso de declararse probado que el acto o la omisión no existió objetivamente, los Tribunales de lo civil tienen facultades no solamente para encuadrar el hecho específico en el ámbito de la culpa extracontractual, sino también para apreciar las pruebas obrantes en juicio y sentar sus propias deducciones en orden a la realidad fáctica.”.

En la responsabilidad civil *ex delicto* se produce una especie de acumulación de sanciones, la civil y la penal, que pueden dar lugar a una acumulación de procesos en un

---

<sup>18</sup> STS 9993/1991 de 15 de abril de 1991, Sala 2ª. Ponente. Excmo. Sr. D. Luis Román Puerta Luis. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=988562&statsQueryId=113145356&calledfrom=searchresults&links=obligaci%C3%B3n%20de%20indemnizaci%C3%B3n&optimize=20060202&publicinterface=true>

<sup>19</sup> STS 936/2006, 10 de Octubre de 2006, Sala 2ª. Ponente Excmo. Sr. D. Juan Ramón BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=690572&statsQueryId=113139834&calledfrom=searchresults&links=%22936%2F2006%22%20%22%20JUAN%20RAMON%20BERDUGO%20GOMEZ%20DE%20LA%20TORRE%22&optimize=20061109&publicinterface=true>

único procedimiento; pero cada una de tales responsabilidades y procesos se van a regir por sus propios principios.

En consecuencia la responsabilidad civil *ex delicto* no se diferencia de la responsabilidad civil extracontractual que regulan los artículos 1902 y siguientes del Código Civil, por lo que afirma la naturaleza plenamente dispositiva de la responsabilidad civil, y señala que la regulación en el Código Penal de la acción civil *ex delicto* y su ejercicio en el seno de un proceso penal no significa que por ello que cambie su naturaleza jurídica. Señala la Sentencia que dicha naturaleza supone:

*“1.La relación jurídica es un derecho privado y por tanto, en ella ha de partirse de la autonomía de la voluntad y de la existencia de derechos subjetivos de los que sus titulares tienen la plena disposición, con todas las consecuencias que ello implica, empezando por la de que el interés privado puede ser satisfecho de modo extrajudicial.*

*2.La naturaleza de la acción civil derivada del delito participa del carácter dispositivo de las acciones reguladas en la Ley Enjuiciamiento Civil (STC. 18.3.92).”*

Por ello el proceso en el que se van a aplicar las normas reguladoras de esta responsabilidad el proceso solo se iniciará a instancia de parte mediante la que ejercite su pretensión dependiendo del perjudicado el acudir o no al proceso. Igualmente será el propio perjudicado el que determine el objeto del proceso, debiendo ser el Juez o Tribunal congruente en la resolución, sin que pueda conceder más de lo pedido.

Por ello, siendo la naturaleza de la responsabilidad civil completamente dispositiva es perfectamente posible que sobre ella quepan todos los actos de disposición respecto al objeto del proceso o pretensión civil, tal es el caso de allanamiento, transacción o renuncia, o bien respecto al proceso, siendo posible la reserva de la acción, para ejercitarla o no en un posterior proceso civil.

Por su parte la STS, Sala 2<sup>a</sup>, nº 125/18 de 15 de marzo, señala en su FUNDAMENTO DE DERECHO QUINTO respecto a la indemnización de los daños morales, y recordando lo expuesto en la STS de 24 de marzo de 1997, que los órganos judiciales no disponen de una prueba que les permita, con criterios económicos cuantificar la indemnización, por lo que “poco más podrán hacer que destacar la gravedad de los hechos, su entidad real o potencial, la relevancia y repulsa social de los mismos, así como las circunstancias personales de los ofendidos y, por razones de congruencia, las cantidades solicitadas por las acusaciones.”

Añade además, recordando a la STS 1366/2002, 22 de julio , que el daño moral no deriva de la prueba de lesiones materiales, sino de la significación espiritual que el delito tiene con relación a la víctima, y que respecto a la falta de prueba de la afectación psicológica de la víctima, insiste en que los daños morales no tienen que concretarse con --alteraciones patológicas o psicológicas sufridas por las víctimas, bastando que sean fruto de una evaluación global de la reparación debida a las mismas, de lo que normalmente no podrán los Juzgadores contar con pruebas que faciliten la cuantificación económica para fijarla más allá de la expresión de la gravedad del hecho, su entidad real o potencial relevancia repulsa social, así como las circunstancias personales de los ofendidos. Siendo objeto de control casacional exclusivamente cuando la suma de dinero resulte claramente arbitraria o desproporcionada.<sup>20</sup>

\* \* \* \* \*

---

<sup>20</sup> STS 125/2018, 15 de marzo de 2018, Sala 2ª. Ponente Excmo. Sr. D. Juan Ramon BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE. Enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/documento/TS/8330708/Concurso/20180323>

## Prof. Dr. Daniel Fernández Bermejo

Prof. Contratado Doctor, UDIMA, España. Socio de la FICP.

### ~Sobre la ciberdelincuencia y la protección de algunos derechos fundamentales relacionados con las tecnologías de la información~

**Resumen.-** Los avances tecnológicos en la información y comunicación han supuesto la entrada de nuevos valores y bienes susceptibles de protección jurídica, que determinan la necesidad de cambios legales y de mayor cooperación internacional. Los ciberdelitos, cibercrímenes o delitos informáticos avanzan al mismo tiempo que las Tecnologías de la Información y la Comunicación, ya que las mismas facilitan la actividad criminal. Con el uso de dichas tecnologías se está facilitando un desarrollo sin precedentes en el intercambio de información y comunicaciones, lo cual lleva implícita la creación de serios riesgos y amenazas en un mundo globalizado.

**Sumario.-** I. Introducción. II. Ciberdelincuencia. 1. Aspectos generales. 2. La protección constitucional de algunos derechos fundamentales intrínsecamente relacionados con las TICS. Algunas notas jurisprudenciales. a). Derecho a la intimidad. b). Derecho a la inviolabilidad del domicilio. c). Derecho al secreto de las comunicaciones. 1) Secreto de las comunicaciones. 2). Intervención de las comunicaciones. d). Derecho a la libertad de expresión e información. 1) Libertades de expresión e información. Límites a estos derechos. 2). Medios de comunicación social. 3). Límites. 4). Secuestro.

## I. INTRODUCCIÓN

El extraordinario desarrollo experimentado por las Tecnologías de la Información y la Comunicación (en adelante TICS) ha favorecido el surgimiento de nuevas formas de relación, que incluyen las ciberamenazas o ciberataques.

En este sentido, puede afirmarse que el proceso de integración cultural, económica y social a nivel mundial, conocido como globalización, alcanza su máximo esplendor en la actualidad<sup>1</sup>, fundamentalmente tras la aparición de las TICS. De hecho, internet es causa y al mismo tiempo consecuencia de dicha globalización.

Los avances tecnológicos en la información y comunicación han supuesto la entrada de nuevos valores y bienes susceptibles de protección jurídica que determinan la necesidad de una mayor cooperación internacional; y de una regulación normativa específica nacional, comunitaria e internacional.

Internet se amplía de manera vertical y horizontal, ya que el desarrollo tecnológico aumenta y se perfecciona de forma incandescente, y cada vez alcanza a más usuarios. La velocidad de su crecimiento es vertiginosa. Ese aumento, como es obvio,

---

<sup>1</sup> Vid. DÍAZ GÓMEZ, A.: El delito informático, su problemática y la cooperación internacional como paradigma de su solución: el Convenio de Budapest, en Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja, 8, 2010, p. 170. Señala el autor que "el surgimiento de la Red o Redes sólo era posible en una sociedad como la actual, de pensamiento global y tendente a la uniformidad e igualmente su aparición acelera sin duda el proceso de homogeneización mundial". Cfr. DÍAZ GÓMEZ, A.: *Últ. op. cit.*, p. 171.

avanza más rápido que el conocimiento del legislador español, que tan sólo se rige por las regulaciones homólogas de los países de nuestro entorno y por las Decisiones y Directrices del contexto europeo.

Debe tenerse en cuenta que con base en la Ley 36/2015, de 28 de septiembre, se entiende por Seguridad Nacional 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. Y por el Real Decreto 1008/2017, de 1 de diciembre, se configura la Estrategia de Seguridad Nacional como el marco político estratégico de referencia de la Política de Seguridad Nacional (la Estrategia de Ciberseguridad Nacional es el documento estratégico que sirve de fundamento al Gobierno de España para desarrollar las previsiones de la Estrategia de Seguridad Nacional en materia de protección del ciberespacio con el fin de implantar de forma coherente y estructurada acciones de prevención, defensa, detección y respuesta frente a las ciberamenazas o ciberataques).

En este sentido, cabe señalar que la Estrategia Europea de Seguridad se articula en torno a las prioridades estratégicas siguientes: lograr la ciberresiliencia o capacidad de respuesta o recuperación ante incidentes de seguridad, reducir la ciberdelincuencia, desarrollar estrategias y capacidades de ciberdefensa vinculadas a la Política Común de Seguridad y Defensa, desarrollar recursos industriales y tecnológicos de ciberseguridad y establecer una política internacional coherente del ciberespacio para la Unión Europea<sup>2</sup>. La Estrategia de Ciberseguridad de la Unión Europea señala que para que el ciberespacio siga siendo abierto y libre, deben aplicarse en línea los mismos principios, valores y normas que la Unión Europea promueve fuera de línea. En este sentido, la Directiva 2016/1148 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio de 2016<sup>3</sup>,

---

<sup>2</sup> Acerca de la normativa en el marco de la Comunidad Europea para la lucha contra la delincuencia informática, vid., por todos, MATA Y MARTÍN, A.: Estafa convencional, estafa informática y robo en el ámbito de los medios electrónicos de pago. Navarra, Aranzadi Thomson Reuters, 2007, pp. 173-195.

<sup>3</sup> Téngase en cuenta que la anterior publicación de la relevante Directiva 2013/40/UE, relativa a los ataques contra los sistemas de información, sustituyó a la Decisión también relativa a los ataques contra los servicios de información, Decisión 2005/222/JAI, de 24 de febrero de 2005 (la cual fue muy relevante por cuanto que tuvo el propósito de afrontar ciertas formas de criminalidad informática y de ciberdelincuencia a través de figuras delictivas de largo recorrido, imponiendo la obligación a los Estados miembros la incriminación de determinadas conductas). Vid., acerca de esta normativa europea, ANARTE BORRALLO, E./DOVAL PAIS, A.: Límites de la ley penal a propósito del nuevo delito de intrusión informática, *Revista General de Derecho Penal*, 18, 2012, formato electrónico, pp. 3 y ss.

Con la reforma penal de 2010, y partiendo de las iniciativas internacionales, el legislador español declara haber asumido la tarea de ampliar el ámbito de intervención penal establecido por el Código de

relativa a las medidas destinadas a garantizar un elevado nivel común de seguridad de las redes y sistemas de información en la Unión Europea, conocida como Directiva NIS (Network and Information Security), logrará que se intensifique en el ámbito de la ciberseguridad la cooperación entre los Estados miembros.

Los avances tecnológicos en la información y comunicación han supuesto la entrada de nuevos valores y bienes susceptibles de protección jurídica, que determinan la necesidad de cambios legales y de mayor cooperación internacional. Los ciberdelitos, cibercrímenes o delitos informáticos avanzan al mismo tiempo que las TICS, pues las mismas ayudan a la actividad criminal. A nivel nacional, es de destacar que la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, establece en relación con algunos delitos informáticos la responsabilidad penal de las personas jurídicas, y, la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, establece una mayor precisión de los mismos; y en el ámbito internacional, el Convenio sobre ciberdelincuencia de 8 de noviembre de 2001, constituye un referente internacional a la hora de hablar de la delincuencia informática, que tiene como principal objetivo aplicar una política penal común encaminada a la protección de la sociedad contra el cibercrimen, especialmente mediante la adopción de una legislación adecuada y el fomento de la cooperación internacional.

## II. CIBERDELINCUENCIA

### 1. Aspectos generales

Hoy en día es habitual que en multitud de empresas, todos o gran parte de sus trabajadores realicen sus funciones empleando o utilizando sistemas informáticos y las TICS<sup>4</sup>, habiéndose convertido internet en una herramienta básica de trabajo y en algo

---

1995 mediante la incorporación del delito de intrusión informática. Vid., al respecto, el Preámbulo de la LO 5/2010, de 22 de junio, apartado XIV, haciendo referencia a la Decisión Marco 2005/222/JAI, de 24 de febrero de 2005; si bien es cierto, también abarca otros tipos penales como la estafa informática, los daños informáticos, la piratería de señal telemática, entre otros -aquellos que pueden cometerse por medios informáticos o telemáticos aunque no aparezcan expresamente en los tipos penales-.

La Directiva de 2013 vino a establecer penas efectivas, proporcionadas y disuasorias, contemplando agravaciones en atención a circunstancias tales como los daños causados, la afectación de sistemas de infraestructuras críticas o la utilización de datos de carácter personal de otra persona. Así mismo, tomó como punto de partida para definir los tipos penales, los arts. 2 a 6 de la Convención sobre la Ciberdelincuencia, firmada en Budapest. El objetivo último era lograr un uso seguro del ciberespacio en el que se garanticen los derechos de todos los ciudadanos y también la protección de organismos e instituciones públicos y privados y de los propios Estados. Al respecto, vid., también, SÁNCHEZ DOMINGO, M<sup>a</sup> B.: Delincuencia informática y el delito de intrusismo informático: aspectos de su regulación en instrumentos normativos europeos y su transposición al Código penal español acorde a la LO 5/2010 de reforma del Código penal español, Revista General de Derecho Penal, 18, 2012, formato electrónico.

<sup>4</sup> Acerca de la evolución de la implantación de las TICS y su vinculación con la aparición de nuevas conductas ilícitas, vid. HERNÁNDEZ DÍAZ, J.: El delito informático, Eguzkilore, 23, 2009, pp. 228 y ss.

habitual, ya no sólo en la vida profesional sino también en la personal, concibiéndose como una forma de comunicarse y relacionarse entre las personas.

En la actualidad nos encontramos ante un nuevo escenario estratégico, criminológico y político-criminal, en el que se aprecia no sólo un salto cuantitativo sino cualitativo<sup>5</sup>, pues los escenarios de los ataques son muy variados, con diferentes niveles de riesgo y de muy diversa escala de impacto potencial, lo que complica extraordinariamente su prevención y la respuesta estatal (el nuevo terrorismo y la nueva criminalidad transnacional, se muestran con una mayor agresividad y representan un auténtico desafío para los Estados).

La mayoría de las sociedades mundiales se enfrentan actualmente a una segunda revolución industrial, la “revolución informática”. Los avances tecnológicos en la información y comunicación han supuesto la entrada de nuevos valores y bienes susceptibles de protección jurídica, que determinan la necesidad de cambios legales y de mayor cooperación internacional.

Es una realidad que la informática e internet han generado la posibilidad de cometer delitos a través de sus herramientas<sup>6</sup>, mientras que con anterioridad no podían cometerse por estos cauces, atentando contra distintos bienes jurídicos protegidos que poco o nada tienen que ver realmente con la informática, configurándose esta como un medio para cometer delitos de muy diversa índole. Seguramente este es uno de los motivos por el que el legislador no ha tenido a bien configurar en el texto penal un título específico que acoja a esta clase concreta de delitos informáticos.

Cabe afirmar que son tres los instrumentos que se encargan de ofrecer una respuesta punitiva ante las distintas infracciones que merecen cierto reproche

---

<sup>5</sup> Sobre los mecanismos de lucha contra la criminalidad informática y las respuestas ofrecidas por los distintos agentes jurídicos y preventivos, así como un análisis relativo a los delitos relacionados con las nuevas tecnologías, con aporte de datos estadísticos y resoluciones jurisprudenciales de interés, vid., entre otros, MENDO ESTRELLA, A.: Delitos y redes sociales: mecanismos formalizados de lucha y delitos más habituales. El caso de la suplantación de identidad, *Revista General de Derecho Penal*, 22, 2014, formato electrónico. Así mismo, de interés, aún con anterioridad, vid. ANARTE BORRALLA, E.: Incidencia de las nuevas tecnologías en el sistema penal. Aproximación al Derecho penal en la sociedad de la información, en: *Derecho y conocimiento: anuario jurídico sobre la sociedad de la información y del conocimiento*, 1, 2002.

<sup>6</sup> Los ciberdelincuentes y los delitos informáticos aumentan anualmente en mayor proporción al de los nuevos usuarios de internet. Vid. Estudio sobre la Cibercriminalidad en España. Ministerio del Interior, Secretaría de Estado de Seguridad, 2017, pp. 16 y ss.; 37 y ss., y ello porque, en esencia, resulta más sencillo de lo que pudiera parecer cometer delitos informáticos ya que, entre otras circunstancias, pueden cometerse desde cualquier parte del planeta y por cualquier persona, sin una elevada cualificación, pudiendo ser actor de los mismos aún sin tener conciencia de ello o sin tener la voluntad de hacer daño en sistemas ajenos.

sancionador a través de las distintas técnicas jurídicas, a saber, leyes especiales, el Código Penal y la normativa internacional. En este sentido, resulta un tanto curioso<sup>7</sup> que Francia, Gran Bretaña, USA, Holanda, Chile o Venezuela sí hayan contemplado leyes especiales para regular este fenómeno. Otros países, como Argentina, México, Portugal, Austria, Italia y España se han centrado en introducir su sanción penal en sus respectivos textos punitivos. Alemania, por su parte, ha combinado ambas modalidades.

Finalmente, en el ámbito internacional se ha elaborado un Manual de las Naciones Unidas para la Prevención y Control de Delitos Informáticos, que data de 1977, siendo el precedente del Convenio sobre el Cibercrimen aprobado en Budapest en 2011; y en el ámbito europeo han tenido lugar diversas Decisiones Marco y Directivas en materia de delincuencia informática, con mayor protagonismo desde la firma del Tratado de Lisboa, el 13-12-2007.

## **2. La protección constitucional de algunos derechos fundamentales intrínsecamente relacionados con las TICs. algunas notas jurisprudenciales**

En el ámbito del Derecho constitucional, las TICs obligan a una profunda consideración de los derechos fundamentales a la intimidad (art. 18.1 CE), a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE), al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE), limitación del uso de la informática (art. 18.4 CE) y a la libertad de expresión e información (art. 20 CE). Veamos el tratamiento jurídico que se ha puesto de manifiesto para estos derechos constitucionales.

### ***a) Derecho a la intimidad***

La LO 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, desarrolla normativamente esta garantía constitucional.

El reconocimiento del derecho a la intimidad personal y familiar tiene por objeto garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida, vinculado con el respeto de su dignidad como persona, frente a la acción y el conocimiento de los demás, sean estos poderes públicos o simples particulares, de suerte que atribuye a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado, no solo personal sino también familiar, frente a la divulgación del mismo por terceros y a la publicidad no querida, evitando así las

---

<sup>7</sup> Vid., al respecto, DE URBANO CASTRILLO, E.: Los delitos informáticos tras la reforma del CP de 2010", Revista Aranzadi Doctrinal, 9, 2011, formato electrónico, p. 1.

intromisiones arbitrarias en la vida privada, censuradas por el art. 2 DUDH, según las SSTC 231/1988, de 2 de diciembre, y, 115/2000, de 10 de mayo.

El derecho a la intimidad personal se configura como el derecho a la privacidad de un conjunto de actividades que vienen a configurar o delimitar un ámbito estrictamente personal, y que debe quedar vedado a la publicidad y divulgación al carecer de interés respecto de terceros, según la STS, Sala 1ª, de 10 de octubre de 2011.

El TC ha reconocido este derecho como autónomo a pesar de su estrecha relación con el derecho al honor y a la propia imagen, dirigidos todos ellos a la protección del patrimonio moral de las personas.

Puede afirmarse que resulta vulnerado el derecho a la intimidad cuando se desvelan datos pertenecientes a la esfera privada y de exclusión del conocimiento de los demás. Ciertamente, declaran las SSTC 99/2002 de 6 de mayo, y, 196/2004, de 15 de noviembre, que el derecho a la intimidad tiene por objeto garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida frente a la acción y el conocimiento de los demás, sean estos poderes públicos o simples particulares. Este derecho se extiende no sólo a aspectos de la vida propia y personal, sino también a determinados aspectos de la vida de otras personas con las que se guarde una especial y estrecha vinculación, como es la familiar; aspectos que, por la relación o vínculo existente con ellas, inciden en la propia esfera de la personalidad del individuo que los derechos del art. 18 CE protegen.

El derecho a la intimidad personal, consagrado en el art. 18.1 CE, se configura como un derecho fundamental estrictamente vinculado a la propia personalidad y que deriva, sin ningún género de dudas, de la dignidad de la persona que el art. 10.1 CE reconoce<sup>8</sup>.

Debe tenerse en cuenta que el fundamento del derecho a la intimidad y del derecho a la propia imagen ha de encontrarse en la intimidad, si bien uno y otro difieren en su ámbito de actuación; refiriéndose esencialmente el derecho a la intimidad personal y familiar a la privacidad, que habrá de ser respetada tanto por los ciudadanos como por los poderes públicos, y, el derecho a la propia imagen a la captación material o física de la imagen.

---

<sup>8</sup> Vid., entre otras, las SSTC 170/1997, de 14 de octubre, FJ 4; 231/1988, de 1 de diciembre, FJ 3; 197/1991, de 17 de octubre, FJ 3; 57/1994, de 28 de febrero, FJ 5; 143/1994, de 9 de mayo, FJ 6; 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 3; 202/1999, de 8 de noviembre, FJ 2; y 186/2000, de 10 de julio, FJ 5.

***b) Derecho a la inviolabilidad del domicilio***

Se trata de un derecho fundamental establecido para garantizar el ámbito de privacidad de la persona dentro del espacio limitado elegido por la misma, que debe caracterizarse por quedar exento o inmune a las invasiones o agresiones exteriores de otras personas o de la autoridad pública (espacio en el que se ejerce la libertad más íntima).

La inviolabilidad del domicilio es, como todo derecho fundamental, relativo y limitado<sup>9</sup>, según la STC 199/1987, de 16 de diciembre; y tiene como finalidad principal el respeto de un ámbito de vida privada personal y familiar. La protección constitucional del domicilio es una protección instrumental, que defiende los ámbitos donde se desarrolla la vida privada; por eso existe un nexo de unión indisoluble entre la norma que prohíbe la entrada y el registro en el domicilio y la que impone la defensa y garantía de un ámbito de privacidad.

La protección jurídico-penal del derecho a la inviolabilidad del domicilio se lleva a efecto con la tipificación de los delitos de allanamiento de morada, domicilio de personas jurídicas y establecimientos abiertos al público en los arts. 202 a 204 CP: entrada o mantenimiento en morada ajena contra la voluntad de su morador (art. 202), allanamiento de domicilio de personas jurídicas y de establecimientos abiertos al público (art. 203) y allanamiento de morada o domicilio cometido por autoridad o funcionario público (art. 204).

El doble condicionamiento a la entrada y registro domiciliario se concreta al consentimiento del titular o a la resolución judicial motivada correspondientes, salvo en el supuesto de que el delito se estuviese cometiendo o se acabare de cometer; y el delincuente fuere detenido en el momento de estar cometiendo el mismo, perseguido inmediatamente después de cometerlo cuando la persecución no se suspendiere mientras el delincuente no se ponga fuera del inmediato alcance de los perseguidores, o sorprendido inmediatamente después de cometido el delito con efectos, instrumentos o vestigios que permitan presumir su participación en el mismo.

---

<sup>9</sup> Debe tenerse en cuenta, en este sentido, que el concepto constitucional de domicilio es de mayor amplitud que el concepto jurídico-privado o jurídico-administrativo, según la STS 222/1984, de 17 de febrero.

El derecho a la inviolabilidad del domicilio tiene como excepciones el consentimiento<sup>10</sup> del titular, la autorización judicial<sup>11</sup>, la flagrancia del delito<sup>12</sup>, y la protección jurídico-penal de este derecho se lleva a efecto con la tipificación de los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra la inviolabilidad domiciliaria y demás garantías de la intimidad en los arts. 534 a 536 CP: entrada o registro domiciliario ilegal y vejación o daños ilícitos con motivo de un registro lícito (art. 534), interceptación ilegal de la correspondencia y divulgación de la información obtenida (art 535) e interceptación ilegal de las telecomunicaciones y divulgación de la información obtenida (art. 536).

### *c) Derecho al secreto de las comunicaciones*

#### *1) Secreto de las comunicaciones*

Su protección constitucional, como derecho autónomo y con significado propio separado del derecho a la intimidad, tiene un contenido puramente formal en el sentido de que el concepto de secreto se predica de lo comunicado, sea cual sea su contenido y pertenezca o no el objeto de la comunicación misma al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado<sup>13</sup>. Y aunque el art. 18.3 CE únicamente hace alusión al término “secreto”, la doctrina jurisprudencial entiende que si bien explícitamente se garantiza el secreto de las comunicaciones, implícitamente se protege también la libertad de las mismas, según la STC 114/1984, de 29 de diciembre. Por “comunicación” entiende la doctrina mayoritaria que deben comprenderse todos los medios de comunicación, por lo que no existe un “*numerus clausus*” respecto de los medios de comunicación que pueden ser objeto de vigilancia; y para que haya comunicación se exige una distancia real entre los comunicantes y que esta se realice por canal cerrado.

---

<sup>10</sup> El consentimiento eficaz del titular permite la inmisión en su derecho a la intimidad, que si bien no precisa ser expreso, se admite un consentimiento tácito y, salvo los casos excepcionales, la mera falta de oposición a la intromisión domiciliaria no se puede entender como un consentimiento tácito.

<sup>11</sup> La intervención judicial lo es en garantía del derecho a la inviolabilidad del domicilio, y, tiene como fin la evitación de entradas domiciliarias arbitrarias garantizando que las limitaciones a los derechos fundamentales sean las estrictamente necesarias.

<sup>12</sup> El TC ha establecido que el legislador puede, en general, delimitar la noción de flagrante delito en relación con la inviolabilidad del domicilio; y para el TC el concepto de flagrante delito ayuda a delimitar constitucionalmente el objeto protegido por el derecho a la inviolabilidad del domicilio, toda vez que cuando concurre esta circunstancia, tal protección cede; habiendo sido desarrollado legalmente su contenido, y, determinado lo que debe entenderse por el mismo a los efectos de la entrada en domicilio sin autorización judicial en los términos que se recogen legalmente.

<sup>13</sup> Al respecto, vid., STC 70/2002, de 3 de abril. Téngase en cuenta, además, que el secreto de las comunicaciones no cubre sólo el contenido de la comunicación sino también la identidad subjetiva de los interlocutores, según la STC 56/2003, de 24 de marzo.

La protección de las comunicaciones<sup>14</sup> postales, telegráficas o telefónicas, supone que no podrán interferirse o intervenir las mismas, salvo resolución judicial y con las garantías previstas legalmente. No hay que excluir otro tipo de comunicaciones, dado el carácter abierto en el que se ha formulado constitucionalmente la garantía del secreto de las comunicaciones.

Es doctrina jurisprudencial pacífica, unánime y reiterada, que del derecho al secreto de las comunicaciones son titulares las personas físicas y las jurídicas, tanto nacionales como extranjeras, mayores y menores de edad, según la STS, Sala 2ª, de 20 de febrero de 1995.

## **2) Intervención de las comunicaciones**

Se precisa en la STC 70/2002, de 3 de abril, que el art. 18.3 CE contiene una especial protección de las comunicaciones, cualquiera que sea el sistema empleado para realizarlas.

En relación con el concepto de intervención<sup>15</sup> telefónica, declara la STS, Sala 2ª, de 31 de octubre de 1994, que implica una actividad de control de las comunicaciones entre particulares a través de dicho medio y pueden conceptuarse como unas medidas instrumentales que suponen una restricción del derecho fundamental del secreto de las comunicaciones y que aparecen por el Juez de Instrucción en la fase instructora o sumarial del procedimiento penal, bien frente al imputado, bien frente a otros con los cuales éste se comunique, con la finalidad de captar el contenido de las conversaciones para la investigación de concretos delitos y para la aportación, en su caso, de determinados elementos probatorios.

---

<sup>14</sup> La Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, establece en su art. 5.3 en relación con los principios aplicables que, las medidas que se adopten en relación al acceso o al uso por parte de los usuarios finales de los servicios y las aplicaciones a través de redes de comunicaciones electrónicas respetarán los derechos y libertades fundamentales, como queda garantizado en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en los principios generales del Derecho comunitario y en la Constitución Española. En relación con el secreto de las comunicaciones, dispone en el art. 39.1 que los operadores que exploten redes públicas de comunicaciones electrónicas o que presten servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público deberán garantizar el secreto de las comunicaciones de conformidad con los artículos 18.3 y 55.2 CE, debiendo adoptar las medidas técnicas necesarias. Por su parte, la Ley 43/2010, de 30 de diciembre, del servicio postal universal, de los derechos de los usuarios y del mercado postal, establece en su art. 5 en relación con el secreto de las comunicaciones postales que, los operadores postales deberán realizar la prestación de los servicios con plena garantía del secreto de las comunicaciones postales, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 18.3 y 55.2 CE y en el artículo 579 LECr.

<sup>15</sup> La posibilidad de acordar medidas de intervención telefónica está prevista en la LO 2/2002, de 6 de mayo, reguladora del control judicial previo del Centro Nacional de Inteligencia, y, en la LO 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

El valor constitucional que se invoca frente al secreto de las comunicaciones es el interés público propio de la investigación de un delito grave, y, más concretamente, la determinación de hechos relevantes para la investigación penal del mismo, según la STC 49/1999, de 5 de abril.

El régimen jurídico de la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, se establece en los arts. 588 ter a) y siguientes LECr<sup>16</sup>, estableciéndose como principio rector de la misma que la autorización judicial de esta diligencia de investigación está sujeta a los principios de especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad. El control judicial de la intervención telefónica autorizada es un requisito de validez constitucional y no de mera legalidad ordinaria, conforme pacífica y consolidada jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Finalmente, cabe destacar que el concepto de correspondencia se ha entendido en nuestro sistema de forma sumamente amplia, de manera que, con frecuencia, se ha equiparado el tratamiento de los paquetes postales con el de las cartas, al considerar que los primeros también podían contener mensajes de carácter privado<sup>17</sup>.

#### ***d) Derecho a la libertad de expresión e información***

##### ***1) Libertades de expresión e información. Límites a estos derechos***

El art. 20.1 CE establece que se reconocen y protegen los derechos a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o

---

<sup>16</sup> Ahora bien, debe tenerse en cuenta que conforme a lo dispuesto en el art. 579 LECr, el Juez podrá acordar en resolución motivada la detención de la correspondencia privada, postal y telegráfica, incluidos fax, burofax y giros, que el investigado remita o reciba, así como su apertura o examen, si hubiera indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia relevante para la causa, siempre que la investigación tenga por objeto alguno de los delitos determinados legalmente. En el caso de urgencia, cuando las investigaciones se realicen para la averiguación de delitos relacionados con las organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo y existan fundadas razones que hagan imprescindible, la medida prevista en el art. 579 LECr podrá ordenarla el Ministro del Interior o, en su defecto, el Secretario de Estado de Seguridad, que podrá ser revocada o confirmada por el Juez competente en resolución motivada en un plazo máximo de 72 horas desde que fue ordenada la misma. Y no se requerirá autorización judicial en los casos determinados legalmente.

En este sentido, relevante ha resultado, entre otras tantas resoluciones, la STEDH de 18 de febrero de 2003 (caso Prado Bugallo vs España), cuando declaraba que se había producido una violación del art. 8 CEPDHLF tras examinar el contenido del art. 579 LECr, concluyendo que dicho precepto era insuficiente para cumplir con los estándares exigidos por el art. 8 CEPDHLF e instaba al legislador español a que revisase dicho texto legal, a fin de adaptarlo de una vez por todas a los requisitos establecidos por la jurisprudencia del TEDH (reformado por la LO 13/2015, de 5 de octubre).

<sup>17</sup> Según la STS, Sala 2ª, de 23 de marzo de 2001. Por su parte, en relación con la correspondencia, declara la STEDH de 6 de septiembre de 1978 (caso Klass contra la República Federal de Alemania) que a pesar de que el párrafo 1º del art. 8 CEPDHLF no mencione expresamente las conversaciones telefónicas, puede considerarse que las mismas también están comprendidas en las nociones de “vida privada y correspondencia”.

cualquier otro medio de reproducción; la producción y creación literaria, artística, científica y técnica; a la libertad de cátedra; y a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión (la ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades). Las libertades ex art. 20.1 CE no sólo son derechos fundamentales, sino también condición de existencia de la opinión pública libre, indisolublemente unida al pluralismo político y, por ello, fundamento de un Estado Democrático, según las SSTC 105/1990, de 6 de junio, y, 85/1992, de 8 de junio. Los derechos contemplados en el art. 20 CE han sido reconocidos por la jurisprudencia como de especial interés, en cuanto conciernen a la formación y existencia de una opinión pública libre, garantía que reviste una especial trascendencia, ya que al ser una condición previa y necesaria para el ejercicio de otros derechos inherentes al funcionamiento de un sistema democrático, se convierte, a su vez, en uno de los pilares de una sociedad libre democrática, según la STS, Sala 2ª, de 26 de noviembre de 1993.

Las libertades de expresión e información se presentan en la Constitución como dos derechos autónomos con contenido propio e identificable, lo que no obsta el reconocimiento de la íntima conexión que ambas libertades se profesan.

La libertad de expresión que establece el art. 20.1 a) CE tiene por objeto pensamientos, ideas y opiniones; es un concepto amplio dentro del que deben incluirse también las creencias y juicios de valor. Este derecho supone tanto el derecho a comunicar como el derecho a recibir informaciones o ideas de toda índole por cualquier procedimiento, según la STC 153/1985, de 7 de noviembre.

La comunicación que la CE protege en el art. 20.1 d) CE es la que transmite información veraz relativa a asuntos de interés general o relevancia pública, según la STC 154/1999, de 14 de septiembre. El deber de comprobación razonable de la veracidad de la información debe ser proporcionado a la trascendencia de la información que se comunica, pero en todo caso es exigible una actuación razonable, para no defraudar el derecho de todos a recibir una información veraz, tal y como reconoce la STC 219/1992, de 3 de diciembre.

La información garantizada constitucionalmente es aquella que, de un lado, parte de hechos contrastados y fuentes fiables –ya que, en realidad, si el emisor se desentiende del contenido de lo transmitido y de su relación con algún dato objetivo, difícilmente puede hablarse de un acto de información, sino de la expresión de una

opinión (STC 110/2000)– y de otro lado, tiene relevancia pública<sup>18</sup> –frente a eventuales derechos de terceros como el derecho a la propia imagen, al honor o a la intimidad– (STC 19/2014, de 10 de febrero, FJ 6). Se priva, así, de la garantía constitucional «a quien, defraudando el derecho de todos a la información, actúe con menosprecio de la veracidad o falsedad de lo comunicado» pues «el ordenamiento no presta su tutela a tal conducta negligente, ni menos a la de quien comunique como hechos simples rumores o, peor aún, meras invenciones o insinuaciones insidiosas, pero sí ampara, en su conjunto, la información rectamente obtenida y difundida, aun cuando su total exactitud sea controvertible (STC 6/1988, de 21 de enero, FJ 5). De lo anterior se deduce, en definitiva, que se exige una cierta investigación al informador, una diligente forma de proceder, sin que ello signifique, obviamente, ni la imposición de la verdad como condición para el reconocimiento del derecho, ni la falta de protección constitucional de las afirmaciones erróneas, inevitables en un debate libre (STC 6/1988).

En este sentido, declara la STC 86/2017, de 4 de julio de 2017, que: “...resulta preciso recordar que, como ya señalamos en la STC 206/1990, de 17 de diciembre, «el artículo 20 CE, además de los derechos subjetivos de expresión e información garantiza el derecho de todos a recibir información, y tiene una dimensión de garantía de una institución fundamental cual es la opinión pública libre, que trasciende a lo que es común y propio de otros derechos fundamentales (STC 104/1986, fundamento jurídico 5)» (FJ 6). La protección de ese contenido primario directamente garantizado por el artículo 20 CE –que es el de difundir opiniones e ideas y conformar la opinión pública libre– no tiene la misma intensidad que la protección de otros derechos que, aun intrínsecamente relacionados con el derecho a la información, son meramente instrumentales de aquéllos: así, el derecho de creación de los medios de comunicación, ámbito en el que el legislador dispone, en efecto, de mucha mayor capacidad de configuración. Como recordamos en la STC 73/2014, de 8 de mayo, el llamado «derecho de antena» puede verse sometido a limitaciones o modulaciones establecidas por el legislador y justificadas por la necesidad de proteger valores constitucionales como el pluralismo (externo o interno) como un valor fundamental del Estado, la formación de una opinión pública libre o los principios de libertad e igualdad (SSTC 6/1981, de 16 de marzo, FJ 4; 12/1982, de 31 de marzo, FJ 6; y 206/1990, de 17 de diciembre, FJ 6), siempre que tales limitaciones no cercenen el contenido primario o

---

<sup>18</sup> El requisito sobre la relevancia pública de la información deriva tanto del contenido como de la finalidad misma del derecho reconocido en el art. 20.1 d) CE, según la STC 219/1992, de 3 de diciembre.

material que garantizan las libertades reconocidas en el artículo 20.1 a) y d) CE; esto es, el derecho a una comunicación libre sin la que «serían formas huecas las instituciones representativas, se falsearía el principio de legitimidad democrática y no habría una sociedad libre ni soberanía popular», exigiendo, por ello su preservación «una especial consideración a los medios que aseguran la comunicación social» (STC 6/1981, de 16 de marzo, FJ 3)».

Así pues, puede afirmarse que el derecho a la información encuentra su protección jurídico-penal con la tipificación del delito de censura previa o recogida de ediciones de libros o periódicos o suspensión de su publicación o de cualquier emisión radiotelevisiva ilegales (art. 538 CP).

## ***2) Medios de comunicación social***

El derecho de difundir las ideas y opiniones comprende en principio el derecho a crear los medios materiales a través de los cuales la difusión se hace posible, tal y como tiene reconocido la STC 12/1982, de 31 de marzo.

La protección constitucional de la libertad de información alcanza su máximo nivel cuando la libertad es ejercida por los profesionales de la información a través del vehículo institucionalizado de formación de la opinión pública, que es la prensa, entendida en su más amplia acepción, según la STC 165/1987, de 27 de octubre. La reserva legal establecida constitucionalmente se limita a la regulación de la organización y control parlamentario de los medios de comunicación social dependientes del Estado o de cualquier ente público, imponiendo al legislador el mandato concretado a la garantía de acceso a dichos medios de los grupos sociales y políticos significativos, con respeto al pluralismo social y lingüístico.

Ciertamente, la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, establece en su art. 1 que, “el ámbito de aplicación de esta Ley es la regulación de las telecomunicaciones, que comprenden la explotación de las redes y la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas y los recursos asociados, de conformidad con el art. 149.1.21ª CE”. En relación con la protección de datos, dispone en su art. 41 que “los operadores que exploten redes públicas de comunicaciones electrónicas o que presten servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público, incluidas las redes públicas de comunicaciones que den soporte a dispositivos de identificación y recopilación de datos, deberán adoptar las medidas técnicas y de gestión adecuadas para

preservar la seguridad en la explotación de su red o en la prestación de sus servicios, con el fin de garantizar la protección de los datos de carácter personal”.

### 3) *Límites*

El art. 20.4 CE establece que estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia.

Las libertades ex art. 20 CE tienen un valor prevalente sobre los derechos de la personalidad garantizados por el art. 18.1 CE, pero esta prevalencia no es absoluta, sino sólo en la medida en que la información que implique una intromisión en otros derechos fundamentales guarde congruencia con la expresada finalidad de contribuir a la formación de la opinión pública sobre asuntos de interés general y la intromisión no vaya más allá de lo estrictamente necesario para alcanzar aquella finalidad.

En el conflicto que pudiera existir entre las libertades reconocidas en el art. 20 CE y otros bienes constitucionalmente protegidos, los órganos judiciales deben ponderar razonada y proporcionadamente si la información se ha llevado a cabo dentro del ámbito de la protección constitucional, o por el contrario si ha trasgredido ese ámbito, siguiendo la doctrina de las SSTC 171/1990, de 12 de noviembre, y, 85/1992, de 8 de junio.

En este sentido, tiene reconocido el alto tribunal en materia constitucional, en virtud de STC 56/2008, de 14 de abril, que: “...el ejercicio del derecho reconocido en el art. 20.1 a) CE se encuentra sometido a los límites que el apartado 4 del mismo precepto establece (SSTC 126/1990, de 5 de julio; 106/1996, de 12 de junio; o 186/1996, de 25 de noviembre, entre otras) y, en particular, que cuando nos situamos en el ámbito de una relación laboral las manifestaciones de una parte respecto de la otra deben enmarcarse en las pautas de comportamiento que se derivan de la existencia de tal relación, pues el contrato entre trabajador y empresario genera un complejo de derechos y obligaciones recíprocas que condiciona, junto a otros, también el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, de modo que manifestaciones del mismo que en otro contexto pudieran ser legítimas no tienen por qué serlo necesariamente en el marco de dicha relación (SSTC 120/1983, de 15 de diciembre; 6/1998, de 21 de enero; 4/1996, de 16 de enero; 106/1996, de 12 de junio; 1/1998, de 12 de enero; 20/2002, de 28 de enero; o 126/2003,

de 30 de junio). De este modo, surge un ‘condicionamiento’ o ‘límite adicional’ en el ejercicio del derecho constitucional, impuesto por la relación laboral, que se deriva del principio de buena fe entre las partes en el contrato de trabajo y al que éstas han de ajustar su comportamiento mutuo (SSTC 106/1996, de 12 de junio; 1/1998, de 12 de enero; 90/1999, de 26 de mayo; 241/1999, de 20 de diciembre; o 20/2002, de 28 de enero), aunque se trate de un límite débil frente al que caracteriza la intersección del derecho fundamental con otros principios y derechos subjetivos consagrados por la Constitución (STC 241/1999, de 20 de diciembre)”.

#### **4) Secuestro**

El art. 20.5 CE establece que sólo podrá acordarse el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información en virtud de resolución judicial. Este precepto constitucional prohíbe que esta medida de urgencia pueda ser adoptada por un poder público distinto del judicial, y, constituye una garantía de la libertad de expresión.

Sobre esta cuestión, declara la STC 31/1994, de 31 de enero, que “no cabe calificar de secuestro una actuación que no se dirige contra publicaciones o grabaciones o cualquier otro soporte de una comunicación determinada, esto es, de un mensaje concreto, sino contra el instrumento capaz de difundir, directamente o incorporándolos a un soporte susceptible a su vez de difusión, cualquier contenido comunicativo”.

\* \* \* \* \*

## M.<sup>a</sup> Mercedes Fernández Saldaña

Abogada del Ilustre Colegio Provincial de Abogados de Almería. Socia de la FICP.

### ~El delito de odio, la libertad de expresión y las redes sociales~

#### I. EL DELITO DE ODIOS TRAS LA REFORMA EN EL CÓDIGO PENAL A TRAVÉS DE LA LEY 1/2015 DE 30 DE MARZO. LA AGRAVANTE DEL ART. 22.4 CP.

##### 1. El delito de odio tras la reforma en el Código Penal a través de la Ley 1/2015 de 30 de marzo.

El Preámbulo de la LO 1/2015 argumenta como fundamento para basar una reforma tan amplia<sup>1</sup> en este tipo de delitos, la necesidad de adaptar la regulación española a la Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo, de 28 de noviembre, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal. Con la LO 1/2015, de 30 de marzo que modifica el CP, la regulación de los delitos de odio, hostilidad, discriminación y violencia hacia determinados individuos o grupos por razón de su pertenencia a los mismos, ha sido remodelada<sup>2</sup>. La legislación española considera la dignidad de la persona como principio informador, estableciéndola como un mínimo invulnerable<sup>3</sup>. Sin embargo, la reforma del 2015 ha ido más lejos que la Decisión Marco, incluyendo otros motivos de discriminación, como la situación familiar, el sexo, la orientación o identidad sexual o por razones de género, enfermedad o discapacidad. Responde al adelantamiento de la barrera de protección la tipificación de la acción de facilitar a terceros el acceso, para combatir el discurso del odio a través de webs, pero, supone una elevación a delito de conductas que sólo son constitutivas de cooperación con un acto preparatorio de un acto preparatorio.

Podemos afirmar que existe una tipificación no homogénea de los delitos de odio<sup>4</sup>, a través de los diferentes tipos penales del CP reformado por la LO 1/2015, de 30

---

<sup>1</sup> ALASTUEY DOBÓN, C. REDPC, 18-14, 2016, pp. 4-5.

<sup>2</sup> El Comité de Ministros del Consejo de Europa define al discurso del odio como “toda forma de expresión que difunda, incite, promueva o justifique el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia”.

<sup>3</sup> La Memoria de la FGE de 2016, registra un aumento de los procedimientos por delitos de odio.

<sup>4</sup> GÜERRI FERRÁNDEZ C., La especialización de la Fiscalía en materia de delitos de odio y discriminación. Aportaciones a la lucha contra los delitos de odio y el discurso de odio en España, Indret, 2015, p. 6. Diferencia los delitos de discriminación de los anteriores: discriminación en el ámbito laboral

de marzo: amenazas a un grupo con un mal que constituya delito (art. 170.1 CP); tortura cometida en base a algún tipo de discriminación (art. 174 CP); provocación a la discriminación, odio o violencia contra grupos o asociaciones (art. 510.1 CP); difusión de informaciones injuriosas sobre grupos o asociaciones (art. 510.2 CP); asociación ilícita para promover la discriminación, el odio o la violencia contra las personas, grupos o asociaciones (art. 515.5 CP y 51 CP); delitos contra libertad de conciencia y sentimientos religiosos (arts. 522-525 CP); genocidio (art. 607 CP) y delitos de lesa humanidad (art. 607 bis CP)<sup>5</sup>.

FUENTES OSORIO<sup>6</sup> incluye dentro de los delitos de odio sólo los que contienen el odio como ánimo aversivo discriminatorio (arts. 510.1.a-b y 515 CP), los agravados por la concurrencia de motivos discriminatorios como circunstancia genérica (art. 22.4 CP) o específica (arts. 174, 314, 510.2.a), 510.2.b), 511, 512 CP), los que protegen al colectivo con relación a un motivo discriminatorio concreto: delitos de genocidio o de lesa humanidad (arts. 607, 607 bis, 510.1.c) CP), delitos contra los sentimientos religiosos (arts. 522-526 CP), los agravados por afectar a un grupo vulnerable: arts. 170.1 y el art. 197.5 CP.

La amplitud del tipo supone que, la determinación del carácter delictivo de los hechos dependerá, del control de idoneidad que deberá efectuar el órgano jurisdiccional sobre la base de los elementos probatorios disponibles y valorando si el contenido de los materiales es idóneo para fomentar, promover o incitar, directa o indirectamente, al odio, la hostilidad, discriminación o violencia, referidos estos al mismo ámbito de sujetos previstos en la letra a) del artículo 510, que es el tipo que vamos a estudiar.

El art. 510 CP, tras la reforma<sup>7</sup>, tipifica dos conductas:

1.- Las acciones de incitación al odio o la violencia contra grupos o individuos por motivos racistas.

---

(art. 314 CP); denegación de prestaciones por un particular encargado de un servicio público o por un funcionario público (art. 511 CP); denegación de prestaciones en actividades profesionales o empresariales (art. 512 CP).

<sup>5</sup> La ONG Movimiento contra la Intolerancia incluye entre los delitos de odio el artículo 173.1 CP, que tipifica los atentados contra la dignidad de la persona.

<sup>6</sup> FUENTES OSORIO, J. L., El odio como delito, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2017 nº 19-27, pp. 8-9.

<sup>7</sup> TAPIA BALLESTEROS P., Artículo 510, en GÓMEZ TOMILLO/JAVATO MARTÍN (Dirs.): Comentarios prácticos al Código penal, Aranzadi, Pamplona, pp. 181 y ss., “Esta regulación se debió a la creciente ola de acontecimientos racistas y xenófobos que en nuestro país se desata en la década de los noventa, momento también el que se consolidan grupos organizados de ideología nacional socialista (tuvo especial importancia la tipificación de este delito el caso de Violeta Friedman resuelto en STC 214/1991, de 11 noviembre)”.

2.- Los actos de humillación o menosprecio, así como el enaltecimiento y justificación de los delitos cometidos contra tales grupos o sus integrantes con una motivación discriminatoria.

Además, con la reforma del Código Penal se añaden conceptos nuevos (como la hostilidad, el menosprecio, la humillación y el descrédito), a los ya existentes de odio, violencia y discriminación y, se regula también la comisión de estos delitos a través de Internet, redes sociales y medios de comunicación social.

En el art. 510 CP se incluyen tres clases de delitos: de odio, de discriminación y de racismo/xenofobia. El sujeto pasivo<sup>8</sup> es común: un grupo, una parte del mismo o una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, siempre que la conducta de que se trate se realice por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad.

El tipo básico se recoge en el art. 510.1 CP. En el art. 510.2 CP se regulan los tipos atenuados, castigando dos tipos de conductas con una pena más leve que en el anterior apartado. Los tipos cualificados agravados se recogen en los puntos 3 y 4 del art.510 CP. El art. 510.3 CP tipifica el tipo agravado que consiste en la realización de alguna de las conductas previstas en los apartados precedentes del precepto a través de un medio de comunicación social, por medio de Internet o mediante el uso de tecnologías de la información, de modo que se haga accesible a un número elevado de personas. Es necesario que la conducta se realice “públicamente” o “por cualquier medio de expresión pública”, por lo que en el art. 510.3, la publicidad no se refiere a cualquier medio de comunicación pública, sino exclusivamente a aquellos sistemas adecuados para llegar a un número masivo de personas<sup>9</sup>. El tipo agravado del art. 510.4 CP se refiere a supuestos en que cualquiera de las conductas previstas en los apartados anteriores resulte objetivamente adecuada para alterar la paz pública y para crear un grave sentimiento de inseguridad o temor entre los integrantes del grupo.

---

<sup>8</sup> Se añade la posibilidad de que las conductas tipificadas se refieran individualmente a una persona determinada, aunque por razón de su adscripción al grupo, o parte del grupo, en cuestión; se añade el concepto de *la identidad sexual* frente al anterior de *orientación sexual*, y sustituye el término *minusvalía* por el de *discapacidad*.

<sup>9</sup> "Internet" o el "uso de tecnologías de la información" se refiere a medios como webs, blogs, redes sociales o sistemas tecnológicos similares. "Medio de comunicación social", se refiere a que el medio sea accesible a un número de personas elevado (televisión, radio o prensa escrita).

El art. 510.5 CP establece la imposición de inhabilitación especial para profesión u oficio educativos, en el ámbito docente, deportivo y de tiempo libre, atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito, al número de actos cometidos y a las circunstancias concurrentes.

El art. 510.6 CP establece la destrucción, borrado o inutilización de los libros, archivos, documentos, artículos y cualquiera otros soportes utilizados para la comisión de estos delitos<sup>10</sup>. Esta nueva pena, de aplicación preceptiva, implica la destrucción, inutilización o borrado de libros, archivos, documentos, artículos o cualquier clase de soporte, debiendo el juez o tribunal sentenciador ordenar la retirada de los contenidos cuando el delito se hubiera cometido a través de las TIC. Para PORTILLA CONTRERAS<sup>11</sup> es una forma de censura propia de un Estado autoritario.

La concepción expansiva y criminalizadora del discurso del odio fue ratificada por la STC 177/2015 de 22 de julio la cual señaló que es obvio que las manifestaciones más toscas del denominado "discurso del odio" son las que se proyectan sobre las condiciones étnicas, religiosas, culturales o sexuales de las personas. Pero lo cierto es que el discurso fóbico ofrece también otras vertientes, siendo una de ellas, indudablemente, la que persigue fomentar el rechazo y la exclusión de la vida política, y aun la eliminación física, de quienes no compartan el ideario de los intolerantes". El TC consideró que quemar públicamente el retrato de los monarcas es un acto no solo ofensivo, sino también incitador al odio. Sin embargo, esta posición fue desestimada por la Corte Europea de Derechos Humanos, STEDH de 13 de marzo de 2018 (asunto Stern Taulats y Roura Capellera. c. España (demandas nº 51168/15 y 51186/15) en la que ha condenado a España por vulneración del derecho a la libertad de expresión, entendiendo que la quema de la imagen del Rey como una forma de crítica política de la monarquía y del Reino de España como nación, no puede ser castigada con pena de prisión, en la medida que no entraña una incitación al odio o la violencia ni debe ser interpretada como expresión del discurso del odio.

---

<sup>10</sup> Cuando el delito se haya cometido a través de las tecnologías de la información y comunicación, impone al juez que se acuerde la retirada de los contenidos. En caso de portales de acceso a internet a través de los cuales se difundan exclusiva o preponderantemente los contenidos a que se refiere el apartado anterior, deberá ordenarse el bloqueo del acceso o la interrupción de la prestación de éste.

<sup>11</sup> PORTILLA CONTRERAS G., La represión penal del discurso del odio, en QUINTERO OLIVARES G., Comentario a la reforma penal de 2015, Pamplona: Ed. Aranzadi, 2015, pp. 379-412.

## 2. La agravante del art. 22.4 CP.

El Art. 22.4 CP, considera como agravante el hecho de cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, razones de género, la enfermedad que padezca o su discapacidad.

La LO 4/1995 de 11 de mayo, de reforma del CP señala en su Exposición de Motivos que la justificación de su inclusión era la proliferación de episodios racistas y antisemitas de ideología nazi que se habían producido en Europa. La LO 5/2010 de 22 de junio introdujo en la circunstancia agravante del art. 22.4 del Código Penal la identidad sexual junto a la orientación sexual, así como la discapacidad o enfermedad en lugar del término minusvalía que se venía utilizando. Con la última reforma de la LO 1/2015 de 30 de marzo, se añade la agravante por razones de género<sup>12</sup>, considerando que el género puede ser base de acciones discriminatorias distinto del que abarca la referencia al sexo. Cometiendo el delito por motivos discriminatorios, se lesiona aparte del bien jurídico protegido por el delito concreto, otro bien jurídico distinto que justifica ese plus de protección y que tiene una mayor punición<sup>13</sup>. No en todo delito en el que la víctima pertenezca a otra raza, etnia o nación, o participe de otra ideología o religión o condición sexual, hay que aplicar la agravante, ya que es una circunstancia fundamentada en la mayor culpabilidad del autor debido a la mayor reprochabilidad, de forma que es requisito indispensable que aquella motivación sea la determinante para cometer el delito.

Según DÍAZ LÓPEZ<sup>14</sup>, el art. 22.4 CP tiene como fundamento el principio de igualdad entre todos sean cuales sean nuestras condiciones personales y, por tanto,

---

<sup>12</sup> CHACÓN LEDESMA, L., Delitos de odio y discriminación en el Código Penal, I Congreso Nacional sobre Discriminación y Delitos de Odio, Córdoba, 2016.

<sup>13</sup> La STS 1145/2006, de 23 de noviembre, señala que nos encontramos ante la averiguación, en términos de carga de prueba, de un elemento motivacional que solo podrá deducirse de indicios. Es cierto que en muchos supuestos estarán acreditados de forma palmaria, pero también lo es que pudiera producirse casos límite de muy compleja solución. Para la aplicación de la circunstancia agravante del art. 22.4 del CP *será necesario probar no solo el hecho delictivo de que se trate así como la participación del acusado, sino también la condición de la víctima y además la intencionalidad, y esto es una injerencia o juicio de valor que debe ser motivada, art. 120.3 CE . Se trata en definitiva, de un elemento subjetivo atinente al ánimo o móvil específico de actuar precisamente por alguna de las motivaciones a las que el precepto hace referencia, excluyendo, por consiguiente, aquellos supuestos en los que estas circunstancias carezcan del suficiente relieve o, incluso, no tengan ninguno.*

<sup>14</sup> DÍAZ LÓPEZ J.A., La reforma de la agravante genérica de discriminación, Artículo [litigacionpenal.com/es/reforma-agravante-genérica-discriminación](http://litigacionpenal.com/es/reforma-agravante-genérica-discriminación), 2015.

que lo que hay que probar para su aplicación es si el autor actuó, guiado por su prejuicio y su odio, comete los hechos por razón de alguna de las condiciones personales de la víctima que se enumeran en el precepto.

La discriminación puede ser directa<sup>15</sup>, indirecta<sup>16</sup>, por asociación<sup>17</sup> y por error<sup>18</sup>. Las motivaciones contenidas en el art. 22.4 CP se pueden interpretar o no, si bien sólo la discapacidad está definida en el art. 25 CP. Las motivaciones son por:

1.- Sexo y género<sup>19</sup>.

El sexo se refiere a la biología, al cuerpo de los seres humanos, a las características biológicas masculinas o femeninas<sup>20</sup>. El género se refiere a un concepto cultural, a las ideas socialmente aceptadas de masculinidad o feminidad y sobre cómo nos sentimos individualmente<sup>21</sup>. Se puede aplicar la agravante de género en todos aquellos supuestos en los que la agravación por género<sup>22</sup>, no esté ya

---

<sup>15</sup> Según la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, es la situación en la que se encuentra una persona que sea, haya sido o pudiera ser tratada, de manera menos favorable que otra en situación análoga o comparable, por motivos de lugar de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, convicción u opinión, edad, discapacidad, orientación o identidad de género (como negar la entrada en un establecimiento público a una persona discapacitada por el hecho de serlo).

<sup>16</sup> Situación en que una disposición, criterio o práctica, aparentemente neutros, ocasiona o puede ocasionar una desventaja particular a una persona con respecto a otras por los motivos antes expuestos (como exigir a determinados colectivos, para obtener una prestación social determinada, requisitos tan difíciles de obtener que los coloca en situación de desventaja respecto de otras personas).

<sup>17</sup> Cuando se discrimina a alguien por su relación o contacto con una o más personas sobre las que recae una discriminación por alguno de los motivos enumerados en el CP.

<sup>18</sup> Se produce cuando existe una apreciación errónea de la persona por asociarla a determinadas características. En los casos de discriminación por error y discriminación por asociación será aplicable la circunstancia agravante del art. 22.4 del Código Penal, ya que la exigencia es cometer el delito por los motivos racistas, establecidos en dicho artículo, por lo que será suficiente que el autor de los hechos actúe por la motivación, con independencia de si la cualidad personal objeto del móvil discriminatorio concurre o no en el sujeto pasivo de la conducta.

<sup>19</sup> Las de género se recogen en la reforma del Código Penal operada por LO 1/2015, de 30 de marzo, como consecuencia de las previsiones del Convenio de Estambul sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica de fecha 11/05/11, ratificado en España el 18/03/2014 (BOE 6 de junio de 2014).

<sup>20</sup> Normalmente nacemos macho o hembra, pero existe un pequeño porcentaje de personas que nace intersexual, con características biológicas correspondientes tanto al sexo femenino como al masculino, anteriormente llamadas hermafroditas.

<sup>21</sup> El Convenio de Estambul, sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, aprobado el 7 de abril de 2011, señala cómo “los papeles, comportamientos o actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres, puede constituir un fundamento de acciones discriminatorias diferente del que abarca la referencia al sexo”.

<sup>22</sup> El género ya está contemplado en las infracciones previstas en los delitos de maltrato de obra o lesiones sin tratamiento médico o quirúrgico para su curación (art. 153.2), en las lesiones que requieren tratamiento médico o quirúrgico para su curación, (art. 148.4), siempre que, por su gravedad no se puedan encuadrar en los arts. 149 y 150 CP, en las amenazas leves (art. 171.4) y coacciones leves, cometidos por el varón frente a la mujer con la que tiene o no tenido en el pasado vínculo matrimonial o análoga relación de afectividad, aun sin convivencia (No sería aplicable la agravante genérica de razones de género, ya que supondría un claro *non bis in idem*, en las siguientes infracciones penales).

expresamente contemplada en el propio tipo penal<sup>23</sup>.

La reforma de la LO 1/2014, ha dejado fuera las conductas más graves, como las lesiones graves, el homicidio o el asesinato. Por lo tanto, en el resto de supuestos de violencia sobre la mujer en el ámbito familiar, podría ser aplicable la agravante de género si concurren los requisitos para ello.

## 2.- Racismo.

El art. 1 de la Convención sobre Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (de la ONU, 1965), lo define como “toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública”<sup>24</sup>.

## 3.- Etnia.

Se produce cuando se trata de forma diferente a una persona por su pertenencia a un grupo o una comunidad que comparte una lengua, identidad simbólica, ideología, cultura y en algunos casos ciertos rasgos físicos visibles, que los diferencian del resto de grupos o comunidades<sup>25</sup>.

## 4.- Nación.

## 5.- Ideología.

## 6.- Religión o creencias.

---

<sup>23</sup> En nuestro sistema penal, ya se contemplan los fundamentos de la violencia sobre la mujer y las razones de género en la tipificación de algunas conductas penales, introduciendo un tratamiento diferente según que el sujeto pasivo sea hombre o mujer y, en general, agravando alguno de estos comportamientos cuando el sujeto pasivo es el varón frente a la mujer

<sup>24</sup> Suele ser confundido con la xenofobia, que es el “odio, repugnancia u hostilidad hacia los extranjeros”. Sin embargo, existen diferencias entre ambos conceptos. El racismo es un pensamiento de superioridad, mientras que la xenofobia es un sentimiento de rechazo. Por otro lado, la xenofobia está dirigida solamente contra los extranjeros a diferencia del racismo, que puede proyectarse tanto sobre personas nacionales como extranjeras. El término xenofobia no aparece expresamente reflejado en el art. 22.4 del Código Penal, a diferencia del racismo, pero se puede englobar en la discriminación por “nación a la que pertenezca la víctima”.

<sup>25</sup> La STEDH de fecha 13 de Diciembre del 2.005 (caso Timishev contra Rusia) señala la relación entre etnicidad y raza: “la etnicidad y la raza están relacionadas y son conceptos que se solapan. Mientras la noción de raza está basada en la idea de clasificación biológica de los seres humanos en subespecies según características morfológicas como el color de la piel o características faciales, la etnicidad tiene su origen en la idea de grupos sociales marcados por una nacionalidad común, afiliación tribal, creencias religiosas, lenguaje compartido u orígenes y antecedentes culturales y tradicionales”.

- 7.- Antisemitismo.
- 8.- Orientación e identidad sexual
- 9.- Enfermedad.
- 10.- Discapacidad.

Los indicadores de prejuicio o polarización constituyen una herramienta fundamental para determinar si nos encontramos o no ante un delito de odio<sup>26</sup>. A falta de prueba directa, la prueba indiciaria puede sustentar un pronunciamiento condenatorio, sin menoscabo del derecho a la presunción de inocencia. Los factores de polarización, según la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa (OSCE-ODIHR) pueden ser: La percepción de la víctima o de terceros, la pertenencia de la víctima a un colectivo o grupo minoritario, la relación de la víctima con un grupo objetivo o miembros del mismo (discriminación por asociación), el lugar de comisión del delito, la fecha de comisión de los hechos (Día del Orgullo Gay, día de oración para los musulmanes, sábado para los judíos, día del cumpleaños de Hitler, etc.), comentarios, gestos, manifestaciones escritas del autor del delito y símbolos, pintadas o dibujos en la escena del delito, tatuajes, ropa, propaganda, estandartes, banderas, pancartas, panfletos y, en general, cualquier tipo de material de carácter ultra, los antecedentes policiales del sospechoso, la relación del sospechoso con grupos ultra del fútbol, la relación del sospechoso con grupos o asociaciones caracterizadas por su odio, animadversión u hostilidad contra el colectivo víctima, la enemistad histórica entre el colectivo víctima y el colectivo al que pertenece el sospechoso, la gratuidad de los hechos, etc.

## **II. LA DELIMITACIÓN DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y EL DELITO DE ODIO.**

Según ALONSO<sup>27</sup>, el TC ha recurrido en diversas ocasiones a la categoría del discurso del odio para justificar un límite a la libertad de expresión. Se ha considerado

---

<sup>26</sup> SSTC 61/2005 y 137/2005, la prueba circunstancial o indirecta puede sustentar una condena penal ante delitos motivados por odio y discriminación a falta de prueba de cargo directa, siempre que parta de datos fácticos plenamente probados y que los hechos constitutivos del delito o su motivación se deduzcan de los indicios aportados por la acusación y ello a través de un proceso mental razonado, acorde con las reglas del criterio humano y de la lógica y detallado expresamente en la sentencia condenatoria.

<sup>27</sup> ALONSO, L./VÁZQUEZ, V., Sobre la libertad de expresión y el discurso del odio. Textos críticos, Sevilla: Athenaica, 2017, pp. 211-252.

en cierta manera el discurso del odio como un cajón de sastre que incluiría cualquier tipo de discurso extremo que exprese intolerancia por algún motivo anti-democrático. Por ello, TERUEL LOZANO<sup>28</sup> considera necesario acercarse de forma crítica a esta jurisprudencia constitucional.

En la STC 177/2015, de 22 de julio, sobre una condena por injurias al Rey, y la STC 112/2016, de 20 de junio, referida al enaltecimiento del terrorismo, el Tribunal acogió la doctrina que acuñara en relación con el discurso del odio y consideró legítima la sanción penal de tales conductas “en la medida en que puedan ser consideradas como una manifestación del discurso del odio por propiciar o alentar, *aunque sea de manera indirecta*, una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades”. En estas sentencias el TC, según TERUEL LOZANO<sup>29</sup>, aunque no se desdice de su doctrina en relación con el carácter abierto y no militante del ordenamiento español, sin embargo, legitima unos límites exorbitantes a la libertad de expresión, admitiendo severas restricciones a la misma sobre la base de la intencionalidad de los discursos, de su contenido y, como mucho, de una genérica y difusa peligrosidad o idoneidad lesiva de los mismos.

Por su parte, el Tribunal Supremo<sup>30</sup>, tiene una jurisprudencia poco clarificadora. Respecto al antiguo delito de incitación al odio del art. 510 CP, ha tenido una jurisprudencia restrictiva aplicando los requisitos de la provocación<sup>31</sup> del art. 18 CP.

Debemos de tener en cuenta, en primer lugar que, los derechos absolutos no existen en el ordenamiento. Dentro de ellos, los derechos fundamentales (como el derecho a la libertad de expresión) están también delimitados<sup>32</sup>. Por otro lado, el Derecho penal también tiene sus límites, como consecuencia del principio de intervención mínima, siendo aplicable con carácter subsidiario y como *ultima ratio* del ordenamiento punitivo. Tal es así que, la protección del derecho a la no discriminación

---

<sup>28</sup> TERUEL LOZANO, G. M., *La lucha del Derecho: una peligrosa frontera*, Madrid: CEPC, 2015, pp. 293-307.

<sup>29</sup> TERUEL LOZANO G.M., *Discursos extremos y libertad de expresión: un análisis jurisprudencial*, 217, rescatado internet el 02/02/2019.

<sup>30</sup> STS 259/2011, de 12 de abril.

<sup>31</sup> COBO DEL ROSAL, C. (Dir.), *Curso de Derecho Penal español. Parte especial*, T. II, Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 687; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*, 18ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 841, se expresan a favor de la tesis de la provocación.

<sup>32</sup> GÓMEZ MARTÍN, V., *Incitación al odio y género. Algunas reflexiones sobre el nuevo art. 510 CP y su aplicabilidad al discurso sexista*, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 18-20, 2016, p. 6.

y la dignidad de las minorías en el caso del discurso del odio, puede entrar en conflicto con la libertad de expresión.

La STC 235/2007 de 7 de noviembre, se inclinó hacia la libertad de expresión<sup>33</sup>, estableciendo que ésta no puede restringirse “por el hecho de que se utilice para la difusión de ideas u opiniones contrarias a la esencia misma de la Constitución”. FUENTES OSORIO<sup>34</sup> considera que solamente es posible la tipificación de aquél discurso del odio que suponga una incitación directa a la violencia contra ciertos grupos o al menosprecio hacia las víctimas. La STC 177/2015, de 22 de julio<sup>35</sup>, habla sobre 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”.

Son dos los aspectos a tener en cuenta en referencia a la punibilidad de los delitos de odio y a su conceptualización como límites al derecho a la libertad de expresión:

1.- La propia delimitación del concepto de delito de odio aplicándole los límites del Derecho penal. Es posible que un delito de odio fundamentado en el discurso de la intolerancia sea sancionable penalmente, si se interna de lleno en la senda de los actos preparatorios punibles (no podemos castigar la apología y la provocación del sentimiento de odio entre la población, pero sí podemos castigar la apología y la provocación de delitos motivados por la intolerancia).

---

<sup>33</sup> SUÁREZ ESPINO, M. L., Comentario a la STC 235/2007, de 7 de noviembre, por la que se declara la inconstitucionalidad del delito de negación del genocidio, en *Indret*, 2, 2008.

<sup>34</sup> FUENTES OSORIO, J. L., El odio como delito, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2017, 19-27, p. 49, quien propone “limitar el discurso del odio a los casos en los que se constate la existencia de una incitación pública directa a la comisión de delitos (contra la vida, integridad personal, libertad) por motivos discriminatorios”.

<sup>35</sup> La STC 177/2015 pone de manifiesto los riesgos derivados de la utilización del Derecho penal en la respuesta estatal ante un eventual ejercicio, extralimitado o no, del derecho a la libertad de expresión por la desproporción que puede suponer acudir a esta potestad y el efecto desaliento que ello puede generar. Así, en dicha resolución se afirma que los límites a los que está sometido el derecho a la libertad de expresión deben ser siempre ponderados con exquisito rigor, habida cuenta de la posición preferente que ocupa la libertad de expresión, cuando esta libertad entra en conflicto con otros derechos fundamentales o intereses de significada importancia social y política respaldados por la legislación penal. A ese respecto se incide en que, cuando esto sucede, esas limitaciones siempre han de ser interpretadas de tal modo que el derecho fundamental a la libertad de expresión no resulte desnaturalizado, lo que, obliga al Juez penal a tener siempre presente su contenido constitucional para “no correr el riesgo de hacer del Derecho penal un factor de disuasión del ejercicio de la libertad de expresión, lo que, sin duda, resulta indeseable en el Estado democrático”.

2.- Conceptualizado el alcance de los delitos de odio en su modalidad de expresión, hay que analizar si es posible determinar la existencia de un peligro real y cierto de comisión de hechos delictivos mediante la *incitación indirecta*.

Es igualmente necesario un análisis de la parte subjetiva de los tipos penales pertenecientes a la tipología de delitos de odio. Las recientes líneas jurisprudenciales tratan de prescindir de los elementos subjetivos específicos de los tipos penales más allá del dolo genérico, pero lo cierto es que los automatismos son el enemigo del Derecho penal ilustrado enmarcado en un Estado social y democrático de Derecho.

Según STUART MILL<sup>36</sup>, la libertad de expresión tiene un doble ámbito: el interno (libertad de pensamiento) protegida constitucionalmente por el derecho a la libertad de pensamiento y, el externo, que es la que la persona muestra al exterior (opinión)<sup>37</sup>. Hay que tener en cuenta que es necesario, por un lado, diferenciar entre la libertad de información y la libertad de expresión (la cual no es un derecho absoluto). El art. 19.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece las limitaciones para que la libertad de expresión sea válida (tienen que estar reguladas en la Ley, regulada sin ningún tipo de discriminación, tiene que ser necesaria y proporcionada, con el objetivo de garantizar el respeto a las demás personas, proteger la seguridad de todo el país y la salud pública. El art. 20.4 CE establece los límites a la libertad de expresión, al establecer que el límite se encuentra en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia. El discurso del odio, podemos considerarlo como un límite a la libertad de expresión, ya que es consecuencia de una utilización no adecuada del derecho fundamental a la libertad de expresión. Internet y las nuevas tecnologías han producido en nuestra sociedad un gran cambio a nivel mundial, lo que supone que un gran número de personas pueden llegar a recibir un discurso de odio, llegando a tener, incluso, una conducta violenta como consecuencia de la información recibida. Para ALCÁCER GUIRAO<sup>38</sup> es fundamental, en una sociedad democrática, defender el libre juego del debate político y conceder la mayor importancia a la libertad de expresión en el

---

<sup>36</sup> MILL, J.S., Sobre la libertad, Madrid: Alianza, 1993, p.68.

<sup>37</sup> Por su parte, el artículo 20.1 CE, reconoce el sentido amplio de la libertad de expresión (que estaría formado por todas las libertades que se protegen en la redacción del artículo) y, el sentido estricto, el cual engloba las ideas y opiniones.

<sup>38</sup> ALCÁCER GUIRAO, R., Discurso del odio y discurso político, Revista electrónica de ciencia penal y criminología, 2010, p. 6.

contexto del debate político, sin que se pueda restringir el discurso político sin la existencia de razones imperiosa.

### III. CONCLUSIONES

El derecho a la libertad de expresión y la incitación al odio no son realidades recientes, pero lo cierto es que, desde finales del siglo XX han adquirido una gran notabilidad. El TEDH sigue unos parámetros muy estrictos para determinar si se ha violado el derecho a la libertad de expresión del demandante<sup>39</sup>. Dicha Tribunal, por tanto, se ha posicionado a favor de la libertad de expresión, pero, la incitación al odio es cada vez un delito más habitual. El Tribunal y algunos organismos internacionales, consideran necesario tanto definir como delimitar el concepto de *hate speech* (discurso del odio), para proteger tanto la integridad de determinados grupos sociales, como para garantizar la libertad de expresión en todas sus formas. La libertad de expresión es un derecho fundamental, de forma que, sólo en casos muy extremos, en los que se demuestre la incitación al odio, es posible menoscavar este derecho, ya que de lo contrario se consideraría una injerencia innecesaria para la protección de un Estado, su orden y su democracia.

Partiendo, pues, de la consideración de la libertad de expresión como derecho fundamental, debemos considerar que en los últimos tiempos, se están justificando castigos en las sentencia atendiendo a cómo suena el lenguaje pero no realizando un juicio concreto del daño efectivo o del peligro cierto que se ha producido con la difusión de dicho mensaje (citando como ejemplos de datos a tener en cuenta, la concurrencia de injurias, humillaciones o vejaciones de una persona por su condición sexual, racial, o por cualquier otro aspecto discriminador, las amenazas reales y la provocación que genere un peligro cierto e inminente de acciones prohibidas (violentas o discriminatorias). Es necesaria una definición más restrictiva y más diáfana del concepto del discurso del odio, ya que ni siquiera existe una posición doctrinal clara al respecto. De forma que, una restricción demasiado amplia del principio fundamental a la libertad de expresión puede incidir negativamente en la calidad de nuestras sociedades democráticas.

\* \* \* \* \*

---

<sup>39</sup> Prevalece la idea de que la libertad de expresión es un principio y un derecho fundamental como base de una sociedad libre, siendo menos los casos fallados a favor del Estado.

## Mónica Fernández Salgado

Juez sustituta, Orense. Socia de la FICP.

### ~Consentimiento de la víctima en el quebrantamiento de la pena o medida cautelar en delitos de violencia de género~

#### I. INTRODUCCIÓN

La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género se aprobó para intentar luchar contra la violencia sufrida por las mujeres debido a la desigualdad existente en la sociedad actual e intentó abordar dicho cometido con medidas de educación, prevención, sensibilización y de protección social y económica<sup>1</sup>.

El artículo 1 de la LO 1/2004 define la violencia de género como todo acto de violencia física o psicológica “*que como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia*”. Se destaca el énfasis de la desigualdad de géneros como causa fundamental de la violencia, la concepción de que la violencia de género se restringe a la mujer pareja, la valoración de su mayor gravedad y la defensa de la agravación de la pena cuando son los hombres quienes ejercen la fuerza<sup>2</sup>.

La persecución del delito de maltrato habitual en este ámbito sirve para tutelar “*la paz familiar*”, afectada por unos actos violentos que dejan entrever la existencia de un espacio regido por el miedo y la dominación, dañando así el primer núcleo de toda sociedad como es el núcleo familiar.

La jurisprudencia ha ido consolidando una doctrina que sitúa el motivo de la tutela penal en la necesidad de proteger la dignidad de las personas que forman parte del núcleo de la vida familiar y, sobre todo, en dar protección a la familia como institución reconocida y amparada por nuestro ordenamiento constitucional<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> PÉREZ DEL CAMPO, A., Medidas Integrales contra la violencia de género, Cuadernos de derecho judicial XXII 2005, Consejo General del Poder Judicial, pp. 261 y ss.

<sup>2</sup> LARRAURI PIJOAN, E. Criminología crítica y violencia de género, Edit. Trotta, Madrid 2007, pp. 84 y ss.

<sup>3</sup> Artículo 39 de la Constitución Española.

El Tribunal Supremo en varias resoluciones ha señalado que el bien jurídico protegido es la paz familiar<sup>4</sup> al igual que distintas Audiencias Provinciales<sup>5</sup>.

## II. QUEBRANTAMIENTO DE CONDENA Y MEDIDA CAUTELAR

El artículo 13 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal<sup>6</sup> establece como primeras diligencias a practicar, las de protección a los ofendidos o perjudicados por el delito, pudiendo acordarse, a tal efecto, las medidas a que se refiere el artículo 544 bis<sup>7</sup>, el cual dispone que en los casos en que se investigue un delito de los mencionados en el artículo 57 del Código Penal<sup>8</sup>, se podrá, de forma motivada, y cuando resulte estrictamente necesario al fin de protección de la víctima, imponer cautelarmente al inculcado una serie de medidas, entre las que se encuentran la prohibición de aproximarse o comunicarse, con la graduación que sea precisa, a determinadas personas, o de aproximarse o acudir a determinados lugares, con la graduación que fuere precisa.

En el catálogo de las privativas de derechos del artículo 39 del Código Penal se incluye expresamente la privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, la prohibición de aproximarse a la víctima, o aquellos de sus familiares u

---

<sup>4</sup> Sentencias del Tribunal Supremo de 7 de septiembre de 2000 y de 11 de marzo de 2003.

<sup>5</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 1 de diciembre de 2003.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 11 de octubre de 2004.

<sup>6</sup> Se consideran como primeras diligencias la de consignar las pruebas del delito que puedan desaparecer, la de recoger y poner en custodia cuanto conduzca a su comprobación y a la identificación del delincuente, la de detener, en su caso, a los presuntos responsables del delito, y la de proteger a los ofendidos o perjudicados por el mismo, a sus familiares o a otras personas, pudiendo acordarse a tal efecto las medidas cautelares a las que se refiere el artículo 544 bis o la orden de protección prevista en el artículo 544 ter de esta ley.

<sup>7</sup> En los casos en los que se investigue un delito de los mencionados en el artículo 57 del Código Penal, el Juez o Tribunal podrá, de forma motivada y cuando resulte estrictamente necesario al fin de protección de la víctima, imponer cautelarmente al inculcado la prohibición de residir en un determinado lugar, barrio, municipio, provincia u otra entidad local, o Comunidad Autónoma. En las mismas condiciones podrá imponerle cautelarmente la prohibición de acudir a determinados lugares, barrios, municipios, provincias u otras entidades locales, o Comunidades Autónomas, o de aproximarse o comunicarse, con la graduación que sea precisa, a determinadas personas. Para la adopción de estas medidas se tendrá en cuenta la situación económica del inculcado y los requerimientos de su salud, situación familiar y actividad laboral. Se atenderá especialmente a la posibilidad de continuidad de esta última, tanto durante la vigencia de la medida como tras su finalización. En caso de incumplimiento por parte del inculcado de la medida acordada por el juez o tribunal, éste convocará la comparecencia regulada en el artículo 505 para la adopción de la prisión provisional en los términos del artículo 503, de la orden de protección prevista en el artículo 544 ter o de otra medida cautelar que implique una mayor limitación de su libertad personal, para lo cual se tendrán en cuenta la incidencia del incumplimiento, sus motivos, gravedad y circunstancias, sin perjuicio de las responsabilidades que del incumplimiento pudieran resultar.

<sup>8</sup> Los jueces o tribunales, en 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, atendiendo a la gravedad de los hechos o al peligro que el delincuente represente, podrán acordar en sus sentencias la imposición de una o varias de las prohibiciones contempladas en el artículo 48, por un tiempo que no excederá de diez años si el delito fuera grave, o de cinco si fuera menos grave.

otras personas que determine el juez o tribunal y la prohibición de comunicarse con la víctima o aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal.

El artículo 57.2 del Código Penal establece que será obligatorio acordar siempre en sentencia como pena accesoria la prohibición de aproximación del artículo 48.2 del Código Penal respecto de los delitos relacionados con la violencia de género.

El quebrantamiento debe entenderse como incumplimiento en todo o en parte lo que ordene el Juez o Tribunal mediante sentencia referido a las condenas penales, pues el incumplimiento de sentencias de cualquier otro orden jurisdiccional supone un delito de desobediencia.

El Código Penal en el Capítulo VIII del Título XX del Libro II, en su artículo 468.2<sup>9</sup> regula el quebrantamiento específico referido a los delitos que nos ocupan. El bien jurídico protegido sería la administración de justicia, concretamente el cumplimiento de las resoluciones judiciales, pero, al mismo tiempo, se protegen los intereses de la parte que ve la medida o pena quebrantada por lo que algún autor considera que estamos ante un delito pluriofensivo en el que el bien jurídico protegido sería además la indemnidad de la mujer<sup>10</sup>.

### III. CONSENTIMIENTO DE LA VÍCTIMA

Nos hallamos ante un supuesto de plena actualidad ya que, cada día, en los tribunales se dan supuestos de quebrantamiento de penas o medidas cautelares producidos con el consentimiento de las víctimas a quienes el ordenamiento intenta proteger.

Las razones por las que una mujer maltratada o agredida por su pareja decide reanudar el contacto o convivencia con su agresor pueden ser de tipo económico, al carecer de medios suficientes para ser autónomas e independientes; de tipo social, por la educación que han recibido; también puede responder a razones de tipo jurídico o legal, por sentirse desamparadas por los sistemas jurídicos y asistenciales y, por último, por

---

<sup>9</sup> Se impondrá en todo caso la pena de prisión de seis meses a un año a los que quebrantaren una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza impuesta en procesos criminales en los que el ofendido sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, así como a aquellos que quebrantaren la medida de libertad vigilada.

<sup>10</sup> MONTANER FERNÁNDEZ, R. El quebrantamiento de penas o medidas de protección a las víctimas de violencia de género, Revista para el análisis de derecho, 4, Octubre 2007, p. 9.

razones de naturaleza psicológica, pues el maltrato puede afectar a la estabilidad psicológica de la víctima<sup>11</sup>.

El primer argumento que utilizó el Tribunal Supremo, en la Sentencia 1156/2005 de 26 de septiembre de 2005, para otorgar relevancia al consentimiento de la mujer, fue el de considerar que, el obligar a mantener un alejamiento en contra de su voluntad, supone una intromisión del sistema penal intolerable en la privacidad de la pareja cuyo derecho más relevante es el derecho a “*vivir juntos*”, como recuerdan las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 24 de marzo de 1988 y de 9 de junio de 1998.

El Tribunal Supremo en su Sentencia de 8 de abril de 2008 entiende que el consentimiento de la mujer protegida podría resultar trascendente desde el punto de vista de la posible existencia en el acusado de un error vencible de prohibición.

No bastaría con que la mujer consintiera el quebrantamiento sería necesario además que ese consentimiento haya inducido razonablemente a considerar que la prohibición de aproximarse o de comunicar ya no estaba vigente y que no hubiera podido despejar esa incertidumbre por medios que se hallaran a su fácil alcance<sup>12</sup>.

En la actualidad parece pacífica la solución de que el consentimiento de la persona protegida no excluya la tipicidad del quebrantamiento y ello a la luz del Acuerdo de Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de fecha 25 de noviembre de 2008, que estableció que: “*el consentimiento de la mujer no excluye la punibilidad a los efectos del artículo 468 del Código Penal*”, refiriéndose a la punibilidad de la conducta a la que se ha impuesto la prohibición de acercamiento y comunicación, pero no a la de la mujer.

La cuestión actual queda resumida en la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 2012<sup>13</sup> en la que, frente al motivo esgrimido por la defensa de la convivencia del agresor con la víctima en la creencia de la falta de vigencia de la orden alejamiento y por ello inconsciente de su quebranto, la Sala expone:

*“Es cierto que la jurisprudencia de esta Sala conoce precedentes en los que el consentimiento de la persona en cuyo favor se ha dictado la orden de protección y*

---

<sup>11</sup> MARIN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. La violencia Doméstica, Edit Comares Madrid 2016, pp. 29 y ss.

<sup>12</sup> DE LA FUENTE HONRUBIA, F, PUENTE SEGURA, L. Violencia de género. Aspectos jurídico-penales fundamentales. Edita: Centro de Estudios Financieros. Coyve S.A. 2019, p. 70.

<sup>13</sup> CENDOJ.

*alejamiento, actuaría como una causa de exclusión de la pena, legitimando la conducta de quien se aproxima a su pareja en manifiesta contradicción con el mandato jurisdiccional.*

*Así en las STS 1156/2005 de 29.9, 20.1.2006 y 8.4.2008, se rechazó la existencia de quebrantamiento cuando se reanuda la convivencia, estando vigente la medida de alejamiento, razonando que la pena o medida de alejamiento está directamente enderezada a proteger a la víctima de la violencia que pudiera provenir de su anterior conviviente, la decisión de la mujer de recibirle y reanudar la vida con él, acredita de forma fehaciente la innecesariedad de protección, y por tanto supone de facto el decaimiento de la medida de forma definitiva, por lo que el plazo de duración de la medida fijado por la autoridad judicial, quedaría condicionado a la voluntad de aquélla, sin perjuicio de que ante un nuevo episodio de ruptura violenta pueda solicitarse del Juzgado, si es preciso para la protección de su persona, otra resolución semejante.*

*Pero una cosa es el incumplimiento de una medida de seguridad que, en principio, sólo puede aplicarse a petición de parte y cuyo cese incluso podría acordarse si ésta lo solicitase al Juez que, además tiene por objeto, obviamente una finalidad meramente preventiva, cuando, además no diere lugar posteriormente a la producción de ninguno de los ilícitos que precisamente pretendía impedir y otra muy distinta, aquella situación en la que, aun contando con la aceptación de la protegida - que había reanudado la convivencia con el condenado a la pena de prohibición de acercarse y comunicarse con ella- se quebranta no una medida de seguridad, sino una pena ya impuesta y cuyo cumplimiento no es disponible por nadie, ni aun tan siquiera por la propia víctima, cuando además se propicia con ese incumplimiento la comisión de hechos graves -como la detención ilegal (STS. 28.9.2007).*

*En este sentido el Pleno no jurisdiccional de 25.1.2008, acordó que: "...el consentimiento de la mujer no excluye la punibilidad a efectos del art. 468.2 del Código penal ", tesis fue acogida por la STS 39/2009, 29 de enero, en base a la irrelevancia en derecho penal del perdón de la ofendida por la infracción criminal. El problema, no obstante -dice la STS. 61/2010 de 28.1 - no es, desde luego, sencillo. 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. Pese a todo, con carácter general, puede afirmarse que el problema escapa a una consideración de la eficacia del consentimiento a partir de parámetros valorativos de normalidad.*

*Qué duda cabe que la mujer que solicita una medida de alejamiento no renuncia al ejercicio de su derecho al libre desarrollo de la personalidad. La posibilidad de una reanudación de la convivencia o, incluso, de restablecer por propia voluntad los vínculos jurídicos dejados sin efecto por la crisis que dio lugar al proceso penal, sigue permaneciendo intacta. Sin embargo, en el momento de la valoración de la pretendida eficacia excluyente de ese consentimiento exteriorizado a posteriori, el órgano jurisdiccional ha de ponderar de forma ineludible si ese consentimiento ha sido prestado en condiciones que permitan afirmar su validez.*

*La pérdida de autoestima por parte de la mujer, -sigue diciendo la STS. 61/2010 - que es consustancial a los episodios prolongados de violencia doméstica, puede provocar en el órgano judicial el irreparable error de convertir lo que no es sino la expresión patológica de un síndrome de anulación personal, en una fuente legitimante que lleve a la equivocación de anular las barreras alzadas para la protección de la propia víctima, sumiendo a éste de nuevo en la situación de riesgo que trataba de evitarse con el dictado inicial de la medida cautelar de protección. Negar la eficacia del consentimiento de la mujer no es, en modo alguno, propugnar una limitación de su capacidad de autodeterminación. Tampoco implica condicionar el ejercicio del derecho al libre desarrollo de su personalidad. 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. De ahí que resulte especialmente arriesgado aceptar en términos jurídicos situaciones de derogación material -pese a la vigencia formal de la orden judicial de alejamiento-, originada por la aceptación, expresa o tácita, por la mujer maltratada de contactos reiterados con su agresor.*

*Es indudable que la mujer puede ejercer su derecho a la reanudación de la convivencia. Precisamente, en ejercicio de esa facultad que sólo 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. Así en SSTs. 268/2010 de 26.2 y 39/2009, de 29 enero, que declara que la vigencia del bien jurídico protegido no queda enervada o empañada por el consentimiento de la mujer, ya que es el principio de autoridad el que se ofende con el delito de quebrantamiento de medida.*

*Cierto que tal medida se acuerda por razones de seguridad en beneficio de la mujer, para la protección de su vida e integridad corporal -que tampoco son bienes jurídicos disponibles por parte de aquélla- pero en cualquier caso no es el bien jurídico que directamente protege el precepto. En consecuencia, resulta obligado la aplicación del criterio general sentado por esta Sala en el Pleno antes mencionado, excluyendo cualquier clase de eficacia al consentimiento, expreso o tácito, otorgado por Mónica para la reanudación de los encuentros o de la convivencia. Por tanto, el acuerdo entre acusado y víctima -que en el caso presente ni siquiera la sentencia impugnada considera probado- no puede ser bastante para dejar sin efecto el cumplimiento de la sentencia condenatoria. El cumplimiento de una pena impuesta por un Tribunal como consecuencia de la comisión de un delito público no puede quedar al arbitrio del condenado o de la víctima, ni siquiera en los casos en los que determinadas penas o medidas impuestas en la sentencia se orientan principalmente a la protección de aquella".*

Indicativa es igualmente la reciente Sentencia 398/2019 del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 2019<sup>14</sup> que establece que:

*"Entendido el error como desconocimiento o equivocación sobre una realidad, distinguimos entre el error de tipo y el de prohibición. El primero supone la falta de conocimiento o conocimiento equivocado sobre los elementos del tipo, e implica desconocimiento del sujeto de que en su hecho concurre un elemento que aparece como constitutivo del tipo penal. Sus efectos inmediatos son la exclusión del dolo, que requiere el conocimiento de la concurrencia de todos los elementos fundadores de la prohibición, si fuera invencible también de la imprudencia. A tal fin el artículo 14 en su apartado primero dispone "El error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será*

---

<sup>14</sup> CENDOJ.

*castigada, en su caso, como imprudente", debe entenderse, siempre que sea punible la modalidad culposa del delito de que se trate.*

*Si el error recae sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, "impedirá su apreciación" (artículo 14.2 CP). Por su parte el error de prohibición consiste en el conocimiento equivocado acerca de la ilicitud de la conducta que no excluye el dolo, sino la exigencia de conocimiento de la significación antijurídica de la misma. Afecta a la conciencia de la ilicitud y con ella a la culpabilidad. Respecto a él establece el artículo 14.3 "3. El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal.*

*Si el error fuera vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados". Sobre el error de prohibición tiene dicho esta Sala que al afectar a la conciencia de la antijuridicidad ha de entenderse como un elemento de la culpabilidad, necesario pues para que una determinada conducta pueda considerarse merecedora de reproche penal. Si falta tal conciencia de antijuridicidad, bien directamente por la creencia de que el hecho no está legalmente castigado, error sobre la norma prohibitiva o imperativa (error directo de prohibición), bien indirectamente por estimarse que concurría una causa de justificación (error indirecto de prohibición o error de permisión), la doctrina penal entiende que no debe ser considerado el sujeto culpable del hecho si el error es invencible, o que puede ser merecedor de una atenuación de la pena si se considera vencible (art. 14.3 C. Penal).*

*El error de prohibición constituye el reverso de la conciencia de la antijuridicidad como elemento constitutivo de la culpabilidad cuando el autor de la infracción penal ignore que su conducta es contraria a Derecho (SSTS 1141/1997, de 14 de noviembre; 601/2005 de 10 de mayo; 865/2005, de 24 de junio; 181/2007, de 7 de marzo; 753/2007, de 2 de octubre; 353/2013, de 19 de abril; 816/2014, de 24 de noviembre; 670/2015, de 30 de octubre o 813/2016 de 28 de octubre). La conciencia de antijuridicidad como elemento del delito no requiere el conocimiento concreto de la norma penal que castiga el comportamiento de que se trate, ni tampoco el conocimiento de que genéricamente el hecho está castigado como delito. Basta con saber a nivel profano que las normas que regulan la convivencia social (el Derecho) prohíben el comportamiento que se realiza.*

*El contenido de este elemento del delito, la conciencia de la antijuridicidad, o de su reverso, el error de prohibición, se refiere al simple conocimiento genérico de que lo que se hace o se omite está prohibido por las Leyes, sin mayores concreciones, y sin que se requiera conocer las consecuencias jurídicas que de su incumplimiento pudieran derivarse. Basta conocer 6 JURISPRUDENCIA la ilicitud del propio obrar: "Creencia errónea de estar obrando lícitamente", decía el anterior art. 6 bis a); "error sobre la ilicitud del hecho", dice ahora el vigente art. 14.3 (SSTS 1301/1998, de 28 de octubre; 86/2005, de 21 de julio; 411/2006 de 18 de abril, 429/2012, de 21 de mayo o 670/2015 de 30 de octubre).*

*La apreciación del error en cualquiera de sus formas, vencible o invencible, vendrá determinada en atención a las circunstancias objetivas del hecho y subjetivas del autor. Son fundamentales para apreciar cualquier tipo de error jurídico en la conducta del infractor, según lo expuesto, las condiciones psicológicas y de cultura del agente, las posibilidades de recibir instrucción y asesoramiento o de acudir a medios que le permitan conocer la trascendencia jurídica de sus actos. También la naturaleza del hecho delictivo, sus características y las posibilidades que de él se desprenden para que sea conocido el mismo por el sujeto activo (STS 482/2007, de 30 de mayo).*

*El análisis debe efectuarse sobre el caso concreto, tomando en consideración las condiciones del sujeto en relación con las del que podría considerarse hombre medio, combinando así los criterios subjetivo y objetivo, y ha de partirse necesariamente de la naturaleza del delito que se afirma cometido, pues no cabe invocar el error cuando el delito se comete mediante la ejecución de una conducta cuya ilicitud es de común conocimiento (STS 1238/2009, de 11 de diciembre; 338/2015, de 2 de junio o 813/2016 de 28 de octubre).*

*El error, en los términos que aparece descrito en la sentencia recurrida, se proyectó directamente sobre la vigencia de la orden de alejamiento, es decir, sobre un elemento tipo. Un elemento de carácter normativo y no meramente descriptivo, consideración que no transmuta la categoría del error que sobre él recae como error de tipo excluyente del dolo. Aunque la distinción no es fácil cuando se trata de error sobre elementos normativos del tipo que determinan la antijuridicidad, y existen varias posiciones doctrinales, la mayoritaria sostiene que los errores sobre los elementos del tipo, aunque sea sobre elementos normativos, siempre son elementos del tipo y así deben ser tratados (entre otras STS 438/2018 de 3 de octubre).*

*Y en lo que tiene razón el Fiscal, tal y como plantea en el apartado último de su recurso, es que la Sala de apelación aplicó mal las consecuencias al error que apreció como error vencible de prohibición, al que, en embargo, dispensó el régimen previsto para el error de tipo, categoría en la que debe encuadrarse, según lo dicho, el que en este caso se apreció. Y así, aunque por camino equivocado, llegó al resultado idóneo, toda vez que el delito del artículo 468.2 Código Penal no tiene prevista modalidad imprudente, el efecto sobre el caso concreto ha de ser la absolución, que por ello va a ser confirmada."*

Reitera la posición mantenida por nuestros tribunales, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ya que, en la Resolución emitida por la Sala Cuarta de 15 de septiembre de 2015, declara que: *“los artículos 2, 3 y 8 de la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a la imposición de una medida de alejamiento preceptiva con una duración mínima, prevista como pena accesoria por el Derecho penal de un Estado miembro, a los autores de violencia en el ámbito familiar, aun en el supuesto de que las víctimas de esa violencia se opongan a la aplicación de tal medida<sup>15</sup>.”*

Algunas Audiencias Provinciales<sup>16</sup> consideran que la persona que consiente el acercamiento debe considerarse como coautora del delito de quebrantamiento, al haber sido cooperadora necesaria o inductora, dado que, la causa de realizar la conducta es, precisamente, la autorización de acercarse por parte de la víctima, así lo refleja la Audiencia Provincial de Barcelona en Sentencia de 4 febrero de 2009 que establece que:

*"partiendo del encuentro voluntario lo decisivo para calificar la acción de Ana, como autora del delito del artículo 468,2 del CP, o más correctamente como cooperadora necesaria conforme a lo dispuesto en el artículo 28, según párrafo b) - figura asimilada a la autoría- es la acreditación de su conocimiento, es decir que conocía no solo la existencia de la prohibición de aproximación, sino también su alcance y tiempo de duración, que solo puede acreditarse fehacientemente mediante la prueba de la notificación de la resolución a la persona protegida por la orden .... Actuando con ese conocimiento y sabedora de la vigencia de la medida cautelar acudió voluntariamente al encuentro con Mariano, de lo que se desprende el ánimo de*

<sup>15</sup> <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-483/09&language=es>.

<sup>16</sup> CENDOJ.

*incumplir con la resolución judicial.... Su acción fue de cooperadora necesaria, puesto que aportó una conducta a la acción de Mariano sin la cual el delito de quebrantamiento de medida cautelar por el obligado no se hubiera producido".*

En este sentido existen autores que no advierten inconveniente alguno para que la en este supuesto se pudiese responder de dicho delito en concepto de inductora, cooperadora necesaria o al menos cómplice<sup>17</sup>.

Otras Audiencias consideran que no puede exigirse responsabilidad a la víctima que consiente, toda vez que no es ella sobre la que pesa la prohibición, como la de Pontevedra que en su Sentencia de 10 mayo de 2011 establece que :

*"el hecho de que la mujer consintiera el acercamiento no puede hacerla cooperadora necesaria en la conducta de quien incumple la prohibición de acercarse, si tal prohibición solo a este fue impuesta. Es claro que la mujer protegida no puede ser autora material del delito especial propio del artículo 468.2 Código Penal en supuestos como el presente en que no es destinataria de la prohibición, por tanto no es la obligada a su cumplimiento....*

*No parece posible que la mujer beneficiaria de una orden de protección con el estatuto integral de protección conferido por el artículo 544 ter Ley de Enjuiciamiento Criminal, que en su único deseo de reanudar la relación afectiva con su presunto agresor permita o busque incluso un acercamiento, pueda ser considerada como partícipe del delito especial propio del 468.2 Código Penal... En cualquier caso si se aceptara, lo que se dice como mera hipótesis, la posibilidad de su participación como cooperadora necesaria, concurriría el error invencible de tipo del artículo 14.1 Código Penal. En la medida en que Victoria no era la destinataria de la prohibición por tanto la obligada a su cumplimiento sino la protegida con tal medida, en que no se le ordenó ni requirió para que no permitiera que el obligado se le acercara o para no acercarse ella a él ni fue advertida de consecuencias penales para ella si consentía el acercamiento o lo buscaba ella misma, no podía conocer que con su conducta incurriría en la comisión de delito. La consecuencia conforme a los artículos 14.1 Código Penal es la exclusión de la responsabilidad criminal, por tanto su libre absolución."*

---

<sup>17</sup> DE LA FUENTE HONRUBIA, F, PUENTE SEGURA, L. Violencia de género. Aspectos jurídico-penales fundamentales. Edita: Centro de Estudios Financieros. Coyve S.A. 2019, p. 70.

#### IV. CONCLUSIONES

En la actualidad el número de quebrantamientos, en el ámbito de los delitos de violencia de género, es muy alto y supone uno de los más numerosos por los que los maltratadores acaban en prisión.

El hecho de que La ley prohíba que una pareja con una orden decida volver a convivir de nuevo hasta que no esté en vigor puede parecer invasivo pero ha de relacionarse con el tipo de conductas en que nos hallamos en las que, a menudo, las víctimas siguen anuladas mucho tiempo, con graves desajustes psicológicos que les impiden tomar esa decisión por ellas mismas sin darse cuenta de que pueden volver a recaer en el infierno del que habían comenzado a salir.

La voluntad de la víctima debe reputarse irrelevante porque el bien jurídico protegido es el principio de autoridad y no cabe disponer de bienes jurídicos como la vida y la integridad corporal. El consentimiento de la víctima no permite exonerar de responsabilidad penal a quien comete un hecho delictivo perseguible de oficio. El derecho penal sobre violencia de género tiene unas finalidades que no se pueden conseguir si se permite a la víctima dejar sin efecto decisiones acordadas por la autoridad judicial en su favor. La práctica diaria nos enseña que los consentimientos se prestan en un marco intimidatorio innegable, en el que la expareja se conoce demasiado bien y utiliza para lograr la aceptación del otro artimañas engañosas, cuando no el recurso a sentimientos fingidos o falsas promesas.

No obstante considero, al igual que JIMÉNEZ DÍAZ, M. J, que el quebrantamiento de la medida cautelar merecería una pena menos grave que el quebrantamiento de una condena<sup>18</sup> permitiendo la suspensión de la medida y por tanto permitiendo la reanudación de la convivencia condicionada a la concurrencia de ciertas conductas del agresor y extremando las cautelas para la debida protección de la víctima.

\* \* \* \* \*

---

<sup>18</sup> JIMÉNEZ DÍAZ, M. J.: Algunas reflexiones sobre el quebrantamiento inducido o consentido, en La Ley Integral: un estudio multidisciplinar, Ed. Dykinson; Madrid, 2009, p. 397.

## Ana Isabel Flores García

Juez sustituta, Parla. Socia de la FICP.

### ~Hacia un Derecho penal europeo del medio ambiente~

#### I. PRIMEROS PASOS EN LA CONFORMACIÓN DE UN DERECHO PENAL EUROPEO

El origen del nacimiento de las Comunidades Europeas se apoyó en objetivos de índole económica (libre circulación de mercancías, libre circulación de personas...), pero poco a poco, hay una evolución de interferencia de otros ámbitos jurídicos, en concreto, del derecho penal. Se ha evolucionado desde el Octavo informe general de la Comisión de las Comunidades Europeas de 1974 que consideraba que el derecho penal era “*un asunto que no entra en cuanto tal en la esfera de competencia de la Comunidad, sino que queda bajo la jurisdicción de cada Estado miembro*”<sup>1</sup>, hasta el Tratado de Lisboa en el que hay un reconocimiento expreso.

En esta evolución, es preciso destacar el Tratado de Maastricht, con el que se abrió un ámbito específico a la materia penal en el seno del espacio de libertad, seguridad y justicia (título VI), y el Tratado de Ámsterdam, que permitió el establecimiento de normas mínimas sobre elementos constitutivos de las infracciones y sanciones<sup>2</sup>, y posibilitó la aprobación del Programa Tampere, primer texto que formula con bases normativas algunas líneas político-criminales de la Unión<sup>3</sup>.

Conforme a lo anterior, supone la implicación cada vez mayor del Derecho comunitario en los Derechos internos, aunque aún no podemos hablar de un verdadero

---

<sup>1</sup> CUERDA RIEZU, A, ¿Ostenta *ius puniendi* las Comunidades Europeas?, en GONZALO RODRÍGUEZ MOURULLO, *et al.* (eds.) Hacia un Derecho penal económico europeo (Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995) p. 622.

<sup>2</sup> El Tratado de la UE (Diario Oficial de la UE de 29 de diciembre de 2006) en su art. 31 e) establece la necesidad de fijar normas mínimas relativas a los elementos constitutivos de los delitos y de las penas en ámbitos que van más allá de la protección de los intereses financieros al extender la cooperación judicial al conocimiento de otros delitos, en particular, la delincuencia organizada, terrorismo y el tráfico ilegal de drogas; previsiones todas ellas desarrolladas en el Consejo de Viena donde se enumeran los delitos susceptibles de armonización en el ámbito comunitario, mencionándose además de los expuestos, entre otros, el de la explotación sexual de menores, corrupción, fraude informático y blanqueo de capitales.

<sup>3</sup> Se denomina así a las conclusiones emanadas de la reunión celebrada el 15 y 16 de octubre de 1999 en Tampere por el Consejo Europeo, en el que los Estados Miembros se comprometen a crear un espacio de libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea (ELSJ) dentro y fuera de sus fronteras coordinándose política, policial y judicialmente. AGUDO GONZÁLEZ J., Perspectiva del derecho del medio ambiente y de las políticas ambientales de la Unión Europea, Revista Catalana de Dret ambiental, vol. VI, núm. 1 (2015).

derecho penal comunitario. Es evidente que los Estados miembros al entrar en la Unión Europea hemos cedido parte de nuestras competencias soberanas, le hemos otorgado poderes sobre nuestro ordenamiento y hemos restringido nuestra esfera de libertad legislativa.

Aún con ello , a día de hoy no hay un Código penal europeo que tutele los valores y principios básicos de la convivencia, que describa los principios generales del Derecho penal, con una parte dedicada a las disposiciones generales sobre los delitos, faltas, personas responsables, penas, medidas de seguridad, etc., con una parte especial dedicada a cada delito en concreto con explicación de su contenido típico y las sanciones a aplicar en cada supuesto y que su ámbito espacial sea la Unión Europea, es decir, no existe un catálogo de “delitos europeos”.

Del mismo modo que no existen Tribunales que enjuicien con arreglo a ese Código penal, aunque, sí se reconoce, el principio de reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales (artículo 83 TFUE) entre las autoridades judiciales en esta materia y la admisibilidad mutua de pruebas entre los Estados miembros. Como tampoco existe un cuerpo de jueces o magistrados, fiscales y abogados que actúen en procedimientos basados en un “Código penal europeo”. Así SÁNCHEZ indica que “el Tratado de Lisboa profundiza en el desarrollo de un Derecho penal europeo, sin que se vean, en el momento actual, avances significativos hacia un Derecho europeo penal”<sup>4</sup>.

ACALE SÁNCHEZ sostiene que “más que culminar ningún largo proceso en la europeización del Derecho penal de los países miembros, con la creación de un verdadero Derecho europeo penal, lo único que se hace es profundizar en la andadura ya experimentada del Derecho penal europeo” (2008).

Consideramos que la evolución en la UE es positiva y debería evolucionar aún más con una regulación mínima de un catálogo de actos delictivos que debieran sancionarse en todos los países integrantes de la UE, aunque para conseguir dicha aspiración con carácter previo han de modificar cada uno de los países de la UE sus legislaciones penales con el empeño de armonizar no sólo un catálogo de infracciones sino también una conjunción de tipología de sanciones para conductas iguales.

---

<sup>4</sup> En el mismo sentido: ROMEO MALANDA, Un nuevo modelo de Derecho penal transnacional: el Derecho penal de la Unión Europea tras el Tratado de Lisboa, Estudios penales y criminológicos, vol. XXXII (2012). ACALE SÁNCHEZ, Derecho penal y Tratado de Lisboa, Revista de Derecho Comunitario Europeo, núm. 30 (2008).

## II. LA EVOLUCIÓN DE LA NORMATIVA COMUNITARIA EN LA PROTECCIÓN PENAL DEL MEDIO AMBIENTE

Como se ha apuntado en el epígrafe anterior, en un primer momento no se consideró, en el proceso de la construcción de la hoy UE, la protección del medio ambiente<sup>5</sup> en ninguno de sus tratados fundacionales, sino que fue una preocupación que ha ido surgiendo de la necesidad. De forma que, por diversos desastres y problemas, la protección medioambiental se hizo inevitable, ya que cada vez las conductas atentatorias contra el medio ambiente son más graves, tanto cualitativa como cuantitativamente. En efecto, se trata de comportamientos delictivos que traspasan las fronteras estatales y empiezan a surgir formas de corrupción relacionadas con los ataques al medio ambiente.

Al respecto, es preciso recordar como inicios de la política penal la Resolución del Consejo de Europa 28/1977, sobre la contribución del Derecho penal a la protección del medio ambiente<sup>6</sup>. En ella se recomienda a los Estados miembros que criminalicen las actividades contaminantes, tanto dolosas como imprudentes, les impongan sanciones penales, (penas privativas de libertad y multas), y se pueda acordar la clausura de los establecimientos contaminantes o inhabilitación de los responsables<sup>7</sup>.

Más tarde, en 1990, el Consejo de Europa emite la Resolución 1/1990 sobre protección del medio ambiente a través del Derecho penal, en la que se pretende conseguir confeccionar una lista de tipos penales que aseguren la protección adecuada al medio ambiente, de regular las infracciones penales mediante tipos de peligro e infracciones administrativas. Abriendo el camino hacia una sanción no sólo en el Estado infractor sino también donde se hubiera producido el resultado o las consecuencias dañosas.

---

<sup>5</sup> El concepto de medio ambiente no es pacífico. PAZ VIZCAÍNO (1996, p. 7 y 8), se decanta porque el derecho al medio ambiente es “la respuesta que la sociedad humana ha querido dar a la necesidad existente, agravada por los avances tecnológicos y el progreso humano, de proporcionar protección a estos factores o elementos que constituyen el entorno natural del hombre, con objeto de evitar su degradación progresiva”. MIRANDA H., citando resoluciones del TEDH de las que se pueden deducir un derecho subjetivo al medio ambiente a partir de un derecho clásico como es la inviolabilidad del domicilio, o la intimidad personal y familiar, dado que expresamente no existía este derecho en la Convención europea de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales. El desarrollo del contenido del medio ambiente como bien jurídico en nuestro CP lo encontramos en SESSANO GONEAGA J.C., en el artículo La protección penal del medio ambiente, 2002.

<sup>6</sup> Resolución (77) 28, adoptada por el Comité de Ministros el 28/09/1977, durante la 275 reunión de los Delegados de los Ministros. Vid. MINISTERIO DE JUSTICIA, SECRETARÍA GENERAL TÉCNICA, Recomendaciones y resoluciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa en materia jurídica, (Centro de publicaciones. Ministerio de Justicia, Madrid, 1992) pp. 228-230.

<sup>7</sup> En España se introdujo en el Código Penal español en 1983 el artículo 347 bis, que tipificaba y sancionaba por primera vez como delito determinados ataques contra el medio ambiente.

Un paso decisivo en este ámbito lo constituye el Convenio del Consejo de Europa de 4 de noviembre de 1998 sobre protección del medio ambiente a través del Derecho penal, siendo la primera vez que se plantea la necesidad de acudir al Derecho penal con esa específica finalidad protectora. Consta de 17 artículos agrupados en cuatro secciones: definiciones, medidas que han de ser tomadas en el ámbito nacional, en el internacional y Disposiciones finales (el esquema de este Convenio se trasladó a nuestro Código penal tras la reforma de 1995, por el que se introdujo el Título XVI)<sup>8</sup>.

En 1999, entró en vigor el Tratado de Ámsterdam que, a partir de Tempere se incluye entre las prioridades de aquella incipiente política criminal europea la protección del medio ambiente a través del Derecho penal. Por su parte, en el año 2000 el Consejo de Justicia y Asuntos Internos reconoció que era necesario que se tomaran iniciativas para abordar apropiadamente los delitos contra el medio ambiente, desarrollando dos: una propuesta del Consejo de Decisión Marco de Acción Común sobre protección del ambiente, y un proyecto de Directiva emitido por la Comisión en 2001 sobre protección del medio ambiente a través del Derecho penal. Es esencial la influencia que tuvo el Estatuto de Roma como el instrumento constitutivo de la Corte Penal Internacional. Fue adoptado en la ciudad de Roma, Italia, el 17 de julio de 1998, durante la "*Conferencia Diplomática de plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional*" (en vigor el 1 de julio de 2002). Sin embargo, no se han regulado los crímenes ecológicos que causan graves daños al medio ambiente.

Aunque de manera lenta se está introduciendo de nuevo la posibilidad de criminalizar cuestiones ambientales<sup>9</sup>, ya que, un documento oficial con fecha 15 de septiembre de 2016, que ha sido aplaudido por organizaciones de derechos humanos y ambientales, ha señalado en el artículo 41 del Documento de selección de casos y priorización, que "*el impacto de los crímenes puede evaluarse a la luz de, entre otras cosas, el aumento de la vulnerabilidad de las víctimas, el terror causado en consecuencia, o el daño social, económico o medioambiental causado a las comunidades afectadas. En este contexto, la Oficina prestará especial consideración a*

---

<sup>8</sup>CUADRADO RUÍZ, M.A., Derecho y Medioambiente, 2010, Medio Ambiente & Derecho. Revista electrónica de derecho ambiental. Acceso en la página web <http://huespedes.cica.es/aliens/gimadus>, 21.

<sup>9</sup> Incluso la ONU reconoce este derecho, así, VALLE MUÑIZ recoge que las Naciones Unidas han incluido los daños medioambientales entre las acciones a reparar por Irak, lo que ha implicado un cierto reconocimiento de este crimen internacional (1997, p.41). Y en la Agenda Desarrollo post 2015 de la ONU también se desarrolla (En Crónica de derecho internacional de medio ambiente, Revista de derecho electrónico enero-junio 2013, TORRES CAMPRUBÍ/FERNANDEZ EGEA).

*la persecución de los crímenes comprometidos a través del Estatuto de Roma o que tengan como resultado la destrucción del medioambiente, la explotación ilegal de los recursos naturales o el despojo ilegal de las tierras”* (Criterios de selección de casos. La gravedad del delito).

En 2003, el Consejo rechazó la propuesta de Directiva y aprobó la Decisión Marco 2003/80/JAI del Consejo de 27 de enero de 2003. DOCE L 29, de 5 de febrero de 2003. El Tribunal de Justicia de la UE en su Sentencia de 13 de septiembre de 2005 (STJCE de 13 de septiembre de 2005, Comisión / Consejo, caso C-176/03) da la razón a la Comisión y basándose en los argumentos que utilizó ésta en su demanda, anula la Decisión Marco relativa a la protección del medio ambiente a través del Derecho penal porque en su conjunto es contraria a lo dispuesto en el artículo 47 TUE<sup>10</sup>.

El valor de este fallo está en reconocer en paralelo a la CE competencias para obligar a los Estados miembros a proteger sus intereses a través del Derecho penal. Con ello, cierra una discusión que ha existido durante años en torno a si el Derecho penal tiene cabida dentro del Derecho comunitario, al entender que la competencia que asume la CE a través del TCE es de carácter transversal, que se extiende a todos los instrumentos de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, incluido el Derecho penal, y que la diferencia que existe entre las infracciones y sanciones penales y administrativas es puramente cuantitativa, estableciendo un *continuum* entre todas ellas, que sólo vendrían a distinguirse por la gravedad de las conductas que se sancionan en uno o en otro ámbito y por la entidad de las sanciones en una y otra rama del ordenamiento jurídico.

Aquí está la clave de la Sentencia del TJUE de 13-9-2005, referenciada, que no se trata de asunción horizontal de competencias, sino de competencias transversales. En este sentido afirma que el hecho de que la CE no sea competente en materia penal ni procesal penal *“no es óbice para que el legislador comunitario adopte medidas relacionadas con el Derecho penal de los Estados miembros y que estime necesarias para garantizar la plena efectividad de las normas que dicten en materia de protección medio ambiental, cuando la aplicación por las autoridades nacionales competentes de*

---

<sup>10</sup> Artículo que atribuye personalidad jurídica a la UE y que conformaba el Título VI, que comprende los artículos 47 a 55, reenumerado y redactado por los apartados 54) a 61) del artículo 1 del Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea («D.O.U.E.C.» 17 diciembre). Se corresponde con el título VIII reenumerado conforme establece la tabla de correspondencias que figura anexa al Tratado de Lisboa. Vigencia: 1 diciembre 2009.

*sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias constituye una medida indispensable para combatir los graves atentados contra el medio ambiente”.*

Por otro lado, a la vez que se ha reconocido la competencia comunitaria implícita en materia de protección penal del medio ambiente, ha procedido a limitar considerablemente el ámbito de aplicación del TUE en materia de imposición de sanciones penales, armonizando de esta forma indirecta los Derechos penales de los distintos Estados miembros.

Los efectos de esta Sentencia alcanzan al resto de Decisiones Marco aprobadas al amparo del TUE. Con posterioridad a la Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de septiembre de 2005, la Comisión mediante una Comunicación al Parlamento Europeo y al Consejo<sup>11</sup>, señaló que el contenido de la Sentencia puede extrapolarse al resto de materias de las que es competente la CE.

El resto de Decisiones Marco que se aprueben a partir de este momento, deberán adaptarse directamente a la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia de la UE.

Pero, por otra parte, al anular la Decisión Marco en materia de protección penal del medio ambiente, se ha producido un retroceso en la armonización de la protección del medio ambiente comunitario, desarmonizando de nuevo las legislaciones penales de los Estados miembros. A pesar de la anulación de la Decisión Marco hasta el día de hoy, el Derecho comunitario protector del medio ambiente sigue incidiendo en los Códigos penales de los Estados miembros, en la medida en que una cosa es que cada uno sancione unas conductas y no otras, y otra cosa, que, por la vía de las remisiones normativas contenidas en la regulación penal de cada uno de los Códigos penales, no haya que entender aplicable los reglamentos y directivas comunitarios.

La Comisión elaboró una comunicación [COM (2005)583 final] en la que resumía la Sentencia. Los puntos más interesantes de este resumen son los siguientes: en el apartado 3 recoge que *“El Tribunal de Justicia declaró que si bien “... en principio, la Comunidad no es competente en materia de Derecho penal ni en materia de Derecho procesal penal ...”, “esta constatación no es óbice para que el legislador comunitario adopte medidas relacionadas con el Derecho penal de los Estados miembros y que*

---

<sup>11</sup> COM (2005) 583 Final, de 23.11.2005, Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo y al Consejo sobre las consecuencias de la Sentencia del Tribunal de Justicia de 13.9.05 dictada en el asunto C-176/03 (Comisión contra Consejo).

*estime necesarias para garantizar la plena efectividad de las normas que dicte en materia de protección medioambiental, cuando la aplicación por las autoridades nacionales competentes de sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias constituye una medida indispensable para combatir los graves atentados contra el medio ambiente”.*

En el apartado 7 reconoce que *“el Derecho penal como tal no constituye una política comunitaria. (...) la aprobación de medidas penales apropiadas sobre una base comunitaria sólo es posible de manera sectorial, y siempre que se demuestre la necesidad de luchar contra graves incumplimientos de los objetivos de la Comunidad y de prever medidas penales con el fin de garantizar la plena eficacia de una política comunitaria o el buen funcionamiento de una libertad”*. Este argumento de la necesidad es repetido en el apartado 9, que tras reconocer el carácter “funcional” de la Sentencia, continúa: *“Lo que fundamenta la posibilidad de que el legislador comunitario prevea medidas relacionadas con el Derecho penal es la necesidad de hacer respetar la normativa comunitaria”* y en el apartado 12: *“Todo recurso a medidas relacionadas con el Derecho penal debe estar justificado por la necesidad de hacer eficaz la política comunitaria en cuestión”*.

Por su parte, el apartado 13 recoge la exigencia de coherencia por parte del TJCE, al señalar que *“Las medidas relacionadas con el Derecho penal adoptadas de manera sectorial sobre una base comunitaria deben respetar la coherencia global del dispositivo penal de la Unión ya se adopte sobre la base del primer o del tercer pilar, con el fin de evitar disposiciones penales dispersas y dispares”*. Ello implica que se buscaba recurrir al Derecho penal para proteger al medio ambiente, y el TJUE reconoce y apoya esta postura.

Finalmente, en 2008 se publicó la Directiva 2008/99/CE del Parlamento y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal<sup>12</sup>. En ella se considera necesario el uso del Derecho penal para la protección medioambiental en la UE ante el aumento de los delitos ecológicos y la escasa efectividad de las sanciones y responsabilidades recogidas en los Derechos administrativo y civil. De esta manera, en sus considerandos 2 y 3, manifiesta que *“el preocupante aumento de los delitos medioambientales y sus efectos, que se extienden cada vez más fuera de las fronteras de los Estados en los que esos delitos se cometen.*

---

<sup>12</sup> DOUE L-328/28 de 6/12/2008 pp. 28 y ss.

*Tales delitos suponen una amenaza para el medio ambiente<sup>13</sup> y, por lo tanto, requieren una respuesta apropiada. La experiencia ha demostrado que los sistemas de sanciones existentes no son suficientes para lograr el total cumplimiento de la legislación para la protección del medio ambiente. Este cumplimiento puede y debe reforzarse mediante la aplicación de sanciones penales que pongan de manifiesto una desaprobación social de naturaleza cualitativamente diferente a la de las sanciones administrativas o un mecanismo de compensación conforme al Derecho civil”.*

En el considerando 6 equipara la acción a la omisión en cuanto a la responsabilidad: *“El incumplimiento de la obligación legal de actuar puede tener el mismo efecto que un comportamiento activo y, en consecuencia, debe estar sujeto también a las sanciones correspondientes”.* Y en el considerando 10 incluye la exigencia a los Estados para que regulen los ataques graves al medio ambiente mediante el uso del Derecho penal: *“La presente Directiva obliga a los Estados miembros a prever sanciones penales en su legislación nacional por las infracciones graves de las disposiciones del Derecho comunitario sobre protección del medio ambiente”.*

El artículo 2 de la Directiva 2008/99 recoge las definiciones de lo que se ha de entender por *“ilícito”*, por *“especies protegidas de flora y fauna”* y por *“persona jurídica”* y el artículo 3 recoge las conductas que los Estados miembros han de incluir en su catálogo de delitos, así como los supuestos de complicidad e inducción a la comisión de dichas conductas (artículo 4). Por su parte, el artículo 5 conmina a los Estados a adoptar *“sanciones penales eficaces, proporcionadas y disuasorias”* para castigar los delitos que nos ocupan, y el artículo 6 incluye una gran novedad, la posibilidad de exigir responsabilidad de las personas jurídicas. Siendo el artículo 7 donde se desarrollan las sanciones que tienen que ser *“eficaces, proporcionadas y disuasorias”*<sup>14</sup>.

En conclusión, podemos avanzar que toda esta evolución a nivel comunitario supone que el legislador nacional no es libre para decidir si quiere o no incriminar determinado ataque al medio ambiente, pues queda obligado a tipificar y sancionar conforme a lo que manda el Derecho comunitario. De esta manera, una misma acción

---

<sup>13</sup> LOPERENA, 1996, p. 56, expone que “desde una perspectiva puramente dogmática, creo que puede hablarse de la existencia de derecho subjetivo dado que hay sujeto (los ciudadanos), objeto (el medio ambiente) y relación jurídica entre ambos, rasgo definitorio, este último”.

<sup>14</sup> Fruto de esta Directiva fue la modificación operada en los art. 325 y ss. de nuestro Código penal por la L.O. 5/2010 de 22 de junio, publicada en el BOE no 152 de 23 de junio de 2010, cumpliendo así lo dispuesto en el art. 8 de la Directiva.

infractora (p.ej. un vertido) va a ser delito en cualquier rincón de la Unión Europea y su autor, cómplice e inductor va a ser sancionado por ello<sup>15</sup>; lo único que cambia es la sanción a imponer (ello supone hablar de un derecho penal europeo en sentido relativo). Compartimos la apreciación manifestada por CANOSA cuando afirma que “la globalización que debiera ser la clave de una planetaria protección de los recursos naturales se convierte, en cambio, en una de sus principales amenazas, pues a escala mundial no existen suficientes mecanismos para preservar esos recursos” , esperemos que a nivel europeo la protección del medio ambiente avance a nivel penal, pues día a día , los daños ambientales son cada vez más graves , lo que supondrá, cada vez más, la necesidad de la existencia de un derecho penal europeo con contenido concreto e incluyendo el medio ambiente, como uno de los principales bienes jurídicos a proteger.

### BIBLIOGRAFÍA

AGUDO GONZÁLEZ J., Perspectiva del derecho del medio ambiente y de las políticas ambientales de la Unión Europea, Revista Catalana de Dret ambiental, vol. VI, núm. 1 (2015).

ACALE SÁNCHEZ, M., Derecho penal y Tratado de Lisboa, Revista de Derecho Comunitario Europeo, núm. 30, 2008.

CANOSA USERA, R., Constitución y Medio Ambiente, Dykinson, 2000.

CANOSA USERA, R., Protección Jurídica del medio ambiente, Fundación para el análisis y los estudios sociales, Madrid, 1996

CUADRADO RUÍZ, M.A., Derecho y Medioambiente, 2010, Medio Ambiente & Derecho. Revista electrónica de derecho ambiental. Acceso en la página web <http://huespedes.cica.es/aliens/gimadus>, 21.

CUERDA RIEZU, A, ¿Ostenta *ius puniendi* las Comunidades Europeas?, en GONZALO RODRÍGUEZ MOURULLO, et al. (eds.) Hacia un Derecho penal económico europeo, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, p. 622.

DELGADO PIQUERAS, F. La Directiva 96/61/CE de Prevención y control integrado de la contaminación, Justicia Administrativa núm. 7, 2000.

---

<sup>15</sup> Vid RUIZ-RICO RUIZ, 1995, pp. 400-402. Además, es posible que la responsabilidad de los daños recaiga en el propio Estado cuando exista nexo causal entre su conducta activa u omisiva y los perjuicios (como cuando reiteradamente se tiene constancia de vertidos a las aguas sin hacer nada), pp. 406-411

LOPERENA ROTA D., El Derecho al Medio Ambiente Adecuado, Civitas, Madrid, 1996.

MIRANDA H., La protección del ambiente en el sistema europeo de derechos humanos. Panóptica, Vitoria, year 1, n. 8, May-Jun, 2007, p 75-93.

ROMEO MALANDA, S., “Un nuevo modelo de Derecho penal transnacional: el Derecho penal de la Unión Europea tras el Tratado de Lisboa”, Estudios penales y criminológicos, vol. XXXII, 2012.

RUIZ-RICO RUIZ G. (coord.), La protección del medio ambiente en el ordenamiento jurídico español, Publicaciones Universidad de Jaén, Jaén 1995.

SESSANO GONEAGA J.C. La protección penal del Medio Ambiente, revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, RECPC 04-11(2002), [Http://criminet.ugr.es/recpc](http://criminet.ugr.es/recpc).

TORRES CAMPRUBI A. / FERNÁNDEZ EGEA R.M., Crónica del derecho internacional del Medio Ambiente, Revista electrónica Estudios Internacionales, núm. 26, abril 2014.

VALERIO, E., La Legislación Europea del medio ambiente. Su aplicación en España, Colex, 2ª ed., 1994.

VALLE MUÑIZ, J.M. (coord.) La protección jurídica del Medio Ambiente, Aranzadi, Pamplona, 1997.

VIZCAÍNO SÁNCHEZ-RODRIGO P., Introducción al Derecho del Medio Ambiente, C.T.O., Madrid, 1996.

\* \* \* \* \*

## **Amalia Fustero Bernad**

Juez sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de Aragón. Socia de la FICP.

### **~La prueba científica en el proceso penal español, el test de la verdad~**

#### **I. INTRODUCCIÓN**

En nuestro proceso penal, las pruebas científicas, son consideradas las más modernas técnicas de verificación. Los avances científicos y técnicos colaboran en la investigación, y consecuente, en la averiguación del ilícito penal.

Como en toda prueba realizada en el proceso penal español entra en juego, por encima de la fiabilidad del desarrollo de la misma, si en su realización se protegen y garantizan los derechos fundamentales del sujeto al que se está analizando.

En la presente comunicación analizaremos como técnica pericial la utilización del test P 300, o también denominado test de la verdad, en nuestro proceso penal.

El referido test consiste en una técnica electroencefalográfica capaz de detectar estímulos neurológicos emitidos por nuestro cerebro, que permites comprobar si el sujeto investigado almacena información relevante de un hecho delictivo.

El P300 nació en el terreno médico para detectar determinadas disfunciones neuronales de los pacientes, incorporándose más tarde en el proceso penal con un aluvión de críticas tanto en el ámbito de la legalidad del mismo como en lo referente a la capacidad científica del mismo. En los últimos años, según estudios científicos muestran que la medida de las ondas cerebrales, como la P300 pueden convertirse en un instrumento poderoso para inferir la culpabilidad de un sospechoso.

En el tan mediático caso de Marta del Castillo se sometió al asesino confeso, Manuel Carcaño a la realización del test p 300, el cual se realizó en el hospital Miguel Servet de Zaragoza.

#### **II. LA PRUEBA DEL POTENCIAL EVOCADO P300 COMO PRUEBA PERICIAL.**

La actividad cerebral que se produce en el cerebro humano puede ser registrada mediante técnicas invasivas o no invasivas, en cuanto a estas últimas podemos diferenciar las que se realizan mediante el control evocado o el control espontáneo,

El test P 300 en una técnica considera como no invasiva porque la actividad eléctrica que existe dentro del cerebro es detectada y estudiada usando electrodos colocados en el cuero cabelludo del sujeto, donde es observada una respuesta determinada que ocurre en su cerebro 300 milisegundos después de que un suceso significativo haya tenido lugar.

Así, ante un ítem significativo mostrado al sujeto, se muestran en las ondas características determinadas en cuanto a su tamaño y amplitud que no se aprecian ante el resto de ítems. Es lo que se denomina “respuesta encefalográfica multifacética” que da lugar a la huella dactilar cerebral específica de cada sujeto, denominada científicamente como “Brain Fingerprint”. Y ahondando más, cuando el sujeto reconoce información especialmente relevante para él, se denomina “MERMER”, “memory and encoding relaten multifaceted electroencephalographic response”.

En conclusión y dicho con unas palabras llanas para los que no somos legos en el mundo científico, la Prueba P300 se trata del análisis de las ondas cerebrales de un sujeto ante un estímulo determinado y las reacciones de las mismas. En lo que a nuestro mundo jurídico se refiere, se coloca al investigado un gorro con unos 128 electrodos y se le mostrarían al investigado palabras o imágenes en un contexto que solo deberían ser conocidas por la policía o por la persona que cometió el crimen.

Así, en la Prueba P300 se observan tres tipos de información, representadas con diferentes colores, normalmente en rojo aparecería la información que el investigado se espera que se sepa por haberle sido ya proporcionada, bien por ellos, su Letrado o medios de información pública. En color verde la información no conocida por el investigado y en color azul, la información que solo el autor del crimen debería conocer. Según estos datos, cuando el investigado es no culpable las líneas azules y verdes están muy cerca porque el investigado no tiene información crítica sobre el crimen. Y cuando el investigado es culpable, las líneas azules y rojas correlacionan estrechamente, dado que se desprende que el investigado tiene en su cerebro información crítica sobre el crimen.

En la actualidad esta prueba se realiza exclusivamente en Zaragoza, en el Hospital Miguel Servet, y en el Instituto de medicina legal forense de Aragón, bajo la dirección técnica del especialista en neurología y neurofisiología, Dr. José Ramón VALDIZÁN.

Diversos estudios científicos muestran niveles altos de eficacia de la onda P300, siendo una tasa del 82,29 % para detectar correctamente a los culpables y del 87,50% para detectar correctamente a los inocentes. Si bien hay científicos como ROSENFEL, BOROSCHAK y FUREDY que establecen la tasa de eficacia en el 90%. Sin embargo, esta alta tasa de eficacia no ha sido suficiente para todos los casos, pues aplicada la técnica P300 para el mediático caso conocido por todos de Marta del Castillo, a pesar de haberse realizado la misma al Sr. Carcaño no ha sido posible el hallazgo del cuerpo de la víctima hasta la fecha.

En un procedimiento judicial, como es el nuestro, resulta clave y de gran importancia la acción probatoria de cara a confirmar si alguno de los sujetos tiene la razón en lo sostenido bien en la instrucción o en el plenario de un determinado asunto.

El derecho probatorio es una de las cuestiones de mayor trascendencia dentro del derecho procesal, como reza un viejo aforismo “tanto vale no tener un derecho como tenerlo y no poder probarlo.”

El propio Jeremy BENTHAM, padre del utilitarismo afirmó que “el arte del proceso no es otra cosa que el arte de suministrar las pruebas”<sup>1</sup>.

Prueba procede del latín probadum que significa “hacer fe”. Y será el medio por el que el Juez llegue al conocimiento de la verdad, pues solo de ese modo podrá impartir justicia.

Debemos diferenciar la apreciación de la interpretación de la valoración de la prueba practicada en un proceso. Con la apreciación se determina el resultado de cada uno de los medios de prueba practicados, mientras que con la valoración se califica el resultado, el valor, obtenido de su práctica.

El sistema de valoración de la prueba establecido en nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal es distinto que en el proceso civil, en aquel rige la sistema de libre valoración, por lo que la eficacia de las pruebas practicadas no está sujeta a normas jurídicas, lo que exige un mayor grado de motivación en las Sentencias.

Existen diversos medios de prueba: la inspección judicial, la prueba testifical, la prueba documental, la pericial...

---

<sup>1</sup> BENTHAM, J. Tratado de las Pruebas Judiciales. Volumen I. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires. 1971, p.10.

No obstante por ello, y a pesar de esta alta tasa de precisión del Test P 300 se ha utilizado en casos muy concretos<sup>2</sup> como ya hemos anticipado, por los problemas jurídicos en cuanto a la validez de la misma que se presentan en nuestro ordenamiento jurídico.

### **III. EL TEST P 300 Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL INVESTIGADO.**

Al analizar la validez jurídica de la aplicación de la Prueba P300 debemos comenzar haciéndonos una serie de preguntas.

¿Cuándo en un órgano judicial se aprueba la utilización de la prueba P300, se vulnera el derecho a la intimidad y a la dignidad personal del investigado, ya que nos adentramos en la totalidad del cerebro y de sus recuerdos, y no solo al caso concreto que nos ocupa? ¿O se vulneraría de alguna manera el derecho del investigado a no declarar contra sí mismo, no declararse culpable o no contestar a alguna o algunas de las preguntas que se le formulen? ¿O todo lo anterior? ¿Podría un juez obligar a un investigado a realizar una actividad física cuya finalidad sea la de obtener precisamente pruebas acusatorias contra el mismo? ¿Hasta dónde alcanza el derecho del investigado a no declarar contra sí mismo? ¿Dicho derecho cubre solamente la facultad de la realización de manifestaciones verbales, acogiéndose como decimos a su derecho a no declarar, a no confesarse culpable y no contestar alguna o algunas de las preguntas que se le formulen o engloba dicho derecho cualquier supuesto en el que el investigado es forzado a realizar personalmente una actividad corporal o física que pueda provocar su autoincriminación?

La Constitución Española de 1978 establece la dignidad humana a lo largo de la lectura de la totalidad de la misma, si bien no exista un artículo específico que la reconozca como tal, pero se desprende del sentido del texto completo como decimos.

---

<sup>2</sup> Por primera vez en España dicha prueba fue autorizada en el mediático “caso Riela” y fue acordado por D. José Luis MARTÍNEZ SUÁREZ, Magistrado-Juez en Auto de fecha 4 de diciembre de 2013 en las DPA 72/12 del Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 2 de Zaragoza. En dicho asunto por la Policía Judicial (Grupo de Homicidios de la Policía Nacional de Zaragoza) se tenían sospechas fundadas y numerosos indicios para pensar que el marido, D. Antonio Losilla era el autor del homicidio de su mujer Pilar Cebrián, que desapareció en el municipio de Riela (Zaragoza) en el mes de abril de 2012. Posteriormente la prueba P300 fue acordada y realizada en el muy mediático caso de Marta de Castillo. Siguiendo el uso de la misma en el caso de la desaparición del empresario aragonés Público Cordón a manos de la banda organizada GRAPO.

El artículo 17.3 de la Constitución Española establece que: *“Toda persona detenida debe ser informada de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligada a declarar. Se garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la ley establezca”*

El artículo 24.2 de la Constitución Española establece que: *“Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.”*

El artículo 520.2 a) y b) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, establece que el investigado tiene: *“a) Derecho a guardar silencio no declarando si no quiere, a no contestar alguna o algunas de las preguntas que le formulen, o a manifestar que sólo declarará ante el juez. b) Derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable”*.

**El artículo 14. 3. g) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966** (ratificado por España y publicado en el BOE 103 de fecha 30 de abril de 1977), establece que: *“3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas. g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable”*. Y en este mismo texto, artículo 8 se establece que: *“Nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos”*.

El artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950) no incluyó de manera expresa, posteriormente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reconocido el mismo mediante sus sentencias cumplimentado la laguna legal que dejaba el precitado artículo. Véase al efecto caso Saunders Vs UK. (Application nº 19187/91, Judgemente 17 December 1996)

Una vez recordada la existencia de todos estos derechos fundamentales en nuestro ordenamiento jurídico debemos igualmente señalar los incesantes y cada día más vertiginosos avances de la ciencia que afectara de modo irrefutable a la práctica de

nuevas diligencias vinculadas a las nuevas tecnologías por ejemplo, neurología como es el caso que nos ocupa, y así como resto de áreas científicas. Es por ello que un futuro próximo se deberán interpretar con otro sentido las normas jurídicas antedichas o incluso llegar a modificar las mismas en tanto la adaptación de la existencia de nuevos medios, para otorgarlas de validez jurídica en su caso, por ser una de las finalidades del Estado mediar por mantener la paz y protección de los ciudadanos e impartir justicia cuando aquellos, se vean perturbados o quebrantados por sujetos que incumplan nuestro ordenamiento jurídico.

### **1. Derecho a la Dignidad Humana.**

El primer problema jurídico que plantea la aplicación de la prueba P300 es la consideración de la misma en cuanto a si vulnera de alguna manera o supone un ataque contra la dignidad de la persona. La prueba P300 realiza un análisis de las ondas del cerebro del investigado, pero no solo en relación con los hechos delictivos concretos que se le imputan, sino que comprende el conjunto de factores constituyentes de la personalidad del sujeto, incluyendo la totalidad de los recuerdos que alberga el cerebro, traumas, fobias y miedos. No obstante lo anterior, también debemos manifestar que la prueba P300 no solo tiene un usos para la “detección de mentiras” por decirlo de manera coloquial, sino que nació con uso científico para la detección y curación de trastornos neurológicos de diferentes tipos, como dar tratamientos a pacientes afectados por síndrome TEDH. Por ello considero que si dicha prueba no vulnera la dignidad humana en relación con la utilización de la misma para prescribir un tratamiento médico, parece del todo razonable, a pesar de que haya detractores del uso de la misma, los llamados “garantes del derechos” que se pueda utilizar en el esfera jurídica a fin de esclarecer los hechos objetos de la investigación. Véase al efecto el tema de perfiles de ADN que nació con base científica y que tuvo inicialmente sus detractores y problemas jurídicos similares en cuanto su aplicación a la esfera jurídica, y sin embargo hoy es una prueba plenamente valida y admitida en derecho sin que se ponga en entredicho su eficacia científica y su vulneración de derechos respecto del investigado.

### **2. Derecho a la integridad física.**

De otro lado, y muy unido con el concepto de dignidad humana, nos encontraríamos con el derecho a la integridad física protegido en nuestro ordenamiento jurídico. Como hemos explicado en párrafos precedentes la prueba P300 es una técnica no invasiva que se realiza colocando un gorro con electrodos al sujeto, por lo que en mi

opinión la realización de esta prueba no supone ninguna lesión, daño, dolencia, disminución física ni se han descrito efectos secundarios, ni secuelas tras la realización de la misma, por lo que considero que la misma no supone la vulneración del derecho a la integridad física del investigado.

### **3. El Derecho a la intimidad.**

Otro concepto muy ligado a la dignidad humana es el derecho a la intimidad, derecho fundamental recogido en nuestro ordenamiento jurídico, dado que según el funcionamiento de la Prueba P300 se tiene acceso a toda la información personal del sujeto, no solo lo atinente al hecho enjuiciado, sino que el investigado tenga la libertad mental de decidir acerca de qué extremos desea declarar, ni tampoco en relación con que parcelas de su vida personal, acciones, emociones, etc. desea o admite declara o se conozcan. Si bien, esta intromisión a la intimidad se salvaría jurídicamente con la profesionalidad de los peritos que deberán tomar la cautela de ceñirse dentro de lo posible a la resolución del caso concreto con la mínima intromisión imprescindible en el resto de parcelas de intimidad del sujeto.

### **4. Derecho a no declarar y a no confesarse culpable.**

Como ya hemos expuesto, el art. 24 de la CE, y resto de normas internacionales detalladas y concretamente el art. 520.2 de la LECr reconoce el derecho a no declarar contra sí mismo, no declararse culpable y a no contestar a alguna o algunas de las preguntas que se le formulen. Siendo doctrina constitucional la que reconoce todos estos derechos como una manifestación del derecho de defensa.

En la actualidad, en nuestro ordenamiento jurídico la prueba P300 se considera de manera análoga a una declaración verbal, aunque no sea de manera al uso tradicional tal y como estamos acostumbrados, sino que se interrogaría al investigado respecto de los hechos que se le imputan a través de las ondas que refiere su cerebro y por ello se considera declaración como tal. Por esta consideración para que tenga plena validez jurídica la realización de la misma, se debe contar para su práctica con el consentimiento expreso y válido del investigado, pues de lo contrario se estaría vulnerando todos los artículos referidos vulnerando el derecho a no declarar y no confesarse culpable.

Como hemos expuesto al comienzo de esta comunicación, la realización de esta prueba fue autorizada España en el mediático “caso Ricla” y fue acordado por Auto de

fecha 4 de diciembre de 2013 en las DPA72/12 del Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 2 de Zaragoza. En dicho asunto por la Policía Judicial (Grupo de Homicidios de la Policía Nacional de Zaragoza) se tenían sospechas fundadas y numerosos indicios para pensar que el marido, D. Antonio Losilla era el autor del homicidio de su mujer Pilar Cebrián que desapareció en el municipio de Ricla en abril de 2012. El Juez de Instrucción acordó la práctica de esta prueba por aplicación del art. 363 de la LECr que establece que: *“Los Juzgados y Tribunales ordenarán la práctica de los análisis químicos únicamente en los casos en que se consideren absolutamente indispensables para la necesaria investigación judicial y la recta administración de justicia.*

*Siempre que concurran acreditadas razones que lo justifiquen, el Juez de Instrucción podrá acordar, en resolución motivada, la obtención de muestras biológicas del sospechoso que resulten indispensables para la determinación de su perfil de ADN. A tal fin, podrá decidir la práctica de aquellos actos de inspección, reconocimiento o intervención corporal que resulten adecuados a los principios de proporcionalidad y razonabilidad.”*

Ante esta tesis, respecto de la consideración de la prueba P300 como declaración del investigado, la vulneración de los derechos fundamentales y su validez jurídica, y ante lo novedoso de la utilización en la esfera jurídica de esta técnica científica, de conformidad con el art. 197 de la Ley Orgánica del Poder Judicial se acordó avocar pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia el conocimiento del recurso contra el Auto de instrucción que acordó la práctica de esta prueba. La Sala llegó por unanimidad declarando que la prueba afecta al derecho a no declarar del investigado, si bien declara válida la realización de la misma en definitiva dado que pese a las reticencias del recurrente se sometió a la misma, y se mostro colaborador activo de la misma, pues es requisito sine qua non la colaboración y seguimiento de las pautas que se establecen por el sujeto para la buena praxis de la misma, de lo contrario su realización podría considerarse “viciada, nula o incluso” al no poder realizarse de manera correcta; es por ello que la Sala entiende esta colaboración activa como signo inequívoco de que no existió un elemento intimidador que constriñera su libertad y por tanto no vulnera el derecho a no confesarse culpable considerando conforme a Derecho la realización de la referida prueba. No obstante lo anterior se debe decir que existieron dos votos particulares de dos Magistrados de la Sala <sup>1 y 2</sup> que consideran que no hubo

voluntad del investigado de someterse a la prueba y por tanto no sería válida al vulnerar el derecho a no declarar y no confesarse culpable.

En este caso el Sr. Losilla profirió expresiones tales como *“que está en total desacuerdo con la prueba, que no quiere ser el conejillo de Indias, pero que si su Señoría lo ordena, él se somete”* *“que se somete por su orden porque si no que iba a hacer”*. Si bien la Sala manifestó que aunque el Sr. Losilla profirió tales expresiones<sup>3</sup> : *[posteriormente tras recordarle los derechos que como imputado le corresponde, preguntado si se somete voluntariamente a la prueba, tras notificársele el auto, resolución que reconoce, y en la que se acuerda la practica d ella mis, manifestó que “ que se somete por su orden porque sino que iba a hacer”, lo que evidencia, que conecedor de la posibilidad de negarse, pues informado de sus derechos, sin que su letrado, presente en el acto, pusiese reparo alguno, se sometió voluntariamente a ella, y es más, se mostró colaborado en todo momento, atendiendo a las explicaciones a las instrucciones del personal sanitario encargado de la misma, sin mostrar ningún tipo de resistencia, ni conducta negativa a la práctica de la prueba. En definitiva, pese a las reticencias, el recurrente se sometió a la prueba colaborando activamente, extremos que evidencia la inexistencia de elemento intimidador que constriñera su libertad].*

Posteriormente, por Auto de fecha 21 de julio de 2015 dictado por el Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Sala de lo Civil y Penal, rec. 6/15 se declaró la nulidad de la prueba pericial P-300. Así, en su Fundamento de Derecho DECIMO, estable que: *[Centrada así la cuestión consideramos que la práctica de la prueba P-300, por extraer datos cognitivos que únicamente se hallan en el cerebro del sujeto, debe ser considerada jurídicamente como una declaración, y por tanto, sólo puede llevarse a cabo con la voluntad del sujeto, pues éste no está obligado a declarar contra sí mismo, ni a confesarse culpable – artículo 24 de la Constitución Española.*

*En el caso presente consta que el Sr. Losilla cuando fue informado de que había de someterse a esta prueba pericial manifestó que estaba “en total desacuerdo con la prueba” añadiendo que “si su Señoría lo ordena él se somete” y que “por su orden me someto, porque si no, que iba a hacer” (folios 2241 y 2242)*

*Tal manifestación, expresada desde el comienzo con rotundidad, significa claramente que no quería someterse a la prueba. Las explicaciones posteriores y la actitud del encausado en el momento del desarrollo de la actuación, que ciertamente fue colaborada, no puede empañar la tajante afirmación inicial. Una persona sometida*

*a un proceso penal, puesta ante la decisión de la autoridad judicial, puede adoptar una actitud no obstativa, acatando la decisión de la autoridad, pero ello no impide considerar que esta actuación posterior resulta de la imposición antijurídica realizada; por tanto, los actos posteriores del acusado no pueden servir para desvirtuar la inicial oposición. Por lo tanto en el caso de autos ante la negativa o desacuerdo del encausado debió dejarse sin efecto la práctica de la prueba P-300. ]*

##### **5. Derecho de contestar a alguna o algunas preguntas que se formulen al investigado.**

En mi opinión y en relación con el derecho a no declararse culpable, el verdadero problema radica, que cuando el investigado manifiesta su conformidad para declarar, siempre puede cambiar de opinión en cualquier momento de su declaración, declarando solo a las preguntas que considere, y no contestando a las que estime que van a perjudicar a su presunción de inocencia. Por el contrario en la prueba P300 al ser un estudio global de sus ondas del cerebro, no goza de la capacidad de decidir sobre que imágenes, textos o cualesquiera de los estímulos que le quiere que su cerebro emita una determina onda. Por contraposición en una declaración verbal puede decidir respecto que cuestiones decide contestar, así como la respuesta emitida por él. Por lo que podríamos entender que se vulnera el derecho a no confesarse culpable y no contestar las cuestiones que considere, pues en este método, al analizar directamente las ondas del cerebro con registros informáticos se coarta la libertad mental del investigado, sobre decidir lo que quiere contestar, o lo que desea admitir en relación con el resto de parcelas de su vida así como acciones y reacciones al resto de estímulos expuestos.

Si bien entiendo, que para solventar esta vulneración, los sujetos del derecho quedarían protegidos, dado que incluso a pesar de haber realizado un consentimiento para la realización de la misma en cualquier momento de la prueba podría decidir acogerse a su derecho a no declarar interrumpiendo de esta manera la realización de la misma y dando por finalizada la misma si ve en algún momento que ésta le va a perjudicar.

Por otra parte, si bien la eficacia científica se tasa en el 90%, salvo error por mi parte, la esfera científica creo entender que no llega a explicar el funcionamiento de las ondas cerebrales sin ningún género de duda, siendo todavía un terreno por explorar, si bien, salvo error por mi parte tal y como empiezo este apartado, los científicos han explicado cómo funcionan las ondas cerebrales, manifestando únicamente que reacciona

ante un estímulo conocido por el sujeto, como puede ser la escena del crimen, pero llegados a este punto, a mí se me plantea la duda de si este movimiento de la onda cerebral se modifica porque estoy viendo la imagen del sitio donde está enterrado el cuerpo y mi cerebro reacciona porque reconoce esa imagen como un recuerdo mío, reacciona porque pienso que me van a “descubrir durante el desarrollo de la prueba y estoy sumamente nervioso... “...o... sería la misma reacción de la onda ante esa fotografía que si bien aun siendo inocente, me horroriza la misma por algún otro motivo personal, por ejemplo si tuve de pequeña un episodio traumático en un río, habiendo tenido un accidente en el que casi me ahogué y me enseñan una fotografía de un río para ver si ese es el lugar donde está enterrado el cadáver ¿Cómo reaccionaría en ese supuesto la onda de mi cerebro? ¿Daría la prueba P300 un falso positivo a la culpabilidad de homicidio?

Dada la amplitud del tema sobre la realización de la honda P300 y dada la imposibilidad de estudiar y analizar todos y cada uno de los estudios estas respuestas no han podido ser contestadas estas cuestiones en dicha comunicación que espero poder contestar en posteriores publicaciones.

#### **6. En relación con la consideración de prueba pericial propia sin la consideración de declaración análoga a la verdad.**

Tras todo lo aquí expuesto, en mi opinión personal, nuestra visión en relación con la práctica de esta prueba debe ir más allá, y no ceñirse a un mínimo aspecto de la misma. Al contrario de lo expuesto y lo reconocido por los órganos jurisdiccionales y la doctrina yo no estoy de acuerdo con la consideración de la misma como una declaración análoga a la verbal pudiendo negarse el investigado a la realización de la misma y siendo obligatorio su consentimiento previo expreso e inequívoco.

Yo considero la prueba P300 como una pericial pura sin analogía con una declaración verbal. Una pericial más con la que dotar al sistema judicial como una herramienta para el esclarecimiento de los hechos que puede obtener pruebas irrefutables que de otro modo no podrían ser obtenidas.

La prueba pericial es una prueba admitida en derecho a lo largo de diversos capítulos de nuestra LECr, y así, en su art. 456 se establece que: *“El Juez acordará el informe pericial cuando, para conocer o apreciar algún hecho o circunstancia*

*importante en el sumario, fuesen necesarios o convenientes conocimientos científicos o artísticos.”*

La prueba pericial según pacífica doctrina y jurisprudencia no es una prueba vinculante para el Juzgador, sino que le ayuda a tomar una decisión conforme a la valoración de la misma, y de manera conjunta con el análisis del resto de prueba practicada y conforme a su sana crítica. Esto es, el juzgador no está obligado de modo alguno, ni legal ni doctrinalmente a concluir en su resolución de la misma manera que concluya el perito. Siendo la prueba pericial muy necesaria para materias en las que los Juzgadores no son legos, como medicina, temas inmobiliarios, económicos, etc. En el derecho penal, en el interrogatorio conforme su sana crítica el Juzgador debe apreciar la veracidad, credibilidad y persistencia en los testimonios de los intervinientes... en consecuencia, ¿por qué no dotar al Juzgador de una herramienta, llámese pericial P300 o llámese “x”, para saber si el investigado miente o dice la verdad, y luego valorar la conclusión de la misma conforme su sana crítica en relación con el resto de pruebas practicadas?

De modo análogo tenemos las periciales psicosociales tan comúnmente admitidas por los Juzgados de Familia a fin de que por los equipos psicosociales adscritos a los juzgados entrevisten al padre, madre y los menores a fin de establecer que progenitor es el más adecuado para la custodia de los menores y el sistema de visitas más adecuado para el menor para con el progenitor no custodio. En este sistema de pericia se podría poner en entre dicho el sistema científico del mismo, dado que se basa en un sistema de entrevista personal de una hora para cada miembro de la familia, en el que en primer lugar se realiza un test tipo que es corregido por medios informáticos y realiza una evaluación del sujeto que no se cuestiona dándola por válida. Pues bien, la prueba P300, en vez de recoger respuestas escritas de un test, recoge ondas cerebrales y es tratada por un medio informático. Y en la pericial de familia igualmente se podría considerar que se realiza una intromisión en la intimidad de la persona vulnerando el derecho a la intimidad de la misma, ya que en la parte de la entrevista personal se preguntan por cuestiones de todo tipo con gran amplitud que van más allá del caso concreto que se juzga. Finalmente, el perito emite un informe concluyendo el sistema que él considera más favorable para los menores. Sistema familiar de guarda custodia y visitas que el Juez puede acoger o no en el fallo de su resolución.

De otro lado recordemos, que la práctica de pruebas periciales no vulnera los derechos constitucionales tales como el derecho a no declararse culpable. En relación con este extremo debemos resaltar que nuestro Código Penal impone la obligación de todo administrado de someterse a las pruebas de alcoholemia en la conducción de vehículo a motor, siendo la negativa al sometimiento de dicha prueba otra pena que puede ser impuesta a la propia pena, véase art 383 y 379 del Código Penal. En este sentido la Sentencia del Tribunal Constitucional 103/1985 manifiesta que el deber de someterse a la prueba de alcoholemia no se considera al derecho a no declarar, no declarar contra sí mismo y no confesarse culpable, pues no se obliga al administrado a emitir una declaración en la que admita su culpabilidad, sino a tolerar que se le haga objeto de una modalidad especial de pericia exigiéndole una colaboración no equiparable a la declaración comprendida en el art. 17.3 y 24 de la CE. Asimismo la Sentencia del Tribunal Constitucional 107/1985 añadía que la realización de una prueba de alcoholemia no entraña exigencia alguna de declaración autoincriminatoria del afectado. En idéntico sentido la Sentencia del Tribunal Constitucional 252/1994.

Otra pericial que se podría poner en entre dicho sería la prueba de perfil de ADN en la que en procesos judiciales de filiación en solicitud de reconocimiento de paternidad/ maternidad otorgan una presunción de la misma ante el demandado que se niega a la realización de la misma, siempre que existan unos indicios periféricos racionales y objetivos que corroboren la versión del demandante. Como vemos en dicha prueba realizada o no, el Juzgador finalmente es que le que decide el fallo de la resolución dando a dicha prueba la mayor o menor validez que el mismo considere.

También podríamos mencionar el delito de desobediencia a la autoridad recogido en el art. 556 del Código Penal que no permite una excusa absolutoria, pese a la premisa que podríamos decir que todo ciudadano tiene el derecho a desobedecer una orden legítimamente emitida por una Autoridad cuando su cumplimiento pueda tener como consecuencia la obtención de pruebas que le vayan a incriminar y sobre las que se pueda basar una posible condena.

De otro lado también sería cuestionable para mí en cuanto a la vulneración de derechos la práctica de la prueba de rueda de reconocimiento pues igualmente se podría considerar que vulnera el derecho a la presunción de inocencia y de no declararse culpable, pues el investigado que ha realizado el hecho delictivo probablemente será

reconocido, de manera que si se niega a la realización de esta prueba ejercerá su derecho a la defensa y a no declararse culpable y ni realizar actos que le puedan incriminar.

Pero en cuanto al constreñimiento de Derechos, peor es la rama del Derecho tributario español que si bien no está legislado en el ámbito penal este supuesto específico se debe mencionar que la Ley General Tributaria en su artículo 142.3 concede a la Administración tributaria el derecho a exigir a los ciudadanos la debida colaboración en los procedimientos de inspección fiscal tramitados contra ellos, estando obligados a presentar cuanto documento sea requerido para ellos, y suponiendo una infracción grave en caso de incumplimiento del requerimiento conforme el art. 203.1 de la Ley General Tributaria. Lo que choca una vez más con el derecho a no declararse culpable, pues como vemos en un proceso penal, incluso tratándose de delitos tan graves con homicidios o secuestros el investigado no estaría obligado ni a declarar ni a aportar ninguna clase de documentación que le incriminase, y no pudiéndose ser sancionados obviamente por ello.

#### **IV. CONCLUSIÓN.**

Según lo expuesto parece claro que el test de la verdad, es un mecanismo que a día de hoy difícilmente encuentra un sitio en nuestro ordenamiento jurídico.

En mi opinión personal, respecto a la validez de esta prueba, siguiendo la postura del Tribunal Constitucional, que como ya hemos analizado no realiza una interpretación extensiva del derecho a no declarar contra sí mismo y no confesarse culpable recogido en el art. 24 de la CE, al menos en tanto nuestro Tribunal Constitucional no modifique su panorama por recomendación y/o instrucciones de Europa, dado que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos si recoge de manera extensiva la interpretación extensiva de tal Derecho, si sería una plena valida admitida en Derecho. Si bien debemos matizar que en nuestra opinión, la validez o no de la realización de dicha prueba no radicaría exclusivamente en el consentimiento expreso y valido del investigado, que obviamente, si fuera prestado por aquel sin ningún género de dudas ni tipo de coacción ni presión sería una prueba del todo valida, sin que plantease ningún problema jurídico. Para nosotras, la realización de esta prueba se debería tomar en consideración no como análoga a una declaración verbal y por ende aplicarle la protección de los derechos que se otorgan como tal, sino que esta prueba se debería considerar como una pericial pura por todas las razones expuestas. En primer lugar, porque el investigado realiza la declaración verbal siempre en presencia del Juzgado,

quien escucha, ve e interpreta reacciones. Por el contrario, la prueba P300 se realiza delante de un perito o experto, sin la presencia del Juzgador, siendo además a día de hoy, un único perito y un único lugar, Zaragoza, donde se realiza este tipo de pericia, como ya hemos detallado. La Prueba P300 posteriormente debe ser explicada al Juzgador, pues no es éste quien interpreta “lo que nos dicen las ondas”, sino que un profesional elabora un informe explicando el método seguido, los parámetros estudiados y los razonamientos y conclusiones finales que alcanza. Pericial que puede ser impugnada, perito que puede ser llamado para ratificar su informe, aclarar dudas o intentar su desacreditación por parte de la defensa. Del mismo modo, que cuando esta pericia esté más generalizada se podría llegar a presentar pericias privadas del mismo tipo o llamar a declarar a “contra-peritos” que pongan en duda las conclusiones del perito judicial. En segundo lugar, por nuestra consideración de prueba pericial y no declaración, haría que se “salvasen” los obstáculos en cuanto a vulneración de derechos, pues no estaríamos hablando de una prueba cuyo resultado debería ser seguido en todo caso por el Juzgador, sino que éste deberá analizar su resultado junto con el resto de pruebas periféricas objetivas practicadas en autos. Pericia además que facilitaría la labor al Juzgador a la hora de la práctica del interrogatorio del investigado pues no existe un medio objetivo científico ni de ningún tipo en la actualidad en los interrogatorios que facilite al Juzgador corroborar las versiones de las personas intervinientes. No obstante ello, dicha pericial deberá acordarse cuando sea imprescindible y necesaria para el esclarecimiento de los hechos, al igual que se deniega según que práctica de prueba se propone por ser aquella innecesaria o superflua para la resolución del caso.

Por último, estaría a favor de la validez de esta prueba porque la admisión progresiva y mejora de esta prueba por parte de estos Tribunales mejoraría las herramientas del ordenamiento jurídico de acuerdo con la sociedad actual donde cada vez existen aplicaciones informáticas, véase el campo de la medicina donde facilitan la labor de los diversos profesionales a la hora de realizar sus tareas profesionales sin que suponga que por ello, se basen las decisiones solo en el trabajo de una máquina, ni que el resultado de obtenido por medios informáticos y científicos vulnere los derechos fundamentales que tenemos todo ciudadano.

Dicho lo anterior, debemos añadir que, lo cierto es que en la actualidad, según la consideración de la prueba P300 como análoga a la declaración verbal, para que aquella sea válida debe mediar el consentimiento expreso válido e inequívoco del investigado

para la realización de la misma, de lo contrario, obligarle a la realización de la misma, los beneficios de obtener una confesión forzada de un investigado vulnerarían los Derechos del investigado mencionados en este estudio. Consideración que puede que sea modificada en el futuro pues por todos es sabido que el derecho no es rígido, sino que se va adaptando según los cambios de la sociedad, y las nuevas apariciones o modificaciones de los delitos, así como por los avances científicos e informáticos que pueden dotar de mayores herramientas a la esfera judicial. Es por ello que espero que se modifique la concepción de la consideración de la prueba P300 como una verdadera declaración verbal, y que la prueba P300 sea admitida comúnmente como válida en casos de especial gravedad como el homicidio o secuestro, pues no debemos olvidar que aunque existan los derechos fundamentales y la protección del investigado, siempre y cuando estos se respeten y no se “vulneren a las bravas” también tenemos en el otro lado, quien también tiene derechos y merece de nuestra justicia y protección son las familias de aquellas víctimas, que bien ya sea viva o muerta, deben y desean encontrar a la persona o al menos su cuerpo para poder alcanzar el descanso de sus almas y no vivir con el dolor y desasosiego eterno de saber que pasó y poder darle al menos una despedida y un descanso digno.

\* \* \* \* \*

## Ildefonso Manuel Gómez Padilla

Abogado en ejercicio. Doctorando. Máster en Criminalística y Criminología. Ex-magistrado suplente. Socio de la FICP.

### ~Libertad vigilada. Diferencias con libertad condicional y finalidad político criminal de ambas figuras~

**Resumen.-** La libertad vigilada es una medida de seguridad que el Tribunal impone, y cuyo contenido se concreta en una serie de limitaciones, obligaciones, prohibiciones o reglas de conducta, aplicables separada o conjuntamente, dentro de los márgenes de duración específicos que en su caso prevea la regulación de cada delito del Código Penal, tendentes no sólo a la protección a las víctimas, sino también a la rehabilitación y a la reinserción social del delincuente. En la presente comunicación se destacaran sus diferencias con la libertad condicional y nos adentraremos en un breve estudio sobre su aplicación en distintos ámbitos, tanto de manera general, como sobre la jurisdicción de menores y la cooperación internacional.

**Palabras Clave.-** Libertad vigilada – libertad condicional – medida de seguridad – pena – reinserción social

#### I. LIBERTAD VIGILADA.

##### 1. Antecedentes.

La libertad vigilada, conforme señala LUZÓN CÁNOVAS<sup>1</sup>, tanto por su contenido, como por su doble dimensión, facultativa o imperativa, viene a introducirse en el Código Penal, tras la reforma operada por la LO 5/2010, como una medida de seguridad no exenta de problemas de aplicación práctica dada la concurrencia en el sistema penal español con medidas cautelares y con penas de contenido, al menos parcialmente, coincidente.

Como medida de seguridad, el único antecedente en la codificación española,<sup>2</sup> y en su escaso periodo de vigencia, lo encontramos en el Código Penal de 1928, que dentro de las medidas de seguridad que se podían acordar “como consecuencia de los delitos o faltas o como complemento de la pena”, se establecía “El sometimiento del delincuente a vigilancia de la autoridad”, vigilancia que con carácter general se preveía para los supuestos de atenuación de la responsabilidad por el estado mental del infractor y, con gran discrecionalidad para los Tribunales, en los casos en que “por la gravedad

---

<sup>1</sup> LUZÓN CÁNOVAS, M.: Reflexiones sobre la libertad Vigilada, El Derecho Editores. 2012.

<sup>2</sup> Entre las clases de penas no corporales, el art. 28 CP de 1822 recogía "la sujeción a la vigilancia de las autoridades", que suponía, conforme a su art. 78, "la obligación de dar cuenta de su habitación y modo de vivir a la autoridad local y de presentársele personalmente en los periodos que ésta le prevenga". Entre las penas correccionales, el art. 24 CP de 1848 también recogía la "sujeción a la vigilancia de la autoridad", que implicaba conforme a su art. 42 no poder cambiar de domicilio sin permiso de la autoridad, observar las "reglas de inspección" que le fije la autoridad y adoptar una profesión u oficio si no tuviera.

del delito o condición del delincuente lo consideren oportuno” (art. 107 CP 1928), aclarando la Exposición de Motivos, que las medias de seguridad, que se establecían unas veces anexas a la declaración de inimputabilidad, otras veces en ejecución coincidente con el cumplimiento de la pena y otras en ejecución posterior a tal cumplimiento “no solo mejorarán la condición individual de muchos delincuentes, sino que contribuirán eficazmente a evitar la extensión de plagas tan dañosas para la sociedad como el alcoholismo y la vagancia”.

La “libertad vigilada” vuelve a regularse en la Ley de Vagos y Maleantes de la II República, tanto para los criminalmente responsables de un delito cuanto el tribunal sentenciador hiciera declaración expresa de su “peligrosidad”, como, en su dimensión predelictual, para “los que observen conducta reveladora de inclinación al delito”, regulándose también en la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social que la sustituyó en 1970.

## **2. Supuestos de no aplicación**

En contraste con la jurisdicción de menores, a la que vamos a hacer referencia, resulta palmario que la regulación de la libertad vigilada en nuestro Código Penal es más reducida y no queda claramente configurada la función del Ministerio Fiscal dentro de su regulación.

No hay previsión de la libertad vigilada como medida cautelar, aunque alguna de las medidas en que ésta se concreta, las establecidas en los apdos. e), f) g) y h) del art. 106.1 CP, si aparecen, aún con matices, recogidas en el art. 544.bis LECrim. Estas medidas son: la prohibición de residir o acudir a un determinado lugar, barrio, municipio, provincia u otra entidad local o Comunidad Autónoma, (“residir en determinados lugares” y “acudir a determinados territorios, lugares o establecimientos”, conforme al art. 106.1 CP) y la prohibición de aproximarse o comunicarse a determinadas personas (“aproximarse” o “comunicarse” con la víctima, o aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, igualmente, conforme al art. 106.1 CP).

Resulta llamativo que estas medidas cautelares del art. 544.bis LECrim., por su dimensión de protección de la víctima, puedan ser acordadas sin solicitud de la propia víctima o del Ministerio Fiscal, cuyo Estatuto Orgánico, en armonía con el art. 124 CE, le encomienda entre sus funciones, tanto “intervenir en el proceso penal, instando de la

autoridad judicial las medidas cautelares que procedan" como " velar por la protección procesal de las víctimas y por la protección de testigos y peritos", función de protección de los derechos de las víctimas que reitera el art. 773.2 LECrim., y ello aunque este artículo establezca, en el ámbito del Procedimiento Abreviado, que le corresponde instar del Juez de Instrucción la adopción de medidas cautelares o su levantamiento. Sólo en el ámbito del Procedimiento para el Enjuiciamiento Rápido de determinados delitos, se regula expresamente que el Juez, antes de resolver sobre la continuación del procedimiento oirá a las partes personadas y al Ministerio Fiscal, que podrán solicitar cualesquiera medidas cautelares frente al imputado, y aun así se establece "sin perjuicio de las que se hayan podido adoptar anteriormente".

En cualquier caso, el art. 544.bis LECrim. establece que estas medidas se impondrán por el Juez o Tribunal "cuando resulte estrictamente necesario al fin de protección de la víctima". No obstante, las medidas cautelares personales, no tienen sólo esa dimensión protectora, sino que, como establece el art. 503 LECrim. al tratar de la prisión provisional, con ellas también se trata de evitar el riesgo de que el imputado eluda la acción de la justicia colocándose en situación de ignorado paradero o evitar la reiteración delictiva. Ahora bien, si la prisión provisional, como medida cautelar tiene carácter excepcional, lo que obliga a concebirla, tanto en su adopción como en su mantenimiento, como una medida estrictamente necesaria, de aplicación subsidiaria, provisional y proporcionada a los fines que, constitucionalmente la justifican y delimitan, cabe plantearse la inclusión como medidas cautelares de otras medidas con las que se alcancen los mismos fines y que puedan establecerse con carácter principal, dejando para esa aplicación subsidiaria, la medida de prisión provisional.

Como medidas estrictamente dirigidas a vigilar o controlar al imputado que hubiere quedado en libertad, art. 530 LECrim. acuerda constituir, apud acta, obligación de comparecer en los días que le fueren señalados en el auto respectivo y cuantas veces fuera llamado por el juez o tribunal, pudiendo acordarse motivadamente, para el cumplimiento de esta obligación, la retirada del pasaporte, obligación de contenido muy similar a la de "presentarse periódicamente en el lugar que el Juez o Tribunal establezca", establecida también como medida contenida dentro de las relacionadas en el art. 106.1 CP. Por ello, sería conveniente incluir dentro de las medidas cautelares algunas otras de las reguladas en el art. 106.1 CP y que tienen esa dimensión de control de la libertad provisional, como "la obligación de estar siempre localizable mediante

aparatos electrónicos que permitan su seguimiento permanente" o la de "comunicar inmediatamente, en el plazo máximo y por el medio que el Juez o Tribunal señale a tal efecto, cada cambio del lugar de residencia o del lugar o puesto de trabajo".

Es cierto que, aunque no expresamente recogida en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el control del imputado exigiéndole el Juez la comunicación de cualquier cambio de domicilio, se impone con frecuencia, pero su incumplimiento determinará tan solo la posibilidad de agravar las condiciones de la libertad provisional, en tanto que, si se regulan como medidas cautelares, y ante la posibilidad de cometer un delito de quebrantamiento de medida cautelar, la intensidad conminatoria sería mayor y con ello, la finalidad perseguida sería más eficaz.

Las medidas que integran el contenido de la libertad vigilada, no están contempladas tampoco como medidas cautelares a imponer para aquellos en los que, desde el inicio del procedimiento o durante la instrucción de la Causa, se revela que puede concurrir alguna de las circunstancias previstas en el art. 20.1, 20.2 o 20.3 CP como eximente completa o incompleta. De esta manera se puede dar la circunstancia de que una persona a la que al amparo de lo establecido en el art. 544.bis LECrim., se le impuso cautelarmente alguna de las obligaciones o prohibiciones previstas en dicho artículo, posteriormente, tras la Sentencia, se le imponga una medida de libertad vigilada con las mismas obligaciones o prohibiciones que las establecidas como medida cautelar. La cuestión es si a esta medida de libertad vigilada le es aplicable el art. 58.4 CP, que establece el abono para el cumplimiento de la pena o penas impuestas -en la causa en que fue acordada o subsidiariamente en otra causa distinta-, de las privaciones de derechos acordadas cautelarmente.

Desde luego el art. 58.4 CP habla del abono para el cumplimiento de la pena impuesta, lo que en principio excluiría su abono para la medida de seguridad. De otra parte, la medida de seguridad es la libertad vigilada, y no las obligaciones o prohibiciones en que se pueda concretar. Sin embargo, el art. 59 CP habla de la posibilidad de compensación de la medida cautelar y la pena impuesta cuando sean de distinta naturaleza, y el art. 99 CP establece que el juez o tribunal abonaran el tiempo de cumplimiento preferente de la medida de seguridad privativa de libertad para el cumplimiento de la pena privativa de libertad que también se haya impuesto, pudiendo incluso suspender ésta o aplicar alguna de las medidas previstas en el art. 96.3 CP. Por ello, el límite máximo de duración de la libertad vigilada establecido en el art. 105 CP -

cinco o diez años- y para la obligación o prohibición coincidente con la medida cautelar aplicada, debería reducirse el tiempo de duración de la privación de derechos acordadas cautelarmente, máxime si se tiene en cuenta que dichas medidas cautelares pueden prolongarse en el tiempo ya que para las mismas no se establecen unos límites de duración.

Tampoco aparece prevista la posibilidad de aplicar las medidas de seguridad, y por tanto la libertad vigilada, a supuestos distintos de los contemplados en los arts. 101 y ss. CP, y en particular a los supuestos de apreciación no de una circunstancia eximente, completa o incompleta, sino de una circunstancia atenuante. El art. 1.2 CP establece que "las medidas de seguridad sólo podrán aplicarse cuando concurren los presupuestos establecidos previamente por la ley", y aunque el art. 95.1 sólo exige como presupuestos para su aplicación, la comisión previa de un delito y el pronóstico de peligrosidad en cuanto a que del hecho y circunstancias personales se revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos, los artículos siguientes tan sólo configuran las medidas de seguridad para los supuestos de apreciación de una eximente, completa o incompleta, de las previstas en los arts. 20.1º, 20.2º y 20.3º CP, excepción hecha de la aplicación de la libertad vigilada conforme a los arts. 192.1º y 579.3º CP.

No obstante, una línea jurisprudencial amplía el ámbito de aplicación de las medidas de seguridad a los casos de concurrencia de la circunstancia atenuante contemplada en el núm. 2 del art. 21 CP, de grave adicción, lo que "resulta de una interpretación lógica de las disposiciones reguladoras de las medidas de seguridad a un supuesto ontológicamente semejante y, también, del art. 60 CP que al prever la posibilidad de sustituir la pena por la asistencia médica y, en su caso, de declarar extinguida o reducida la pena tras la curación, presenta como presupuestos la existencia en el condenado de una situación duradera de trastorno mental que le impide conocer el sentido de la pena, presupuestos que en el grave adicto concurren, dados los daños psíquicos que produce la grave adicción y ser el tratamiento de deshabituación la única actividad socio-sanitaria eficaz para alcanzar la recuperación del adicto", o incluso, para el supuesto de concurrencia de la circunstancia modificativa de la responsabilidad, atenuante analógica en relación con la circunstancia primera del art. 21 CP y primera del art. 20 CP, apuntando, de conformidad con el art. 97 CP, "la posibilidad de que en ejecución de sentencia pueda acordarse la adopción de alguna de las medidas de

seguridad previstas en el Código Penal, en los términos previstos en el art. 105 del Código Penal”.

No parece correcta esta interpretación extensiva de la norma penal, que parte del fracaso de la pena en su dimensión reeducativa y resocializadora, y crea una inseguridad jurídica en cuanto al ámbito de aplicación de las medidas de seguridad.

### **3. El principio acusatorio**

Aunque el principio acusatorio no aparece expresamente mencionado entre los derechos constitucionales que disciplinan el proceso penal, limitándose el art. 24.2 CE a consagrar una de sus manifestaciones, como es el derecho a ser informado de la acusación, el Tribunal Constitucional, ha destacado que ello no es óbice para reconocer como protegidos en el art. 24.2 CE ciertos derechos fundamentales que configuran los elementos estructurales de este principio nuclear (STC 174/2003, de 29 septiembre, FJ8), que trasciende el derecho a ser informado de la acusación y comprende un haz de garantías adicionales (STC 19/2000, de 3 marzo, FJ4 y 278/2000, de 27 noviembre, FJ 17). Así el Tribunal Constitucional, ha incidido en su vinculación con los derechos de defensa y a conocer la acusación (STC 12/1981, de 10 abril), como en la exigencia de separar la función de juzgar de la de acusar, para alcanzar la mayor independencia y equilibrio del Juez, evitando que actúe como parte en el proceso contradictorio frente al acusado, cuando debe ser un órgano imparcial que ha de situarse por encima de las partes acusadoras e imputadas (STC 54/1985, de 18 abril, FJ6).

Una de las manifestaciones del principio acusatorio contenidas en el derecho a un proceso con todas las garantías, es el deber de congruencia entre la acusación y el fallo, congruencia que debe alcanzar no sólo los elementos fácticos de la pretensión punitiva, sino también a la calificación jurídica, incluidas las concretas consecuencias penológicas, frente a las que el imputado ejerce su derecho constitucional de defensa. Así pues, "ha de proscribirse la situación constitucional de indefensión que, por quiebra del principio acusatorio, padecería el condenado a quien se le impusiera una pena que excediese en su gravedad, naturaleza o cuantía de la solicitada por la acusación".

En el mismo sentido, antes de este reconocimiento constitucional, el Pleno de la Sala 2ª del Tribunal Supremo, había adoptado un acuerdo estableciendo que "El Tribunal sentenciador no puede imponer pena superior a la más grave de las pedidas en

concreto por las acusaciones, cualquiera que sea el tipo de procedimiento por el que se sustancie la causa".

Desde esta perspectiva, y por lo que atañe a las medidas de seguridad, cabe plantearse si esta jurisprudencia y doctrina constitucional, en los términos en los que ha quedado expuesta, sobre el deber de correlación, como manifestación del principio acusatorio, entre la acusación y el fallo en el extremo concerniente a la pena a imponer, debe alcanzar también a las medidas de seguridad y al contenido de la libertad vigilada.

En relación a esta cuestión, y si las medidas de seguridad, además de ser un instrumento de asistencia, curación, tratamiento o educación, son un instrumento aflictivo y de prevención especial, entendemos que debería regir en la aplicación de las mismas el principio acusatorio, de manera que el Juez no pudiera imponer una medida más grave de la solicitada por el Ministerio Fiscal o por las partes acusadoras. No obstante, una simple lectura del catálogo de medidas de seguridad establecidas en el art. 96 CP, permite conocer que tan solo existe una clasificación entre medidas privativas y no privativas de libertad, sin que del orden numérico con el que se relacionan estas últimas, dada su muy diversa naturaleza, pueda concluirse que existe una graduación en cuanto a la gravedad de las mismas, por lo que, entendemos sería necesario, que el legislador estableciera una graduación entre ellas en atención a la mayor o menor restricción de derechos afectados.

El Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse en varias ocasiones sobre la vigencia del principio acusatorio en las medidas de seguridad. Así, en la Sentencia de 27 de octubre de 2000, consideró infringido el principio acusatorio, porque el tribunal de instancia al aplicar la eximente incompleta de drogadicción, basándose en el art. 104 CP en relación con los arts. 99 y 102 del mismo texto legal, impuso al acusado, junto a la pena de prisión, la medida de internamiento en un centro de deshabituación, cuando ni en el debate del juicio oral había surgido la aplicación de la medida de seguridad, ni el Ministerio Fiscal, única parte acusadora, lo había pedido, razonando que la medida de internamiento sólo puede imponerse en sentencia firme tras el correspondiente proceso con todas las garantías, rigiendo el principio acusatorio "tanto para la imposición de la pena como de la medida que, aunque de fundamento distinto, están orientadas al mismo fin señalado en el art. 25 CE y afectan ambas al valor superior de la libertad protegida por el art. 17 CE", insistiendo en otras ocasiones de apreciación de eximente incompleta, sobre la conveniencia de "introducir de algún modo en el debate del juicio

oral la medida de seguridad de internamiento en centro de deshabitación (arts. 95 y ss. CP), para que el Tribunal de instancia tenga oportunidad de acordar su aplicación con el sistema vicarial previsto en nuestra legislación (art. 99 CP), que tan beneficioso para el reo y para la sociedad puede resultar en estos casos en que pudo quedar acreditada una peligrosidad en el sujeto en cuanto probabilidad para la comisión de nuevos delitos".

En otras ocasiones, la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, se ha mostrado flexible a la hora de interpretar el principio acusatorio, señalando que "concurriendo la situación de peligrosidad -circunstancias personales del sujeto de las que pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos-, ..., la adopción de la medida se revela como necesaria y consecuencia de aquélla, sin estar sujeta su adopción a petición del Ministerio Fiscal, pues el principio acusatorio no puede regir en relación con las medidas de seguridad, consecuencia de la peligrosidad del sujeto, como si se tratase de la imposición de una pena, sistema dual que opera en planos distintos".

En cualquier caso, estos razonamientos del Tribunal Supremo, son anteriores a la inclusión de la libertad vigilada como medida a imponer en los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales y en los delitos de terrorismo tras el cumplimiento de la pena privativa de libertad cometidos por un sujeto plenamente imputable, en donde se rompe con ese sistema dual, aplicando la libertad vigilada como medida de seguridad conjunta a la pena privativa de libertad y a ejecutar necesariamente tras el cumplimiento de la pena privativa de libertad.

Es cierto que la libertad vigilada establecida para estos delitos no es una pena, pero desde luego participa en cuanto a su naturaleza y contenido, de la misma finalidad de protección a la víctima que subyace en las penas accesorias establecidas en el art. 48 CP, con las que puede concurrir, por lo que debe regir el principio acusatorio en cuanto a la duración de la libertad vigilada, y también debe regir en cuanto a las obligaciones y prohibiciones concretas que la integran, con el fin de que la defensa tenga conocimiento de las mismas y puedan ser objeto de debate y contradicción en el acto del juicio oral, y sobre todo, antes de que el Juez o Tribunal sentenciador concrete el contenido de la libertad vigilada, en lo que debería ser una comparecencia conjunta de la persona sometida a la medida, del Ministerio Fiscal y de las demás partes, tras la propuesta del Juez de Vigilancia Penitenciaria tal y como establece el art. 106.2 CP, y ello sin

perjuicio de la posibilidad de su modificación en cuanto a su contenido o duración, en los términos establecidos en el art. 106.3 CP.

En justificación de este argumento pensar que la medida de libertad vigilada prevista para los imputables, parte de la presunción de peligrosidad atendida la naturaleza del delito de modo que el legislador vincula la proporcionalidad de la medida casi exclusivamente a la gravedad del delito. Así las concretas circunstancias que concurrieron en la comisión del mismo y las características de su autor, son cuestiones que, con la información documental, testifical y pericial correspondiente, encuentran su ámbito natural de valoración tras el debate contradictorio del acto del juicio oral permitiendo la salvaguarda del derecho de defensa. Por otra parte resulta difícilmente pensable que, tras el cumplimiento de la pena privativa de libertad, se produzca un pronóstico de peligrosidad más grave que el inicial debatido en el acto del juicio oral.

De otra parte, la medida de seguridad de libertad vigilada, no siempre se impone junto a una pena privativa de libertad, por lo que no puede diferirse la concreción de su contenido a la propuesta del Juez de Vigilancia Penitenciaria que evidentemente no podrá hacerla. De nuevo en estos supuestos, en que la libertad vigilada se impone como medida principal u originaria, la valoración de la peligrosidad del sujeto, el correspondiente juicio de probabilidad referido a posibles comportamientos futuros y la necesidad y oportunidad de imposición de las prohibiciones u obligaciones más adecuadas, debe realizarse en el acto del juicio oral, donde podrá determinarse su personalidad, circunstancias vitales y sociales, llevando a sus sesiones los medios de prueba que las partes consideren adecuados para refrendar sus posturas. Tampoco, el art. 6.2 CP establece que "las medidas de seguridad no pueden resultar ni más gravosas ni de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido, ni exceder el límite necesario para prevenir la peligrosidad del autor", por lo que se hace necesario hacer esa valoración de la proporcionalidad de la medida a imponer, valoración especialmente complicada cuando comparamos penas con medidas intrínsecamente heterogéneas.

Si en estos dos supuestos de imposición de la medida de libertad vigilada, tanto para los autores plenamente imputables que hayan cometido un determinado delito como para los autores inimputables o seminimputables a los que no se les imponga una pena privativa de libertad, resulta clara la necesidad de concreción del tiempo y contenido de la medida de libertad vigilada por parte del Ministerio Fiscal para su

conocimiento y contradicción de la defensa, consideramos que no puede establecerse un régimen distinto de determinación de la medida en aquellos otros supuestos en que la ejecución de la libertad vigilada se realiza al tiempo del cumplimiento de una pena o medida de seguridad privativa de libertad. El juicio inicial de peligrosidad, de necesidad de la medida, y determinación de su contenido, es igual en todos ellos, y la defensa debe conocer no solo los hechos imputados, sino también la calificación jurídica y las correspondientes consecuencias penales, ya sean penas o medidas de seguridad.

En cualquier caso, si no quedara determinada en la sentencia de instancia la medida a imponer, cuya necesidad fuera apreciada por un tribunal superior, o no llegaran a concretarse en sentencia las obligaciones y prohibiciones propias de la libertad vigilada por cuanto la debida valoración de pronóstico, por cumplimiento anterior de pena privativa de libertad o una medida de seguridad privativa de libertad incompatible, quedara diferida a un momento muy ulterior, para su concreción siempre sería imprescindible que “en ejecución de sentencia se tramite un incidente contradictorio, con intervención forzosa del Ministerio Fiscal y de un letrado que defienda al condenado, incidente en el que incluso se podrán practicar pruebas, particularmente los informes periciales que sean necesarios al respecto”.

#### **4. La fase de ejecución**

En relación a la fase de ejecución de la medida de libertad vigilada, hay que plantear algunas cuestiones de naturaleza práctica.

a) Concurrencia con penas accesorias: la imposición de la medida de seguridad de libertad vigilada puede concurrir con una de las penas accesorias establecidas en el art. 48 CP, y no es difícil imaginar que tal medida de seguridad pueda concretarse con el mismo contenido que dichas penas accesorias (prohibición de aproximarse, comunicarse, acudir o residir). Dado el tenor del art. 57.1 CP, estas penas accesorias se impondrán por un tiempo superior entre uno y diez años a la duración de la pena de prisión impuesta en sentencia si el delito fuera grave y entre uno y cinco años si fuera menos grave, por lo que la duración es superior a la pena privativa de libertad. Por ello, conforme al art. 106.2 CP, la medida de libertad vigilada debe cumplirse tras el cumplimiento de la pena privativa de libertad impuesta en los casos establecidos en el Código, y a la hora de aplicarla siguen subsistiendo dichas penas accesorias impuestas, resulta extraño que pueda hacerse un cumplimiento simultáneo de ambas sometido a regímenes legales distintos. Así, por ejemplo, en las medidas cautelares, el art. 48.4 CP

prevé la posibilidad de su control a través de medios electrónicos, previsión que sorprendentemente no aparece recogida para estas prohibiciones en el art. 106 CP y las consecuencias del incumplimiento de estas prohibiciones establecidas como penas accesorias, son distintas que las establecidas como medida de seguridad. Por ello, aunque el art. 106.2 CP establece imperativamente que la libertad vigilada debe ejecutarse tras el cumplimiento de la pena de prisión, en éstos casos, quizá debemos admitir la posibilidad de que dicho cumplimiento se lleve a cabo con posterioridad al cumplimiento de las penas accesorias impuestas. Podríamos a tal efecto acudir a la posibilidad de suspensión de la ejecución de la medida hasta tanto se termine el cumplimiento de las penas accesorias, por aplicación del art. 97 d) CP, aunque con la dificultad de que éste artículo sólo prevé la posibilidad de suspensión "en atención al resultado ya obtenido con su aplicación", esto es, de la medida de seguridad, no de la pena accesoria, y ello sin que entremos a valorar que dicha posibilidad establecida genéricamente para todas las medidas de seguridad, no ha sido contemplada dentro de los supuestos de modificación de la libertad vigilada que expresamente se contienen para ésta figura en el art. 106.3 CP, que sin embargo sí permite dejar sin efecto la misma cuando exista un pronóstico positivo de reinserción.

b) Tercer grado penitenciario y libertad condicional: en la regulación de la libertad vigilada para su cumplimiento como medida posterior a la pena privativa de libertad impuesta, el legislador no ha tenido en cuenta el sistema progresivo de individualización científica de cumplimiento de las penas de prisión previsto en la legislación penitenciaria. En efecto, la propuesta que previa a la concreción del contenido de la libertad vigilada por el Juez o Tribunal sentenciador, debe hacer el Juez de Vigilancia Penitenciaria, se sitúa al menos dos meses antes de la extinción de la pena privativa de libertad, momento en el que el penado estará en tercer grado penitenciario cumpliendo la pena en establecimiento de régimen abierto, o en libertad condicional. Durante el periodo de tercer grado, los penados gozan de un régimen de semilibertad que normalmente les permite salir de prisión todos los días de la semana durante la jornada laboral y volver sólo a pernoctar. Por su parte, el penado que consigue la libertad condicional a las tres cuartas o dos terceras partes de la extinción de su condena, cumple la pena privativa de libertad que le resta sin estar privado de la misma. En ésta etapa, se prevé la posibilidad de que el Juez de Vigilancia penitenciaria al decretar la libertad condicional, les imponga motivadamente la observancia de una o varias reglas de

conducta o medidas de las previstas en el art. 83 CP como condiciones de la suspensión de la ejecución de la pena y 96.3 CP como medidas de seguridad no privativas de libertad. Pero en cualquier caso, estas medidas, impuestas por el Juez de Vigilancia Penitenciaria son opcionales, por lo que al obtener el penado la libertad definitiva, la imposición de las obligaciones y prohibiciones de la medida de seguridad de libertad vigilada, puede suponer un retroceso, en cuanto a la posible imposición de medidas más restrictivas, con respecto al régimen de cumplimiento de la pena de prisión respecto del que el interno tenía en tercer grado o en libertad condicional.

c) Quebrantamiento de la libertad vigilada: el art. 106.4 CP regula las consecuencias del incumplimiento de "una o varias obligaciones", del contenido de la libertad vigilada, expresión que deberemos interpretar en sentido amplio para integrar en ellas las "prohibiciones", a las que posteriormente se refiere el mismo artículo. Su regulación confronta con el art. 468.2 CP según el cual, "se impondrá en todo caso la pena de prisión de seis meses a un año a los que quebrantaren...la medida de libertad vigilada", y con el art. 100.3 CP que ordena al Juez o Tribunal deducir testimonio para el caso de quebrantamiento de una medida de seguridad, y ello porque el art. 106.4 CP distingue entre el "incumplimiento de una o varias obligaciones", en donde el Juez o Tribunal sentenciador puede modificar las mismas tras recabar los informes necesarios y con audiencia de la persona sometida a la medida, el Ministerio Fiscal y las demás partes conforme a lo dispuesto en el art. 98 CP, y el "incumplimiento reiterado", revelador de la voluntad de no someterse a las obligaciones y prohibiciones impuestas, en cuyo caso, además, el Juez deducirá testimonio por un presunto delito del art. 468.2 CP.

Por tanto el Juez sentenciador debe valorar la gravedad del incumplimiento a los efectos de determinar si procede o no deducir testimonio por un delito de quebrantamiento. Ahora bien, la cuestión que nos planteamos es si siempre que hay constancia de un incumplimiento, el Juez o Tribunal debe proceder conforme al procedimiento establecido en el art. 98 CP oyendo al afectado, al Ministerio Fiscal y a las demás partes personadas, o sólo debe hacerlo cuando, a priori, considere conveniente la modificación de la medida, como parece deducirse del tenor literal del art. 106.4 CP. Consideramos que dado el beneficio que tiene el sometido a esta medida de libertad vigilada, resultaría más adecuado que en caso de incumplimiento, el Juez o Tribunal diera audiencia, en todo caso, al sometido a la misma para que expusiera las

razones del incumplimiento y oír igualmente a las partes en el procedimiento para que pudieran expresar su parecer. En cualquier caso, si en esta audiencia el Ministerio Fiscal solicita la deducción de testimonio por un delito de falso testimonio, resulta difícil que el Juez o Tribunal pueda negarse a ello, salvo que entendamos como requisito de procedibilidad de este delito la autorización del Juez o Tribunal sentenciador.

Las soluciones arbitradas por el legislador para el caso de incumplimiento de algunas de las obligaciones de la libertad vigilada, es distinto cuando el contenido de ésta es la “obligación de seguir tratamiento médico externo, o de someterse a un control médico periódico”, dado que, con la indudable finalidad de respetar la autonomía del paciente en el ámbito de la legislación sanitaria, el art. 100.3 CP establece que “no se considerará quebrantamiento de la medida la negativa del sujeto a someterse a tratamiento médico o continuar un tratamiento médico consentido”, pero “no obstante” el Juez o Tribunal podrá acordar la sustitución del tratamiento rechazado, “por otra medida de entre las aplicables al supuesto de que se trate”. Es decir, el incumplimiento de las obligaciones en que se concreta el contenido de la libertad vigilada puede dar lugar a la modificación de dichas obligaciones o prohibiciones (art. 106.4 CP) salvo que se trate de la medida de seguimiento de tratamiento médico externo, en cuyo caso, lo que se prevé es la sustitución por cualquiera de las medidas de seguridad establecidas en el art. 96 CP.

## **II. LIBERTAD CONDICIONAL**

Tras la reforma penal operada por la Ley Orgánica 1/2015, en vigor desde el 1 de julio del mismo año, la libertad condicional declina su naturaleza de último grado del sistema penitenciario de individualización científica para convertirse en una modalidad de suspensión de la pena de prisión pendiente de cumplimiento.

A diferencia de la suspensión de penas privativas de libertad prevista en el artículo 80 del Código Penal, la suspensión del resto de prisión dispuesta en el artículo 90 y siguientes de dicho texto puede acordarse respecto de cualquier pena de prisión, independientemente de cuál sea su cuantía, y aplicarse a cualquier penado haya delinquido o no por primera vez.

En esta nueva variedad, la ejecución de la prisión restante queda en suspenso desde la fecha de puesta en libertad del penado, durante el plazo que determine el Juez de Vigilancia Penitenciaria, que podrá ser superior pero nunca inferior a la parte de pena

pendiente de cumplimiento. Una vez transcurrido el intervalo sin haber cometido el sujeto un delito y habiendo satisfecho las reglas de conducta fijadas, el juez acordará la remisión de la pena.

En caso contrario, y a semejanza de lo que ocurre en la suspensión ordinaria, cuando se manifieste la peligrosidad del liberado por la comisión de nuevo delito, o por el incumplimiento grave o reiterado de las prohibiciones y deberes impuestos, o por sustraerse al control de la Administración Penitenciaria, el Juez de Vigilancia revocará la suspensión y la libertad condicional concedida, y ordenará la ejecución de la pena restante, debiendo el penado cumplir la misma sin que el tiempo transcurrido en libertad condicional se compute como tiempo de cumplimiento de la condena.

Así concebida, la libertad condicional subsiguiente a la suspensión de la prisión restante permite verificar la capacidad de autocontrol del sujeto para vivir en libertad desistiendo de delinquir.

Asimismo la suspensión de la prisión remanente posibilita al infractor recuperar su libertad ambulatoria y el acceso a actividades laborales, formativas y terapéuticas en condiciones similares a las del ciudadano libre. No obstante, aunque el sujeto queda desclasificado, el estatus jurídico que acarrea la suspensión condicional puede conllevar, si el Juez de Vigilancia lo considera necesario para conjurar el peligro de comisión delictiva, su contención dentro de unos límites que se concretan en la imposición de ciertos deberes y obligaciones.

Estas directrices de conducta, que van a poner a prueba la disposición del sujeto para autogobernarse, consisten fundamentalmente en la fijación de un lugar de residencia del que no podrá ausentarse sin autorización judicial, en la presencia cuando sea requerido para informar de sus actividades y justificarlas, en la participación en programas de diversa índole, y en el acatamiento de determinadas prohibiciones bajo supervisión y control bien de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado bien de la propia Administración Penitenciaria.

## **1. Normativa.**

La reforma del Código Penal por la Ley Orgánica 1/2015 establece los siguientes supuestos suspensión de la ejecución del resto de la pena de prisión y concesión de libertad condicional:

a) Básico, regulado en el artículo 90.1, para penados clasificados en tercer grado, que hayan extinguido las tres cuartas partes de la pena impuesta, y hayan observado buena conducta.

b) Adelantados, establecidos en el artículo 90.2, bien a las dos terceras partes de la condena, o bien hasta un máximo de noventa días por cada año de cumplimiento efectivo una vez extinguida la mitad de la condena, para penados que hayan desarrollado actividades diversas de forma continuada o con mejoramiento personal, y en su caso que acrediten su participación efectiva y favorable en programas, así como el cumplimiento del resto de requisitos básicos (tercer grado y buena conducta).

c) Excepcional, previsto en el artículo 90.3, para primarios que cumplan condenas de prisión no superiores a tres años, que hayan extinguido la mitad de la condena, y cumplan el resto de requisitos básicos. Este régimen no se aplica a penados por delitos contra la libertad e indemnidad sexuales.

d) Terroristas y crimen organizado, según artículo 90.8, que muestren signos inequívocos de haber abandonado la actividad delictiva. Los supuestos adelantados y el excepcional no son aplicables.

e) Septuagenarios y enfermos muy graves con padecimientos incurables, supuestos del artículo 91, que estén clasificados en tercer grado y hayan observado buena conducta, sin exigencia del requisito de cumplimiento previo de un tramo de la pena, cuando el juez valore que ha disminuido su peligrosidad o cuando exista un peligro patente para la vida del interno.

f) Prisión permanente revisable, conforme a lo fijado en el artículo 92, cuando el penado haya cumplido veinticinco años de su condena, esté clasificado en tercer grado y exista un pronóstico favorable de reinserción social.

En tanto continúe vigente el artículo 197.1 del Reglamento Penitenciario (Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero), puede seguir aplicándose esta vía de retorno voluntario de internos extranjeros no residentes legalmente en España o españoles residentes en el extranjero, para que puedan disfrutar de la libertad condicional en su país de residencia y siempre que presten su conformidad a las medidas de seguimiento y control que se propongan en cada caso.

### **III. DIFERENCIAS ENTRE LIBERTAD VIGILADA Y CONDICIONAL. FINALIDAD POLÍTICO-CRIMINAL.**

#### **1. ¿Cuál es la principal diferencia?**

La libertad condicional tiene lugar cuando un condenado que está cumpliendo una pena de prisión se le adelanta la excarcelación y queda en libertad con la condición de que no vuelva a cometer nuevos delitos. Los requisitos para que un juez otorgue este tipo de permiso están regulados en el artículo 90 del Código Penal, tal como se han expuesto.

En cambio, la libertad vigilada es una medida de seguridad no privativa de libertad - artículo 96.3 CP-. Por tanto, este tipo de permiso no supone ningún encarcelamiento previo.

#### **2. Condiciones de la libertad vigilada.**

Los requisitos para conceder la libertad vigilada están reflejados en el artículo 106 del Código Penal. Este tipo de permisos requieren el sometimiento del condenado a un control judicial a través del cumplimiento de algunas medidas.

El control es fijado por un juez puede ser muy diverso: estar localizable mediante aparatos electrónicos, presentarse periódicamente en el lugar que el Tribunal establezca, comunicar en el plazo que señale el juez el cambio de residencia o trabajo, la prohibición de comunicarse con la víctima o a sus familiares -por ejemplo en casos de violencia de género-, la prohibición de acudir a determinados lugares o establecimientos...

#### **3. Requisitos de la libertad condicional.**

El artículo 90 del Código Penal regula la libertad condicional. "El juez de vigilancia penitenciaria acordará la suspensión del resto de la pena de prisión al penado que cumpla ciertos requisitos":

- Que se encuentre clasificado en tercer grado.
- Que haya extinguido las tres cuartas partes de la pena impuesta
- Que haya observado buena conducta.

El juez deberá valorar otros aspectos como la personalidad del penado, sus antecedentes, las circunstancias del delito cometido... En principio, si el penado no ha pagado la responsabilidad civil derivada del delito cometido no se podrá conceder la libertad condicional.

#### **4. Otras posibilidades de conseguir la libertad condicional.**

En algunos casos, los requisitos se modifican por los siguientes:

- Que los penados hayan extinguido dos terceras partes de la condena.
- Que hayan desarrollado actividades laborales, culturales u ocupacionales, de forma continuada.
- Que se encuentren en tercer grado y se observe buena conducta.

Asimismo, de carácter excepcional se pueden ampliar los siguientes criterios:

- Presos que se encuentren cumpliendo su primera condena de prisión y ésta no supere los tres años de duración - Hayan extinguido la mitad de su condena - Estén clasificados en tercer grado y observen buena conducta.

En cualquier caso, los reclusos que obtengan la libertad condicional deberán someterse a ciertos controles similares a las de aquellos que obtienen la libertad vigilada.

#### **IV. LIBERTAD VIGILADA EN LA JURISDICCIÓN DE MENORES.**

A modo de antecedente, declaradas inconstitucionales las medidas de seguridad predelictivas, llegamos a la LO 5/2000, de 12 enero Reguladora de la Responsabilidad Penal del Menor (LORPM), que dentro de los principios que la inspiran, en donde prima siempre el interés del menor, establece la libertad vigilada como medida cautelar cuando existan indicios racionales de la comisión de un delito, y como medida sancionadora-educativa en la sentencia que dicte el Juez de Menores por la comisión de un hecho constitutivo de delito o falta.

Siendo la libertad vigilada regulada en la LO 5/2000, el único precedente legislativo postconstitucional a la libertad vigilada regulada en el Código Penal con la LO 5/2010 de 22 de junio, consideramos interesante realizar una breve referencia comparativa entre una y otra regulación.

En una primera aproximación a la regulación de la libertad vigilada en una y otra jurisdicción, de menores y de adultos, observamos aparente similitud de contenido de esta medida. En efecto, en el art. 7 LORPM implica un seguimiento de la actividad educativa o laboral del menor, con la posibilidad de que se establezcan una serie de normas de conducta cuales son la obligación de asistencia al centro de enseñanza obligatoria, de someterse a programas formativos o de educación, la prohibición de

acudir a determinados lugares, establecimientos o espectáculos, prohibición de ausentarse de su lugar de residencia, obligación de residir en un lugar determinado y obligación de comparecencia personal ante el Juez de Menores o profesional designado por éste para informar de sus actividades, así como cualquier otra obligación que el Juez estime conveniente para la reinserción social del sentenciado.

Por su parte, el art. 106 CP establece el sometimiento del "condenado" a alguna o algunas de las siguientes medidas configuradas como obligaciones, como las de estar localizable, de presentarse periódicamente, de comunicar los cambios de residencia o trabajo, o prohibiciones como las de ausentarse de un determinado lugar o territorio, de aproximarse o comunicarse con la víctima u otras personas, la de acudir a determinados lugares o establecimientos, la de residir en determinados lugares, la de desempeñar determinadas actividades, la de participar en programas formativos o educativos o la de seguir un tratamiento médico externo o de someterse a un control médico periódico.

Al margen del parecido contenido de las distintas prohibiciones y obligaciones, en la legislación de menores, la medida de libertad vigilada puede prescindir de la adopción de las medidas concretas que enumera, pues lo esencial es el seguimiento y supervisión de la actividad de la persona sometida a ella y por lo mismo, establece una cláusula residual, para integrar en su contenido aquellas otras medidas que se consideren adecuadas para la reinserción social del condenado, mientras que, en el Código Penal, la libertad vigilada implica necesariamente la adopción de alguna o algunas de las medidas que se relacionan y que tienen la condición de *numerus clausus*, de tal modo que las enumeradas, y sólo esas, pueden imponerse.

Resulta extraño el contenido rígido de la libertad vigilada en su dimensión de medida de seguridad penal. En efecto, si el fundamento de las medidas de seguridad viene determinado por la peligrosidad del sujeto, entendida como probabilidad de comisión de delitos, y no por la culpabilidad, a pesar de que el presupuesto exija la comisión de un delito previo, y la finalidad de las mismas, junto a la prevención especial y la protección de las víctimas, es la rehabilitación y reinserción social, parece razonable admitir cierta flexibilidad a la hora de concretar las obligaciones, prohibiciones o pautas de conducta que debe asumir la persona sometida a las mismas, sin que ello suponga quebranto alguno del principio de legalidad, como no se quebranta en la referencia que hace el art. 106.1.j) CP al dejar abierta la posibilidad de imponer

como obligación de la libertad vigilada la participación en programas formativos, laborales, culturales, de educación sexual u "otros similares".

De otra parte, destacar que, a diferencia de las medidas de seguridad del art. 96 CP, el listado de medidas del art. 7 LORPM se realiza ordenadamente según la restricción de derechos que suponen, de manera que si bien es cierto que el Juez de Menores puede imponer la que considere más conveniente, nunca podrá imponer una medida que implique mayor restricción de derechos que la solicitada por el Ministerio Fiscal o por el acusador particular, en virtud de la plena vigencia del principio acusatorio reconocido en la LORPM y sobre el que la legislación penal de adultos, guarda silencio.

Hemos de tener en cuenta que la responsabilidad del menor es una "responsabilidad penal", y así lo dice el propio título de la LO 5/2000\_y lo repite su Exposición de Motivos, que en su apdo. 6 explicita la "naturaleza formalmente penal pero materialmente sancionadora-educativa del procedimiento y de las medidas aplicables". Por tanto, aunque en las sentencias de los Juzgados de Menores se eluda la referencia al término "condena", la imposición de la medida, tiene una dimensión sancionadora como consecuencia de la responsabilidad derivada de la comisión de un ilícito penal.

A mayor abundamiento, la LORPM, señala que, cuando existan indicios racionales de la comisión de un delito por un menor y el riesgo de que éste pueda eludir y obstruir la acción de la justicia o de atentar contra bienes jurídicos de la víctima, establece como medida cautelar, junto con otras, la libertad vigilada y con ello el tiempo de cumplimiento de la misma se abona en el cumplimiento de las medidas que finalmente se puedan imponer en la misma causa o, en su defecto, en otras que hayan tenido por objeto hechos anteriores a la adopción de aquéllas.

Nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal, a la hora de regular las medidas cautelares diferentes a la prisión provisional, establece en su art. 544 bis, en los casos que se investigue un delito de los mencionados en el art. 57 CP, y "cuando resulte estrictamente necesario al fin de protección de la víctima", la posibilidad de imponer al inculpado la prohibición de residir o de acudir a un determinado lugar, barrio, municipio, provincia u otra entidad local o comunidad autónoma, o la prohibición de aproximarse o comunicarse a determinadas personas. No regula pues la libertad vigilada como medida cautelar, pero todas las prohibiciones establecidas como medidas

cautelares en el art. 544 bis LECrim. se integran en las medidas del contenido de la libertad vigilada.

Aunque en el art. 544 bis LECrim., sólo se establezca como finalidad de estas medidas cautelares la protección de la víctima, no puede obviarse que, en gran medida, esta protección conlleva la necesidad de evitar la reiteración del delito y, en ciertas ocasiones en las que puede inferirse la conveniencia de evitar actuaciones sobre la víctima o terceras personas para que modifique su actitud en el proceso, también tiene como finalidad evitar el peligro de destrucción de pruebas. Esta valoración sobre la pertinencia y el tipo de medida cautelar a adoptar, a diferencia de lo que se establece en la Jurisdicción de Menores, que exige la solicitud ante el Juez de Menores por parte del Ministerio Fiscal, de oficio o a instancia de quien haya ejercitado la acción penal, puede adoptarla el Juez o Tribunal de oficio, tal y como resulta de los arts. 13 y 763 LECrim., y no requiere, a diferencia de lo establecido para las víctimas de violencia doméstica en el art. 544,ter LECrim., de comparecencia alguna.

Por tanto, a modo de resumen, el art. 7.1 h) de la LO 5/2000 de responsabilidad penal de los menores la prevé dentro de las medidas a imponer a los menores que delinquen consistiendo en:

- Un seguimiento de la actividad del menor (escuela, trabajo, etc.), procurando ayudarle a superar los factores que determinaron la comisión de la infracción.
- Seguimiento de las pautas socio-educativas que señale la entidad pública o profesional correspondiente y mantenimiento de entrevistas con los mismos, de acuerdo con el programa de intervención elaborado al efecto y aprobado por el Juez de Menores.
- Cumplir las reglas de conducta impuestas por el Juez que pueden ser:
  - o Asistir regularmente al centro docente correspondiente, si el menor está en edad de escolarización obligatoria, y acreditar ante el Juez la asistencia o justificar las ausencias.
  - o Someterse a programas de tipo formativo, cultural, educativo, profesional, laboral, de educación sexual, vial o similares.
  - o Prohibición de acudir a determinados lugares, establecimientos o espectáculos.

- Prohibición de ausentarse del lugar de residencia sin autorización judicial previa.
- Residir en un lugar determinado.
- Comparecer ante el Juzgado de Menores o profesional que se designe, para informar de las actividades que realiza y justificarlas.
- Cualesquiera otras que el Juez, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal estime convenientes para la reinserción social, que no atenten contra su dignidad.

Si alguna de estas reglas implica que el menor no pueda seguir conviviendo con sus padres, tutores o guardadores, el Fiscal deberá remitir testimonio de particulares a la **entidad pública de protección del menor**, y dicha entidad deberá promover las medidas de protección adecuadas a las circunstancias de aquél.

La **duración** de la medida es:

- Por delito leve 6 meses (art. 9.1 LORPM).
- En el resto de los casos la duración máxima será de 2 años (art. 9.3 LORPM).
- Se prevén supuestos especiales donde podrá durar hasta 5 años (art. 10 LORPM).
- Para su **ejecución** se elaborará un **programa individualizado** descrito en el art. 18 del RD 1774/04, de 30 de julio, reglamento de desarrollo de la Ley de Responsabilidad penal de los menores.

## V. LIBERTAD VIGILADA EN EL ÁMBITO DE LA JURISDICCIÓN INTERNACIONAL.

En el ámbito de la cooperación judicial internacional la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea en el Título IV contiene las normas de la llamada **resolución de libertad vigilada**, que establecen el régimen de la **transmisión** y **ejecución** de resoluciones adoptadas en el marco de medidas consecutivas a la condena. Este título contiene tanto el procedimiento por el que las autoridades judiciales españolas pueden transmitir una resolución por la que se imponga una medida de libertad vigilada o una pena sustitutiva, como el

procedimiento de ejecución de dichas resoluciones en España cuando hayan sido dictadas en otros Estados miembros. En concreto en los arts. 93 y ss de la señalada ley, se regula todo lo relativo a esta medida en el ámbito de la cooperación internacional.

En cuanto a la **resolución de libertad vigilada**, las sentencias cuyo régimen de reconocimiento y ejecución se regula por este Título son aquellas resoluciones firmes dictadas por la autoridad competente de un Estado miembro por las que se imponga una pena o medida privativa de libertad o alguna de las medidas previstas en el artículo 94 a una persona física, cuando en relación con su cumplimiento se acuerde:

- a) La libertad condicional sobre la base de dicha sentencia o mediante una resolución ulterior de libertad vigilada.
- b) La suspensión de la condena, bien en parte o bien en su totalidad, imponiendo una o más medidas de libertad vigilada que pueden incluirse en la propia sentencia o determinarse en una resolución de libertad vigilada aparte.
- c) La sustitución de la pena por otra que imponga una privación de un derecho, una obligación o una prohibición que no constituya ni una pena o medida privativa de libertad, ni una sanción pecuniaria.
- d) De acuerdo con el Derecho del Estado de emisión, una condena condicional mediante la cual se impone una o más medidas de libertad vigilada, pudiendo, en su caso, diferir de forma condicional la pena privativa de libertad impuesta.

¿Qué tipos de medidas de libertad vigilada son susceptibles de transmisión y ejecución en otro Estado miembro de la Unión Europea o de recepción por las autoridades judiciales españolas competentes? El art. 94 de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre cita las siguientes:

- a) La obligación de la persona condenada de comunicar a una autoridad específica todo cambio de domicilio o lugar de trabajo.
- b) La prohibición de entrar en determinadas localidades, lugares o zonas definidas del Estado de emisión o de ejecución.
- c) La imposición de limitaciones respecto a la salida del territorio del Estado de ejecución.

- d) Los requerimientos relativos a la conducta, la residencia, la educación y la formación o las actividades de ocio, o que establezcan límites o determinen modalidades del ejercicio de una actividad profesional.
- e) La obligación de presentarse en determinadas fechas ante una autoridad específica.
- f) La obligación de evitar todo contacto con determinadas personas.
- g) La obligación de evitar todo contacto con determinados objetos que la persona condenada ha utilizado o podría utilizar para cometer infracciones penales.
- h) La obligación de reparar económicamente los daños causados por la infracción o de presentar pruebas del cumplimiento de esta obligación.
- i) La obligación de realizar trabajos en beneficio de la comunidad.
- j) La obligación de cooperar con un agente de vigilancia o con un representante de un servicio social que tenga responsabilidades con respecto a la persona condenada.
- k) La obligación de someterse a un tratamiento terapéutico o de deshabitación.

¿Cuáles son los **requisitos** para que la autoridad judicial española competente **emita** a otro Estado miembro una resolución de libertad vigilada?

- a) Que se haya dictado una resolución judicial firme de libertad vigilada en los términos prescritos en esta ley.
- b) Que el condenado no tenga su residencia legal y habitual en España.
- c) Que haya regresado al Estado donde reside legal y habitualmente o que, aun estando en nuestro país, haya manifestado su voluntad de regresar a éste o a otro Estado miembro que lo autorice. (Art. 96 de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre).

En los arts. 97 a 108 de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, se contempla todo el **trámite de ejecución** de una resolución de libertad vigilada. Los certificados a cumplimentar son:

- Certificado para la ejecución de sentencias y resoluciones de libertad vigilada en otro Estado miembro de la Unión Europea. Anexo IV Ley 23/2014, de 20 de noviembre.

- Certificado sobre el incumplimiento de una medida de libertad vigilada o de una pena sustitutiva. Anexo V Ley 23/2014, de 20 de noviembre.

## VI. CONCLUSIONES.

Estudiado el concepto de libertad vigilada como medida de seguridad, la primera conclusión que se deriva es que no esta pensada para cumplir fines de prevención especial positiva, sino de incapacitación general. No obstante, se pueden encontrar un mínimo trasfondo rehabilitador, sin que posiblemente llegue a reducir el riesgo de reincidencia, por lo que no sería descartable que en futuras reformas la figura pudiera suprimirse.

Una segunda reflexión a nivel tecnológico para llevar a cabo dicha medida tiene como consecuencia las importantes restricciones que los penados sufren en su libertad ambulatorias que dadas las limitaciones temporales y espaciales, pueden llegar a comportar gran dificultad para la rehabilitación y resocialización. Al tiempo, el insuficiente desarrollo tecnológico que deriva en múltiples ocasiones en el quebrantamiento, de manera injustificada.

Libertad vigilada y libertad condicional son dos figuras totalmente distintas aunque puedan tener un efecto en la práctica similar.

Por lo que respecta a la jurisdicción de menores, si bien la figura de la libertad vigilada proviene de un antecedente común, el Patronato de Presos. Solo a nivel de menores se ha mantenido la filosofía correccional con la que se ideó, en el caso de los adultos parece actualmente fundamentarse más en procurar la seguridad ciudadana y el control de la reincidencia. Para la jurisdicción de menores, la aplicación y ejecución de esta figura es más flexible y con mayor discrecionalidad judicial; mientras que para los adultos, para los Tribunales es obligada de imponer conforme al art. 106.1 CP.

En el ámbito de la cooperación judicial internacional, esta figura se regula sobre la base del reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea

Para finalizar, no se puede obviar la crítica a la luz de los principios preventivos-especiales, non bis in ídem y proporcionalidad de las penas y medidas de seguridad de nuestro sistema penal.

\* \* \* \* \*

## Rocío Gutiérrez Gallardo

Abogada del Colegio de la Abogacía de Barcelona (ICAB). Máster en Derecho Penal (ICAB).  
Socia de la FICP.

### ~La imputación objetiva. Evolución doctrinal~

**Resumen.-** La presente comunicación no pretende aportar más conocimiento científico del que ya existe respecto de la doctrina de la imputación objetiva, sino analizar la evolución histórica de esta línea de pensamiento doctrinal repasando cuáles fueron sus orígenes, su introducción en la ciencia jurídica española y su evolución a través de la doctrina y la jurisprudencia de la Sala II del Tribunal Supremo, hasta llegar a su actual concepción.

**Palabras Clave.-** Imputación objetiva, doctrina, evolución, desarrollo histórico.

#### I. ORÍGENES DE LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA.

Según LUZÓN PEÑA, el concepto de imputación objetiva procede, de LARENZ, HONIG y ENGISCH quienes, acudiendo a la teoría de la imputación de HEGEL, establecen la exigencia de que la causación del resultado sea adecuada y por ello le pueda ser imputada objetivamente a la acción<sup>1</sup>. La hasta entonces usada, teoría finalista de WELZEL, basada en el concepto causal de la acción, no consigue resolver los problemas que surgen en el marco del nexo objetivo entre acción y resultado<sup>2</sup> por lo que la construcción de la teoría de la imputación objetiva constituyó un cambio radical del sistema de la teoría del delito.

La doctrina tradicional se asentaba en la idea de que bastaba constatar que entre conducta y resultado mediaba relación de causalidad, para hacer responsable de éste al autor de aquélla. Durante mucho tiempo, vino operando la teoría de la *conditio sine qua non*, esto es, se acudía al juicio hipotético de qué es lo que habría sucedido si esa circunstancia concreta no hubiera concurrido de tal manera que, si el resultado se hubiera producido igualmente, aún sin la existencia de esa circunstancia, el resultado no podía ser imputado al sujeto. En<sup>3</sup> evolución de esa concepción surge la teoría de la imputación objetiva, según la cual para que un resultado pueda ser atribuido a un sujeto, no basta con la comprobación de la existencia de relación de causalidad entre conducta y resultado típico, sino que además es necesario cuestionarse si ese resultado puede ser imputado objetivamente a su autor. ROXIN lo sintetiza del siguiente modo: *Un resultado*

<sup>1</sup> LUZÓN PEÑA, D. Curso Derecho Penal Parte General, Universitas, Madrid, 1996, p. 1.

<sup>2</sup> MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. La Imputación Objetiva del Resultado. Una primera aproximación, Cuadernos de Derecho Judicial, 26, 1994, p.5.

<sup>3</sup> JUÁREZ VASALLO, F. La imputación objetiva. Evolución doctrinal. La imputación objetiva en las últimas sentencias del Tribunal Supremo, en: Actas del I Congreso Internacional de la FICP, 2015, [www.ficp.es](http://www.ficp.es)

*causado por el sujeto que actúa, sólo debe ser imputado al causante como su obra y sólo cumple el tipo objetivo cuando el comportamiento del autor haya creado un riesgo no permitido para el objeto de acción, cuando el riesgo se haya realizado en el resultado concreto y cuando el resultado se encuentre dentro del alcance del tipo*<sup>4</sup>, y MARTÍNEZ ESCAMILLA<sup>5</sup>; para que un resultado pueda ser atribuido a un sujeto es necesario que el resultado a imputar constituya la realización de un riesgo jurídicamente relevante cuya evitación sea precisamente la finalidad de la norma infringida por el sujeto. De esta manera, habrá que analizar dos consideraciones en orden a la derivación de la imputación objetiva: la creación de un riesgo penalmente relevante; en el sentido de peligrosidad mayor que la permitida; y la realización del riesgo en el resultado. En definitiva, habrá que determinar si el desvalor de la acción está acompañado del desvalor del resultado en base al riesgo creado.

LUZÓN PEÑA apuntó que en los delitos de resultado se requiere, no sólo que la acción haya influido o condicionado causalmente el resultado, sino que haya producido como obra suya el resultado; esto es, que conforme a diversos criterios normativos se pueda imputar el resultado como obra de la peligrosidad de la acción que la norma quiere evitar y no del azar u otros factores externos; superando así la teoría de la equivalencia de las condiciones.<sup>6</sup> Por tanto, la determinación de la existencia de relación entre el desvalor de la acción y el desvalor del resultado se establecía en base a tres teorías fundamentales:

1. Teoría de la evitabilidad, según la cual, el sujeto que causa imprudentemente un resultado sólo respondería en caso de probarse que dicho resultado se habría evitado con el comportamiento alternativo correcto, dado que el fin de protección de la norma sólo tiene sentido si el sujeto activo, de haberla respetado, hubiera evitado el resultado; no siendo así por las circunstancias del caso, la lesión de la norma es irrelevante, no existiendo imputación objetiva.

2. Teoría del incremento del riesgo; que viene a establecer que el comportamiento imprudente tiene que haber creado un riesgo mayor que el permitido, incrementando así la probabilidad de producción del resultado, de forma que, si la norma infringida se

---

<sup>4</sup> CANCIO MELIÁ, M. Líneas Básicas de la Teoría de la Imputación Objetiva. Madrid: Ediciones Jurídicas Cuyo, p. 52.

<sup>5</sup> MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. Cuadernos de Derecho Judicial, 26, 1994, p. 12.

<sup>6</sup> LUZÓN PEÑA, D. Curso, 1996, p. 1.

considera eficaz para disminuir el riesgo de producción del resultado, deberá ser imputado al infractor, si por el contrario se llega a conclusión distinta, no se podrá efectuar la imputación.

3. Teoría del fin de protección de la norma, que pretende determinar la finalidad concreta típica del deber de cuidado lesionado y la clase de daños que éste debe impedir. Así, para que pueda imputarse el resultado, habrá de atender a si el resultado producido era lo que la norma de cuidado infringida pretendía realmente proteger, de forma que no existiría relación entre la conducta descuidada y el resultado producido, en caso de que éste quedara fuera del ámbito de protección.

Sin duda, donde ha tenido mayor influencia la teoría de la imputación objetiva ha sido en el ámbito de la imprudencia, facilitando la correcta fundamentación de la llamada "conurrencia de culpas", entendiéndose como "conurrencia de riesgos". Cuando<sup>7</sup> en la producción de un resultado concurren riesgos diversos -del autor, de la víctima y/o de terceros-, la jurisprudencia, tradicionalmente, ha acudido a la "conurrencia de culpas", negando la "compensación de culpas" pero, al mismo tiempo, disminuyendo la "culpa" del autor por la concurrencia de "culpa" de la víctima (o de terceros). La cuestión estriba en que no se trata de un problema de culpabilidad, ni tan siquiera de injusto típico, sino de imputación objetiva por la confluencia de riesgos diversos en la producción de un resultado.

Riesgos respecto de los que es necesario probar cuál o cuáles se han realizado efectivamente en el resultado, aplicando los criterios de la finalidad de protección de la norma y del incremento del riesgo ex post. En consecuencia, debe analizarse:

- a) si el resultado es imputable exclusivamente al riesgo creado por el autor.
- b) si, por el contrario, en parte, también es imputable al riesgo creado por la víctima (o al de un tercero) o;
- c) si es únicamente imputable a esta última (o al tercero). En el segundo caso, la consecuencia es que no todo el riesgo creado por el autor se realiza en el resultado, por lo que, aun cuando ex ante su conducta pudiera calificarse como imprudencia grave, ex post deberá calificarse como leve. Es así porque sólo una parte de ese riesgo creado se ha realizado efectivamente en el resultado, siendo este último también imputable a la conducta de la víctima, o en su caso, a la de un tercero o a circunstancias externas

---

<sup>7</sup> JUÁREZ VASALLO, F. en: Actas del I Congreso Internacional de la FICP, 2015.

(atmosféricas, del estado de la calzada...). Se introduce, pues, otro criterio que permite excluir la imputación: el principio de la propia responsabilidad o de la autopuesta en peligro, en casos en los que no podrá sostenerse la realización del riesgo en el resultado cuando la víctima se expone a un peligro que proviene directamente de su acción<sup>8</sup>.

## II. LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

Como hemos citado anteriormente, para la operatividad de la imputación objetiva se advirtió que no bastaba con la existencia de un grado de riesgo, sino que era preciso que el mismo no estuviese permitido, lo cual permite negar la aplicación de la imputación objetiva a casos en los que el resultado, no siendo imprevisible, procede de una actividad lícita, de suerte que aquélla se desvincula de la previsibilidad y conecta con la idea de ponderación de los intereses en conflicto.<sup>9</sup> Por otra parte, junto a la imputación objetiva también se habla de la imputación subjetiva –en relación con el tipo subjetivo, incluyendo el dolo– y de la imputación individual o personal, relacionada con la culpabilidad. Estos tres usos del término "imputación" expresan los requisitos necesarios para atribuir a un sujeto la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico penalmente protegido. Así, para considerar al individuo culpable, la imputación subjetiva y la personal son necesarias y ello, tanto si estamos ante la realización de un tipo imprudente, basado en un mínimo de voluntariedad en el comportamiento; como si se trata de un delito doloso con plena conexión de la voluntad del autor con el tipo objetivo. Ahora bien, todo ello presupone a su vez que también exista una vinculación entre la lesión o puesta en peligro y la conducta del sujeto, esto es, una relación de riesgo que es la requerida por la imputación objetiva<sup>10</sup>. Así pues, para la correcta imputación de una persona y cumplir con las exigencias de los principios de culpabilidad y responsabilidad por el hecho, deberán concurrir la imputación objetiva, la subjetiva y la personal.

Desde el punto de vista de la culpabilidad, la imputación objetiva no renuncia a la conexión con el sujeto, por cuanto no es suficiente la mera voluntad lesiva para imputar un resultado típico, sino que además es imprescindible que por parte del autor se haya manifestado una conducta externa peligrosa, por lo que el principio de lesividad precede

---

<sup>8</sup> STS 1253/2005, 26 octubre.

<sup>9</sup> ALLUÉ FUENTES, A. Entorno a la teoría de la imputación objetiva del resultado en la dogmática penal, en: Actas del XIX Seminario Internacional de Filosofía del Derecho y Derecho Penal, 2018. [www.ficp.es](http://www.ficp.es)

<sup>10</sup> MIR PUIG, S., Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho penal, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 05-05, 2003, pp. 10-12.

al de culpabilidad al ser reflejo de la afectación a un bien jurídico. Éste es el comienzo del desvalor objetivo del injusto: la exigencia típica de un resultado que lesiona o pone en peligro ese bien jurídico<sup>11</sup>.

Como principio general de la imputación objetiva se acepta en la doctrina científica que la acción ha de producir un riesgo jurídicamente desaprobado y que ese riesgo se materialice en el resultado, todo ello con carácter previo e independiente de cualquier consideración referida al aspecto doloso o culposo del comportamiento, es decir, que en esta fase de la valoración causal no se abandona la dimensión objetiva del tipo, y sobre ello se advierten los siguientes criterios para precisar la imputación objetiva del resultado<sup>12</sup>:

a) La disminución del riesgo: Una acción que reduce el riesgo sobre el bien jurídico protegido, aunque sin anularlo, no puede considerarse típica, pues no es apta para ocasionar el menoscabo de aquél. Sin embargo, este criterio acabaría absorbiendo el juicio de antijuridicidad cuando la acción estuviese amparada por alguna causa de justificación (legítima defensa y estado de necesidad), pudiendo resultar difícil afirmar que el riesgo se ha disminuido cuando se está en presencia de dos bienes jurídicos diferentes. En este ámbito, la imputación objetiva y la imputación subjetiva se extienden a la necesidad de comprobar la ausencia de causas de justificación, toda vez que si no concurre ninguna el injusto es completo. Y así podrían darse dos situaciones: 1ª. Que el sujeto suponga equivocadamente que su conducta está amparada por una causa de justificación, en cuyo caso sólo le sería imputable un injusto imprudente, y 2ª. Que no concorra causa de justificación y dicha ausencia haya sido advertida *ex ante* por el sujeto, lo cual permitirá actualizar la imputación objetiva del hecho antijurídico en cuanto no justificado. El dolo intervendrá en el momento en que el autor hubiera advertido correctamente y con carácter previo la ausencia del factor justificante, siendo posible la imputación personal o individual cuando sea evidente la posibilidad de culpar al sujeto concreto por el injusto del hecho<sup>13</sup>.

b) La creación de un riesgo jurídicamente relevante: Las acciones que no crean por sí mismas un riesgo que ponga en peligro el bien jurídico, son inadecuadas en cuanto objetivamente imprevisibles, al margen de cualquier consideración relativa a la

---

<sup>11</sup> MIR PUIG, S., Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 05-05, 2003, pp. 12-14

<sup>12</sup> LARRAURI, E., Estudios Penales y Criminológicos, 12, 1987-1988, pp. 230-240.

<sup>13</sup> MIR PUIG, S. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 05-05, 2003, pp. 14-15.

existencia o ausencia de dolo, el cual puede no concurrir bien porque el sujeto únicamente desea el resultado, bien porque no hay un control sobre el curso causal (en cuyo caso el resultado no refleja una voluntad realizada). Por otra parte, tampoco puede atribuirse responsabilidad al sujeto cuando se está ante acciones de las que deriva un riesgo, pero la lesión del bien jurídico permanece dentro de los límites del riesgo permitido.

c) El aumento del riesgo permitido: En estos casos, el sujeto actúa de forma incorrecta y lesiona el bien jurídico protegido, si bien dicha lesión habría acontecido igualmente aun cuando el sujeto hubiera actuado de modo irreprochable. Este planteamiento conduce a dudar sobre si el aumento del riesgo es un criterio para la imputación objetiva o si es un elemento del tipo imprudente, ya que se sobrepasa el riesgo permitido cuando se ha infringido una norma de cuidado.

Como se ha venido reiterando, la imputación objetiva entra en juego cuando aparece una relación de conexidad entre la conducta y el resultado típico, por lo que permanecen extramuros de la imputación objetiva los elementos del tipo que no sean aptos para establecer esa conexión.

Conviene tomar en cuenta que, sin un mínimo riesgo, no cabe hablar de resultado típico porque la conducta lesiva no podía ser prevista como reprochable; mientras que si el riesgo está permitido, existe la posibilidad de que el resultado se produzca aunque no se desee desvalorar. Por ello queda excluida la imputación objetiva por falta de creación de riesgo, tanto cuando éste no es relevante, como cuando está permitido<sup>14</sup>.

d) Esfera de protección de la norma: Engloba dos posibles situaciones:

1ª. Cuando el resultado no es una materialización del riesgo creado; en cuyo caso se ha de valorar, o bien una desviación causal, si el delito es doloso; o bien, la comisión de un delito imprudente, aflorando como rasgo común que el resultado procede de fuentes de peligro diferentes y llegando al punto de estimar que la desviación del curso causal, si es esencial, elimina el dolo.

2ª. Cuando el resultado sí es una materialización del riesgo creado; en cuyo caso queda fuera del ámbito de protección normativo, si se trata de una consecuencia secundaria a un daño previo y principal por el que debe responder el sujeto. Sin embargo, permanece la duda sobre si el autor es penalmente responsable también de la

---

<sup>14</sup> MIR PUIG, S. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 05-05, 2003, pp. 15-16.

consecuencia secundaria, lo que obliga a introducir en este criterio el dolo o la imprudencia para determinar si ese resultado es o no imputable, originando una quiebra en la teoría de la imputación objetiva al tener que entrar a valorar un elemento subjetivo como es la intencionalidad.

### **III. EVOLUCIÓN DE LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO.**

La sentencia de nuestro Tribunal Supremo de 1 de julio de 1991, resume con una claridad meridiana la doctrina de la imputación objetiva del momento, estableciendo que en los delitos de resultado para solucionar los problemas de la llamada relación de causalidad la doctrina actual acude al concepto de imputación objetiva, que existe cuando el sujeto cuya responsabilidad se examina, con su comportamiento origina un riesgo no permitido o aumenta ilícitamente un riesgo permitido, y es precisamente en el ámbito de ese riesgo donde el resultado se produce, entendiéndose que no se ha rebasado ese ámbito cuando dicho resultado se estima como una consecuencia normal o adecuada conforme a un juicio de previsibilidad o probabilidad, porque debe estimarse que normalmente ese concreto resultado se corresponde con esa determinada acción u omisión sin que pueda achacarse a otra causa diferente, imprevisible o ajena al comportamiento del acusado.

La STS de 26 de Febrero de 1990 en que un médico de urgencia acude a un domicilio donde es requerida su asistencia y tras diagnosticar al enfermo un principio de infarto, llama a una ambulancia para su traslado a un centro hospitalario ausentándose con posterioridad del lugar. El retraso de la ambulancia llevó a la esposa del enfermo a llamar al servicio municipal falleciendo el enfermo en el trayecto: Para que un resultado típico sea objetivamente imputable al sujeto no es necesario que este lo cause física y materialmente, siendo suficiente, desde una perspectiva social y jurídica, que no haya puesto todos los medios para precaverse, cuando le corresponde una específica función de evitarlo. Se sostiene que la omisión del deber de cuidado exigible por el riesgo ante el que se encuentra el culpable, permite establecer una vinculación entre la conducta omisiva y el desenlace final que resulta relevante para el derecho penal y que puede ser atribuida al sujeto a título de imprudencia punible en el marco de la imputación objetiva ya que la conducta omisiva si bien no ha sido totalmente determinante del resultado, sí ha contribuido suficientemente a causarlo.

Más recientemente, en la STS 418/2014, de 21 de mayo, la Sala II del TS expone una evolución del concepto de dolo sobre el cual apunta su orientación acerca de la

teoría de la imputación objetiva. Comienza la sentencia señalando una evolución desde la concepción clásica del dolo, basada en el conocimiento y en la voluntad de realización del tipo, hacia el concepto actual, que incide en el peligro para los bienes jurídicos puestos en riesgo por el autor, quien continúa llevando a cabo la acción lesiva aun siendo consciente del riesgo creado. Esta última configuración del dolo es la que se aborda desde la teoría de la imputación objetiva, por cuanto ya no se pone el acento tanto en si el sujeto actúa movido por su voluntad de querer la acción y sus consecuencias, sino más bien en si llega a tomar conciencia del concreto peligro que supone para la realización del tipo el dar continuidad a su acción, porque si a pesar de ello persiste en la misma habrá de responder del resultado desde la perspectiva del dolo. Por tanto, según se desprende de la sentencia, el conocimiento del peligro sumado a la continuación en la acción permite imputar el resultado doloso.

En su literalidad la Sala Segunda se expresa de este modo: "Hoy en día desde la teoría de la imputación objetiva se ha consolidado esta nueva concepción del dolo, en la que ya no se trata de comprobar si el agente tuvo voluntad de realizar y asumir las consecuencias de su acción, sino más en concreto si tuvo conocimiento del peligro concreto que suponía para la realización del tipo, la continuación de su acción, y si efectivamente continuó, en cuyo caso le es atribuible a título de dolo el resultado".

En tema de preterintencionalidad la STS 133/2013, de 7 de febrero, aborda la problemática de la desviación del curso causal cuando se produce en el resultado un exceso no querido por el autor. El supuesto de hecho que sirve de base a la sentencia parte de un puñetazo que da el sujeto activo en la cara de la víctima, que cae al suelo y como consecuencia de la caída queda en estado casi vegetativo. Por ello se le condenó como autor de un delito de lesiones en su modalidad agravada del art. 149 del Código Penal, recurriendo la defensa en reclamación de una condena por (en aquella época) una falta de lesiones del art. 617 CP9, alegando ausencia de dolo.

La sentencia aborda la cuestión desde dos perspectivas: la desviación del curso causal y el alcance del dolo del agente en relación con el resultado producido.

a) El problema de la desviación del curso causal remite a diferenciar entre la desviación esencial y la no esencial o accidental. Considera la sentencia que el caso enjuiciado obedece a esta segunda clase, dado que se está ante un curso causal anómalo o no previsto porque el sujeto, al lanzar el ataque de la forma indicada, difícilmente podía representarse *ex ante* la posibilidad de ocasionar una lesión tan grave, derivada de

una desviación irrelevante del curso causal. La Sala Segunda analiza esta cuestión acudiendo a dos puntos de vista:

1º. Desde la causalidad y la imputación objetiva, no puede excluirse la imputación cuando el agente crea el peligro de que se desarrolle el curso causal que conduce al resultado, es decir, hay imputación objetiva como consecuencia de que concurren el desvalor de la acción y un juicio de adecuación del curso causal basado en la previsibilidad, y

2º. Según la dogmática tradicional sobre el *dolus generalis*, el sujeto ha de ser consciente del nexo causal entre su acción y el resultado, y el hecho de poder representarse dicha conexión permite fundamentar la imputación objetiva del resultado a la acción. Así, el dolo general cubre todo el suceso partiendo de una consideración total de la acción, no siendo relevante que las lesiones se hayan producido directamente (por el puñetazo) o indirectamente (por la caída).

b) En cuanto al alcance del dolo del agente, estudia la sentencia la entidad de las lesiones que, a efectos de calificación jurídica y de punición, ha de quedar abarcada por el dolo del autor. Para empezar, la acción inicial era por sí misma idónea para producir unos resultados que exceden de la mera falta de lesiones (actualmente delito leve) que postula la defensa del acusado. Ahora bien, dicha acción podía ocasionar las lesiones graves previstas bien en el art. 149 CP, bien en el art. 150, toda vez que en el dolo general de lesionar no cabe excluir esos posibles resultados. La preterintencionalidad, en cuanto causación de un resultado que supera no sólo lo querido por la intención del autor, sino también por el tipo penal, lleva en este caso a concluir en la atribución no de un mero delito leve ni de unas lesiones de tanta gravedad como las del art. 149, pero sí en asumir desde el dolo eventual unas lesiones del art. 150 en concurso ideal con unas lesiones imprudentes del art. 152.1.2º, en relación con el art. 149 (aquí constitutivas del exceso lesivo).

Refiere la sentencia que "el autor generó voluntariamente un riesgo apto para ocasionar esas lesiones sin que la posibilidad de causar otros riesgos igualmente graves, aunque sin llegar a esas dimensiones, le detuviera". Dice la sentencia: "Estamos ante un curso causal anómalo o no previsto, puesto que las lesiones iniciales que pudiera tener el agredido, no se han producido en la forma que podía imaginarse Demetrio *ex ante* (impacto del puño en la cara), sino como consecuencia de una caída hacia atrás, dado el estado de embriaguez del impactado y el golpe en el suelo, con los resultados que

difícilmente se hubiera podido imaginar ni el autor ni un observador, aplicándose un concurso ideal entre lo verdaderamente querido - el puñetazo en la cara - y el desenlace mortal - no buscado de propósito, pero previsible y evitable".

Finalmente, la STS 3/2016, de 19 de enero, en la que el sujeto activo golpea la cara de la víctima, quien debido a su estado de embriaguez cae hacia atrás, impacta contra el suelo y fallece, interpreta la sentencia que, a efectos de imputación objetiva, se requiere algo más, un segundo escalón en el que se aprecie un nexo de causalidad normativa – y no únicamente natural – entre la acción, entendida como creación de un peligro jurídicamente desaprobado, y el resultado, en tanto concreción de ese peligro derivado de la acción. Igual que en el supuesto anterior, también aquí la Sala Segunda opta por una calificación del hecho como un concurso ideal, esta vez entre un delito doloso de lesiones y un delito imprudente de homicidio.

#### **IV. CONCLUSIÓN.**

La causalidad entre acción y resultado constituye uno de los niveles de la imputación objetiva, fijándose un límite mínimo que es insuficiente para atribuir el resultado producido de forma directa, siendo necesaria la concurrencia de los restantes presupuestos de la imputación objetiva. Pero la teoría de la imputación objetiva no es simplemente la teoría de la causalidad, sino una teoría del comportamiento típico. Debe tenerse en cuenta, además, que existen riesgos que, socialmente son permitido, por lo que no todo riesgo será apto para imputar un conducta, sino únicamente, el riesgo no permitido.

Así mismo, en el caso de los delitos de omisión, no bastará la evitabilidad del resultado, sino que deberá añadirse la responsabilidad del que puede ser capaz de evitarlo.

Finalmente, en los delitos de resultado o de lesión se exigirá la tipicidad de la conducta y además, que el carácter no permitido o típico de ésta haya conducido a un resultado típicamente relevante.

\* \* \* \* \*

## **Pino Esther Hormiga Franco**

Juez sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de Canarias. Doctoranda, UDIMA. Licenciada en Criminología y abogada no ejerciente del Colegio de Abogados de Las Palmas.

### **~Dispensa del artículo 416 de la LECrim y sus peculiaridades. Personas especialmente protegidas~**

#### **I. DISPENSA DEL ARTÍCULO 416 DE LA LECRIM Y SUS PECULIARIDADES.**

Vamos a abordar el ámbito subjetivo y objetivo de la dispensa del artículo 416 de la LECrim, es decir, quién y en qué casos se puede ejercer este derecho.

Aquellas mujeres víctimas que hubieran ido de manera voluntariamente a interponer una denuncia se les negaba la dispensa para que pudieran narrar el hecho ilícito y la persona de su autor. Ahora bien en qué momento se puede hacer uso de la dispensa del artículo 416 de la LECrim, es el que planteó la cuestión contradictoria de ahí que tuviera que valorarse si era necesaria la existencia de relación conyugal o de análoga afectividad, y si ésta estuviera vigente en el momento de la declaración en la instrucción o en el momento del juicio oral o tras la interposición de la denuncia. La anterior doctrina jurisprudencial quedó definitivamente fijada en el Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de fecha 24 de abril de 2013, desarrollado en la STS 304/2013, de 26 de abril, que se pronuncia en los siguientes términos: Esta Sala se ha pronunciado en varias sentencias sobre el alcance de la dispensa a la obligación de declarar prevista en el artículo 416.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal cuando se trate de parientes del procesado en líneas directa ascendente y descendente, su cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial, sus hermanos consanguíneos o uterinos y los colaterales consanguíneos hasta el segundo grado civil, así como los parientes a que se refiere el número 3 del artículo 261 (los que no están obligados a denunciar).

La no obligación de declarar prevista en el artículo 416.1 de la LECrim, sólo es aplicable a las personas que están o han estado unidas por análoga relación de afectividad, salvo que se trate de hechos acaecidos con posterioridad al divorcio o cese de la situación análoga o que el testigo se haya personado como acusación particular en la causa penal. En estos casos el testigo tendrá que responder a lo que se le pregunte y conozca de los hechos diciendo la verdad. A sensu contrario, la dispensa afecta a los

testigos que en el momento de declarar estén unidos en matrimonio o mantengan relación análoga a la conyugal, no teniendo obligación de declarar contra el acusado.

La sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2010, deja a voluntad del testigo o denunciante la contradicción entre sus intereses morales o familiares y el deber como ciudadano de denunciar los hechos delictivos para que puedan ser perseguidos. Para ello, a esta persona que debe soportar la presión de pugna entre sus sentimientos y deber de colaborar con la justicia se le deba informar de la dispensa para que decida si quiere ejercitarla. Se les da la posibilidad, para no obligarles a decir verdad contra su pariente y que puedan luego ser perseguidos por un delito de falso testimonio.

Cuando se incumple el deber que establece la LECrim, en relación al deber de advertir al testigo de la dispensa del artículo 416, la consecuencia no puede ser otra que la nulidad de la prueba testifical, porque no se trata de un defecto procesal sino de una vulneración de derechos fundamentales, aplicando el artículo 11.1 LOPJ.

El Tribunal Supremo y en su acuerdo de Pleno no jurisdiccional, declara que si la víctima ejerce de acusación particular, ésta no tiene derecho a ser informada de su derecho a no declarar o dicho en otros términos se convierte en una persona exenta de la obligación de ser informada de su derecho a no declarar. Así que si dicha persona perdiera el estatus de acusación particular, por ejemplo, en la fase de plenario, el juez deberá informar a la testigo de su derecho a la dispensa del artículo 416 de la LECrim. Es necesario para que no tenga derecho a la dispensa, que esté personado, es decir, en el caso de que haya estado personado volvería a tener derecho a no declarar contra el acusado sólo por haber renunciado a su posición de acusación particular.

Analizando la jurisprudencia reciente sobre el tema objeto de estudio, podemos extraer algunas conclusiones:

En relación con la imposibilidad de incorporar la declaración sumarial del testigo-pariente como material probatorio al acto de juicio oral cuando se acoge al derecho a no declarar por vía del artículo 714 LECrim, refieren las SSTS de 27 de enero de 2009 y 10 de febrero de 2009 que: «Tampoco autoriza la incorporación de la diligencia sumarial el artículo 714 que permita la lectura de la declaración prestada en el sumario cuando no sea en lo sustancial conforme con la prestada por el testigo en el Juicio Oral. Precepto justificado para medir la credibilidad de la verdadera prueba que es la del Juicio Oral a través de las explicaciones que el testigo da sobre la contradicción, y que por lo mismo

exige como presupuesto que la contradicción se produzca. Es obvio que, cuando el testigo pariente dispensado de declarar hace uso de esa facultad y no declara, nada dice en el Juicio Oral y ninguna contradicción se puede apreciar en su silencio, que nada afirma ni niega, respecto a lo declarado en el sumario»<sup>1</sup>.

En relación con el plenario, no pueden incorporarse al acto de juicio oral las declaraciones de un testigo efectuadas en el seno de otro procedimiento por vía de los artículos 714 y 730 LECrim, y no puede obligarse a declarar al testigo pariente que declaró en contra del acusado en otro procedimiento (STS 18 de diciembre de 2008).

En este caso, ya se ha unificado el criterio que cuando no se advierte de la dispensa a declarar a quién tiene derecho a ella por ser el testigo familiar o tener vínculo con el acusado, se declarará la nulidad de la declaración y deberá expulsarse la misma de prueba para su valoración. Pero en los casos en que ocurre lo contrario, es decir, que se le advierte del derecho a la dispensa, cuando se trata de testigo que no debe acogerse a la misma, por ejemplo a un testigo divorciado del procesado o a quién ya no convive con el acusado y ha mantenido una relación análoga de afectividad al matrimonio. En estos casos debe declararse también la nulidad de la declaración, pero si el ofrecimiento a la dispensa se ha hecho en la declaración en el acto del juicio oral, deberá de celebrarse nuevamente, tras la declaración de nulidad del acto del juicio oral.

Y en cuanto al deber de ser informado al deponente del derecho a la dispensa a declarar, salvo en los casos en los que interpone denuncia donde manifiesta tácitamente su deseo de no acogerse a dicho derecho (STS 23 de marzo de 2009).

El derecho a no declarar es una facultad del testigo que puede ejercitar o no, no estando vinculado por el principio de los actos propios, de forma que puede haberse acogido a su derecho a no declarar en sede policial o durante la instrucción judicial (expresa o tácitamente mediante la presentación de denuncia) y no acogerse a tal derecho en declaraciones posteriores en la instrucción o en el acto de juicio oral (STS 23 de marzo de 2009). Lo que ampara al derecho a no declarar en supuestos de violencia familiar, cuando las relaciones en estos casos pueden estar destruidas, son cuestiones de índole subjetiva del testigo a quién se le puede obligar a declarar contra aquella persona que tiene un vínculo familiar o afectivo.

---

<sup>1</sup> DE LA FUENTE HONRUBIA, Fernando. La dispensa del deber de declarar por concurrencia de vínculos personales con el procesado. Perspectiva jurisprudencial actual. La Ley 121/2010.

Otras de las conclusiones que se extraen es la imposibilidad de la reproducción de la declaración sumarial del testigo pariente en el acto de juicio oral por vía del artículo 730 LECrim, cuando en ese momento procesal se acoge al derecho a no declarar. Tampoco es posible proceder a su lectura por vía del artículo 714 LECrim, para poner de manifiesto eventuales contradicciones por cuanto en nada puede contradecirse quien no declara (STS 27 de enero de 2009).

Ahora bien, existe jurisprudencia contradictoria sobre el criterio de la convivencia entre los parientes como requisito para que concurra el derecho a no declarar en testigos divorciados o parejas de hecho.

Mientras que la jurisprudencia consolidada del TS entendía que ese requisito ha de venir referido solamente al momento en el que deponga el testigo (último exponente STS 20 de enero de 2009), la última STS de 26 de marzo de 2009 entiende que también concurre el derecho a no declarar si había convivencia al momento en el que ocurrieron los hechos. En los demás vínculos personales del artículo 416 LECrim, no se plantea esta dicotomía por cuanto no se exige convivencia.

En cuanto al tratamiento en nuestro ordenamiento jurídico de la víctima en relación a la dispensa del artículo 416 de la LECrim, ya es doctrina jurisprudencial consolidada que la víctima de violencia de género que haya declarado en la fase de instrucción y luego en la fase de plenario hiciera uso de la dispensa a declarar, no se podrá incorporar como prueba en el acto del juicio oral, la declaración anterior de la víctima. Así en cuanto en el momento en que debe aplicarse la dispensa quedó resuelta con el acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de fecha 24 de abril de 2013 que se pronunció en los siguientes términos: «La exención de la obligación de declarar prevista en el art. 416.1 LECrim., alcanza a las personas que están o han estado unidas por alguno de los vínculos a que se refiere el precepto. Se exceptúan:

a) La declaración por hechos acaecidos con posterioridad a la disolución del matrimonio o cese definitivo de la situación análoga de afecto.

b) Supuestos en que el testigo esté personado como acusación en el proceso»<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> GIL VALLEJO, Beatriz. A vueltas con el artículo 416 LECrim. (Repercusión de la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2015 en el uso de la dispensa del artículo 416.1 LECrim., por las víctimas de la violencia de género. La mediación en el ámbito de violencia de género. Necesidad de flexibilización del sistema actual). La Ley 2947/2016.

Hay demasiadas voces que predicán la reforma de la dispensa del artículo 416 de la LECRIM, que esta dispensa no puede alcanzar a las víctimas y perjudicados respecto de los delitos de violencia de género, por una cuestión de seguridad jurídica y de alguna manera se evita que la víctima controle el curso del procedimiento a su capricho, garantizando así la tutela judicial efectiva. Y todo ello, si seguimos afirmando de que los delitos de violencia de género son delitos públicos y que afecta al conjunto de la sociedad española. Algunos autores abogan por la utilización de la mediación en este ámbito en interés del menor.

El Grupo de expertos y expertas en Violencia Doméstica y de Género que asesora en esta materia al Consejo General del Poder Judicial, ya en 2011 alertaba de la situación en un informe acerca de los problemas técnicos detectados en la aplicación de la LO 1/2004 y sugería que para garantizar una absoluta seguridad jurídica y ampliar el marco de protección de las víctimas, "se considera preciso que se proceda a una modificación legislativa muy puntual para incluir en el art. 416 LECrim que esta dispensa de la obligación de declarar no alcance a las víctimas y perjudicados respecto de los delitos y faltas cometidos frente a ellos por quienes se encuentran en una de las relaciones de parentesco que se citan en el citado precepto"<sup>3</sup>. Parece que todos los operadores jurídicos reivindican una reforma del artículo 416 de la LECrim para que las víctimas de los delitos de violencia doméstica y de género no tengan la dispensa y por lo tanto no hagan uso de ella. Se recomienda como en otros países de Europa se está haciendo, que la víctima que haya presentado denuncia o querrela, debe de estar obligado a declarar contra el acusado. Así mismo, se le debe eximir de prestar juramento para que no incurran en un posible delito de falso testimonio. Sabemos, que aunque el CGPJ, no publique datos sobre las víctimas que retiran la denuncia, salvo las asesinadas, aquellas son numerosas en los Juzgados de Violencia sobre la Mujer.

El acogimiento a la dispensa de declarar por la víctima de violencia de género da lugar que se produzcan el gran número de los autos de sobreseimiento provisional en la fase de instrucción y de sentencias absolutorias en el órgano de enjuiciamiento. Hay que tener en cuenta que la dispensa del artículo 416 de la LECrim se configura como un derecho constitucional en el artículo 24.2.2 de la CE, pero de desarrollo en una ley

---

<sup>3</sup> BETRÁN PARDO, Ana Isabel. A propósito de la última interpretación jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre la dispensa del deber de declarar de las víctimas de violencia de género. Comentarios a la STS 449/2015, de 14 de julio. Octubre 2015.

ordinario donde podría restringirse los casos en que pudiera la víctima acogerse a ese derecho como una excepción a la regla general de prestar declaración. Estas excepciones deben conciliarse con las instrucciones y criterios establecidos en el acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del TS, de 24 de abril de 2013. En este sentido, la autora de este artículo propone la redacción del precepto de la siguiente forma:

"En los casos en que se trate de víctimas de delitos de violencia de género que en principio puedan acogerse a la dispensa a que se refiere el presente artículo, el Juez o Tribunal oída las partes y Ministerio Fiscal podrá acordar motivadamente en sede de instrucción o antes del inicio del Juicio que no obstante lo anterior, no puedan acogerse a la referida dispensa subsistiendo pues la obligación de prestar declaración y ello atendidas la existencia de antecedentes en el ámbito de la pareja, condenas previas del acusado por delitos de violencia de género, el interés de los hijos menores, la gravedad de los hechos objeto de instrucción o enjuiciamiento o cualesquiera otras circunstancias de especial relevancia. Dicha decisión en el ámbito del enjuiciamiento podrá adoptarse de forma oral y razonada antes del inicio del Juicio pero deberá quedar debidamente documentada en la sentencia que se dicte".<sup>4</sup>

En cualquier caso la decisión del juez de instrucción o del órgano de enjuiciamiento no supone un juicio de valor previo de la causa en contra del investigado. Habrá que valorar las circunstancias antes referidas de condenas previas del investigado, antecedentes en el ámbito de la pareja, la gravedad de los hechos, entre otras que se decidirá que la víctima deba declarar. Deberá la víctima de violencia de género que se ha negado a prestar declaración ir acompañada de letrado en el caso que por el Juzgado de le obligue a declarar y siempre la víctima lo solicite de conformidad con el artículo 20 de la LO 1/2004 de 28 de diciembre. Esta propuesta de renuncia de dispensa de manera obligatoria es para las víctimas que de manera excepcional se valore su obligación a declarar, sin perjuicio de aquellas que voluntariamente renuncian y ejercitan sus acciones legales como acusación particular en virtud del artículo 110 de la LECrim. Quizás se podría sugerir que en estos casos excepcionales que se obligue a declarar a la víctima de violencia de género sea en sede judicial en el Juzgado de Violencia sobre la Mujer o ante el órgano de enjuiciamiento con la opción previa de ser

---

<sup>4</sup> RODRÍGUEZ PERALTA, María Teresa. El problema de la dispensa del artículo 416.1 de la LECrim. Una solución alternativa. Revista de Derecho vLex - 179, 2019.

asistida por un psicólogo forense al objeto que la declaración que vaya a realizar no le afecte o perjudique en el terreno emocional. Únicamente veo que habría un inconveniente que en los juicios rápidos la inmediatez de los mismos se vea ralentizada por la asistencia psicológica previa.

## **II. MENORES Y PERSONAS ESPECIALMENTE VULNERABLES.**

En esta materia de violencia de género sobre la mujer, los hijos son víctimas directas del delito al igual que la mujer.

En relación a si los hijos han presenciado o escuchado los malos tratos, resulta muy interesante la STS, Sala Segunda, de 18 de abril de 2018. El caso concreto es un delito de lesiones leves cometidos por un hombre sobre su esposa, a quien causó contusiones al empujarla contra la cama del dormitorio de uno de sus dos hijos. Éstos no estaban en la habitación donde ocurrió la agresión, pero estaban en casa. La sentencia señala que la presencia de menores no tiene porqué consistir únicamente en una percepción visual directa de los acontecimientos, sino que ha de extenderse a las «percepciones sensoriales»<sup>5</sup>. Lo novedoso de la sentencia es que si hasta ahora la agravante se entendía circunscrita al ámbito visual, ahora se extiende a esas otras percepciones sensoriales.

Los menores son víctimas de violencia cuando esta se ejerce sobre sus madres, porque la violencia no se encapsula sino que irradia efectos a las personas que rodean, de forma más cercana, a la víctima inmediata, que es la mujer; los menores pueden ser correa de transmisión de distintas formas de violencia por parte de uno de sus progenitores, hacia el otro. Y, estadísticamente, son mayoritariamente instrumento a través del que los padres ejercen violencia sobre las madres. Es decir son cauce a través del que se ejerce violencia de género.

Y estas dos conclusiones fuerzan a la elaboración de un discurso complejo. Como víctimas, los menores han de ser protegidos, y sus madres han de encontrar a su vez protección frente a la instrumentalización de los menores para ejercer violencia contra ellas. Y es necesario hacer compatibles ambas dimensiones del discurso. El Informe del Grupo de Trabajo de Investigación sobre la Infancia Víctima de la Violencia de Género, lo explica claramente:

---

<sup>5</sup> CORERA IZU, Martín. El Decreto sobre la violencia de género y la patria potestad. La Ley 11209/2018.

«Si ha sido difícil, y aún no se ha acabado, explicar y concienciar lo que es la violencia de género, su génesis, indicadores, detectores, mucho más lo es entrar en el mundo de la infancia donde los bloqueos emocionales sociales son mucho más grandes. Cuesta mucho entender que un juez pueda conceder visitas a un padre biológico, condenado por maltratar a la madre, incluso con la resistencia del menor. Lo que sucede es que se piensa que el juez no cree al menor o incluso que no le cabe en la cabeza que un padre, por muy maltratador que sea, hará daño a su hijo. Y ahí caemos en el relato, en la mitificación, en no querer afrontar los hechos como son»<sup>6</sup>.

Hoy, conceptual y normativamente, empezamos a no considerar a los menores sujetos ajenos al escenario de violencia, sino víctimas directas, aunque no lo sean de violencia física o moral contra ellos en primera persona sino en contra de la mujer. No son meros testigos. A partir de esa consideración, podemos colocarlos en el centro del problema, como a sus madres. Y, una vez situados bajo el mismo foco, podremos analizar de modo más preciso las medidas sociopolíticas, normativas y jurisprudenciales que conviene adoptar para proteger a estos sujetos, particularmente vulnerables por su doble condición de menores, y de víctimas de violencia de género. Estas reticencias debieran ser superadas. Es preciso tener presente que el comportamiento de los agresores tiene siempre un impacto sobre esos menores, una huella sobre su salud y sobre su desarrollo. De hecho, dentro de la definición de maltrato infantil se incluye la violencia psicológica, que a su vez contempla, como uno de los tres subtipos, la exposición a la violencia de género familiar. Así se considera víctima de violencia de género al niño o la niña expuesto a violencia de género en su ámbito familiar, por el hecho de vivir en un hogar donde su padre, o el compañero de su madre, es violento con la mujer.

El propio Tribunal Supremo sostiene en la reciente STS núm. 247/2018, de 24 de mayo (PROV 2018, 158520), que la exposición a la violencia de género tiene efectos sobre el bienestar del menor, esto es, que...«la presencia de los hijos e hijas en episodios de violencia del padre hacia la madre es una experiencia traumática produciéndose la destrucción de las bases de su seguridad, a quedar los menores a merced de sentimientos de inseguridad, de miedo o permanente preocupación, ante la posibilidad de que su experiencia traumática vuelva a repetirse. Todo lo cual se asocia a una ansiedad que

---

<sup>6</sup> GÓMEZ FENÁNDEZ, Itziar. Hijas e hijos víctimas de la violencia de género. Revista Aranzadi Doctrinal, 8/2018.

puede ser paralizante, y que, desde luego, afecta muy negativamente al desarrollo de la personalidad del menor, pues aprende e interioriza los estereotipos de género, las desigualdades entre los hombres y mujeres, así como la legitimidad de uso de la violencia como medio de resolver conflictos familiares e interpersonales fuera del ámbito de la familia».

Pero el camino hasta llegar a este pronunciamiento no ha sido precisamente corto. El cambio normativo, que siguió a un cambio de enfoque, se dio con la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Esta norma transformó el art. 1.2 LOPIVGR, redefiniendo el objeto de la misma. Si la versión inicial del precepto establecía que la ley determinaba medidas de protección integral cuya finalidad es prevenir, sancionar y erradicar esta violencia y prestar asistencia a sus víctimas, la versión revisada del precepto reconoce que esas medidas de protección integral tienen por finalidad «prevenir, sancionar y erradicar esta violencia y prestar asistencia a las mujeres, a sus hijos menores y a los menores sujetos a su tutela, o guarda y custodia, víctimas de esta violencia». Por tanto, hoy por hoy, la LOPIVG reconoce expresamente que los menores también son víctimas de la violencia de género en el ámbito de las relaciones familiares.

Y lo hace también el art. 10 del Estatuto de la víctima del delito cuando dice que «los hijos menores y los menores sujetos a tutela, guarda y custodia de las mujeres víctimas de violencia de género o de personas víctimas de violencia doméstica tendrán derecho a las medidas de asistencia y protección previstas en los Títulos I y III de esta Ley», sabiendo que el Título I se refiere a los derechos básicos de las víctimas, y el Título III a la protección de las mismas. Entre esos derechos destacaría el de entender y ser entendida (art. 4); el derecho a la información desde el momento en que entra en contacto con las autoridades públicas de todos aquellos extremos que se recogen en el art. 5 de la Ley y, en particular a recibir toda la información posible sobre la causa penal (art. 7); como denunciante, el derecho a quedarse con una copia de la denuncia y al intérprete (art. 6), derecho este último que permanece con la víctima, aunque no sea denunciante, en el curso del procedimiento y en su relación con las administraciones (art. 9); el derecho de acceso a los servicios de asistencia y apoyo (art. 10); y, junto a los anteriores, el elenco de derechos que asisten a la víctima en el curso del procedimiento penal (arts. 11 a 18) y otros tantos que le aseguran la protección (arts. 19 a 26).

En definitiva, para concluir si en un supuesto en concreto, debe aplicarse la

circunstancia que determina una mayor penalidad de los hechos por la existencia de una «persona especialmente vulnerable» deberán tenerse en cuenta todas las circunstancias del caso, de modo que una vez exista una posible víctima a la que pueda, en principio, aplicarse tal especial protección, como sucede con los menores, incapaces físicos o psíquicos, enfermos o ancianos, deberá ponderarse tal circunstancia de acuerdo con criterios jurídicos tales como si su aplicación puede suponer una posible vulneración del principio del non bis in idem o si pese a la concurrencia del presupuesto de hecho, en el caso en cuestión, fue inoperante.<sup>7</sup>

La agravante de violencia de género por actuar en presencia de los hijos no requiere que estos hayan visto la agresión. De no interpretarse así, destaca la Sala, «el precepto resultaría desactivado en la esencia de su funcionalidad, al quedar desprotegidos numerosos supuestos relevantes de victimización de menores de edad (cuando no tienen acceso al dormitorio de la pareja, o se encuentran atemorizados a la hora de acudir al cuarto donde se ejecuta la acción violenta; o simplemente cuando tienen dificultades de visión, etc.)». «La presencia de los hijos e hijas en episodios de violencia del padre hacia la madre, supone una experiencia traumática, produciéndose la destrucción de las bases de su seguridad, al quedar los menores a merced de sentimientos de inseguridad, de miedo o permanente preocupación ante la posibilidad de que la experiencia traumática vuelva a repetirse. Todo lo cual se asocia a una ansiedad que puede llegar a ser paralizante y que desde luego afecta muy negativamente al desarrollo de la personalidad del menor, pues aprende e interioriza los estereotipos», añaden los magistrados.<sup>8</sup>

Hay un conjunto de personas, también especialmente protegidas como posibles víctimas y permite considerar, en primer término, la existencia de dos grandes grupos, a saber: las personas especialmente vulnerables que convivan con el autor (a las que se dispensa, en general, una mayor protección) y los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente; los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que convivan con el autor o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente; personas amparadas en cualquier otra relación

---

<sup>7</sup> GONZÁLEZ PASTOR, Carmen Paloma. Delimitación del concepto «persona especialmente vulnerable» en la LO 1/2004 de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género. La Ley 1216/2005.

<sup>8</sup> LARRAYOZ SOLA, INÉS. La agravante de violencia de género por actuar «en presencia» de los hijos no requiere que estos hayan visto la agresión. Revista Aranzadi Doctrinal, 7/2018.

integradas en el núcleo de la convivencia familiar del autor; y personas que por su especial vulnerabilidad se encuentren sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados. A cada uno de estos dos grandes grupos se les dispensa, además, una protección que no es exactamente coincidente en cada una de las figuras delictivas que hemos estudiado. Por eso, conviene proceder a su estudio individualizado.<sup>9</sup>

Como conclusión, hasta el momento la violencia sobre la mujer es un problema que sigue existiendo, igual debemos de escuchar a otros operadores de otros campos como el social, el asistencial, educativo, sanitario, criminológico y por supuesto el jurídico, entre otros. En el campo judicial no se puede obviar principios del derecho penal, tales como el principio *in dubio pro reo*, presunción de inocencia, derecho de defensa y otros que son las garantías en nuestro ordenamiento jurídico y la lucha contra la violencia no puede restar derechos ni al acusado ni por supuesto al testigo, familiar de la víctima sea o no denunciante.

Es difícil resolver el conflicto interno que puede producir en el fuero interno del testigo para no perjudicar a la víctima, por lo que debe mantenerse el derecho a la dispensa del artículo 416 de la LECrim. Habrá que preguntarnos porqué el silencio de la víctima, por miedo o temor a represalias, por conflicto interno para no perjudicar al acusado, por los hijos, etc... igual habrá que instaurar otros sistemas para estos ilícitos, sobre las conductas menos grave. Habrá que fijarse y tener en cuenta los deseos de las víctimas y su protección. Debemos intentar que las víctimas se acojan menos a este derecho sin quitarles su derecho y se sancione al delincuente.

### **III. CONSIDERACIONES FINALES.**

Para que exista una absoluta seguridad jurídica y extender el marco de protección de las víctimas, cada vez hay más autores que consideran preciso que se proceda a una modificación legislativa para incluir en el art. 416 LECrim, que esta dispensa de la obligación de declarar no alcance a las víctimas y perjudicados respecto de los delitos cometidos frente a ellos por quienes se encuentran en una de las relaciones de afectividad o de parentesco que se expresan en el mencionado precepto.

Ya podemos ver otros países de derecho comparado como Italia donde se obliga a declarar cuando se ha presentado denuncia o cuando la víctima no goza de tal dispensa a

---

<sup>9</sup> PUENTE SEGURA, L/DE LA FUENTE HONRUBIA, F., El delito de maltrato habitual. Otras personas especialmente protegidas en el ámbito de la violencia familiar y de género, en: *Violencia de género. Aspectos jurídicos penales fundamentales*, CEF-UDIMA, Madrid, 2018.

declarar si ha sido víctima del delito. Similar situación en Francia, que se le excusa de prestar juramento para no incurrir en el delito de falso testimonio y en Inglaterra se fija la obligación de declarar cuando se trate del interés general como ocurre con los delitos de Violencia sobre la Mujer.

En España podría tener encaje cualquiera de estas opciones, al tratarse de delitos públicos, el Estado debería obligar a la persona que denuncia a declarar o si ha sido víctima del delito. Ahora bien, dada la situación de familiaridad o afectividad, debemos eximir al testigo de prestar juramento para que no incurra en un delito de falso testimonio.

Quizás la violencia de género pasa por graduar los diversos supuestos y darles un tratamiento diferenciado, toda vez que nos encontramos con episodios heterogéneos, desde la violencia de género habitual y continua a la violencia de género cuando ocurre un hecho aislado, todas ellas reprochables y el ordenamiento jurídico podría responder dando diferentes soluciones.

Por ello, quizás dada la poca efectividad de las medidas actualmente vigentes para luchar contra la violencia de género, es por lo que se podría dar una oportunidad a la mediación en aquellos conflictos no graves, que facilite una solución pacífica en la familia, sobre todo cuando los menores se relacionan con el progenitor maltratador, en aras siempre en beneficio y en interés del menor.

\* \* \* \* \*

## M.<sup>a</sup> José Leonís Sánchez

Juez sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana.  
Socia de la FICP.

### ~Prisión preventiva y responsabilidad patrimonial de la administración~

Hemos asistido recientemente a las consecuencias de una larga situación de prisión provisional de un investigado, con carácter previo a la obtención del dictado de sentencia que ponga fin al procedimiento en el que se acuerda la medida cautelar. Si bien están previstos los requisitos y duración de la prisión provisional, no deja de ser un tema bastante polémico, sobre todo en el campo del respeto a los derechos humanos. Esta situación se complica cuando es absolutoria la sentencia dictada en el seno de ese procedimiento, entrando en juego, en ocasiones, el mecanismo de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

#### I. ELEMENTOS CONFIGURADORES DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO

##### 1. Panorama jurídico

La consideración como de excepcional de la medida cautelar de prisión preventiva ha sido una constante en nuestra jurisprudencia <sup>1</sup> y no cercena la presunción de inocencia de la que goza todo afectado por esa privación de libertad provisional.

El dictado de una sentencia absolutoria faculta a quien ha sido privado del derecho fundamental a la libertad recogido en el artículo 17.1 de la CE<sup>2</sup> a ser indemnizado por el tiempo que permaneció indebidamente en la situación de prisión provisional. Ese derecho a la indemnización, se recoge de forma genérica en el artículo 106.2 CE, cuando el administrado sufre una lesión en sus bienes y derechos, como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, exceptuándose los supuestos de fuerza

---

<sup>1</sup> STC 17 de septiembre de 2018: “Por su parte, en cuanto al control de la razonabilidad de la fundamentación, también es reconocido por la jurisprudencia constitucional el carácter excepcional inherente a la prisión provisional, por oposición a la libertad como regla general, lo que comporta la primacía del favor libertatis o in dubio pro libertate, formulaciones que vienen a significar que la interpretación y la aplicación de las normas reguladoras de la prisión provisional deben hacerse con carácter restrictivo y a favor del derecho fundamental a la libertad que tales normas restringen, lo cual ha de conducir a la elección y aplicación, en caso de duda, de la norma menos restrictiva de la libertad ( STC 217/2015, de 22 de octubre, FJ 2).

<sup>2</sup> Artículo 17.1 CE: “Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley”.

mayor. En el ámbito judicial, el artículo 121 CE distingue entre el error judicial y el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia. Será el Título V Libro III de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial (LOPJ) la que desarrolle este precepto a través de los artículos 292 a 297, que recogen no sólo los dos supuestos previstos constitucionalmente, sino un tercero relativo a la prisión provisional en el artículo 294.

## 2. Supuestos constitucionales

El funcionamiento anormal de la Administración de Justicia y el error judicial, difieren tanto en el título de imputación como en los requisitos procesales para su viabilidad.

### *a) Funcionamiento anormal de la Administración de Justicia*

Se ha tratado de definir jurisprudencialmente, presentando ello ciertas dificultades por ser un concepto jurídico indeterminado<sup>3</sup>. En palabras del Tribunal Supremo, “*es cualquier defecto en la actuación de los juzgados o tribunales, concebidos como complejo orgánico en el que se integran diversas personas, servicios, medios y actividades*”. A diferencia de la responsabilidad patrimonial del Estado, donde la responsabilidad surge del funcionamiento normal o anormal de la Administración que provoca un daño antijurídico en relación de causa-efecto, en el caso del Estado Juez la responsabilidad tiene su fundamento en el funcionamiento anormal. Sin que contenga esta anormalidad elemento de ilicitud o culpabilidad en el desempeño de las funciones judiciales, por cuanto que nos hallamos ante una responsabilidad objetiva<sup>4</sup>.

No operará este derecho a indemnización por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia ni en los supuestos de fuerza mayor (artículo 292 LOPJ), ni cuando existe una contribución del solicitante a la causación de ese funcionamiento anormal por medio de su conducta dolosa o culposa (artículo 295 LOPJ). Esta fuerza mayor, será la contemplada en el artículo 1.105 del Código Civil (C.c.) en contraposición a los supuestos de caso fortuito, de imprevisibilidad manifiesta.

La mera revocación o anulación de las resoluciones judiciales, supondrá que el perjudicado no verá atendida su indemnización de forma automática (artículo 292.3 LOPJ)

---

<sup>3</sup> STS, Sala 3ª, de 19 de febrero de 2002.

<sup>4</sup> SAN, sala de lo contencioso-administrativo, de 11 de mayo de 2017, recurso 325/2015.

Como conductas encuadrables dentro del anormal funcionamiento de la Administración de Justicia, el Tribunal Supremo ha reconocido en su Sentencia de 21 de diciembre de 1999, los retrasos en la prestación del servicio público de la Justicia y las infracciones graves de las normas procesales que la jurisdicción ha de emplear para decidir. Se encuadrarían aquí las conductas de los Letrados de la Administración de Justicia, como consecuencia de los errores en las notificaciones o comunicaciones o elección de resoluciones. En el Ministerio de Justicia se tramitan como supuestos de funcionamiento anormal de la Administración de Justicia las dilaciones indebidas<sup>5</sup>, suspensiones de vistas, extravío o pérdida de medios probatorios o pruebas de convicción, extravío de depósitos judiciales, embargos o prisión preventiva o detención indebida, salvo en el supuesto del artículo 294 LOPJ<sup>6</sup> que posteriormente analizaremos.

A diferencia del error judicial, el funcionamiento anormal no requiere de un reconocimiento judicial con carácter previo a la presentación de la petición indemnizatoria en el Ministerio de Justicia, que se tramitará conforme a las normas que regulan la responsabilidad patrimonial y contra cuya resolución cabrá recurso contencioso-administrativo (artículo 293 LOPJ). Se requiere de un preceptivo informe por parte del Consejo General del Poder Judicial, que en la mayoría de las ocasiones es contrario a su concesión, aplicando un criterio bastante restrictivo por entender, por una parte, que las dilaciones indebidas son susceptibles de recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional y por otra, por la insuficiencia estructural que padece la Administración de Justicia<sup>7</sup>.

#### ***b) Error judicial***

No nos muestran ni la Constitución Española ni la LOPJ definición alguna de lo que deba ser considerado error judicial, dejando una vez más a criterio jurisprudencial, la determinación de este concepto.

A propósito de su distinción con el anormal funcionamiento de la Administración de Justicia, la STS Sala 3ª, sec.6ª, 23-1-2007, rec. 4736/2002, recoge lo dicho a su vez la STS de 18 de abril de 2000 (rec.1311/1996) y la de 21 de marzo de 2006 (rec. 263/2002) afirmando que: “*El error judicial consiste, en los términos que ha*

---

<sup>5</sup> Esta materia es la más numerosa dentro de las reclamaciones por responsabilidad patrimonial de la Administración de Justicia.

<sup>6</sup> GONZÁLEZ ALONSO, A: Responsabilidad patrimonial del Estado en la Administración de Justicia, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 38-39.

<sup>7</sup> GONZÁLEZ ALONSO, *op. cit.*, pp.60-61.

*reconocido la jurisprudencia de esta Sala (sentencias de 16 de junio de 1995, 6 de mayo de 1996, 26 de junio de 1996 y 13 de julio de 1999) entre otras, y sentencia de la Sala Primera del TS de 18 de abril de 1992 en la desatención del juzgador a datos de carácter indiscutible en una resolución que rompe la armonía del orden jurídico o en la decisión que interpreta equivocadamente el ordenamiento jurídico, si se trata de una interpretación no sostenible por ningún método interpretativo aceptable en la práctica judicial (sentencia de la Sala Segunda de este Tribunal de 2 de julio de 1999)”<sup>8</sup>.*

No es válido cualquier error judicial, ha de ser tener un plus de gravedad. Así, no alcanzan este estatus ni los supuestos de interpretación racional de las leyes, dentro de la hermenéutica jurídica; ni sentencias que aplican la norma con una interpretación de la norma no vista hasta la fecha; ni los análisis de los hechos o sus pruebas formulados tras un proceso presidido por la lógica.

Sí se exige que ese error esté alejado de dolo o culpa grave, dentro de la que se encontraría la negligencia profesional (que siempre es culpable), aunque no la ignorancia<sup>9</sup>, pues en caso contrario, supondría que una vez abonada la indemnización, la Administración General del Estado podría reclamar al Juez/a o Magistrado/a, vía reglamentaria, lo pagado al perjudicado sin perjuicio de la responsabilidad en la que pudiera incurrir. Esta responsabilidad vendrá puesta de manifiesto bien en resolución del Consejo General del Poder Judicial, conforme al procedimiento por él determinado o en sentencia. Es la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, la que modifica la redacción de este artículo 296 LOPJ, respondiendo así a las sucesivas reclamaciones de reforma de este precepto para una mayor clarificación del mismo.<sup>10</sup>

La necesidad de una simplificación del complicado procedimiento para la exigencia de error judicial, ha sido puesta de manifiesto desde diferentes sectores doctrinales, sin que hasta la fecha haya tenido mucha aceptación, teniendo en cuenta que la última modificación del artículo 293 LOPJ fue provocado por la Ley Orgánica

---

<sup>8</sup> Esta misma sentencia, continua exponiendo el concepto de funcionamiento anormal de la Administración de Justicia señalando que: “...El funcionamiento anormal abarca, por su parte, cualquier defecto en la actuación de los juzgado y tribunales, concebidos como complejo orgánico en el que se integran diversas personas, servicios, medios y actividades. Del funcionamiento anormal se extrae un supuesto específico, el del error judicial, para seguir un tratamiento jurídico separado...”.

<sup>9</sup> GONZÁLEZ ALONSO, A: Responsabilidad patrimonial 2009, p. 164.

<sup>10</sup> El artículo 296 LOPJ antes de la reforma operada por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, recogía que: “El estado responderá también de los daños que se produzcan por dolo o culpa grave de los Jueces y Magistrados, sin perjuicio del derecho que le asiste de repetir contra los mismos por los cauces del proceso declarativo que corresponda ante el Tribunal competente. En estos procesos será siempre parte el Ministerio Fiscal”.

4/1987, de 15 de julio. La declaración judicial de error para la reclamación de una indemnización, vendrá constituida directamente por la sentencia dictada en recurso de revisión y, en caso de no producirse en la misma, será necesario entablar el procedimiento recogido en el artículo 293 LOPJ. Este exige el agotamiento de todos los recursos frente a la resolución judicial a la que se imputa el error judicial y el perjudicado dispondrá de un plazo de tres meses, contados desde el día en que pudo ejercitarse, que coincidirá con el siguiente a aquel que le es notificada la resolución judicial en cuestión. Será competente la Sala del Tribunal Supremo del mismo orden jurisdiccional del órgano a quien se imputa el error, salvo que se trate del orden contencioso-administrativo o militar. En el primer supuesto, la Sala competente será la regulada en el artículo 61 y en el segundo, la Sala Quinta de lo Militar.

Se seguirán los trámites previstos para el recurso de revisión civil, en el que serán partes el Ministerio Fiscal y la Administración del Estado. La sentencia, que habrá de dictarse en el plazo de quince días, será título suficiente para entablar la petición indemnizatoria ante el Ministerio de Justicia.

## **II. SUPUESTO ESPECÍFICO DE ERROR JUDICIAL: PRISIÓN PROVISIONAL INDEBIDA (ARTÍCULO 294 LOPJ)**

No se encuentra recogido en el artículo 121 de la Constitución, sino que fue añadido por la LOPJ, como un caso específico del error judicial, de tal forma que en los casos no cubiertos por el artículo 294 LOPJ, se podrá acudir al procedimiento judicial genérico recogido en el artículo 293.1 LOPJ.

### **1. Funciones de la prisión provisional**

La prisión preventiva, regulada en los artículos 502 a 519 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, persigue varias funciones todas ellas alejadas de la simple venganza por la presunta comisión de un hecho delictivo. La mayor parte de los autores<sup>11</sup> se decantan en poner de relieve tres funciones:

–cautelar→ este ha sido el fin preponderante. Posee dos vertientes:

- aseguramiento durante el proceso: se trata de mantener una constante disponibilidad del investigado durante la fase de instrucción, a fin de que su ausencia impida el normal desenvolvimiento de los procedimientos

---

<sup>11</sup> GUERRA PÉREZ, C.: La decisión judicial de la prisión preventiva, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 66-67.

penales en los pueda estar incurso y así evitar la expedición de requisitoria de averiguación de domicilio y, en su caso, la posterior detención y personación ante el órgano requirente, dado que en ocasiones resultan sumamente ineficaces. Hay autores como *Díaz Martínez* que han criticado el automatismo recogido en la LECRIM, relativo a la adopción de la medida cautelar por este fin cuando se hayan dictado dos requisitorias de busca y captura por cualquier órgano judicial en los dos años anteriores, por conculcar los principios de excepcionalidad y proporcionalidad<sup>12</sup>.

- aseguramiento para el cumplimiento de la eventual pena: una vez dictada la sentencia condenatoria se hace preciso, mediante la incoación de la correspondiente ejecutoria, cumplir con el mandato constitucional recogido en el artículo 117.3 de ejecutar lo juzgado. Una parte de la doctrina, considera que quebranta el principio de presunción de inocencia y otros mantienen que es precisamente este el único fin admitido. Sin embargo, ambas posturas son unificadas por la mayor parte de la doctrina.

–función de prevención especial→ vendría dado por la necesidad de evitar la reiteración delictiva del individuo y del mismo modo cumplir una función ejemplarizadora.

–función de prevención general→ determinados delitos, en especial los relativos a los que protegen la vida, integridad física y moral, causan una gran alarma social que se pretende calmar con la prisión preventiva.

## **2. Prisión preventiva seguida de sentencia absolutoria o sobreseimiento libre**

Pueden reclamar al Estado quienes, después de haber sufrido prisión preventiva, obtienen una sentencia absolutoria por inexistencia del hecho imputado o por dictado de auto de sobreseimiento libre por esta misma causa (artículo 294 LOPJ), por supuesto, siempre que le haya causado perjuicios.

Inicialmente, era concebido como error judicial, aunque en determinados momentos pudo conectarse con el anormal funcionamiento de la Administración de Justicia. Posteriormente, ha derivado en un error judicial específico, por cuanto que no

---

<sup>12</sup> MARTÍNEZ GALINDO, G.: La prisión provisional, La Ley 2849/2004 (Consulta 27/5/2019)

requiere de la previa declaración judicial del error. Se viene indicando por la jurisprudencia que se trata de un error objetivo y ajeno a la idea de culpa, que es la que caracteriza los supuestos generales. El problema desde el inicio se sitúa en la interpretación de la expresión “inexistencia del hecho”<sup>13</sup>.

En la evolución interpretativa de este artículo 294 LOPJ, podemos distinguir los siguientes hitos:

- antes de la STS 27 de enero de 1989 → las posibilidades de indemnización quedaban relegadas a los supuestos de inexistencia material del hecho que se imputaba al acusado.
- STS 27 de enero de 1989<sup>14</sup> → constituye un punto de inflexión al realizar una interpretación desde el punto de vista del artículo 3.1. C.c., abarcando no sólo la inexistencia objetiva (el hecho imputado realmente no ha tenido lugar, o no es constitutivo de delito por no concurrir los elementos de la conducta típica), sino también la subjetiva (imposibilidad de participación en un hecho que ha resultado ser inexistente desde el punto de vista subjetivo)<sup>15</sup>. Quedaban fuera únicamente los supuestos de absolución por falta de pruebas. El Tribunal Constitucional recogió esta doctrina en su STC de 22 de junio de 1992, que consideraba justo el tratamiento, en un plano de igualdad, a las situaciones de inexistencia objetiva y subjetiva.
- SSTEDH de 25 de abril de 2006 (asunto Puig Panella vs España) y 13 de julio de 2010 (asunto Tendam vs España) → los supuestos de hecho se basaban en la absolución de los demandantes como consecuencia de la falta de pruebas (por aplicación del principio *in dubio pro reo* y presunción de inocencia). El Tribunal Supremo sentenció que nos hallábamos ante un supuesto de falta de pruebas y que

---

<sup>13</sup> DÍAZ FRAILE, F.: La presunción de inocencia y la indemnización por prisión preventiva, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 187-188.

<sup>14</sup> Así señala que: “*cabe perfectamente concluir que la antes señalada finalidad del artículo 294 exige su aplicación no sólo en los casos de inexistencia del hecho sino también en los de probada falta de participación. En consecuencia, la inexistencia subjetiva, aunque está al margen de la literalidad del art. 294, queda plenamente amparada por su espíritu, lo que debe dar lugar a una interpretación expresa, están comprendidos en el designio normativo del precepto a interpretar... Prueba de la inexistencia del hecho y prueba de la falta de participación del sujeto son pues dos supuestos equiparables y subsumibles ambos en la regulación del art. 294. No resulta en cambio viable extender su virtualidad a los casos de falta de prueba de la participación en el hecho en los que la reclamación de una posible indemnización derivada de la prisión preventiva habrá de discurrir por el cauce general del art. 293.1*”.

<sup>15</sup> TAPIA FERNÁNDEZ, I.: La eficacia del derecho a la presunción de inocencia en los procedimientos seguidos para exigir responsabilidad patrimonial al estado por prisión preventiva según la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, La Ley 13243/2018 (Consulta 27/5/2019)

la absolución no vino dada por la prueba de su no participación. Basó el tribunal europeo su decisión en (i) el hecho de que el artículo 6.2 del Convenio para la Protección de Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales garantiza la presunción de inocencia, (ii) que este precepto se extiende a todas las decisiones extraprocesales adoptadas tras la absolución y (iii) que a pesar de que ni el artículo 6.2 ni ningún otro Convenio da derecho a una indemnización por prisión preventiva tras una absolución, el introducir sospechas sobre la culpabilidad del individuo sí que es contraria al principio de presunción de inocencia. Esta postura ha sido criticada por *Tapia Fernández*<sup>16</sup>.

- STS 23 de noviembre de 2010→ en contra de todo pronóstico el Tribunal Supremo realiza un cambio radical de la postura mantenida hasta ese momento, interpretando de forma restrictiva la “inexistencia del hecho imputado” del artículo 294 LOPJ, sin dar cabida a una expansión hacia la “inexistencia subjetiva”. Con la excusa de que las mentadas sentencias del tribunal europeo habían cuestionado la interpretación efectuada por los tribunales españoles, concluye que: (i) no consta en el artículo 294 LOPJ exigencia alguna de indemnización en todos los casos de prisión preventiva que no vaya seguida de sentencia condenatoria, (ii) es contrario al principio de presunción de inocencia, según la jurisprudencia del TEDH, diferenciar entre absolución por falta de pruebas o absolución por no participación del individuo en el hecho imputado y (iii) en base a ello, procede la revisión de la doctrina mantenida hasta la fecha, de tal forma que la expresión “inexistencia del hecho” tan sólo sea aplicable a los supuestos en los que objetivamente el hecho delictivo es inexistente, por tanto, “inexistencia objetiva”.
- STEDH de 16 de febrero de 2016 (asunto Vlieland Boddy y Marcelo Lanni vs España)→ mantiene la línea defendida hasta la fecha, al exponer que: (i) las sospechas sobre la inocencia del acusado, suponen una vulneración del artículo 6.2 del Convenio, (ii) este precepto es aplicable no sólo a los procesos penales pendientes, sino también a los procedimientos judiciales posteriores a la

---

<sup>16</sup> La autora considera que yerra el tribunal europeo al entender que los Tribunales españoles exigieron al demandante de la solicitud de indemnización en un proceso por responsabilidad patrimonial del Estado, que “presentara prueba de su inocencia”. En este proceso se valoró el “motivo” de la absolución que se plasmó en la sentencia absolutoria: por inexistencia del hecho, por acreditada falta de participación del sujeto en él, o por aplicación del principio “*in dubio pro reo*”. Sí que hubiera sido contrario al principio de presunción de inocencia el exigirle que “probara su inocencia”, al haber sido ya declarado inocente por medio de sentencia firme.

absolución definitiva del acusado y (iii) el principio “*in dubio pro reo*” impide diferenciar cualitativamente entre absolución con base en ausencia de pruebas y en absolución por pruebas que acreditan su no implicación el hecho encausado.

- STC Pleno 19 de enero de 2017 → declara la nulidad de la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, por apartarse de la línea mantenida por el TEDH al establecer diferencias cualitativas ente una absolución fundada en inexistencia de pruebas y una absolución que verifica la inocencia del acusado. No se pronuncia sobre la doctrina del TS reflejada en su sentencia de 23 de noviembre de 2010, ni tampoco a la STEDH de 16 de febrero de 2016, dado que el supuesto de hecho del recurso de amparo iba referido a un supuesto de inexistencia objetiva y no subjetiva, aunque sí entiende la conculcación de la doctrina del TEDH.

La autora CAMPANER MUÑOZ<sup>17</sup> mantiene que se ha dejado pasar el tren de la concepción europea sobre la presunción de inocencia, en estos supuestos de exigencia de responsabilidad patrimonial del Estado por prisión preventiva una vez se obtiene el dictado de sentencia absolutoria. Existe un *status quo* en el panorama jurisprudencial desde la STS de 23 de noviembre de 2010, al continuar con el mismo las recientes sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (secc. 3ª) número 133/2017, de 23 de febrero y 291/2017, de 18 de mayo, donde brilla por su ausencia un seguimiento a la línea europea.

Pueden ocurrir sorpresas dado que el Pleno del Tribunal Constitucional, por Providencia de 6 de septiembre de 2018, ha admitido a trámite la cuestión interna de inconstitucionalidad número 4314-2018 planteada por el Pleno del Tribunal Constitucional, en el recurso de amparo número 4035-2012, en relación con los incisos «por inexistencia del hecho imputado» y «por esta misma causa», del artículo 294.1 LOPJ, por posible vulneración de los artículos 14, 17, y 24.2 de la CE.<sup>18</sup>

Desde un inicio tanto la jurisprudencia como el Consejo de Estado han puesto de manifiesto la necesidad de una modificación normativa<sup>19</sup>. En el ámbito europeo, se orienta<sup>20</sup> a los estados miembros a la reparación de la personas que sufran prisión

---

<sup>17</sup> CAMPANER MUÑOZ, J.: La quimérica indemnización por el padecimiento de prisión preventiva seguida de pronunciamiento absolutorio en España: un problema propio del cierre de filas judicial a la luz de la experiencia italiana, La Ley 18060/2017 (Consulta 27/5/2019)

<sup>18</sup> ATC Pleno 17 de junio de 2018

<sup>19</sup> Memoria 1987 Consejo de Estado pág 112 y STS Sala 3ª 23/10/2010 y STS 27/3/1989.

<sup>20</sup> Recomendación R(2006)13 del Comité de Ministros a los Estados Miembros sobre el uso de la prisión preventiva, las condiciones en las que tiene lugar y las medidas de protección contra los abusos

preventiva y posteriormente no ingresan en prisión como consecuencia del dictado de sentencia absolutoria. La compensación debe alcanzar a la pérdida de ingresos, de oportunidades y daños morales.

### **3. A propósito de la sentencia a favor de ALEXANDRO ROSELL**

Con fecha 24 de abril de 2019, la Sala Penal de la Audiencia Nacional, secc. 1ª dictó sentencia nº 14 en el Procedimiento Abreviado nº 28/2017 del Juzgado Central de Instrucción número 3, seguido de oficio por los delitos de blanqueo de capitales y organización criminal frente a Alexandro Rosell Feliu, entre otros, en la que se le absolvió “*in dubio pro reo*”, ante la inexistencia de pruebas suficientes para sentenciar lo contrario.

#### ***a) Hechos probados contenidos en la sentencia***

Se inician las actuaciones en junio de 2015, como consecuencia de la recepción en la Fiscalía de la Audiencia Nacional de Comisión Rogatoria del Departamento de Justicia de EEUU, derivada de investigación realizada por la Fiscalía de Distrito Este de Nueva York sobre la participación de funcionarios de la FIFA en actividades delictivas y las sospechas sobre que pudieran haber recibido millones de dólares en concepto de sobornos y comisiones clandestinas, por parte de empresa de medios de difusión y marketing deportivo relacionados con el fútbol, implicándose a ROSELL en su relación con Ricardo Terra Teixeira, presidente de la Confederación Brasileña de Fútbol (CBF) entre 19989 y 2012. De la relación personal y comercial que se forjó entre ambos, actuó ROSELL, en representación de UPTREND, como intermediario entre ISE (empresa del grupo empresarial saudí DALLAH ALBARAKA GROUP) y la CBF para la cesión de los derechos de retransmisión de los partidos amistosos de la selección de Brasil, sin que conste que la CBF sufriera perjuicio como consecuencia de la celebración de ese contrato de fecha 24/11/2006 y posteriormente con otras empresas por los que recibió los correspondientes emolumentos. También se le implicaba en el intento de venta fraudulenta, inicialmente a ISE de la mercantil BSM de la que su esposa tenía el 90% y posteriormente al empresario libanés OHANNESSIAN, quien finalmente desistió al no conseguir el contrato estrella con la ASPIRE ACADEMY. La tercera de las operaciones, AILANTO, CBF Y NIKE por la que la empresa brasileña de ROSELL, AILANTO actuó de intermediaria entre la CBF y NIKE para la equipación de la

---

(Adoptada por el Comité de Ministros de 27 de septiembre de 2006 en la 974ª reunión de representantes de los ministros).

selección, ROSELL percibió 12.000.000\$, devolviendo 5.000.000\$ a Ricardo Terra que le había prestado el 19/2/2009 a través de su cuenta andorrana de la fundación REGATA, cantidad que era una parte de la percibida por ROSELL a raíz de la rescisión anticipada del contrato suscrito entre ALIANTO Y NIKE.

***b) Cuestión previa relativa a la prisión preventiva***

Sufrió prisión preventiva desde el día 23 de mayo de 2017, hasta el 27 de febrero de 2019, inmediatamente después de recibírsele declaración en el acto de la vista oral, al perderse el fin primordial de la medida cautelar: el riesgo de fuga. No considera el Tribunal que se haya cuestionado la presunción de inocencia, precisamente por el carácter provisional de la misma, hasta el punto de resultar la sentencia absolutoria. Ello determina la desestimación de la cuestión previa de vulneración del derecho de defensa.

***c) Absolución “in dubio pro reo”***

De la prueba practicada en el acto de la vista tras la investigación iniciada por el mentado Juzgado Central de Instrucción relativa a las operaciones UPTRTEND, ISE, CBF; venta de Bonus Sports Marketing y AILANTO, CBF y NIKE, basa su absolución la sentencia en (i) falta de acreditación de la existencia de un delito antecedente del blanqueo de capitales del artículo 301.1 C.P. y (ii) falta de evidencia que acredite el comportamiento delictivo atribuido al resto de personas físicas y sociedades investigadas.

En relación al primero, no queda probada la existencia de un delito de fraude previo al delito de blanqueo de capitales, por no causarse un perjuicio a la CBF en los diferentes contratos en los que ROSELL actuó de intermediario.

En cuanto al segundo de los elementos, el fundamento de derecho quinto expone que a pesar de que lo anterior ya conduce al dictado de sentencia absolutoria, irá refutando todas y cada una de las afirmaciones de la acusación en relación a las mercantiles afectadas que le suscitarán dudas sobre su realidad, por lo que concluirá con el dictado de sentencia absolutoria.

A modo de conclusión, decir que resulta más que probable la futura reclamación por parte de ALEXANDRO ROSELL de indemnización por el tiempo que ha resultado afectado por la medida de prisión preventiva que ha desembocado en una sentencia absolutoria “*in dubio pro reo*”. Cuestión distinta es la respuesta favorable que reciba a sus intereses teniendo en cuenta la actual jurisprudencia antes expuesta por parte del

Tribunal Supremo, acerca de la contemplación de error judicial únicamente en los supuestos de “inexistencia objetiva”, hasta tanto se produzca un cambio normativo del artículo 294 LOPJ o un cambio jurisprudencial a tenor de la línea europea, lo que le obligaría a acudir al procedimiento para declaración del error judicial del artículo 293 LOPJ. Sería competente la Sala Segunda del TS y tendría como obstáculo la restrictiva interpretación que efectúa para la estimación de las demandas<sup>21</sup> de error judicial, al señalar que:

- el error ha de “*ser analizado desde una perspectiva ex ante y no ex post (sin perjuicio de una hipotética matización)*”.
- tendrán cabida únicamente los que puedan conceptuarse como “*error grosero o clamoroso*”.

A pesar lo expuesto *ut supra*, no debemos olvidar que en el momento de la adopción de la medida cautelar, la decisión del Juez de instrucción se fundamenta en la existencia de indicios suficientes de criminalidad y concurrencia de los requisitos y fines del artículo 503 de la LECRIM y ello sin perjuicio de que posteriormente la investigación no pueda acreditar suficientemente esos indicios, que en bastantes ocasiones vendrá dada, como en el supuesto de ROSELL, por la complejidad de la investigación que trasciende las fronteras nacionales o la necesidad de una cierta colaboración por parte del acusado, nula en la mayoría de los casos.

De todas formas, como indica el reseñado Auto del TS de 25 de enero de 2019 “*es inexacta la ecuación “sentencia absolutoria, prisión preventiva improcedente”, como la inversa de “sentencia condenatoria, prisión preventiva correcta*”.

### BIBLIOGRAFÍA

CAMPANER MUÑOZ, J.: La quimérica indemnización por el padecimiento de prisión preventiva seguida de pronunciamiento absolutorio en España: un problema propio del cierre de filas judicial a la luz de la experiencia italiana, La Ley 18060/2017 (Consulta 27/5/2019)

DÍAZ FRAILE, F.: La presunción de inocencia y la indemnización por prisión preventiva, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

GONZÁLEZ ALONSO, A.: Responsabilidad patrimonial del Estado en la Administración de Justicia, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

---

<sup>21</sup> ATS de 25 de enero de 2019 (rec.20965/2018) que inadmite la demanda de error judicial por manifiesta falta de fundamento, que según ATS Sala 61 LOPJ, de 10 de febrero de 2014 se le confiere la condición de causa de inadmisibilidad (art. 11 LOPJ), sin prejuzgar otros cauces indemnizatorios.

GUERRA PÉREZ, C.: La decisión judicial de la prisión preventiva, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

MARTÍNEZ GALINDO, G.: La prisión provisional, La Ley 2849/2004 (Consulta 27/5/2019).

TAPIA FERNÁNDEZ, I.: La eficacia del derecho a la presunción de inocencia en los procedimientos seguidos para exigir responsabilidad patrimonial al estado por prisión preventiva según la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, La Ley 13243/2018 (Consulta 27/5/2019).

\* \* \* \* \*

## Diego Martín Fernández

Abogado, Toledo. Doctorando. Socio de la FICP.

### ~De las atenuantes aplicables a la responsabilidad penal de la persona jurídica~

**Resumen.-** No cabe duda que, en los últimos años, una parte importante de la doctrina científica se ha centrado en el desarrollo de los supuestos generadores de Responsabilidad Penal de la Persona Jurídica que resultan de la aplicación de los parámetros del artículo 31 bis del Código Penal, y como tal sistema se ha reformado ampliamente mediante la LO1/2015 respecto de lo establecido originariamente mediante la LO 5/2010 por la que se vino a establecer el supuesto de responsabilidad para las personas jurídicas.

No obstante, y a pesar de ser parejo a la importancia que ha destacado para la doctrina los supuestos generadores los requisitos relativos a la exoneración de dicha responsabilidad, sí es cierto que se ha pasado de soslayo por las causas que se han establecido como atenuantes de la responsabilidad criminal de la persona jurídica.

Siendo el presente estudio una aproximación a los supuestos y requisitos exigidos para la aplicación de tales causas de atenuación de la responsabilidad penal para las personas jurídicas.

**Palabras Clave.-** Persona Jurídica – Responsabilidad Penal – Atenuación – Analogía

#### I. INTRODUCCIÓN.

Sin perjuicio de que el artículo 21 del Código Penal nos establece cuales son las causas que atenúan la responsabilidad penal<sup>1</sup>, cuyo fundamento radica en las correspondientes causas de disminución de la antijuridicidad o de la culpabilidad en las que se funden; llevando a considerar las mismas como magnitudes susceptibles de variación o graduación<sup>2</sup>; tales circunstancias, en principio, no resultan de aplicación a los supuestos de graduación de la responsabilidad penal de la persona jurídica, en los casos en los que se entienda que ésta resulta penalmente responsable.

---

<sup>1</sup> Artículo 21 del Código Penal: “*Son circunstancias atenuantes:*

*1.ª Las causas expresadas en el capítulo anterior, cuando no concurrieren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos.*

*2.ª La de actuar el culpable a causa de su grave adicción a las sustancias mencionadas en el número 2.º del artículo anterior.*

*3.ª La de obrar por causas o estímulos tan poderosos que hayan producido arrebatos, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante.*

*4.ª La de haber procedido el culpable, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él, a confesar la infracción a las autoridades.*

*5.ª La de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral.*

*6.ª La dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, siempre que no sea atribuible al propio inculpado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa.*

*7.ª Cualquier otra circunstancia de análoga significación que las anteriores.”*

<sup>2</sup> Vid. MOLINA FERNÁNDEZ, F./ALCÁZER GUIRAO, R./ALONSO GALLO, J.: Memento práctico. Penal, Ed: Francis Lefebvre, Madrid, 2016, p. 423.

Y ello, por cuanto, de conformidad a lo establecido en el artículo 31 quater del Código Penal solamente le serán predicables a la persona jurídica, como supuestos de atenuación de la responsabilidad criminal, aquellos que se encuentran expresamente previstos en tal artículo. De tal forma que, en principio, bien podríamos suponer que, aún cuando determinadas causas previstas en el artículo 31 quater del Código Penal resultan paralelas a las establecidas en el artículo 21 del mismo texto legal para las personas físicas; todas las aquí previstas no resultan de aplicación a las personas jurídicas; llamando poderosamente la exclusión de la no inclusión de la atenuación por dilaciones indebidas del procedimiento, del estado de necesidad y de las atenuantes de análoga significación del resto de establecidas en el artículo 21 del Código Penal.

Así, centraremos la presente ponencia en la realización de un breve desarrollo de las atenuantes que el legislador ha establecido, en principio, como números clausus y la existencia, o no, de la posibilidad de aplicar las previstas en el artículo 21 del Código Penal, mediante el alcance de la aplicación de la analogía *in bonam partem*<sup>3</sup>.

## **II. DE LAS ATENUANTES PREVISTAS PARA LA PERSONA JURÍDICA.**

Conforme se ha indicado anteriormente, las causas de atenuación de la responsabilidad penal de la persona jurídica vienen determinadas en el artículo 31 quater del Código Penal, que viene a establecer, como únicas causas que resultan susceptibles de atenuar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, las siguientes:

- a) Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades.
- b) Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos.
- c) Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito.
- d) Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica.

---

<sup>3</sup> Vid. GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.: La atenuación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en La Ley 14892/2011, Ed. LA LEY, Madrid, 2011, p. 1.

Indicándose que todas y cada una de dichas medidas resultan ex post facto. Estos es, posteriores a la realización del hecho delictivo.

Si bien, no podemos olvidar que tal aseveración realizada por el propio artículo 31 quater, respecto de que tales medidas serán las únicas que atenúen la responsabilidad penal, parece que dista mucho de resultar el *numerus clausus* que pretende, ya que el propio artículo 31 bis viene a establecer en sus apartados .2 y .4 la posibilidad de atenuación de la pena si no se pueden acreditar la totalidad de las circunstancias que prevén los mismos como facilitadoras de la exención criminal<sup>4</sup>. Esto es, dependerá dicha aplicación de la prueba de dos elementos de suma trascendencia; cuales son, el momento en que se ha implantado el Modelo de Prevención de Delitos, que ha de ser previo a la comisión, y la forma en la que se haya podido acreditar la eficacia del mismo<sup>5</sup>. Supuestos que, al contrario de los establecidos en el artículo 31 quater, resultan ex ante facto; esto es, previos a la comisión del delito.

Extremos, los anteriores que, sin duda, se deben a una deficitaria técnica legislativa, o más bien, a una clara descoordinación, tal y como sostiene JUANES PECES<sup>6</sup>. Habiéndose preguntado, también, parte de la doctrina, si tal forma de legislar puede resultar anticonstitucional; si bien, la respuesta, tal y como se apuntan ellos mismos, resulta de todo punto de vista negativa<sup>7</sup>.

Como también parece serlo, una deficiente técnica legislativa, el hecho de haber dejado fuera de posibilitar la atenuación de la responsabilidad penal la aplicación de la atenuación analógica o la de dilaciones indebidas, del artículo 21 del Código Penal; y

---

<sup>4</sup> Artículo 31 bis del Código Penal:

“2....

*En los casos en los que las anteriores circunstancias solamente puedan ser objeto de acreditación parcial, esta circunstancia será valorada a los efectos de atenuación de la pena.*

*3. En las personas jurídicas de pequeñas dimensiones, las funciones de supervisión a que se refiere la condición 2.ª del apartado 2 podrán ser asumidas directamente por el órgano de administración. A estos efectos, son personas jurídicas de pequeñas dimensiones aquellas que, según la legislación aplicable, estén autorizadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada.*

*4. Si el delito fuera cometido por las personas indicadas en la letra b) del apartado 1, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si, antes de la comisión del delito, ha adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión.*

*En este caso resultará igualmente aplicable la atenuación prevista en el párrafo segundo del apartado 2 de este artículo...*

<sup>5</sup> GOENA VIVES, B. / NAVARRO MASSIP, J.: La responsabilidad penal de las empresas. Algunas reflexiones a la luz de la LO 1/2015, de reforma del Código Penal, en Revista Aranzadi Doctrinal, núm. 9/2015, Ed. ARANZADI, Pamplona, 2015, p. 5.

<sup>6</sup> JUANES PECES, A. (D): Compliance Penal, Ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2017, p. 137.

<sup>7</sup> AYALA GÓMEZ, I. (Coord.), ORTIZ DE URBINA GIMENO, Í. (Coord.), Memento Práctico Penal Económico y de la Empresa, Ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2016, p. 189.

ello cuando las establecidas en las letras a y c del artículo 31 quater son de significación similar a las de los puntos 4º y 5º del Código Penal. Esto es, la reparación del daño y la confesión. Tal y como acertadamente sostiene LUZÓN CUESTA<sup>8</sup>. Habiéndose dejado, fuera del catálogo de atenuación de la responsabilidad penal de la persona jurídica, también, la circunstancia propia de la pena natural, que viene siendo sostenida por parte de la doctrina como atenuante analógica, incluso, muy cualificada, como sostiene MONTANER FERNÁNDEZ<sup>9</sup>.

Pero, dejando de lado lo anterior, que será objeto de desarrollo más adelante, y centrándonos nuevamente en las medidas establecidas en el artículo 31 quater, podremos concluir que éstas se sostienen en la confesión, la colaboración, la reparación y la organización, tal y como acertadamente ha venido exponiendo GÓMEZ-JARA DÍEZ<sup>10</sup>. Medidas que, in fina, suponen, como indica VILLACORTA HERNÁNDEZ<sup>11</sup>, una *autorregulación regulada*, por cuanto se supone que el Estado ha regulado que las empresas se autoregulen, habida cuenta su imposibilidad para realizarlo por sus propios medios de una forma eficiente. Y por ello, justamente porque suponen una delegación en las empresas de la función propia de regulación del Estado, ha sido muy criticado por parte de la doctrina, como GUTIÉRREZ MUÑOZ, el hecho relativo a que puede requerir la renuncia al ejercicio del derecho de defensa y que no se contempla, fruto de tal renuncia y generosidad requerida a la empresa, la existencia de una excusa absolutoria, ni por la concurrencia de varias de las atenuantes establecidas<sup>12</sup>.

Así, centrados ya en las propias causas de atenuación, podemos indicar que, la primera de ellas, la confesión (a), que viene a suponer el reconocimiento ante las autoridades de los hechos con anterioridad a conocer que se sigue frente a ella el procedimiento, nos plantea dos cuestiones conflictivas, tal y como sostiene Gómez-Jara Díez, como son saber cuándo se entiende que la persona jurídica tiene conocimiento de los hechos y, de otro lado, quienes se pueden entender por autoridades. Así, la solución vendrá dada por entender que para que se pueda indicar que existe conocimiento por

---

<sup>8</sup> LUZÓN CUESTA, J.M.: Compendio de Derecho Penal, Parte General, Ed. DYKINSON, Madrid, 2017, p. 215.

<sup>9</sup> MONTANER FERNÁNDEZ, R.: Reputación corporativa y responsabilidad penal de la empresa, en Revista Aranzadi Doctrinal núm. 1/2018, Ed. ARANZADI, Pamplona, 2018, p. 13.

<sup>10</sup> Vid. GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.: La atenuación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en La Ley 14892/2011, Ed. LA LEY, Madrid, 2011, p. 1.

<sup>11</sup> Vid. VILLACORTA HERNÁNDEZ, M.A.: Penas y atenuantes aplicables a las empresas, en La Ley 2702/2017, Ed. LA LEY, Madrid, 2017, p. 4.

<sup>12</sup> GUTIÉRREZ MUÑOZ, C.: Atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en Law&Trends, Ed. Law And Trends, 2017, p. 6.

parte de la empresa no es suficiente con que el mismo lo tenga un trabajador, sino que debe recaer sobre un legal representante de la misma. Y respecto al concepto de autoridades, se viene a sostener la posibilidad de que la confesión se produzca ante la autoridad administrativa, no judicial, aunque ya se esté tramitando un procedimiento en sede judicial<sup>13</sup>.

Debiendo añadir, también, que, conforme sostienen GÓMEZ MARTÍN y NAVARRO MASSIP, también habrá de ser un representante legal de la sociedad quien preste dicha confesión, sin que sea válida, a los presentes efectos, la realizada por un mero trabajador<sup>14</sup>.

Añadiéndose los requisitos, de otra parte obvios, de que lo confesado ha de ser veraz y que tal confesión se ha de mantener a lo largo de todo el proceso, tal y como sostiene AMADEO GADEA<sup>15</sup>.

Cuestión, la de la confesión, que ha sido entendida acorde a la Constitución por parte de nuestro Tribunal Constitucional, al entenderla como no contraía a los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable<sup>16</sup>.

De otro lado, la atenuante relativa a la colaboración, exige que se aporten pruebas nuevas y que éstas sean decisivas para el esclarecimiento de las responsabilidades penales. Esto es, si las aportaciones que efectúa la empresa resultan nuevas e importantes, pero no decisivas para el esclarecimiento de los hechos, no resultará de aplicación la atenuante de colaboración, tal y como sostienen GÓMEZ MARTÍN y NAVARRO MASSIP<sup>17</sup>, máxime si tenemos en cuenta que, en principio, resulta vetada la posibilidad de aplicación de atenuante analógica del artículo 21 del Código Penal.

Por tanto, tal atenuación va orientada hacia el resultado, y le da igual cual haya sido el esfuerzo realizado por la empresa en aras de llevar a cabo una colaboración. Si la empresa ha realizado una mínima colaboración, pero suficiente para lograr la

---

<sup>13</sup> Vid. GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.: La atenuación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en La Ley 14892/2011, Ed. LA LEY, Madrid, 2011, p. 2.

<sup>14</sup> GÓMEZ MARTÍN V./NAVARRO MASSIP, J.: La responsabilidad penal para personas jurídicas en el Código Penal Español: una visión panorámica tras la reforma de 2015, en Revista Aranzadi Doctrinal nú. 1/2013, Ed. ARANZADI, Navarra, 2016, p. 11.

<sup>15</sup> Vid. AMADEO GADEA, S. (Coord.): Código Penal, Doctrina Jurisprudencial y Comentarios, Ed. Factum Libri, Madrid, 2015, p. 107.

<sup>16</sup> STC 75/1987, de 25 de mayo.

<sup>17</sup> GÓMEZ MARTÍN V./NAVARRO MASSIP, J.: La responsabilidad penal para personas jurídicas en el Código Penal Español: una visión panorámica tras la reforma de 2015, en Revista Aranzadi Doctrinal nú. 1/2013, Ed. ARANZADI, Navarra, 2016, p. 11.

determinación del posible culpable, resultará de aplicación. Por el contrario, si la empresa ha llevado a cabo una inmensa labor de búsqueda y depuración de responsabilidades, en aras de lograr la colaboración, sin que haya podido aportar elementos determinantes, la atenuante no será de aplicación. Extremos, los anteriores, que parecen contradictorios entre sí, pues se prima más el resultado, en muchas ocasiones independiente de la voluntad, que la propia labor realizada.

Consecuentemente, no es extraño que parte de la doctrina, como GÓMEZ-JARA DÍEZ, pongan en duda la constitucionalidad de esta causa de atenuación de la responsabilidad penal<sup>18</sup>.

En tercer lugar, nos aparece como atenuante la reparación del daño, cuya aplicación ha de ser entendida en la misma forma que la previsión efectuada en el artículo 21.5 del Código Penal, del que ha sido copiada.

Atenuante, la de reparación del daño, que viene revestida de dos características, una objetiva y otra subjetiva. Como son que la reparación se haya realizado con anterioridad al acto del juicio oral, de tal forma que el perjudicado haya recibido o podido recibir un resarcimiento y, la otra, que tal reparación ha de partir del responsable de los hechos, de carácter subjetivo, por tanto; tal y como sostiene AMADEO GADEA<sup>19</sup>.

Finalmente, la última causa de atenuación, consiste en haber implantado, con posterioridad al hecho delictivo, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos. Esto es, haber implantado un modelo de prevención de delitos, conforme a las propias exigencias del artículo 31 bis del Código Penal, tanto en su organización, como en su contenido y alcance<sup>20</sup>.

---

<sup>18</sup> Vid. GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.: La atenuación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en La Ley 14892/2011, Ed. LA LEY, Madrid, 2011, p. 2.

<sup>19</sup> Vid. AMADEO GADEA, S. (Coord.): Código Penal, Doctrina Jurisprudencial y Comentarios, Ed. Factum Libri, Madrid, 2015, p. 107.

<sup>20</sup> Artículo 31 bis 5 del Código Penal (respecto de los requisitos del modelo, sin incluir la organización del mismo):

*Los modelos de organización y gestión a que se refieren la condición 1.ª del apartado 2 y el apartado anterior deberán cumplir los siguientes requisitos:*

*1.º Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos.*

*2.º Establecerán los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquéllos.*

*3.º Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos.*

*4.º Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención.*

En suma, bien parece que son únicamente las cuatro causas antedichas, junto a las previsiones del artículo 31 bis .2 y .4 las susceptibles de atenuar la responsabilidad penal de la empresa, y que habrán de ser debidamente acreditadas en el proceso por aquella parte que pretenda le sean de aplicación<sup>21</sup>.

Si bien, parte de la doctrina se ha venido preguntando en relación a la posibilidad de aplicar a supuestos de responsabilidad penal de la persona jurídica, otras atenuantes previstas en el artículo 21 del Código Penal o, incluso, eximentes del artículo 20 del mismo texto. Siendo que tal extremo será desarrollado a continuación.

### **III. DE LA APLICACIÓN ANALÓGICA DE OTRAS ATENUANTES A LA PERSONA JURÍDICA.**

Como se ha indicado anteriormente, se viene planteando por parte de la doctrina una viva discusión en relación a la posibilidad de aplicar a los supuestos de responsabilidad penal de la persona jurídica, distintas atenuantes previas en el artículo 21 del Código Penal, y más concretamente la atenuante de dilaciones indebidas y las analógicas. Con especial mención a la eximente, y también atenuante, de Estado de Necesidad.

Así, debemos partir, como indica FERNÁNDEZ PERALES, que nada dice el artículo 31 quarter en relación a la imposibilidad de aplicar las circunstancias eximentes de responsabilidad penal a la persona jurídica, por lo que, en principio, nada impediría la aplicación del Estado de Necesidad en determinados supuestos; ya que entender lo contrario sería una analogía *in malam partem* contra reo, proscrita en nuestro sistema jurídico-penal<sup>22</sup>.

Pero centrados en la aplicación de circunstancias atenuantes previstas en el artículo 21 del Código Penal, y no previstas para la persona jurídica, como pueda ser la relativa a dilaciones indebidas, o las analógicas, bien parece que se sitúa a la persona física y a la jurídica en un insoportable plano de desigualdad, que, tal y como manifiesta

---

5.º Establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo.

6.º Realizarán una verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios.

<sup>21</sup> JUANES PECES, A. (D).: Compliance Penal, Ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2017, p. 137.

<sup>22</sup> FERNÁNDEZ PERALES, F.: La aplicación de eximentes y atenuantes a las personas jurídicas mediante la analogía *in bonam partem*, en La Ley 8485/2017, Ed. LA LEY, Madrid, 2017, p. 6.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, resulta cuestionable que pueda ser constitucional<sup>23</sup>. Planteándose dicho autor la posibilidad de aplicar las mismas de forma analógica *in bonam partem*.

Aplicación analógica, *in bonam partem*, que deberíamos preguntarnos, como hace ROMEO MALANDA, si puede resultar contraria al principio de legalidad, por cuanto el artículo 31 quater expresamente indica “solo”, de tal forma que parece decidido a excluir la aplicación de cualquier tipo de atenuación distinta a la establecida en tal precepto (a salvo de lo indicado en el propio artículo 31 bis .2 y .4, que hace mención expresa, también, a la atenuación de la responsabilidad penal de la persona jurídica)<sup>24</sup>.

Pero, no obstante lo anterior, los Tribunales han venido admitiendo, sin mayor problemática, la posibilidad de aplicar la analogía *in bonam partem*, sin que ello pueda suponer vulneración alguna del principio de legalidad, como nos indica FERNÁNDEZ PERALES, con cita de Jurisprudencia del Tribunal Supremo al respecto<sup>25</sup>.

Consecuentemente, nada parecería imposibilitar la aplicación analógica, por ejemplo, de la atenuante de dilaciones indebidas a la persona jurídica penalmente responsable<sup>26</sup>. Máxime si tenemos en cuenta que, ya ha declarado el Tribunal Supremo que le resultan de aplicación a las personas jurídicas todos los principios irrenunciables propios del proceso penal que, también, le son de aplicación a las personas físicas<sup>27</sup>.

#### IV. CONCLUSIONES.

Fruto de cuanto ha sido expuesto, podremos concluir que:

1. En principio únicamente le resultarán de aplicación a los supuestos de responsabilidad penal de la persona jurídica, *ex post facto*, aquellas atenuantes establecidas en el artículo 31 quater del Código Penal; que son la confesión, colaboración, reparación del daño y dotación de modelo de organización.
2. No obstante lo anterior, también le resultarán de aplicación a la persona jurídica las medidas atenuantes previstas en el artículo 31 bis .2 y .4, *ex ante facto*, para

---

<sup>23</sup> Vid. GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.: La atenuación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en La Ley 14892/2011, Ed. LA LEY, Madrid, 2011, p.12.

<sup>24</sup> ROMERO MALANDA, S.: Las eximentes por analogía en el Código Penal español de 1995. Especial referencia a la aplicación analógica de la indicación criminológica del aborto, en Revista de Derecho Penal y Criminología, 2ª época, nº 16, 2005, pags. 169-205.

<sup>25</sup> FERNÁNDEZ PERALES, F.: La aplicación de eximentes y atenuantes a las personas jurídicas mediante la analogía *in bonam partem*, en La Ley 8485/2017, Ed. LA LEY, Madrid, 2017, p. 7.

<sup>26</sup> FERNÁNDEZ PERALES, F.: Las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal en relación con las personas jurídicas, en Legal Today, 2017, p. 2 y 3.

<sup>27</sup> Vid. MARTÍN FERNÁNDEZ, D.: Las medidas cautelares reales en el proceso penal, en LDL Editorial, Madrid, 2017, p. 77, con cita de la STS 514/15, de 2 de Septiembre.

supuestos en los que la organización se ha dotado de un modelo de prevención de delitos, pero éste no se ha desarrollado eficazmente.

3. Así, parece, en principio, que se veta la posibilidad de aplicar atenuantes distintas a las anteriormente expresadas, como son las del artículo 21 que no encuentran su paralelismo en las del artículo 31 quater. Véase, dilaciones indebidas, atenuantes analógicas, ....
4. No obstante, lo anterior, bien parece que pudiese suponer una vulneración de los derechos fundamentales de la persona jurídica, por lo que habrá de favorecerse su aplicación por medio de la *analogía in bonam partem*.
5. Sin perjuicio de lo anterior, nada parece impedir que se pueda aplicar, si procediese, alguna eximente a la persona jurídica, como el Estado de Necesidad, ya que el artículo 21 quater no menciona a las eximentes, sino únicamente a las atenuantes.
6. Lo anterior parece contradictorio porque el actual sistema se podría pensar que posibilita la aplicación de la eximente, ex. artículo 20, pero no la eximente incompleta o atenuante analógica del artículo 21. Lo que nos lleva a, como se ha indicado, valorar la posibilidad de aplicar estas atenuantes del artículo 21 mediante la figura de la *analogía in bonam partem*, por cuanto la mención de “solo”, del artículo 31 quater parece obedecer a un déficit legislativo, ya que el mismo artículo 31 bis contempla distintas atenuaciones de forma expresa.

## V. BIBLIOGRAFÍA.

AMADEO GADEA, S. (Coord.): Código Penal, Doctrina Jurisprudencial y Comentarios, Ed. Factum Libri, Madrid, 2015

AYALA GÓMEZ, I. (Coord.)/ORTIZ DE URBINA GIMENO, Í. (Coord.): Memento Práctico Penal Económico y de la Empresa, Ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2016.

FERNÁNDEZ PERALES, F.: La aplicación de eximentes y atenuantes a las personas jurídicas mediante la *analogía in bonam partem*, en La Ley 8485/2017, Ed. LA LEY, Madrid, 2017.

FERNÁNDEZ PERALES, F.: Las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal en relación con las personas jurídicas, en Legal Today, 2017.

GOENA VIVES, B./NAVARRO MASSIP, J.: La responsabilidad penal de las empresas. Algunas reflexiones a la luz de la LO 1/2015, de reforma del Código Penal, en Revista Aranzadi Doctrinal, núm. 9/2015, Ed. ARANZADI, Pamplona, 2015.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.: La atenuación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en La Ley 14892/2011, Ed. LA LEY, Madrid, 2011.

GÓMEZ MARTÍN V./NAVARRO MASSIP, J.: La responsabilidad penal para personas jurídicas en el Código Penal Español: una visión panorámica tras la reforma de 2015, en Revista Aranzadi Doctrinal nú. 1/2013, Ed. ARANZADI, Navarra, 2016.

GUTIÉRREZ MUÑOZ, C.: Atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en Law&Trends, Ed. Law And Trends, 20176.

JUANES PECES, A. (D).: Compliance Penal, Ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2017.

LUZÓN CUESTA, J.M.: Compendio de Derecho Penal, Parte General, Ed. DYKINSON, Madrid, 2017.

MARTÍN FERNÁNDEZ, D.: Las medidas cautelares reales en el proceso penal, en LDL Editorial, Madrid, 2017.

MOLINA FERNÁNDEZ, F./ALCÁCER GUIRAO, R./ALONSO GALLO, J.: Memento práctico. Penal, Ed: Francis Lefebvre, Madrid, 2016.

MONTANER FERNÁNDEZ, R.: Reputación corporativa y responsabilidad penal de la empresa, en Revista Aranzadi Doctrinal núm. 1/2018, Ed. ARANZADI, Pamplona, 2018.

ROMERO MALANDA, S.: Las eximentes por analogía en el Código Penal español de 1995. Especial referencia a la aplicación analógica de la indicación criminológica del aborto, en Revista de Derecho Penal y Criminología, 2ª época, nº 16, 2005.

VILLACORTA HERNÁNDEZ, M.A.: Penas y atenuantes aplicables a las empresas, en La Ley 2702/2017, Ed. LA LEY, Madrid, 2017.

\* \* \* \* \*

## Patricia Medina Pérez

Letrada de la Administración de Justicia adscrita al Tribunal Superior de Justicia de Aragón.  
Socia de la FICP.

### ~Programas de tratamiento. De la reincidencia a la reinserción e integración en sociedad~

**Resumen.-** Para poder imponer medidas de libertad vigilada o cualesquiera otra medida resulta imprescindible implementar unos programas de tratamiento adecuados y eficaces para evitar la reincidencia delictiva, proporcionando valores a los reclusos y acompañamiento dentro y fuera de las prisiones que faciliten la reeducación y la integración en la convivencia en sociedad.

**Palabras Clave.-** Programa de tratamiento – Reinserción – Reeducación – CoSA – Reincidencia

#### I. INTRODUCCIÓN

Para poder imponer medidas de libertad vigilada o cualesquiera otras medidas lo más importante en mi opinión es establecer unos programas de tratamiento adecuados y eficaces para evitar la reincidencia delictiva inculcando valores y aportando recursos a los presos que faciliten su reeducación y su integración de nuevo en la sociedad.

Es un hecho cierto que la tasa de reincidencia en determinados países es mucho menor que la que existe en España, como el caso de Noruega o Canadá, y plantearnos las razones por las que España duplica la tasa de reincidencia con respecto a otros países no es una opción, sino una obligación.

Es posible que el índice de reincidencia tenga relación con el tratamiento del interno, y que su nivel de reinserción sea proporcional a la humanidad, respeto, y cercanía con los que los mismos son tratados en los centros penitenciarios.

La convivencia en las prisiones debe sustentarse en pilares sólidos forjados en valores que adquieran los internos, que los interioricen, pues esa será la llave de su libertad personal, reinserción, y no reincidencia.

En los centros penitenciarios se cubren todas las necesidades de los internos. Aquellos tienen acceso a educación de cualquier nivel, incluso universitario contando con profesores y servicios de bibliotecas.

#### II. CENTROS PENITENCIARIOS ESPAÑOLES, PROGRAMAS DE TRATAMIENTO Y TASA DE REINCIDENCIA

El Artículo 25.2 de la Constitución Española establece: *“Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y*

*reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad.”*

En el artículo 1 del título Preliminar de la Ley Orgánica General Penitenciaria se establece que *”Las instituciones penitenciarias reguladas en la presente Ley tienen como fin primordial la reeducación y la reinserción social de los sentenciados a penas y medidas penales privativas de libertad, así como la retención y custodia de detenidos, presos y penados.”*

Tanto en la Carta Magna como en la LOGP la prisión, como pena privativa de libertad, tiene el objetivo de la reeducación y la reinserción del condenado, a través del sistema progresivo donde además el recluso obtiene mejoras en su estancia en prisión en función del buen comportamiento demostrado.

Una vez expuestas las premisas legales, y teniendo claro que el ingreso de un sujeto en prisión tiene como objetivos claves su reinserción, reeducación y evitar la reincidencia, analizamos la vida carcelaria en España, como es el día a día de los reclusos en nuestras cárceles, como afecta en su cotidianeidad el tratamiento recibido, y como se traduce en la reeducación, reinserción y reincidencia. Datos que deben tenerse en cuenta al estar en el país de la Unión Europea con mayor población reclusa por habitante, en torno a los 80.000, con una tasa de reincidencia también considerable (alrededor del 30%), a lo que tenemos que sumar la importante suma de dinero que supone al Estado la población carcelaria, porque los 60 euros al día que aproximadamente cuesta cada preso, lleva a plantearnos que de disminuir esa población, ese dinero podría derivarse a otros sectores que influirían a que la tasa de reincidencia y delincuencia se redujera todavía más, con actuaciones como acciones educativas y sociales en zonas chabolistas o barrios marginales, que con el tiempo revertirían en una disminución delincencial.

Los técnicos de Instituciones Penitenciarias aseguran que: “partiendo de la base de que nadie puede vivir del todo bien privado de libertad, los presos en nuestras cárceles tienen buena calidad de vida”. Los datos, de hecho dicen que España está entre los ocho países con mejores cárceles de la Unión Europea. España cuenta con cárceles

modernas y perfectamente equipadas, ya que la mayor parte de ellas son nuevas y las que no se han sometido a reformas integrales, como la cárcel de Teruel, que pese a conservar su arquitectura exterior se ha realizado una remodelación interior.

En los centros se cubren todas las necesidades de los internos, los internos tienen acceso a la educación, de cualquier nivel, incluso universitaria, contando con profesores que imparten las materias y servicio de biblioteca.

Los reclusos también tienen la posibilidad de comunicarse con el exterior, a través de internet, con comunicaciones postales, el locutorio y el vis a vis.

La mayor parte de las prisiones españolas cuenta con instalaciones deportivas donde los presos pueden practicar actividades como: correr, nadar, jugar al fútbol y baloncesto. Importantes instalaciones que ayudan a aliviar la tensión de los internos.

Pero vamos a ir más allá de los aspectos formales y materiales, vayamos al día a día del interno, no quedándonos con los recursos que cuentan nuestras prisiones, valoremos aspectos concretos donde sea posible visualizar donde aparecen las carencias que motivan tan alto nivel de reincidencia. Porque quizás sea ahí, en el tratamiento del interno, en el “tratamiento del tu a tu”, donde se observe situaciones a mejorar para cambiar la reincidencia por la reinserción.

Comenzaremos por la celda, la habitación individual con la que debe de contar cada preso pues según el Artículo 19.1 de la Ley General Penitenciaria establece: *“Todos los internos se alojarán en celdas individuales. En caso de insuficiencia temporal de alojamiento o por indicación del Médico o de los equipos de observación y tratamiento, se podrá recurrir a dependencias colectivas. En estos casos, los internos serán seleccionados adecuadamente.”*. La máxima de un interno por celda no se está aplicando en nuestro país, trasladándolo a datos objetivos hay aproximadamente 142 presos por cada 100 plazas, por lo que lo articulado en la Ley Penitenciaria muy pocas veces se cumple. Y no es un tema baladí pues una situación tan sencilla como la soledad de un interno en su celda le aportara, además de intimidad, muchos otros beneficios, como encontrar un momento de silencio, fundamental para el bienestar emocional, para poder reflexionar acerca de su vida y como sus decisiones le influyen tanto a él como a los que le rodean. Además la soledad potenciará al interno su independencia y autonomía personal.

Otro aspecto a tener en cuenta es el acceso a un trabajo dentro de la prisión, que pese a estar recogido constitucionalmente, no todos los internos que desean trabajar pueden hacerlo, apareciendo así frustraciones indebidas, estrés innecesario y aflorando sentimientos como la vergüenza, el fracaso y la culpa.

En cuanto a las actividades conducentes a potenciar la rehabilitación en el sistema penitenciario español se aborda desde dos programas de tratamiento, por un lado el tratamiento genérico, en los que los internos dedican su tiempo en prisión de una manera productiva, desarrollando actividades culturales, laborales, deportivas, lúdicas..., y por otro los programas específicos dirigidos a problemas individuales de delincuencia de cada recluso, tratando problemas como la drogadicción y la violencia en todas sus variantes.

En relación a los programas genéricos, los internos pueden con mayor o menor posibilidad participar en alguno de ellos, en cambio en lo que a los programas específicos se refiere, solo existen dos: el programa de desintoxicación para internos drogodependientes, y los programas de orientación cognitivo- conductual para los internos condenados por delitos violentos. Hemos de destacar, que no en todas las prisiones españolas están estos programas, lo que genera un panorama demoledor, pues no es que sean deficientes los programas dedicados a la rehabilitación de los internos, sino que además los pocos que existen no son ofertados en todos los centros penitenciarios, lo que acarrea un trato desigual para los internos y un desaprovechamiento del periodo durante el cual una persona ha estado interna, no tratándola de una manera efectiva conducente a la reinserción y a su no reincidencia.

Otro aspecto negativo de nuestras cárceles es el problema que genera que el preso no pueda cumplir condena en su propia comunidad autónoma, pues impide un contacto más continuo con su familia y amigos, lo que aumenta exponencialmente su reinserción. Este extremo ya lo apunto el Defensor del Pueblo (PUEBLO, 1999) donde recomendaba que se estableciera un sistema de listas de espera que diera racionalidad y seguridad a las peticiones de traslado.

Expuesto lo anterior, podemos entender que existen factores que imposibilitan, o cuanto menos, debilitan en gran manera la reinserción y no reincidencia de los internos en centros penitenciarios en España.

### III. PROGRAMAS DE TRATAMIENTO GENÉRICOS Y ESPECÍFICOS ¿TIENE QUE ESTAR UN DROGODEPENDIENTE EN PRISIÓN?

Como hemos señalado en el expositivo anterior, los programas de tratamiento penitenciario van enfocados mayoritariamente a tratar problemas de adicciones, dejando a un lado programas de tratamiento para adaptarlos a la vida en sociedad. ¿Pero es el ingreso en prisión el tratamiento más adecuado para un penado, si entendemos que el fin de la pena es la reinserción social y no solo el castigo coercitivo como tal?

Entre el 70% y el 80 % de la población reclusa está preso por condenas relacionadas por delitos relacionados con drogas y de ellos, solo un 20% recibe el tratamiento adecuado. Por ello, podemos concluir que la drogodependencia es uno de los principales factores de riesgo que se pueden observar en los delincuentes primarios y reincidentes, por lo que actuando sobre el factor de riesgo se puede reducir la tasa de criminalidad derivada de este origen<sup>1</sup>. En la actualidad, las instituciones penitenciarias<sup>2</sup>, y el Ministerio de Sanidad y Consumo a través del Plan Nacional sobre drogas tratan de mejorar las estrategias de intervención sobre delincuentes drogodependientes, a través de grupos de programas de tratamientos coordinados con Sanidad Pública y diversas ONGs y asociaciones, para el tratamiento a la drogodependencia y la reinserción social y laboral. Hoy, se trabaja bajo la Estrategia nacional sobre drogas para el periodo 2017-2024 que engloba drogas legales, ilegales y alcohol<sup>3</sup>. Gracias a todas estas estrategias coordinadas es posible la elaboración de soluciones múltiples ante una problemática cada vez más compleja y diversificada, pues existen numerosos tipos de adicciones tanto a sustancias legales e ilegales, y sus problemas secundarios añadidos por el consumo, con el fin de normalizar e integrar a los drogodependientes en la sociedad, tanto a los reclusos, como a las personas de riesgo de exclusión social. Sin embargo, los programas no deben quedarse solo dentro de las prisiones mientras el recluso cumple su condena, sino que para este tratamiento sea eficaz se debe contar con el proceso terapéutico y de apoyo a la salida de la prisión, por los riesgos que ello conlleva cuando el recluso no cuenta con una suficiente y eficaz red de apoyo para evitar las recaídas y la

---

<sup>1</sup> ADAM A. /FRANCÉS F. La eficacia de la suspensión de la pena en drogodependientes. Gac. Int. Cienc. Forense, 11 abril-junio, 2014.

<sup>2</sup> MERINO MERINO, B. Las prisiones: una nueva oportunidad para la salud. Revista Española de Sanidad Penitenciaria. Vol. 7, 1, 2005.

<sup>3</sup> Informe del país sobre drogas 2017. España. Observatorio Europeo de drogas y las toxicomanías. [http://publications.europa.eu/resource/ellar/a727fa89-57bd-11e7-a5ca-01aa75ed71a1.0002.03/DOC\\_1](http://publications.europa.eu/resource/ellar/a727fa89-57bd-11e7-a5ca-01aa75ed71a1.0002.03/DOC_1)

reincidencia delictiva.<sup>4</sup> Se ha observado en los últimos años que en cuestión de drogas es más eficaz los tratamientos alternativos que la prisión.<sup>5</sup> Pero para ello es preciso que la sociedad en su conjunto admita el recurso de la reinserción social por encima del punitivo que opta por la prisión. Siendo en consecuencia la primera máxima la normalización, instaurando una conciencia social de que las penas alternativas funcionan siendo incluso más eficaces que la prisión para determinados delincuentes, como es el caso de los drogodependientes. Una propuesta interesante es la creación de tribunales especializados en delitos relacionados con las drogas como se viene haciendo en otros países como Irlanda y Escocia<sup>6</sup>. Este nuevo modelo está también muy relacionado con el concepto de justicia restaurativa y restauradora, con un modelo que implica una visión socio sanitaria de la reducción del daño. En cuanto al coste de estas iniciativas hay estudios que avalan estos programas por ser más económica la atención a un drogodependiente a través de las diferentes redes de apoyo que constaría entre 10 y 17 euros al día, que el coste de un preso diario que supone entre 90 y 108 euros al día<sup>7</sup>. Por todo lo manifestado considero que sería más adecuado centros especializados y medidas alternativas para los reclusos drogodependientes que cumplieran con unos determinados requisitos para poder acceder a estas medidas alternativas en vez de la pena de prisión como el reconocimiento sincero de su adicción y su deseo sincero de cambiar esta situación.

#### IV. EXTENSIÓN DE LOS PROGRAMAS DE TRATAMIENTO

Pero los programas de tratamiento no deberían quedarse solo en los centros penitenciarios, que sería lo más fácil, sino que éstos deberían continuarse tras su puesta en libertad y su adaptación a la vida fuera de prisiones, donde es más fácil delinquir y volver a las adicciones. Entre los programas posteriores, podemos destacar la existencia de un proyecto para facilitar la reinserción en la sociedad del preso, para reclusos que hayan cometido delitos de carácter sexual que se encuentre en régimen de semi-libertad: el llamado proyecto CoSA (Circles of Support and Accountability) o “Círculos de

---

<sup>4</sup> GALIZO LLAMAS, M. Reinserción social de drogodependientes ingresados en centros penitenciarios, salud y drogas, Red de revistas científicas de América latina, el Caribe, España y Portugal. vol. 7 nº 1, pp. 57-73.

<sup>5</sup> Informe europeo sobre drogas 2017.

<http://www.emcdda.europa.eu/system/files/publications/4541/TDAT17001ESN.pdf>

<sup>6</sup> Intervención de drogas sobre centros penitenciarios. Delegación de Gobierno para el plan nacional de drogas.

[http://www.institucionpenitenciaria.es/web/export/sites/default/datos/descargables/descargas/ACTUAR\\_PND.pdf](http://www.institucionpenitenciaria.es/web/export/sites/default/datos/descargables/descargas/ACTUAR_PND.pdf)

<sup>7</sup> <https://www.drogomedia.com/dossier5.htm>

Apoyo y Responsabilidad”, que intenta facilitar la integración y la no reincidencia para condenados por delitos sexuales, partiendo como nota inicial de la reparación del daño causado. En España, este programa funciona exclusivamente de manera experimental en Cataluña como proyecto pionero a través del Departamento de Justicia de la Generalitat de Cataluña llamado “CerclesCat”<sup>8</sup>

La evaluación experimental de la eficacia de los programas psicológicos de tratamiento penitenciario elaborado por el Ministerio de Interior<sup>9</sup>, concluye con este sistema, se disminuye la tasa de reincidencia de los delincuentes a nivel general, y llama asimismo la atención a la disminución de la tasa de reincidencia en los delitos violentos. Por otra parte, se debe decir que el beneficio de implementar estos programas es mayor que el gasto que se origina en recursos judiciales para el caso de no disminuir la tasa de delincuencia. Por otra parte ha quedado demostrado que estos círculos de apoyo ayudan a los ex reclusos a la integración y reinserción social ayudando a los ex convictos en sus problemas de la vida cotidiana para no volver a caer en la delincuencia ante la primera dificultad que experimenten, convirtiéndose en las personas que conforman el Círculo de Apoyo en un auténtico referente para su día a día.

Además, se nutre de un amplio número de voluntarios, lo que abarata su coste de implantación, no necesitando ninguna titulación previa para ello para el grueso que conforman los voluntarios. Si bien reciben una mínima formación y hay en cada grupo coordinadores titulados en ramas como Derecho, Criminología y Psicología.

Como punto negativo debemos decir todavía, que los datos estadísticos son recogidos a nivel global o grupal, por lo que no podemos hacer un seguimiento individual de cada recluso adherido al programa. Y que no es posible la realización de este programa con personas que padezcan trastornos mentales, psicopatías, etc., las cuales son un alto porcentaje de población reclusa.

---

<sup>8</sup>[http://justicia.gencat.cat/web/.content/documents/serveis\\_penitenciaris/relacions\\_internacionals/Dossier-premsa-Cercles-Web.pdf](http://justicia.gencat.cat/web/.content/documents/serveis_penitenciaris/relacions_internacionals/Dossier-premsa-Cercles-Web.pdf)

<sup>9</sup> Evaluación experimental de la eficacia de los programas psicológicos de tratamiento penitenciario elaborado por el Ministerio de Interior. Medina García P.M 2012. Ministerio del Interior. [http://www.interior.gob.es/documents/642317/1201664/Evaluaci%C3%B3n\\_experimental\\_de\\_la\\_eficacia\\_de\\_los\\_programas\\_psicologicos\\_de\\_tratamiento\\_penitenciario\\_126130450.pdf/6210d40f-1da6-445a-b96a-d179be09592c](http://www.interior.gob.es/documents/642317/1201664/Evaluaci%C3%B3n_experimental_de_la_eficacia_de_los_programas_psicologicos_de_tratamiento_penitenciario_126130450.pdf/6210d40f-1da6-445a-b96a-d179be09592c)

Por último, pero el más importante es la necesidad de que el recluso preste consentimiento para acudir a esta clase de programas o servicios, debiendo reconocer en primer lugar el delito cometido, reconociendo el error cometido.

## V. CONCLUSIÓN

De conformidad con lo expuesto podemos concluir que las políticas más adecuadas para evitar la reincidencia delictiva son aquellas que implantan los mejores programas de tratamiento de reeducación, rehabilitación y reinserción social con un programa de post-tratamiento o seguimiento carcelario, que deberían ser implementados en la medida de lo posible en todas las instituciones penitenciarias a nivel global. Pero la modificación del sistema penitenciario no versaría sólo en un cambio normativo, el cambio que alego en esta exposición es algo más profundo, de índole personal, un reto que debe proponerse cada interno, marcándose como objetivo otro tipo de vida fuera de la delincuencia que es capaz de conseguir con orientadores que le puedan acompañar en el camino hacia su reinserción. Si bien esto parece una utopía, también es cierto que el cambio puede irse realizando poco a poco, quizás en un primer momento realizando pequeños proyectos o módulos piloto en determinadas cárceles con el objetivo primordial de dotar de mayor independencia al interno, conducente a cambiar a los internos desde el interior, dándoles la posibilidad de valorarse y mostrándoles el camino del cambio, todo ello en aras de alcanzar la, pues solo así es posible iniciar el camino de la reinserción y la no reincidencia de la población reclusa.

\* \* \* \* \*

## **Dra. María Jesús Muñoz Company**

Abogada fiscal adscrita a la Fiscalía de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.  
Socia de la FICP.

### **~La comisión por omisión en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores de edad. Análisis jurisprudencial~**

**Resumen.-** El presente trabajo de investigación se centra en el estudio de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales realizados en comisión por omisión, sobre todo en aquellos que son cometidos por los progenitores de menores que son víctimas a su vez, de dichos delitos, y que no hacen nada por evitarlo, que son los que mayoritariamente se pueden encuadrar en aquellos. La reciente **STS 758/2018, de 9 de abril de 2019, de la que es Ponente ANA MARÍA FERRER GARCÍA**, es una buena fuente de análisis de esta figura delictiva, sin perjuicio de que se incluya igualmente en el estudio, resoluciones anteriores de la Sala II del TS, que ahondan en la concepción que tiene el Alto Tribunal de estos delitos.

#### **I. INTRODUCCIÓN.**

El artículo 10 del Código Penal dispone que: “*son delitos las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la ley*”, de lo que se deduce que el delito se puede cometer mediante la realización de una determinada conducta activa “acción” o “comisión”, e, igualmente, mediante un no hacer algo o no hacer lo debido, considerado en principio como una conducta pasiva, denominada “omisión” en el citado precepto legal<sup>1</sup>.

Como señala MIR PUIG<sup>2</sup>, los tipos de acción se dividen en tipos de mera actividad y tipos de resultado, mientras que los de omisión pueden contentarse con el solo no hacer algo determinado, o requerir además la evitación de un resultado. Los primeros constituyen los delitos de omisión pura, y los segundos (equivalentes a los delitos de resultado) reciben el nombre de comisión por omisión.

Muy brevemente, señalaré que los tipos de omisión pura requieren de la existencia de una serie de elementos para poder ser calificados como tal; y así, debe concurrir una situación típica; la ausencia de la acción exigida; que exista capacidad real de acción en el sujeto; y, que éste tenga plena conciencia de la situación típica y aun así, decida no actuar<sup>3</sup>. En los delitos de omisión se infringe una norma imperativa, un mandato de actuación positiva y no una norma prohibitiva y solo hay auténtica omisión cuando el sujeto tiene capacidad de actuar, es decir, capacidad de realizar la acción debida; capacidad que no se debe confundir con la capacidad de acción en un sentido amplio. Se

<sup>1</sup> LUZÓN CUESTA, J.M. Compendio de Derecho Penal. Parte General. Dykinson, S.L., 2009, p. 201.

<sup>2</sup> MIR PUIG, S. Derecho Penal Parte General, Reppetor, Barcelona, 2015, p. 321.

<sup>3</sup> LUZÓN CUESTA, J.M. Derecho Penal, Dykinson, S.L., 2009, pp. 202 y 203.

trata, por lo tanto, de delitos de simple “actividad” (“simple omisión”), en los que el sujeto activo responde únicamente por la infracción del deber de actuar impuesto en la norma, pero no por los resultados que puedan derivarse de un peligro que, no lo olvidemos, no ha sido creado por su omisión<sup>4</sup>. Por último, es absolutamente irrelevante si se produce un resultado material, la responsabilidad penal es la misma.

El tipo de comisión por omisión recoge en su parte objetiva la misma estructura que el delito de omisión pura:

- a) situación típica;
- b) ausencia de acción determinada; y,
- c) capacidad de realizarla.

Pero ha de completarse con tres elementos necesarios para la imputación objetiva del hecho:

- a) la posición de garante;
- b) la producción de un resultado; y,
- c) la posibilidad de evitar dicho resultado<sup>5</sup>.

A continuación, analizaré con mayor profundidad los delitos de comisión por omisión y el artículo 11 del Código Penal que regula este tipo de comisión por omisión, para pasar seguidamente a profundizar en el estudio de esta figura delictiva en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores, en los que los progenitores tienen el deber de evitar la realización de estos delitos por terceras personas, a sus propios hijos.

## **II. LA COMISIÓN POR OMISIÓN. ARTÍCULO 11 DEL CÓDIGO PENAL.**

En el delito de comisión por omisión, el resultado viene descrito en una norma prohibitiva, en la que no se menciona expresamente el comportamiento omisivo. En estos delitos, se produce un resultado del que el omitente responde como si lo hubiera producido mediante una conducta activa<sup>6</sup>. La ley solo regula el resultado del delito de comisión, por lo que se hace necesario completar previamente el tipo con ayuda de una cláusula o principio general. El sujeto habrá de realizar imperativamente una acción

---

<sup>4</sup> ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. (Dir.) Derecho Penal Parte General, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 208.

<sup>5</sup> MIR PUIG, S. Derecho Penal, Reppetor, Barcelona, 2015, pp. 325 y 326.

<sup>6</sup> LUZÓN CUESTA, J.M. Derecho Penal, Dykinson, S.L., 2009, p. 204.

positiva, destinada a neutralizar el peligro y, en consecuencia, a evitar la lesión de los bienes jurídicos. La omisión que integra la comisión por omisión, en sí misma no existe, sino es teniendo como referencia una acción determinada que no se realiza.

Este tipo de comisión por omisión tiene en su parte objetiva la misma estructura que el de omisión propia, como mantiene SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ<sup>7</sup>, y como acabo de señalar anteriormente: la situación típica, la inejecución de la acción esperada y la capacidad de ejecutar esa acción; y, además, se complementa con otros tres elementos necesarios para poder realizar la imputación objetiva del hecho de la conducta omisiva: la posición de garante, la producción del resultado y la posibilidad de evitarlo.

La posición de garante se define genéricamente por la relación existente entre un sujeto y un bien jurídico, determinante de que aquel se hace responsable de la indemnidad del citado bien jurídico. De esta relación surge para el sujeto un deber jurídico de evitación del resultado, de modo que su no evitación es equivalente a su realización mediante una conducta activa<sup>8</sup>. COBO y DEL ROSAL BLASCO<sup>9</sup> afirman que es necesario que respecto del bien jurídico, el omitente se encuentre en una posición tal, que le obligue, frente a la comunidad, a garantizar la integridad o la salvaguarda de dicho bien jurídico, es decir, es necesario que, frente al bien jurídico, el sujeto se encuentre en una posición de garante.

Los delitos de comisión por omisión no están expresamente previstos en la parte especial del CP, sino que, salvo excepciones, aparecen previstos por el legislador a través de una cláusula general en el art. 11 del mismo texto legal. En este precepto el legislador establece que ciertas personas, en virtud de una especial relación con un bien jurídico que les sitúa en lo que se conoce como posición de garante, están obligadas a actuar para evitar determinados resultados lesivos, de manera que si no actúan y dichos resultados se producen, éstos serán imputables al sujeto activo en comisión por omisión. Por ello, forman parte del grupo de los denominados delitos especiales propios, ya que solo afectan a aquellos sujetos vinculados especialmente al bien jurídico por tener un deber previo de carácter extrapenal. Esta es una de las diferencias más importantes con los delitos propios de omisión o delitos de omisión pura, ya que en éstos el deber que se

---

<sup>7</sup> SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Aranzadi, Pamplona, 2017, p. 176.

<sup>8</sup> GRACIA MARTÍN, L. La comisión por omisión en el derecho penal español. Nuevo Foro Penal, nº 61, 1999, pp. 125 a 168.

<sup>9</sup> COBO DEL ROSAL, M./DEL ROSAL BLASCO, B. Código Penal comentado, Ed. Akal, Madrid, 1990, p. 760.

infringe no es un deber extrapenal, sino un deber que surge de la propia ley penal, del precepto infringido, mientras que en los delitos impropios de omisión o de comisión por omisión, la aplicación del art. 11 solo es posible porque el sujeto activo está previamente en posición de garante, lo que implica un deber previo extrapenal nacido de ley o contrato, o un deber penal previo nacido de la injerencia<sup>10</sup>.

La posición de garante es precisa para que la no evitación de un resultado lesivo pueda equipararse a su propia causación positiva y castigarse con arreglo al precepto que sanciona su producción. No todo aquel que omite evitar la producción del resultado lesivo puede ser castigado como si lo hubiera causado por vía positiva, sino solo determinadas personas que se hallan respecto del bien jurídico afectado en una especial posición de garante<sup>11</sup>.

La doctrina<sup>12</sup> ha distinguido tradicionalmente, distintos criterios en virtud de los cuales se atribuye por el derecho la condición de “posición de garante” al sujeto que se encuentra obligado por la misma, a actuar. Así, se habla de la teoría formal del deber jurídico, en base a la que la posición de garante viene dada por una norma legal, y de la teoría de las funciones, en la que se está a criterios materiales en virtud de los cuales, el sujeto está obligado a proteger el bien jurídico, o bien por una determinada vinculación familiar (padres respecto de los hijos), por la existencia de unas relaciones comunitarias estrechas (comunidades de peligro, como unos alpinistas) o por una asunción voluntaria (en el ejemplo anterior, el guía alpino); o por la existencia de una fuente de control de la fuente de peligro, como por ejemplo el guardagujas.

El citado artículo 11 del CP tiene la siguiente redacción:

*“Los delitos que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico de autor, equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación. A tal efecto se equipará la omisión a la acción:*

*a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar.*

---

<sup>10</sup> ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. (Dir.) Derecho Penal, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 209.

<sup>11</sup> MIR PUIG, S. Derecho Penal, Reppetor, Barcelona, 2015, p. 329.

<sup>12</sup> CUADRADO RUIZ, M.A. La comisión por omisión como problema dogmático, 1997, [www.digibug.urg.es](http://www.digibug.urg.es). Véase igualmente: LUZÓN PEÑA, D.M. Lecciones Derecho Penal Parte General, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 600 a 619; MIR PUIG, S. Derecho Penal, Reppetor, Barcelona, 2015, pp. 326 a 340; LUZÓN CUESTA, J. M. Derecho Penal, Dykinson. S.L., 2009, pp. 204 a 210; GIMBERNAT ORDEIG, E. La causalidad en la omisión impropia y la llamada omisión por comisión, ADPCP, 2000, pp. 29 a 132; SILVA SÁNCHEZ, J.M. Manuales de formación continuada, nº 4, 1999, pp. 153 a 172; GRACIA MARTÍN, L. Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y la criminología, 2001, pp. 411 a 482; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. Derecho Penal, Tomo I, Aranzadi, Pamplona, 2017, pp. 176-182.

*b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente.”*

Entiende LUZÓN CUESTA<sup>13</sup> que el CP ha acogido la teoría formal del deber jurídico y aceptado igualmente, la teoría de la injerencia. También se puede sostener, desde incluso los términos legales del citado artículo 11, que la posición de garantía no es la única teoría que da respuesta al interrogante de cuando la omisión pura se convierte en una comisión por omisión. Hay otra hipótesis que este artículo contempla en su redacción cuando sostiene que la omisión equivalga según el texto de la ley a la acción. Así sólo hay comisión por omisión cuando ésta equivalga exactamente a la producción positiva del resultado y con tener una posición de garantía, la equivalencia entre acción y omisión no está garantizada. La omisión equivale a la acción, cuando es la propia omisión la que crea un peligro para un bien jurídico que hasta ese preciso momento no existía o agrava el peligro existente con una intervención que modifica el curso causal natural. Este criterio se comprueba a través de la coincidencia cronológica, ya que se debe dar una coincidencia cronológica entre el momento que el sujeto comienza a omitir y el origen y creación o aumento del peligro.

Los delitos de omisión suelen considerarse delitos de resultado. En efecto, los sujetos que presentan una especial vinculación con el bien jurídico, no tienen únicamente un deber de actuar, sino un deber de evitación del resultado previsto en los tipos penales, por lo que, de no actuar y producirse el resultado típico, éste se les imputará como si lo hubieran causado activamente. Sin embargo, esta exigencia de resultado no es obstáculo para que, en aquellos casos en los que dicho resultado no se produzca y puedan afirmarse los demás elementos de la vertiente objetiva del tipo, además del dolo del sujeto activo, afirmemos la existencia de una tentativa de delito en comisión por omisión. Ahora bien, aunque el legislador, en el artículo 11, relaciona la posibilidad de imputar el resultado en comisión por omisión con “los delitos que consistan en la producción de un resultado”, no nos aclara a qué clase de resultado se refiere, con lo cual deja abiertas distintas posibilidades interpretativas<sup>14</sup>. En primer lugar, permite entender que se está refiriendo únicamente a los delitos que prevean un resultado material como elemento del tipo, ya sea éste de lesión o de peligro, y que por ello solo estos delitos podrán cometerse en comisión por omisión. En segundo lugar, admite interpretar que se alude al desvalor de resultado, es decir, al resultado como

<sup>13</sup> LUZÓN CUESTA, J. M. Derecho Penal, Dykinson. S.L., 2009, p. 210.

<sup>14</sup> ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. (Dir.) Derecho Penal, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 213 y 214.

lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido, que se produce en cualquier clase de delito, incluidos los delitos de mera actividad, por lo que no habría obstáculos para entender la fórmula de la comisión por omisión aplicable a cualquier clase de delito.

En cuanto a la relación de causalidad, MIR PUIG<sup>15</sup> ha señalado que lo relevante en los delitos de comisión por omisión no es la existencia efectiva de dicha relación causal entre la omisión y el resultado, sino solo la virtualidad causal de la acción que hubiera debido realizarse para evitarlo (“causalidad hipotética”, ya que hubiera concurrido en el caso hipotético de que hubiera podido evitar el resultado). Lo que sucede en estos delitos, es que para que sea posible la imputación objetiva del resultado producido no es necesario afirmar una verdadera relación de causalidad naturalística, sino que basta con que el sujeto hubiera podido evitar dicho resultado cuando se hallaba en posición de garante.

La particularidad que presenta el elemento subjetivo en los delitos de comisión por omisión, es que el dolo deberá abarcar no solo la ausencia de la acción debida, sino también la posibilidad y necesidad de evitar el resultado mediante dicha acción que finalmente, no se realiza. Además, habrá de extenderse a la situación que determina la presencia de la posición de garante, en tanto que la conciencia de que la misma da lugar a dicha posición de garante integra únicamente el conocimiento del significado antijurídico del hecho y su ausencia no constituiría error de tipo, sino de prohibición<sup>16</sup>.

### **III. LA COMISIÓN POR OMISIÓN EN LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUAL DE LOS MENORES DE EDAD. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL.**

Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual se encuentran regulados en el Título VIII del Libro II del CP, y han sido objeto de una importante reforma por la LO 1/2015, de 30 de marzo, que se justifica, por expresa mención del Preámbulo de citada LO 1/2015, en la obligada transposición de la Directiva 2011/93/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la Lucha contra los Abusos Sexuales y la Explotación Sexual de los Menores y la Pornografía Infantil, que sustituye a la Decisión Marco 2004/68/JAI, del Consejo, y que aborda, entre otras, las necesidades específicas más imperiosas de protección de los menores y decidida lucha

---

<sup>15</sup> MIR PUIG, S. Derecho Penal, Reppetor, Barcelona, 2015, p. 339.

<sup>16</sup> MIR PUIG, S. Derecho Penal, Reppetor, Barcelona, 2015, p. 340.

judicial contra los delincuentes sexuales, etc., a la vista de las experiencias empíricas de los últimos años, sobre estos fenómenos delincuenciales, a nivel mundial, de la trata de seres humanos, los abusos sexuales, la explotación sexual de menores y la pornografía infantil; muy vinculados entre sí. Lo pretendido con la reforma, es perfeccionar la descripción típica de los delitos ya existentes con una respuesta penológica más agresiva y dura, e introducir algunos ilícitos nuevos para responder a aquellas normas comunitarias que era necesario implementar en nuestro Derecho interno<sup>17</sup>.

El Capítulo II Bis regula los delitos de abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años, y lo que se quiere analizar en este punto, es si en estos delitos se puede imputar a los progenitores de los menores víctimas de los mismos, por comisión por omisión.

Ya la **STS 1538/2000, de 9 de octubre**, (como recuerda la **STS 283/2010, de 26 de marzo, Ponente: JULIAN ARTEMIO SÁNCHEZ MELGAR**) afirmaba que “los elementos de los que depende que pueda ser imputado un delito activo por haber incurrido la persona presuntamente responsable en una omisión que, sin haber producido el resultado -la omisión nunca es causal por definición- no ha evitado su producción, son los siguientes: A) Que se haya producido un resultado, de lesión o de riesgo, propio de un tipo penal descrito en términos activos por la ley. B) Que se haya omitido una acción que se encuentre en relación de causalidad hipotética con la evitación de dicho resultado, lo que se expresa en el art. 11 CP exigiendo que la no evitación del resultado «equivalga» a su causación. Ahora bien, como la comisión por omisión puede ser imputada tanto en el grado de la equivalencia con la autoría -con la autoría material y con la cooperación necesaria- como en el grado de la equivalencia con la complicidad, la indicada relación de causalidad hipotética será distinta en uno y otro caso. Comisión por omisión en grado de autoría existirá cuando pueda formularse un juicio de certeza, o de probabilidad rayana en la certeza, sobre la eficacia que habría tenido la acción omitida para la evitación del resultado. Comisión por omisión en grado de complicidad existirá, por su parte, cuando el mismo juicio asegure que la acción omitida habría dificultado de forma sensible la producción del resultado, lo que equivaldría a decir que la omisión ha facilitado la producción del resultado en una medida que se puede estimar apreciable. C) Que el omitente esté calificado para ser

---

<sup>17</sup> SÁNCHEZ MELGAR, J. Código Penal, Comentarios y Jurisprudencia, Madrid, Ed. Sepín, 2016, pp. 1.273 y 1.274.

autor del tipo activo que se trate, requisito que adquiere toda su importancia en los tipos delictivos especiales. D) Que el omitente hubiese estado en condiciones de realizar voluntariamente la acción que habría evitado o dificultado el resultado. E) Que la omisión suponga la infracción de un deber jurídico de actuar, bien como consecuencia de una específica obligación legal o contractual, bien porque el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente”.

La Jurisprudencia del TS ha tratado esta cuestión en varias resoluciones, que siguen un mismo hilo conductor. Vamos a analizar con mayor profundidad la reciente STS 758/2018, de 9 de abril de 2019, de la que es Ponente ANA MARÍA FERRER GARCÍA, por considerarla más completa que las anteriores, pero conviene hacer una pequeña referencia primero a las resoluciones más antiguas, que son el cimiento de aquella.

Tanto la **STS 1136/2005, de 4 de octubre, Ponente: JOAQUÍN DELGADO GARCÍA<sup>18</sup>**, como la **STS 988/2006, de 10 de octubre, del mismo Ponente<sup>19</sup>**, detallan

---

<sup>18</sup> **Hechos probados:** en El Siscar, a las 23 horas del día 6 de noviembre de 2002, los procesados marroquíes Jesús Luis, y Lázaro, se ofrecieron a acompañar a una conocida compatriota llamada Guadalupe a comprar tabaco en el vehículo del segundo, un "Citroen AX", llevándola hasta una zona de huerta con el pretexto de hablar con ella, donde Jesús Luis le pidió a Guadalupe hacer el amor, a lo que ésta se negó, y a continuación Jesús Luis la cogió de los brazos, la sacó del coche, la golpeó en la cara y cuerpo, obligándola a que se quitara el pantalón y las bragas y tras ponerse un preservativo la penetró vaginalmente permaneciendo mientras tanto el otro procesado Lázaro en el interior del coche, viendo lo que sucedía sin hacer nada para ayudar a Guadalupe e intentar evitar la agresión sexual. Guadalupe resultó con lesiones leves consistentes en hematomas, no contando los días que tardó en sanar.

<sup>19</sup> **Hechos probados:** los acusados Benjamín y Victoria, mayores de edad y sin antecedentes penales, forman un matrimonio del que han tenido los siguientes hijos: Antonio, nacido el 29 de julio de 1987 y con una discapacidad intelectual moderada, con déficit de atención con hiperactividad sociada y con una minusvalía declarada del 65%; Juan Manuel, nacido el 17 de septiembre de 1990; Patricia, nacida el 26 de septiembre de 1992; Luis Francisco, nacido el 23 de septiembre de 1994; Vanesa, nacida el 3 de octubre de 1996; y Víctor, nacido el 20 de enero de 2001. el acusado Gerardo, mayor de edad y sin antecedentes penales, viviendo en el mismo barrio que la familia antes citada y observando el estado de los menores y las características de los padres, se acercó un día a la madre y también acusada, Victoria, y se fue haciendo con la confianza de la misma, hasta el punto de que Gerardo comenzó a acoger a Antonio, Juan Manuel y Cecilia en su casa y los visitaba también en la de ellos, con la excusa de que iba a darles clases de inglés. En su domicilio de la calle Berrocalas, acogió en diversas ocasiones entre el año 1997 y el año 2001, a Antonio, a quien le invitaba a tomar refrescos, y en el interior del domicilio procedía en diversas ocasiones a tocar al menor en sus genitales, al tiempo que hacía que este tocara los suyos, le besaba en la boca y hacía que le realizara felaciones constandingo que las mismas se produjeron continuamente y hasta el final, así como también el acusado se las hacía a él. Respecto a Juan Manuel, el acusado Gerardo, con el mismo ánimo libidinoso que realizó las conductas antes descritas, durante el mismo espacio de tiempo y en varias ocasiones también sin determinar el número, procedió a tocar al menor los genitales. Llegó incluso a meterse en la cama con el menor y a tocarle los genitales, y otras veces hacía que el menor se los cogiera a él. En varias ocasiones intentó besar en la boca al referido menor. A Cecilia, que también acudió en varias ocasiones a su domicilio en compañía de algunos de los dos hermanos antes citados, en varias ocasiones procedió a tocarle por todo el cuerpo y en especial por los genitales, siempre por encima de la ropa. Los menores comunicaban a sus padres lo que pasaba, pero estos hacían caso omiso de tales

los elementos exigidos por el art. 11 CP para poder exigir responsabilidad penal en estos casos de comisión por omisión. Así:

“1º. Ha de existir un delito o falta de los que consisten en la producción de un resultado. El ejemplo más característico de esta clase de delitos de omisión impropia es el caso del asesinato cometido por un progenitor que deja morir de hambre a su hijo recién nacido. Los delitos de agresiones o abusos sexuales pertenecen a esta clase de infracciones de resultado.

2º. Que, por la forma concreta de producción del delito o falta, ese resultado no se habría producido de haber existido la acción esperada, la acción que se omitió.

3º. Que la no actuación constituya la infracción de un especial deber jurídico por parte de quien omitió. Es el requisito que la doctrina conoce con el nombre de posición de garante, que en este art. 11 puede concurrir: a) cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar; b) cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente.

4º. El art. 11, como límite para la posibilidad de exigir responsabilidad penal en estos delitos de omisión, establece la necesidad de realizar una valoración jurídica: que la producción del delito a virtud de esa omisión equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación. No cabe hablar de relación de causalidad en estos delitos de omisión, porque lo que no existe no puede ser causa de nada. Pero sí ha de realizarse en cada caso esa valoración, de modo que pueda equipararse la no actuación esperada, en su antijuricidad, a los casos de actuación positiva, es decir, a la ejecución del delito mediante acción. El ejemplo antes expuesto explica bien esta cuestión: el no alimentar a quien no puede hacerlo por sí mismo equivale a la acción positiva de homicidio. (...)

5º. Es evidente que, aunque nada dice el texto del art. 11 CP (pero se deduce del requisito 2º que acabamos de exponer), ha de encontrarse, dentro de las posibilidades de actuación de la persona que se encuentra en posición de garante, algún modo de obrar que hubiera producido la no ejecución (o continuación) del resultado punible.

3. Como elementos subjetivos han de concurrir dos:

1º. El dolo, en el caso de delitos dolosos, o la imprudencia cuando de infracciones culposas se trate. Tal dolo consiste en la omisión de la acción esperada cuando el sujeto tiene conocimiento de que concurren todos y cada uno de los elementos objetivos del tipo delictivo que acabamos de examinar, en el plano, evidentemente, del conocimiento a nivel del profano, es decir, de quien no tiene los conocimientos específicos propios de los juristas, pues, de otro modo, sólo éstos podrían delinquir.

2º. Como para toda clase de infracciones penales, también para estos delitos de

---

manifestaciones, siendo así que como quiera que el acusado Gerardo les daba dinero y les compraba cosas de primera necesidad, e incluso en varias ocasiones se llevó a los menores al parque e incluso a la playa, los referidos padres, Benjamín y Victoria, dejaron que las cosas continuaran tal y como estaban, e incluso llevaron en alguna ocasión a sus hijos a casa del acusado, y ello a pesar de que los servicios sociales del Ayuntamiento les habían comunicado la posibilidad de que Gerardo estuviera realizando los actos antes descritos. Benjamín y Victoria siguieron recibiendo de Gerardo ayuda económica y material en los términos antes expuestos.

comisión impropia o de comisión por omisión es necesario que el sujeto tenga imputabilidad (o capacidad de culpabilidad), que en estos casos ha de medirse con relación a la clase concreta de acción esperada: el acusado ha de tener capacidad, por sus condiciones de normalidad psíquica, de actuar en el sentido querido por la ley”.

En la segunda resolución, ambos progenitores fueron condenados (entre otros delitos) como cooperadores necesarios de tres delitos de abusos sexuales, y la Sala II analiza igualmente si fue o no bien aplicado el art. 28 b) del CP por entender que su omisión fue equiparable a la paralela acción de la cooperación necesaria. Sin entrar ahora a definir la cooperación necesaria, por exceder del objeto del presente trabajo de investigación, sí que conviene reseñar que las conductas de los padres omitentes, fueron determinantes para que el otro acusado pudiera abusar de los tres hijos como lo hizo. Con cualquier comportamiento de mínima prohibición u obstáculo que hubiera realizado cualquiera de los dos cónyuges, el autor principal no hubiera podido obrar de tal forma. Tal y como se desarrollaron los hechos, una mera advertencia realizada a aquel por cualquiera de los padres habría impedido o evitado la continuación de la criminal conducta de este, y asimismo con el control de los hijos para que no fueran al domicilio de aquel; todo en la línea de los deberes que tenían que cumplir como titulares de la patria potestad de las víctimas conforme al citado art. 154.1º del Código Civil. Estuvo en manos de los padres impedir los delitos y ello además con manifiesta facilidad. No solo omitieron la conducta debida, sino que incluso a veces alguno de los progenitores llevó a sus hijos al domicilio del autor material de los hechos.

La **STS 283/2010, de 26 de marzo, Ponente: JULIÁN ARTEMIO SÁNCHEZ MELGAR<sup>20</sup>**, cuando desestima el recurso de casación interpuesto por la madre de la menor condenada como cooperadora necesaria por comisión por omisión de un delito continuado de abusos sexuales, después de analizar y relacionar los elementos objetivos

---

<sup>20</sup> Hechos probados: El acusado Heraclio, valiéndose de su condición de abuelo de Noemi, a la sazón con menos de 13 años de edad, a partir del fallecimiento de su esposa en el año 2005 hasta octubre de 2007 ha sometido a aquella a tocamientos reiterados en sus zonas genitales, pechos y culo, así como, también, en reiteradas ocasiones, el acusado introdujo sus dedos en los genitales de la menor reproduciendo movimientos circulares con objeto de estimularla, acordes con una masturbación. Estos tocamientos e introducción de dedos en la vagina de la menor los realizaba el acusado, la circunstancia de quedarse al cuidado de la menor en su domicilio de Ubrique, donde dormían abuelo y nieta en la misma cama, durante las vacaciones escolares, y también se producía en el domicilio de la menor, sito en Dos Hermanas, cuando el abuelo iba de visita. La acusada Caridad, hija del acusado Heraclio, y madre de la menor, era plenamente consciente de los tocamientos y aun así los consentía y facilitaba, ausentándose durante horas de su domicilio en Dos Hermanas, dejando a su padre a solas con su hija, así como consintiendo que la menor durmiera con el acusado en la misma cama, en Ubrique, momentos en que este aprovechaba para realizar los actos antes descritos, consintiendo que nieta y abuelo durmieran juntos en la misma cama, e incluso enviar a la menor a casa de su padre en Ubrique durante un mes en octubre de 2007.

y subjetivos que se exigen para la responsabilidad penal en los delitos de comisión por omisión, ya reseñados anteriormente, afirma que “el art. 11 CP condiciona la realización del tipo de comisión por omisión a que quien omite la conducta susceptible de evitar -o dificultar- el resultado infrinja, con su omisión, un especial deber jurídico de actuar. Y contempla dos situaciones posibles en que el incumplimiento de ese deber da lugar a la comisión por omisión: la que existe cuando el omitente tiene una específica obligación legal o contractual de actuar y la que sobreviene cuando el mismo ha creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente. En el caso enjuiciado en la Sentencia impugnada y a la vista de su declaración de hechos probados, la única vía por la que pueden llegar a ser imputados los delitos a la recurrente, en forma de comisión por omisión, es la de la infracción de una obligación legal, por lo que en la pretendida existencia de esta obligación habrá de concentrarse ahora el razonamiento de esta Sala”. Y continúa diciendo que: “es meridianamente claro que la recurrente, madre de la menor abusada sexualmente por su abuelo, padre de Caridad, tenía el deber de evitar esa clase de delitos en su hija, máxime si, como se sugiere en estos autos, ella misma habría sufrido similar acoso y abuso por parte del anterior”. Y de la prueba practicada en el acto del juicio oral, queda acreditado que era consciente de que se estaban produciendo tales abusos sexuales, habiendo llegado incluso la menor a manifestar que “le había sugerido a su madre que el abuelo se acostase en el sofá, pero que la madre le dijo que se acostase con ella”. “Este tipo de comportamiento satisface las exigencias de la cooperación necesaria, en comisión por omisión, facilitando en grado sumo al autor material las condiciones de acceso a la menor que son imprescindibles para que los hechos se consumen, como es el aspecto ya contemplado de acostarse juntos, cuando existen tales sospechas de abusos, de manera que la ahora recurrente ha conculcado su posición de garante, lo que equivale, con tal omisión, al actuar”.

La **STS 17/2017, de 20 de enero, Ponente: JUAN RAMÓN BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE**<sup>21</sup>, después de analizar los elementos que ya he reseñado

---

<sup>21</sup> Hechos probados: En fechas no concretadas de 2006 y 2007, el procesado Erasmo, mantuvo relaciones sexuales con la también procesada Elisenda, que por aquéllas fecha ejercía la prostitución, haciéndolo en el vehículo del procesado que utilizaba tanto un todoterreno de su propiedad como uno biplaza propiedad de la empresa, con el logotipo de Sanitas, y desplazándose a distintos lugares tanto de Torrente de Algemés o de Valencia. Durante alguno de esos encuentros les acompañaba Leticia, nacida el NUM002 dé 1997, hija de la procesada y a que ésta obligaba a acompañarles, y en ocasiones a pasar al asiento trasero o en el delantero en el caso del vehículo biplaza, donde el procesado guiado por la intención de satisfacer sus deseos libidinoso le realizaba tocamientos en pechos vulva, le hacía que le

anteriormente, afirma que la acusada tenía una posición de garante con respecto a las menores, como madre de las mismas, en cuanto a la salud e integridad física de los hijos que se contempla con carácter general en el artículo 154 del Código Civil, como uno de los deberes que en el conjunto de las relaciones paterno filiales les incumbe la responsabilidad por la omisión arranca de los deberes políticos de protección y cuidado que derivan no sólo de la propia naturaleza fundada en el medio biológico de la maternidad natural (deber moral) sino de su traducción en exigencias normativas (deber legal). El Código Civil impone a los padres el velar por los hijos menores-artículo 154.1 -y permite a los progenitores recabar incluso el auxilio de la autoridad, en su caso, para dicho cumplimiento. Por tal concepto debe entenderse el de cuidar solícitamente a los hijos evitándoles cualquier mal o perjuicio y entre ellos y como más graves las posibles agresiones sexuales o maltratos que puedan sufrir por actuaciones de terceros, y cuando el sujeto de la infracción no evita, pudiendo hacerlo, que otra persona cometa un delito, existe participación por omisión, al estar el omitente en posición de garante. Por ello, la Jurisprudencia ha admitido la participación omisiva en un delito de resultado y conforme el artículo 11 CP, se ha admitido respecto a aquellas personas que teniendo un deber normativo o un deber jurídico de actuar y con posibilidad de hacerlo, nada hacen para impedir un delito que se va a cometer o para impedir o limitar sus consecuencias.

En la reciente y ya citada **STS 758/2018, de 9 de abril de 2019, Ponente: ANA MARÍA FERRER GARCÍA<sup>22</sup>**, define (después de repetir los requisitos que establece la Sala II para exigir responsabilidad penal por comisión por omisión en estos delitos)

---

chupara el pene y en una ocasión le bajó los pantalones y la penetró vaginalmente, todo ello en presencia y con consentimiento de la procesada que o bien salía del coche ,o permanecía en el asiento delantero. Leticia, no reclama por estos hechos. Posteriormente y con igual ánimo, en fechas no concretadas de 2010 o 2011, los procesados llevaban a la menor Montserrat nacida el NUM003 de 2004, hija también de la procesada, a la que igual que Leticia y tras tener aquéllos relaciones sexuales en presencia de ésta, le hacían pasar al asiento trasero del vehículo, donde el procesado la desnudaba, le tocaba sus partes íntimas y le obligaba a chuparle el pene. Montserrat presenta un elevado coste psicológico consecuencia de los hechos, con constatadas secuelas.

<sup>22</sup> **Hechos probados:** El acusado Adrian, párroco en DIRECCION002 (Badajoz), en el año 2013 alojó en la casa parroquial de dicha localidad a una pareja DIRECCION004 compuesta por los otros dos acusados, Estanislao y Ángela, y ya entre finales de ese año y principios del año 2014, también a sus hijos menores de edad, entre los que se encontraba Millán, nacido el día NUM003 de 2001. Esta familia dependía, de forma casi completa, del acusado Adrian, quién se encargaba prácticamente de todos sus gastos, alimentación, vestido, estancia y escolares, y de las gestiones burocráticas que éstos habían de realizar. En este contexto, al menos, en una ocasión, en fecha no exactamente determinada, si bien entre finales de 2013 y el año 2014, el acusado Adrian , guiado por un ánimo libidinoso y prevaliéndose de la situación de necesidad de esta familia por él acogida, procedió a mantener relaciones **sexuales**, cuya naturaleza no está totalmente determinada, con el menor Millán, que entonces tenía 12 años de edad, para lo cual llegó a pasar la noche y dormir con él en la misma cama en una habitación de la casa parroquial. De este hecho fueron enteramente concedores y consentidores los otros dos acusados Estanislao y Ángela, padres del menor.

qué ha de entenderse por posición de garante y la posibilidad de imputar la comisión por omisión en grado tanto de autoría como de complicidad. Y así afirma que “la posición de garante se define genéricamente por la relación existente entre un sujeto y un bien jurídico, en virtud de la cual aquél se hace responsable de la indemnidad de éste. De tal relación surge para el sujeto, por ello, un deber jurídico específico de impedir el resultado que la dañe, de ahí que su no evitación por el garante sería equiparable a su realización mediante una conducta activa. La comisión por omisión puede ser imputada tanto en el grado de la equivalencia con la autoría -con la autoría material y con la cooperación necesaria- como en el grado de la equivalencia con la complicidad. Comisión por omisión en grado de autoría existirá cuando pueda formularse un juicio de certeza, o de probabilidad rayana en la misma, sobre la eficacia que habría tenido la acción omitida para la evitación del resultado. Comisión por omisión en grado de complicidad existirá, por su parte, cuando el mismo juicio asegure que la acción omitida habría dificultado de forma sensible la producción del resultado, lo que equivaldría a decir que la omisión ha facilitado la producción del resultado en una medida que se puede estimar apreciable”. Y aplicando al supuesto de hecho concreto que resuelve, la Ponente indica que los padres del menor eran los obligados a actuar para impedir la conducta del otro acusado con respecto a este, neutralizando así la fuente de peligro, y no solo no lo hicieron, sino que consintieron dicha relación. La STS resume en tres verbos la autoría en comisión por omisión de este delito por ambos progenitores, que conocieron, consintieron y contribuyeron a dicha relación, habiendo estado presentes en la vivienda cuando el contacto sexual se produjo, y además, formaron un círculo alrededor de su hijo, que lo blindaba frente al posible control de agentes externos, como eran los servicios sociales. Concluye la Ponente, que “la inacción de quienes estaban obligados a actuar en defensa de un bien jurídico tan relevante como la libertad e indemnidad sexuales de un menor de edad, y con ellas de su libre formación como persona, equivale a la realización de un acto positivo, pues la acción exigida por la norma hubiera evitado producción del resultado. Y esta inacción es reveladora de la voluntad de cooperar a la producción del resultado producido, que dadas las circunstancias solo podía producirse con su aquiescencia y su abstención de actuar para evitarlo”.

Es evidente, por tanto, que se cumplen todos los elementos que se han analizado a lo largo de este trabajo de investigación, y que atendiendo al deber que todo progenitor

tiene de ejercer la patria potestad de sus hijos menores de edad siempre en interés de ellos (que incluye, como no podría ser de otra manera, la faceta sexual), aquellos padres que conozcan, consientan y contribuyan a la realización de estos delitos con respecto a sus hijos menores de edad, son autores en comisión por omisión de la conducta delictiva que haya realizado el autor material de los mismos, sin que pueda alegarse incumplimiento alguno de los citados requisitos ya expuestos.

#### **IV. CONCLUSIONES.**

En los delitos de comisión por omisión, el resultado viene descrito en una norma prohibitiva, en la que no se menciona de forma expresa el comportamiento omisivo. En estos delitos, se produce un resultado del que el omitente responde como si lo hubiera producido mediante una conducta activa.

En los delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores, se admite la responsabilidad penal en comisión por omisión de los progenitores de aquellos, cuando concurriendo todos y cada uno de los requisitos que la Jurisprudencia y la doctrina exigen para la concurrencia de aquella, estos padres son quienes consienten, conociendo la conducta delictiva que se está cometiendo contra sus hijos, e incluso, contribuyen tanto a la consumación de la misma, como al aislamiento social de los pequeños, con el fin de que se pueda seguir atentando contra su indemnidad sexual sin que los mecanismos sociales establecidos puedan evitarlo.

Actualmente la Audiencia Provincial de Valladolid se encuentra juzgando los hechos ocurridos en agosto del año 2017, con respecto a una menor de 4 años presuntamente asesinada por la pareja de la madre de aquella, solicitándose por el Ministerio Fiscal para ambos, por el delito de asesinato, la pena de prisión permanente revisable, así como por seis delitos de maltrato con lesión en el ámbito familiar a persona especialmente vulnerable, uno de maltrato habitual, un delito continuado de violación a una menor, y un delito de abandono de familia para la madre, penas que suman para el primero 24 años de cárcel y 25 para la progenitora de la pequeña, además de 15 años de libertad vigilada una vez salieran de la cárcel. A la madre de la pequeña se le imputan los delitos (salvo el de abandono de familia) en comisión por omisión. Vemos así, que estas conductas se repiten y merecen (de quedar acreditadas en el acto del juicio oral con cumplimiento de los principios de oralidad, contradicción e inmediación) el mayor reproche penal que pueda imponerse, teniendo en cuenta de que se trata de sus hijos con respecto a los que los progenitores tienen el deber de velar por

ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.

### BIBLIOGRAFÍA

COBO DEL ROSAL, M./DEL ROSAL BLASCO, B. Código Penal comentado, Ed. Akal, Madrid, 1990.

CUADRADO RUIZ, M.A. La comisión por omisión como problema dogmático, 1997, [www.digibug.urg.es](http://www.digibug.urg.es).

GIMBERNAT ORDEIG, E. La causalidad en la omisión impropia y la llamada omisión por comisión, ADPCP, 2000.

GRACIA MARTÍN, L. La comisión por omisión en el derecho penal español. Nuevo Foro Penal, nº 61, 1999.

— Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y la criminología, 2001.

LUZÓN CUESTA, J.M. Compendio de Derecho Penal. Parte General. Dykinson, S.L., 2009.

LUZÓN PEÑA, D.M. Lecciones Derecho Penal Parte General, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

MIR PUIG, S. Derecho Penal Parte General, Reppetor, Barcelona, 2015.

SÁNCHEZ MELGAR, J. Código Penal, Comentarios y Jurisprudencia, Madrid, Ed. Sepín, 2016.

SILVA SÁNCHEZ, J.M. Manuales de formación continuada, nº 4, 1999.

SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Aranzadi, Pamplona, 2017.

ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. (Dir.) Derecho Penal Parte General, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

\* \* \* \* \*

## Albano Padrón González

Juez sustituto adscrito al Tribunal Superior de Justicia de Canarias. Socio de la FICP.

### ~La responsabilidad civil derivada de los delitos contra la libertad sexual~

#### I. INTRODUCCIÓN

La responsabilidad civil ex delicto se encuentra regulada junto a las costas procesales en el Título V del Libro I del Código Penal (artículos 109 a 122, y 124 a 126). A pesar de que el artículo 1.092 del Código Civil establece que las obligaciones civiles que nazcan de los delitos se regirán por las disposiciones del Código Penal, su naturaleza es jurídico-civil<sup>1</sup>, con independencia de que pueda ser reclamada en el procedimiento penal (artículo 109 Código Penal<sup>2</sup>), y debe integrarse con las normas del Código Civil en lo no expresamente previsto en el mismo. El alcance y la extensión de dicha responsabilidad se encuentran vinculados a los daños y perjuicios padecidos por la víctima, sin que exista una relación directa con la gravedad del delito cometido. Otra de sus singularidades consiste en que no se rige por el principio de personalidad de las penas puesto que se extingue por las mismas causas que el resto de las obligaciones civiles, y, en consecuencia, en caso de no haber sido satisfecha se transmite a los herederos del responsable penal, existiendo igualmente supuestos en que el responsable civil difiere del responsable penal.

La víctima ostenta el derecho a exigir o renunciar a la responsabilidad civil derivada del delito (artículo 109 LECr.), pudiendo optar por el ejercicio conjunto de la acción penal y la acción civil en el procedimiento penal, o reservar el ejercicio de esta última ante el orden jurisdiccional civil, tras la conclusión del ejercicio de la acción penal (artículos 111 y 112 de la LECr.)<sup>3</sup>.

#### II. VÍCTIMAS RESARCIBLES

El artículo 113 del Código Penal establece que *“La indemnización de perjuicios materiales y morales comprenderá no sólo los que se hubieren causado al agraviado,*

---

<sup>1</sup> Al respecto, DE LA FUENTE HONRUBIA, F., Las consecuencias accesorias del artículo 129 del Código Penal, Lex Nova, Valladolid, 2004, p. 277.

<sup>2</sup> En su apartado 2 dispone *“El perjudicado podrá optar, en todo caso, por exigir la responsabilidad civil ante la Jurisdicción Civil”*.

<sup>3</sup> Véase también AGUDO FERNÁNDEZ, E. / JAÉN VALLEJO, M. / y PERRINO PÉREZ, A.L., Penas, medidas y otras consecuencias jurídicas del delito, Editorial Dykinson, S.L., pp. 181-188

sino también los que se hubieren irrogado a sus familiares o a terceros”. En concordancia con dicho artículo 113 del Código Penal, la Ley 35/1995 reconoce la existencia de víctimas directas e indirectas. Así, el artículo 2.2 refiere que son víctimas directas “*las personas que sufran lesiones corporales graves o daños graves en su salud física o mental como consecuencia directa del delito.*”, y el apartado 3 del mismo artículo dispone que son beneficiarios a título de víctimas indirectas “*en el caso de muerte, y con referencia siempre a la fecha de ésta, las personas que reúnan las condiciones que se indican a continuación:*”

a) *El cónyuge del fallecido, si no estuviera separado legalmente, o la persona que hubiera venido conviviendo con el fallecido de forma permanente con análoga relación de afectividad a la de cónyuge, con independencia de su orientación sexual, durante, al menos, los dos años anteriores al momento del fallecimiento, salvo que hubieran tenido descendencia en común, en cuyo caso bastará la mera convivencia.*

b) *Los hijos del fallecido, siempre que dependieran económicamente de él, con independencia de su filiación y edad, o de su condición de póstumos.*

c) *Los hijos que, no siéndolo del fallecido, lo fueran de las personas contempladas en el párrafo a) anterior, siempre que dependieran económicamente de aquél.*

d) *En defecto de las personas contempladas por los párrafos a), b) y c) anteriores, serán beneficiarios los padres de la persona fallecida si dependieran económicamente de ella.”*

### **III. TIPOLOGÍA DE LOS PERJUICIOS: MATERIALES Y MORALES.**

Los perjuicios materiales y morales deben provenir del delito y resultar acreditados, indicando al respecto la STS de 7 de febrero de 1997<sup>4</sup> “*la reparación ha de operar sobre realidades y no respecto de hipotéticos y futuros perjuicios. La indemnización (perjuicio propiamente dicho y ganancia dejada de obtener) no es susceptible de presunción legal sino que de manera cierta han de resultar probados... por quien los reclame, al no ser la indemnización consecuencia directa del delito que puede existir pero que no necesariamente sigue al hecho punible. De ahí que hayan de rechazarse, desde el plano estrictamente jurídico, todo aquello que represente*

---

<sup>4</sup> ROIG TORRES, M., La responsabilidad civil derivada de los delitos y faltas, Tirant Lo Blanch, 2010, p. 190.

*consecuencias dudosas, supuestos posibles pero inseguros, meros cálculos, hipótesis o suposiciones. En suma beneficios, daños y perjuicios desprovistos de certidumbre”.*

La distinción entre perjuicios materiales y morales realizada por el TS en numerosas resoluciones, consiste en identificar los daños morales con las lesiones psíquicas, y los daños materiales con las lesiones físicas y los perjuicios patrimoniales. Una muestra de ello es lo expuesto en la STS, Sala 2ª, de 2 de marzo de 1994<sup>5</sup> “*Cuando nos encontramos ante supuestos en los que, a consecuencia del delito, se producen daños materiales económicamente evaluables, la determinación de la responsabilidad civil obedece a criterios compensatorios matemáticamente establecidos a través de la correspondiente pericia o de otros elementos valorativos. En los casos de daños personales el cálculo de la indemnización se realiza combinando el costo económico de la asistencia sanitaria con los perjuicios derivados de la pérdida de ingresos. También contribuyen a fijar el quantum indemnizatorio las secuelas o pérdida de capacidad física o psíquica y los daños morales que se derivan de la nueva situación creada por la incapacidad ocasionada. Cuando se trata de daños exclusivamente morales se incrementan las dificultades para fijar una base fija y homogénea que permitan calcular una indemnización adecuada a los males sufridos. Resulta incuestionable que las agresiones sexuales de toda índole producen no sólo daños físicos y van acompañadas de traumas y secuelas de tipo moral o psíquico cuya evaluación resulta extremadamente difícil”.*

La jurisprudencia reconoce la posibilidad de apreciar perjuicios morales atendiendo a las circunstancias en que se ha desarrollado el hecho delictivo. El daño moral en sentido estricto, más allá del perjuicio moral que provoca pérdidas económicas (en el que la pérdida de ingresos que dicho perjuicio puede producir debe resultar acreditado por el perjudicado), ha sido calificado por la jurisprudencia como el “precio del dolor”, con el que se hace referencia al padecimiento, tormento, aflicción, o pesar que el delito puede provocar en la víctima y sus allegados, sin que resulte preciso acreditarlo y a pesar de que en los hechos probados no existan datos específicos del perjuicio moral cuando así se evidencia directamente del relato histórico. No es necesario que se haya concretado en alteraciones psicológicas o patológicas (SSTS 957/1998, de 16 de mayo y de 21 de abril de 1999), alegándose en la STS de *que*

---

<sup>5</sup> ROIG TORRES, M., La responsabilidad civil derivada de los delitos y faltas, Tirant Lo Blanch, 2010, p. 193

*“Respecto a la falta de sintomatología psíquica que alega el recurrente, debemos insistir en que los daños morales no es preciso tengan que concretarse en relación con alteraciones patológicas o psicológicas sufridas por las víctimas, bastando que sean fruto de una evaluación global de la reparación debida a las mismas, de lo que normalmente no podrán los Juzgadores contar con pruebas que faciliten la cuantificación económica para fijarla más allá de la expresión de la gravedad del hecho y las circunstancias personales de los ofendidos”. En concordancia con lo expuesto destaca la STS de 15 de noviembre de 2011, al indicar que “En los casos de daño moral derivado de delitos contra la libertad sexual o la libertad y seguridad en general, la situación padecida por la víctima produce una duda, un sentimiento de indignidad lastimada o vejada, susceptible de valoración pecuniaria, sin que haya en esto nada que se identifique con pura hipótesis, suposición o conjetura determinante de daños desprovistos de certidumbre o seguridad. En esos casos, el daño moral resulta de la importancia del bien jurídico protegido y de la gravedad de la acción que lo ha lesionado criminalmente (STS 105(2005, de 29-1; 40/2007, de 26.1).*

*El daño moral, además -dice la STS 1366/2002 de 22-7- no deriva de la prueba de lesiones materiales, como parece sostenerlo la defensa al considerar que no está probado en el proceso, sino de la significación espiritual que el delito tiene en relación con la víctima.*

*Y en relación a la falta de prueba de que la víctima haya quedado afectada psicológicamente debemos insistir en que los daños morales no es preciso tengan que concretarse en relación con alteraciones patológicas o psicológicas sufridas por la víctima, bastando que sean fruto de una evaluación global de la reparación debida a la misma, de lo que normalmente no podrán los juzgadores contar con pruebas que faciliten la cuantificación económica, para fijarla más allá de la expresión de la gravedad del hecho, su entidad real y potencial y las circunstancias personales de los ofendidas (STS 396/2008, de 1-7; 417/2008 de 30-6; 525/2009, de 26-5).*

*La traducción de estos criterios en una suma de dinero sólo puede ser objeto de control en el recurso de casación cuando resulta manifiestamente arbitraria y objetivamente desproporcionada.*

*En la STS 514/2009 de 20-5 se precisa que en materia de daños morales constituye una doctrina arraigada en esa Sala que el denominado precio del dolor, el sufrimiento, el pesar o la amargura están ahí en la realidad sin necesidad de ser*

*acreditados porque lo cierto es que el daño moral no necesita estar específicamente en los hechos probados cuando fluye de manera directa y natural del relato histórico.*

*Las únicas exigencias que podrían deducirse de una pretensión individualizadora por daño moral serían:*

*a) Necesidad de explicitar la causa de la indemnización.*

*b) Imposibilidad de imponer una indemnización superior a la pedida por la acusación.*

*c) Atemperar las facultades discrecionales del tribunal en esta materia al principio de racionalidad”.*

Además, en los delitos contra la libertad sexual la jurisprudencia admite expresamente que la situación que padece la víctima genera un sentimiento de indignidad, vejación, dudas e inseguridades en la víctima, que derivan de la gravedad de la acción y de la importancia del bien jurídico lesionado, la libertad e indemnidad sexual, como se refleja junto a la anterior sentencia, en la STS 636/2018, de 12 de diciembre, se expone que *“En los casos de daños morales derivados de agresiones sexuales la situación padecida por la víctima produce, sin duda, un sentimiento de indignidad, legitimada o vejada, susceptible de valoración pecuniaria sin que haya en ello nada que se identifique con pura hipótesis, suposición o conjetura determinante de daños desprovistos de certidumbre o seguridad, este caso, el daño moral resulta de la importancia del bien jurídico protegido -libertad e indemnidad sexual- y de la gravedad de la acción que lo ha lesionado criminalmente (SSTS.105/2005 de 29.1, 40/2007 de 26.1).*

*El daño moral, además, -dice la STS 1366/2002, 22 de julio-, no deriva de la prueba de lesiones materiales, como parece sostener la defensa al considerar que no está probado en el proceso, sino de la significación espiritual que el delito tiene con relación a la víctima.*

*Y en relación a la falta de prueba de que la víctima haya quedado afectada psicológicamente, hay que insistir en que los daños morales no es preciso tengan que concretarse en relación con alteraciones patológicas o psicológicas sufridas por las víctimas, bastando que sean fruto de una evaluación global de la reparación debida a las mismas, de lo que normalmente no podrán los Juzgadores contar con pruebas que faciliten la cuantificación económica para fijarla más allá de la expresión de la*

*gravedad del hecho, su entidad real o potencial relevancia repulsa social, así como las circunstancias personales de los ofendidos, (SSTS 957/1998, 16 de mayo y 1159/1999, 29 de mayo, entre otras)”.*

La cuantificación y justificación del importe indemnizatorio correspondiente a los perjuicios morales que realice el órgano judicial, se efectuará atendiendo a las circunstancias que reflejen la gravedad del hecho y la situación personal de la víctima, destacando la STS 957/2007, de 28 de noviembre, que cuando se debe indemnizar los daños morales, los órganos judiciales carecen de prueba que les permita cuantificar la indemnización procedente con criterios económicos, por lo que *“poco más podrán hacer que destacar la gravedad de los hechos, su entidad real o potencial, la relevancia y repulsa social de los mismos, así como las circunstancias personales de los ofendidos, y por razones de congruencia, las cantidades solicitadas por las acusaciones”.*

#### **IV. SINGULARIDADES DE LA LEY 35/1995**

Nuestro ordenamiento jurídico prevé un sistema específico de reparación para las víctimas de delitos contra la libertad sexual junto a las que lo son de delitos violentos, regulado a través de la Ley 35/1995 de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual; a su vez desarrollada por el Reglamento de ayudas a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual de 23 de mayo de 1997, RD 738/1997. Mediante dicha regulación se trata de establecer una garantía adicional para el resarcimiento de las víctimas, pues junto a la obligación del agresor de satisfacer el pago de la indemnización que le fuere impuesta, en el caso de no resultar posible, el Estado debe asumir el abono de la misma. La intervención estatal es concebida como una ayuda a las víctimas (dirigida a dar cumplimiento a los principios de equidad y solidaridad social) y no como una indemnización, puesto que carece de responsabilidad en el actuar ilícito del agresor. No obstante, el Estado garantiza la reparación de las víctimas con ciertas limitaciones objetivas, pues resultan resarcibles el fallecimiento, las lesiones corporales graves, y los daños graves en la salud física o mental, excluyéndose las indemnizaciones por daños morales, tal y como se refleja en su exposición de motivos.

La Ley 35/1995 limita la cuantía de las ayudas, que en ningún caso podrá ser superior a la indemnización acordada por el órgano judicial, y normalmente será inferior debido a la aplicación de coeficientes de corrección. El importe de la ayuda resulta de dos operaciones, previstas y reguladas en el artículo 6 de la Ley, y desarrolladas en los

artículos 13 y 17 de su Reglamento. En primer lugar, el artículo 6.1 establece la forma de determinar la cuantía máxima, en función de que produjese un fallecimiento o del grado de incapacidad derivado de las lesiones. En los supuestos de incapacidad temporal, el beneficiario percibirá una cantidad equivalente al duplo del indicador público de renta de efectos múltiples (IPREM) diario, durante el tiempo en que el afectado se encuentre en tal situación después de transcurridos los seis primeros meses. De producirse lesiones invalidantes, la cantidad a percibir como máximo se referirá al IPREM mensual vigente en la fecha en que se consoliden las lesiones o daños a la salud y dependerá del grado de incapacitación de acuerdo con la siguiente escala: Incapacidad permanente parcial: cuarenta mensualidades; Incapacidad permanente total: sesenta mensualidades; Incapacidad permanente absoluta: noventa mensualidades; Gran invalidez: ciento treinta mensualidades. En los casos de muerte, la ayuda máxima a percibir será de ciento veinte mensualidades del (IPREM) vigente en la fecha en que se produzca el fallecimiento.

Tras la concreción de la cuantía máxima, el artículo 6.2 de la Ley 37/1995 remite al Reglamento para la concreción y aplicación de unos coeficientes de corrección, que condicionan la cuantía valorando circunstancias como el grado de menoscabo sufrido, la situación económica de la víctima y las personas que dependieran económicamente de ella y del beneficiario, según lo dispuesto en los artículos 13 y 14 de dicha norma.

Finalmente la Ley de 1995 prevé en el apartado 4 del artículo 6, que en los delitos contra la libertad sexual que causen a la víctima daños en su salud mental, el importe de la ayuda sufragará los gastos del tratamiento terapéutico que elija libremente, con la cuantía que se determine en el Reglamento. Además, dicha ayuda procede incluso cuando las lesiones o daños sufridos no sean determinantes de incapacidad temporal, y es compatible con la que pueda corresponder por las lesiones o daños sufridos que produjesen incapacidad temporal o lesiones invalidantes.

Con carácter general las ayudas concedidas por la Ley tan sólo pueden solicitarse tras la obtención de resolución firme que ponga fin al procedimiento penal pero se prevén ayudas provisionales cuando se acredite una precaria situación económica de la víctima o sus beneficiarios, con los requisitos señalados en el apartado tercero del artículo 10<sup>6</sup>, incluyendo informe del Ministerio Fiscal sobre la existencia de indicios

---

<sup>6</sup> Además, en el apartado primero del artículo 8 del RD 738/1997, se añade “se considerará precaria la situación económica de la víctima o de sus beneficiarios si, en la fecha en que se solicite la ayuda, aquélla

racionales de que el fallecimiento, las lesiones o los daños tienen su origen en un hecho con las características de un delito violento y doloso.

## V. CONCLUSIONES

Los delitos contra la libertad sexual afectan a la salud de las personas de diversas maneras, y provocan diversos tipos de perjuicios como el daño físico, psíquico, el perjuicio moral, estético y el perjuicio sexual, que deben ser cuidadosamente analizados y valorados para determinar la indemnización más adecuada para la compensación de la víctima.

A pesar de que exista una normativa específica destinada a resarcir a las víctimas de delitos sexuales, y aunque en el año 2015 se aprobase la Ley reguladora del Estatuto de la Víctima, lo cierto es que el sistema de ayudas ordenado legalmente resulta insuficiente y poco eficaz. Así lo han denunciado diversos colectivos de asistencia y ayuda a los damnificados por dichos delitos, y algunos estudios como el efectuado por las investigadoras de la Universidad Carlos III de Madrid D<sup>a</sup> Helena Soletto y D<sup>a</sup> Aurea Grane, reflejado en “La eficacia de la reparación a la víctima en el proceso penal a través de las indemnizaciones”, así como la obra elaborada por D<sup>a</sup> Natalia Pérez Rivas “Los derechos de la víctima en el sistema penal español”. Las ayudas concedidas desde la aprobación de la Ley 37/1995 han sido muy escasas, tal y como lo evidencia el hecho de que en el año 2012, según datos del Ministerio de Hacienda y Administración Pública, tan sólo se otorgasen 23 ayudas por gastos terapéuticos, lo que equivale a 2 de cada mil víctimas de delitos contra la libertad sexual, con un gasto total que no alcanzó los 24 mil euros (cifra muy inferior a la cuantía máxima de 5 veces el IPREM, prevista en el Reglamento). Con posterioridad la evolución ha sido incluso más negativa, concediéndose únicamente 9 ayudas en el año 2015, por importe inferior a los nueve mil euros<sup>7</sup>.

La normativa española, los resultados prácticos de su aplicación, y la inexistencia de un seguimiento oficial de su eficacia, han demostrado que durante más de veinte

---

o éstos no percibieran, en cómputo anual, rentas o ingresos de cualquier naturaleza superiores al salario mínimo interprofesional, también en cómputo anual, vigente en el mencionado momento”.

<sup>7</sup> Añade PÉREZ RIVAS, Natalia, Los derechos de la víctima en el sistema penal español, Tirant Lo Blanch, 2017, p. 172, que hasta octubre del año 2015, el total de ayudas concedidas en España, ascendió a 10.832, de las que únicamente fueron concedidas el 29,77%; y que “El montante total de las ayudas otorgadas alcanzó los 55.286.783,23 € (Tabla I). En contraste, a título ejemplificativo, en Reino Unido, el importe total de las ayudas concedidas, entre 1964 y 2007, ascendió a 3 billones de libras, siendo el total de aplicaciones recibidas 910.000.”

años no ha existido una preocupación real por conocer la situación de las víctimas de delitos contra la libertad sexual y atender a sus necesidades. Un ejemplo de ello ha sido el actuar cicatero de la Administración al aplicar el plazo de prescripción de un año para interponer la reclamación en los procedimientos para la concesión de las ayudas. Por dicha responsable se ha denegado un elevado número de ayudas en base a la prescripción, por haber transcurrido el plazo de un año desde el dictado de la sentencia firme condenatoria, señalando como “dies a quo” la notificación de la sentencia. Tal interpretación resultó corregida por las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala 3ª, de 12 de enero de 2015 y 13 de abril de 2015<sup>8</sup>, que se han opuesto al criterio mantenido por la Administración y han declarado que el plazo de prescripción debe computarse desde la fecha de la declaración de la insolvencia del condenado “....Si conforme a lo ya expuesto la percepción de las ayudas es incompatible con la percepción de las indemnizaciones que se establezcan en la sentencia (artículo 5.1 de la Ley) y si como consecuencia, para el reconocimiento de las ayudas definitivas el órgano instructor debe suspender el procedimiento hasta tener conocimiento fehaciente de la cuantía de la indemnización que se hizo efectiva o, en su caso, de la insolvencia de la persona o personas civilmente responsables (artículo 26 del Reglamento), una interpretación lógica del sistema legal establecido permite entender que la mención en el artículo 7 a la resolución firme que pone fin provisional o definitivamente al proceso, no se refiere exclusivamente a la sentencia o auto de sobreseimiento en sus distintas modalidades, resoluciones que en efecto ponen fin al proceso penal, sino que incluye también el auto de in de insolvencia total o parcial del condenado por el delito.

*Con acierto expresa la sentencia recurrida, con relación al concreto hecho enjuiciado, que cuando se notifica la sentencia, la interesada no conoce ni puede conocer si el responsable penal va a proceder a indemnizarla por los daños sufridos. Es con el auto de insolvencia cuando la víctima del delito constata la imposibilidad de que el condenado vaya a hacer frente a las responsabilidades civiles, y es precisamente esa constatación lo que la determina a la solicitud de la ayuda...”*

La cobertura ofrecida por nuestro ordenamiento es excesivamente restrictiva con las víctimas de delitos contra la libertad sexual pues resultan excluidos los daños materiales, a diferencia de las víctimas del terrorismo, y se retrasa su concesión, salvo

---

<sup>8</sup> SILVA MERCHANTE, D., El plazo para reclamar la ayuda a favor de las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, una cuestión resuelta (veinte años después), Revista La Toga, N° 192, 2016, pp. 22-23

los muy excepcionales supuestos de aplicación provisional, al momento en que exista una sentencia firme que prevea la indemnización, excluyendo a las víctimas en las que el autor no ha sido identificado y condenado. Además, y por si no fuera suficientemente lo ya señalado, conforme a lo previsto en los artículos 2.2 y 4 de la Ley, las ayudas procederán cuando las víctimas sufran “*lesiones corporales graves o daños graves en su salud física o mental como consecuencia directa del delito*”, precisando que se consideran tales las que provoquen una incapacidad permanente o incapacidad temporal superior a 6 meses según la legislación de la Seguridad Social. Todo lo señalado, ha supuesto que sea muy reducido el número de víctimas con acceso a las ayudas, resultando una regulación inapropiada e ineficaz que debería ser modificada siguiendo el ejemplo de países más generosos en el resarcimiento de los perjuicios padecidos por las víctimas como Dinamarca, Finlandia, Reino Unido, Francia, Irlanda y Suecia.

### BIBLIOGRAFÍA

AGUDO FERNÁNDEZ, E. / JAÉN VALLEJO, M. / PERRINO PÉREZ, A.L., Penas, medidas y otras consecuencias jurídicas del delito, Editorial Dykinson, S.L., pp. 181-188

DE LA FUENTE HONRUBIA, F., Las consecuencias accesorias del artículo 129 del Código Penal, Lex Nova, Valladolid, 2004, p. 277.

PÉREZ RIVAS, N., Los Derechos De La Víctima En El Sistema Penal Español, Editorial Tirant Lo Blanch, 2017, pp. 159-172

ROIG TORRES, M., La responsabilidad civil derivada de los delitos y faltas, Editorial Tirant Lo Blanch, 2010, pp. 189-195, pp. 211-223 y 226-230.

SILVA MERCHANT, D., El plazo para reclamar la ayuda a favor de las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, una cuestión resuelta (veinte años después), Revista La Toga, N° 192, 2016, pp. 22-23

\* \* \* \* \*

## Luis Pérez Losa

Juez sustituto adscrito al Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Máster en Derecho Privado, Público e Internacional y Doctorando Univ. de Barcelona. Socio de la FICP.

### ~La renuncia de la acción civil derivada del delito~

**Resumen.-** La renuncia de la acción civil *ex delicto* es uno de los grandes exponentes de la aplicación de los principios clásicos civiles, de rogación y dispositivo, en el ámbito del proceso penal. Esta naturaleza hace que los límites, requisitos y efectos de la renuncia poco tengan que ver con la mayoría de instituciones que son objeto del Derecho Penal. Con este trabajo se pretende realizar una aproximación a los elementos esenciales de esta figura, su exégesis legal y su tratamiento por la jurisprudencia.

**Palabras clave.-** Renuncia, acción civil, proceso penal, responsabilidad, delito

**Sumario.-** I. Introducción. II. La acción civil. 1. Naturaleza. 2. Contenido de la acción. a) La restitución. b) La reparación. c) La indemnización. d) La culpa de la víctima. 3. Legitimación activa. III. Renuncia a la acción civil. 1. Fundamento. 2. Legitimación. 3. Límites. 4. Requisitos. a) Formales. b) Temporales. 5. Efectos.

## I. INTRODUCCIÓN

Es clásica la distinción entre normas de derecho cogente (*ius cogens*) y de derecho dispositivo (*ius dispositivum*). Las primeras, también conocidas como necesarias o imperativas, deben cumplirse en sus propios términos y tienen una eficacia inderogable que excluye la voluntad privada, por lo que los sujetos no pueden suprimir o alterar su mandato. Por su lado, las de derecho dispositivo, o de derecho voluntario, supletorias o permisivas, se aplican si las partes no han regulado la relación jurídica de que se trate; es decir, las partes establecen su propia regulación y si no lo hacen o en aquellos puntos en que no lo han hecho se aplica la norma dispositiva, como supletoria.

En este sentido, se acostumbra a destacar el derecho penal como ejemplo paradigmático del *ius cogens*, y el derecho civil como derecho eminentemente dispositivo.

No obstante, pese a estar prevista en el Título V del Libro I de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (CP), la responsabilidad civil derivada de los delitos no tiene el carácter imperativo que, de forma general, presenta el resto del articulado del referido texto normativo. Al contrario, la responsabilidad civil *ex delicto* tiene una naturaleza básicamente dispositiva y como fundamento el de reparar o compensar los efectos que el delito ha ocasionado a la víctima o a los perjudicados por

el hecho delictivo<sup>1</sup>. Por lo tanto, pese a la posibilidad de ejercitar conjuntamente la acción penal y la civil derivada del delito<sup>2</sup>, la acción penal es pública, indisponible, en cuanto regida por el principio de legalidad, mientras que la acción civil ejercitada conjuntamente con la penal mantiene sus principios rectores de disposición y de rogación<sup>3</sup>.

Por la facultad de disposición de la acción civil *ex delicto*, la víctima o a los perjudicados por el hecho delictivo pueden decidir si reclaman, si reservan su reclamación para el ámbito civil o, incluso, si renuncian a reclamar.

## II. LA ACCIÓN CIVIL

### 1. Naturaleza

No constituye un objeto del proceso penal necesario, sino posible puesto que, como dice la STS 163/2019, de 26 de marzo, la acción civil es contingente tanto en un sentido sustancial como procesal. Sustancialmente porque no todos los ilícitos penales producen un perjuicio evaluable económicamente a persona o personas determinadas<sup>4</sup>. Procesalmente, porque el ejercicio de la acción civil en el proceso penal puede resultar exceptuado bien por la renuncia de su titular, bien por la reserva de las acciones correspondientes para ejercitarlas ante la jurisdicción civil.

### 2. Contenido de la acción

Dice el art. 110 CP que la responsabilidad civil derivada del delito comprende la restitución, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios materiales y morales<sup>5</sup>, siendo que cabe la moderación del importe de la reparación o indemnización del daño o perjuicio sufrido si la víctima ha contribuido con su conducta a su producción (art. 114 CP).

#### a) *La restitución*

Se trata de la primera pretensión civil que, tanto el CP como la LECrim, contemplan como contenido de la acción civil. Supone restaurar la situación existente

---

<sup>1</sup> En este sentido se recoge en el ATS 1432/2017, de 5 de octubre.

<sup>2</sup> Art. 109 LECrim.

<sup>3</sup> Doctrina jurisprudencial consolidada, como refleja la STS 467/2018, de 15 de octubre.

<sup>4</sup> DEL MORAL GARCÍA, A., Responsabilidad Civil en el Proceso Penal: Disfunciones, Paradojas, Ventajas, Responsabilidad Civil y Seguro, Madrid 2018, p. 301.

<sup>5</sup> Según el art. 100 LECrim, de todo delito nace acción penal para el castigo del culpable, y puede nacer también acción civil para la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios causados por el hecho punible.

con anterioridad a la infracción penal (*restitutio in pristinum*), y ello con abono de los deterioros y menoscabos que la autoridad judicial determine<sup>6</sup>.

Es de destacar que, de acuerdo con el art. 334 LECrim, los efectos que pertenecieran a la víctima del delito serán restituidos inmediatamente a la misma, salvo que excepcionalmente debieran ser conservados como medio de prueba o para la práctica de otras diligencias, y sin perjuicio de su restitución tan pronto resulte posible. Ahora bien, tratándose de responsabilidad civil de terceras personas, el art. 620 LECrim determina que la restitución a su dueño de los instrumentos y objetos del delito no podrá verificarse en ningún caso hasta después que se haya celebrado el juicio oral, excepto que la causa se archive por estar en rebeldía todos los procesados.

#### **b) La reparación**

En un esfuerzo para diferenciarla de las otras dos prestaciones que relaciona el art. 110 CP (restitución e indemnización), supone la realización de una conducta por parte del responsable civil al objeto de reparar el daño. Como toda obligación, puede consistir en dar alguna cosa, o realizar una conducta o no realizarla (art. 1089 CC), y se establece por la autoridad judicial en consideración a la naturaleza del daño y a las condiciones personales y patrimoniales del culpable, determinando si han de ser cumplidas por él mismo o pueden ser realizadas a su cargo (art. 112 CP).

#### **c) La indemnización**

Consiste en el abono de una cantidad dineraria a modo de resarcimiento por los daños y perjuicios causados por razón del delito al agraviado, a los familiares o a un tercero<sup>7</sup>. Incluye los daños materiales y los morales, y alcanza no solo el valor de la pérdida que se haya sufrido (*damnum emergens*), sino también el de la ganancia que se haya dejado de obtener (*lucrum cessans*)<sup>8</sup>.

---

<sup>6</sup> En este sentido se pronuncia el art. 111 CP, que añade que la restitución tendrá lugar aunque el bien se halle en poder de tercero siempre que no lo haya adquirido de forma irrevindicable.

Como ejemplo, no se puede obligar al tercero a devolver el bien en los supuestos del art. 85 CCom (sobre compras de mercaderías en tiendas abiertas al público), art. 86 CCom (pago al contado con moneda de curso legal en establecimientos abiertos al público), art. 324 CCom (sobre valores dados en prenda en préstamos con garantía de valores), y art. 545 CCom (sobre títulos al portador). En el mismo sentido hay que considerar el art. 34 de la Ley Hipotecaria, respecto de la adquisición a título oneroso y de buena fe de bienes inmuebles o derechos reales inscritos en el Registro de la Propiedad, y los arts. 464 y 1955 CC, sobre adquisición, en ciertos supuestos, de bienes muebles por la posesión no interrumpida de los mismos.

<sup>7</sup> Extensión subjetiva prevista en el art. 113 CP.

<sup>8</sup> Como recoge el art. 1106 CC, lo cual supone que la indemnización persigue la *restitutio in integrum*, en consideración a la entidad del daño y al interés que la víctima o perjudicado tenía en las cosas perdidas (*id quod interest*).

**d) La culpa de la víctima**

Se recoge como posible criterio de moderación judicial del importe de la reparación o indemnización si tal culpa ha contribuido a la producción del daño o perjuicio sufrido (art. 114 CP)<sup>9</sup>.

El campo de la compensación/moderación opera solo en la materia de fijación de la responsabilidad civil *ex delicto* y no en el ámbito de la responsabilidad penal. Su alcance abarca aquellos casos (dolosos o culposos) en los que la contribución de la víctima al suceso, y por tanto a su propia victimización, no es causal ni penalmente relevante, ni por tanto debe tener reflejo en los pronunciamientos penales, pero sin embargo puede haber facilitado, y es en esa situación cuando surge la facultad discrecional a que se refiere el art. 114 CP para atemperar la cuantía indemnizatoria en atención a la contribución que la propia víctima haya tenido en el desarrollo de la acción punible, incluso vía dolosa.

**3. Legitimación activa**

Se encuentra legitimado activamente para sostener la acción civil en el proceso penal el perjudicado por el hecho dañoso, porque es quien sufre en su esfera patrimonial o moral los daños derivados de la comisión del delito. Concretamente, tendrían esta legitimación el agraviado, sus familiares y cualquier tercero al que se le haya ocasionado un daño (art. 113 CP), al ser titulares del bien o interés jurídico lesionado por unos hechos tipificados penalmente. Como parte en el proceso penal, puede ejercitar las acciones civil y penal de manera conjunta (como acusación particular), o bien deducir únicamente la pretensión civil (como actor civil).

Otro sujeto que ostenta legitimación para ejercitar la acción civil acumulada es el Ministerio Fiscal, con independencia de que en el proceso haya acusador particular y sin que sea necesario que los perjudicados le faculten al efecto, salvo que hubiesen renunciado expresamente (art. 108 LECrim).

---

<sup>9</sup> En atención a la STS 522/2017, de 6 de julio, este precepto fue introducido por el actual Código Penal y viene a ser la traducción en clave penal del art. 1103 CC según el cual la responsabilidad que procede de negligencia es igualmente exigible en el cumplimiento de toda clase de obligaciones pero podrá moderarse por los Tribunales según los caso.

### III. RENUNCIA A LA ACCIÓN CIVIL

#### 1. Fundamento

El derecho a la reparación del daño causado por el delito implica un derecho subjetivo de carácter privado y, como tal, sometido al principio dispositivo que informa el ejercicio de las acciones civiles. Por ello, la acción civil derivada del delito es renunciable por el ofendido.

#### 2. Legitimación

Como respecto de cualquier otro derecho de esta naturaleza, la renuncia a la acción civil corresponde a su titular. Es decir, al agraviado, sus familiares y cualquier tercero al que se le haya ocasionado un daño resarcible.

Cuando la víctima o perjudicado con derecho a ser indemnizado es menor de edad, la renuncia a las acciones civiles que pudieran corresponderle la debe realizar su representante legal, previa autorización judicial con audiencia del Ministerio Fiscal. Ello es así porque, como dice el art. 166 CC, los padres no podrán renunciar a los derechos de que los hijos sean titulares sino por causas justificadas de utilidad o necesidad y previa la autorización del Juez del domicilio, con audiencia del Ministerio Fiscal.

En el mismo sentido, cuando la víctima o perjudicado con derecho a ser indemnizado tiene la capacidad modificada judicialmente, corresponde al tutor la renuncia a la acción civil, previa autorización judicial con audiencia del Ministerio Fiscal (art. 271.3 CC).

El Ministerio fiscal no puede renunciar al ejercicio de la acción civil puesto que el art. 108 LECrim le exige que la entable juntamente con la penal, haya o no en el proceso acusador particular, salvo que el ofendido renunciase expresamente su derecho de restitución, reparación o indemnización. En este último caso, quien renuncia es el ofendido y el Ministerio fiscal se limita a ejercitar la acción penal. Ahora bien, la renuncia de los padres del perjudicado o de su tutor no vincula al Ministerio fiscal puesto que, como se ha dicho en los arts. 166 y 271.3 CC, tal renuncia, para ser eficaz, requiere de la autorización judicial previa audiencia del Ministerio Fiscal, que debe oponerse si no se ha realizado por causas justificadas de utilidad o necesidad<sup>10</sup>.

---

<sup>10</sup> En la STS 257/2018, de 29 de mayo, se considera que la renuncia a la indemnización manifestada por uno de los progenitores es irrelevante, no porque sea uno solo de los padres, sino por infracción del art. 166 CC, lo cual legitima que el Ministerio Fiscal haya ejercitado la acción civil *ex* art. 108 LECrim.

### 3. Límites

Se han de respetar las condiciones de validez que se recogen en el art. 6.2 CC (STS 29/2007, de 15 de enero), es decir, la renuncia no puede contrariar el interés o el orden público ni perjudicar a terceros.

El interés público es el interés colectivo, social, no meramente individual, mientras que el orden público hace referencia a principios jurídicos, políticos, morales y económicos que la sociedad, en un lugar y época concretos, considera necesarios para la conservación de la sociedad.

En el ámbito penal y en sede de responsabilidad civil *ex delicto*, el límite más apreciable es que la renuncia no debe perjudicar a tercero. Es el caso típico de acreedores de la víctima o perjudicado por el delito y con derecho a ser indemnizado, que ven frustrado su legítimo interés a que el patrimonio de su deudor se vea incrementado con la indemnización porque ha renunciado a la acción civil<sup>11</sup>.

### 4. Requisitos

#### a) Formales

Los arts. 108 y 112 LECrim establecen que la renuncia de la acción civil debe ser expresa<sup>12</sup>. La efectiva renuncia a la indemnización, no está sujeta a una forma especial, bastando con que se exprese con claridad bastante (STS 518/2007, de 14 de junio).

La renuncia ha de ser un auténtico acto de voluntad libremente expresado, por lo que debe estar libre de vicios de la voluntad<sup>13</sup> que hagan ineficaz lo que se exprese.

Como dice la STS 6/2008, de 23 de enero, los actos de renuncia deben entenderse de un modo "absolutamente restrictivo"<sup>14</sup>. Por ello, se entiende que existe renuncia a la acción civil cuando el perjudicado manifiesta en instrucción y con asistencia letrada «No reclama la indemnización que pudiera corresponderle por los daños y perjuicios sufridos», pese a que haya pasado poco tiempo desde la comisión del delito (STS

---

<sup>11</sup> Para estos supuestos, el art. 1111 CC establece que los acreedores, después de haber perseguido los bienes de que esté en posesión el deudor para realizar cuanto se les debe, pueden ejercitar todos los derechos y acciones de este con el mismo fin, exceptuando los que sean inherentes a su persona; pueden también impugnar los actos que el deudor haya realizado en fraude de su derecho.

<sup>12</sup> La renuncia debe ser clara y terminante, dice el art. 110 LECrim.

<sup>13</sup> Como dice el art. 1265 CC es nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo.

<sup>14</sup> El mayor o menor acierto del ofendido actuando en el proceso, no supone renuncia expresa a ser indemnizado en ninguna medida. Ni en la cuantía ni en las personas que deban indemnizarle (STS 163/2019, de 26 de marzo).

372/2017, de 23 de mayo). También se considera que se ha renunciado a la acción civil si en el plenario el perjudicado manifiesta que “no quiere que su sobrina la indemnice. No quiere nada”, o cuando la perjudicada, en su primera declaración en instrucción, manifiesta “no reclamar las acciones civiles”, sin que se haya tratado la cuestión en juicio oral (STS 1125/2011, de 2 de noviembre).

Por el contrario, no se considera renuncia a la acción civil la efectuada en sede policial pero no ratificada en sede judicial, o la incomparecencia al acto del juicio oral<sup>15</sup> (STS 1045/2005, de 29 de septiembre). Tampoco se considera renuncia la presentación de un documento en el que consta que la perjudicada desiste de acciones pero no expresa la renuncia de derechos (STS 6/2008, de 23 de enero). O manifestar en instrucción “que él no se siente perjudicado”, si no se dice expresamente en el plenario que se renuncia a la acción civil (STS 380/2014, de 14 de mayo).

El hecho que el perjudicado haya presentado una demanda civil, antes de ejercitar la acción penal, no supone renuncia de la acción civil, sino ejercicio de la acción civil, previa a la inacción del proceso penal. Los eventuales riesgos de pronunciamientos contradictorios aparecen controlados con la prejudicialidad penal (STS 518/2007, de 14 de junio).

No obstante lo expuesto, si bien la ausencia de personación del perjudicado en la causa penal no supone que renuncia a la indemnización, en cualquier caso debe existir siempre una pretensión de reparación de daño<sup>16</sup> formulada por perjudicado o Ministerio Fiscal, para poder ofrecer al Tribunal la posibilidad de pronunciarse (STS 1126/2006, de 15 de noviembre).

#### **b) Temporales**

El mecanismo más habitual es realizar la renuncia en el acto del ofrecimiento de acciones, cuando se informa al perjudicado de las posibilidades de ejercitar en el proceso las acciones civiles y penales que le correspondan. Es entonces cuando, en sede judicial y una vez informado, manifiesta su voluntad de reclamar o personarse en el proceso, o renunciar a las acciones civiles y/o penales (art. 109 LECrim).

---

<sup>15</sup> En este sentido, aun cuando los perjudicados no se muestren parte en la causa, no por esto se entiende que renuncian al derecho de restitución, reparación o indemnización que a su favor puede acordarse en sentencia firme (art. 110 LECrim).

<sup>16</sup> DEL CASO JIMÉNEZ, M.T., Responsabilidad civil y su extensión: Comentario del artículo 109 del Código Penal, Sepin, marzo 2016, p.3.

El hecho que el ofendido haya manifestado inicialmente su voluntad de reclamar por los perjuicios irrogados a consecuencia del acto delictivo, no impide que, con posterioridad y ya iniciado el proceso penal, se renuncie al ejercicio de la acción civil *ex delicto*. Ello es así porque, aún ejercitada dentro del proceso penal, la pretensión civil no pierde su naturaleza y se rige por los principios propios de esta rama procesal, entre los que se encuentra el dispositivo y los que son consecuencia del mismo, como el de renunciabilidad que establecen los arts. 106 y ss. LECrim (STS 380/2014, de 14 de mayo).

Incluso, en el supuesto en que el perjudicado hubiera ejercitado la acción civil en el plenario y hubiera obtenido una sentencia firme favorable a sus intereses, nada impide que la renuncia se manifieste expresa y terminantemente en ejecución de sentencia por quien estuviera legitimado para ello (STS 163/2019, de 26 de marzo).

## 5. Efectos

La renuncia del perjudicado extinguirá sin más la acción civil, por lo que el perjudicado no podrá ya ejercitar la acción de responsabilidad civil. Desde el momento en que el perjudicado renuncie expresamente a la acción civil no podrá ser ya ejercida en su nombre por el Ministerio Fiscal (SSTS 380/2014, de 14 de mayo, y 13/2009, de 20 de enero).

La renuncia implica extinción definitiva de la deuda<sup>17</sup>. Por ello los actos posteriores ya no pueden afectar a la validez de los anteriores, siendo que la revocación de un acto válido no tiene apoyatura legal (STS 372/2017, de 23 de mayo).

No obstante lo expuesto, la eficacia de la renuncia queda matizada cuando hay una pluralidad de sujetos activos y/o pasivos en el proceso. Así, existiendo diversos perjudicados, la renuncia de la acción civil no perjudicará más que al renunciante (art. 107 LECrim). Y este perjuicio limitado a quien renuncia es aplicable, también, a los casos en que habiendo varios perjudicados, no todos ellos están personados en la causa penal, dado que el Ministerio Fiscal ha de velar por la tutela de los derechos de todos los perjudicados (no solo de quienes se personaron)<sup>18</sup>.

---

<sup>17</sup> YZQUIERDO TOLSADA, M., La falsa responsabilidad civil en el proceso penal, Sepin, Artículo monográfico, noviembre 2017, p. 12.

<sup>18</sup> FERNÁNDEZ-GALLARDO, J.Á., Aspectos procesales sobre el ejercicio de la acción civil en el proceso penal. Justicia: Revista de Derecho procesal, núm. 2, diciembre 2015, pp. 413-419.

Para el supuesto en que haya diversos responsables civiles, la renuncia al ejercicio de la acción civil respecto de uno de ellos deviene en irrelevante si la sentencia establece una responsabilidad civil conjunta y solidaria. Ello es así porque, tratándose de obligaciones solidarias, el art. 1146 CC recuerda que la quita o remisión hecha por el acreedor de la parte que afecta a uno de los deudores solidarios, no libra a éste de su responsabilidad para con los codeudores, en el caso de que la deuda haya sido totalmente pagada por cualquiera (STS 321/2012, de 23 de abril).

### **BIBLIOGRAFÍA**

DEL CASO JIMÉNEZ, M.T., Responsabilidad civil y su extensión: Comentario del artículo 109 del Código Penal, Sepin, marzo 2016.

DEL MORAL GARCÍA, A., Responsabilidad Civil en el Proceso Penal: Disfunciones, Paradojas, Ventajas, Responsabilidad Civil y Seguro, Madrid 2018.

FERNÁNDEZ-GALLARDO, J.Á., Aspectos procesales sobre el ejercicio de la acción civil en el proceso penal. Justicia: Revista de Derecho procesal, núm. 2, diciembre 2015.

YZQUIERDO TOLSADA, M., La falsa responsabilidad civil en el proceso penal, Sepin, Artículo monográfico, noviembre 2017.

\* \* \* \* \*

## Crescencia del Pozo Prieto

Juez sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Socia de la FICP.

### ~La dispensa de la obligación de declarar prevista en el artículo 416 LECrim en materia de violencia de género~

**Resumen.**- La problemática que está planteando en nuestra sociedad la gravedad de los delitos de violencia de género y el hecho de que en la actualidad, un número importante de procedimientos de violencia de género se vean frustrados como consecuencia de la negativa de la víctima a prestar declaración contra su agresor y ello en ejercicio del derecho constitucional que recoge el artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, relativo a la dispensa de la obligación de declarar en contra del cónyuge, pareja estable, o persona con la que se mantiene una relación de afectividad, y que a la vez es el agresor, hace necesario examinar el contenido y alcance de dicha dispensa, ya que en multitud de ocasiones la negativa de la víctima a prestar declaración<sup>1</sup>, el hecho de que el agresor se acoja a su derecho a no declarar y la circunstancia de que en muchas ocasiones no existen otros indicios de la comisión del hecho investigado al producirse este en el ámbito privado como es el domicilio familiar, impida la prosecución del proceso.

Es más no se puede obviar que la regulación vigente exige como condición para acceder a los recursos previstos para las víctimas de violencia de género la interposición de denuncia.

Por ello se hace necesario encontrar soluciones que permitan el castigo de los agresores, y al mismo tiempo se cumplan las expectativas de las víctimas, que en la mayoría de los casos se traduce en la obtención de una sentencia condenatoria.

En este trabajo se expondrán los problemas que plantea la aplicación del artículo 416 LECrim, las críticas doctrinales al mismo y que reclaman una reforma del mismo.

## I. FUNDAMENTO DEL DERECHO A LA DISPENSA DEL DEBER DE DECLARAR

En principio hay que señalar que el derecho a la dispensa de no declarar se encuentra regulado en el artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que establece no sólo que están dispensados de declarar los parientes de procesado en línea recta ascendente y descendente sino también, y lo que es más relevante a efectos del presente trabajo, el cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial. Sobre este tema en cuestión y la relevancia de la dispensa prevista en el artículo 416 LECRIM se ha pronunciado GONZÁLEZ MONJE<sup>2</sup>.

El juez en todo caso deberá informar a la víctima del derecho que le asiste en virtud del artículo 416 LECRIM, precepto este que tiene su fundamento y amparo en el

---

<sup>1</sup> LARRAURI PIJOÁN, Revista de Derecho Penal y criminología, 12 (2003), pp. 273 ss. Este autor es uno de los que se ha preocupado de analizar las razones por las que las mujeres víctimas de violencia de género no denuncian o retiran las denuncias interpuestas. En el mismo sentido se pronuncia LAURENZO COPELLO, en LAURENZO /MAQUEDA/RUBIO (coord.), Género, 2008, pp. 356 ss.

<sup>2</sup> GONZÁLEZ MONJE, A, La declaración del testigo víctima de violencia de género en el juicio oral. Especial referencia a la dispensa del deber de declarar del artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, Violencia de Género e Igualdad. Una cuestión de Derechos Humanos. Comares S.L Granada 2013, pp. 354-356.

artículo 24 de la Constitución Española que regula el derecho a la tutela judicial efectiva y por tanto, y en base a tal precepto, se obliga a que por ley se regulen los casos en que por razón de parentesco no se está obligado a declarar sobre los hechos objeto de investigación.

Junto a este deber de informar de la dispensa, también debería informarse de las consecuencias que pudieran surgir en caso de que la víctima se acoja a tal derecho, sobre todo en los supuestos en los que el único testigo presencial de los hechos ha sido la víctima o los hijos menores de edad, refiriéndonos sobre todo a aquellos que tienen una edad en la que ni tan siquiera pueden ser oídos en el procedimiento penal por su corta edad.

Señala MONTERO AROCA como fundamento de la dispensa del deber de declarar en contra del acusado, bien la protección de las relaciones familiares, como vínculo de solidaridad o bien el salvaguarda de la intimidad del ámbito familiar<sup>3</sup>.

En todo caso, sostiene dicho autor que la dispensa lo que pretende es solucionar la tensión que experimenta el testigo entre el deber de decir la verdad y el vínculo de solidaridad y familiaridad que le une con el imputado<sup>4</sup>.

Gran parte de la doctrina entiende que el artículo 416 LECrim permite al testigo, en el caso de violencia de género a la víctima, que decida si prefiere colaborar con la justicia o no hacerlo en atención a la protección de su intimidad personal y familiar. Así la dispensa concede una posición privilegiada frente a los demás testigos, derivadas del derecho a la intimidad personal y familiar<sup>5</sup>.

Sin embargo esta postura que argumenta que la finalidad de la dispensa es la protección de la familia en si misma, es decir, la protección de la estabilidad de las relaciones parentales, en concreto de la relación matrimonial que resultaría en todo caso dañada ante la declaración de la víctima debe ser puesta en entredicho, pues en los supuestos de violencia de género, este fundamento debe decaer ya que la estabilidad

---

<sup>3</sup> MONTERO AROCA, J, Perspectiva inmediatas en la aplicación de la legislación contra la violencia de género en Tudela procesal frente a hechos violentos de género. GÓMEZ COLOMER (Coord.) Publicación de la Universidad Carlos I, 2007, pp.148 y 149.

<sup>4</sup> En el mismo sentido se pronuncia VILLAMARÍN LÓPEZ (2012) El derecho de los testigos parientes a no declarar en el proceso penal, InDret. Revista para el análisis del derecho, nº 4, Barcelona 2012, pp. 9-15.

<sup>5</sup> LÓPEZ EIROA, Problemas que plantea la dispensa del deber de declarar en los delitos de violencia de género, Revista General del Derecho Procesal, nº 31, 2013, p. 3.

familiar ya se ha visto vulnerada como consecuencia de la existencia del proceso penal contra uno de los cónyuges o pareja.

Según el Tribunal Supremo el fundamento reside en evitar la colisión entre el deber de declarar y las consecuencias de los vínculos familiares y de solidaridad, de igual forma se ha pronunciado el Tribunal Constitucional<sup>6</sup> haciendo suyos los argumentos del Alto Tribunal en base a las cuales “...*los vínculos de solidaridad que existen entre los que integran un mismo círculo familiar, siendo su finalidad la de resolver el conflicto que pueda surgir entre el deber de veracidad del testigo y el vínculo de familiaridad y solidaridad que le une al acusado*”.

Es evidente que la víctima de los delitos de violencia de género se encuentra inmersa en una postura que le causa gran inestabilidad emocional, pues debe decidir entre mantener el vínculo familiar y protegerse a sí misma, lo que conlleva contar la verdad de lo sucedido y por tanto poner fin a una relación familiar cuando menos tormentosa.

## **II. SUPUESTOS EN LOS QUE LA VÍCTIMA PUEDE ACOGERSE A LA DISPENSA DEL ARTÍCULO 416 LECRIM.**

### **1. Obligación de informar a la víctima sobre el derecho de dispensa.**

El artículo 416 LECrim en su párrafo tercero establece la obligación del juez instructor de advertir al testigo que se halle comprendido en el párrafo anterior que no tiene obligación de declarar en contra del procesado, si bien puede hacer las manifestaciones que considere conveniente.

En esta primera fase procesal, en la instrucción, ya debe advertirse a la víctima de que el hecho de acogerse en alguna fase procesal a la dispensa, ello no supone una renuncia tácita y definitiva al derecho a declarar en fases posteriores.

Debemos plantearnos si esta dispensa es aplicable en el momento de interposición de la denuncia por parte de la víctima ante la policía.

La STS de 12 de julio de 2007, recurso 10015/2007 señala que “*cuando la propia víctima formaliza una denuncia en forma espontánea y para obtener protección personal, no es aplicable el artículo 416 LECrim*”. Pues como indica el CGPJ, la facultad de dicho artículo es en beneficio de los testigos, pero no de los denunciados

---

<sup>6</sup> STC, Sala Segunda, de 15 de noviembre de 2010 ( Ponente Conde Martín de Hijas)

espontáneos respecto de hechos que los han perjudicado, y que acuden a la policía en busca de protección.

En este sentido CHACÓN ALONSO señala, haciendo referencia a la STS 249/2009 de fecha de 28 de enero de 2009 que *“resulta inútil e innecesario informar a quien acude a las dependencias policiales con la decidida voluntad de formular denuncia contra su pariente para defender sus intereses contra el mismo, de que puede ejercitar una dispensa, que ya ha decidido no utilizar cuando voluntariamente acude precisamente para denunciar a aquel”*<sup>7</sup>.

En el mismo sentido se pronuncian DE LA FUENTE HONRUBIA Y PUENTE<sup>8</sup> pues señalan que *“cuando la mujer comparece en las dependencias policiales o en el Juzgado de Guardia a presentar la denuncia, no resulta necesario ofrecerle la dispensa y, por ello la omisión de dicho ofrecimiento en absoluto comportaría la nulidad de esas manifestaciones...”*.

## **2. Consecuencias de la falta de información a la víctima de la dispensa prevista en el artículo 416 LECrim.**

Las consecuencias de no advertir a la víctima del derecho que le asiste a no prestar declaración, serán distintas dependiendo de la fase procesal en la que nos encontremos.

Así, si el testigo no fue informado en la fase de instrucción de su derecho a no declarar y en el acto del juicio se acogiera a la dispensa, la declaración prestada en fase de instrucción carecería de validez, es decir sería nula.

Si el testigo no fue informado en la fase de instrucción y en el acto del juicio informado de tal derecho decide prestar declaración y se ratifica en lo declarado en sede de instrucción, la falta de advertencia en la primera declaración no producirá ningún efecto, sin embargo si el testigo no fue advertido en la fase de instrucción e informado en la fase de plenario cambiase su declaración, no podrá someterse a contradicción lo manifestado en juicio con lo declarado en instrucción, y ello es así ya que la primera declaración es nula.

---

<sup>7</sup> CHACÓN ALONSO, M.ª T., Valoración de la declaración de la víctima en los delitos de violencia de género. Situaciones de falta de colaboración de la víctima en el proceso penal. Cuestiones que plantea la interpretación del artículo 416 de la LECrim, en Unificación de criterios entre Audiencias Provinciales y Juzgados con competencia en violencia sobre la mujer, Cuadernos Digitales de Formación, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, n.º 12, 2012, p.23.

<sup>8</sup> DE LA FUENTE HONRUBIA, F / PUENTE, L. Violencia de Género. Aspectos Jurídico Penales fundamentales. CEF (2019), Unidad Didáctica 2

Si el testigo fue informado en la fase de instrucción y decidió prestar declaración, y por el contrario en el acto del juicio, informado del derecho de dispensa, se acoge al derecho a no declarar, no se podrá tener en cuenta la declaración prestada en sede de instrucción.

Cuando aludimos a la nulidad del acto, nos referimos a la nulidad de la declaración prestada por la víctima, no a la nulidad del juicio que es a todas luces válido.

Respecto a esta última afirmación indica CHACÓN ALONSO, que hay que estar a las circunstancias de cada caso y a las actuaciones de los testigos<sup>9</sup>.

Como señala este autor, no sería efectivo tomar de forma rigurosa el hecho de haber informado o no al testigo de su facultad de no declarar, pues podrían producirse situaciones injustas que pudieran llevar a favorecer al procesado, por el hecho de anular declaraciones que han sido prestadas por un testigo que en ese momento deseó prestar declaración, ya que si ratifica en el acto del Plenario su intención de declarar en contra de su pareja, sería desproporcionado privarla de valor probatorio por no haber sido informado de la dispensa del artículo 416 LECrim en la fase de instrucción.

Si lo que pretendemos conseguir es la tutela judicial efectiva, en los supuestos de violencia de género, mas que en cualquier otro procedimiento, debe valorarse el esfuerzo de la víctima por denunciar y prestar declaración contra su agresor, por ello debería flexibilizarse la aplicación automática de la nulidad de las declaraciones prestadas por la víctima por no haber sido advertida de la dispensa del artículo 416 LECrim.

Estaríamos, como señala ALCALÁ PÉREZ-FLORES ante un derecho de disposición sobre el proceso penal por parte de la víctima pero el control de la aplicación del Derecho Penal no quedaría en sus manos ni a su arbitrio<sup>10</sup>.

### **3. Momento en que debe concurrir la relación entre víctima y agresor para aplicar el derecho de dispensa**

Es necesario partir de la regulación del artículo 416 LECrim que alude al “cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial”. De dicho

---

<sup>9</sup> Así lo afirma CHACÓN ALONSO, Cuadernos Digitales de Formación, n.º 12, 2012, pp. 27-29.

<sup>10</sup> En este sentido ALCALÁ PÉREZ-FLORES, La dispensa del deber de declarar de la víctima de violencia de género interpretación jurisprudencial. III Congreso del Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género. Aplicación jurisdiccional de la Ley, 2009, p. 4.

precepto se desprende que la relación debería existir en el momento en que la víctima presta declaración, por tanto si en el momento de declarar, el matrimonio se ha declarado disuelto o se ha puesto fin a la relación análoga, la testigo no tendría derecho a acogerse a la dispensa<sup>11</sup>.

Sin embargo el criterio mantenido por el Tribunal Supremo en Acuerdo no jurisdiccional de fecha 24 de abril de 2013 es el que debe seguirse, y en el que se indica que: *“la exención de la obligación de declarar prevista en el artículo 416.1 LECrim, alcanza a las personas que están o han estado unidas por alguno de los vínculos a que se refiere el precepto. Se exceptúan:*

*a) La declaración por hechos acaecidos con posterioridad a la disolución del matrimonio o cese definitivo de la situación análoga de afecto*

*b) Supuestos en que el testigo este personado como acusación en el proceso”.*

Conforme a dicho precepto podrán acogerse a la dispensa todos los testigos que hubieran tenido con el agresor una relación matrimonial o análoga al matrimonio en el momento de producirse los hechos objeto de denuncia, aunque estas relaciones no existieran en el momento de prestar declaración, excepto que ejerzan la acusación particular.

El TS adoptó un nuevo acuerdo de fecha 23 de enero de 2018 en el que establecía *“no queda excluido de la posibilidad de acogerse a tal dispensa (art, 416 LECrim) quien habiendo estado constituido como acusación particular ha cesado en esa condición”*<sup>12</sup>.

### **III. PROBLEMAS QUE SURGEN DE LA DISPENSA DEL DEBER DE DECLARAR EN LOS PROCEDIMIENTOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO.**

Partiendo del hecho de que la víctima de violencia de género no es una mera parte procesal como las demás partes del proceso, al tener la doble condición de víctima y testigo, hay que señalar que la doctrina no es unánime en cuanto al ámbito subjetivo de

---

<sup>11</sup> DE LA FUENTE HONRUBIA, F/PUENTE SEGURA, L, Violencia de Género. Aspectos Jurídico Penales fundamentales. CEF (1919), Unidad Didáctica 2, pp. 40-43

<sup>12</sup> STS de fecha 25 de abril de 2018, en la que se acoge le criterio fijado en acuerdo de fecha 23 enero 2018

la facultad conferida por el artículo 416 LECrim. En este sentido LOZANO EIROA<sup>13</sup> recoge las distintas posturas mantenidas por la doctrina, así unos defienden una interpretación amplia, incluyendo a todos los testigos, y otras posturas más restrictivas que excluirían al testigo-víctima de los hechos, en las que se incluiría a las víctimas de violencia de género

La última postura es la mantenida por VILLAMARÍN LÓPEZ quien defiende la restricción en relación con la aplicación de la dispensa de declarar de las víctimas, basándose en el hecho de que el acusado con su conducta previa ilícita ha destruido el vínculo familiar que pretende amparar el artículo 416 de la LECrim con su dispensa. Por otro lado y desde mi punto de vista, lo que justifica el silencio de las víctimas, no es el vínculo familiar sino el miedo o temor a sufrir las represalias de su pareja si denuncia<sup>14</sup>.

En sentido contrario se pronuncia RODRÍGUEZ LAINZ, quien afirma que pese a que puede ser correcto y necesario asesorar a las víctimas de delitos de violencia de género acerca de la conveniencia de denunciar y proseguir con el proceso para evitar la impunidad del agresor, debe garantizarse el respeto de la libertad de decisión de las víctimas, ya que independientemente del resultado de la decisión de acogerse o no a la facultad del artículo 416 LECrim, habrá de ser respetada pues es la manifestación de su libertad<sup>15</sup>.

La jurisprudencia por su parte como viene indicando el magistrado ALCALÁ PÉREZ-FLORES<sup>16</sup>, se decanta por la interpretación más amplia de las personas a quienes se refiere el artículo 416 LECrim, pues de forma mayoritaria entiende que la dispensa es para todos los testigos.

---

<sup>13</sup> LOZANO EIROA, M. Problemas procesales que plantea la dispensa del deber de declarar en los delitos de violencia de género, *Violencia de Género e Igualdad. Una cuestión de Derechos Humanos* Comares S.L, Granada 2013, pp. 6 y ss.

<sup>14</sup> En el mismo sentido DE LA FUENTE HONRUBIA, La dispensa del deber de declarar por la concurrencia de vínculos procesales con el procesado. *Perspectiva jurisprudencial actual*, La ley Penal, nº 68, Febrero 2010, p. 4. En el mismo sentido MAGRO SERVET, La imposibilidad de conceder a las víctimas de violencia de género la dispensa de declarar contra su agresor ¿Es necesaria una reforma legal?, *Diario La Ley*, nº 6333, Sección Doctrina, octubre 2005, p. 13.

<sup>15</sup> RODRÍGUEZ LAINZ, J. L., *Juzgados de Violencia sobre la Mujer y Juzgados de Guardia*, Bosch, Barcelona, 2006, pp. 311-312.

<sup>16</sup> ALCALÁ PÉREZ FLORES, R. *La dispensa del deber de declarar la víctima de violencia de género; interpretación jurisprudencial*, III Congreso del Observatorio contra la violencia doméstica y de género. Madrid, 2009.

La cuestión que habría que plantear es cuales serían las consecuencias si llevara a cabo la propuesta mantenida por algún sector doctrinal a cerca de la exclusión de las víctimas de violencia de género de la dispensa del deber de declarar del artículo 416 LECrim.

En este sentido y como bien señala LOZANO EIROA nos encontraríamos ante la paradoja de que la persona que ha entrado en el proceso como testigo-víctima, tras su cambio de postura, y acogiéndose al derecho a no declarar, podría acabar siendo imputada por un delito de obstrucción a la justicia, con el consiguiente perjuicio para la víctima.

El mismo peligro podría sin embargo plantearse si, en vez de suprimirse la dispensa, se reformase el artículo 416 LECrim en el sentido de permitir la incorporación de las declaraciones de la fase de instrucción a la fase de Plenario, pues si el testigo decide mentir en la fase del juicio oral contradiciendo lo declarado en sede de instrucción, podría ser igualmente investigada por un delito de falso testimonio, con lo cual acabaría criminalizándose a la víctima. Es lo que LARRAURI denomina “*de la irracionalidad; se presenta a la mujer que usa el sistema penal ( que denuncia y posteriormente quiere retirar su denuncia o se acoge al derecho a no declarar) como una persona que no sabe lo que quiere*”<sup>17</sup>.

Debemos plantearnos si la supresión de la dispensa supondría un descenso de denuncias por parte de las víctimas de violencia de género, o si por el contrario podría suponer un aumento de condenas al tener la víctima la obligación de declarar y contar de este modo con un medio de prueba de vital importancia habida cuenta que como ya hemos dicho, en muchos ocasiones la única testigo de los hechos es la propia víctima. Se trata de meras hipótesis, pues no tenemos datos objetivos que avalen dichas planteamientos, sin embargo si que puede generar un debate sobre el tema<sup>18</sup>.

#### IV. CONCLUSIONES

La problemática que plantean los delitos de violencia de género, por tratarse de delitos, que en la inmensa mayoría de ocasiones se desarrollan en el ámbito privado del

---

<sup>17</sup> LARRAURI PIJOAN, ¿Se debe proteger a la mujer contra su voluntad?. Proyecto de investigación Protección de la víctima y Rehabilitación de los Delincuentes en Libertad, 2005, p. 10. Indica este autor que “estas amenazas a la mujer que se resiste a continuar con el proceso penal no solo desconocen la autonomía de la mujer, sino que también refleja una incomprensión de la situación de las mujeres maltratadas, de sus dudas, negociaciones, temores y necesidades

<sup>18</sup> En el mismo sentido RICONDO GARCÍA, S, Paternalismo y género. Revista para el análisis del derecho. Barcelona, enero 2015 p. 30.

domicilio o de la relación de pareja, es la ausencia de testigos directos. Al cometerse estos delitos en la más absoluta intimidad, los únicos testigos, suelen ser familiares, o lo que es aún peor, el único testigo directo, en multitud de supuestos, es la propia víctima. Esta ausencia de testigos, el hecho de que sean familiares directos, o como se ha indicado, que la única persona que conoce los hechos denunciados sea la víctima-testigo, hace que, en caso de que esta desee acogerse a la dispensa del artículo 416 de la LECrim, se produzca el desenlace no deseado de que nos encontremos con una sentencia absolutoria.

Debe darse una trascendencia fundamental al momento en que la víctima ha decidido dar el paso y denunciar a su agresor, pues lo que se debe evitar es que la víctima, aun estando amparada por la dispensa del artículo 416 LECrim, de marcha atrás en su decisión inicial y por tanto decida no continuar con el proceso iniciado. La víctima debe sentirse protegida desde el momento en que decide denunciar a su agresor, para que en todo momento desee continuar con el procedimiento iniciado hasta que se investiguen los hechos y en su caso, se dicte sentencia que satisfaga sus pretensiones, que de ninguna manera se verán satisfechas en caso de acogerse en cualquier fase del procedimiento a la dispensa prevista en el artículo 416 LECrim.

Me surgen diversos interrogantes, tales como, ¿es necesario derogar la dispensa de la obligación de declarar?, de ser así ¿esto supondría que las víctimas denunciasen menos o por el contrario que aumentasen las condenas de los agresores?

Lo que es evidente es que el sistema actual no está funcionando en la forma deseada, pues un número muy elevado de víctimas retiran la denuncia o se acogen a la dispensa, bien en el momento de prestar declaración y ratificarse en su denuncia en sede de instrucción, bien en el plenario, lo que dificulta la labor judicial a efectos del esclarecimiento de los hechos y de poner fin a una lacra social, que son los delitos de violencia de género, que en contra de lo deseado no están en perspectiva de desaparición.

Es patente la necesidad de una reforma del sistema actual, que proteja a la víctima, por tratarse de personas vulnerables que necesitan, no sólo soluciones legales, sino soluciones en otros ámbitos, social, profesional, psicológico... que les permita no tener miedo a sus agresores y seguir adelante con el procedimiento iniciado, y que no se vean sumergidas en una burocracia que en ocasiones lo único que les plantea es más desasosiego y desamparo.

**BIBLIOGRAFÍA**

ALCALÁ PÉREZ-FLORES, La dispensa del deber de declarar de la víctima de violencia de género interpretación jurisprudencial. III Congreso del Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género. Aplicación jurisdiccional de la Ley, pag. 4

CHACÓN ALONSO, Mª T, Valoración de la declaración de la víctima en los delitos de violencia de género. Cuadernos Digitales de Formación, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, número 12, 2012, p. 23.

DE LA FUENTE HONRUBIA, La dispensa del deber de declarar por la concurrencia de vínculos procesales con el procesado. Perspectiva jurisprudencial actual, La Ley Penal, nº 68, Febrero 2010.

DE LA FUENTE HONRUBIA, F/PUENTE SEGURA, L, Violencia de género. Aspectos Jurídico-Penales fundamentales. Udim, CEF (2019), Unidad Didáctica 2, pp. 40-43

GONZÁLEZ MONJE, A, La declaración del testigo víctima de violencia de género en el juicio oral. Especial referencia a la dispensa del deber de declarar del artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Violencia de género e Igualdad. Una cuestión de Derechos Humanos. Comares S.L Granda, 2013, pp. 354-356.

LARRAURI PIJOAN, Revista de Derecho Penal y Criminología, 12 (2003), pp. 273 ss. “Se debe proteger a la mujer contra su voluntad

LAURENZO COPELLO, en Laurenzo) (coord) Género, 2008, pp. 356 ss.

LÓPEZ EIROA, Problemas que plantea la dispensa del deber de declarar en los delitos de violencia de género. Revista General del Derecho Procesal, nº 31, 2013, p. 3

MONTERO AROCA, J Perspectivas Inmediatas en la aplicación de la legislación contra la violencia de género. Tutela procesal frente a hechos violentos de género. Universidad Carlos I, 2007, pp. 148-149.

RICONDO GARCÍA, S, Paternalismo y género. Revista para el análisis del derecho. Barcelona, enero 2015, p. 30.

RODRÍGUEZ LAINZ, J. L, Juzgados de Violencia sobre la Mujer y Juzgados de Guardia, Bosch, Barcelona 2006, pp.311-312.

VILLAMARÍN LÓPEZ El derecho de los testigos parientes a no declarar en el proceso penal, InDret Revista para el análisis del derecho, nº 4, Barcelona 2012, pp. 9-15.

\* \* \* \* \*

## **M.<sup>a</sup> Adoración Ruiz Rodríguez**

Abogada. Talavera de la Reina (Toledo). Socia de la FICP.

### **~La prueba en los delitos de violencia de género y doméstica~**

#### **I. INTRODUCCIÓN**

La violencia de doméstica y de género constituye, sin duda, una lacra de nuestra sociedad, a la que desde hace unas décadas, las agendas políticas han prestado especial atención, con independencia del signo político y del país donde acontece.

Este tipo específico de violencia, por los sujetos que la ejercen y la sufren, así como por el lugar de perpetración, esconde una multitud de bienes jurídicos lesionados, que van más allá de la simple violencia tipificada en otros preceptos del Código Penal.

Una de las características de este tipo de violencia estriba en que el sujeto activo suele ser una persona que carece de antecedentes policiales o penales. Por lo tanto no nos encontramos ante un “delincuente al uso”, o ante carreras delincuenciales típicas.

El caldo de cultivo de la violencia doméstica y de género puede asentarse en una educación, cultura y asimilación de valores de corte tradicional, en los que ver a la mujer relegada a un segundo plano respecto del hombre se entendería como algo lógico. Fruto de estas ideas, se explica la idea de dominación, del hombre hacia la mujer, que subyace en las relaciones y que, a la postre, culmina en actos de violencia ejercidos por el hombre hacia la mujer que aquel entiende como lógicos y que ésta asume como merecidos.

Con el transcurso de los años y, la consiguiente asimilación de ideas igualatorias de género, la población ha ido demandando una protección de la mujer y la “familia” que rompiese con los estereotipos mencionados. Por su parte, la Política Criminal ha realizado esfuerzos, para que con los datos obtenidos por el saber criminológico y las estadísticas de victimización, las legislaciones hayan otorgado una protección integral a las víctimas.

Pese a los esfuerzos, tanto del conjunto de la sociedad, como de los diferentes organismos que entran en juego para evitar este tipo de violencia, la realidad es que, si bien se ha mejorado mucho en materia asistencial y de protección de la víctima, estos delitos no dejan de perpetrarse en nuestra sociedad, motivo por el cual habrá que

continuar profundizando tanto en sus causas como en sus consecuencias, a fin de poder dar una solución más eficaz, a la par que eficiente.

La presente comunicación aborda el complejo fenómeno de la violencia doméstica y de género, centrándose en los aspectos procesales referentes a las pruebas que se pueden aportar ante la Autoridad Judicial, así como las dificultades que entraña tanto la imposibilidad de obtención de algunas de ellas, como su posible refutación.

## II. VIOLENCIA DOMÉSTICA Y VIOLENCIA DE GÉNERO

Se pueden dar múltiples definiciones tanto de Violencia Doméstica como de Violencia de Género<sup>1</sup>.

Una primera definición de Violencia de Género la descubrimos en el artículo 2 de la Declaración 48/104 de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre la Erradicación de la Violencia contra la Mujer de 20 de diciembre de 1993. Una definición más actualizada se encuentra en el artículo 1.1 y 1.3. de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género<sup>2</sup>.

En la misma línea conceptual de nuestra legislación interna, el artículo 3 del Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha Contra la Violencia contra la Mujer y la Violencia Doméstica hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011 ofrece las siguientes definiciones.

Según el artículo 3 del Convenio mencionado en el apartado anterior “Por «violencia doméstica» se entenderán todos los actos de violencia física, sexual, psicológica o económica que se producen en la familia o en el hogar o entre cónyuges o

---

<sup>1</sup> “Por «violencia contra la mujer por razones de género» se entenderá toda violencia contra una mujer porque es una mujer o que afecte a las mujeres de manera desproporcionada” Se entenderá que la violencia contra la mujer abarca los siguientes actos, aunque sin limitarse a ellos:

a) La violencia física, sexual y psicológica que se produzca en la familia, incluidos los malos tratos, el abuso sexual de las niñas en el hogar, la violencia relacionada con la dote, la violación por el marido, la mutilación genital femenina y otras prácticas tradicionales nocivas para la mujer, los actos de violencia perpetrados por otros miembros de la familia y la violencia relacionada con la explotación;

b) La violencia física, sexual y psicológica perpetrada dentro de la comunidad en general, inclusive la violación, el abuso sexual, el acoso y la intimidación sexuales en el trabajo, en instituciones educacionales y en otros lugares, la trata de mujeres y la prostitución forzada;

c) La violencia física, sexual y psicológica perpetrada o tolerada por el Estado, dondequiera que ocurra.

<sup>2</sup> 1.1. La presente Ley tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia. 1.3. La violencia de género a que se refiere la presente Ley comprende todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad.

parejas de hecho antiguos o actuales, independientemente de que el autor del delito comparta o haya compartido el mismo domicilio que la víctima”.

A tenor del mismo precepto del Convenio aducido anteriormente: “Por «violencia contra la mujer por razones de género» se entenderá toda violencia contra una mujer porque es una mujer o que afecte a las mujeres de manera desproporcionada”.

Tal y como establece la “Guía de buenas prácticas para la evaluación psicológica forense del riesgo de violencia contra la mujer en las relaciones de pareja”<sup>3</sup>, este tipo concreto de violencia se caracteriza por:

a) Existencia de una situación de desigualdad entre el hombre, que domina, y la mujer

b) El hombre controla a la mujer mediante la manipulación, utilización de técnicas de aislamiento o utilización de variadas formas de violencia, generalmente de forma reiterada.

c) Lo anterior puede causar desajustes psicológicos en la mujer.

d) Existe una vinculación afectiva entre víctima y victimario que provoca una adaptación a la situación que implica una minimización subjetiva de los actos violentos.

La reiteración a la que se alude en el apartado b) anteriormente descrito puede también incluir la modalidad delictiva del artículo 172 ter del Código Penal que introduce el delito de nueva creación denominado “stalking” consistente en la reiteración de conductas en virtud de las cuales se produce una merma grave de la libertad y seguridad de la víctima al verse sometida a persecuciones constantes, llamadas reiteradas u otra modalidad de hostigamiento reiterado, que en el caso de que se produzca en el ámbito familiar conllevará un plus punitivo<sup>4</sup>.

Estos actos de hostigamiento requieren una cierta extensión temporal para poder apreciar su punibilidad, si bien en la jurisprudencia no se concreta un lapso de tiempo a partir del cual se puede presumir su comisión.

Lo que sí parece evidente es que:

---

<sup>3</sup> GÓMEZ HERMOSO, y otros. Guía de buenas prácticas para la evaluación psicológica forense del riesgo de violencia contra la mujer en las relaciones de pareja (VCMP), 2012, pp. 8-37.

<sup>4</sup> Juzgado de instrucción n.º 3 Tudela (Navarra). Sentencia 3/2016, de 23 de marzo de 2016

*“mediando una orden de alejamiento con prohibición de comunicación, cualquier actuación constitutiva de stalking supondrá... el quebrantamiento de la misma.”<sup>5</sup>*

La protección por parte del derecho positivo español en los supuestos de violencia de género y violencia familiar se contiene en los artículos 153 y 173.2 a 4 del vigente Código Penal.

En la violencia de género el castigo penal se fundamenta en: “el mantenimiento de una línea de conducta con, o mejor, sobre el cónyuge, dirigida e idónea para envolverlo en un clima de tensión y de agobio, en una atmosfera psicológica y moralmente irrespirable, capaz de anularle como persona y de reducirle a un actitud de sumisión, con la consiguiente incapacidad de reaccionar ante el estado de cosas, por el temor y la angustia, así inducidos.”<sup>6</sup>

Es importante mencionar que estos delitos cuyo enjuiciamiento, se atribuye a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer son delitos públicos por lo que aún, si la denunciante retira la denuncia o se retracta, no conlleva per se el archivo del procedimiento iniciado<sup>7</sup>.

### **III. PARTICULARIDADES DE ESTOS HECHOS DELICTIVOS QUE DIFICULTAN SU INVESTIGACIÓN Y PRUEBA.**

Para poder imponer un castigo penal a un sujeto por la comisión de un hecho delictivo es preciso que se desvirtúe su presunción de inocencia mediante el convencimiento del juez de su culpabilidad basado en la práctica de las pruebas de cargo necesarias que establezcan una relación entre el hecho cometido y la identificación del autor del mismo.

Antes de analizar las dificultades que entraña la violencia doméstica y de género convendría conocer los cinco tipos de violencia, que según Juan Antonio Cobo Plana<sup>8</sup>, pueden darse en este entorno:

a) Violencia aislada y por tanto que carece de reiteración en el pasado y que no tenderá a repetirse en el futuro. Se produce en un plano de igualdad entre los miembros

---

<sup>5</sup> FUENTES SORIANO, Revista General de Derecho Procesal, 44, 2018, pp. 33-37.

<sup>6</sup> Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. Sentencia 4423/2012 de 22 de junio.

<sup>7</sup> Grupo de Expertos en violencia doméstica y de género. “Guía de criterios de actuación judicial frente a la violencia de género”. Consejo General del Poder Judicial, Madrid. 2013. Pág. 123.

<sup>8</sup> COBO PLANA, en: BOLDOVA PASAMAR (Coordinador), La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género, 2006, pp. 354-355.

provocada por un episodio de gran tensión que finaliza con una agresión de contenido eminentemente físico.

b) Violencia reiterada entre ambas partes que conlleva el riesgo de su perpetuación.

c) Violencia continuada cuyo fin último no es lesionar al otro sino dominarle y someterle.

d) Violencia desatada caracterizada por el grave riesgo de que culmine en la producción de lesiones muy graves o incluso la muerte.

e) Formas especiales de violencia doméstica que se dan en entornos propios de las sectas, ritos y creencias fanáticas.

En los delitos de violencia de género y violencia doméstica, es frecuente que la presunta comisión de los mismos se realice en la intimidad del hogar familiar o de la pareja y por tanto alejado de la observación directa de testigos directos, debiendo basarse el fallo condenatorio únicamente en la manifestación de la víctima.

En multitud de ocasiones la víctima manifiesta haber sufrido un maltrato familiar o de pareja y no se pueden apreciar lesiones físicas de ningún tipo<sup>9</sup>.

La víctima en los delitos de violencia de género y violencia doméstica no comparte con el resto de las víctimas de otros delitos la capacidad de abstracción de la acción procesal, la acción penal y sus consecuencias.

En primer lugar, la víctima ha mantenido, o incluso mantiene, una relación afectiva con el agresor, lo que entraña un conocimiento mutuo y en muchas ocasiones una relación de amor existente que puede dificultar la aportación de pruebas incriminatorias en sus manifestaciones.

En gran parte de los casos denunciados víctima y agresor comparten domicilio y moran en el mismo con los descendientes de alguno de ellos o de ambos.

No es infrecuente que la víctima además de esa relación amorosa, o aún sin ella, siga manteniendo una dependencia económica del agresor como único contribuyente a las cargas familiares.

---

<sup>9</sup> NAVARRO VILLANUEVA, en: DE HOYOS SANCHO (directora), Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género: Aspectos procesales civiles, penales y laborales, 2009, p. 478.

Por último, pero no por ello menos importante, aún en el supuesto de que recaiga una sentencia condenatoria contra el agresor, que entre otras penas conlleve la pérdida de la patria potestad, esta no será definitiva, y en un futuro inferior a 10 años, puede legalmente seguir decidiendo sobre el devenir de sus hijos<sup>10</sup>.

No se puede tampoco menospreciar la posibilidad de que la declaración de la víctima-testigo conlleve en realidad imputaciones falsas, para lo cual el tribunal ha de valorar tal declaración teniendo en cuenta la concurrencia de tres parámetros que, si no se dan, implicarían la inverosimilitud de la prueba y que, si faltase alguno de ellos, obligaría al órgano sentenciador a valorarla libremente tal y como establece la Ley de Enjuiciamiento Criminal:<sup>11</sup>

a) Ausencia de credibilidad subjetiva originada en las propias relaciones acusado víctima que pongan de relieve un móvil espurio de resentimiento o venganza que puede enturbiar la sinceridad del testimonio.

b) Verosimilitud del testimonio que ha de hallarse acompañado de ciertas comprobaciones periféricas de carácter objetivo que lo doten de aptitud probatoria, más allá de la subjetividad de las manifestaciones de la parte acusadora.

c) Persistencia en la incriminación, sin contradicciones importantes advertidas en transcurrir de las diferentes manifestaciones otorgadas a lo largo del tiempo.

Las lesiones que la víctima presenta pueden haber sido causadas de diferentes maneras por lo que el órgano sentenciador ha de llegar a la convicción de que las mismas son fruto de violencia del hombre sobre la mujer y no, por ejemplo causadas por terceras personas ajenas a la relación afectiva o incluso autoinflingidas por la propia denunciante con fines espurios

Por otro lado es propio del ser humano el instinto de supervivencia y ante la inminencia de una agresión, si la facultad volitiva del sujeto no se haya anulada completamente, es lógico que las mujeres víctimas de violencia machista tiendan a defenderse y puedan causarse lesiones adicionales.

---

<sup>10</sup> PAULÍ COLLADO, Revista de Estudios Jurídicos, 2005, pp. 21-22

<sup>11</sup> Artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.: “El Tribunal, apreciando, según su conciencia las pruebas practicadas en el juicio, las razones expuestas por la acusación y la defensa y lo manifestado por los mismos procesados, dictará sentencia dentro del término fijado en esta Ley.

Siempre que el Tribunal haga uso del libre arbitrio que para la calificación del delito o para la imposición de la pena le otorga el Código Penal, deberá consignar si ha *tomado* en consideración los elementos de juicio que el precepto aplicable de aquél obligue a cuenta.”

Es por tanto importante la entidad y localización de las lesiones, tanto en la víctima como en el presunto agresor, a fin de “averiguar en cada caso quién o quiénes iniciaron la agresión, para evitar que pueda aparecer como uno de los componentes de la riña quien no fue otra cosa que un agredido que se limitó a repeler la agresión...”<sup>12</sup>

Otro aspecto a tener en consideración a la hora de aportar material probatorio acontece cuando el tipo de maltrato o lesiones son de contenido psicológico y por tanto no apreciables a simple vista, sino que precisan del concurso de personal especializado<sup>13</sup> que mediante pruebas de contenido técnico valoren, tanto las lesiones, como las posibles secuelas a futuro derivadas de las mismas.

Este tipo de violencia, que antecede o es coetánea a la violencia física es denominada “violencia invisible”, la cual se ha podido ejercer de forma muy sutil desde hace mucho tiempo y no manifestarse claramente. Además, la prueba pericial médico-forense ha de dejar constancia de la existencia de relación de causalidad entre la conducta tipificada en el artículo 153 del Código Penal y el daño psíquico sufrido como consecuencia del mismo, no sirviendo en principio solamente las manifestaciones que realiza la propia víctima<sup>14</sup>.

Como quiera que en la mayoría de los supuestos no existe prueba testifical, aparte de la de la propia víctima, si efectivamente la presta y no se acoge a la dispensa de no declarar a los familiares directos, se podrán constatar las lesiones sufridas pero la dificultad estriba en imputarlas al autor causante “aunque exista [...] prueba pericial o documental médica acreditará únicamente la existencia de lesiones físicas o, en su caso, del daño psicológico; es decir, objetivará la realidad de la agresión, pero no su origen.”<sup>15</sup>

También hay que tener en cuenta que los delitos que se analizan requieren la demostración de unos hechos tan complejos y dispares como la violencia psíquica ocasional en el ámbito familiar o como la “habitualidad” en la violencia familiar no ceñida a episodio concreto.

---

<sup>12</sup> Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. Sentencia 1136/2006 de 20 de noviembre

<sup>13</sup> Unidades de Valoración Forense Integral (UFVI) formadas por un equipo multidisciplinar compuestas al menos por un psiquiatra, un psicólogo y un trabajador social.

<sup>14</sup> MIRANDA ESTRAMPES, en: DE HOYOS SANCHO (directora), Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género: Aspectos procesales civiles, penales y laborales, 2009, p. 452.

<sup>15</sup> HERRANZ LATORRE, Ciencia policial, 139, 2016, p. 13.

Para el primero de los supuestos una respuesta judicial célere parece lo más apropiado, pero la elaboración del material probatorio preciso en el supuesto de la habitualidad no compagina bien con los plazos otorgados para el procedimiento de juicio rápido. *“La generalización de los Juicios Rápidos para el enjuiciamiento de los delitos de violencia sobre la mujer tiene, como contrapartida, que se primen los hechos más inmediatos y fácilmente constatables sobre los supuestos de violencia psíquica o de violencia habitual que, en general, requieren la transformación del procedimiento y dar lugar a una mayor y más dilatada investigación. [...] Pero también se incide en que en no pocas ocasiones esa “opción” por continuar como rápido tiene que ver con un planteamiento eminentemente pragmático, y de una cierta oportunidad, con el fin de impedir que el paso del tiempo lleve a que la propia víctima termine apartándose o retractándose del procedimiento, sin conseguir obtener ningún resultado práctico.”*<sup>16</sup>

Los escasos plazos que otorga el legislador en la tramitación de los juicios rápidos conlleva que existan grandes dificultades para poder llevar a cabo una actividad probatoria eficaz que demuestre la existencia de una violencia psíquica o una violencia habitual por mucho que exista una coordinación eficaz entre todos los agentes intervinientes y que, se hayan firmado diversos protocolos que intentan reducir este hándicap<sup>17</sup>.

Generalmente las pruebas técnicas a practicar para demostrar las lesiones de contenido psicológico en los delitos de violencia de género y violencia doméstica, denominada valoración pericial psicológica, son complejas, lo que no casa bien con lo que el artículo 795 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal<sup>18</sup> establece para la tramitación de delitos cuya instrucción se presuma sencilla, por lo que difícilmente se podrá presentar ante el tribunal una valoración psicológica irrefutable dadas las prisas procesales que requiere el procedimiento establecido para los juicios rápidos.

---

<sup>16</sup> Conclusiones del seminario: “Balance de los cinco años de funcionamiento de los juzgados de violencia sobre la mujer” celebrado en la sede del CGPJ del 18 al 20 de octubre de 2010, pp. 11-12.

<sup>17</sup> ETXEBERRIA GURIDI, en CASTILLEJO MANZANARES, Violencia de género, justicia restaurativa y mediación, 2011, pp. 410-412.

<sup>18</sup> 795.1 LECrim.: “1. [...] se aplicará a la instrucción y al enjuiciamiento de delitos castigados con pena privativa de libertad que no exceda de cinco años, [...], siempre que el proceso penal se incoe en virtud de un atestado policial y que la Policía Judicial haya detenido a una persona y la haya puesto a disposición del Juzgado de guardia o [...] y, además, concorra cualquiera de las circunstancias siguientes: 1.ª Que se trate de delitos flagrantes. [...] 2.ª Que se trate de alguno de los siguientes delitos: a) Delitos de lesiones, coacciones, amenazas o violencia física o psíquica habitual, cometidos contra las personas a que se refiere el artículo 173.2 del Código Penal. 3.ª Que se trate de un hecho punible cuya instrucción sea presumible que será sencilla.”

Respecto a la connotación de habitualidad para este tipo de delitos, el Tribunal Supremo entiende por tal, no ya la multirreincidencia, sino que la víctima viva en un estado de agresión permanente.

La habitualidad penalmente reprochable constituye una concatenación de hechos que individualmente considerados pasarían desapercibidos para el Derecho Penal pero que en su conjunto, y siempre que se ocasionen con el fin de dominar a la otra parte de la relación sentimental, sí que tendrían cabida en artículo 173.1 del CP

Otra dificultad añadida, existente al inicio de la incorporación de estas figuras delictuales en el Código Penal, estribaba en que según una línea jurisprudencial mantenida durante algún tiempo, si bien actualmente es minoritaria, nos encontraríamos ante categorías delictuales en las que además de un dolo genérico se requería un dolo específico circunscrito a la situación de poder y dominación del hombre sobre la mujer que prevé el artículo 1.1 de la Ley Orgánica 1/2004.

La dificultad de demostración probatoria de este dolo específico, tan solo por indicios, podría dar lugar a que la mayoría de las sentencias fueran absolutorias.

La jurisprudencia mayoritaria en la actualidad, siendo resaltable la de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, tan solo requiere la existencia de un dolo genérico, al entender que existe una presunción iuris tantum de ánimo de dominación siempre latente del hombre sobre la mujer. Con base en este argumento conviene aclarar que no toda acción violenta que se produce en el ámbito de las relaciones de pareja se incardinan per se dentro del tipo del artículo 153 del Código Penal, sino que es preciso que exista en la misma una situación de desigualdad y de dominación del varón sobre la mujer.

En la violencia contra la mujer dentro del ámbito de pareja se dan unas características que hacen difícil su detección por personas ajena al ámbito íntimo, y por ende dificultan su prueba en un proceso penal. Estas características se pueden resumir en la existencia de un abuso de poder del hombre sobre la mujer que conlleva implícita una desigualdad entre ambos y que desemboca a la larga en patologías psicológicas de aquella.

Esta desigualdad logra controlar a la mujer mediante la manipulación constante, el aislamiento familiar y social así como episodios violentos.

La dominación a la que frecuentemente se han podido ver sometidas las víctimas les puede haber provocado un desgaste que puede ver la luz o incrementarse a medida que es sometida a reiteradas comprobaciones sobre los hechos acaecidos, provocando una victimización secundaria que conlleve a que se retracte de las manifestaciones inicialmente vertidas, a contradicciones constantes, al uso en el juicio oral de la dispensa que el artículo 416 de la ley procesal penal le confiere si no desea declarar, así como a justificaciones que disimulen los hechos y su gravedad motivada por lo que se conoce como adaptación paradójica en la que la víctima se identifica con el agresor, bien por adaptación y tolerancia a los episodios violentos, bien por la relación afectiva existente entre ambos.

En multitud de ocasiones el único material probatorio existente, aparte de la declaración de la víctima, no puede reproducirse en el acto del juicio oral, sino que deberán ser examinadas por el órgano instructor de manera anticipada, so pena de correr el riesgo de no poder introducir las en el momento procesal oportuno. Nos estamos refiriendo a aquellas pruebas obtenidas en terminales de comunicación tales como servidores de correo electrónico, WhatsApp o mensajes de texto, para los que habrá que preconstituir la prueba, con todas las garantías que la Ley de Enjuiciamiento Criminal prevé para estos supuestos, siendo reproducidos mediante lectura en la fase de juicio oral y sometidas a contradicción.

#### **IV. LA PRUEBA INDICIARIA. EL TESTIMONIO DE REFERENCIA**

Vemos como los delitos de violencia de género se producen siempre en lugar y espacios íntimos, que excluyen la presencia de terceros, véase por ejemplo en el domicilio, en cualquier recinto que compartan el acusado y la víctima, por lo que, cuando la víctima se acoge, como hemos visto, a la dispensa contemplada en el art. 416 de la LECRIM, en el plenario, no se dispone de más elementos de cargo para obtener la condena del acusado.

Existen ocasiones en las que además de la dispensa a declarar de la víctima, se dispone en el plenario de las manifestaciones de los agentes de Policía que acudieron, como consecuencia de la llamada de la propia víctima o de algún vecino, al domicilio, a quienes la perjudicada sí manifestó el origen de las lesiones que presenta (y que los agentes pueden, en muchos casos, observar por sí mismos).

Estos testimonios, son meros testimonios de referencia, puesto que los agentes que acudieron al lugar donde se produjo el hecho delictivo no presenciaron las agresiones y lo que vienen a manifestar al juicio, además de las lesiones que pudieron ver a la víctima, lo que ella misma les relató y el posible agresor.

El artículo 710 de la LECrim. viene a reconocer la existencia y validez de dichos testimonios indirectos o de referencia, cuando señala que los testigos expresarán «la razón de su dicho y, si fueren de referencia, precisarán el origen de la noticia, designando a la persona que se la hubiera comunicado».

El problema que se suscita es que el testigo de referencia sólo podría acreditar que el testigo dice la verdad cuando afirma que aquello le fue relatado por una tercera persona, pero por muy sincero que resultase el testigo de referencia, por sí solo no acredita que el relato que escuchó sea cierto.

Por eso, esta clase de pruebas ha sido vista con disfavor, destacando el Tribunal Supremo que el testigo de referencia no puede suplir al testigo directo, lo que, a nuestro juicio, debe ser entendido en el sentido de que, así como el testimonio de la víctima, incluso cuando se trate de la única prueba de cargo, bajo ciertas circunstancias, puede reputarse hábil para enervar el derecho constitucional a la presunción de inocencia, no sucede lo mismo con el testimonio de referencia. Es decir, en ningún caso, el testimonio de referencia, incluso múltiple (varios testigos de referencia) puede reputarse apto para enervar, por sí solo, el derecho constitucional a la presunción de inocencia.<sup>19</sup>

Sin embargo, como ha declarado el Tribunal Supremo, singularmente, en su Sentencia de fecha 6 de julio de 2012:

«El valor del testimonio de referencia es ciertamente limitado por la naturaleza del hecho mismo sobre el que se testimonia: en efecto, la percepción sensorial del testigo de referencia no alcanza al hecho sucedido, que no presenció, sino al hecho de su afirmación o narración por parte del testigo directo. En el caso de ser aquel totalmente veraz, lo único que puede por sí solo acreditar es la realidad y certeza de aquella narración en cuanto relato sucedido y realizado por alguien, no en cuanto al hecho mismo relatado. Pero ese relato, ciertamente hecho por el testigo directo, cuando se une a datos objetivos que corroboran rigurosamente lo afirmado por él al testigo de

---

<sup>19</sup> DE LA FUENTE HONRUBIA/PUENTE SEGURA, *Violencia de género. Aspectos jurídico-penales fundamentales*, 2019, pp. 48-49.

referencia, puede constituir prueba bastante para asentar como cierto y verdadero el relato mismo... Fue una espontánea narración que quiso voluntariamente hacer a los presentes –médico y agentes de Policía– que se limitaron a escuchar el relato que la lesionada estimó oportuno hacerles. No fue pues una declaración sino una narración que hizo por sí misma cuando, donde y ante quien quiso hacerla. Los que la oyeron acudieron al juicio oral y testificaron contando lo que allí escucharon. Por ello el posterior ejercicio por la lesionada de su derecho a no declarar en el juicio oral contra su pareja, que acarrea la imposibilidad de introducir en el proceso cualquier anterior declaración suya, conforme a la doctrina recogida en la Sentencia de esta Sala de 20 de febrero de 2009, no impide en este caso que los testigos de referencia cuenten como tales lo que la agredida les contó, comentó, narró y relató voluntariamente, por su iniciativa sin prestar una declaración policial o judicial en sentido propio. Hecho referenciado que coincide plenamente con las señales físicas que aquella presentaba y que todos vieron en el centro de salud, y sobre la que se emitió informe pericial acreditativo de su correspondencia con la versión contada por la interesada a sus oyentes».

Es decir, el testimonio de referencia opera como un mero indicio que cuando, unido a otros –que los testigos observaran la presencia de lesiones en la víctima, que, por ejemplo, no hubiera ninguna otra persona más que el acusado en la vivienda, la constancia objetiva de las lesiones a través de los correspondientes partes médicos, etc., permite obtener la conclusión indudable de que los hechos se produjeron en la forma sostenida por las acusaciones, habilita para que pueda considerarse, sobre esta base conjunta, enervado el derecho fundamental a la presunción de inocencia del acusado.

## V. CONCLUSIONES

Dada las especificidades de los delitos de violencia de género y violencia doméstica, los cuales se realizan en el seno de una relación de afectividad y en la mayoría de los supuestos en la más estricta intimidad del hogar, la actividad probatoria que podría conducir a la condena del responsable se ve ciertamente dificultada, toda vez que a lo anterior se puede sumar una dependencia afectiva, psicológica y económica de la “denunciante” respecto del agresor, sin dejar de lado la propia presión familiar y social que puede sufrir la víctima. A continuación se expondrán unas conclusiones extraídas del contenido de las páginas precedentes.

PRIMERA: Existe violencia de género cuando el hombre, mediante acciones que denotan un dolo directo, tales como la manipulación, el aislamiento o la violencia, ejerce un dominio reiterado sobre la mujer, la cual se encuentra en una situación de desigualdad, que le puede causar desajustes de orden psicológico.

SEGUNDA: Se enerva la presunción de inocencia mediante el convencimiento del juez de la culpabilidad del autor en el hecho cometido tras la práctica de las pruebas de cargo suficiente de contenido incriminatorio, constitucionalmente obtenidas, legalmente practicadas y racionalmente valoradas. Para desvirtuar la presunción de inocencia las declaraciones testificales de los menores de edad exigen la práctica de prueba pericial psicológica que descarten subjetividades o confabulaciones del menor.

TERCERA: La mayor dificultad probatoria de los delitos de violencia doméstica y de género estriba en que se acometen en la intimidad y por tanto alejado de la observación directa de testigos directos. Igualmente puede verse dificultada la aportación de pruebas debido a la relación afectiva existente entre la víctima y el agresor.

CUARTA: Para evitar imputaciones falsas el Tribunal Supremo exige que las manifestaciones de la víctima no adolezcan de incredibilidad subjetiva que ponga de relieve un móvil espurio de resentimiento, verosimilitud del testimonio acompañado de otras comprobaciones periféricas y persistencia en la incriminación, así como ausencia de contradicciones importantes a lo largo del tiempo.

QUINTA: Es difícil contextualizar las lesiones ya que pueden haber sido causadas de múltiples formas, por terceros ajenos a la relación afectiva, o incluso autoinflingidas. La dificultad estriba no en acreditar las lesiones, sino su origen. La concreción de lesiones de tipo psicológico (violencia invisible) precisa de pruebas técnicas realizadas por personal especializado.

SEXTA: La celeridad de los juicios rápidos no parece idónea para poder demostrar correctamente, mediante valoraciones periciales psicológicas, la violencia psíquica o violencia habitual, al no poder llamar en muchos supuestos al médico forense, sino tan solo el médico que asistió a la víctima.

## **BIBLIOGRAFÍA**

CENTRO DE ESTUDIOS DOCUMENTALES JURÍDICOS (CENDOJ)

COBO PLANA, Juan Antonio, La prueba interdisciplinar en la violencia doméstica: Un punto de vista forense, en BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel (Coordinador) La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género, Atelier, Barcelona, 2006.

DE LA FUENTE HONRUBIA, Fernando/PUENTE SEGURA, Leopoldo, Violencia de género. Aspectos jurídico-penales fundamentales. UDIMA. Centro de Estudios Financieros, 2019.

ETXEBERRIA GURIDI, José Francisco. La prueba en el proceso de violencia de género, en: CASTILLEJO MANZANARES, Raquel, Violencia de género, justicia restaurativa y mediación. La Ley, Las Rozas, Madrid, 2011.

FUENTES SORIANO, Olga, Los procesos por violencia de género. Problemas probatorios tradicionales y derivados del uso de las nuevas tecnologías, Revista General de Derecho Procesal, 44, 2018.

GÓMEZ HERMOSO, M<sup>a</sup> Rocío y otros. Guía de buenas prácticas para la evaluación psicológica forense del riesgo de violencia contra la mujer en las relaciones de pareja (VCMP). Colegio Oficial de Psicólogos de Madrid. 2012.

HERRANZ LATORRE, Ramiro. La problemática de la prueba en la persecución de la violencia de género, Ciencia policial, 139, noviembre-diciembre de 2016.

MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, Particularidades de la prueba en los delitos de violencia de género, en: DE HOYOS SANCHO, Montserrat (directora), Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género: Aspectos procesales civiles, penales y laborales, Lex Nova, Valladolid, 2009.

NAVARRO VILLANUEVA, Carmen. La protección del testimonio de la mujer víctima de violencia de género, en: DE HOYOS SANCHO, Montserrat (directora) Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género: Aspectos procesales civiles, penales y laborales, Lex Nova, Valladolid, 2009.

PAULÍ COLLADO, Javier. Los delitos de violencia doméstica y su prueba con ocasión de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, Centro de Estudios Jurídicos, Madrid, 2005.

\* \* \* \* \*

## Joana Ruiz Sierra

Juez sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana. Abogada no ejerciente del Ilustre Colegio de Abogados de Valencia. Socia de la FICP.

### ~Víctima menor de edad y víctima capaz~

**Resumen.-** Las víctimas menores de edad y con discapacidad su reflejo en el Estatuto de la Víctima del Delito, como disposición legal que trata de englobar todos los derechos de la víctima. Se examina su marco legal e internacional. Su concepto y los derechos de estas víctimas menores de edad o con discapacidad.

**Palabras Clave.-** Víctima menor de edad, revictimización, interés superior del menor, protección al menor.

#### I. INTRODUCCIÓN.

El Preámbulo de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito<sup>1</sup> (LEVD) nos indica el propósito de esta de esta norma legal *...ofrecer desde los poderes públicos una respuesta lo más amplia posible, no solo jurídica sino social, a las víctimas, no sólo reparadora del daño en el marco de un proceso penal, sino también minimizadora de otros efectos traumáticos en lo moral que su condición puede generar, todo ello con independencia de su situación procesal.*

En España, antes del citado Estatuto, el marco normativo fue una serie de disposiciones dispersas garante de los derechos de la víctima, aunque se centraba en algunos tipos de víctimas y de acuerdo con su normativa particular.

Con la Ley 4/2015 se pretende una regulación sistematizada de los derechos de las víctimas desde las dependencias policiales hasta la ejecución de la pena, lo que supone la participación activa de funcionarios, profesionales e instituciones como Jueces, Fiscales, Letrados de la Administración de Justicia, funcionarios de Instituciones Penitenciarias, Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, Abogados, Médicos Forenses y las Oficinas de Asistencia a las Víctimas del Delito.

Igualmente de entre las víctimas, esta normativa busca visibilizar a aquellas víctimas vulnerables<sup>2</sup>, aquellas que tienen un mayor riesgo de sufrir una victimización secundaria o re-victimización provocada por el sistema judicial. Una de las finalidades de esta Ley es ofrecer, desde los poderes públicos, una respuesta lo más amplia posible, no sólo jurídica sino también social, a las víctimas, y no solo reparadora del daño en el

---

<sup>1</sup> Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito. Boletín Oficial del Estado, 28 de abril de 2015. (Verificado el 5.06.2019) <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-4606>

<sup>2</sup> Entiéndase menores, ancianos, personas con discapacidad o con enfermedad mental.

marco de un proceso penal, sino minimizadora de otros efectos traumáticos en lo moral que su condición puede generar y con independencia de su situación procesal<sup>3</sup>.

Ha sido una constante en nuestro ordenamiento jurídico que a raíz del descubrimiento de hechos de carácter delictivo, cualquier víctima, y por ende el menor o persona con alguna discapacidad, tuviera que prestar declaración (al menos) en dos ocasiones, en la fase de instrucción, que solo tiene carácter investigador y en el acto del juicio oral con publicidad, contradicción e inmediación, que sí tiene virtualidad para destruir la presunción de inocencia. Por lo que al menos debían rememorar los hechos delictivos en dos ocasiones (en el ámbito judicial), y una más que probable tercera vez ante los agentes de la autoridad.

Esta sobreexposición a distintas evaluaciones-entrevistas suponen una reexperimentación continuada de emociones negativas y una sensación de descrédito (desconfianza), si se pone en cuestión su testimonio, que afecta a su autoestima y puede crearle sentimientos de culpa.<sup>4</sup>

El presente estudio se va a detener en los medios articulados por nuestro legislador para evitar la victimización secundaria de menores, ancianos y discapaces, por lo tras describir el marco legal y su concepto, me aproximaré al nuevo escenario, donde se ha venido apreciando un progresivo fortalecimiento de la posición de las víctimas en el proceso penal, especialmente de aquellas especialmente vulnerables, de las personas con escasa capacidad para defender sus derechos sin ayuda y con riesgo de ser excluidas por el sistema.

## II. MARCO LEGAL<sup>5</sup>.

A nivel internacional, cabe destacar la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989<sup>6</sup> (en vigor desde el 2 de septiembre de 1990), en su artículo 3.1

---

<sup>3</sup> Véase el Preámbulo Estatuto de la Víctima

<sup>4</sup> GONZÁLEZ, J. L./ MUÑOZ, J. M./ SOTUCA, A./MANZANERO, A. L., Propuesta de protocolo para la conducción de la prueba preconstituida en víctimas especialmente vulnerables, Papeles del Psicólogo vol. 34(3), 2013, pp. 227-237 (verificado el 4.06.2019) <http://www.papelesdel psicologo.es/pdf/2280.pdf>

<sup>5</sup> Véase a ARROM LOSCOS, R., La declaración del menor víctima en el proceso penal; en especial el menor víctima de delito sexual. La relevancia del nuevo artículo 433 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, Riedpa.com (Revista Internacional de estudios de derecho Procesal y Arbitraje), n° 3 diciembre, 2015 (verificado el 4.06.2019) [www.riedpa.com](http://www.riedpa.com)

<sup>6</sup> Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990 (Verificado 5.06.2019) <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1990-31312>

se indica que: *"..en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño"*.

El Protocolo Facultativo de la Convención de Derechos del Niño, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y utilización de los niños en la pornografía, hecho en Nueva York el 25 de Mayo de 2000<sup>7</sup>, artículo 8.1 del Protocolo por el que se obliga a los Estados partes a adoptar todas las medidas necesarias para preservar sus derechos a lo largo de la sustanciación del proceso penal.

A nivel Europeo, además de las citadas en la introducción, cabe destacar en el Consejo de Europa la Recomendación del Comité de Ministros sobre la posición de la víctima en el marco del Derecho Penal y del proceso penal, de 28 de junio de 1985 orientadas a preservar al menor del impacto que sobre el mismo produce el proceso penal.

La Directiva 2011/92, UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil<sup>8</sup>, y la Directiva 2011/36/UE del Parlamento y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por las que se sustituye la Decisión Marco 2002/629/JAI del Consejo<sup>9</sup>.

El Convenio Europeo para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007.<sup>10</sup>

Marco legal español de protección a las víctimas menores de edad:

- Ley Orgánica de protección jurídica del menor, tras la redacción conferida por las leyes 8/2015 y 26/2015 de sistemas de protección a la infancia y a la adolescencia (en adelante LOPJM)<sup>11</sup>

---

<sup>7</sup> Instrumento de Ratificación del citado Protocolo por España (Verificado 9.06.2019) <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2002-1858>

<sup>8</sup> (Verificado el 6.06.2019) <https://www.boe.es/doue/2011/335/L00001-00014.pdf> )

<sup>9</sup> (Verificado el 6.06.2019) <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2011-80799> )

<sup>10</sup> Instrumento de Ratificación del Convenio del Consejo de Europa BOE núm. 274 (verificado 5.06.2019) <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2010-17392>

<sup>11</sup> Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, BOE núm. 15, de 17/01/1996

- LO 19/1994, de 23 de diciembre, de protección de peritos y testigos en causas criminales<sup>12</sup>.
- Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayuda y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual (desarrollada por el Real Decreto 738/1997, de 23 de mayo)
- LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor
- Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual
- LO 27/2003, reguladora de la Orden de Protección, por la que se introdujo el artículo 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal
- Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género
- LO 8/2006, de 4 de diciembre por la que se modifica la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores (LORRPM), en cuya Exposición de Motivos dedica una atención especial a las víctimas menores de edad y sus derechos (como el de ser informado en todo momento se haya personado o no en el proceso de las resoluciones que le interesen, etc.)
- Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo

El Estatuto de la Víctima, transpone la Directiva 2012/29/UE<sup>13</sup>, que a su vez ha sido objeto de desarrollo mediante Real Decreto 1109/2015, de 11 de diciembre, por el que se desarrolla la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, y se regulan las Oficinas de Asistencia a las Víctimas del Delito<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> BOE núm. 307, de 24 de diciembre de 1994 (verificado 5.06.2019) <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1994-28510>

<sup>13</sup> (Verificado 25.06.2019) 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 marco 2001/220/JAI del Consejo, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32012L0029>

Para una mejor comprensión de esta Directiva y lo que supone para la víctima, véase CAMARENA GRAU, S., Módulo II. La Justicia Restaurativa. Valencia: Alfa Delta Digital, 2013, pp. 5-35

<sup>14</sup> (Verificado el 25.02.2017) <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-14263>

### III. ESTATUTO DE LA VÍCTIMA: CONCEPTO DE VÍCTIMA. VÍCTIMAS CON ESPECIALES NECESIDADES O CON ESPECIAL VULNERABILIDAD.

La Exposición de Motivos de esta ley nos dice que la definición de víctima es omnicomprendido, porque se extiende a toda persona que sufra un perjuicio físico, moral o económico como consecuencia del delito (de cualquier delito). En su artículo 2 nos ofrece un concepto general que se acerca al de perjudicado como persona física y diferencia víctimas directas de las indirectas. Considera víctima directa al ofendido, al sujeto pasivo del delito, titular del bien jurídico lesionado por la infracción. Y considera víctima indirecta a ciertas personas vinculadas con la víctima por lazos familiares o afectivos.

Literalmente el mencionado artículo dispone:

*“Las disposiciones de esta Ley serán aplicables:*

*a) Como víctima directa, a toda persona física que haya sufrido un daño o perjuicio sobre su propia persona o patrimonio, en especial lesiones físicas o psíquicas, daños emocionales o perjuicios económicos directamente causados por la comisión de un delito.*

*b) Como víctima indirecta, en los casos de muerte o desaparición de una persona que haya sido causada directamente por un delito, salvo que se tratase de los responsables de los hechos:*

*1.º A su cónyuge no separado legalmente o de hecho y a los hijos de la víctima o del cónyuge no separado legalmente o de hecho que en el momento de la muerte o desaparición de la víctima convivieran con ellos; a la persona que hasta el momento de la muerte o desaparición hubiera estado unida a ella por una análoga relación de afectividad y a los hijos de ésta que en el momento de la muerte o desaparición de la víctima convivieran con ella; a sus progenitores y parientes en línea recta o colateral dentro del tercer grado que se encontraren bajo su guarda y a las personas sujetas a su tutela o curatela o que se encontraren bajo su acogimiento familiar.”*

Por lo que podemos concluir que el Estatuto de la víctima, incluye solo a las víctimas del delito, personas físicas, sean sujeto pasivo o perjudicado por el delito, diferenciando para el caso de fallecimiento o desaparición, a las víctimas indirectas<sup>15</sup> de las directas. Por otro lado, tienen consideración de víctima indirecta, en los casos de muerte o desaparición de una persona, el cónyuge, conviviente y los hijos, progenitores

---

<sup>15</sup> Según la Exposición de Motivos de la Ley 4/2015 la inclusión del concepto de víctima indirecta, de alguno de sus supuestos, no viene impuesto por la norma europea, sino por otras normas como la Convención de Naciones Unidas para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas.

y parientes en línea recta o colateral dentro del tercer grado que se encontraren bajo la guarda de la víctima y personas sujetas a su tutela o curatela o que se encontraren bajo su acogimiento familiar.

Aclara el precepto que, en caso de no existir los anteriores, se considerarán víctimas indirectas a los demás parientes en línea recta y a sus hermanos, con preferencia, entre ellos, del que ostentara la representación legal de la víctima.

Los derechos que recoge esta Ley serán de aplicación a todas las víctimas de delitos ocurridos en España o que puedan ser perseguidos en España, con independencia de la nacionalidad de la víctima, de si son mayores o menores de edad o de si disponen o no de residencia legal.

Su exposición de Motivos manifiesta la vocación de ser el catálogo general de los derechos, procesales y extraprocesales, de todas las víctimas de delitos, no obstante las remisiones a normativa especial en materia de víctimas con especiales necesidades o con especial vulnerabilidad. Es por ello una obligación que, cuando se trate de menores, el interés superior del menor actúe a modo de guía para cualquier medida y decisión que se tome en relación a un menor víctima de un delito durante el proceso penal. En este sentido, la adopción de las medidas de protección del Título III, y especialmente la no adopción de las mismas, deben estar fundamentadas en el interés superior del menor.

#### **IV. INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR<sup>16</sup>.**

El interés superior del menor aparece, en la normativa internacional, en el artículo 3.1 de la Convención de Derechos del Niño de la Asamblea General de las Naciones Unidas como criterio determinante para adoptar cualquier medida que les afecte.

El artículo 2.1 y 2 Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor (LOPJM) nos dice que todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En aplicación de tal principio, las medidas a ellos concernientes que adopten los tribunales, entre otros, primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.

El sistema de justicia tiene que solventar estas cuestiones a sabiendas de que en el caso de conflicto entre el interés superior del menor y los intereses concurrentes, que

---

<sup>16</sup> Para ampliar este concepto, derecho y principio, véase RAVETLLAT BALLESTÉ, I., El interés superior del niño: concepto y delimitación del término, *Educatio Siglo XXI*, Vol. 30 nº 2, 2012, pp 89-108.

pueden ser defendidos por los padres, los familiares o terceros, debe, conforme al principio de proporcionalidad, priorizar las medidas que satisfagan todos los intereses y si ello no es posible conferir primacía al interés superior del menor (artículo 2.4 LOPJM). En cualquier caso, la decisión que se adopte tiene que respetar las debidas garantías del proceso (artículo 2.5 LOPJM).

Incorporan estos preceptos una serie de criterios generales para determinar, en cada caso, cual sea el interés superior del menor: la protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo y la satisfacción de sus necesidades básicas; la consideración de sus deseos, sentimientos y opiniones; la convivencia en un entorno familiar adecuado y libre de violencia priorizándose la permanencia en su familia de origen y preservándose el mantenimiento de sus relaciones familiares, siempre que sea posible y positivo para el menor; la preservación de la identidad, cultura, religión, convicciones, orientación e identidad sexual o idioma.

La intervención del menor se hará en función de su edad, madurez o evolución personal. El Estatuto de la Víctima en su artículo 4 indica que si la víctima fuera menor o tuviera la capacidad judicialmente modificada, las comunicaciones se harán a su representante o a la persona que le asista.

Prevé igualmente, los elementos generales para ponderar tales criterios (edad y madurez del menor, necesidad de garantizar su igualdad..) y para el caso de concurrir con otro interés legítimo no pudiéndose respetar todos los intereses concurrentes, establece de forma taxativa que "deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir".

El interés superior del menor se concibe como un derecho, como un principio jurídico como una norma de procedimiento.

## **V. DERECHO A PARTICIPAR EN EL PROCESO PENAL<sup>17</sup>.**

El menor y la persona discapaz tienen derecho a participar en el proceso en función de su edad, madurez o evolución personal, que debe estar presidido por el principio de su interés superior (artículo 2.2 b LOPJM).

---

<sup>17</sup> SUBIJANA ZUNZUNEGUI/ ECHEBURÚA ODRIÓZOLA, Los Menores Víctimas de Abuso Sexual en el Proceso Judicial: el Control de la Victimización Secundaria y las garantías Jurídicas de los Acusados, Anuario de Psicología Jurídica, Vol. 28, nº 1, 2018, pp 22-27.

La víctima (sin distinción, menor, discapaz o no) debe ser molestada lo menos posible, y por ello se le reconoce los siguientes derechos en el Estatuto de la Víctima:

1.- A que la declaración se realice:

1. Sin dilaciones (artículo 21.a LEVD).
2. El menor número de veces (artículo 21.b LEVD).
3. En dependencias especialmente concebidas (artículo 20 y 25.1.a LEVD)
4. Ante profesionales que hayan recibido formación específica (artículo 25.1.b LEVD).
5. Ante la misma persona salvo que ello pueda entorpecer el proceso o la declaración deba tomarla directamente un Juez o Fiscal (artículo 25.1.c LEVD).
6. Ante persona del mismo sexo, cuando así lo solicite, en los delitos de violencia doméstica o de género, contra la libertad sexual salvo que ello pueda entorpecer el desarrollo del proceso o debe tomarse la declaración por un Juez o Fiscal (artículo 25.1.c y d LEVD).

2.- A ser sometida a los reconocimientos médicos imprescindibles (artículo 21.d LEVD).

3.- A estar acompañada en toda diligencia por su representante legal o persona de su elección salvo que se resuelva lo contrario motivadamente (artículo 4.c y 21.c LEVD)

4.- A que se evite la confrontación visual con el infractor o sospechoso (artículo 20 LEVD).

5.- La prohibición de preguntas relativas a la vida privada de la víctima que no tengan relevancia para la prueba del hecho punible, salvo que la autoridad judicial estime necesario (artículo 25.3 LEVD)

6.- A la devolución inmediata de efectos salvo supuestos excepcionales (Artículo 18 LEVD y nueva redacción artículo 334 LECrim).

En caso de que se remitan o comuniquen resoluciones a la Oficina de Comunicación con arreglo al Protocolo de Comunicación del Consejo General del Poder Judicial de 22 de julio de 2015, deberá indicarse que la resolución remitida que contiene datos sensibles que afectan a víctimas objeto de protección

En cuanto a la ocultación domicilio y demás datos personales, la autoridad o funcionario deberán valorar esta posibilidad tras evaluar a la víctima. En todo caso,

cualquier restricción de publicidad para las restantes partes relativa a los datos de filiación o domicilio de las víctimas requerirá autorización judicial, como se desprende del artículo 2 de la LO 19/1994 de Protección de Peritos y Testigos al que se remite expresamente el artículo 25.3º LEVD. Adoptada la decisión es recomendable la formación de una pieza separada reservada donde consten los datos que puedan facilitar su identificación.

El derecho a impedir la difusión de información que afecte a su privacidad, evitar que se puedan conocer datos que permitan la identificación de las víctimas menores de edad o con discapacidad necesitadas de especial protección, se encomienda a los jueces, fiscales, autoridades y funcionarios de la investigación (artículo 22 LEVD).

## **VI. LA VÍCTIMA MENOR DE EDAD O CON DISCAPACIDAD NECESITADAS DE ESPECIAL PROTECCIÓN<sup>18</sup>.**

### **1. Derecho a entender y a ser entendido**

El artículo 4 Ley 4/2015<sup>19</sup> insiste en los aspectos de comunicación en la relación procesal, solo entendiendo el alcance de los derechos de participación e información cabe ejercerlos de manera competente. Del derecho a entender de la víctima se deriva un deber, para todos los agentes que intervienen en el proceso, de competencia lingüística, de hacerse entender. Para lo que resulta decisivo identificar la capacidad de comprensión del destinatario de la comunicación. Todo ello con lenguaje claro, sencillo y accesible en todo tipo de comunicaciones.

---

<sup>18</sup> El presente capítulo se ha tenido presente las reflexiones de trabajo de HERNÁNDEZ GARCÍA, J, Niños y niñas con discapacidad, victimización y proceso penal: algunas reflexiones, Curso sobre Menores y Discapacidad, Formación Continua, CGPJ, Madrid, abril 2019, pp 23-36

<sup>19</sup> Artículo 4. Derecho a entender y ser entendida.

Toda víctima tiene el derecho a entender y ser entendida en cualquier actuación que deba llevarse a cabo desde la interposición de una denuncia y durante el proceso penal, incluida la información previa a la interposición de una denuncia.

A tal fin:

a) Todas las comunicaciones con las víctimas, orales o escritas, se harán en un lenguaje claro, sencillo y accesible, de un modo que tenga en cuenta sus características personales y, especialmente, las necesidades de las personas con discapacidad sensorial, intelectual o mental o su minoría de edad. Si la víctima fuera menor o tuviera la capacidad judicialmente modificada, las comunicaciones se harán a su representante o a la persona que le asista.

b) Se facilitará a la víctima, desde su primer contacto con las autoridades o con las Oficinas de Asistencia a las Víctimas, la asistencia o apoyos necesarios para que pueda hacerse entender ante ellas, lo que incluirá la interpretación en las lenguas de signos reconocidas legalmente y los medios de apoyo a la comunicación oral de personas sordas, con discapacidad auditiva y sordo ciegas.

c) La víctima podrá estar acompañada de una persona de su elección desde el primer contacto con las autoridades y funcionarios.

El derecho a ser entendido, por lo que tanto los encargados de la investigación, como de la acusación, y en su caso, enjuiciamiento, deben conocer qué tipo de discapacidad sufre el menor que aparece como víctima ello ayuda a valorar mejor las informaciones probatorias dada por el mismo.

## **2. Derecho a ser oído.**

Garantizado en el artículo 12.2 de la Convención de derechos del Niño<sup>20</sup> y en el artículo 10.1 de la Directiva 2012/29, donde los Estados miembros garantizarán a la víctima la posibilidad de ser oída durante las actuaciones y de facilitar elementos de prueba

Importante, cuando por las circunstancias del caso concurra un serio de peligro para la integridad psíquica del menor, su derecho a ser oído y el derecho de las partes del proceso a la utilización probatoria de la información que pueda aportar, deben ceder en atención al principio de protección de su superior interés, así se recoge en el artículo 2.4 la L.O 1/96, reformada por la L.O 8/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, al prevenir, mediante una fórmula de ponderación de intereses, *“en caso de concurrir cualquier otro interés legítimo junto al interés superior del menor deberán priorizarse las medidas que, respondiendo a este interés, respeten también los otros intereses legítimos presentes. En caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.”*

## **3. Derecho a recibir información.**

Ya hemos señalado más arriba el desarrollo de este derecho a recibir información, desde el inicio proceso hasta la fase de ejecución. Pero también se extiende a otras informaciones no relacionadas *stricto sensu* con el proceso como el acceso a prestaciones públicas, servicios de asistencia y apoyo.

Destaco aquí el artículo 4 a) del Estatuto de la Víctima<sup>21</sup> el nombramiento de representante o asistente en el proceso no debe suponer, que el menor no deba ser

---

<sup>20</sup> Artículo 12.2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

<sup>21</sup> Artículo 4.a) Todas las comunicaciones con las víctimas, orales o escritas, se harán en un lenguaje claro, sencillo y accesible, de un modo que tenga en cuenta sus características personales y, especialmente, las necesidades de las personas con discapacidad sensorial, intelectual o mental o su

informado de forma personal de decisiones que le afecten directamente, excluyendo, previa evaluación, cualquier efecto dañoso que pudiera afectar negativamente al niño.

#### **4. Derecho a la protección.**

Del presunto responsable como del proceso en si mismo considerado.

Del presunto responsable o del ya condenado, procede el estudio individualizado de la víctima y acordar las medidas de protección acordes con la víctima menor o discapaz: prohibición de aproximación y/o comunicación, prisión.

El menor que no esté capacitado para declarar o, teniendo aptitud para hacerlo, cuando su acceso al proceso, provoca un riesgo de victimización, el interés superior del menor justifica que no acceda al proceso penal como fuente de prueba de un delito del que se afirma es víctima. O que la información que pueda ofrecer estas víctimas lo sea a través de expertos, mediante concentración de actuaciones, las grabaciones de las declaraciones, no acudir al juicio oral.

La doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso *Worwa* contra Polonia, de 27 de noviembre de 2003, se recuerda que el sometimiento de una persona (en el caso, acusada) a pericias psiquiátricas-psicológicas y el acceso a datos sobre su salud mental o su vida personal puede constituir un atentado a su derecho a la vida privada y familiar reconocido en el artículo 8 CEDH, lo que reclama de las autoridades una especial diligencia a la hora tanto de ordenarlas como de practicarlas en condiciones que respeten en lo posible el contenido esencial de tal derecho.

#### **VII. CONCLUSIONES.**

GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO<sup>22</sup> reflexiona que las víctimas encarnan, muy a su pesar, el fracaso del Estado en el cumplimiento de su función esencial de mantenimiento de la paz y la seguridad en la justicia, al sufrir las malignas consecuencias de la imperfección de los sistemas de prevención de infracciones penales, falibles como toda obra humana.

---

minoría de edad. Si la víctima fuera menor o tuviera la capacidad judicialmente modificada, las comunicaciones se harán a su representante o a la persona que le asista.

<sup>22</sup> MARCHENA GÓMEZ/GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015*, Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, Madrid, 2015, pp. 137 ss.

El Estatuto de la Víctima, ha supuesto una regulación sistematizada de los derechos que asisten a las víctimas, tanto en el ámbito judicial como de carácter asistencial.

Sin dudarlo, con esta regulación se ha dado visibilidad a las víctimas, a todas incluyendo a los menores y a las personas con discapacidad. Estas últimas, necesitadas de cierta protección no siempre bien entendida por los operadores jurídicos, resulta complicado un tratamiento unitario, porque pueden presentarse variadas situaciones, así víctimas de corta edad, víctimas con problemas de comunicación, etc. es necesario que se evalúe individualmente a cada una de ellas para ofrecerle sus derechos, su participación y su protección en el proceso penal. Debe buscarse el adecuado equilibrio entre el castigo a los responsables y la protección de estas víctimas.

Es evidente que la entrada en el proceso penal de las mismas debe facilitarse puesto que tienen derecho al mismo pero cómo debe realizarse su declaración sin mermar los derechos de las partes implicadas, cómo garantizar sus derechos y del resto de las partes, cómo evitar la victimización secundaria, cuándo deben quedar exoneradas estas víctimas de acudir al juicio oral, cómo respetar el derecho a un proceso con todas las garantías.

Es prematuro realizar una valoración de los resultados, nuestros tribunales se encuentran realizando una labor de concreción sobre estas víctimas.

### **BIBLIOGRAFÍA.**

ARROM LOSCOS, R., La declaración del menor víctima en el proceso penal; en especial el menor víctima de delito sexual. La relevancia del nuevo artículo 433 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, Riedpa.com (Revista Internacional de estudios de derecho Procesal y Arbitraje), nº 3 diciembre, 2015

CAMARENA GRAU, S., Módulo II. La Justicia Restaurativa. Valencia: Alfa Delta Digital, 2013,

GONZÁLEZ, J. L./ MUÑOZ, J. M./ SOTOCA, A./MANZANERO, A. L., Propuesta de protocolo para la conducción de la prueba preconstituida en víctimas especialmente vulnerables, Papeles del Psicólogo vol. 34(3), 2013

HERNÁNDEZ GARCÍA, J, Niños y niñas con discapacidad, victimización y proceso penal: algunas reflexiones, Curso sobre Menores y Discapacidad, Formación Continua, CGPJ, Madrid, abril 2019

MARCHENA GÓMEZ/GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015, Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, Madrid, 2015

RAVETLLAT BALLESTÉ, I., El interés superior del niño: concepto y delimitación del término, Educatio Siglo XXI, Vol. 30 nº 2, 2012

SUBIJANA ZUNZUNEGUI/ ECHEBURÚA ODRIÓZOLA, Los Menores Víctimas de Abuso Sexual en el Proceso Judicial: el Control de la Victimización Secundaria y las garantías Jurídicas de los Acusados, Anuario de Psicología Jurídica, Vol. 28, nº 1, 2018

[www.boe.es](http://www.boe.es)

[https://europa.eu/european-union/law/find-legislation\\_es](https://europa.eu/european-union/law/find-legislation_es)

<https://www.un.org/es/sections/what-we-do/uphold-international-law/>

\* \* \* \* \*

## Inmaculada Serrano Pérez

Juez sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana.  
Abogada no ejerciente del Ilustre Colegio de Abogados de Valencia. Socia de la FICP.

### ~Las medidas cautelares en el proceso penal~

**Resumen.-** Las medidas cautelares personales en el proceso penal español, son aquellas cuya adopción es necesaria en algunas ocasiones para asegurar la celebración del juicio así como para lograr el cumplimiento efectivo de la sentencia que en el mismo se dicte. Tales medidas se establecen para evitar que el investigado huya o ponga en peligro el proceso penal, ocultando o destruyendo fuentes de prueba, o incluso, que siga delinquiriendo durante la tramitación del mismo. Se trata de medidas limitativas de derechos, teniendo especial incidencia en el derecho a la libertad del artículo 17 de la Constitución Española.

En definitiva se pueden definir las medidas cautelares como *el instrumento del proceso penal utilizado con el fin de proteger y garantizar la función que el poder judicial ostenta de juzgar y de ejecutar lo juzgado.*

**Palabras Clave.-** Derecho a la libertad, juicio, sentencia, duración limitada, garantía del proceso penal, investigado.

## I. INTRODUCCIÓN

Las medidas cautelares son un instrumento del Derecho Procesal Penal que permite asegurar el cumplimiento de la ley y se encuentran reguladas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal de modo disperso; así en el Capítulo II, del Título VI del Libro II de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (Art. 489-501, Lecrim), se regulan las denominadas medidas precautelares, género al que pertenece la detención; el Capítulo III, del Título VI, del libro II del mismo Texto legal (Art. 502-519, Lecrim), viene a establecer las normas sobre la prisión provisional; asimismo, la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de Protección de las Víctimas de Violencia Doméstica y, posteriormente, la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Protección Integral contra la Violencia de Género han introducido una serie de medidas que responden a un único fin: la protección de la víctima; finalmente el Título IX, del Libro II de la ley de Enjuiciamiento Criminal (Art. 589-614, LECrim) se refiere a las denominadas medidas cautelares patrimoniales.

La tutela cautelar penal está relacionada con el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), en su vertiente relativa al tratamiento del sujeto pasivo del proceso, tal como ha puesto de manifiesto la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, debiéndose partir de la presunción de inocencia como regla de tratamiento del sujeto pasivo del proceso que supone, una actitud formal y materialmente razonable del Estado que le obliga a tratar al ciudadano conforme a la consideración que le ha otorgado. Lo

anterior exige que toda injerencia de derechos que el órgano jurisdiccional lleve a cabo sobre el sujeto pasivo del proceso responda a un motivo. Y, además, que el fin con que se privan o restringen derechos sea expresión teleológica de aquel motivo, y no de otro.

Las medidas cautelares se caracterizan por los siguientes elementos:

1. *Instrumentalidad*: La medida cautelar únicamente se ve justificada en relación con otro proceso, el cual recibe el nombre de principal, del que pretende asegurar su resultado.
2. *Provisionalidad*: La medida cautelar no es definitiva, por consiguiente, debe desaparecer cuando ya no es necesaria en el proceso penal de que se trate.
3. *Temporalidad*: La vida de la medida cautelar es de carácter limitado, por tanto, esta desaparece en el momento en que también lo hace la causa que la ha motivado. No obstante, en el supuesto de que se trate de derechos fundamentales, el juez puede establecer un tiempo máximo para la medida cautelar.
4. *Variabilidad*: La medida cautelar no es rígida, sino que puede ser modificada o incluso eliminada cuando la situación que le dio lugar es también alterada.

Además de los requisitos anteriores, deben concurrir elementos adicionales a los que, la doctrina, llama «presupuestos» y son:

- a) El “*fumus boni iuris*” o la apariencia de la comisión de un delito. El presupuesto material de toda medida cautelar en el proceso penal es la imputación, ya que sin investigado no hay posibilidad de adoptar medidas cautelares, por lo que tiene que haber cierta forma de comisión de un delito para que pueda existir una persona que aparentemente haya cometido el mismo.
- b) El “*periculum in mora*” lo podemos calificar como la sospecha de que el investigado desaparezca pudiendo ocasionar el impedimento del desarrollo del juicio y con ello la efectividad de la sentencia. Ha de tratarse de un hecho punible que revista especial gravedad<sup>1</sup>. Este peligro de fuga se acrecienta en la medida en que el hecho imputado sea de mayor gravedad y, por tanto, la futura pena a imponer sea más grave, es decir, a mayor pena, mayor riesgo de fuga. También se tiene que tener en cuenta la existencia o no de antecedentes penales, el arraigo familiar y social del investigado o las características del hecho punible.

---

<sup>1</sup> GIMENO SENDRA, V., Manual de derecho procesal penal. Madrid: Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, 2015, pp. 446 y ss.

- c) **Proporcionalidad:** Las medidas cautelares deben ser proporcionadas, esto es, deben ser adecuadas para conseguir el fin que pretendemos, debiendo optarse, además, por la medida menos gravosa entre las posibles.

En nuestro ordenamiento jurídico se regulan por un lado las medidas cautelares reales, y por otro, las medidas cautelares personales y en ambos casos deben acordarse siempre a través de una **resolución judicial**, por tanto, suelen inscribirse en un proceso penal ya abierto, sin perjuicio de que también se puedan solicitar antes.

- **las medidas cautelares reales** pretenden asegurar los bienes del investigado con la finalidad de hacer frente a las costas, indemnizaciones y demás prestaciones de carácter pecuniario a las que eventualmente fuera condenado con motivo del proceso penal. Son medidas aseguratorias de la pretensión civil acumulada a un proceso penal en curso, teniendo por objeto conservar los efectos e instrumentos del delito así como las responsabilidades pecuniarias que provienen del mismo, recayendo, por tanto, en el patrimonio de una persona, que normalmente será aquella a la que se atribuye la comisión de un delito.
- **Las medidas cautelares personales**, se caracterizan por su finalidad, esto es, asegurar un resultado futuro que pueda producirse a lo largo de un proceso, pudiendo asimismo, el juez o el órgano jurisdiccional competente, adoptarlas con la finalidad principal de evitar que el sujeto responsable del proceso penal se evada de la acción de la justicia, destruya fuentes de prueba, y en su caso, continúe delinquiendo, fin máximo de estas medidas cautelares.

Al margen de las medidas cautelares personales, aunque relacionadas con ellas, nos encontramos con otras actuaciones calificadas como:

- **medidas preventivas**, las cuales tienden a asegurar la anticipación del posible pronunciamiento condenatorio de la futura sentencia, y no a asegurar la efectividad de la misma ni la celebración del juicio como pretenden las medidas cautelares personales y son de diversa índole, encontrándonos limitaciones en el ejercicio del derecho a residir o a acudir a determinados lugares, así como la suspensión de cargos públicos, la privación temporal del permiso de conducir o la orden de protección de las víctimas de la violencia de género.

## II. MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES EN EL PROCESO PENAL

Al igual que ocurre en el proceso civil, en el proceso penal también suele ser necesaria la adopción de determinadas medidas para asegurar la celebración del juicio así como para garantizar la efectividad de la sentencia que en el mismo se dicte. Se considerarán medidas cautelares en general, las resoluciones motivadas del órgano jurisdiccional que, pueden adoptarse en el curso de un procedimiento penal contra el investigado por un delito de tal gravedad que haga presumir su riesgo de fuga o su ocultación personal o patrimonial, con la finalidad de asegurar la celebración del juicio oral y la sentencia que en su día se pronuncie.

A través de estas medidas, se limita provisionalmente su libertad o la libre disposición de sus bienes con el fin de garantizar los efectos, tanto penales como civiles, de la sentencia. Con las medidas cautelares personales lo que se hace es limitar o privar a un sujeto del derecho a la libertad contemplado en el artículo 17.1 de la CE, pero siempre conforme los casos y formas establecidas en el precepto que lo consagra. Estas medidas se pueden adoptar a lo largo de todo el proceso penal, quedando por tanto amparados los sujetos por la presunción de inocencia<sup>2</sup>.

Estas medidas cautelares tienen por finalidad asegurar la presencia del investigado a lo largo del proceso, impedir la suspensión del juicio así como posibilitar su celebración con todas las fuentes de prueba relevantes encontradas garantizándose así una sentencia efectiva; es decir, en este último caso, la finalidad es evitar que se destruyan u oculten pruebas. Además, se pretende evitar que el investigado huya, que pueda poner en peligro el proceso penal o, en su caso, el cumplimiento de la pena impuesta si se produce la huida con posterioridad al juicio oral o la sentencia, así como que siga delinquirando durante la tramitación del proceso. En definitiva, las medidas cautelares personales están dirigidas a:

- Proteger a la víctima.
- Eludir la reiteración delictiva del investigado.
- Esclarecer los hechos evitando que se oculten o destruyan las fuentes de prueba relevantes.
- Evitar que el investigado se sustraiga a la acción de la justicia.

Atendiendo a su naturaleza, podemos encontrar las siguientes clases de medidas:

---

<sup>2</sup> MORENO CATENA, V., Derecho procesal penal. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 268.

- La **detención**: es una medida cautelar de carácter personal que consiste en la privación de libertad durante un breve periodo de tiempo, con el fin de poner al sujeto detenido a disposición de la autoridad judicial, quien deberá resolver acerca de su situación personal<sup>3</sup>. Puede practicarla la policía e incluso cualquier persona (art. 490 Lecrim), si se ha cometido un delito. El juez deberá elevar la detención a prisión provisional o dejarla sin efecto antes de setenta y dos horas (art. 497 Lecrim).
- La **prisión provisional**: es una medida cautelar penal, provisional y de duración limitada por la que se priva de libertad al imputado durante el tiempo imprescindible para la defensa de bienes jurídicos fundamentales<sup>4</sup>. Será dictada por el Juez de Instrucción mediante un auto especialmente motivado, por el que restringe el derecho a la libertad del investigado por la comisión de un delito de especial gravedad si concurren en él un peligro de fuga suficiente para presumir racionalmente que no acudirá al acto del juicio oral. Es la intromisión más grave que el Estado puede ejercer de forma lícita sobre el individuo por lo que se trata de una medida excepcional. También se conoce como «prisión preventiva». La Lecrim en su artículo 520 Lecrim, tras la reforma operada por la LO 5/2015, establece que, la prisión provisional deberá practicarse en la forma que menos perjudique al detenido o preso en su persona, reputación y patrimonio, debiendo informarse a toda persona presa, por escrito, en un lenguaje sencillo y accesible, y en una lengua que comprenda y de forma inmediata, de los hechos que se le atribuyan y de las fundadas razones de su privación de libertad, así como también los derechos que le asisten, pues anterior a esta LO no se hacía referencia a la necesidad de que tal comunicación se hiciera por escrito, en un lenguaje sencillo y accesible y en un lenguaje que comprenda, sino que solamente se refería a la necesidad de proceder a una información inmediata y comprensible.
- La **libertad provisional**: implica la restricción de la libertad de movimientos del imputado. El juez encargado de la investigación adopta tal medida cuando entienda que existen suficientes motivos para declarar a una persona responsable de la realización de hechos delictivos y por ello es, preciso limitar su libertad. La

---

<sup>3</sup> MONTERO AROCA, J. Derecho Jurisdiccional III-Proceso Penal. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016, p. 482.

<sup>4</sup> GARCÍA VALDÉS, C, Reflexiones sobre la prisión provisional. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, vol. XVII, 47, 1973, p. 415.

adopción de esta medida tiene que realizarse de forma motivada y atendiendo a los principios de necesidad y proporcionalidad, comunes a todas las medidas cautelares personales. Se le suelen imponer obligaciones y condiciones para asegurar su comparecencia en el procedimiento. Es una medida que comparte los objetivos de la prisión provisional, pero que es mucho menos gravosa que esta. Puede ir acompañada del pago de una **fianza**, es decir, de una garantía económica que tiene como objetivo impedir que el imputado se sustraiga de la acción de la justicia.

Existen, no obstante, otras medidas de carácter personal, previstas para supuestos más específicos, como

- las **órdenes de alejamiento** (art. 544 bis Lecrim).
- la **prohibición de conducir vehículos a motor** (art. 529 bis y 764.4 Lecrim).
- la **suspensión de cargos públicos** (art.384 bis Lecrim).
- determinadas restricciones a la libertad de movimientos que se prevén en los procedimientos de extradición y menores como alternativas a la prisión provisional.

### III. MEDIDAS CAUTELARES REALES EN EL PROCESO PENAL

Las medidas cautelares reales son aquellas que tienden a limitar la libertad de disponer un patrimonio con el objeto que la persona satisfaga las responsabilidades pecuniarias de cualquier clase que puedan declararse en un proceso penal. No solo se deriva responsabilidad civil, como es, restituir la cosa, indemnizar por los daños y perjuicios causados, sino también, los pronunciamientos penales con contenido patrimonial (la pena de multa y las costas procesales fundamentalmente). Evidentemente, aunque se está asegurando cosas distintas, el objeto final es el mismo, el pago de una cantidad de dinero; por ello, las medidas cautelares que se adopten serán esencialmente las mismas: fianzas y embargos.

Las medidas cautelares reales que se establezcan en el proceso penal, en sí, tienen un alcance mayor a las solas responsabilidades civiles a que se hace mención en el artículo 100 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pues se puede efectuar, una doble clasificación. Y, así, de un lado, nos encontraremos con las medidas cautelares reales de carácter penal, que habrán de ser entendidas como aquellas cuyo objeto no es el

garantizar sino los pronunciamientos penales que, por sí, tienen un contenido patrimonial, tales como el relativo a la pena de multa y decomiso, sin olvidar las costas procesales. Y de otro, las medidas cautelares civiles, propiamente dichas, que, efectivamente, son aquellas cuya finalidad sí es la del aseguramiento de la responsabilidad civil derivada del ilícito penal<sup>5</sup>.

Cuando se trata de asegurar un pago, la Lecrim ha previsto 2 medidas cautelares diferentes, la fianza y en defecto de esta, el embargo. "De las fianzas y embargos" regulados en los (arts. 589 a 614 bis), y para todo lo que no esté dispuesto en este Título, los Jueces y Tribunales aplicarán supletoriamente la legislación civil.

Para poder determinar cuándo procede acordar este tipo de medidas cautelares reales, existen pequeñas diferencias en función de la persona a la que afecta la medida cautelar:

- **Cuando afectan a los presuntos responsables penales (supuesto ordinario).**
- **Cuando afectan a los terceros responsables civiles (supuesto especial).**

Una vez cumplidos los requisitos que condicionan el acceso a la medida cautelar, el Juez dictará auto decretando la fianza y el embargo de los bienes, instruyéndose todas las diligencias posteriores en pieza separada (arts. 590 y 785 regla octava letra b Lecrim.). Cuando la medida cautelar afecta al tercero responsable civil, también se abre un incidente a instancia de parte interesada, como se ha dicho, permitiéndole al tercero que manifieste por escrito las razones que le asisten para que no se le considere como civilmente responsable (arts. 615 y ss. Lecrim.).

A este respecto se plantea la disyuntiva relativa al momento adecuado en que dichas medidas de carácter real deberían ser acordadas, ya que de forma expresa no se indica momento procesal idóneo para tal fin. Así, el artículo 589 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, del procedimiento sumario ordinario, establece que el Juez mandará que se preste fianza bastante para asegurar las responsabilidades pecuniarias que en definitiva puedan declararse procedentes, cuando del sumario resulten indicios de criminalidad contra una persona. Pero, por otro lado, el artículo 783.2 del mismo texto legal, en relación al procedimiento abreviado, nos indica que al acordarse la apertura del juicio oral, resolverá el Juez de Instrucción sobre las responsabilidades

---

<sup>5</sup> DÍAZ MARTÍNEZ, M., El nuevo régimen jurídico de las medidas cautelares civiles en el proceso penal. Diario La Ley, 6059, Sección Doctrina, 12 de julio de 2004, Año XXV, Ref. C-153, Editorial La Ley, 2004, pp. 2 y 3.

civiles, exigiendo, en su caso, fianza, así como que también podrá acordar el alzamiento de aquellas medidas adoptadas frente a quienes no hubieren sido acusados.

Parte de la doctrina<sup>6</sup>, y en cuanto al procedimiento ordinario de delitos graves, sostiene que tal aseguramiento no debiera ser sino una consecuencia lógica del procesamiento, y, consecuentemente, la adopción de tales medidas habría de llevarse a cabo en un momento próximo al dictado de tal acto procesal, auto de procesamiento. Y ello, porque dicha resolución, es la adoptada cuando, efectivamente, existen indicios de criminalidad frente a una persona, de conformidad al artículo 589 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Sin perjuicio de lo establecido en los artículos 726 y 727 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en su artículo 589, contempla la fianza y embargo como aquellas medidas cautelares de carácter real idóneas para lograr su finalidad propia y el aseguramiento de aquellas responsabilidades de carácter pecuniario que se pudiesen fijar en Sentencia. Si bien, y como entiende la doctrina<sup>7</sup>, ciertamente las medidas anteriormente indicadas, fianza y embargo, no son las únicas aptas para lograr el aseguramiento de las responsabilidades pecuniarias. Por tanto, resulta obvia la necesidad de ver tales medidas complementadas con las que se indican en la legislación procesal civil, concretamente según lo establecido en el artículo 728 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y concordantes.

## 1. La fianza

Satisfechos los presupuestos para que pueda acordarse la medida cautelar real, la primera actuación va dirigida a que el sujeto pasivo, inculcado o tercero civil responsable, preste fianza suficiente. Y así, el órgano jurisdiccional competente, mediante auto, determinará la cantidad de la fianza, que no podrá bajar de la tercera parte más de todo el importe probable de las responsabilidades pecuniarias (art. 589 Lecr.).

Según el artículo 591 Lecrim, la fianza puede ser:

- **Personal**: un tercero es quién garantiza con su patrimonio las responsabilidades económicas que pueden derivarse del Proceso Penal. Para ser fiador personal

---

<sup>6</sup> MARCHENA GÓMEZ, M., Algunos aspectos de las medidas cautelares reales en el proceso penal. Diario La Ley, Sección Doctrina, 1998, Ref. D-229, tomo 5, Editorial LA LEY, Madrid, 1998.

<sup>7</sup> RAMOS MÉNDEZ, F., El proceso penal. Sexta lectura constitucional. Sexta Edición, Ed. Bosch, Barcelona, 2000.

deben cumplirse una serie de requisitos: ser español, tener buena conducta, estar domiciliado en el territorio del Tribunal en el cual se va a tramitar el Proceso Penal, tener plena disponibilidad de los derechos civiles y políticos, así como disponer de solvencia económica suficiente para poder hacer frente a las responsabilidades económicas del procesado. Debemos tener en cuenta que no podrá ser fiador quien lo sea en ese momento o lo hubiera sido de otra persona hasta que no se cancele la primera Fianza.

- **Pignoraticia**: consiste en la puesta a disposición del Juzgado o Tribunal efectos públicos, con independencia de que sean del encausado o de otra persona, así como valores industriales y mercantiles la cotización en Bolsa de los cuales haya sido debidamente autorizada, con el objetivo de satisfacer las mencionadas responsabilidades de tipo económico.
- **Hipotecaria**: se presta sobre Bienes Inmuebles y puede ser reemplazada por Bienes Muebles, así como valores mercantiles o industriales, por citar algunos ejemplos, siempre y cuando se haga en las proporciones establecidas legalmente. Deberá ser constituida mediante Escritura Pública otorgada ante Notario o, en su defecto, ante la Secretaría del Juzgado. Si se tramitase mediante esta última, se inscribirá en el Registro de la Propiedad, si bien en la práctica se admite también la garantía bancaria de acuerdo con el artículo 784, regla quinta Lecrim. Y podrá constituirse en dinero, aval pagadero a primer requerimiento o, cualquier medio que, en su caso, garantice la inmediata disponibilidad sobre las sumas de las que se trate.

El régimen jurídico de la fianza como medida cautelar real, es común al de la fianza para la libertad provisional, conteniendo la Ley de Enjuiciamiento Criminal una regulación detallada de las clases y requisitos de la caución exigible (arts. 591 a 596 para el proceso ordinario, y 784. 5ª y 785. 8ª, b y c para el abreviado). Contra los autos que dicte el Juez calificando la suficiencia de las fianzas procederá el recurso de apelación (art. 596 Lecr.).

## **2. El embargo.**

El embargo es una afección (declaración de voluntad) provisional y anticipada de bienes del imputado acordada por el órgano jurisdiccional para el caso de que la fianza no fuera prestada. En consecuencia, el embargo en el proceso penal tiene carácter

subsidiario de la fianza. Aunque puede adoptarse directamente. El embargo de bienes suficientes para cubrir las responsabilidades pecuniarias se adopta en el mismo auto en el que se acuerda prestar fianza (art. 598 Lecr.) de tal forma que si en el día siguiente de la notificación del auto no se prestase la fianza, se procederá materialmente al embargo de los bienes del procesado, requiriéndole que señale los suficientes a cubrir la cantidad que se hubiese fijado para las responsabilidades pecuniarias (art. 597 Lecr.). Para la práctica del embargo se aplican las normas previstas en la Ley de Enjuiciamiento Civil con las peculiaridades contempladas en los artículos 597 a 610 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Conviene tener en cuenta que la fianza y el embargo podrán ser reducidos y ampliados en función del aumento o disminución de las posibles responsabilidades pecuniarias del imputado (arts. 611 y 612 Lecr.).

#### **IV. CONCLUSIONES**

Las medidas cautelares son un instrumento del proceso penal que puede ordenar un juez al inicio de un litigio para garantizar la eficacia del proceso, así como la ejecución de lo juzgado cuando se considere que existe algún riesgo que pueda impedir el correcto desarrollo de dicho proceso, así como una forma de proteger a la víctima. Son medidas dictadas mediante resoluciones judiciales que están vigentes durante todo el proceso judicial hasta que se dicte una sentencia final consecuencia de que la tramitación del proceso penal, requiere de un período de tiempo, más o menos dilatado en función de la propia complejidad del caso, durante el cual, existe el riesgo de que el investigado pueda ocultarse, alterar o destruir fuentes de prueba u obstaculizar por otros medios, la ejecución de la sentencia que pueda llegar a dictarse, riesgos estos que tratan de evitarse con la adopción de tales medidas cautelares.

Las medidas cautelares penales requieren de un tratamiento diferenciado de aquellas destinadas a servir en el proceso civil, dado que afectan de forma directa a la libertad y demás derechos fundamentales del sujeto. De la misma forma, deberá distinguirse la naturaleza y diversidad entre las medidas cautelares reales que puedan darse en el proceso respecto a las estrictamente personales. Se caracterizan por su instrumentalidad por cuanto, la conclusión del proceso conlleva la desaparición de la medida cautelar o su transformación y especial relevancia debe darse al principio de proporcionalidad en su aplicación.

Como conclusión al análisis realizado sobre las medidas cautelares podría preguntarse si ¿las medidas cautelares ya sean personales o reales, pueden tener una función de prevención delictiva o han de limitarse a asegurar la válida realización del proceso penal? Y entiendo que el fin que debe alcanzarse con la aplicación de tales medidas debe ir dirigido a la necesidad objetiva de defensa o protección del proceso penal, sin olvidar que la tutela cautelar penal está relacionada con el derecho a la presunción de inocencia prevista en el art. 24.2 CE, al tener que salvaguardar el tratamiento que se vaya a dar al sujeto pasivo del proceso, a quien le ampara en todo proceso penal la presunción de inocencia.

## V. BIBLIOGRAFÍA

- .- DÍAZ MARTÍNEZ, M., El nuevo régimen jurídico de las medidas cautelares civiles en el proceso penal, en Diario La Ley, nº 6059, Sección Doctrina, 12 de julio de 2004, Año XXV, Ref. C-153, Editorial La Ley, 2004, pp. 2 y 3.
- .- GARCÍA VALDÉS, C., Reflexiones sobre la prisión provisional. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, vol. XVII, nº47, 1973, p 415.
- .- GIMENO SENDRA, V., Manual de derecho procesal penal. Madrid: Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, 2015.
- .- MARCHENA GÓMEZ, M., Algunos aspectos de las medidas cautelares reales en el proceso penal. Diario La Ley, Sección Doctrina, 1998, Ref. D-229, tomo 5, Editorial LA LEY, Madrid, 1998.
- .- MONTERO AROCA M., Derecho Jurisdiccional III-Proceso Penal. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016, p 482.
- .- MORENO CATENA, V., Derecho procesal penal. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 268.
- .- RAMOS MÉNDEZ, F., El proceso penal. Sexta lectura constitucional, Sexta Edición, Ed. Bosch, Barcelona, 2000

\* \* \* \* \*

## **Julia Serrano Trigueros**

Abogada en ejercicio. Máster en Derechos Fundamentales. Socia de la FICP.

### **~La medida de seguridad de libertad vigilada~**

#### **I. INTRODUCCIÓN.**

Las medidas de seguridad se encuentran contempladas en nuestro Código Penal en sus artículos 95 a 108. En el Título IV del Libro Primero del Código Penal y establecido por la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio, que modifica la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre del Código Penal, se introdujo una nueva medida de seguridad no privativa de libertad, denominada libertad vigilada regulada en el artículo 106 del Código Penal.

La libertad vigilada consiste en un control posterior a la prisión para los delincuentes sexuales y terroristas, que se impondrá en sentencia junto a la pena privativa de libertad para su ejecución posterior a la excarcelación, concretándose en una serie de limitaciones, obligaciones, prohibiciones o reglas de conducta, aplicables separada o conjuntamente, dentro de los márgenes de duración específicos que en su caso resulten de la parte especial del Código, tendentes no solo a la protección a las víctimas, sino también a la rehabilitación y la reinserción social del delincuente. Debemos de tener en cuenta el artículo 6.1 del CP, pues para el establecimiento de las medidas de seguridad se tiene en cuenta la peligrosidad del sujeto, en la comisión de un hecho delictivo. Así, las medidas de seguridad no se fundamentan en el principio de culpabilidad, sino en la peligrosidad del autor del hecho punible, y en la probabilidad de que pueda cometer nuevos delitos.

Hasta la reforma de 2010, el C.P seguía el clásico esquema que ligaba la culpabilidad a la pena y la peligrosidad a la medida de seguridad, optándose por una sola sanción, salvo en el caso de semiimputables que se preveía la imposición de penas y medidas de seguridad conjuntamente en un sistema vicarial, en virtud del cual se cumple primero la medida y se descuenta de la pena restante.

La LO 5/10, introduce la libertad vigilada, ya como medida de seguridad, a pesar del carácter híbrido que presentaba en los anteproyectos anteriores, de manera que posibilita que en estos casos cuando persista la peligrosidad del delincuente, se imponga además, esta medida de seguridad, con lo que se rompe el binomio antes señalado y se

introduce lo que parte de la doctrina ha llamado un tercer género, una medida de seguridad postdelictual fundada en la peligrosidad pero sin tener en cuenta necesariamente la reincidencia. Se establece en estos supuestos un sistema dualista rígido de acumulación de pena y medida de seguridad. En el apartado IV del Preámbulo de esta Ley Orgánica 5 de 2010 se justifica reconociendo que en ciertos casos de especial gravedad la pena no resulta suficiente o adecuada para excluir un elevado riesgo de reincidencia, por lo que se hace necesario contemplar otras soluciones que, sin cejar en el esfuerzo rehabilitador que debe seguir inspirando el tratamiento penitenciario, permitan conciliar las referidas exigencias constitucionales con otros valores no menos dignos de tutela, como son la seguridad y la libertad del resto de los ciudadanos, potenciales víctimas del delincuente no rehabilitado que el sistema penitenciario devuelve a la sociedad<sup>1</sup>.

La novedad sustancial que presenta la medida de libertad vigilada, como reconoce el propio legislador en el Preámbulo de la LO 5/2010, de 22 de junio, se encuentra fundamentalmente en la posibilidad de imponer una medida de seguridad no sólo cuando la peligrosidad del sujeto se vincula a un estado patológico que determina la inimputabilidad o semiimputabilidad del autor, sino también cuando la peligrosidad se deriva de la naturaleza del hecho realizado por un sujeto plenamente imputable. En concreto se establece como obligatoria para los delitos contra la indemnidad sexual y los delitos terroristas, incluyendo para ambos una versión potestativa de la misma cuando se trate de delincuentes primarios que cometan un solo delito no grave.

Señala GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS<sup>2</sup> que por más que declare la larga exposición de motivos del Proyecto que su intención es lograr, a través de la libertad vigilada, el éxito en el proceso de rehabilitación y reinserción que no ha logrado la pena, lo cierto es que la regulación del CP atenta contra el carácter de prevención especial que tienen las medidas de seguridad, porque todo el pronóstico de peligrosidad del sujeto se fundamenta en el tipo delictivo (delitos sexuales o terrorismo) que ha realizado. Tiende a caer, a través de esas nociones difusas en una suerte de Derecho Penal de autor, alejado de todos los principios que fundamentan el actual Derecho Penal.

---

<sup>1</sup> Exposición de Motivos del Proyecto de reforma del Código Penal de 2009, p.3: “*Agotada, pues, en estos casos, la dimensión retributiva de la pena, la peligrosidad subsistente del sujeto halla su respuesta idónea en la medida de seguridad, institución que tiene por objeto en nuestro ordenamiento tradicional el tratamiento de las personas peligrosas, que han acreditado tal condición mediante la efectiva realización de un hecho delictivo*”.

<sup>2</sup> GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, La nueva medida de seguridad postdelictual de libertad vigilada: especial referencia a los sistemas de control telemáticos, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 206.

La reforma introducida por LO 1/2015 no es aprovechada por el legislador para hacer una regulación más clara y sistemática, como apunta MARTÍN NÁJERA<sup>3</sup>, sino que plantea más dudas; se limita, única e incomprensiblemente, a extender el alcance de la libertad vigilada a los delitos contra la vida, los malos tratos domésticos y las lesiones, aunque solo es de aplicación en estos dos últimos cuando la víctima tenga las características descritas en el apartado 2 del artículo 173 CP. En estos casos además no es preceptiva sino facultativa su imposición, lo que conlleva una diferente configuración.

## **II. CONCEPTO Y CONTENIDO DE LIBERTAD VIGILADA.**

### **1. Concepto.**

La libertad vigilada es desde la entrada en vigor de la LO 5/2010 la medida de seguridad no privativa de libertad por excelencia, pues integra muchas de las medidas de seguridad no privativas de libertad que con anterioridad eran configuradas autónomamente. La libertad vigilada, además, es la única medida de seguridad que puede imponerse tanto a sujetos inimputables o semiimputables como también, aunque únicamente en aquellos casos en que así se indique de forma expresa, a sujetos imputables.

En un primer momento la medida de seguridad de libertad vigilada fue tímidamente introducida frente a los sujetos imputables, pues su imposición únicamente se preveía respecto de los condenados por la comisión de un delito contra la libertad e indemnidad sexual o delitos de terrorismo. Posteriormente, la reforma de 2015 ha terminado por ampliar el catálogo de delitos, aunque en un principio las pretensiones marcadas eran de mayor calado, pues el Proyecto de reforma del Código penal de 2013 pretendía realizar una reforma integral en el sistema de sanciones penales, en el sentido de instaurar un verdadero sistema dualista.

La medida consiste en el sometimiento del condenado a control judicial a través del cumplimiento de alguna o algunas de las obligaciones y prohibiciones que se contemplan en el artículo 106.1 CP por un periodo de tiempo que no podrá ser superior a 5 años (artículo 105.1.a) CP) aunque excepcionalmente frente a determinados sujetos imputables su duración podrá llegar hasta los 10 años (artículos 192.1 y 579.3 CP).

---

<sup>3</sup> MARTÍN NÁJERA, La libertad vigilada post-delictual, VII Congreso de Violencia de Género y Doméstica del Consejo General del Poder Judicial, 17 de octubre de 2018.

Muchas de las obligaciones y prohibiciones que conforman la medida ya estaban previstas, aunque no siempre con idéntica regulación, con anterioridad a la entrada en vigor de la LO 5/2010 como medidas de seguridad no privativas de libertad, penas accesorias, reglas de conducta de la suspensión de la pena o como condiciones de la libertad provisional<sup>4</sup>. Su contenido se concreta con la imposición de una o más de una de las distintas obligaciones y prohibiciones establecidas en el artículo 106.1 CP.

Como medida de seguridad, posee básicamente tres elementos característicos:

- Garantía jurisdiccional. Aplicación de las medidas de seguridad por un juez o tribunal.
- El artículo 95.1 del CP establece que “las medidas de seguridad se aplicarán por el juez o tribunal, previos informes que estime convenientes”.
- Medidas de seguridad posdelictuales. El sujeto debe haber cometido, con anterioridad a su imposición, un hecho previsto por la ley como delito.
- Pronóstico de peligrosidad criminal. Es preciso que del hecho y de las circunstancias personales del sujeto se pueda deducir un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos.

Es importante resaltar inicialmente el principio de legalidad y el fin orientador (reeducción y reinserción social) que persigue a las penas privativas y, en el caso que nos ocupa, a las medidas de seguridad, establecidos en el artículo 25 CE<sup>5</sup>.

En cuanto al principio acusatorio y en relación a la cuestión de la vinculación del Tribunal sentenciador a la pena interesada por las acusaciones, como límite máximo de la imponible, ha sido tratado por la Sala Segunda del Tribunal Supremo en el Pleno no jurisdiccional de fecha 20 de diciembre de 2006, en el que acordó que *"el Tribunal sentenciador no puede imponer pena superior a la más grave de las pedidas en concreto por las acusaciones, cualquiera que sea el tipo de procedimiento por el que se sustancie la causa"*. 3. *La pena impuesta al recurrente ha sido de catorce años y tres meses de prisión por la comisión de un delito grave. La pena de libertad vigilada impuesta ha sido de cinco años. Conforme al artículo 192 del Código Penal, a los condenados a pena de prisión por uno o más delitos comprendidos en este Título se les impondrá además la medida de libertad vigilada, que se ejecutará con posterioridad a*

---

<sup>4</sup> GARCÍA ALBERO, De las medidas de seguridad, en QUINTERO OLIVARES, (Dir.), Comentarios al Código Penal español, Aranzadi, 2011, p. 688.

<sup>5</sup> FERNÁNDEZ BERMEJO, Las penas privativas de libertad, los trabajos en beneficio de la comunidad y las medidas de seguridad, [www.udima.es](http://www.udima.es)

*la pena privativa de libertad. La duración de dicha medida será de cinco a diez años, si alguno de los delitos fuera grave, y de uno a cinco años, si se trata de uno o más delitos menos graves. En este último caso, cuando se trate de un solo delito cometido por un delincuente primario, el Tribunal podrá imponer o no la medida de libertad vigilada en atención a la menor peligrosidad del autor. Por consiguiente, en el presente caso, se trata de un delito grave, y ante ello, el Tribunal debe imponer, además de la pena de prisión, esta medida con carácter obligatorio. Por consiguiente, la solicitud por parte de las acusaciones no condiciona su imposición, ya que dicha pena debe ser impuesta por disposición legal. Por disposición legal procede la aplicación del artículo 192 del Código Penal al presente caso, por lo que no ha existido vulneración del principio acusatorio, al poder defenderse de la acusación de la comisión de un delito grave y las penas que ello conlleva conforme al Código Penal, habiendo sido impuesta la libertad vigilada en su extensión mínima de cinco años, lo que excusa mayor motivación (...)*<sup>6</sup>.

## **2. Contenido de la libertad vigilada**

Su contenido viene establecido en el Art. 106 CP que, tras proporcionar una definición de la libertad vigilada: “*consistirá en el sometimiento del condenado a control judicial a través del cumplimiento por su parte de alguna o algunas de las siguientes medidas*”, establece un amplio catálogo de ellas:

- a. La obligación de estar siempre localizable mediante aparatos electrónicos que permitan su seguimiento permanente.
- b. La obligación de presentarse periódicamente en el lugar que el Juez o Tribunal establezca.
- c. La de comunicar inmediatamente, en el plazo máximo y por el medio que el Juez o Tribunal señale a tal efecto, cada cambio del lugar de residencia o del lugar o puesto de trabajo.
- d. La prohibición de ausentarse del lugar donde resida o de un determinado territorio sin autorización del Juez o Tribunal.
- e. La prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal.
- f. La prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal.

---

<sup>6</sup> STS 26-11-2016.

- g. La prohibición de acudir a determinados territorios, lugares o establecimientos.
- h. La prohibición de residir en determinados lugares.
- i. La prohibición de desempeñar determinadas actividades que puedan ofrecerle o facilitarle la ocasión para cometer hechos delictivos de similar naturaleza.
- j. La obligación de participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación sexual u otros similares.
- k. La obligación de seguir tratamiento médico externo, o de someterse a un control médico periódico.

El catálogo que se establece es heterogéneo, pero podemos agruparlas en 3 grupos: Primero, las que tienden a vigilar la libertad del sometido a esta medida, sin que vaya acompañado de ningún fin rehabilitador, por tanto, las que tienen un carácter meramente asegurativo y, en consecuencia, incoherente con lo manifestado en la Exposición de Motivos “*sin cejar en el esfuerzo rehabilitador*”, y que serían las establecidas en los apartados a) a d): obligación de estar siempre localizable, presentarse periódicamente, comunicar el cambio de residencia y prohibición de ausentarse del lugar.

El segundo grupo de medidas son las que hacen hincapié en la protección de las víctimas y están previstas en los números e), f), g) y h) del art. 106 CP: e) prohibición de aproximarse a la víctima, f) prohibición de comunicarse con ella g) prohibición de acudir a determinados lugares y h) prohibición de residir en determinados lugares. Coinciden con ligeras modificaciones con la triple dimensión de la pena accesoria de alejamiento (art. 48 CP).

Finalmente, la única con contenido rehabilitador es la prevista en la letra j) y k): obligación de participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación sexual u otros similares, o seguir tratamiento médico lo que en todo caso requiere siempre el consentimiento del penado, cuestión que puede constituir un importante obstáculo. Hay que tener en cuenta que el Art. 100.3 CP no considera quebrantamiento la negativa del sujeto a someterse o continuar el tratamiento médico.

### **III. PRESUPUESTOS DE LA LIBERTAD VIGILADA**

La reforma de la LO 5/2010, configuró dos regímenes distintos de la libertad vigilada: uno para los sujetos inimputables y semiimputables y otro para los imputables. Para los primeros, la regulación de la libertad vigilada es acorde con el sistema de medidas previo a la reforma de 2010. Frente a sujetos imputables, junto con la

imposición de una pena privativa de libertad, deberá acordarse, siempre que así se establezca expresamente, una medida de libertad vigilada para su ejecución posterior a la pena privativa de libertad. La imposición de una pena privativa de libertad es pues requisito sine qua non para la imposición de una medida de seguridad de libertad vigilada, tal como se deriva de lo establecido en el art. 106.2 CP.

Además de este primer requisito, la libertad vigilada a sujetos imputables sólo puede imponerse en aquellos supuestos en que así se establezca de forma expresa en el Libro II del Código Penal, tal como se indica en el art. 106.2 CP. Se establece, pues, un sistema de imposición específico de la medida. Al respecto, con la introducción de la medida de libertad vigilada, el legislador de 2010 estableció dos supuestos en que es posible la imposición de la libertad vigilada a sujetos imputables. A saber, los sujetos que hayan cometido alguno de los delitos establecidos en el Título VII del Libro II, relativo a los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (ex artículo 192.1 CP), o en el Capítulo VII del Título XXII del Libro II, de las organizaciones y grupos terroristas y de los delitos de terrorismo (ex vigente artículo 579 bis CP).

Además de suponer una novedad el hecho de poder imponer una medida de seguridad a un sujeto imputable, la reforma del Código Penal de 2010 articuló un complejo sistema para determinar en qué casos debe acordarse la medida de seguridad de libertad vigilada.

No es necesario que las medidas se concreten en la sentencia, sino en el momento de ejecutarse, es decir cuando se cumpla la pena privativa de libertad. En este sentido la ley establece que al menos dos meses antes de la extinción de la pena privativa de libertad, de modo que la medida de libertad vigilada pueda iniciarse en ese mismo momento, el Juez de Vigilancia Penitenciaria, por el procedimiento previsto en el artículo 98 CP, elevará la oportuna propuesta al Juez o Tribunal sentenciador, que, con arreglo a dicho procedimiento, concretará el contenido de la medida fijando las obligaciones o prohibiciones que habrá de observar el condenado.

Su imposición requiere un procedimiento contradictorio donde se oirá al condenado, al Ministerio Fiscal, a las demás partes personadas y a la víctima cuando así lo haya pedido y esté localizada. Este mismo trámite será necesario para su modificación, reducción de su duración o incluso cese cuando dado el pronóstico positivo de reinserción se consideren innecesarias o contraproducentes.

Su ejecución plantea diversos problemas que pueden derivarse de su articulación con otras medidas accesorias, especialmente en materia de violencia de género.

Señala SALAT PAISAT que lo lógico hubiera sido que, de acuerdo con el artículo 95.1 CP, cometido uno o más delitos por parte de un sujeto imputable, la libertad vigilada debiera imponerse en aquellos casos en que quedase acreditada la peligrosidad criminal del sujeto. No obstante, el legislador optó por introducir una presunción iuris et de iure de peligrosidad criminal de estos sujetos, de modo que la libertad vigilada debe, con carácter general, acordarse obligatoriamente en sentencia. En cambio, será facultativa cuando se trate de delincuentes primarios que cometan un único delito menos grave, por lo que, consecuentemente, en estos casos la libertad vigilada se acordará o no en atención a la peligrosidad del sujeto. Esta presunción de peligrosidad es contraria al sistema de sanciones penales español<sup>7</sup>.

FEIJOO SÁNCHEZ<sup>8</sup> indica que ello supone, con carácter general, que la pena de prisión no sirve para colmar los fines constitucionales que deben perseguir todas las penas y medidas de seguridad. Frente a las deficiencias que presenta la ejecución de la pena es necesario añadir una nueva sanción penal, configurada ahora como medida de seguridad, para rehabilitar a los que no han sido rehabilitados en el lugar donde debiera haberse realizado.

La presunción por parte del legislador de la peligrosidad de un sujeto por el mero hecho de haber cometido un determinado tipo de delito ha sido muy criticada por la doctrina científica al vulnerarse los principios generales de imposición de medidas de seguridad, pues, en todo caso, su fundamento debería encontrarse en la peligrosidad criminal del autor (artículos 6.1 y 95.1 CP) y no en el mero hecho de haber cometido una determinada tipología delictiva<sup>9</sup>. SANZ MORÁN considera que al igual que sucede en los supuestos de imposición de la medida de libertad vigilada a sujetos inimputables o semiimputables, es en el momento de dictar sentencia condenatoria cuando debería comprobarse si existe fundamento para la imposición de la medida de seguridad, de modo que revelada la peligrosidad criminal se impondría la misma, y ésta se ejecutaría

---

<sup>7</sup> SALAT PAISAT, Regulación actual de la medida de seguridad de libertad vigilada y su aplicación por parte de los Tribunales, Anuario da Faculta de Derecho de la Universidad da Coruña, Vol. 20 (2016), p. 161-187

<sup>8</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, La libertad vigilada en el derecho penal de adultos, en DÍAZ-MAROTO VILLAREJO, (Dir.), Estudios sobre las reformas del Código penal operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero, Civitas, Madrid, 2011, p. 215.

<sup>9</sup> GARCÍA ALBERO, De las medidas de seguridad, en QUINTERO OLIVARES, (Dir.), Comentarios al Código Penal español, Aranzadi, 2011, p. 687.

junto con la pena de prisión. Posteriormente, justo en el momento anterior a la extinción de la pena de prisión debería comprobarse si persiste o no dicha peligrosidad derivada del hecho cometido, con el fin de prolongar su duración. Además, el hecho de presumir, en el momento de dictar sentencia, una peligrosidad criminal respecto de determinados sujetos puede plantear la duda de si la peligrosidad criminal que presenta el sujeto una vez cumplida la pena de prisión se debe al hecho delictivo o al tiempo que ha pasado privado de libertad, de modo que no sea posible conocer el origen temporal de la misma. Consecuentemente, en aquellos casos en que la peligrosidad criminal no parta de un suceso delictivo previo la libertad vigilada debería ser considerada como predelictual y por tanto inconstitucional<sup>10</sup>.

La LO 5/2010 estableció que la imposición de la libertad vigilada frente a sujetos imputables únicamente era potestativa, y por tanto se hacía depender de la peligrosidad criminal del sujeto en aquellos casos en que un delincuente primario cometiera un único delito de carácter sexual o de terrorismo calificado de menos grave. Por tanto, para determinar la obligatoriedad o no de la imposición de la libertad vigilada a sujetos imputables deberá determinarse la gravedad del delito cometido, el número de delitos perpetrados y los antecedentes penales del condenado.

Hay que recordar que el Art. 98.3 CP exige que sea oída la víctima cuando así lo haya solicitado y esté localizada, deber del juez de cuya efectividad debe velar el Ministerio Fiscal.

#### **IV. LA REFORMA OPERADA POR LO 1/2015.**

La reforma operada mediante la LO 1/2015 introduce dos nuevos artículos, el 140 bis y el 156 ter CP, a la vez que modifica el apartado 2 del artículo 173 con el objetivo de facultar la imposición de una medida de libertad vigilada a los sujetos imputables condenados por la comisión de alguno de los delitos establecidos en los mismos. Por una parte, el nuevo artículo 140 bis CP establece que a los sujetos condenados por la comisión de uno o más delitos comprendidos en el Título I del Libro I (del homicidio y sus formas) se les podrá imponer, junto con la respectiva pena, una medida de libertad vigilada. SALAT PAISAL, critica duramente la regulación del artículo 140 bis CP, pues, aunque posiblemente el legislador estuviera pensando únicamente en los delitos

---

<sup>10</sup> SANZ MORÁN, La nueva medida de libertad vigilada: reflexión político-criminal, en MUÑOZ CONDE, (Dir.), Un Derecho penal comprometido. Libro homenaje al Prof. GERARDO LANDROVE DÍAZ, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 1019-1020

tipificados sistemáticamente con anterioridad al artículo 140 bis (homicidio doloso y asesinato), se permite también la imposición de la libertad vigilada ante la comisión de un delito de homicidio imprudente o de inducción al suicidio<sup>11</sup>.

Por otra parte, el artículo 156 ter CP faculta al juez o tribunal sentenciador a imponer, junto con una pena de prisión, la medida de seguridad de libertad vigilada en aquellos casos en que el sujeto activo del delito cometa un conducta tipificada en el Título III, relativo a los delitos de lesiones, siempre y cuando la víctima del delito sea alguna de las contenidas en el artículo 173.2 CP; esto es, cónyuge, ex cónyuge o análogo y los ascendientes, descendientes y demás miembros de la unidad familiar o bajo custodia o guarda del agresor.

Finalmente, la reforma modifica el artículo 173.2 CP in fine en el sentido de establecer la posibilidad de imponer, con carácter potestativo, una medida de libertad vigilada a los sujetos condenados por la comisión de un delito de maltrato habitual. En estos casos, el legislador ha configurado la medida de seguridad como potestativa, de modo que únicamente será posible su imposición en aquellos supuestos en que se acredite el requisito de la peligrosidad criminal establecido en el art. 95 CP.

Así, tras la reforma del Código Penal de 2015 pueden diferenciarse dos regímenes de imposición distintos de la medida de libertad vigilada a sujetos imputables: el creado por la LO 5/2010, por el que se establece, excepto cuando se comete un único delito menos grave por un delincuente primario, un régimen preceptivo de imposición aplicable a sujetos que hayan cometido un delito contra la libertad e indemnidad sexuales o de terrorismo; y uno nuevo, introducido por la LO 1/2015, en que su imposición debe articularse en todo caso como potestativa.

MARTÍN NÁJERA<sup>12</sup> señala que, si discutido ya fue el ámbito de aplicación establecido por la LO 1/2010, más lo es su aplicación a delitos contra la vida indiscriminadamente, (art. 140 CP y delitos de lesiones en el ámbito de la violencia de género, tanto se trate de maltrato ocasional como habitual, art.156 bis) y 173.2 CP), y se cuestiona la razón por la que no se aplica a las otras manifestaciones de la violencia de género como amenazas, coacciones y acoso. En estos casos además es facultativa,

---

<sup>11</sup> SALAT PAISAL, Regulación actual de la medida de seguridad de libertad vigilada y su aplicación por parte de los Tribunales, Anuario da Faculta de Derecho de la Universidad da Coruña, Vol. 20 (2016), p. 161-187

<sup>12</sup>MARTÍN NÁJERA, La libertad vigilada como medida post-delictual, VII Congreso de Violencia de Genero y Domestica del Consejo General del Poder Judicial, 17 de octubre de 2018.

mientras que en delitos contra la indemnidad sexual y de terrorismo es preceptiva por lo que parece que se presume su peligrosidad. Así la doctrina se plantea si no es un contrasentido aplicarla preceptivamente en delitos contra la vida en los que es posible imponer la tan discutida pena de prisión permanente revisable, y cuya revisión supone un pronóstico de mejoría o buena evolución que cuando salga a pesar de ese pronóstico favorable sea imprescindible imponer esa medida cuando ha disminuido o no existe la peligrosidad.

Por otro lado, el alejamiento desde su imposición hasta su cumplimiento efectivo puede afectar a su efectividad. Y, si lo que se pretende realmente es la resocialización del delincuente, sería necesario controlar el cumplimiento de esta, y realizar un seguimiento. Una fuente de conflictos puede derivarse también de su encaje con el sistema progresivo de cumplimiento de penas privativas de libertad establecido en la Ley General Penitenciaria. La posibilidad de que al obtener el penado la libertad definitiva, la imposición de las obligaciones y prohibiciones de la medida de seguridad de libertad vigilada, suponga un retroceso al imponerle reglas más gravosas que las ya cumplidas en tercer grado o en libertad condicional, implica un contrasentido difícil de justificar.

Determinada la duración en abstracto de la medida de libertad vigilada, para el supuesto de sujetos imputables, los tribunales deberán determinar en sentencia su duración. Señala SALAT PAISAL<sup>13</sup> que supone una vulneración del principio de legalidad, la imposición la libertad vigilada sin concretar el tiempo por el que el sujeto deberá estar sometido a la misma.

## V. CONCLUSIONES

Es indudable que la introducción de la libertad vigilada como medida de seguridad imponible a delincuentes imputables y peligrosos se basa en razones de política criminal como respuesta ante la peligrosidad en la línea seguida por muchos países de nuestro entorno. Ello rompe nuestro sistema vicarial tradicional y su regulación tan heterogénea como imprecisa plantea debilidades como el hecho de que la determinación del contenido se realice al finalizar de cumplir la pena privativa de libertad lo que provoca cierta inseguridad jurídica, junto a la presunción de peligrosidad que conlleva su imposición preceptiva en determinados delitos. Junto al fin claramente

---

<sup>13</sup> SALAT PAISAL, La regulación de la libertad vigilada en la proyectada reforma del Código Penal, Revista de Derecho Procesal Penal, n.º 34, p. 20.

asegurativo en que está inspirada, habría que dar entrada al fin terapéutico y rehabilitador y establecer un seguimiento y control mediante agentes de ejecución. Es necesario, por tanto, mejorar su regulación manteniendo al máximo las garantías, porque hay que dar respuesta a estas situaciones que causan alarma social, pero dentro de la ponderación de los intereses en juego. Ello conllevaría que su imposición tuviera carácter potestativo siempre basado en la peligrosidad del delincuente una vez finalizada la condena y en función de la evolución del interno en la ejecución del tratamiento penitenciario. Y, en todo caso, sería necesario apostar por afianzar un tratamiento penitenciario adecuado y rehabilitador y por tener equipos que apoyen la decisión del Tribunal sentenciados mediante informes sobre la evolución del penado y la peligrosidad y riesgo que representan.

\* \* \* \* \*

## Montserrat Valderrama Romero

Juez sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Socia de la FICP.

### **~Líneas generales sobre la concesión de los permisos ordinarios penitenciarios. Referencia al requisito de ausencia de mala conducta desde los parámetros apuntados por el Tribunal Supremo en su sentencia en unificación de doctrina de 08/03/2019. Criterios ofrecidos por las audiencias provinciales~**

#### **I. INTRODUCCIÓN**

En esta exposición se abordan primeramente los requisitos que deben confluír para la concesión administrativa y aprobación judicial de los permisos de salida, el objeto de dichos permisos y el carácter discrecional y no automático de su concesión, pretendiendo ofrecer una visión práctica y casuística a través del análisis que de dichas cuestiones realizan actualmente las Audiencias Provinciales, en sede de apelación.

A continuación, se examinará una de las condiciones que, por su naturaleza subjetiva, ha generado más polémicas en el momento de conceder o denegar los permisos -conllevando incluso cierta inseguridad jurídica, por la diferente consideración otorgada judicialmente a un mismo elemento como es la existencia de expediente disciplinario- y que se ha convertido en materia de una reciente sentencia del Tribunal Supremo que, en unificación de doctrina, proporciona una serie de criterios para poder determinar cuándo concurre la “ausencia de mala conducta”.

#### **II. REQUISITOS LEGALES Y REGLAMENTARIOS PARA LA CONCESIÓN DE PERMISOS ORDINARIOS. EL OBJETO DE LOS PERMISOS Y SU CARÁCTER DISCRECIONAL**

1. Del artículo 47.2 de la L.O. 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, así como del artículo 154.1 del Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario, se deriva que los requisitos precisos para que un condenado pueda acceder a un permiso son los siguientes: Estar en segundo o tercer grado, haber extinguido la cuarta parte de la condena y no observar mala conducta.

Los dos primeros, por su naturaleza objetiva, son fácilmente comprobables, ya que para apreciarlos basta verificar la clasificación del penado y el espacio temporal ingresado en prisión. Pero el tercero, de carácter subjetivo, reclama valorar las circunstancias específicas y personalizadas del condenado, previa fase de estudio de

todos y cada uno de los datos recopilados sobre su conducta y actividades en el centro penitenciario. Y es ahí donde surge la problemática, puesto que ante casos de solicitudes de internos en situaciones sustancialmente idénticas o muy parecidas se resuelve administrativa y/o judicialmente en sentidos contrapuestos.

Ante esta situación, es obvio que resulta inasequible pretender que bien la LOGP, bien el RP, o bien ambos, abarquen la infinidad de supuestos que pueden plantearse en el terreno práctico. Entre otras cosas, porque la primera no tiene como misión desarrollar las condiciones que impone para conceder los permisos y, en cuanto al segundo, porque la meta de regular taxativamente todos los escenarios posibles es inalcanzable, precisamente por la multitud de coyunturas y detalles que están presentes en la vida de cada preso y en el escollo de proyectarlos hacia el futuro para sopesar si hará o no buen uso del permiso. Sin embargo, ello no es óbice para que, con carácter de mínimos, se pudieran incluir en el RP unos cánones que sirvieran de base al intérprete cuya función es determinar si el condenado observa o no mala conducta, a fin de evaluar la bondad del permiso.

2. En cuanto al objeto de los permisos, se deduce del artículo 156.1 del RP: La preparación para la vida en libertad. Son muchas las resoluciones de las Audiencias Provinciales que hacen eco de dicho precepto. A título de ejemplo, el auto de 31/01/19 de la Sección 21ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, transcribiendo el dictado por la misma el 07/06/18 y reproducido también en auto de 20/12/18, señala que *“no puede olvidarse que el permiso de salida es una medida inserta en el tratamiento penitenciario con una finalidad específica de preparación del interno para la futura vida en libertad. Como medida que significa un acceso a una temporal libertad sin el control inmediato de la institución penitenciaria exige un alto grado de confianza en el interno, un pronóstico de buen uso del permiso y de que no será aprovechado para el quebrantamiento de la condena, así como un pronóstico de que la salida no repercutirá negativamente en el tratamiento penitenciario. Así resulta del artículo 156 del Reglamento Penitenciario”*.

En sentido parecido -y añadiendo los beneficios que reportan para el penado- se pronuncia el auto de 31/01/19 de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de León <sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> El citado auto indica en su razonamiento jurídico primero que *“el permiso de salida responde a la finalidad esencial que deben cumplir las penas privativas de libertad, que es la reeducación y reinserción*

Ahora bien, no hay que confundir que ese objeto del permiso, que aparece estrechamente vinculado a la finalidad de reeducación y reinserción social de la pena, implique un derecho fundamental para el penado y ni tan siquiera un derecho subjetivo para el mismo. Ni la LOGP ni el RP lo contemplan expresamente desde esa óptica, con independencia de que el interno ostente un evidente interés legítimo en que se le conceda el permiso. Así lo pone de manifiesto el auto de 10/12/18 de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Soria <sup>2</sup>, el auto de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Tarragona de 23/11/18 y, entre los más recientes, el auto de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Burgos de 26/03/19.

3. Al hilo de las anteriores consideraciones, hay que recalcar que la concesión del permiso no es automática, sino discrecional. Así se desprende de la propia terminología que utilizan los artículos 47.2 de la LOGP y 154.1 del RP. Ambos puntualizan que “se podrán conceder permisos”, en contraposición a la nota imperativa que el artículo 47.1 de la LOGP imprime a la concesión de los permisos extraordinarios, los cuales “se concederán”. A nivel constitucional, la sentencia de 11/11/97 ya subrayó la nota de no automaticidad. Así pues, aunque el interno cumpla los requisitos exigidos, puede denegarse la petición si se aprecian motivos que alerten sobre su incompatibilidad con los fines de reeducación y reinserción a los que está supeditado.

Ahora bien, en ningún caso la discrecionalidad puede identificarse con la arbitrariedad. Precisamente para evitar esta última, el artículo 156 del RP arbitra una importante herramienta: El informe del Equipo Técnico, de emisión preceptiva. Dicho informe, según establece dicho precepto, será desfavorable cuando por la peculiar trayectoria delictiva, la personalidad anómala del interno o la existencia de variables cuantitativas desfavorables, resulte probable el quebrantamiento de la condena, la comisión de nuevos delitos o una repercusión negativa de la salida sobre el interno

---

*social del delincuente (art. 25.2 de la Constitución), y se integra en el sistema progresivo al que responde nuestra legislación penitenciaria, formando parte del tratamiento.*

*Los permisos cooperan a la preparación de la vida en libertad del interno, fortalecen los vínculos familiares, reducen las tensiones propias del internamiento y las consecuencias de la vida continuada en prisión, con el subsiguiente alejamiento de la realidad diaria que ello implica”.*

<sup>2</sup> Literalmente, expresa: “Siendo lo cierto que todo lo relacionado con los permisos de salida es una cuestión situada esencialmente en el terreno de la aplicación de la legalidad ordinaria, y si bien existe un derecho subjetivo a la concesión de tales permisos, los requisitos y condiciones de disfrute, dependen, ante todo de los términos en que dicha institución está reglada por la legislación ordinaria. A este respecto, aunque tanto la LO general penitenciaria como el Reglamento se abstienen de calificarlo expresamente como un derecho subjetivo, parece claro que debido a su propia previsión legal, a los internos les asiste, al menos, un interés legítimo en la obtención de dichos permisos, siempre que de ellos concurran las circunstancias y requisitos a que se supedita su concesión”.

desde el punto de vista de su preparación para la vida en libertad o de su programa individualizado de tratamiento.

En cualquier caso, lo que no ofrece ninguna duda es que debe analizarse el supuesto planteado en concreto y que el número y entidad de delitos objeto de condena no puede erigirse en eje único para la toma de la decisión <sup>3</sup>.

Del análisis de las resoluciones dictadas por las Audiencias Provinciales parece desprenderse la idea de que la regla general, cumpliéndose los requisitos, debe ser la de concesión del permiso por la Junta de Tratamiento, siendo la excepción su denegación. Como muestra de esa línea cabe citar el auto de la Audiencia Provincial de Girona, Sección 4ª, de 06/02/19 <sup>4</sup>.

4. A modo de corolario, resulta fundamental el examen individualizado de la situación del interno solicitante del permiso para comprobar si se cumplen los requisitos normativamente exigidos para su concesión. Y, aun en el caso de concurrir los mismos, ponderando las circunstancias puestas de manifiesto en el informe que, con carácter preceptivo, incumbe emitir al Equipo Técnico, así como la pauta más propicia a la concesión que a la denegación, no hay que perder de vista la proyección que de esa coyuntura pasada y presente del interno debe hacerse necesariamente para intuir la repercusión del permiso, no sólo en la esfera personal del condenado, sino también en la sociedad, particularmente en los casos en que la concesión del permiso afecte a terceros

---

<sup>3</sup> En este sentido, el auto de la Audiencia Provincial de Tarragona, Sección 2ª, de 14/12/18 destaca: *“Es cierto que la conducta criminal por la que una persona es privada de libertad constituye un elemento muy importante para el diseño del tratamiento penitenciario y para la toma de decisiones que afectan al propio desenvolvimiento del régimen penitenciario... Pero una cosa es atender al dato de la responsabilidad y de los hechos en que se basa y otra muy diferente es que dicha realidad preexistente a la propia ejecución de la pena se convierta en un factor exclusivo o determinante para valorar la concesión de permisos penitenciarios cuya oportunidad y razón institucional se sitúa en un territorio autónomo respecto a los hechos justiciables, objeto de condena. En consecuencia, la gravedad del delito y la consecuente extensión temporal de la pena de prisión no es un elemento excluyente de los espacios de libertad en el ámbito de la ejecución penitenciaria cuando se han cumplido los mínimos legales de cumplimiento de condena que el legislador ha establecido con carácter universal para todo tipo de delitos y penas... Su no concesión debe someterse a un estricto test o estándar de valoración por el cual se identifiquen, con claridad, buenas razones en consideración a las cuales se reputa como probable que el permiso solicitado puede introducir graves riesgos de quebrantamiento de la condena, de reiteración delictiva o de repercusión negativa de la salida sobre el interno desde la perspectiva de su preparación para la vida en libertad o de su programa individualizado de tratamiento”.*

<sup>4</sup> En la parte esencial, razona: *“... el hecho de que la pena de prisión esté orientada filosóficamente hacia las funciones ideales de reinserción y rehabilitación de los internos y que los permisos ordinarios sean un medio de preparación para la vida en libertad, hace que el beneficio sólo debiera ser denegado si concurren circunstancias constatables que nos permiten presumir bien que no será utilizado correctamente para la formación de la futura libertad, bien que existe riesgo de fuga por fundadas posibilidades de no reingreso en el Centro Penitenciario de cumplimiento, bien que existe peligro para la persona del interno o para terceras personas por el reproche social del delito cometido, o bien que concurre cualquier otra circunstancia de análoga significación”.*

por delitos cometidos por el interno con violencia o intimidación y que supongan un riesgo para la seguridad de la víctima, cuyos derechos –en especial, el tocante a su integridad física y psíquica- han de colocarse en un primer plano.

### **III. REFERENCIA AL REQUISITO DE AUSENCIA DE MALA CONDUCTA DESDE LOS PARÁMETROS APUNTADOS POR EL TRIBUNAL SUPREMO EN SU SENTENCIA EN UNIFICACIÓN DE DOCTRINA DE 08/03/2019, PROVINCIALES. CRITERIOS OFRECIDOS POR LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES**

1. En resumen, el caso planteado en casación versa sobre un supuesto de hecho en que la Junta de Tratamiento denegó un permiso ordinario y, al ser recurrida la decisión por el interno ante el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, éste confirmó la resolución por no concurrir en el penado el requisito relativo a la ausencia de mala conducta, al contar con una sanción grave no cancelada. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial de Madrid lo estimó porque, en el momento de decidir el recurso, la sanción ya estaba cancelada.

El Ministerio Fiscal mostró su disconformidad con esa apreciación, arguyendo, en síntesis, que el requisito de no observar mala conducta exige que no exista un expediente disciplinario activo y que el simple transcurso del tiempo necesario para su cancelación no es una incidencia sobrevenida y relevante para que el órgano decisorio en apelación pueda revocar la denegación de un permiso.

2. El Tribunal Supremo, ante dicha situación y por lo que respecta a la primera de las cuestiones suscitadas por el Ministerio Fiscal, determina que la ausencia de mala conducta “es una exigencia subjetiva o valorativa que se nutre de múltiples vectores de ponderación” y acentúa que “el legislador no ha priorizado ninguno de esos criterios de evaluación de conducta, hasta el punto de constituirlo como una exigencia *sine qua non* para que el comportamiento del penado pueda ser evaluado como idóneo para la concesión de permisos”. También insiste en que la regulación de los permisos penitenciarios ordinarios “no refleja que quienes tengan un expediente disciplinario activo estén privados de su disfrute, sino que fija un condicionante (*ausencia de mala conducta*) con un contenido semántico que, aunque evidentemente vinculado con el comportamiento disciplinario, no es su equivalente. Dicho de otro modo, la “*ausencia de mala conducta*” no desaparece, necesaria y automáticamente, por la mera existencia de un expediente disciplinario”, reiterando a posteriori que “no existe una previsión *ex*

*lege* de que la persistencia del expediente comporte la inidoneidad automática para la concesión de permisos”. Y transcribiendo el artículo 156 del RP, alude primeramente al relevante papel del Equipo Técnico, “que evalúa la trascendencia que la falta disciplinaria tiene en la evolución del comportamiento del interno, en una valoración que exige de la contemplación del resto de parámetros concurrentes”, para detallar acto seguido lo que reputa elementos fundamentales que deben tenerse en cuenta, junto con la falta disciplinaria, para apreciar la oportunidad del permiso. En ese listado se incluyen los siguientes:

- a) La naturaleza y circunstancias del delito perpetrado en su día.
- b) La duración y evolución que el tratamiento penitenciario hubiera tenido hasta la comisión de la infracción.
- c) La incidencia o relevancia de la infracción disciplinaria en la evolución hasta entonces observada.
- d) La mejora o el perjuicio que pueda derivarse para el tratamiento por la privación del permiso.
- e) La incidencia que la falta disciplinaria puede tener para un pronóstico de eventual reiteración.
- f) El tiempo que reste para que el penado, por cumplimiento de la pena, haya de ser necesariamente puesto en libertad.
- g) El perfil delictivo del penado.

Estos mismos criterios ya venían siendo manejados, en mayor o menor medida y con igual o parecida nomenclatura, por las Audiencias Provinciales, que suelen barajar también, de forma más concreta y como criterios positivos para la concesión del permiso, la existencia de vinculación familiar en el exterior, arraigo en España si es extranjero, el seguimiento o la superación de adicciones toxicológicas, de prevención de recaídas y/o de participación en programas de superación de conductas violentas, el pago de la responsabilidad civil mediante aportaciones periódicas y regulares con arreglo a su capacidad económica, conducta adaptada a la vida en prisión con hábitos

laborales y desarrollo de actividades académicas y deportivas en el centro penitenciario, actitud de arrepentimiento, notas meritorias y autocrítica hacia la actividad delictiva<sup>5</sup>.

En la cara opuesta, como datos o factores negativos para la concesión del permiso y aparte de los de signo opuesto a los mencionados anteriormente, las Audiencias Provinciales señalan la incoación de expediente disciplinario –aunque, como ya se ha dejado dicho y tras la sentencia en unificación de doctrina del Tribunal Supremo, su existencia no significa, por sí misma y automáticamente, que no se cumpla el requisito de ausencia de mala conducta, no constituyendo motivo el curso del expediente para denegar el permiso-, la extensa pena de condena y la lejanía que implica en el tiempo del cumplimiento de la misma –en íntima relación con la función de preparación de la vida en libertad-, la naturaleza grave del delito objeto de condena, la reiteración delictiva, otros procedimientos penales en trámite en los que se haya presentado escrito de acusación y solicitado pena de prisión, y el riesgo de quebrantamiento y reincidencia<sup>6</sup>.

3. Por último, en relación al segundo punto planteado por el Ministerio Fiscal y con cita y remisión a su sentencia de 27/04/12, el Tribunal Supremo recuerda que, legal y procesalmente, el objeto a ponderar en apelación se contrae al mismo que se valoró y que motivó la decisión apelada. Ahora bien, esgrimiendo razones de funcionalidad y adecuación a la evolución del tratamiento de los internos, resuelve que es posible examinar por el órgano ad quem nuevas e importantes circunstancias que hayan surgido en la situación del interno durante el iter procesal y que no pudieron ser evaluadas por el órgano a quo –precisamente por haber acaecido con posterioridad-, lo que deberá llevarse a cabo de forma contradictoria, de manera que puedan pronunciarse sobre tales incidencias los sujetos interesados.

#### **IV. CONCLUSIONES FINALES**

A modo de corolario, apuntar que las cuestiones que sugiere la concesión de los permisos penitenciarios no son tan tasadas ni tienen tan sencilla solución como pudiera parecer a simple vista.

---

<sup>5</sup> Autos de las Audiencias Provinciales de Barcelona de 14/12/18 (Sección 2ª) y de 18/01/19 (Sección 1ª), de Tarragona de 08/02/19 (Sección 2ª), de Salamanca de 08/02/19 (Sección 1ª) y de Girona de 11/07/18 (Sección 3ª).

<sup>6</sup> Autos de las Audiencias Provinciales de Burgos de 26/03/19 (Sección 1ª), de Barcelona de 20/12/18 (Sección 21ª) y de 31/01/19 (Sección 21ª) y de 08/02/19 (Sección 2ª), de León de 31/01/19 (Sección 3ª), de Alicante de 17/12/18 (Sección 10ª) y de Tarragona de 23/11/18 (Sección 2ª).

Basta con echar un vistazo a las cifras estadísticas publicadas oficialmente para constatar que, en su inmensa mayoría, las quejas y recursos formulados por los internos -incluso escrutando los datos ofrecidos por el Defensor del Pueblo y figuras equivalentes en las respectivas Comunidades Autónomas- se basan en la denegación de los permisos penitenciarios.

Por consiguiente, y aun siendo primordial e inexcusable analizar caso por caso la realidad de cada uno de los internos para resolver individual y adecuadamente sobre la solicitud de los permisos –como se ha subrayado-, resulta imprescindible garantizar, a su vez, los principios de seguridad jurídica y de igualdad. Ese objetivo exige asentar unos criterios generales que proporcionen al operador que debe tomar la decisión los elementos a sopesar. De ahí el calado que la sentencia del Tribunal Supremo de 08/03/2019 va a tener en la tarea del intérprete, por lo que respecta al requisito de ausencia de mala conducta y su no identificación automática con la inexistencia de expedientes disciplinarios, así como al momento al que debe referirse la apreciación del mencionado requisito. Ello, lógicamente, complementado con las pautas esenciales que las Audiencias Provinciales han ido perfilando y que constituyen la guía básica para ponderar la idoneidad o no del permiso penitenciario, sin dejar de banda todos aquellos otros elementos que, en atención a las muy diversas circunstancias particulares de cada interno, resulta imposible compilar.

\* \* \* \* \*

## Silvia Vivó Cabo

Juez sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana.  
Socia de la FICP.

### ~Juicios de delitos leves. Penología de los delitos leves~

**Resumen.-** En el presente trabajo se abordan las cuestiones generales sobre los delitos leves, el procedimiento, haciendo especial hincapié en una de las cuestiones principales suscitadas por la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo, el principio de oportunidad en los delitos leves.

También es objeto de análisis las modificaciones introducidas por la LO 1/2015 en el sistema de penas aplicables a los delitos leves y la justificación del legislador. Se analizará la pena de multa y, especialmente el mantenimiento de la multa como la pena leve por excelencia y la existencia de un régimen penológico excepcional en el ámbito de la violencia doméstica. Así como los problemas que se suscitan en la práctica en la determinación de la pena en delitos intentados, en la participación delictiva y la necesidad de anotación de los antecedentes penales y sus consecuencias prácticas. Así como la ejecución de las penas en estos delitos y la prescripción.

**Palabras Clave.-** Delito leve, principio de oportunidad, penas, localización permanente, multa.

## I. INTRODUCCIÓN

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, llevó a cabo una modificación importante en la organización del Código Penal de 1995, cual es la eliminación del Libro III, en el que históricamente se han regulado las faltas.

La despenalización de las faltas, y la supresión del Libro III del Código Penal por la reforma de la LO 1/2015, se produce fundamentalmente en aplicación del principio de intervención mínima, que supone que no debe castigarse penalmente un hecho cuando existe posibilidad de utilizar otros medios o instrumentos jurídicos no penales para restablecer el orden jurídico (Exposición de Motivos de la LO 1/2015). Los delitos leves son la nueva denominación de las antiguas faltas. Por lo tanto, las faltas penales desaparecieron del ordenamiento jurídico y los delitos leves corresponden con las conductas ilícitas que no tienen tanta gravedad como un delito.

El artículo 13.3 del Código Penal define los delitos leves como infracciones que la Ley castiga con pena leve. Y en su apartado cuarto indica que, *“cuando la pena, por su extensión, pueda considerarse como leve y como menos grave, el delito se considerará, en todo caso, como leve”*.

Algunas de las características más importantes de los delitos leves así como las diferencias con las antiguas faltas son: 1) todas las faltas no se han convertido en delitos

leves, pues algunas se han despenalizado y otras han pasado a sancionarse por vía administrativa; 2) Los delitos leves generan antecedentes penales para el condenado por un delito leve hasta seis meses después de la extinción de la pena, sin embargo, las antiguas faltas no suponían antecedentes penales; 3) A veces, los delitos leves llevan aparejadas penas más elevadas que las faltas para las mismas conductas; 4) El juicio por delitos leves es muy similar al de los antiguos juicios de faltas, salvo la introducción del criterio de oportunidad), con competencia del Juez de Instrucción salvo cuando corresponda al Juez de Violencia sobre la Mujer; 5) Los delitos leves prescriben al año, a diferencia de las antiguas faltas que prescribían a los seis meses.

Y en cuanto a las penas que pueden imponerse para un delito leve, es necesario para su castigo una denuncia previa de la persona afectada o de su representante legal, salvo en los casos de violencia de género y violencia doméstica. Conforme al artículo 33.4 del Código Penal, las penas contempladas para los delitos leves son: a) La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de tres meses a un año; b) La privación del derecho a la tenencia y porte de armas de tres meses a un año; c) Inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales y para la tenencia de animales de tres meses a un año; d) La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, por tiempo inferior a seis meses; e) La prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, por tiempo de un mes a menos de seis meses; f) La prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, por tiempo de un mes a menos de seis meses; g) La multa de hasta tres meses; h) La localización permanente de un día a tres meses; i) Los trabajos en beneficio de la comunidad de uno a treinta días.

## **II. PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN LOS DELITOS LEVES.**

La Recomendación 18 (87) del Comité de Ministros del Consejo de Europa, adoptado el 17 de septiembre de 1987, define el principio de oportunidad como la facultad de renunciar a la iniciación de un procedimiento penal o de poner término al ya iniciado.

El principio de oportunidad, consolidado en el proceso penal de menores, era desconocido en el proceso penal de adultos. Tanto el artículo 58 del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011 como los artículos 90 y 91 de la Propuesta de Código Procesal Penal de 2012 lo regulaban en relación con los delitos leves.

Establece la Circular 1/2015, de la Fiscalía General del Estado, sobre pautas para el ejercicio de la acción penal en relación con los delitos leves tras la reforma penal operada por la LO 1/2015, que *“la reforma ha optado, en consecuencia, por un principio de oportunidad tasada o reglada, en el que el Fiscal no es libre para adoptar la decisión que le parezca, sino que debe ceñirse a los supuestos establecidos en la ley, y puro, en la medida en que la efectividad del archivo no va a quedar condicionada al cumplimiento por parte del sujeto pasivo del procedimiento de condiciones, medidas o reglas de conducta durante un período de tiempo determinado, sino que operará de forma inmediata”*.

Por tanto, la operatividad de dicho principio queda reducida, de entrada, sólo al procedimiento para el juicio sobre delitos leves, y, además, al cumplimiento de las condiciones que se imponen en el artículo 963 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, conforme al cual:

*“1. Recibido el atestado conforme a lo previsto en el artículo anterior, si el juez estima procedente la incoación del juicio, adoptará alguna de las siguientes resoluciones:*

*1ª. Acordará el sobreseimiento del procedimiento y el archivo de las diligencias cuando lo solicite el Ministerio Fiscal a la vista de las siguientes circunstancias:*

*a) El delito leve denunciado resulte de muy escasa gravedad a la vista de la naturaleza del hecho, sus circunstancias, y las personales del autor, u*

*b) No exista un interés público relevante en la persecución del hecho. En los delitos leves patrimoniales, se entenderá que no existe interés público relevante en su persecución cuando se hubiere procedido a la reparación del daño y no exista denuncia del perjudicado.*

*En este caso comunicará inmediatamente la suspensión del juicio a todos aquellos que hubieran sido citados conforme al apartado 1 del artículo anterior”*.

De manera que deben darse dos condiciones para que el Fiscal pueda decidir, en su caso, el no ejercicio de la acción penal, a pesar de concurrir los requisitos legales para la existencia de la infracción penal, que determinarían a priori, la necesidad de su enjuiciamiento: la muy escasa gravedad del delito denunciado, y la no existencia de interés público relevante en su persecución.

En consecuencia, tras la primera decisión del Juez de Instrucción de incoar el procedimiento para enjuiciamiento del delito leve (que presupone una valoración prima facie de tipicidad de los hechos objeto de atestado o denuncia y de su competencia para enjuiciarlos), debe tomar una segunda decisión, relativa al sobreseimiento de la causa (si el Ministerio Fiscal lo propone o, en su caso, a la celebración o señalamiento del juicio oral).

Una de las decisiones para aplicar el principio de oportunidad es el de la ausencia de datos para ponderar su procedencia en un procedimiento en el que en principio no hay fase de instrucción.

Por tanto, ni el Juez puede aplicar el principio de oportunidad sin que lo interese el Fiscal, ni aquel ha de aplicarlo automáticamente ante una petición de éste. No obstante si el Juez lo aplica de oficio y el Fiscal al ser notificado está conforme no parece procedente la interposición de recursos.

### **III. SISTEMAS DE PENAS EN LOS DELITOS LEVES.**

Los aspectos más llamativos de la reforma operada por la LO 1/2015 en materia de delitos leves es la reducción en el uso de la pena de localización permanente y el aumento generalizado de la duración de la pena de multa. Así el Preámbulo de la LO 1/2015 expone “en general se recurre a la imposición de penas de multa, que se estiman más adecuadas para sancionar la infracción de escasa entidad, y además con un amplio margen de apreciación para que el Juez o Tribunal pueda valorar la gravedad de la conducta. No obstante, se recurre a la imposición de penas de trabajos en beneficio de la comunidad y de la localización permanente cuando se trata de delitos de violencia de género y doméstica, con el fin de evitar los efectos negativos que para la propia víctima puede conllevar la imposición de una pena de multa”. De manera que, con carácter general, y salvo en los delitos relacionados con la violencia de género, la pena de multa es la pena leve por excelencia, como pena única, aunque en ocasiones aparece acompañada por otras penas de imposición alternativa o conjunta, en éste último caso potestativamente.

La pena de multa es la pena leve más utilizada, bien como pena única o como pena alternativa. En la reforma de 2015 se aumenta en todos los casos la duración de la pena de multa, aunque no significa que se aumente necesariamente su cuantía. Pues la

cuantía de la cuota diaria, que se ha de fijar entre 2 y 400€, se debe imponer atendiendo fundamentalmente a la capacidad económica del reo.

La previsión de la multa como la pena leve por excelencia elude algunos de los problemas que condicionan su uso en los delitos graves y, en parte, también en los delitos menos graves. En efecto, en delitos de cierta gravedad se considera que la multa, incluso en cuantías muy elevadas, es una pena inapropiada, lo que deja en evidencia que la multa, incluso en cuantías muy elevadas, es una pena inapropiada, lo que deja en evidencia que la multa no es equiparable ni puede servir de alternativa a cualquier pena privativa de libertad, sino solo a las cortas. Sin embargo, pocas veces se ha intentado explicar el por qué. Desde luego, no cabe alegar que “todavía hay algunas cosas que se sitúan más allá del alcance del intercambio dinerario”<sup>1</sup>. En muchas ramas del derecho, la vida humana, la salud, la libertad, el honor -los valores humanos más importantes- se convierten de manera rutinaria en cantidades de dinero. Solo en el Derecho Penal se considera que la prisión es el único castigo apropiado cuando se trata de delitos que afectan a los valores más importantes de la vida humana. El motivo es la falta de significado del dinero en contraste con el valor que se otorga a la libertad. Esta característica, combinada con la fungibilidad del dinero, que hace imposible saber de quién es el dinero que paga la multa, ha hecho que se considere imposible castigar delitos de cierta entidad solo con la pena de multa.

Sin embargo, en el caso de los delitos leves los problemas que se plantean a la hora de aplicar la multa son de otra naturaleza. La rapidez del juicio por delito leve hace que no se produzca una investigación de la capacidad económica del reo, en la práctica basta preguntar al denunciado en el acto de juicio sobre su capacidad económica y en base a ello determinar la cuota diaria, lo que lleva a fijar cuotas diarias con importes muy bajos y, por tanto, a la imposición de multas de cuantía muy reducida, que acaban resultando muy poco intimidatorias. La duración de la multa es de hasta tres meses, de manera que también es de corta duración la responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago, pues como máximo un mes y medio. Además, en los delitos leves no hace falta ingresar en prisión para el cumplimiento continuado en caso de insolvencia: conforme al artículo 53.1 CP, la responsabilidad personal subsidiaria “*podrá cumplirse mediante localización permanente*” en el propio domicilio del penado.

---

<sup>1</sup> En este sentido, ABEL SOUTO, M., La pena de localización permanente, 2008, p. 39.

Por tanto, la multa es la pena leve por excelencia porque no cuestiona el carácter moral del condenado ni le estigmatiza como lo hace la prisión, porque se prevé para sancionar infracciones cuya comisión hay que desincentivar, regulando su nivel de incidencia, pero sin pretender una erradicación de todo punto imposible. Ello justifica que sea la superviviente más longeva del amplio catálogo de penas leves que se han ido abandonando por diversas razones a lo largo de la historia del Derecho Penal codificado: la reprensión pública o privada, el arresto menor, el arresto domiciliario y el arresto fin de semana<sup>2</sup>.

Hemos dicho que la pena de multa es la pena por excelencia para castigar los delitos leves, ahora bien, en el caso de los delitos leves relacionados con la violencia doméstica, el régimen sancionador para este tipo de delitos gira, por el contrario, en torno a la localización permanente, siempre en domicilio diferente y alejado del de la víctima, y a los trabajos en beneficio de la comunidad como penas principales alternativas, a las que desde la reforma de 2015 se añade la multa.

En los delitos relacionados con la violencia de género y doméstica había desaparecido la pena de multa a raíz de los cambios introducidos por las LO 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica le LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y 1/2004, de 28 de diciembre, sobre medidas de protección integral contra la violencia de género. Esta desaparición de la multa se justificó en su día alegando la tutela de los intereses de la víctima, pues la multa afectaría a la capacidad económica de la unidad familiar, y no solo al autor, de ahí que no fuera adecuada imponerla en estos casos<sup>3</sup>. Entonces se señaló que esta justificación partía de la tradicional visión de la mujer como económicamente dependiente del hombre, sin tener en cuenta que puede existir violencia de género contra una mujer económicamente independiente. Suponía la perpetuación de un perjuicio tradicional<sup>4</sup>, aunque sin duda con buena intención.

En la reforma de 2015 se establece, con mejor criterio, que la multa podrá imponerse “únicamente en los supuestos en que concurran las circunstancias expresadas en el apartado 2 del artículo 84”. Este precepto, a su vez, dispone que “*si se hubiera tratado de un delito cometido sobre la mujer por quien sea o haya sido su cónyuge, o*

---

<sup>2</sup> CASTRO ANTONIO, J.L. de, La Ley Penal, 21, 2005, pp. 26-37.

<sup>3</sup> ACALE SÁNCHEZ, M., La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código Penal, 2006, p. 343.

<sup>4</sup> FARLDO CABANA, P., Abogacía, 0, 2008, pp. 231-268.

*por quien esté o haya estado ligado a ella por una relación similar de afectividad, aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, el pago de la multa a que se refiere la medida 2ª del apartado anterior solamente podrá imponerse cuando conste acreditado que entre ellos no existen relaciones económicas derivadas de una relación conyugal, de convivencia o filiación, o de la existencia de una descendencia común”.* De esta manera se consigue proteger a la víctima que dependa económicamente del autor, sin dejar de aplicar la multa cuando no exista esa dependencia.

Por otro lado, la pena de trabajos en beneficio de la comunidad está prevista como penal principal alternativa en los delitos relacionados con la violencia doméstica y de género. Esta previsión responde a la idea generalizada de que tiene un mayor potencial resocializador que otras<sup>5</sup>.

Ahora bien, en relación con los maltratadores hay que advertir que “no hay investigación comparada experimental o cuasi-experimental que evalúe, y ciertamente no la hay que demuestre alguna ventaja comparativa de este tipo de sanción para tratar este tipo de población<sup>6</sup>.

Ahora bien, el objeto del trabajo comunitario no puede coincidir simplemente con la reparación como forma de satisfacción de la responsabilidad civil derivada del delito. La ayuda o asistencia a las víctimas debe enmascararse en un programa específico, “sin que sean valorables como tales iniciativas particulares del penado ajenas a dichos programas o destinados no a víctimas de semejantes delitos al cometido sino la de la víctima concreta del ilícito por el que el sujeto ha sido penado<sup>7</sup>.

Por otro lado, la previsión de la localización permanente como alternativa a la pena de trabajos en beneficio de la comunidad tiene en cuenta que la pena de trabajos solo puede imponerse con el consentimiento del penado, según dispone el artículo 49 CP, consentimiento que deja de responder a una voluntad real cuando la única alternativa es el cumplimiento de una pena de prisión, y no de otra pena de distinta

---

<sup>5</sup> CUESTA ARZAMENDI, J.L. de la, La sanción de trabajo en provecho de la comunidad, 1985, p. 1068.

<sup>6</sup> MEDINA ARIZA, J., Cuadernos penales José María Lidón, 2, 2005, p. 199.

<sup>7</sup> TELLEZ AGUILERA, A., Nuevas penas y medidas alternativas a la prisión. 2005, p. 131.

naturaleza<sup>8</sup>, lo que pone en peligro las expectativas de resocialización que suscita esta pena. Por otro lado, la alusión expresa que la ley hace a que se cumpla “*en lugar distinto y separado del domicilio de la víctima*” es redundante, visto que es obligatoria la aplicación de las prohibiciones de aproximación y comunicación con la víctima como penas accesorias<sup>9</sup>.

#### **IV. APLICACIÓN DE LAS PENAS EN LOS DELITOS LEVES.**

Una de las novedades introducidas por la L.O. 1/2015 es la derogación del anterior artículo 638 y la introducción del castigo de la tentativa en todos los delitos leves, y la consecuente aplicación del artículo 62 del CP con la obligatoria degradación penal en uno o dos grados.

Ahora bien, la derogación del Código Penal no ha alcanzado a las reglas de determinación de la pena en atención a las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. El artículo 66.2 excluye a los delitos leves ( y a los imprudentes) de las reglas contenidas en el artículo 66.1 y dispone que los jueces y tribunales aplicaran las penas a su prudente arbitrio.

Por tanto, tras la derogación del artículo 638 CP, la forma de determinar la pena en los delitos leves se rige, ahora, por las reglas del resto de delitos, con la excepción que se fija en el artículo 66.2: “En los delitos leves y en los delitos imprudentes, los jueces y tribunales aplicarán las penas a su prudente arbitrio, sin sujetarse a las reglas previstas en el apartado anterior”. De este modo, no se aplican las reglas que, en el artículo 66.1 determinan la pena a imponer en consideración a las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, pero sí las que regulan, con carácter general, el delito intentado y la complicidad. Consecuentemente, y conforme a lo dispuesto en el artículo 62, el delito leve intentado deberá ser castigado con la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley, y al cómplice, conforme al artículo 63, deberá imponérsele, siempre, la pena inferior en un grado.

#### **V. EJECUCIÓN DE LA PENA EN LOS DELITOS LEVES.**

##### **1.1 Órgano competente.**

---

<sup>8</sup> BRANDARIZ GARCÍA, J.A., El trabajo en beneficio de la comunidad como sanción penal, 2002, p. 222

<sup>9</sup> TAMARIT SUMALLA, J.M., en ALVÁREZ GARCÍA, F.J./GONZALEZ CUSSAC, J.L. (Dir.), Comentarios a la reforma penal de 2010, 2010, p. 129.

El artículo 977 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dispone que “*contra las sentencias que se dicte en segunda instancia no habrá lugar a recurso alguno. El órgano que la hubiese dictado mandará devolver al Juez los autos originales, con certificación de la sentencia para que proceda a su ejecución*”.

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 adiciona un nuevo párrafo al artículo 985, que queda redactado del siguiente modo: “*la ejecución de las sentencias en causas por delito corresponde al Tribunal que haya dictado la que sea firme.*”

*La ejecución de las sentencias recaídas en el proceso por aceptación por decreto, cuando el delito sea leve, corresponde al juzgado que la hubiera dictado*”.

## 1.2 La suspensión de la ejecución de la pena.

Conforme el artículo 81 CP cabe suspender las penas leves privativas de libertad, por un plazo de tres meses a un año.

Dispone el artículo 82 que el Juez o Tribunal resolverá en sentencia sobre la suspensión de la ejecución de la pena siempre que ello resulte posible. En los demás casos, una vez declarada la firmeza de la sentencia, se pronunciará con la mayor urgencia, previa audiencia de las partes, sobre la concesión o no de la suspensión de la ejecución de la pena.

Los requisitos para conceder o no tal suspensión vienen establecidos en el artículo 80 CP y que, en esencia, son ser delincuente primario, pena no superior a dos años de prisión y satisfacción o compromiso de satisfacer la responsabilidad civil.

Deberán valorarse las circunstancias del delito cometido, las personales del penado, sus antecedentes, su peligrosidad, su conducta posterior al hecho, en particular su esfuerzo para reparar el daño causado, sus circunstancias familiares y sociales, y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión y del cumplimiento de las medidas que le fueran impuestas.

Ahora bien, cuando el precepto se refiere al delincuente primario e indica que a tal efecto no se tendrán en cuenta los antecedentes penales, significa que éstos no se computan, en principio, como requisitos para el otorgamiento de la suspensión de la ejecución de la pena. Pero ello no significa que los antecedentes penales sean

indiferentes a la hora de valorar la concesión o no de la suspensión, pues una cosa son los requisitos para el otorgamiento, y otra, circunstancias que se tienen en cuenta, por el juez, para la efectiva concesión de dicha suspensión.

Conforme al artículo 86.1 CP “*el juez o tribunal revocará la suspensión y ordenará la ejecución de la pena cuando el penado: a) Sea condenado por un delito cometido durante el período de suspensión y ello ponga de manifiesto que la expectativa en la que se fundaba la decisión de suspensión adoptada ya no pueda ser mantenida*”.

Al no distinguirse la comisión de un delito leve, en principio puede producir la revocación del beneficio concedido<sup>10</sup>.

### 1.3 Anotación de antecedentes.

Los delitos leves generan antecedentes penales, cancelables a los seis meses, cuando la pena impuesta es leve (art. 136 CP)<sup>11</sup> y deben ser anotados en el Registro Central de Penados y Rebeldes.

Es preciso tener el máximo rigor en la anotación, especificando el tipo penal concreto que ha motivado la condena para evitar que antecedentes por delito leve puedan tenerse en cuenta para fundamentar la reincidencia<sup>12</sup>.

## VI. PRESCRIPCIÓN DE LA PENAS POR DELITOS LEVES.

Conforme al artículo 131.1 CP los delitos leves prescriben al año y, de otro lado, el artículo 133.1 CP establece que las penas leves impuestas por sentencia firme prescriben al año.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

ABEL SOUTO, M., La pena de localización permanente, Comares, Granada, 2008.

ACALE SÁNCHEZ, M., La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código Penal, Reus, Madrid, 2006.

BRANDARIZ GARCÍA, J.A., El trabajo en beneficio de la comunidad como sanción penal. Tirant lo Blanch, Valencia 2002.

---

<sup>10</sup> DÍAZ TORREJÓN, P., Guía práctica sobre los nuevos delitos leves”, SP/DOCT/19139 Octubre 2015.

<sup>11</sup> JIMÉNEZ SEGADO, C. y PUCHOL AIGUABELLA, M., Los delitos leves, su número, caracteres, enjuiciamiento, La Ley Penal, nº 117 Noviembre-Diciembre 2015, Editorial LA LEY.

<sup>12</sup> GUIRALT PADILLA, C., Aproximación a los delitos leves tras la LO 1/15 de 30 de marzo. Consecuencias voluntarias e involuntarias de la reforma. Foro FICP -Tribuna y Boletín de la FICP ([www.ficp.es](http://www.ficp.es)) nº 2015-3 (noviembre)

CASTRO ANTONIO, J.L. de, Posibles causas que condujeron al fracaso de la pena de arresto de fin de semana en el Derecho español, La Ley Penal núm. 21, 2005, pp. 26-37.

CUESTA ARZAMENDI, J.L. de la, La sanción de trabajo en provecho de la comunidad, La Ley 1985, pág. 1068.

DÍAZ TORREJÓN, P., Guía práctica sobre los nuevos delitos leves, SP/DOCT/19139 Octubre 2015.

FARALDO CABANA, P., Las penas previstas por delitos relacionados con la violencia de género. Especial referencia a la prohibición de aproximación y su quebrantamiento, Abogacía núm.0, 2008, pp. 231-268.

GUIRALT PADILLA, C., Aproximación a los delitos leves tras la LO 1/15 de 30 de marzo. Consecuencias voluntarias e involuntarias de la reforma. Foro FICP -Tribuna y Boletín de la FICP ([www.ficp.es](http://www.ficp.es)) nº 2015-3 (noviembre).

JIMÉNEZ SEGADO, C./PUCHOL AIGUABELLA, M., Los delitos leves, su número, caracteres, enjuiciamiento, La Ley Penal, nº 117 Noviembre-Diciembre 2015, Editorial LA LEY.

MEDINA ARIZA, J., El tratamiento al maltratador en el contexto comunitario como respuesta penal: Consideraciones político criminales, Cuadernos penales José María Lidón núm. 2, Universidad de Deusto, Bilbao, 2005.

TAMARIT SUMALLA, J.M., La sustitución de las penas de prisión (art.88), en ALVÁREZ GARCÍA, F.J./GONZALEZ CUSSAC, J.L. (Dir.), Comentarios a la reforma penal de 2010, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

TELLEZ AGUILERA, A., Nuevas penas y medidas alternativas a la prisión. Edisofer, Madrid, 2005.

\* \* \* \* \*

## II. LEGISLACIÓN Y PROYECTOS DE LEY

### 1. España

#### **Ley Orgánica 1/2019, de 20 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, para transponer Directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero y de terrorismo, y abordar cuestiones de índole internacional**

FELIPE VI

REY DE ESPAÑA

A todos los que la presente vieren y entendieren.

Sabed: Que las Cortes Generales han aprobado y Yo vengo en sancionar la siguiente ley orgánica:

#### PREÁMBULO

##### I

La transposición en plazo de directivas comunitarias constituye en la actualidad uno de los objetivos prioritarios establecidos por el Consejo Europeo. El cumplimiento de este objetivo resulta hoy aún más prioritario habida cuenta del escenario diseñado por el Tratado de Lisboa para los incumplimientos de transposición en plazo, respecto de los que la Comisión puede pedir al Tribunal de Justicia de la Unión Europea la imposición de importantes sanciones económicas de manera acelerada (artículo 260.3 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea).

España ha venido cumpliendo de manera consistente con los objetivos de transposición en plazo comprometidos, desde el inicio del establecimiento de los mismos. Sin embargo, en estos momentos se hace necesaria la transposición sin dilación de varias directivas de índole penal, bien como consecuencia del vencimiento del plazo o bien por la proximidad de dicho vencimiento.

La presente ley orgánica tiene por objeto la transposición a nuestro ordenamiento interno de la Directiva 2014/57/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, sobre las sanciones penales aplicables al abuso de mercado, la Directiva

2017/541/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2017, relativa a la lucha contra el terrorismo y la Directiva (UE) 2017/1371 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2017, sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del Derecho penal, así como el perfeccionamiento de la transposición de la Directiva 2014/62/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a la protección penal del euro y otras monedas frente a la falsificación.

También se modifica el Código Penal para completar el régimen de prevención y persecución del delito de tráfico de órganos humanos adaptándolo a las previsiones contenidas en el Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra el tráfico de órganos humanos que se abrió a la firma en Santiago de Compostela el 25 de marzo de 2015. Finalmente, se completa la regulación de los delitos de corrupción de acuerdo con las directrices del Grupo de Estados Contra la Corrupción (GRECO).

En definitiva, la presente ley orgánica responde a los objetivos de transponer las directivas con incidencia en materia penal pendientes y de abordar cuestiones internacionales también de naturaleza penal.

## II

En el caso de la Directiva 2014/57/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, sobre las sanciones aplicables al abuso de mercado, la Comisión Europea inició el procedimiento formal de infracción 2016/627, cuyo estado avanzado exige la adaptación inmediata a dicha directiva de nuestro ordenamiento.

La transposición de la Directiva 2014/57/UE contempla tres tipos penales diferenciados en la línea seguida por la propia directiva, que exige que los Estados miembros tipifiquen como infracciones penales, al menos en los casos graves y cuando se hayan cometido intencionalmente, las operaciones con información privilegiada, incluyendo la recomendación o inducción a otra persona a realizar operaciones con información privilegiada; la comunicación ilícita de información privilegiada; y la manipulación de mercado, en los términos que se especifican en sus artículos 3 a 5. Todo ello con el fin de garantizar, en primer término, la integridad de los mercados financieros de la Unión y de aumentar, en un segundo plano, la protección de los inversores y la confianza en esos mercados. Además, exige la consideración como infracciones penales de los actos de incitación, complicidad y tentativa de las indicadas operaciones, e igualmente la responsabilidad de las personas jurídicas en relación con la comisión de tales hechos delictivos.

La referida directiva forma parte del paquete integrado también por el Reglamento (UE) 596/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, sobre el abuso de mercado, el cual ha sido completado por dos normas derivadas: el Reglamento

Delegado (UE) 2016/522 de la Comisión, de 17 de diciembre de 2015, en lo que respecta a la exención relativa a determinados bancos centrales y organismos públicos de terceros países, los indicadores de manipulación de mercado, los umbrales de divulgación, la autoridad competente para las notificaciones de retrasos, la autorización de negociación durante periodos limitados y los tipos de operaciones de notificación obligatoria realizadas por los directivos; y el Reglamento Delegado (UE) 2016/957 de la Comisión, de 9 de marzo de 2016, en lo que respecta a las normas técnicas de regulación aplicables a los mecanismos, sistemas y procedimientos apropiados, así como a las plantillas de notificación, que deben utilizarse para prevenir, detectar y notificar prácticas abusivas u órdenes u operaciones sospechosas.

Los artículos 284 y 285 del Código Penal ya sancionaban, con anterioridad a la aprobación de la Directiva 2014/57/UE, conductas concretas de actuación delictiva por utilización de información privilegiada y manipulación de mercado, pero no abarcaban todos los supuestos específicamente referidos en la norma europea, que ahora deben sancionarse de forma expresa para cumplir con las exigencias del principio de legalidad penal. Se opta por unos tipos penales que, en las conductas de mayor gravedad de manipulación de mercado y realización de operaciones con información privilegiada, se configuran como delitos graves. El bien jurídico protegido no se configura tanto en atención al contenido patrimonial o al propio orden socioeconómico, como a la integridad de los mercados y la confianza de los inversores que actúan en ellos.

La transposición de esta directiva requiere de una modificación específica del Código Penal, a fin de ajustar el contenido de sus artículos 284 y 285 a las previsiones de aquella norma, así como para incorporar un precepto que extienda, en los términos de esta directiva, el alcance conceptual de aquellos preceptos.

La modificación que se efectúa en el artículo 284 del Código Penal incorpora, en los medios comisivos, la utilización de artificios y el empleo de las tecnologías de la información para la alteración de precios; en el objeto de protección, los contratos de contado sobre materias primas relacionadas con instrumentos financieros y los índices de referencia y, en la punición, un incremento de las sanciones para cumplir con las exigencias de la directiva. Además, se prevé una agravación específica para los supuestos en que el autor del hecho fuera trabajador o empleado de una empresa de servicios de inversión, una entidad de crédito, una autoridad supervisora o reguladora, o una entidad rectora de mercados regulados o centros de negociación.

La reforma del artículo 285 del Código Penal vigente es más amplia. Se tipifican nuevas formas de comisión del hecho delictivo; se especifican los supuestos en que legalmente se entiende que una persona tiene acceso reservado a la información privilegiada; y se añade también una agravación específica para el caso de que el

responsable del hecho fuera trabajador o empleado de una empresa de servicios de inversión, entidad de crédito, autoridad supervisora o reguladora, o entidades rectoras de mercados regulados o centros de negociación.

Adicionalmente, se incorporan en el Código Penal tres nuevos preceptos: el artículo 285 bis para tipificar la comunicación ilícita de información privilegiada cuando ponga en peligro la integridad del mercado o la confianza de los inversores; el artículo 285 ter para remitir, con pleno respeto del principio de legalidad, los contenidos conceptuales (instrumentos financieros, contratos, conductas, operaciones y órdenes previstos) a la normativa europea y española en materia de mercado e instrumentos financieros y el artículo 285 quater para establecer de manera expresa la punición de los actos de proposición, conspiración y provocación a los tres delitos mencionados. También se reordena el reproche a los actos cometidos por una persona jurídica, cuando se declare la responsabilidad penal de ésta, en consonancia con la gravedad de las conductas de la persona física.

Por el contrario, el cumplimiento de las demás previsiones contenidas en la directiva no requiere de otras modificaciones del Código Penal. Así, para la punición de los hechos, cuando se realicen en grado de tentativa, se dispone de la expresa previsión de los artículos 16 y 62 de este Código; la sanción de los actos de inducción a cometer aquellas infracciones está también prevista en el artículo 28 del mismo cuerpo legal; y el castigo de los actos de complicidad en tales comportamientos ilícitos se articula igualmente en el sistema legal vigente a través de los artículos 29 y 63 del Código Penal. Del mismo modo, el vigente artículo 288 de esta misma norma también prevé, en el sentido requerido por la directiva, la responsabilidad penal de las personas jurídicas por la comisión de los indicados hechos delictivos, aplicándose, en virtud de las previsiones del artículo 31 bis, a los supuestos requeridos por la norma europea. No obstante, se ha efectuado una modificación puntual de aquel precepto, para equiparar las sanciones establecidas en los casos previstos en los artículos 284 y 285 del Código Penal.

### III

La transposición de la Directiva 2017/541/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2017, relativa a la lucha contra el terrorismo, requiere ajustar la legislación penal a las previsiones de aquella norma, pues, a pesar de que la Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de delitos de terrorismo, se adelantó notablemente al contenido de la directiva, algunos puntos divergen, lo que obliga a introducir ligeros ajustes.

Así, el artículo 15.3 de la Directiva 2017/541/UE impone una pena máxima a los dirigentes de una organización o grupo terrorista superior a la regulación actual, que exige una modificación del artículo 572 del Código Penal. Igualmente, se introduce una modificación en cuanto a la pena de inhabilitación, que pasa a ser absoluta, para evitar la antinomia producida con el artículo 55 del Código Penal y en consonancia con lo dispuesto en el artículo 579 bis, introducido por la Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo.

Del mismo modo, la directiva, en su artículo 12 apartado c) obliga a incluir entre los delitos terroristas la falsedad documental, que no estaba previsto en el artículo 573 del Código Penal. Por otro lado, el viaje con fines terroristas tiene una regulación mucho más amplia en la Directiva 2017/541/UE que el fijado en la Resolución 2178 (2014) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas que inspiró la Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo, al no exigir que el viaje tenga por destino un territorio controlado por terroristas. Por último, se extiende la responsabilidad penal de las personas jurídicas a la comisión de cualquier tipo de delito de terrorismo, que sólo se preveía hasta ahora para los delitos de financiación del terrorismo.

#### IV

La Directiva (UE) 2017/1371 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2017, sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del Derecho penal, supone la regulación armonizada de estos fraudes, así como la penalización de otras conductas íntimamente vinculadas con los mismos: el blanqueo de capitales, el cohecho y la malversación. La primera regulación de esta materia se produjo en nuestro ordenamiento al amparo del Convenio relativo a la protección de intereses financieros de las Comunidades Europeas, firmado el 26 de julio de 1995, y tuvo su reflejo en el texto original del Código Penal vigente. Dicho convenio y sus protocolos adicionales se sustituyen por la meritada directiva.

Una de las primeras novedades que aporta la directiva es el aumento de la cuota defraudada para establecer la infracción penal contra la Hacienda de la Unión Europea, a cuyo efecto se han adaptado los correspondientes artículos. Igualmente, y para dar solución a problemas concursales que en la práctica se producían en la aplicación de los artículos 306 y 308, se ha optado por una regulación conjunta.

Una de las novedades introducidas por la directiva y que prevé el artículo 4.4.b) es la ampliación del concepto de funcionario público que debe tenerse en cuenta en los delitos de cohecho y malversación. La nueva definición es más expansiva que las reguladas en anteriores directivas y excede del concepto previsto en el artículo 427 del Código Penal, que precisamente establecía la definición de los funcionarios extranjeros y de la Unión Europea para los delitos de cohecho. En los términos del texto a

transponer, se introduce un nuevo artículo 435 bis que sirve como base para extender la responsabilidad de estos funcionarios en el ámbito de la directiva, también en relación con el delito de malversación, para cumplir con lo dispuesto en el artículo 4 de la norma europea de manera completa.

A su vez, la directiva exige que sea punible cualquiera de los delitos previstos en ella, incluido el delito de malversación, cuando sea cometido por una persona jurídica. Por ello, sin perjuicio de las excepciones del artículo 31 quinquies del Código Penal, se establece también la responsabilidad de las personas jurídicas en el delito de malversación –único tipo penal de los regulados en la directiva que no lo admitía en nuestro ordenamiento– a aquellas personas jurídicas que por cualquier motivo gestionen recursos públicos o de cualquier otro modo estén encargados del erario público.

## V

Resulta necesario perfeccionar la transposición de la Directiva 2014/62/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a la protección penal del euro y otras monedas frente a la falsificación.

En este sentido, se hace preciso, por un lado, ampliar el abanico de sanciones que se pueden imponer a las personas jurídicas cuando éstas sean responsables penales de este tipo de hechos delictivos. Asimismo, es conveniente mejorar la redacción del artículo 387 del Código Penal para aquellos casos en los que se anticipa la protección penal de la moneda a las fases previas a su puesta oficial en circulación, y ello con la finalidad de otorgar a la redacción del precepto una mayor concreción técnica y obtener así una mayor seguridad jurídica. Y, finalmente, también es recomendable ampliar la protección penal del euro y de cualquier moneda extranjera cuando la falsificación afecte en general a las fronteras de la Unión Europea y no solo a las de nuestro país.

## VI

Con la presente reforma del artículo 156 bis se completa el régimen de prevención y persecución del delito de tráfico de órganos humanos, que constituye una grave violación de los derechos fundamentales de las personas y atenta gravemente contra bienes jurídicos como la vida, la integridad física y la dignidad humana, además de suponer una gran amenaza para la salud pública. Para ello, se adapta dicho régimen a las previsiones contenidas en el Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra el tráfico de órganos humanos, abierto a la firma en Santiago de Compostela el 25 de marzo de 2015.

Cierto es que, gracias a unos robustos controles que imponen los principios de voluntariedad, altruismo, confidencialidad, ausencia de ánimo de lucro y gratuidad, nuestro país ha sido y continúa siendo un referente normativo en Europa e Iberoamérica

desde que se promulgó la vigente ley sobre la materia, la Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos, que encuentra desarrollo en el Real Decreto 1723/2012, de 28 de diciembre, por el que se regulan las actividades de obtención, utilización clínica y coordinación territorial de los órganos humanos destinados al trasplante y se establecen requisitos de calidad y seguridad, mediante la que se transpuso la Directiva 2010/53/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de julio de 2010, sobre normas de calidad y seguridad de los órganos humanos destinados al trasplante. Sin embargo, a fin de preservar este estado y ante la constatación de riesgos crecientes, tales como la proliferación de grupos de delincuencia organizada de carácter transnacional que hacen uso de la violencia, el engaño o las amenazas, o aprovechan situaciones de precariedad del supuesto donante para adquirir altos beneficios, ha de fortalecerse un sistema cuyas quiebras, a la postre, atentarían contra la confianza en el mismo de la población en su conjunto, base del éxito de esta regulación.

En armonización por tanto con las previsiones del convenio de referencia, se procede así a una más clara delimitación de las conductas típicas, se agravan las penas en supuestos de especial reproche y se explicitan los supuestos de actuación de organización o grupo criminal de forma análoga al tratamiento en estos supuestos del delito de trata de seres humanos, incluyendo, además, la agravante de reincidencia internacional.

## VII

El Grupo de Estados contra la Corrupción (GRECO) fue constituido en 1999 por el Consejo de Europa en aras a asegurar el cumplimiento de los Estados miembros de dicho grupo con los parámetros de anticorrupción a todos los niveles, con el objetivo de mejorar la capacidad de sus miembros en la lucha contra la corrupción a través de un proceso dinámico, ayudando a identificar las deficiencias que puedan existir.

España, en su firme compromiso de lucha contra la corrupción, ha colaborado permanentemente con el GRECO en este proceso mutuo de búsqueda de medidas. Como resultado de este proceso, en la Tercera Ronda de evaluación realizada por dicho grupo se detectaron algunas omisiones en las reformas operadas por 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, que podían suponer una limitación a los operadores jurídicos para poder llevar a cabo esta lucha.

Del análisis realizado quedaban dudas sobre si alguna de las conductas de corrupción en el ámbito privado, recogidas en la Sección 4.ª del Capítulo XI del Título XIII del Libro II del Código Penal, sobre los delitos de corrupción en los negocios, podría quedar excluida si no se describían en determinados términos. También se consideró que procedía revisar la corrupción de jurados y árbitros para asegurar su

incriminación, no sólo cuando actuaran en ejercicio de funciones públicas, sino también cuando operaran como colaboradores para realizar esas funciones o desempeñaran funciones privadas, tanto en el aspecto activo como en el pasivo. Por último, se destacó que la definición de funcionarios públicos extranjeros prevista en el artículo 427 del Código Penal no era aplicable en los casos en que el delito cometido por éstos fuera el de tráfico de influencias, por lo que se hacía necesaria una precisión concreta respecto de la responsabilidad de tales funcionarios extranjeros que pudieran cometer los delitos del Capítulo VI del Título XIX de la parte especial del Código Penal; precisión que ahora se introduce en el artículo 431.

Con la presente reforma, se solucionarían esas grietas detectadas en la regulación de nuestro ordenamiento, conforme a los criterios del GRECO.

**Artículo único. Modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.**

La Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, queda modificada como sigue:

Uno. Se incorpora una nueva letra a bis) en el apartado 1 del artículo 127 bis, con la siguiente redacción:

«a bis) Delitos de tráfico de órganos».

Dos. Se modifica el artículo 156 bis, que pasa a tener la siguiente redacción:

«1. Los que de cualquier modo promovieren, favorecieren, facilitaren, publicitaren o ejecutaren el tráfico de órganos humanos serán castigados con la pena de prisión de seis a doce años tratándose del órgano de una persona viva y de prisión de tres a seis años tratándose del órgano de una persona fallecida.

A estos efectos, se entenderá por tráfico de órganos humanos:

a) La extracción u obtención ilícita de órganos humanos ajenos. Dicha extracción u obtención será ilícita si se produce concurriendo cualquiera de las circunstancias siguientes:

1.<sup>a</sup> que se haya realizado sin el consentimiento libre, informado y expreso del donante vivo en la forma y con los requisitos previstos legalmente;

2.<sup>a</sup> que se haya realizado sin la necesaria autorización exigida por la ley en el caso del donante fallecido,

3.<sup>a</sup> que, a cambio de la extracción u obtención, en provecho propio o ajeno, se solicitare o recibiere por el donante o un tercero, por sí o por persona interpuesta, dádiva o retribución de cualquier clase o se aceptare ofrecimiento o promesa. No se entenderá por dádiva o retribución el resarcimiento de los gastos o pérdida de ingresos derivados de la donación.

b) La preparación, preservación, almacenamiento, transporte, traslado, recepción, importación o exportación de órganos ilícitamente extraídos.

c) El uso de órganos ilícitamente extraídos con la finalidad de su trasplante o para otros fines.

2. Del mismo modo se castigará a los que, en provecho propio o ajeno:

a) solicitaren o recibieren, por sí o por persona interpuesta, dádiva o retribución de cualquier clase, o aceptaren ofrecimiento o promesa por proponer o captar a un donante o a un receptor de órganos;

b) ofrecieren o entregaren, por sí o por persona interpuesta, dádiva o retribución de cualquier clase a personal facultativo, funcionario público o particular con ocasión del ejercicio de su profesión o cargo en clínicas, establecimientos o consultorios, públicos o privados, con el fin de que se lleve a cabo o se facilite la extracción u obtención ilícitas o la implantación de órganos ilícitamente extraídos.

3. Si el receptor del órgano consintiere la realización del trasplante conociendo su origen ilícito será castigado con las mismas penas previstas en el apartado 1, que podrán ser rebajadas en uno o dos grados atendiendo a las circunstancias del hecho y del culpable.

4. Se impondrán las penas superiores en grado a las previstas en el apartado 1 cuando:

a) se hubiera puesto en grave peligro la vida o la integridad física o psíquica de la víctima del delito.

b) la víctima sea menor de edad o especialmente vulnerable por razón de su edad, discapacidad, enfermedad o situación.

Si concurrieren ambas circunstancias, se impondrá la pena en su mitad superior.

5. El facultativo, funcionario público o particular que, con ocasión del ejercicio de su profesión o cargo, realizare en centros públicos o privados las conductas descritas en los apartados 1 y 2, o solicitare o recibiere la dádiva o retribución a que se refiere la letra b) de este último apartado, o aceptare el ofrecimiento o promesa de recibirla, incurrirá en la pena en ellos señalada superior en grado y, además, en la de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, para ejercer cualquier profesión sanitaria o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios, públicos o privados, por el tiempo de la condena. Si concurriere, además, alguna de las circunstancias previstas en el apartado 4, se impondrán las penas en su mitad superior.

A los efectos de este artículo, el término facultativo comprende los médicos, personal de enfermería y cualquier otra persona que realice una actividad sanitaria o socio-sanitaria.

6. Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado 1 e inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por el tiempo de la condena, cuando el culpable perteneciere a una organización o grupo criminal dedicado a la realización de tales actividades. Si concurriere alguna de las circunstancias previstas en el apartado 4, se

impondrán las penas en la mitad superior. Si concurriere la circunstancia prevista en el apartado 5, se impondrán las penas señaladas en este en su mitad superior.

Cuando se tratare de los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o grupos, se les aplicará la pena en su mitad superior, que podrá elevarse a la inmediatamente superior en grado. En todo caso se elevará la pena a la inmediatamente superior en grado si concurriera alguna de las circunstancias previstas en el apartado 4 o la circunstancia prevista en el apartado 5.

7. Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en este artículo, se le impondrá la pena de multa del triple al quíntuple del beneficio obtenido.

Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.

8. La provocación, la conspiración y la proposición para cometer los delitos previstos en este artículo se castigarán con la pena inferior en uno a dos grados a la que corresponde, respectivamente, a los hechos previstos en los apartados anteriores.

9. 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 177 bis de este Código y demás delitos efectivamente cometidos.

10. Las condenas de jueces o tribunales extranjeros por delitos de la misma naturaleza que los previstos en este artículo producirán los efectos de reincidencia, salvo que el antecedente penal haya sido cancelado o pueda serlo con arreglo al Derecho español.»

**Tres. Se modifica el artículo 284, que pasa a tener la siguiente redacción:**

«1. Se impondrá la pena de prisión de seis meses a seis años, multa de dos a cinco años, o del tanto al triple del beneficio obtenido o favorecido, o de los perjuicios evitados, si la cantidad resultante fuese más elevada, e inhabilitación especial para intervenir en el mercado financiero como actor, agente o mediador o informador por tiempo de dos a cinco años, a los que:

1.º Empleando violencia, amenaza, engaño o cualquier otro artificio, alterasen los precios que hubieren de resultar de la libre concurrencia de productos, mercancías, instrumentos financieros, contratos de contado sobre materias primas relacionadas con ellos, índices de referencia, servicios o cualesquiera otras cosas muebles o inmuebles que sean objeto de contratación, sin perjuicio de la pena que pudiese corresponderles por otros delitos cometidos.

2.º Por sí, de manera directa o indirecta o a través de un medio de comunicación, por medio de internet o mediante el uso de tecnologías de la información y la comunicación, o por cualquier otro medio, difundieren noticias o rumores o transmitieren señales falsas o engañosas sobre personas o empresas, ofreciendo a sabiendas datos económicos total o parcialmente falsos con el fin de alterar o preservar el precio de cotización de un instrumento financiero o un contrato de contado sobre materias primas relacionado o de

manipular el cálculo de un índice de referencia, cuando obtuvieran, para sí o para tercero, un beneficio, siempre que concurra alguna de las siguientes circunstancias:

- a) que dicho beneficio fuera superior a doscientos cincuenta mil euros o se causara un perjuicio de idéntica cantidad;
- b) que el importe de los fondos empleados fuera superior a dos millones de euros;
- c) que se causara un grave impacto en la integridad del mercado.

3.º Realizaren transacciones, transmitieren señales falsas o engañosas, o dieran órdenes de operación susceptibles de proporcionar indicios falsos o engañosos sobre la oferta, la demanda o el precio de un instrumento financiero, un contrato de contado sobre materias primas relacionado o índices de referencia, o se aseguraren, utilizando la misma información, por sí o en concierto con otros, una posición dominante en el mercado de dichos instrumentos o contratos con la finalidad de fijar sus precios en niveles anormales o artificiales, siempre que concurra alguna de las siguientes circunstancias:

- a) que como consecuencia de su conducta obtuvieran, para sí o para tercero, un beneficio superior a doscientos cincuenta mil euros o causara un perjuicio de idéntica cantidad;
- b) que el importe de los fondos empleados fuera superior a dos millones de euros;
- c) que se causara un grave impacto en la integridad del mercado.

2. Se impondrá la pena en su mitad superior si concurriera alguna de las siguientes circunstancias:

- 1.ª Que el sujeto se dedique de forma habitual a las anteriores prácticas abusivas.
- 2.ª Que el beneficio obtenido, la pérdida evitada o el perjuicio causado sea de notoria importancia.
3. Si el responsable del hecho fuera trabajador o empleado de una empresa de servicios de inversión, entidad de crédito, autoridad supervisora o reguladora, o entidad rectora de mercados regulados o centros de negociación, las penas se impondrán en su mitad superior.»

**Cuatro. Se modifica el artículo 285, que pasa a tener la siguiente redacción:**

«1. Quien de forma directa o indirecta o por persona interpuesta realizare actos de adquisición, transmisión o cesión de un instrumento financiero, o de cancelación o modificación de una orden relativa a un instrumento financiero, utilizando información privilegiada a la que hubiera tenido acceso reservado en los términos del apartado 4, o recomendare a un tercero el uso de dicha información privilegiada para alguno de esos actos, será castigado con la pena de prisión de seis meses a seis años, multa de dos a cinco años, o del tanto al triple del beneficio obtenido o favorecido o de los perjuicios evitados si la cantidad resultante fuese más elevada, e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión o actividad de dos a cinco años, siempre que concurra alguna de las siguientes circunstancias:

a) que, como consecuencia de su conducta obtuviera, para sí o para tercero, un beneficio superior a quinientos mil euros o causara un perjuicio de idéntica cantidad;

b) que el valor de los instrumentos financieros empleados fuera superior a dos millones de euros;

c) que se causara un grave impacto en la integridad del mercado.

2. Se impondrá la pena en su mitad superior si concurriera alguna de las siguientes circunstancias:

1.<sup>a</sup> Que el sujeto se dedique de forma habitual a las anteriores prácticas de operaciones con información privilegiada.

2.<sup>a</sup> Que el beneficio obtenido, la pérdida evitada o el perjuicio causado sea de notoria importancia.

3. Las penas previstas en este artículo se impondrán, en sus respectivos casos, en su mitad superior si el responsable del hecho fuera trabajador o empleado de una empresa de servicios de inversión, entidad de crédito, autoridad supervisora o reguladora, o entidades rectoras de mercados regulados o centros de negociación.

4. A los efectos de este artículo, se entiende que tiene acceso reservado a la información privilegiada quien sea miembro de los órganos de administración, gestión o supervisión del emisor o del participante del mercado de derechos de emisión, quien participe en el capital del emisor o del participante del mercado de derechos de emisión, quien la conozca con ocasión del ejercicio de su actividad profesional o empresarial, o en el desempeño de sus funciones, y quien la obtenga a través de una actividad delictiva.

5. Las penas previstas en este artículo se rebajarán en un grado cuando el responsable del hecho, sin tener acceso reservado a la información privilegiada, la obtenga de cualquier modo distinto de los previstos en el apartado anterior y la utilice conociendo que se trata de información privilegiada.»

Cinco. Se incorpora un nuevo artículo 285 bis con la siguiente redacción:

«Fuera de los casos previstos en el artículo anterior, quien poseyera información privilegiada y la revelare fuera del normal ejercicio de su trabajo, profesión o funciones, poniendo en peligro la integridad del mercado o la confianza de los inversores, será sancionado con pena de prisión de seis meses a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión o actividad de uno a tres años.

A los efectos de lo dispuesto en este artículo, se incluirá la revelación de información privilegiada en una prospección de mercado cuando se haya realizado sin observar los requisitos previstos en la normativa europea en materia de mercados e instrumentos financieros.»

Seis. Se incorpora un nuevo artículo 285 ter, con la siguiente redacción:

«Las previsiones de los tres artículos precedentes se extenderán a los instrumentos financieros, contratos, conductas, operaciones y órdenes previstos en la normativa europea y española en materia de mercado e instrumentos financieros.»

**Siete. Se incorpora un nuevo artículo 285 quater, con la siguiente redacción:**

«La provocación, la conspiración y la proposición para cometer los delitos previstos en los artículos 284 a 285 bis se castigará, respectivamente, con la pena inferior en uno o dos grados.»

**Ocho. Se modifica el apartado 1 del artículo 286 bis, que queda redactado como sigue:**

«1. El directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil o de una sociedad que, por sí o por persona interpuesta, reciba, solicite o acepte un beneficio o ventaja no justificados de cualquier naturaleza, u ofrecimiento o promesa de obtenerlo, para sí o para un tercero, como contraprestación para favorecer indebidamente a otro en la adquisición o venta de mercancías, o en la contratación de servicios o en las relaciones comerciales, será castigado con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, inhabilitación especial para el ejercicio de industria o comercio por tiempo de uno a seis años y multa del tanto al triplo del valor del beneficio o ventaja.»

**Nueve. Se modifica el artículo 288, que pasa a tener la siguiente redacción:**

«En los supuestos previstos en los artículos anteriores se dispondrá la publicación de la sentencia en los periódicos oficiales y, si lo solicitara el perjudicado, el juez o tribunal podrá ordenar su reproducción total o parcial en cualquier otro medio informativo, a costa del condenado.

Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en este Capítulo, se le impondrán las siguientes penas:

1.º En el caso de los delitos previstos en los artículos 270, 271, 273, 274, 275, 276, 283 y 286:

a) Multa del doble al cuádruple del beneficio obtenido, o que se hubiera podido obtener, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de dos años.

b) Multa del doble al triple del beneficio obtenido, favorecido o que se hubiera podido obtener, en el resto de los casos.

2.º En el caso de los delitos previstos en los artículos 277, 278, 279, 280, 281, 282, 282 bis, 284, 285, 285 bis, 285 quater y 286 bis al 286 quater:

a) Multa de dos a cinco años, o del triple al quíntuple del beneficio obtenido o que se hubiere podido obtener si la cantidad resultante fuese más elevada, cuando el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de más de dos años de privación de libertad.

b) Multa de seis meses a dos años, o del tanto al duplo del beneficio obtenido o que se hubiere podido obtener si la cantidad resultante fuese más elevada, en el resto de los casos.

3.º Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.»

**Diez. Se modifica el apartado 3 del artículo 305, que queda redactado como sigue:**

«3. Las mismas penas se impondrán a quien cometa las conductas descritas en el apartado 1 y a quien eluda el pago de cualquier cantidad que deba ingresar o disfrute de manera indebida de un beneficio obtenido legalmente, cuando los hechos se cometan contra la Hacienda de la Unión Europea, siempre que la cuantía defraudada excediera de cien mil euros en el plazo de un año natural. No obstante lo anterior, en los casos en los que la defraudación se lleve a cabo en el seno de una organización o grupo criminal, o por personas o entidades que actúen bajo la apariencia de una actividad económica real sin desarrollarla de forma efectiva, el delito será perseguible desde el mismo momento en que se alcance la cantidad fijada en este apartado.

Si la cuantía defraudada no superase los cien mil euros pero excediere de diez mil, se impondrá una pena de prisión de tres meses a un año o multa del tanto al triplo de la citada cuantía y la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de seis meses a dos años.»

**Once. Se modifica el artículo 308, que queda redactado como sigue:**

«1. El que obtenga subvenciones o ayudas de las Administraciones Públicas, incluida la Unión Europea, en una cantidad o por un valor superior a cien mil euros falseando las condiciones requeridas para su concesión u ocultando las que la hubiesen impedido será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años y multa del tanto al séxtuplo de su importe, salvo que lleve a cabo el reintegro a que se refiere el apartado 6.

2. Las mismas penas se impondrán al que, en el desarrollo de una actividad sufragada total o parcialmente con fondos de las Administraciones públicas, incluida la Unión Europea, los aplique en una cantidad superior a cien mil euros a fines distintos de aquéllos para los que la subvención o ayuda fue concedida, salvo que lleve a cabo el reintegro a que se refiere el apartado 6.

3. Además de las penas señaladas, se impondrá al responsable la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante un período de tres a seis años.

4. Si la cuantía obtenida, defraudada o aplicada indebidamente no superase los cien mil euros pero excediere de diez mil, se impondrá una pena de prisión de tres meses a un año o multa del tanto al triplo de la citada cuantía y la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos

fiscales o de la Seguridad Social durante el período de seis meses a dos años, salvo que lleve a cabo el reintegro a que se refiere el apartado 6.

5. A los efectos de determinar la cuantía a que se refiere este artículo, se atenderá al total de lo obtenido, defraudado o indebidamente aplicado, con independencia de si procede de una o de varias Administraciones Públicas conjuntamente.

6. Se entenderá realizado el reintegro al que se refieren los apartados 1, 2 y 4 cuando por el perceptor de la subvención o ayuda se proceda a devolver las subvenciones o ayudas indebidamente percibidas o aplicadas, incrementadas en el interés de demora aplicable en materia de subvenciones desde el momento en que las percibió, y se lleve a cabo antes de que se haya notificado la iniciación de actuaciones de comprobación o control en relación con dichas subvenciones o ayudas o, en el caso de que tales actuaciones no se hubieran producido, antes de que el Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado o el representante de la Administración autonómica o local de que se trate, interponga querrela o denuncia contra aquél dirigida o antes de que el Ministerio Fiscal o el juez de instrucción realicen actuaciones que le permitan tener conocimiento formal de la iniciación de diligencias. El reintegro impedirá que a dicho sujeto se le persiga por las posibles falsedades instrumentales que, exclusivamente en relación a la deuda objeto de regularización, el mismo pudiera haber cometido con carácter previo a la regularización de su situación.

7. La existencia de un procedimiento penal por alguno de los delitos de los apartados 1, 2 y 4 de este artículo, no impedirá que la Administración competente exija el reintegro por vía administrativa de las subvenciones o ayudas indebidamente aplicadas. El importe que deba ser reintegrado se entenderá fijado provisionalmente por la Administración, y se ajustará después a lo que finalmente se resuelva en el proceso penal.

El procedimiento penal tampoco paralizará la acción de cobro de la Administración, que podrá iniciar las actuaciones dirigidas al cobro salvo que el juez, de oficio o a instancia de parte, hubiere acordado la suspensión de las actuaciones de ejecución previa prestación de garantía. Si no se pudiese prestar garantía en todo o en parte, excepcionalmente el juez podrá acordar la suspensión con dispensa total o parcial de garantías si apreciare que la ejecución pudiese ocasionar daños irreparables o de muy difícil reparación.

8. Los jueces y tribunales podrán imponer al responsable de este delito la pena inferior en uno o dos grados, siempre que, antes de que transcurran dos meses desde la citación judicial como investigado, lleve a cabo el reintegro a que se refiere el apartado 6 y reconozca judicialmente los hechos. Lo anterior será igualmente aplicable respecto de otros partícipes en el delito distintos del obligado al reintegro o del autor del delito, cuando colaboren activamente para la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables, para el completo esclarecimiento de los hechos delictivos o para la averiguación del patrimonio del obligado o del responsable del delito.»

Doce. Se modifican los apartados 1 y 5 del artículo 386, que quedan redactados como sigue:

«1. Será castigado con la pena de prisión de ocho a doce años y multa del tanto al décuplo del valor aparente de la moneda:

1.º El que altere la moneda o fabrique moneda falsa.

2.º El que exporte moneda falsa o alterada o la importe a España o a cualquier otro Estado miembro de la Unión Europea.

3.º El que transporte, expendá o distribuya moneda falsa o alterada con conocimiento de su falsedad.»

«5. Cuando, de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis, una persona jurídica sea responsable de los anteriores delitos, se le impondrá la pena de multa del triple al décuplo del valor aparente de la moneda. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.»

Trece. Se modifica el párrafo primero del artículo 387, que queda redactado como sigue:

«A los efectos del artículo anterior, se entiende por moneda la metálica y el papel moneda de curso legal y aquella que no ha sido todavía emitida o puesta en circulación oficialmente pero que está destinada a su circulación como moneda de curso legal. Se equiparán a la moneda nacional las de otros países de la Unión Europea y las extranjeras.»

Catorce. Se modifica el artículo 423, que queda redactado como sigue:

«Lo dispuesto en los artículos precedentes será igualmente aplicable a los jurados y árbitros, nacionales o internacionales, así como a mediadores, peritos, administradores o interventores designados judicialmente, administradores concursales o a cualesquiera personas que participen en el ejercicio de la función pública.»

Quince. Se modifica el artículo 427, que queda redactado como sigue:

«Lo dispuesto en los artículos precedentes será también aplicable cuando las conductas descritas sean realizadas por o afecten a:

a) Cualquier persona que ostente un cargo o empleo legislativo, administrativo o judicial de un país de la Unión Europea o de cualquier otro país extranjero, tanto por nombramiento como por elección.

b) Cualquier persona que ejerza una función pública para un país de la Unión Europea o cualquier otro país extranjero, incluido un organismo público o una empresa pública, para la Unión Europea o para otra organización internacional pública.

c) Cualquier funcionario o agente de la Unión Europea o de una organización internacional pública.

d) Cualquier persona a la que se haya asignado y que esté ejerciendo una función de servicio público que consista en la gestión, en los Estados miembros o en terceros países, de intereses financieros de la Unión Europea o en tomar decisiones sobre esos intereses.»

Dieciséis. Se da contenido al artículo 431, que queda redactado como sigue:

«A los efectos de este capítulo se entenderán funcionarios públicos los determinados por los artículos 24 y 427.»

Diecisiete. Se introduce un nuevo ordinal 5.º en el artículo 435 con la siguiente redacción:

«5.º A las personas jurídicas que de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis sean responsables de los delitos recogidos en este Capítulo. En estos casos se impondrán las siguientes penas:

a) Multa de dos a cinco años, o del triple al quíntuple del valor del perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados cuando la cantidad resultante fuese más elevada, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años.

b) Multa de uno a tres años, o del doble al cuádruple del valor del perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados cuando la cantidad resultante fuese más elevada, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de más de dos años de privación de libertad no incluida en el anterior inciso.

c) Multa de seis meses a dos años, o del doble al triple del valor del perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados si la cantidad resultante fuese más elevada, en el resto de los casos.

Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.»

Dieciocho. Se introduce el artículo 435 bis, con la siguiente redacción:

«A los efectos de este capítulo se entenderá por funcionario público los determinados por los artículos 24 y 427.»

Diecinueve. Se modifica el artículo 572, que queda redactado como sigue:

«1. Quienes promovieran, constituyeran, organizaran o dirigieran una organización o grupo terrorista serán castigados con las penas de prisión de ocho a quince años e inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena.

2. Quienes participaran activamente en la organización o grupo, o formaran parte de ellos, serán castigados con las penas de prisión de seis a doce años e inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena.»

Veinte. Se modifica el primer párrafo del apartado 1 del artículo 573, que queda redactado como sigue:

«1. Se considerará delito de terrorismo la comisión de cualquier delito grave contra la vida o la integridad física, la libertad, la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, el patrimonio, los recursos naturales o el medio ambiente, la salud pública, de riesgo catastrófico, incendio, de falsedad documental, contra la Corona, de atentado y tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos, previstos en el presente Código, y el apoderamiento de aeronaves, buques u otros medios de transporte colectivo o de mercancías, cuando se llevaran a cabo con cualquiera de las siguientes finalidades:»

Veintiuno. Se modifica el apartado 3 del artículo 575, que queda redactado como sigue:

«3. La misma pena se impondrá a quien, para ese mismo fin, o para colaborar con una organización o grupo terrorista, o para cometer cualquiera de los delitos comprendidos en este Capítulo, se traslade o establezca en un territorio extranjero.»

Veintidós. Se suprime el apartado 5 del artículo 576.

Veintitrés. Se incorpora un artículo 580 bis, que tendrá la siguiente redacción:

«Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en este Capítulo, se le impondrán las siguientes penas:

- a) Multa de dos a cinco años, o del doble al cuádruple del perjuicio causado cuando la cantidad resultante fuese más elevada, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de más de dos años de privación de libertad.
- b) Multa de seis meses a dos años, o del doble al triple del perjuicio causado si la cantidad resultante fuese más elevada, en el resto de los casos.

Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.»

### **Disposición final primera. Incorporación de Derecho de la Unión Europea e internacional.**

Mediante esta ley orgánica:

- a) Se incorporan al Derecho español la Directiva 2014/57/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, sobre las sanciones penales aplicables al abuso de mercado, la Directiva 2017/541/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2017, relativa a la lucha contra el terrorismo, y la Directiva 2017/1371/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2017, sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del Derecho penal.

b) Se completa la transposición al Derecho español de la Directiva 2014/62/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 mayo de 2014, relativa a la protección penal del euro y otras monedas frente a la falsificación.

c) Se adapta la normativa penal española al Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra el tráfico de órganos humanos, hecho en Santiago de Compostela el 25 de marzo de 2015.

**Disposición final segunda. Título competencial.**

Esta ley se dicta en ejercicio de la competencia exclusiva en materia de legislación penal que atribuye al Estado el artículo 149.1.6.ª de la Constitución.

**Disposición final tercera. Entrada en vigor.**

La presente ley orgánica entrará en vigor a los veinte días de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

Por tanto,

Mando a todos los españoles, particulares y autoridades, que guarden y hagan guardar esta ley orgánica.

Madrid, 20 de febrero de 2019.

FELIPE R.

El Presidente del Gobierno,

PEDRO SÁNCHEZ PÉREZ-CASTEJÓN

## **Ley Orgánica 2/2019, de 1 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de imprudencia en la conducción de vehículos a motor o ciclomotor y sanción del abandono del lugar del accidente**

FELIPE VI

REY DE ESPAÑA

A todos los que la presente vieren y entendieren.

Sabed: Que las Cortes Generales han aprobado y Yo vengo en sancionar la siguiente ley orgánica.

### PREÁMBULO

La presente Ley Orgánica 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 o ciclomotor, y se asienta sobre tres ejes:

1.º La introducción de tres supuestos que se van a considerar imprudencia grave por disposición de la ley, así como una interpretación auténtica de la imprudencia menos grave.

2.º El aumento de la punición de este tipo de conductas.

3.º La introducción del delito de abandono del lugar del accidente.

Por lo que se refiere al primero, cabe señalar que esta modificación supone darle carta legal a la actividad que ya desde el Ministerio Fiscal y por la jurisprudencia se venía acordando, como resulta patente en la Circular 10/2011 de la Fiscalía General del Estado sobre seguridad vial y la consideración de conducción temeraria cuando concurra un riesgo concreto para la integridad de las personas, si concurren los requisitos del artículo 379 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Con ello se garantiza la mayor sanción para determinadas conductas particularmente graves con resultado de muerte, en particular cuando el conductor del vehículo de motor o ciclomotor conduzca bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o de bebidas alcohólicas o exceso de velocidad. Se reconoce de forma expresa que existen determinadas circunstancias indicativas de una especial negligencia por parte del conductor y han de tener consideración inequívoca en las consecuencias penales como imprudencia grave.

El aumento de la punición de este tipo de conductas se propone a través de dos vías. Por un lado, la introducción de un nuevo artículo 142 bis. La redacción permitirá al Juez o Tribunal imponer la pena de hasta nueve años de prisión en caso de varios fallecidos, o fallecidos y heridos graves, causados por la imprudencia en la conducción de vehículos a motor.

Lo mismo sucede con la introducción del artículo 152 bis, que permite incrementar en un grado la pena cuando hubiera una pluralidad de personas que sufrieran las lesiones del artículo 152.1.2.º o 3.º, o de dos cuando ese número de lesionados fuera muy elevado.

Por otro lado, el aumento de la punición también se refleja en la introducción de la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores en un nuevo párrafo del artículo 382, complementaria de la ya prevista por la regla concursal que determina la aplicación de la pena del delito más grave en su mitad superior en los casos de producción de un resultado lesivo cuando concurra la conducción temeraria, prevista y penada en el artículo 381.

En tercer lugar, se introduce el delito de abandono del lugar del accidente con una redacción autónoma, dentro del capítulo IV del Código Penal, dedicado a los delitos contra la seguridad vial, por entender que se trata de una conducta diferente y, esta vez sí, dolosa e independiente de la conducta previa imprudente o fortuita. 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 previo 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. 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 del aquél, refiriéndolo a los casos de personas que sufran lesiones graves pero en las que no concurren los requisitos del peligro manifiesto y grave que exige la omisión del deber de socorro.

**Artículo único. Modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.**

Se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en los siguientes términos:

Uno. El artículo 142 queda redactado del siguiente modo:

«Artículo 142.

1. El que por imprudencia grave causare la muerte de otro, será castigado, como reo de homicidio imprudente, con la pena de prisión de uno a cuatro años.

Si el homicidio imprudente se hubiera cometido utilizando un vehículo a motor o un ciclomotor, se impondrá asimismo la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de uno a seis años. A los efectos de este apartado, se reputará en todo caso como imprudencia grave la conducción en la que la concurrencia de alguna de las circunstancias previstas en el artículo 379 determinara la producción del hecho.

Si el homicidio imprudente se hubiera cometido utilizando un arma de fuego, se impondrá también la pena de privación del derecho al porte o tenencia de armas por tiempo de uno a seis años.

Si el homicidio se hubiera cometido por imprudencia profesional, se impondrá además la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un periodo de tres a seis años.

2. El que por imprudencia menos grave causare la muerte de otro, será castigado con la pena de multa de tres meses a dieciocho meses.

Si el homicidio se hubiera cometido utilizando un vehículo a motor o un ciclomotor, se podrá imponer también la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de tres a dieciocho meses. Se reputará imprudencia menos grave, cuando no sea calificada de grave, siempre que el hecho sea consecuencia de una infracción grave de las normas sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, apreciada la entidad de ésta por el Juez o el Tribunal.

Si el homicidio se hubiera cometido utilizando un arma de fuego, se podrá imponer también la pena de privación del derecho al porte o tenencia de armas por tiempo de tres a dieciocho meses.

El delito previsto en este apartado solo será perseguible mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.»

**Dos.** Se introduce un nuevo artículo 142 bis, con la siguiente redacción:

«Artículo 142 bis.

En los casos previstos en el número 1 del artículo anterior, el Juez o Tribunal podrá imponer motivadamente la pena superior en un grado, en la extensión que estime conveniente, si 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.»

**Tres.** El artículo 152 queda redactado del siguiente modo:

«Artículo 152.

1. El que por imprudencia grave causare alguna de las lesiones previstas en los artículos anteriores será castigado, en atención al riesgo creado y el resultado producido:

1.º Con la 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.

2.º Con la pena de prisión de uno a tres años, si se tratare de las lesiones del artículo 149.

3.º Con la pena de prisión de seis meses a dos años, si se tratare de las lesiones del artículo 150.

Si los hechos se hubieran cometido utilizando un vehículo a motor o un ciclomotor, se impondrá asimismo la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de uno a cuatro años. A los efectos de este apartado, se reputará en todo caso como imprudencia grave la conducción en la que la concurrencia de alguna de las circunstancias previstas en el artículo 379 determinara la producción del hecho.

Si las lesiones se hubieran causado utilizando un arma de fuego, se impondrá también la pena de privación del derecho al porte o tenencia de armas por tiempo de uno a cuatro años.

Si las lesiones hubieran sido cometidas por imprudencia profesional, se impondrá además la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de seis meses a cuatro años.

2. El que por imprudencia menos grave causare alguna de las lesiones a que se refieren los artículos 147.1, 149 y 150, será castigado con la pena de multa de tres meses a doce meses.

Si los hechos se hubieran cometido utilizando un vehículo a motor o un ciclomotor, se podrá imponer también la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de tres meses a un año. 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.

Si las lesiones se hubieran causado utilizando un arma de fuego, se podrá imponer también la pena de privación del derecho al porte o tenencia de armas por tiempo de tres meses a un año.

El delito previsto en este apartado solo será perseguible mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.»

Cuatro. Se introduce un nuevo artículo 152 bis, con la siguiente redacción:

«Artículo 152 bis.

En los casos previstos en el número 1 del artículo anterior, el Juez o Tribunal podrá imponer motivadamente la pena superior en un grado, en la extensión que estime conveniente, si 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 lesiones constitutivas de delito del artículo 152.1.2.º o 3.º a una pluralidad de personas, y en dos grados si el número de lesionados fuere muy elevado.»

Cinco. El artículo 382 queda redactado del siguiente modo:

«Artículo 382.

Cuando con los actos sancionados en los artículos 379, 380 y 381 se ocasionare, además del riesgo prevenido, un resultado lesivo constitutivo de delito, cualquiera que sea su gravedad, los Jueces o Tribunales apreciarán tan sólo la infracción más gravemente penada, aplicando la pena en su mitad superior y condenando, en todo caso, al resarcimiento de la responsabilidad civil que se hubiera originado.

Cuando el resultado lesivo concorra con un delito del artículo 381, se impondrá en todo caso la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores prevista en este precepto en su mitad superior.»

Seis. Se introduce un nuevo artículo 382 bis, con la siguiente redacción:

«Artículo 382 bis.

1. El conductor de un vehículo a motor o de un ciclomotor que, fuera de los casos contemplados en el artículo 195, voluntariamente y sin que concorra riesgo propio o de terceros, abandone el lugar de los hechos tras causar un accidente en el que fallecieran una o varias personas o en el que se le causare lesión constitutiva de un delito del artículo 152.2, será castigado como autor de un delito de abandono del lugar del accidente.
2. Los hechos contemplados en este artículo que tuvieran su origen en una acción imprudente del conductor, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a cuatro años y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de uno a cuatro años.
3. Si el origen de los hechos que dan lugar al abandono fuera fortuito le corresponderá una pena de tres a seis meses de prisión y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de seis meses a dos años.»

Disposición final única. Entrada en vigor.

La presente ley orgánica entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

Por tanto,

Mando a todos los españoles, particulares y autoridades, que guarden y hagan guardar esta ley orgánica.

Madrid, 1 de marzo de 2019.

FELIPE R.

El Presidente del Gobierno,  
PEDRO SÁNCHEZ PÉREZ-CASTEJÓN

## 2. Colombia\*

### **Ley 1959, de 20 de junio de 2019, por medio de la cual se modifican y adicionan artículos de la Ley 599 de 2000 y la Ley 906 de 2004 en relación con el delito de violencia intrafamiliar**

El Congreso de la República

DECRETA:

ART. 1.º— Modifíquese el artículo 229 de la Ley 599 de 2000, el cual quedará así:

ART. 229.— Violencia intrafamiliar. El que maltrate física o psicológicamente a cualquier miembro de su núcleo familiar incurrirá, siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor, en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años.

La pena se aumentará de la mitad a las tres cuartas partes cuando la conducta recaiga sobre un menor, adolescente, una mujer, una persona mayor de sesenta (60) años, o que se encuentre en situación de discapacidad o disminución física, sensorial y psicológica o quien se encuentre en estado de indefensión o en cualquier condición de inferioridad.

Cuando el responsable tenga antecedentes penales por el delito de violencia intrafamiliar o por haber cometido alguno de los delitos previstos en el libro segundo, títulos I y IV del Código Penal contra un miembro de su núcleo familiar dentro de los diez (10) años anteriores a la ocurrencia del nuevo hecho, el sentenciador impondrá la pena dentro del cuarto máximo del ámbito punitivo de movilidad respectivo.

PAR. 1.º— A la misma pena quedará sometido quien sin ser parte del núcleo familiar realice las conductas descritas en el tipo penal previsto en este artículo contra.

- a) Los cónyuges o compañeros permanentes, aunque se hubieren separado o divorciado.
- b) El padre y la madre de familia, aun cuando no convivan en el mismo hogar, si el maltrato se dirige contra el otro progenitor.
- c) Quien, no siendo miembro del núcleo familiar, sea encargado del cuidado de uno o varios miembros de una familia en su domicilio, residencia o cualquier lugar en el que se realice la conducta.
- d) Las personas con las que se sostienen o hayan sostenido relaciones extramatrimoniales de carácter permanente que se caractericen por una clara e inequívoca vocación de estabilidad.

---

\* Esta sección ha sido posible gracias al Prof. Botero Bernal, a quien agradecemos su amable colaboración.

PAR. 2.º— A la misma pena quedará sometido quien, no siendo miembro del núcleo familiar, sea encargado del cuidado de uno o varios miembros de una familia y realice alguna de las conductas descritas en el presente artículo.

ART. 2.º— Modifíquese el párrafo del artículo 149 de la Ley 906 de 2004, el cual quedará así:

PAR.— En las actuaciones procesales relativas a los delitos contra la libertad y formación sexual, violencia sexual y violencia intrafamiliar, el juez podrá, a solicitud de cualquiera de los intervinientes en el proceso, disponer la realización de audiencias cerradas al público. La negación de esta solicitud se hará mediante providencia motivada. Cuando cualquiera de los intervinientes en el proceso lo solicite, la autoridad competente podrá determinar la reserva de identidad respecto de los datos personales de la víctima, los de sus descendientes y los de cualquier otra persona que esté bajo su guarda o custodia.

ART. 3.º— Modifíquese el numeral 3.º y el párrafo 3.º del artículo 284 de la Ley 906 de 2004, relativo a la prueba anticipada, los cuales quedarán así:

ART. 284.— Prueba anticipada. Durante la investigación y hasta antes de la instalación de la audiencia de juicio oral se podrá practicar anticipadamente cualquier medio de prueba pertinente, con el cumplimiento de los siguientes requisitos:

1. Que sea practicada ante el juez que cumpla funciones de control de garantías.
2. Que sea solicitada por el Fiscal General o el fiscal delegado, por la defensa o por el Ministerio Público en los casos previstos en el artículo 112.
3. Que sea por motivos fundados y de extrema necesidad y para evitar la pérdida o alteración del medio probatorio, o que se trate de investigaciones que se adelanten por el delito de violencia intrafamiliar.
4. Que se practique en audiencia pública y con observancia de las reglas previstas para la práctica de pruebas en el juicio.

PAR. 1.º— Si la prueba anticipada es solicitada a partir de la presentación del escrito de acusación, el peticionario deberá informar de esta circunstancia al juez de conocimiento.

PAR. 2.º— Contra la decisión de practicar la prueba anticipada proceden los recursos ordinarios. Si se negare, la parte interesada podrá de inmediato y por una sola vez, acudir ante otro juez de control de garantías para que este en el acto reconsidere la medida. Su decisión no será objeto de recurso.

PAR. 3.º— En el evento en que la circunstancia que motivó la práctica de la prueba anticipada, al momento en que se dé comienzo al juicio oral, no se haya cumplido o haya desaparecido, el juez ordenará la repetición de dicha prueba en el desarrollo del juicio oral, salvo que se trate de investigaciones por el delito de violencia intrafamiliar, evento en el cual, el juez se abstendrá de repetir la prueba anticipada cuando exista evidencia sumaria de:

- a) Revictimización;

- b) Riesgo de violencia o manipulación;
- c) Afectación emocional del testigo;
- d) O dependencia económica con el agresor.

PAR. 4.º— En las investigaciones que versen sobre delitos de competencia de los jueces penales del circuito especializados, por delitos contra la administración pública y por delitos contra el patrimonio económico que recaigan sobre bienes del Estado respecto de los cuales proceda la detención preventiva, será posible practicar como prueba anticipada el testimonio de quien haya recibido amenazas contra su vida o la de su familia por razón de los hechos que conoce; así mismo, procederá la práctica de dicha prueba anticipada cuando contra el testigo curse un trámite de extradición en el cual se hubiere rendido concepto favorable por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

La prueba deberá practicarse antes de que quede en firme la decisión del Presidente de la República de conceder la extradición.

PAR. 5.º— La prueba testimonial anticipada se podrá practicar en todos los casos en que se adelanten investigaciones contra miembros de grupos delictivos organizados y grupos armados organizados. Las pruebas testimoniales que se practiquen de manera anticipada en virtud de este párrafo solo podrán repetirse en juicio a través de videoconferencia, siempre que a juicio del juez de conocimiento no se ponga en riesgo la vida e integridad del testigo o sus familiares, o no sea posible establecer su ubicación.

ART. 4.º— Modifíquese el artículo 534 de la Ley 906 de 2004, el cual quedará así:

ART. 534.— Ámbito de aplicación. El procedimiento especial abreviado de que trata el presente título se aplicará a las siguientes conductas punibles:

1. Las que requieren querrela para el inicio de la acción penal.
2. Lesiones personales a las que hacen referencia los artículos 111, 112, 113, 114, 115, 116, 118 y 120 del Código Penal; actos de discriminación (C.P., art. 134A), hostigamiento (C.P., art. 134B), actos de discriminación u hostigamiento agravados (C.P., art. 134C), violencia intrafamiliar (C.P., art. 229), inasistencia alimentaria (C.P., art. 233), hurto (C.P., art. 239); hurto calificado (C.P., art. 240); hurto agravado (C.P., art. 241), numerales del 1 al 10; estafa (C.P., art. 246); abuso de confianza (C.P., art. 249); corrupción privada (C.P., art. 250A); administración desleal (C.P., art. 250B); abuso de condiciones de inferioridad (C.P., art. 251); utilización indebida de información privilegiada en particulares (C.P., art. 258); los delitos contenidos en el título VII bis, para la protección de la información y los datos, excepto los casos en los que la conducta recaiga sobre bienes o entidades del Estado; violación de derechos morales de autor (C.P., art. 270); violación de derechos patrimoniales de autor y derechos conexos (C.P., art. 271); violación a los mecanismos de protección de derechos de autor (C.P., art. 272); falsedad en documento privado (C.P., arts. 289 y 290); usurpación de derechos de propiedad industrial y de derechos de obtentores de variedades vegetales (C.P., art. 306);

uso ilegítimo de patentes (C.P., art. 307); violación de reserva industrial y comercial (C.P., art. 308); ejercicio ilícito de actividad monopolística de arbitrio rentístico (C.P., art. 312).

En caso de concurso entre las conductas punibles referidas en los numerales anteriores y aquellas a las que se les aplica el procedimiento ordinario, la actuación se regirá por este último.

PAR.— Este procedimiento aplicará también para todos los casos de flagrancia de los delitos contemplados en el presente artículo.

ART. 5.º— Modifíquese el artículo 550 de la Ley 906 de 2004 , el cual quedará así:

ART. 550.— Conductas punibles susceptibles de conversión de la acción penal. La conversión de la acción penal de pública a privada podrá autorizarse para las conductas que se tramiten por el procedimiento especial abreviado, a excepción de aquellas que atenten contra bienes del Estado y cuando se trate del delito de violencia intrafamiliar.

ART. 6.º— El Gobierno Nacional, en un término máximo de 12 meses después de entrada en vigencia la presente ley, deberá estructurar y elaborar una estrategia nacional de formación de familia, dirigida a la prevención del maltrato y violencia intrafamiliar.

ART. 7.º— Del seguimiento a la ley. Confórmese la Comisión de seguimiento al delito de violencia intrafamiliar el cual deberá sesionar mínimo una vez cada seis meses con el fin de evaluar, proponer y modificar la política criminal de este tipo penal en los términos de la presente ley.

La comisión será conformada por:

1. El Fiscal General de la Nación o su delegado.
2. El Ministro de Justicia y del Derecho o su delegado.
3. El Ministro del Interior o su delegado.
4. El Procurador General de la Nación o su delegado.
5. El Defensor del Pueblo o su delegado.
6. El Director del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar o su delegado.
7. El Director General de la Policía Nacional.
8. Tres (3) integrantes mínimo de la Comisión legal para la equidad de la mujer.
9. Tres integrantes del Senado de la República de la Comisión Primera.
10. Tres integrantes de la Cámara de Representantes de la Comisión Primera.
11. Consejera para la equidad de la mujer o su delegado.

ART. 8.º— Vigencia. La presente ley rige a partir de su promulgación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias.

Publíquese y cúmplase.

Dada en Bogotá, D.C., a 20 de junio de 2019

## III. NOTICIAS DE LA FICP

### 1. Congresos, seminarios y cursos

La FICP ha (co)organizado o (co)organiza actualmente los próximos congresos, cursos o conferencias:

**(i) XXII Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Univ. de Alcalá, 2019**

**16 y 17 de mayo de 2019.** Sobre “Derecho penal general y de la empresa”. Evento coorganizado por el Área de Derecho Penal de la Univ. de Alcalá y la FICP. Director: Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Diego-M. Luzón Peña, Presidente de Honor de la FICP y Catedrático de Derecho penal. Coordinadores: Profs. Dres. Roso Cañadillas, Vega Gutiérrez, Pérez-Sauquillo Muñoz y Prof. Cardona Cardona. Coordinación de las relaciones de los debates: Prof. Dra. Isabel Durán Seco (Univ. de León). Lugar: Facultad de Derecho, Universidad de Alcalá (Madrid, España). Acceso restringido: a la escuela científica del Prof. Luzón, el Patronato de la FICP e invitados.

Este año han sido ponentes invitados especiales el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. José Luis Díez Ripollés (Catedrático de D. Penal, Director de la Sección de Málaga del Instituto Andaluz interuniversitario de Criminología. Universidad de Málaga, España) y el Prof. Dr. Iván Meini Méndez (Prof. Principal de D. Penal. Pontificia Univ. Católica del Perú, Lima; socio de la FICP). Las actas de este Seminario, con el programa, las ponencias y comunicaciones recibidas están disponibles en nuestra página web, en la sección de [Actas de los Seminarios Interuniversitarios Internacionales anuales de Derecho Penal Univ. de Alcalá](#), que ya disponen de ISSN: 2695-3994. A continuación se publica una selección de las fotos del evento, la totalidad de las cuales está disponible en el [álbum](#) correspondiente de la [Galería](#).



Inauguración del XXII Seminario por su Director, con la intervención del Director del Departamento de CC.JJ. de la Univ. de Alcalá, Prof. Dr. Díez Ballesteros, y del Presidente de la FICP, Prof. Dr. Dr. h.c. de

Vicente Remesal\*. En la mesa, de izq. a dcha., la Prof. Dra. Roso Cañadillas\*, el Prof. Dr. Díez Ballesteros, el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Luzón Peña\* y el Prof. Dr. Dr. h.c. de Vicente Remesal\*.



Imágenes de la 1.ª sesión del XXII Seminario, con ponencias de los Profs. Dres. Dres. h.c. de Vicente Remesal\* (moderado por la Prof. Dra. Roso Cañadillas\*), Díaz y García Conlledo\* (moderado por el Prof. Dr. Dr. h.c. Sanz Morán\*) y Díez Ripollés (ponente invitado especial, moderado por el Prof. Dr. Dopico Gómez-Aller\*).



Imágenes de la 2.ª sesión del XXII Seminario, con ponencias de la Prof. Dra. Pérez-Sauquillo Muñoz\* (moderada por el Prof. Dr. Jorge Barreiro\*), Prof. Luzón Campos\* (moderado por el Prof. Dr. Boldova Pasamar\*) y Prof. Dr. Meini Méndez\* (ponente invitado especial, moderado por la Prof. Dra. Olaizola Nogales\*).



Imágenes de la 3.ª sesión del XXII Seminario, con ponencias del Prof. Dr. Vega Gutiérrez\* (moderado por la Prof. Dra. Trapero Barreales\*), Prof. Alpaca Pérez\* (moderado por la Prof. Dra. Rueda Martín\*) y la Prof. Dra. García Mosquera\* (moderada por el Prof. Dr. Paredes Castañón\*).



Algunos de los asistentes al seminario. Arriba a la izq.: de izq. a dcha., D. David Gallego Arribas, D.ª Ruth Lopera Viñé, D. Leopoldo Puente Rodríguez, D.ª Marta Pantaleón Díaz, el Prof. Dr. de la Fuente Honrubia, D.ª Stephania Serrano Suárez y los Profs. Dres. Virxilio Rodríguez Vázquez y Raquel Roso Cañadillas. Arriba a la dcha.: de izq. a dcha., D.ª Cristina López López, los Profs. Dres. Octavio García Pérez, M.ª Ángeles Rueda Martín y Raquel Roso, la Prof. Escudero Muñoz y la Prof. Dra. Inés Olaizola Nogales. Abajo, izq.: de izq. a dcha., la Prof. Dra. Trapero Barreales, el Prof. Dr. Dr. h.c. Cancio Meliá y la Prof. Dra. Marta García Mosquera. Abajo dcha.: de izq. a dcha., los Profs. Dres. Dres. h.c. Luzón Peña, de Vicente Remesal, Díez Ripollés, el Prof. Dr. Boldova Pasamar y la Prof. Dra. Francés Lecumberri.

## (ii) XX Seminario Internacional de Filosofía del Derecho y Derecho Penal, Univ. de León, 2019

**4 y 5 de julio de 2019.** Sobre “Casos trágicos y Derecho Penal”. Coorganizado por las Áreas de Derecho Penal y Filosofía del Derecho de la Univ. de León y la FICP (dirs.: Profs. Dres. Miguel Díaz y García Conlledo y Juan Antonio García Amado, Catedráticos de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, respectivamente). Facultad de Derecho, Univ. de León (España). Lugar: Salón de Grados de la Facultad de Derecho, Univ. de León, León, España.

Este año han sido ponentes invitados el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Schünemann\* (Univ. de Múnich) y Profs. Dres. de Lora Deltoro (Univ. Autónoma de Madrid), Martínez Zorrilla (Univ. Oberta de Catalunya) y Correa Flórez (Universidad de los Andes, Bogotá, Colombia). El Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Diego-M. Luzón Peña\* ha sido moderador del debate de la ponencia del Prof. Schünemann\*, y el Prof. Dr. Dres. h.c. Díaz y García Conlledo\* ha moderado a su vez la ponencia de la Prof. Dra. Correa Flórez.

En [Actas de los Seminarios Internacionales anuales de Filosofía del Derecho y Derecho Penal](#) se encontrarán próximamente disponibles el programa y los vídeos de las ponencias, los debates y las comunicaciones. Actualmente puede consultarse el programa en [Eventos anteriores](#).

A continuación se muestra una selección de fotos del evento:



El Prof. Schünemann\* (dcha.) durante su ponencia, moderada por el Prof. Luzón Peña\* (en el centro) y acompañado durante el debate por el Prof. Díaz y García Conlledo\* (izq.).



La ponencia del Prof. de Lora DelToro (dcha.), moderado por el Prof. García Amado\* (izq.).



De izq. a dcha., los Profs. Luzón Peña\*, Schünemann\* y de Vicente Remesal\* en un descanso tras la ponencia del segundo.



Otro momento de descanso tras la ponencia del Prof. Scünemann: de izq. a dcha., los Profs. García Mosquera\*, Luzón Peña\*, Schünemann\*, Durán Seco\* y de Vicente Remesal\*



Los Profs. Martínez Zorrilla (arriba, dcha.) y Correa Flórez (abajo, dcha.) durante sus ponencias, moderadas por el Prof. Dr. José Manuel Pérez Bermejo (Univ. de Salamanca) y el Prof. Díaz y García Conlledo\* respectivamente.



Algunos momentos del debate de las sesiones: arriba a la dcha. y abajo a la izq., los Profs. Luzón\* y Molina Fernández (UAM) intervienen tras la ponencia del Prof. de Lora Deltoro (junto al Prof. Molina, la patrona Prof. Corcoy\*); abajo a la dcha., la Prof. Juanatey (Univ. de Alicante) interviene tras la ponencia de la Prof. Correa.

### (iii) Seminarios de Docencia e Investigación DP-ULE

**18 de junio de 2019.** Ponencia del **Prof. Dr. Dr. h.c. Juan Luis Gómez Colomer** (Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Jaume I de Castellón, Presidente de la Sección Quinta de la Comisión General de Codificación y Presidente de la Asociación Alexander von Humboldt de España) sobre "**¿Qué futuro espera al proceso penal?**". Evento coorganizado por las Áreas de Derecho Penal y Derecho Procesal de la Univ. de León y la FICP. Lugar: Salón de Grados de la Facultad de Derecho, Univ. de León, León, España.

**18 de septiembre de 2019.** Ponencia de la **Prof. Dra. Geovana Vallejo Jiménez**, Profesora Investigadora de la Maestría en Derecho Procesal Penal y Teoría del Delito de la UNAULA (Medellín, Colombia) y socia de la FICP, sobre "**Problemas específicos en torno a la responsabilidad penal del médico ortopedista y/o traumatólogo**". Evento organizado por el Área de Derecho Penal de la Univ. de León y la FICP. Lugar: Sala de Juntas de la Facultad de Derecho, Univ. de León, España.

#### (iv) V Jornadas sobre Metodología y Política Criminal en el Sistema Penal, Univ. de Oviedo

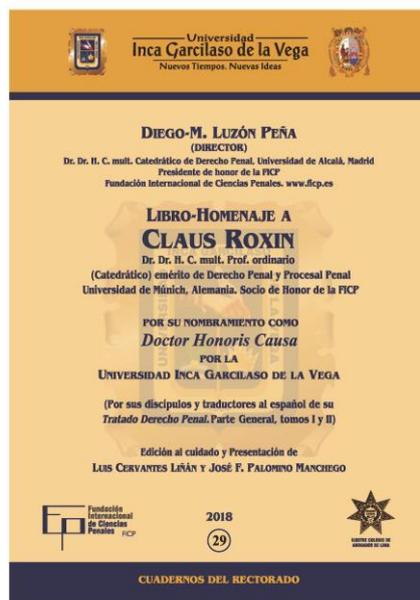
11 de noviembre de 2019. Sobre "Feminismo y política criminal". Evento organizado por el Área de Derecho Penal de la Univ. de Oviedo y la FICP (dir. Prof. Dr. Paredes Castañón, Catedrático de Derecho Penal y patrono de la FICP). Con la participación de las Profs. Dras. Maqueda Abreu (Catedrática de Derecho Penal, Univ. de Granada), Villacampa Estiarte (Catedrática de Derecho Penal, Univ. de Lleida) y Francés Lecumberri (Prof. Contrada Doctora, Univ. Pública de Navarra, y socia de la FICP). Lugar: Aula Magna de la Facultad de Derecho, Univ. de Oviedo, España. Inscripciones en: [paredesmanuel@uniovi.es](mailto:paredesmanuel@uniovi.es). El programa está disponible en nuestra página web, en la sección de [Próximos eventos y cursos](#).

## 2. Publicaciones de la FICP

Además de sus dos revistas, la FICP ha coeditado las siguientes obras:

#### (i) Libro-Homenaje a Claus Roxin

LUZÓN PEÑA, Diego Manuel (Director), Libro Homenaje a Claus Roxin por su nombramiento como Doctor *Honoris Causa* por la Universidad Inca Garcilaso de la Vega. (Por sus discípulos y traductores al español de su tratado Derecho Penal, Parte General, tomos I y II). Lima, Perú: Cuadernos del Rectorado Universidad Inca Garcilaso de la Vega / FICP, 2018, 793 pp. ISBN: 978-9972-04-592-9.

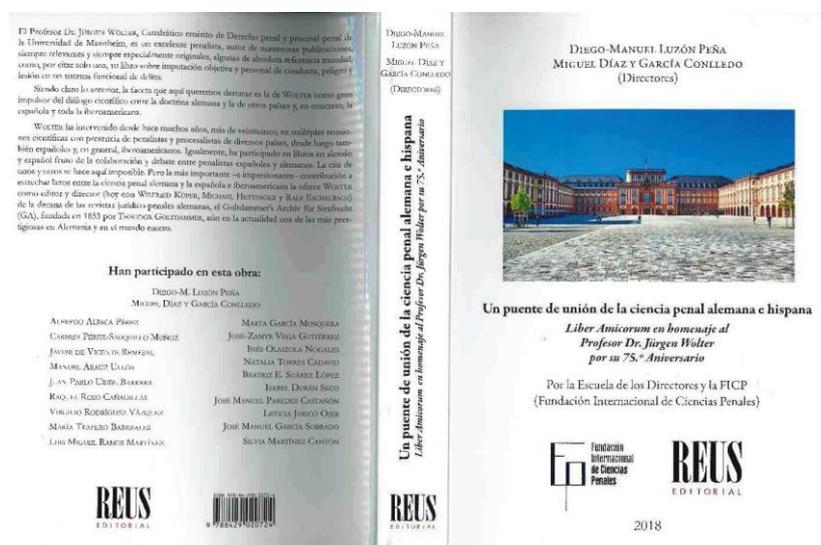


Han contribuido a la obra otros patronos y socios de la FICP, además de los anteriormente señalados: (i) entre los patronos, los Profs. Dres. Paredes Castañón, Olaizola Nogales, Trapero Barreales, Roso Cañadillas, Barber Burusco, Durán Seco y Jericó Ojer; (ii) entre los socios, el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Bernd Schünemann (socio de honor de la FICP), el Prof. Dr. Vega Gutiérrez y la Prof. Escobar Vélez. El índice de la obra está disponible en nuestra página web, en la nueva sección de [Publicaciones/Otras publicaciones de la FICP](#). Asimismo, más abajo en este número de Foro FICP, en la sección de [Libros y artículos recientes de los miembros de la FICP](#), se indicarán los diversos artículos contenidos en la obra.

Para recibir un ejemplar impreso del *Libro-Homenaje a Claus Roxin, por su nombramiento como Dr. h.c. por la Univ. Inca Garcilaso de la Vega [en 2017]. Por sus discípulos y traductores al español de su tratado Derecho Penal, Parte General, tomos I y II* (dir.: Diego-M. Luzón Peña), Lima, FICP / Universidad Inca Garcilaso de la Vega, 2018 (previsiblemente abonando solo los gastos de envío), pónganse en contacto con el encargado de la distribución de la obra, Prof. Dr. Dr. h.c. mult. José F. Palomino Manchego (Prof. Ordinario de la Univ. Inca Garcilaso de la Vega de Lima, la Univ. Nacional Mayor de San Marcos y la Univ. San Martín de Porres, Perú; email: [palominomanchego@gmail.com](mailto:palominomanchego@gmail.com)), quien les indicará el procedimiento que se debe seguir.

## (ii) *Liber-Amicorum a Jürgen Wolter*

LUZÓN PEÑA, Diego-M./DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel (Directores), Un puente de unión de la ciencia penal alemana e hispana. *Liber Amicorum* en homenaje al Prof. Dr. Jürgen Wolter por su 75.º aniversario. Por la Escuela de los Directores y la FICP (Fundación Internacional de Ciencias Penales). Madrid: FICP / Reus, 2018, 590 pp. ISBN 978-84-290-2072-4.



Han contribuido a la obra otros patronos y socios de la FICP, además de los anteriormente señalados: (i) entre los patronos: el Prof. Dr. Dr. h.c. De Vicente Remesal y los Profs. Dres. Paredes Castañón, Olaizola Nogales, Aráuz Ulloa, Trapero Barreales, Roso Cañadillas, Durán Seco, Jericó Ojer; y (ii) entre los socios, los Profs. Dres. Rodríguez Vázquez, García Mosquera, Vega Gutiérrez, Torres Cadaviz, Pérez-Sauquillo Muñoz y los Profs. García Sobrado, Alpaca Pérez, Uribe Barrera, Suárez López y Ramos Martínez.

El índice de la obra está disponible en nuestra página web, en la nueva sección de [Publicaciones/Otras publicaciones de la FICP](#). Asimismo, más abajo en este número de Foro FICP, en la sección de [Libros y artículos recientes de los miembros de la FICP](#), se indicarán los diversos artículos contenidos en la obra.

### **(iii) Actas de Congresos y Seminarios con ISSN**

La FICP ha obtenido el ISSN para las siguientes publicaciones periódicas disponibles en nuestra página web, en la sección de [Actas de congresos y seminarios](#):

- Actas de los Congresos Internacionales de la FICP (ISSN 2695-3986)
- Actas de los Seminarios Interuniversitarios Internacionales anuales de la FICP, Univ. de Alcalá (ISSN 2695-3994)
- Actas de los Seminarios Internacionales anuales de la FICP, Univ. de León (ISSN 2695-4001)

## IV. NOTICIAS DE LOS MIEMBROS DE LA FICP

### 1. Distinciones, galardones; grados académicos (doctorados, maestrías o masters, etc.)<sup>1</sup>

#### (i) Dedicación de un aula de la Facultad de Derecho de la Univ. de León al Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Diego-M. Luzón Peña\*

La Junta de Facultad de la Fac. de Derecho de la Univ. de León acordó a comienzos del presente año 2019 la dedicación de un aula de la Facultad al Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Luzón Peña\*, Catedrático de Derecho de la Univ. de Alcalá y Presidente de honor de la FICP, con motivo de su investidura como Doctor *honoris causa* por la Univ. de León el pasado 18 de diciembre de 2018. Igualmente, se decidió incluir una fotografía suya en la Sala de Juntas para la galería de los diversos Doctores *honoris causa* nombrados a propuesta de la Junta de Facultad.

El acuerdo relativo a la concesión del aula ha sido finalmente ejecutado el pasado mes de julio por el Decanato de la Facultad, que ha concretado que el aula dedicada sea la n.º 6.



El Prof. Luzón\* posa solo o acompañado por la Prof. Durán Seco\* delante de la vidriera-mural de la galería de la Facultad de Derecho,

<sup>1</sup> Los miembros de la FICP están identificados mediante un asterisco.

obra del Prof. Dr. h.c. García Zurdo. La vidriera representa el sello real de concesión del Fuero a las Cortes del Reino León en 1017 por el rey Alfonso V, la primera carta del mundo de reconocimiento de derechos y libertades a los ciudadanos.



El Prof. Luzón\* posa solo o acompañado por la Prof. Durán Seco\* delante de la vidriera-mural de la galería de la Facultad de Derecho, obra del Prof. Dr. h.c. García Zurdo. La vidriera representa el sello real de concesión del Fuero a las Cortes del Reino León en 1017 por el rey Alfonso V, la primera carta del mundo de reconocimiento de derechos y libertades a los ciudadanos.

## **(ii) Nombramiento del Prof. Dr. Dr. h.c. Ángel Sanz Morán\* como académico de la RALyJ de Valladolid**

Con fecha de 5 de julio de 2019 tuvo lugar la solemne sesión pública de recepción del Prof. Dr. Dr. h.c. Ángel Sanz Morán\*, Catedrático de Derecho Penal de la Univ. de Valladolid y patrono fundador de la FICP, como Académico de Número de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Valladolid, que contó con la lectura de su discurso “El ‘arte de contar los delitos’. Últimas aportaciones legislativas y jurisprudenciales”. Lugar: Paraninfo de la Univ. de Valladolid, España.

## **(iii) Nombramiento del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Ricardo Robles Planas\* como *Doctor honoris causa* y del Prof. Dr. Coca Vila\* como Prof. Honorario por la Universidad de Chiclayo, Perú.**

19 de junio de 2019. Acto de investidura del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Robles Planas\* como Doctor *honoris causa* por la Univ. de Chiclayo, Perú. Se trata del tercer Doctorado *honoris causa* que recibe el Prof. Robles Planas, junto con los concedidos por las universidades de Los Ángeles de Chimbote (2015) y de San Pedro (2016). En el mismo acto se concedió igualmente el grado de Prof. Honorario de la citada universidad al Prof. Dr. Ivó Coca Vila\*. Puede encontrarse más información sobre el acto en el siguiente [enlace](#).



Imágenes de la investidura del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Robles Planas\* como Doctor *honoris causa* por la Univ. de Chiclayo y posado tras el evento.



Imágenes de la investidura del Prof. Dr. Ivó Coca Vila\* como Prof. Honorario de la Univ. de Chiclayo.

#### (iv) Obtención de una Cátedra de Derecho Penal en la Univ. de Extremadura por el Prof. Dr. Emilio Cortés Bechiarelli\*

El pasado 19 de julio de 2019, el Prof. Dr. Emilio Cortés Bechiarelli\*, socio de la FICP y Director de la Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal, ganó el

concurso-oposición para la obtención de una Cátedra de Derecho Penal en la Univ. de Extremadura (España). El Tribunal estuvo compuesto por el Prof. Dr. Joaquín Cuello Contreras (Catedrático de la Univ. de Extremadura, Presidente del tribunal), el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Berdugo Gómez de la Torre\* (Catedrático de la Univ. de Salamanca, vocal del tribunal y socio de la FICP), Prof. Dr. José Luis González Cussac\* (Catedrático de la Univ. de Valencia, vocal del tribunal y socio de la FICP), Prof. Dr. Dres. h.c. Díaz y García Conlledo\* (Catedrático de la Univ. de León, vocal del tribunal y patrono de la FICP) y Prof. Dr. José Luis Serrano González de Murillo (Catedrático de la Univ. de Extremadura).



De izq. a dcha., los Profs. Díaz y García Conlledo\*, Berdugo Gómez de la Torre\*, Cortés Bechiarelli\*, Cuello Contreras, González Cussac\* y Serrano González de Murillo.

#### **(v) Obtención de una Cátedra de Derecho Penal en la Univ. Jaime I / Jaime I de Castellón por la Prof. Dra. Caty Vidales Rodríguez\***

Con fecha de 22 de julio de 2019, la Prof. Dra. Caty Vidales Rodríguez\*, socia de la FICP, ganó el concurso-oposición para la obtención de una Cátedra de Derecho Penal en la Univ. Jaime I / Jaime I de Castellón (España). El Tribunal estuvo compuesto por los Profs. Dres. José Luis González Cussac\* (Catedrático de la Univ. de Valencia, Presidente del tribunal y socio de la FICP), Juan Carlos Carbonell Mateu\* (Catedrático de la Univ. de Valencia, Vocal y socio de la FICP) y Carmen Lamarca Pérez (Catedrática de la Univ. Carlos III de Madrid y Secretaria del tribunal).



La Prof. Dra. Vidales\* durante el ejercicio y junto a los miembros del tribunal. Abajo, de izq. a dcha., los Profs. Vidales\*, Carbonell\*, Lamarca y González Cussac\*.

Al acto asistieron, además de múltiples profesores de la Jaime I / Jaume I y compañeros de la Prof. Vidales, el Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Diego-M. Luzón Peña\* (Catedrático de la Univ. de Alcalá, Madrid, y Presidente de honor de la FICP).



La Prof. Dra. Vidales\* posa junto al Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Luzón Peña\*

## **(vi) Obtención de una Cátedra de Derecho Penal en la Univ. de Murcia por el Prof. Dr. David Morillas Fernández\***

El pasado 25 de julio de 2019 se celebró el acto de toma de posesión de la Cátedra de Derecho Penal en la Univ. de Murcia obtenida por el Prof. Dr. David Morillas Fernández\*, socio de la FICP, en un evento colectivo presidido por el Sr. Rector Magnífico. Puede obtenerse más información sobre el acto [aquí](#).



El Prof. Dr. Morillas Fernández\*, quinto contando desde la dcha., junto al resto de Catedráticos y Profs. Titulares que participaron en el acto de toma de posesión las nuevas plazas de la Univ. de Murcia.

## **(vii) Concesión de una plaza de Profesor Ayudante Doctor y del Premio Extraordinario de Doctorado a la Prof. Dra. Carmen Pérez-Sauquillo Muñoz\***

El 17 de junio de 2019 el Vicerrectorado de Personal Docente e Investigador de la Universidad de Alcalá acordó conceder la plaza de Prof. Ayudante Doctor de Derecho Penal a la Prof. Dra. Carmen Pérez-Sauquillo Muñoz\*, Secretaria del Patronato y socia de la FICP, acreditada Ayudante Doctora desde el 22 de febrero de 2019.

Igualmente, el pasado 20 de junio de 2019, la Comisión de Estudios Oficiales de Posgrado y Doctorado de la Univ. de Alcalá acordó la concesión del primer Premio Extraordinario de Doctorado correspondiente al curso 2016-2017 en la rama de Ciencias Sociales y Jurídicas a la Prof. Dra. Carmen Pérez-Sauquillo Muñoz\*, por su tesis sobre "Delitos de peligro abstracto y bienes jurídicos supraindividuales", dirigida por el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Luzón Peña\* y la Prof. Dra. Roso Cañadillas\*.



A la izq., la Prof. Dra. Pérez-Sauquillo Muñoz. A la dcha., posado tras la defensa de su tesis doctoral, acompañada del tribunal (de izq. a dcha., los Profs. Dres. Mestre Delgado, de Vicente Remesal y Greco) y los codirectores de su tesis (de izq. a dcha., los Profs. Dres. Roso Cañadillas y Luzón Peña).

### **(viii) Obtención de una Plaza de Profesora Contratada interina de sustitución por la Prof. Dra. Natalia Torres Cadavid\* e inauguración de su despacho de abogados**

Desde el pasado curso académico 2017/2018, la Prof. Dra. Natalia Torres Cadavid\* ejerce como Prof. contratada interina de sustitución de Derecho penal en la Univ. de Vigo, plaza que ha sido renovada tras superar un nuevo concurso para el curso académico 2019/2020.

Igualmente, la Prof. Dra. Torres Cadavid inauguró el pasado 24 de diciembre de 2018 su despacho de abogados Torres Cadavid Abogados, con sede en Vigo y página web [www.torrescadavid.com](http://www.torrescadavid.com).



La Prof. Dra. Torres Cadavid en la sede de su despacho

### (ix) Concesión del Premio de Doctorado al Prof. Dr. Alaar Leite\*

El 27 de septiembre de 2019, el Vicepresidente de la Univ. Ludwig-Maximilian de Múnich (LMU) concedió el Premio de la Facultad 2018 correspondiente a la Facultad de Ciencias Jurídicas en la modalidad de Doctorado al Prof. Dr. Alaar Leite\*, investigador en la Univ. Humboldt de Berlín y socio de la FICP, por su tesis “Notstand und Strafe” (Estado de necesidad y pena), dirigida por el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Claus Roxin\*, socio de honor de la FICP. Pueden consultarse algunas fotos adicionales de la ceremonia [aquí](#).



El Prof. Dr. Leite en la ceremonia de entrega de los Premios de Facultad 2018, con su premio correspondiente a la Facultad de Ciencias Jurídicas en la modalidad de Doctorado.

### (x) Obtención del Doctorado por el Prof. Dr. Juan Carlos Álvarez Álvarez\*

El 5 de julio de 2019 se celebró en la Facultad de Derecho de la Universidad de León el acto de defensa de la tesis doctoral del Prof. Juan Carlos Álvarez Álvarez\* (Profesor de EAFIT y socio de la FICP), dirigida por el Prof. Dr. Dres. h.c. Díaz y García Conlledo\* (tutora: Prof. Dra. Zubiaur González\*) y titulada "Estudio de los delitos de tráfico de influencias. Artículos 428, 429 y 430 del Código Penal español y 411 y 411A del Código Penal colombiano". El tribunal estuvo compuesto por el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Luzón Peña\* (Presidente del tribunal y Presidente de honor de la FICP) y los Profs. Dres. Juan Oberto Sotomayor Acosta\* (Vocal del tribunal y patrono de la FICP) e Inés Olaizola Nogales\* (Secretaria del tribunal y patrona de la FICP). Lugar: Salón de Grados de la Facultad de Derecho de la Univ. de León, España.



El Prof. Dr. Álvarez Álvarez\* durante el acto de defensa, frente a los miembros del tribunal: de izq. a dcha., los Profs. Sotomayor Acosta\*, Luzón Peña\* y Olaizola Nogales\*.



De izq. a dcha., los Profs. Dres. Díaz y García Conlledo\*, Zubiaur González\*, Luzón Peña\*, Álvarez Álvarez\*, Sotomayor Acosta\* y Olaizola Nogales\*.



Imagen de los asistentes al acto de defensa de la tesis junto al Prof. Dr. Álvarez Álvarez\* y los miembros del tribunal.

### (xi) Obtención del Doctorado por la Prof. Dra. Susana Escobar Vélez\*

El pasado 13 de septiembre de 2019 se celebró en la Facultad de Derecho de la Universidad de León el acto de defensa de la tesis doctoral de la Prof. Susana Escobar Vélez\* (Profesora de EAFIT, secretaria de redacción de la revista *Libertas* y socia de la FICP), dirigida por el Prof. Dr. Dres. h.c. Díaz y García Conlledo (tutora: Prof. Dra. Zubiaur González\*) y titulada "Problemas de autoría y participación en la estructura empresarial". El tribunal estuvo compuesto por el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Luzón Peña (Presidente del tribunal y Presidente de honor de la FICP) y los Profs. Dres. Juan Oberto Sotomayor Acosta (Vocal del tribunal y patrono de la FICP) y María A. Trapero Barreales (Secretaria del tribunal y patrona de la FICP). Lugar: Salón de Grados de la Facultad de Derecho de la Univ. de León, España. La tesis recibió la calificación de sobresaliente *cum laude* y la mención internacional.



La Prof. Susana Escobar Vélez\* defiende su tesis doctoral ante el tribunal compuesto por, de izq. a dcha., los Profs. Dres. Sotomayor Acosta\* (vocal), Luzón Peña\* (presidente) y Trapero Barreales\* (secretaria).



Imagen tras el acto de defensa: de izq. a dcha., los Profs. Dres. Díaz y García Conlledo\* (director de la tesis), Sotomayor Acosta\*, Escobar Vélez\*, Luzón Peña\* y Trapero Barreales\*.



Imagen de los asistentes al evento, donde estaba la mayor parte de la escuela del Prof. Luzón\*, junto a la Prof. Dra. Escobar Vélez\* y los miembros del tribunal

## **(xii) Segundo premio de investigación jurídica del Centro de Estudios Financieros para la Prof. Dra. Pilar Gutiérrez Santiago\***

Con fecha de 17 de septiembre de 2019, y con motivo de la entrega de los XXIX Premios de investigación jurídica del Centro de Estudios Financieros (CEF), se concedió el segundo premio en la categoría de "Derecho civil y Derecho mercantil" a la Prof. Dra. Pilar Gutiérrez Santiago\*, Catedrática de Derecho civil de la Univ. de León y socia la FICP, por su artículo “Aporías y distorsiones en la pensión compensatoria por separación o divorcio: a propósito de su paradójica concepción 'laboralista' en la reciente jurisprudencia civil”. Más información sobre el evento y el premio concedido, [aquí](#).



La Prof. Dra. Pilar Gutiérrez Santiago\* recibe su galardón de manos del Excmo. Sr. D. Pedro Vela Torres, Magistrado de la Sala Civil del Tribunal Supremo y Presidente del Jurado del premio en la modalidad ‘Derecho Civil y Mercantil’.

### **(xiii) Elección de la Prof. Dra. García Mosquera\* como madrina de la primera promoción del Doble Grado en Derecho y ADE de la Univ. de Vigo**

Durante el Acto de graduación de la 1.<sup>a</sup> promoción del Doble Grado en Derecho y ADE de la Univ. de Vigo, la Prof. Dra. Marta García Mosquera\*, Prof. Contratada Doctora de la Univ. de Vigo y socia de la FICP, participó como madrina designada por los estudiantes.



Imágenes del evento en la Univ. de Vigo, con estudiantes y profesores. Entre estos últimos, la Prof. Dra. García Mosquera\* (tercera desde la izq.).

#### **(xiv) Próximo acto solemne de entrega al Prof. Dr. Agustín Jorge Barreiro de su Libro Homenaje por su 70.º aniversario**

El **próximo día 29 de noviembre** (viernes), a las 11:30 h., se celebrará en la Facultad de Derecho de la Univ. Autónoma de Madrid el acto solemne de entrega al Prof. Dr. Agustín Jorge Barreiro\* (Catedrático de Derecho Penal de la UAM y patrono de la FICP) de su Libro Homenaje por su 70.º aniversario. El evento estará presidido por el Decano de la Facultad y contará con intervenciones de los Profs. Dres. Gonzalo Rodríguez Mourullo (su maestro), Diego-M. Luzón Peña\*, Manuel Cancio Meliá\* (su discípulo más antiguo, que encabeza la comisión organizadora del LH) y del propio homenajead. La comisión organizadora está conformada por los Profs. Dres. Manuel Cancio Meliá\*, Mario Maraver Gómez, Yamila Fakhouri Gómez, Pablo Guérez Tricario, Daniel Rodríguez Horcajo\* y Gonzalo J. Basso.

#### **(xv) Próxima defensa de la tesis doctoral del Prof. Juan Pablo Uribe Barrera\***

El **próximo 15 de octubre de 2019**, a las 12:00 h., tendrá lugar el acto de defensa de la tesis doctoral del Prof. Juan Pablo Uribe Barrera\*, titulada “Bases para la interpretación y aplicación del derecho constitucional a la libertad de expresión” y dirigida por el Prof. Dr. Dres. h.c. Miguel Díaz y García Conlledo\*. El tribunal estará conformado por el Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Diego-Manuel Luzón Peña\* (Presidente, Univ. de Alcalá), el Prof. Dr. Juan Oberto Sotomayor Acosta\* (Vocal, Univ. EAFIT) y el Prof. Dr. Miguel Ángel Presno Linera (Secretario, Univ. de Oviedo). Los suplentes son la Prof. Dra. María A. Trapero Barreales\* (Universidad de León) y el Prof. Dr. Juan Carlos Álvarez Álvarez\* (Univ. EAFIT). Lugar: Salón de Grados de la Facultad de Derecho de la Univ. de León, España.

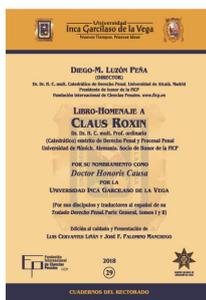
## **2. Libros y artículos recientes de los miembros de la FICP**

### **(i) Miembros del Patronato (con asterisco los patronos y secretaria):**

- Vicente Remesal, Javier de\*, Revisión crítica de los presupuestos, carácter y alcance de la pena de inhabilitación profesional, Actualidad Penal, Perú, 31, 2017, pp. 97-123.
- Vicente Remesal, Javier de\*, Revisión crítica de los presupuestos, carácter y alcance de la pena de inhabilitación profesional en el CP español: referencia especial a la inhabilitación profesional médica, Revista Penal, 39, 2017, pp. 50-65.

- Vicente Remesal, Javier de\*, Acción y ausencia de acción, en: Luzón Peña\* (dir.)/Roso Cañadillas\* (coord.), Derecho penal en casos, Parte General. Estudio analítico práctico, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 93-107.
- Vicente Remesal, Javier de\*/García Mosquera, Marta/Rodríguez Vázquez, Virxilio, Clases de tipos, en: Luzón Peña\* (dir.)/Roso Cañadillas\* (coord.), Derecho penal en casos, Parte General. Estudio analítico práctico, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 109-130.
- Vicente Remesal, Javier de\*, Los fines de la pena y las repercusiones de su consideración en la pena de inhabilitación profesional, en: Luzón Peña, Diego-M.\* (dir.)/Schünemann, Bernd/Luzón Peña, Diego-M.\*/de Vicente Remesal, Javier\*/ Díaz y García Conlledo, Miguel\*/Paredes Castañón, José Manuel\*/Olaizola Nogales, Inés\*/Trapero Barreales, María A.\*/Barber Burusco, Soledad\*/Roso Cañadillas, Raquel\*/Durán Seco, Isabel\*/Jericó Ojer, Leticia\*/Rodríguez Vázquez, Virxilio/García Mosquera, Marta/Vega Gutiérrez, José-Zamyr/Escobar Vélez, Susana/Martínez Cantón, Silvia, Libro-Homenaje a Claus Roxin, por su nombramiento como Dr. h.c. por la Univ. Inca Garcilaso de la Vega [en 2017]. Por sus discípulos y traductores al español de su tratado Derecho Penal, Parte General, tomos I y II, Lima, FICP / UIGV, 2018, pp. 69-136.
- Vicente Remesal, Javier de\*, Factores latentes de riesgo, eventos adversos y errores en la práctica médica, en: Luzón Peña\*/Díaz y García Conlledo\* (dirs.)/A. Alpaca/C. Pérez-Sauquillo/D.-M. Luzón\*/M. Díaz y G. Conlledo\*/ J. de Vicente Remesal\*/ M. Aráuz\*/J.P. Uribe/ R. Roso\*/ V. Rodríguez Vázquez/M. Trapero\*/L. M. Ramos/M. García Mosquera/J.-Z. Vega/I. Olaizola\*/N. Torres/B. Suárez/I. Durán\*/J. M. Paredes\*/L. Jericó\*/J. M. García Sobrado/S. Martínez Cantón, Un puente de unión de la ciencia penal alemana e hispana. *Liber Amicorum* en homenaje al Prof. Dr. Jürgen Wolter por su 75.º aniversario Por la Escuela de los Directores y la FICP. Madrid: FICP / Reus, 2018, pp. 153-185.
- Vicente Remesal, Javier de\*, Taxonomía de errores de medicación: intervención penal y otras medidas o estrategias de prevención, en: Suárez López, José María\*/Barquín Sanz, Jesús\*/Benítez Ortúzar, Ignacio F.\*/Jiménez Díaz, M.<sup>a</sup> José/Sáinz Cantero Caparrós, José Eduardo\* (coords.), Estudios jurídicos penales y criminológicos en homenaje a Lorenzo Morillas Cueva, vol. II, Madrid, Dykinson, 2018, pp. 1911-1930.
- Luzón Peña, Diego-M.\* (dir.)/Schünemann, Bernd/Luzón Peña, Diego-M.\*/de Vicente Remesal, Javier\*/ Díaz y García Conlledo, Miguel\*/Paredes Castañón, José Manuel\*/Olaizola Nogales, Inés\*/Trapero Barreales, María A.\*/Barber Burusco, Soledad\*/Roso Cañadillas, Raquel\*/Durán Seco, Isabel\*/Jericó Ojer,

Leticia\*/Rodríguez Vázquez, Virxilio/García Mosquera, Marta/Vega Gutiérrez, José-Zamyr/Escobar Vélez, Susana/Martínez Cantón, Silvia, Libro-Homenaje a Claus Roxin, por su nombramiento como Dr. h.c. por la Univ. Inca Garcilaso de la Vega [en 2017]. Por sus discípulos y traductores al español de su tratado Derecho Penal, Parte General, tomos I y II, Lima, FICP / UIGV, 2018.



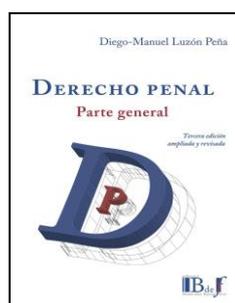
- Luzón Peña\*/Díaz y García Conlledo\* (dirs.)/A. Alpaca/C. Pérez-Sauquillo/D.-M. Luzón\*/M. Díaz y G. Conlledo\*/ J. de Vicente Remesal\*/ M. Aráuz\*/J.P. Uribe/ R. Roso\*/ V. Rodríguez Vázquez/M. Trapero\*/L. M. Ramos/M. García Mosquera/J.-Z. Vega/I. Olaizola\*/N. Torres/B. Suárez/I. Durán\*/J. M. Paredes\*/L. Jericó\*/J. M. García Sobrado/S. Martínez Cantón, Un puente de unión de la ciencia penal alemana e hispana. *Liber Amicorum* en homenaje al Prof. Dr. Jürgen Wolter por su 75.º aniversario Por la Escuela de los Directores y la FICP. Madrid: FICP / Reus, 2018.



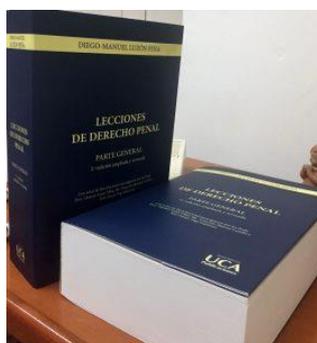
- Luzón Peña, Diego-M.\* (dir.)/Roso Cañadillas, Raquel\* (coord.)/de Vicente Remesal, Javier\*/Díaz y García Conlledo, Miguel\*/Paredes Castañón, José Manuel\*/Olaizola Nogales, Inés\*/Trapero Barreales, María A.\*/Roso Cañadillas, Raquel\*/Barber Burusco, Soledad\*/Durán Seco, Isabel\*/Jericó Ojer, Leticia\*/García Mosquera, Marta/Rodríguez Vázquez, Virxilio/de la Fuente Honrubia, Fernando/Pavía Cardell, Juan/Vega Gutiérrez, José-Zamyr/Francés Lecumberri, Paz/Luzón Campos, Enrique\*/Escobar Vélez, Susana/Pérez-Sauquillo Muñoz, Carmen/Torres Cadavid, Natalia/Cardona Cardona, Lina M.ª, Derecho penal en casos, Parte General. Estudio analítico-práctico, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.



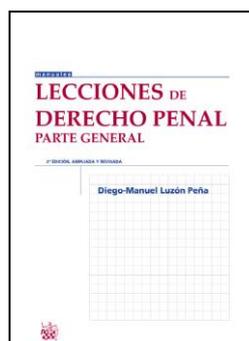
- Luzón Peña, Diego-Manuel\*, Derecho Penal, Parte General, 3.<sup>a</sup> ed. ampliada y revisada, Montevideo/Buenos Aires, B de f, 2016.



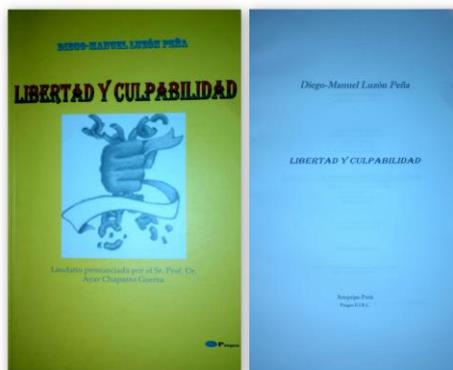
- Luzón Peña, Diego-Manuel\*, Lecciones de Derecho Penal, Parte General, 3.<sup>a</sup> ed. ampliada y revisada, con notas de Derecho penal nicaragüense por los Profs. Dres. Manuel Aráuz Ulloa\*, M.<sup>a</sup> Asunción Moreno Castillo\* y José-Zamyr Vega Gutiérrez, Managua, UCA Publicaciones, 2017.



- Luzón Peña, Diego-Manuel\*, Lecciones de Derecho Penal, Parte General, 3.<sup>a</sup> ed. ampliada y revisada, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.



- Luzón Peña, Diego-Manuel\*, Libertad y culpabilidad, Publicaciones de la Universidad José Carlos Mariátegui. Arequipa, Perú, Edics. Pangea, 2016.



- Luzón Peña, Diego-Manuel\* (dir.)/Díaz y García Conlledo, Miguel\* (coord.)/de Vicente Remesal, Javier\*/Paredes Castañón, José Manuel\*/Olaizola Nogales, Inés\*/ Trapero Barreales, María A.\* (superv.), Código Penal y legislación complementaria, 6.ª ed. Con la colaboración de: Roso\*, Barber\*, Jericó\*, Durán\*, Fuente, Pavía, García Mosquera, Martínez Cantón, García Sobrado, Rodríguez Vázquez, Vega, Francés, Escobar, Pérez-Sauquillo, Torres Cadavid, Uribe Barrera, Alpaca Pérez. Madrid, Reus, 2019.



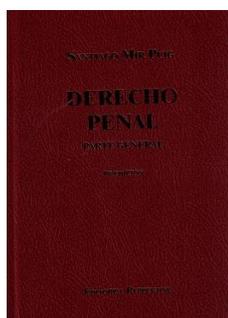
- Luzón Peña, Diego-M.\*, Lemas (voces) de Teoría general del delito (todas salvo codelincuencia, iter criminis y concurso). En total 210 voces o lemas extensos, y además 570 voces de remisión, en: Diccionario del Español Jurídico (dir. S. Muñoz Machado), Madrid, Real Academia Española/Consejo General Poder Judicial, 2016. Y en: Diccionario Panhispánico del Español Jurídico (dir. S. Muñoz Machado, 2.ª ed. del Diccionario del Español Jurídico), 2017.
- Luzón Peña, Diego-M.\* , Omisión impropia o comisión por omisión. Cuestiones nucleares: imputación objetiva sin causalidad, posiciones de garante, equivalencia (concreción del criterio normativo de la creación o aumento de peligro o riesgo) y autoría o participación, Libertas, 6, 2017, pp. 145-272.
- Luzón Peña, Diego-M.\*, Prof. Dr. Dr. h. c. mult. D. José Cerezo Mir *in memoriam*. Semblanza personal, Foro FICP 2017-2, pp. 8-28; tb. en [Noticias de](#)

[las Ciencias Penales](#), desde 5-8-2017; y en *Actualidad Penal*, 42, 2017 (dic.), Lima, Inst. Pacífico, pp. 345 ss.

- Luzón Peña, Diego-M.\*, Actuación en conciencia y objeción de conciencia como causa de justificación y como causa de exculpación frente a la punición del delincuente por convicción, en: Luzón Peña, Diego-M.\* (dir.)/Schünemann, Bernd/Luzón Peña, Diego-M.\*/de Vicente Remesal, Javier\*/ Díaz y García Conlledo, Miguel\*/Paredes Castañón, José Manuel\*/Olaizola Nogales, Inés\*/Trapero Barreales, María A.\*/Barber Burusco, Soledad\*/Roso Cañadillas, Raquel\*/Durán Seco, Isabel\*/Jericó Ojer, Leticia\*/Rodríguez Vázquez, Virxilio/García Mosquera, Marta/Vega Gutiérrez, José-Zamyr/Escobar Vélez, Susana/Martínez Cantón, Silvia, Libro-Homenaje a Claus Roxin, por su nombramiento como Dr. h.c. por la Univ. Inca Garcilaso de la Vega [en 2017]. Por sus discípulos y traductores al español de su tratado *Derecho Penal, Parte General*, tomos I y II, Lima, FICP / Universidad Inca Garcilaso de la Vega, 2018, pp. 47-68.
- Luzón Peña, Diego-M.\*/Díaz y García Conlledo, Miguel\*, Introducción. Jürgen Wolter: un gran vínculo entre la ciencia penal alemana y española, en: Luzón Peña\*/Díaz y García Conlledo\* (dirs.)/A. Alpaca/C. Pérez-Sauquillo/D.-M. Luzón\*/M. Díaz y G. Conlledo\*/ J. de Vicente Remesal\*/ M. Aráuz\*/J.P. Uribe/ R. Roso\*/ V. Rodríguez Vázquez/M. Trapero\*/L. M. Ramos/M. García Mosquera/J.-Z. Vega/I. Olaizola\*/N. Torres/B. Suárez/I. Durán\*/J. M. Paredes\*/L. Jericó\*/J. M. García Sobrado/S. Martínez Cantón, Un puente de unión de la ciencia penal alemana e hispana. *Liber Amicorum* en homenaje al Prof. Dr. Jürgen Wolter por su 75.º aniversario Por la Escuela de los Directores y la FICP. Madrid: FICP / Reus, 2018, pp. 13-18.
- Luzón Peña, Diego-M.\*, Conocimiento de la materia de prohibición como elemento intelectual del dolo y repercusiones para el error sobre las causas de justificación, en: Luzón Peña\*/Díaz y García Conlledo\* (dirs.)/A. Alpaca/C. Pérez-Sauquillo/D.-M. Luzón\*/M. Díaz y G. Conlledo\*/ J. de Vicente Remesal\*/ M. Aráuz\*/J.P. Uribe/ R. Roso\*/ V. Rodríguez Vázquez/M. Trapero\*/L. M. Ramos/M. García Mosquera/J.-Z. Vega/I. Olaizola\*/N. Torres/B. Suárez/I. Durán\*/J. M. Paredes\*/L. Jericó\*/J. M. García Sobrado/S. Martínez Cantón, Un puente de unión de la ciencia penal alemana e hispana. *Liber Amicorum* en homenaje al Prof. Dr. Jürgen Wolter por su 75.º aniversario Por la Escuela de los Directores y la FICP. Madrid: FICP / Reus, 2018, pp. 93-117.
- Luzón Peña, Diego-M.\*, Miedo insuperable: la insuperabilidad como requisito adicional, en: Morales Prats, F./Tamarit Sumalla, J.M./García Alberó, R.M.

(coords.), Represión penal y Estado de Derecho: homenaje al profesor Gonzalo Quintero Olivares, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, pp. 363-373.

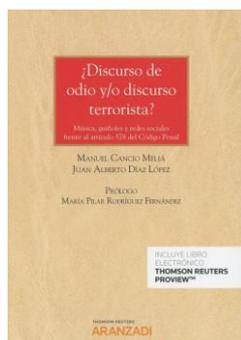
- Luzón Peña, Diego-M.\*, El miedo insuperable como emoción asténica: Su exculpación por inexigibilidad penal individual frente a las emociones esténicas o violentas, en: Suárez López, José María\*/Barquín Sanz, Jesús\*/Benítez Ortúzar, Ignacio F.\*/Jiménez Díaz, M.<sup>a</sup> José/Sáinz Cantero Caparrós, José Eduardo\* (coords.), Estudios jurídico penales y criminológicos en homenaje a Lorenzo Morillas Cueva, vol. I, Madrid, Dykinson, 2018, pp. 369-382.
- Mir Puig, Santiago\*, Derecho Penal, Parte General, con la colaboración de Gómez Martín, Víctor\*/Valiente Iváñez, Vicente, 10.<sup>a</sup> ed., Barcelona, Reppertor, 2016.



- Aráuz Ulloa, Manuel\*, Sobre la responsabilidad penal y el consentimiento informado en las afectaciones derivadas de la cirugía estética, en: Luzón Peña\*/Díaz y García Conlledo\* (dirs.)/A. Alpaca/C. Pérez-Sauquillo/D.-M. Luzón\*/M. Díaz y G. Conlledo\*/ J. de Vicente Remesal\*/ M. Aráuz\*/J.P. Uribe/ R. Roso\*/ V. Rodríguez Vázquez/M. Trapero\*/L. M. Ramos/M. García Mosquera/J.-Z. Vega/I. Olaizola\*/N. Torres/B. Suárez/I. Durán\*/J. M. Paredes\*/L. Jericó\*/J. M. García Sobrado/S. Martínez Cantón, Un puente de unión de la ciencia penal alemana e hispana. *Liber Amicorum* en homenaje al Prof. Dr. Jürgen Wolter por su 75.º aniversario Por la Escuela de los Directores y la FICP. Madrid: FICP / Reus, 2018, pp. 187-205.
- Barber Burusco, Soledad\*, Actos preparatorios punibles, en: Luzón Peña\* (dir.)/Roso Cañadillas\* (coord.), Derecho penal en casos, Parte General. Estudio analítico-práctico, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 351-363.
- Barber Burusco, Soledad\*, Del delito de “difusión” o “propaganda” terrorista a la desmesurada expansión de la punición de actos preparatorios, en: Luzón Peña, Diego-M.\* (dir.)/Schünemann, Bernd/Luzón Peña, Diego-M.\*/de Vicente Remesal, Javier\*/ Díaz y García Conlledo, Miguel\*/Paredes Castañón, José Manuel\*/Olaizola Nogales, Inés\*/Trapero Barreales, María A.\*/Barber Burusco, Soledad\*/Roso Cañadillas, Raquel\*/Durán Seco, Isabel\*/Jericó Ojer, Leticia\*/Rodríguez Vázquez, Virxilio/García Mosquera, Marta/Vega Gutiérrez,

José-Zamyr/Escobar Vélez, Susana/Martínez Cantón, Silvia, Libro-Homenaje a Claus Roxin, por su nombramiento como Dr. h.c. por la Univ. Inca Garcilaso de la Vega [en 2017]. Por sus discípulos y traductores al español de su tratado Derecho Penal, Parte General, tomos I y II, Lima, FICP / Universidad Inca Garcilaso de la Vega, 2018, pp. 539-586.

- Cancio Meliá, Manuel\*/Díaz López Juan Alberto, ¿Discurso del odio y/o discurso terrorista?, Pamplona, Thomson/Aranzadi, 2019.



- Corcoy Bidasolo, Mirentxu\*/ Silva Sánchez, Jesús María/Queralt Jiménez, Joan Josep/Castiñeira Palou, M.ª Teresa (coords.), Estudios de Derecho penal: homenaje al Profesor Santiago Mir Puig, Buenos Aires, B de f, 2017. Entre los autores de los artículos se encuentran numerosos patronos y socios de la FICP (véase el [índice](#)).



- Corcoy Bidasolo, Mirentxu\*/Mir Puig, Santiago\* (dirs.), Comentarios al Código Penal. Reforma LO 1/2015 y 2/2015, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.



- Corcoy Bidasolo, Mirentxu\* (dir.)/Vera Sánchez, Juan Sebastián (coord.)/Bolea Bardón, Carolina/Cardenal Montraveta, Sergi/Gallego Soler, J.I./Gómez Martín, Víctor\*/Santana Vega, Dulce/Fernández Bautista, Silvia/Carpio Briz, David/Díaz Morgado, C./Valiente Iváñez, V./Castellví Monserrat, C., Manual de Derecho Penal, Parte Especial, T. 1: Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados. Actualizado con las LLOO 1/2015 y 2/2015, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.



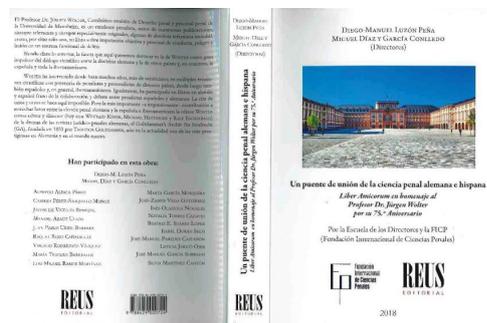
- Corcoy Bidasolo, Mirentxu\*/Gómez Martín, Víctor\* (dirs.), Manual de Derecho Penal, Económico y de Empresa: parte general y parte especial (adaptado a las LLOO 1/2015 y 2/2015 de Reforma del Código Penal), Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados, tomo 2, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016. Entre los autores se encuentran, además de los directores, el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Mir Puig\* y algunos socios de la FICP.



- Corcoy Bidasolo, Mirentxu\*, Concepto dogmático y procesal de dolo: especial referencia al dolo en la delincuencia socioeconómica, en: Suárez López, José María\*/Barquín Sanz, Jesús\*/Benítez Ortúzar, Ignacio F.\*/Jiménez Díaz, M.<sup>a</sup> José/Sáinz Cantero Caparrós, José Eduardo\* (coords.), Estudios jurídicos penales y criminológicos en homenaje a Lorenzo Morillas Cueva, vol. I, Madrid, Dykinson, 2018, pp. 865-892.

- Díaz y García Conlledo, Miguel\*/Luzón Peña, Diego-M.\* (dirs.)/A. Alpaca/C. Pérez-Sauquillo/D.-M. Luzón\*/M. Díaz y G. Conlledo\*/ J. de Vicente Remesal\*/ M. Aráuz\*/J.P. Uribe/ R. Roso\*/ V. Rodríguez Vázquez/M. Trapero\*/L. M. Ramos/M. García Mosquera/J.-Z. Vega/I. Olaizola\*/N. Torres/B. Suárez/I.

Durán\*/J. M. Paredes\*/L. Jericó\*/J. M. García Sobrado/S. Martínez Cantón, Un puente de unión de la ciencia penal alemana e hispana. *Liber Amicorum* en homenaje al Prof. Dr. Jürgen Wolter por su 75.º aniversario Por la Escuela de los Directores y la FICP. Madrid: FICP / Reus, 2018.



- Díaz y García Conlledo, Miguel\*, Claus Roxin y la llamada autoría mediata por utilización de aparatos organizados de poder, Cercado de Lima, Univ. Inca Garcilaso de la Vega, 2017.



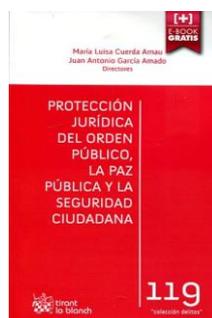
- Díaz y García Conlledo, Miguel\* (dir.), Libertas. Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales, 5, 2016 (diciembre): versión en español de Freundesgabe für Claus Roxin zum 85. Geburtstag, n.º monográfico de la revista Goldammer's Archiv für Strafrecht (GA) 2016/5. Con una presentación del director de Libertas, Prof. Díaz y García Conlledo, y artículos de J. Wolter\*, K. Ambos\*/E. Malarino, M. Cancio Meliá, M. Díaz y García Conlledo, L. Greco\*, C. Jäger, D.-M. Luzón Peña, G. Pérez Barberá, R. Robles Planas\*, I. Roxin, H. Schöch, B. Schünemann\*, J.M. Silva Sánchez\* y M. Zöller.
- Díaz y García Conlledo, Miguel\* (dir.), Libertas. Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales, 7, 2018 (agosto).
- Díaz y García Conlledo, Miguel\*, Errores que excluyen el dolo o afectan al tipo, en: Luzón Peña\* (dir.)/Roso Cañadillas\* (coord.), Derecho penal en casos, Parte General. Estudio analítico-práctico, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 179-204.
- Díaz y García Conlledo, Miguel\*, Claus Roxin y la teoría de la autoría. Algunas discrepancias, en: Luzón Peña, Diego-M.\* (dir.)/Schünemann, Bernd/Luzón Peña,

Diego-M.\*/de Vicente Remesal, Javier\*/ Díaz y García Conlledo, Miguel\*/Paredes Castañón, José Manuel\*/Olaizola Nogales, Inés\*/Trapero Barreales, María A.\*/Barber Burusco, Soledad\*/Roso Cañadillas, Raquel\*/Durán Seco, Isabel\*/Jericó Ojer, Leticia\*/Rodríguez Vázquez, Virxilio/García Mosquera, Marta/Vega Gutiérrez, José-Zamyr/Escobar Vélez, Susana/Martínez Cantón, Silvia, Libro-Homenaje a Claus Roxin, por su nombramiento como Dr. h.c. por la Univ. Inca Garcilaso de la Vega [en 2017]. Por sus discípulos y traductores al español de su tratado Derecho Penal, Parte General, tomos I y II, Lima, FICP / Universidad Inca Garcilaso de la Vega, 2018, pp. 137-175.

- Díaz y García Conlledo, Miguel\*/Luzón Peña, Diego-M.\*, Introducción. Jürgen Wolter: un gran vínculo entre la ciencia penal alemana y española, en: Luzón Peña\*/Díaz y García Conlledo\* (dirs.)/A. Alpaca/C. Pérez-Sauquillo/D.-M. Luzón\*/M. Díaz y G. Conlledo\*/ J. de Vicente Remesal\*/ M. Aráuz\*/J.P. Uribe/ R. Roso\*/ V. Rodríguez Vázquez/M. Trapero\*/L. M. Ramos/M. García Mosquera/J.-Z. Vega/I. Olaizola\*/N. Torres/B. Suárez/I. Durán\*/J. M. Paredes\*/L. Jericó\*/J. M. García Sobrado/S. Martínez Cantón, Un puente de unión de la ciencia penal alemana e hispana. *Liber Amicorum* en homenaje al Prof. Dr. Jürgen Wolter por su 75.º aniversario Por la Escuela de los Directores y la FICP. Madrid: FICP / Reus, 2018, pp. 13-18.
- Díaz y García Conlledo, Miguel\*, Peculiaridades en el error en el Derecho penal económico, en: Luzón Peña\*/Díaz y García Conlledo\* (dirs.)/A. Alpaca/C. Pérez-Sauquillo/D.-M. Luzón\*/M. Díaz y G. Conlledo\*/ J. de Vicente Remesal\*/ M. Aráuz\*/J.P. Uribe/ R. Roso\*/ V. Rodríguez Vázquez/M. Trapero\*/L. M. Ramos/M. García Mosquera/J.-Z. Vega/I. Olaizola\*/N. Torres/B. Suárez/I. Durán\*/J. M. Paredes\*/L. Jericó\*/J. M. García Sobrado/S. Martínez Cantón, Un puente de unión de la ciencia penal alemana e hispana. *Liber Amicorum* en homenaje al Prof. Dr. Jürgen Wolter por su 75.º aniversario Por la Escuela de los Directores y la FICP. Madrid: FICP / Reus, 2018, pp. 119-151.
- Díaz y García Conlledo, Miguel\*, ¿Debe el Derecho penal proteger la integridad en el deporte?, en: Suárez López, José María\*/Barquín Sanz, Jesús\*/Benítez Ortúzar, Ignacio F.\*/Jiménez Díaz, M.ª José/Sáinz Cantero Caparrós, José Eduardo\* (coords.), Estudios jurídicos penales y criminológicos en homenaje a Lorenzo Morillas Cueva, vol. I, Madrid, Dykinson, 2018, pp. 999-1019.
- Durán Seco, Isabel\*, El maltrato y el abandono de animales desde el punto de vista del derecho penal (LO 1/2015, de 30 de marzo), La Ley Penal, 123, 2016.
- Durán Seco, Isabel\*, Imprudencia. Clases de imprudencia. Preterintencionalidad, en: Luzón Peña\* (dir.)/Roso Cañadillas\* (coord.), Derecho penal en casos, Parte

General. Estudio analítico-práctico, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 205-225.

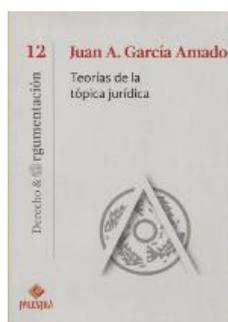
- Durán Seco, Isabel\*, El maltrato y el abandono de animales desde el punto de vista del Derecho penal (LO 1/2015, de 30 de marzo), en: Luzón Peña, Diego-M.\* (dir.)/Schünemann, Bernd/Luzón Peña, Diego-M.\*/de Vicente Remesal, Javier\*/Díaz y García Conlledo, Miguel\*/Paredes Castañón, José Manuel\*/Olaizola Nogales, Inés\*/Trapero Barreales, María A.\*/Barber Burusco, Soledad\*/Roso Cañadillas, Raquel\*/Durán Seco, Isabel\*/Jericó Ojer, Leticia\*/Rodríguez Vázquez, Virxilio/García Mosquera, Marta/Vega Gutiérrez, José-Zamyr/Escobar Vélez, Susana/Martínez Cantón, Silvia, Libro-Homenaje a Claus Roxin, por su nombramiento como Dr. h.c. por la Univ. Inca Garcilaso de la Vega [en 2017]. Por sus discípulos y traductores al español de su tratado Derecho Penal, Parte General, tomos I y II, Lima, FICP / Universidad Inca Garcilaso de la Vega, 2018, pp. 587-637.
- Durán Seco, Isabel\*, La responsabilidad penal en el ámbito de la circulación, en: Luzón Peña\*/Díaz y García Conlledo\* (dirs.)/A. Alpaca/C. Pérez-Sauquillo/D.-M. Luzón\*/M. Díaz y G. Conlledo\*/ J. de Vicente Remesal\*/ M. Aráuz\*/J.P. Uribe/R. Roso\*/ V. Rodríguez Vázquez/M. Trapero\*/L. M. Ramos/M. García Mosquera/J.-Z. Vega/I. Olaizola\*/N. Torres/B. Suárez/I. Durán\*/J. M. Paredes\*/L. Jericó\*/J. M. García Sobrado/S. Martínez Cantón, Un puente de unión de la ciencia penal alemana e hispana. *Liber Amicorum* en homenaje al Prof. Dr. Jürgen Wolter por su 75.º aniversario Por la Escuela de los Directores y la FICP. Madrid: FICP / Reus, 2018, pp. 493-508.
- García Amado, Juan Antonio\*/Cuerda Arnau, M<sup>a</sup> Luisa (dirs.), Protección jurídica del orden público, la paz pública y la seguridad ciudadana, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.



- García Amado, Juan Antonio\*, Razonar sobre derechos, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.



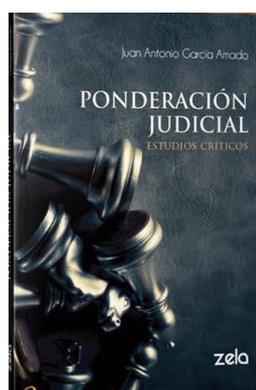
- García Amado, Juan Antonio\*, Teorías de la tónica jurídica, Lima, Palestra editores, 2018.



- García Amado, Juan Antonio\*, Conflictos de derechos: problemas teóricos y supuestos prácticos, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019.



- García Amado, Juan Antonio\*, Ponderación judicial. Estudios críticos, Lima, Zela Grupo editorial, 2019.



- Gómez Martín, Víctor\*, Concepto de acción y función clasificatoria: Estado de la cuestión y perspectivas de futuro, en: Suárez López, José María\*/Barquín Sanz, Jesús\*/Benítez Ortúzar, Ignacio F.\*/Jiménez Díaz, M.<sup>a</sup> José/Sáinz Cantero Caparrós, José Eduardo\* (coords.), Estudios jurídico penales y criminológicos en homenaje a Lorenzo Morillas Cueva, vol. I, Madrid, Dykinson, 2018, pp. 293-311.
- Jericó Ojer, Leticia\*, Miedo insuperable. Inegibilidad penal subjetiva. Conflicto de conciencia, en: Luzón Peña\* (dir.)/Roso Cañadillas\* (coord.), Derecho penal en casos, Parte General. Estudio analítico-práctico, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 307-320.
- Jericó Ojer, Leticia\*, Tratamiento médico, consentimiento y Derecho penal, en: Luzón Peña, Diego-M.\* (dir.)/Schünemann, Bernd/Luzón Peña, Diego-M.\*/de Vicente Remesal, Javier\*/Díaz y García Conlledo, Miguel\*/Paredes Castañón, José Manuel\*/Olaizola Nogales, Inés\*/Trapero Barreales, María A.\*/Barber Burusco, Soledad\*/Roso Cañadillas, Raquel\*/Durán Seco, Isabel\*/Jericó Ojer, Leticia\*/Rodríguez Vázquez, Virxilio/García Mosquera, Marta/Vega Gutiérrez, José-Zamyr/Escobar Vélez, Susana/Martínez Cantón, Silvia, Libro-Homenaje a Claus Roxin, por su nombramiento como Dr. h.c. por la Univ. Inca Garcilaso de la Vega [en 2017]. Por sus discípulos y traductores al español de su tratado Derecho Penal, Parte General, tomos I y II, Lima, FICP / Universidad Inca Garcilaso de la Vega, 2018, pp. 293-315.
- Jericó Ojer, Leticia\*, Derecho penal y fenómeno religioso: cuestiones relativas a su legitimación (art. 525 CP), en: Luzón Peña\*/Díaz y García Conlledo\* (dirs.)/A. Alpaca/C. Pérez-Sauquillo/D.-M. Luzón\*/M. Díaz y G. Conlledo\*/ J. de Vicente Remesal\*/ M. Aráuz\*/J.P. Uribe/ R. Roso\*/ V. Rodríguez Vázquez/M. Trapero\*/L. M. Ramos/M. García Mosquera/J.-Z. Vega/I. Olaizola\*/N. Torres/B. Suárez/I. Durán\*/J. M. Paredes\*/L. Jericó\*/J. M. García Sobrado/S. Martínez Cantón, Un puente de unión de la ciencia penal alemana e hispana. *Liber Amicorum* en homenaje al Prof. Dr. Jürgen Wolter por su 75.º aniversario Por la Escuela de los Directores y la FICP. Madrid: FICP / Reus, 2018, pp. 537-572.
- Olaizola Nogales, Inés\*, Error de prohibición, en: Luzón Peña\* (dir.)/Roso Cañadillas\* (coord.), Derecho penal en casos, Parte General. Estudio analítico-práctico, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 293-305.
- Olaizola Nogales, Inés\*, La influencia de las recomendaciones del GRECO en la reforma del CP español, en: Luzón Peña, Diego-M.\* (dir.)/Schünemann, Bernd/de Vicente Remesal, Javier\*/Díaz y García Conlledo, Miguel\*/Paredes Castañón, José Manuel\*/Olaizola Nogales, Inés\*/Trapero Barreales, María A.\*/Barber

Burusco, Soledad\*/Roso Cañadillas, Raquel\*/Durán Seco, Isabel\*/Jericó Ojer, Leticia\*/Rodríguez Vázquez, Virxilio/García Mosquera, Marta/Vega Gutiérrez, José-Zamyr/Escobar Vélez, Susana/Martínez Cantón, Silvia, Libro-Homenaje a Claus Roxin, por su nombramiento como Dr. h.c. por la Univ. Inca Garcilaso de la Vega [en 2017]. Por sus discípulos y traductores al español de su tratado Derecho Penal, Parte General, tomos I y II, FICP / Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Lima, 2018, pp. 437-457.

- Olaizola Nogales, Inés\*, La tributación de las ganancias ilícitas (Una primera y breve aproximación), en: Luzón Peña\*/Díaz y García Conlledo\* (dirs.)/A. Alpaca/C. Pérez-Sauquillo/D.-M. Luzón\*/M. Díaz y G. Conlledo\*/ J. de Vicente Remesal\*/ M. Aráuz\*/J.P. Uribe/ R. Roso\*/ V. Rodríguez Vázquez/M. Trapero\*/L. M. Ramos/M. García Mosquera/J.-Z. Vega/I. Olaizola\*/N. Torres/B. Suárez/I. Durán\*/J. M. Paredes\*/L. Jericó\*/J. M. García Sobrado/S. Martínez Cantón, Un puente de unión de la ciencia penal alemana e hispana. *Liber Amicorum* en homenaje al Prof. Dr. Jürgen Wolter por su 75.º aniversario Por la Escuela de los Directores y la FICP. Madrid: FICP / Reus, 2018, pp. 409-418.
- Paredes Castañón, José Manuel\*, Concursos: de delitos y de leyes, en: Luzón Peña\* (dir.)/Roso Cañadillas\* (coord.), Derecho penal en casos, Parte General. Estudio analítico-práctico, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 429-449.
- Paredes Castañón, José Manuel\*, Vademécum del legislador racional (y decente): noventa reglas para una buena praxis legislativa en materia penal, en: Luzón Peña, Diego-M.\* (dir.)/Schünemann, Bernd/de Vicente Remesal, Javier\*/ Díaz y García Conlledo, Miguel\*/Paredes Castañón, José Manuel\*/Olaizola Nogales, Inés\*/Trapero Barreales, María A.\*/Barber Burusco, Soledad\*/Roso Cañadillas, Raquel\*/Durán Seco, Isabel\*/Jericó Ojer, Leticia\*/Rodríguez Vázquez, Virxilio/García Mosquera, Marta/Vega Gutiérrez, José-Zamyr/Escobar Vélez, Susana/Martínez Cantón, Silvia, Libro-Homenaje a Claus Roxin, por su nombramiento como Dr. h.c. por la Univ. Inca Garcilaso de la Vega [en 2017]. Por sus discípulos y traductores al español de su tratado Derecho Penal, Parte General, tomos I y II, FICP / Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Lima, 2018, pp. 177-237.
- Paredes Castañón, José Manuel\*, Tipicidad y atipicidad en el delito de coacciones a parlamentarios (art. 498 CP): comentario sobre el caso “Aturem el Parlament”, en: Luzón Peña\*/Díaz y García Conlledo\* (dirs.)/A. Alpaca/C. Pérez-Sauquillo/D.-M. Luzón\*/M. Díaz y G. Conlledo\*/ J. de Vicente Remesal\*/ M. Aráuz\*/J.P. Uribe/ R. Roso\*/ V. Rodríguez Vázquez/M. Trapero\*/L. M. Ramos/M. García Mosquera/J.-Z. Vega/I. Olaizola\*/N. Torres/B. Suárez/I.

Durán\*/J. M. Paredes\*/L. Jericó\*/J. M. García Sobrado/S. Martínez Cantón, Un puente de unión de la ciencia penal alemana e hispana. *Liber Amicorum* en homenaje al Prof. Dr. Jürgen Wolter por su 75.º aniversario Por la Escuela de los Directores y la FICP. Madrid: FICP / Reus, 2018, pp. 509-536.

- Paredes Castañón, José Manuel\*, Terrorismo y antiterrorismo como estrategias político-militares, en: Suárez López, José María\*/Barquín Sanz, Jesús\*/Benítez Ortúzar, Ignacio F.\*/Jiménez Díaz, M.ª José/Sáinz Cantero Caparrós, José Eduardo\* (coords.), Estudios jurídicos penales y criminológicos en homenaje a Lorenzo Morillas Cueva, vol. II, Madrid, Dykinson, 2018, pp. 1419-1442.
- Pérez-Sauquillo Muñoz, Carmen\*, Reflexiones y críticas sobre el pensamiento de la acumulación, LLP, 128, 2017.
- Pérez-Sauquillo Muñoz, Carmen\*, Determinación de la pena, en: Luzón Peña (dir.)/Roso Cañadillas (coord.), Derecho penal en casos, Parte General. Estudio analítico práctico, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 15-35.
- Pérez-Sauquillo Muñoz, Carmen\*, Principio de legalidad, en: Luzón Peña (dir.)/Roso Cañadillas (coord.), Derecho penal en casos, Parte General. Estudio analítico práctico, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 49-66.
- Pérez-Sauquillo Muñoz, Carmen\*, Circunstancias atenuantes y agravantes, en: Luzón Peña\* (dir.)/Roso Cañadillas\* (coord.), Derecho penal en casos, Parte General. Estudio analítico práctico, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 451-469.
- Pérez-Sauquillo Muñoz, Carmen\*, ¿Pueden los bienes jurídicos supraindividuales ser lesionados mediante conductas individuales?, RGDP, 29, 2018, pp. 1-45. Tb en: Luzón Peña/Díaz y García Conlledo (dirs.)/A. Alpaca\*/C. Pérez-Sauquillo\*/D.-M. Luzón/M. Díaz y G. Conlledo/ J. de Vicente Remesal/ M. Aráuz/J.P. Uribe\*/ R. Roso/ V. Rodríguez Vázquez\*/M. Traperó/L. M. Ramos\*/M. García Mosquera\*/J.-Z. Vega\*/I. Olaizola/N. Torres\*/B. Suárez\*/I. Durán/J. M. Paredes/L. Jericó/J. M. García Sobrado\*/S. Martínez Cantón, Un puente de unión de la ciencia penal alemana e hispana. *Liber Amicorum* en homenaje al Prof. Dr. Jürgen Wolter por su 75.º aniversario Por la Escuela de los Directores y la FICP. Madrid: FICP / Reus, 2018, pp. 45-91.
- Pérez-Sauquillo Muñoz, Carmen\*, Teorías sobre el contenido y la estructura del injusto penal. Desvalor de acción y de resultado, y algunas reflexiones al hilo de las peculiaridades de la tentativa inidónea, Cuadernos de Política Criminal, 125, 2018, pp. 71-105.
- Roso Cañadillas, Raquel\*, La autonomía del delito comisivo omisivo, Foro FICP, 2017-1, pp. 233-244.

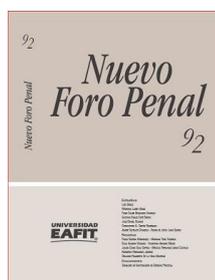
- Roso Cañadillas, Raquel\* (coord.), en: Luzón Peña, Diego-M.\* (dir.)/ de Vicente Remesal, Javier\*/Díaz y García Conlledo, Miguel\*/Paredes Castañón, José Manuel\*/Olaizola Nogales, Inés\*/Trapero Barreales, María A.\*/Roso Cañadillas, Raquel\*/Barber Burusco, Soledad\*/Durán Seco, Isabel\*/Jericó Ojer, Leticia\*/García Mosquera, Marta/Rodríguez Vázquez, Virxilio/de la Fuente Honrubia, Fernando/Pavía Cardell, Juan/Vega Gutiérrez, José-Zamyr/Francés Lecumberri, Paz/Luzón Campos, Enrique\*/Escobar Vélez, Susana/Pérez-Sauquillo Muñoz, Carmen/Torres Cadavid, Natalia/Cardona Cardona, Lina M.<sup>a</sup>, Derecho penal en casos, Parte General. Estudio analítico práctico, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.



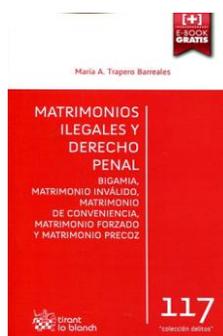
- Roso Cañadillas, Raquel\*, Omisión y comisión por omisión, en: Luzón Peña\* (dir.)/Roso Cañadillas\* (coord.), Derecho penal en casos, Parte General. Estudio analítico-práctico, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 331-349.
- Roso Cañadillas, Raquel\*, El delito *comisivo omisivo*, en: Luzón Peña, Diego-M.\* (dir.)/Schünemann, Bernd/Luzón Peña, Diego-M.\*/de Vicente Remesal, Javier\*/ Díaz y García Conlledo, Miguel\*/Paredes Castañón, José Manuel\*/Olaizola Nogales, Inés\*/Trapero Barreales, María A.\*/Barber Burusco, Soledad\*/Roso Cañadillas, Raquel\*/Durán Seco, Isabel\*/Jericó Ojer, Leticia\*/Rodríguez Vázquez, Virxilio/García Mosquera, Marta/Vega Gutiérrez, José-Zamyr/Escobar Vélez, Susana/Martínez Cantón, Silvia, Libro-Homenaje a Claus Roxin, por su nombramiento como Dr. h.c. por la Univ. Inca Garcilaso de la Vega [en 2017]. Por sus discípulos y traductores al español de su tratado Derecho Penal, Parte General, tomos I y II, Lima, FICP / Universidad Inca Garcilaso de la Vega, 2018, pp. 239-262.
- Roso Cañadillas, Raquel\*, Reflexiones sobre la autoría imprudente, en: Luzón Peña\*/Díaz y García Conlledo\* (dirs.)/A. Alpaca/C. Pérez-Sauquillo/D.-M. Luzón\*/M. Díaz y G. Conlledo\*/ J. de Vicente Remesal\*/ M. Aráuz\*/J.P. Uribe/ R. Roso\*/ V. Rodríguez Vázquez/M. Trapero\*/L. M. Ramos/M. García Mosquera/J.-Z. Vega/I. Olaizola\*/N. Torres/B. Suárez/I. Durán\*/J. M. Paredes\*/L. Jericó\*/J. M. García Sobrado/S. Martínez Cantón, Un puente de

unión de la ciencia penal alemana e hispana. *Liber Amicorum* en homenaje al Prof. Dr. Jürgen Wolter por su 75.º aniversario Por la Escuela de los Directores y la FICP. Madrid: FICP / Reus, 2018, pp. 223-257.

- Roso Cañadillas, Raquel\*, Los delitos polivalentes de autoría: entre el deber y el dominio, *Indret: revista para el análisis del Derecho*, 3, 2019.
- Sanz Morán, Ángel J.\*, Reflexiones sobre el denominado derecho penal europeo, en: Morales Prats, F./Tamarit Sumalla, J.M./García Alberó, R.M. (coords.), *Represión penal y Estado de Derecho: homenaje al profesor Gonzalo Quintero Olivares*, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, pp. 591-604.
- Sanz Morán, Ángel J.\*, Sobre la construcción de una teoría del delito: Observaciones a la teoría de la imputación de Michael Pawlik, en: Suárez López, José María\*/Barquín Sanz, Jesús\*/Benítez Ortúzar, Ignacio F.\*/Jiménez Díaz, M.ª José/Sáinz Cantero Caparrós, José Eduardo\* (coords.), *Estudios jurídico penales y criminológicos en homenaje a Lorenzo Morillas Cueva*, vol. I, Madrid, Dykinson, 2018, pp. 575-589.
- Schünemann, Bernd, El Derecho penal en el Estado democrático de Derecho y el irrenunciable nivel de racionalidad de su dogmática, Roso Cañadillas\*/Pérez-Sauquillo Muñoz\* (trads.), Madrid, Reus/B de f, 2019.
- Sotomayor Acosta, Juan Oberto\* (dir.), *Revista Nuevo Foro Penal*, 92, 2019 (accesible [aquí](#)).



- Trapero Barreales, María A.\*, *Matrimonios ilegales y Derecho penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.



- Trapero Barreales, María A.\*, El nuevo modelo de suspensión de la ejecución de

las penas privativas de libertad, Madrid, Dykinson, 2018.



- Trapero Barreales, María A.\*, Parte subjetiva del tipo. Elementos subjetivos del tipo de injusto. El dolo, en: Luzón Peña\* (dir.)/Roso Cañadillas\* (coord.), Derecho penal en casos, Parte General. Estudio analítico práctico, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 151-178.
- Trapero Barreales, María A.\*, El artefacto explosivo casero (“coctel Mcgyver”): un medio peligroso “pluritípico”. Una propuesta interpretativa de los delitos de lesiones, daños, atentado y tenencia de explosivos... y de planteamiento concursal, en: Luzón Peña, Diego-M.\* (dir.)/Schünemann, Bernd/Luzón Peña, Diego-M.\*/de Vicente Remesal, Javier\*/Díaz y García Conlledo, Miguel\*/Paredes Castañón, José Manuel\*/Olaizola Nogales, Inés\*/Trapero Barreales, María A.\*/Barber Burusco, Soledad\*/Roso Cañadillas, Raquel\*/Durán Seco, Isabel\*/Jericó Ojer, Leticia\*/Rodríguez Vázquez, Virxilio/García Mosquera, Marta/Vega Gutiérrez, José-Zamyr/Escobar Vélez, Susana/Martínez Cantón, Silvia, Libro-Homenaje a Claus Roxin, por su nombramiento como Dr. h.c. por la Univ. Inca Garcilaso de la Vega [en 2017]. Por sus discípulos y traductores al español de su tratado Derecho Penal, Parte General, tomos I y II, Lima, FICP / Universidad Inca Garcilaso de la Vega, 2018, pp. 459-538.
- Trapero Barreales, María A.\*, 9 + 1 respuestas frente al delincuente imputable peligroso... y en el punto de mira siempre dos tipologías: el delincuente sexual y el terrorista, en: Luzón Peña\*/Díaz y García Conlledo\* (dirs.)/A. Alpaca/C. Pérez-Sauquillo/D.-M. Luzón\*/M. Díaz y G. Conlledo\*/ J. de Vicente Remesal\*/ M. Aráuz\*/J.P. Uribe/ R. Roso\*/ V. Rodríguez Vázquez/M. Trapero\*/L. M. Ramos/M. García Mosquera/J.-Z. Vega/I. Olaizola\*/N. Torres/B. Suárez/I. Durán\*/J. M. Paredes\*/L. Jericó\*/J. M. García Sobrado/S. Martínez Cantón, Un puente de unión de la ciencia penal alemana e hispana. *Liber Amicorum* en homenaje al Prof. Dr. Jürgen Wolter por su 75.º aniversario Por la Escuela de los Directores y la FICP. Madrid: FICP / Reus, 2018, pp. 283-353.
- Trapero Barreales, María A.\*, La cláusula atenuatoria del art. 385 ter Código Penal: el apoyo legal para la reinterpretación de (algunos de) los delitos contra la seguridad vial, en: Suárez López, José María\*/Barquín Sanz, Jesús\*/Benítez Ortúzar, Ignacio F.\*/Jiménez Díaz, M.<sup>a</sup> José/Sáinz Cantero Caparrós, José

Eduardo\* (coords.), Estudios jurídicos penales y criminológicos en homenaje a Lorenzo Morillas Cueva, vol. II, Madrid, Dykinson, 2018, pp. 1717-1739.

- Trapero Barreales, María A.\*, Comentario urgente sobre la reforma penal vial y otros aspectos controvertidos, RECPC, 21-11, 2019, pp. 1-61.

## (ii) Socios (con asterisco los socios):

- Roxin, Claus\*, Sobre la delimitación del dolo y la imprudencia, especialmente en los delitos de homicidio, en: Suárez López, José María\*/Barquín Sanz, Jesús\*/Benítez Ortúzar, Ignacio F.\*/Jiménez Díaz, M.<sup>a</sup> José/Sáinz Cantero Caparrós, José Eduardo\* (coords.), Estudios jurídicos penales y criminológicos en homenaje a Lorenzo Morillas Cueva, vol. II, Madrid, Dykinson, 2018, pp. 1579-1598.
- Abel Souto, Miguel\*, La expansión, operada por la Ley Orgánica 1/2015, de los hechos previos del delito de blanqueo a las antiguas faltas, en: Suárez López, José María\*/Barquín Sanz, Jesús\*/Benítez Ortúzar, Ignacio F.\*/Jiménez Díaz, M.<sup>a</sup> José/Sáinz Cantero Caparrós, José Eduardo\* (coords.), Estudios jurídicos penales y criminológicos en homenaje a Lorenzo Morillas Cueva, vol. I, Madrid, Dykinson, 2018, pp. 699-723.
- Acale Sánchez, María\*, La prisión permanente revisable, Madrid, Iustel Publicaciones, 2016.
- Acale Sánchez, María\*, Universidad y Derecho penal, en: Suárez López, José María\*/Barquín Sanz, Jesús\*/Benítez Ortúzar, Ignacio F.\*/Jiménez Díaz, M.<sup>a</sup> José/Sáinz Cantero Caparrós, José Eduardo\* (coords.), Estudios jurídicos penales y criminológicos en homenaje a Lorenzo Morillas Cueva, vol. II, Madrid, Dykinson, 2018, pp. 1741-1760.
- Alpaca Pérez, Alfredo\*, El delito de defraudación tributaria como delito previo del delito de lavado de activos en la legislación penal peruana, Libertas, 6, 2017, pp. 9-52.
- Alpaca Pérez, Alfredo\*, Ley penal en el espacio. Extradición, en: Luzón Peña (dir.)/Roso Cañadillas (coord.), Derecho penal en casos, Parte General. Estudio analítico práctico, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 79-92.
- Alpaca Pérez, Alfredo\*, Norma y teoría del delito. La aportación de Jürgen Wolter, en: Luzón Peña/Díaz y García Conlledo (dirs.)/A. Alpaca\*/C. Pérez-Sauquillo\*/D.-M. Luzón/M. Díaz y G. Conlledo/ J. de Vicente Remesal/ M. Aráuz/J.P. Uribe\*/ R. Roso/ V. Rodríguez Vázquez\*/M. Trapero/L. M.

Ramos\*/M. García Mosquera\*/J.-Z. Vega\*/I. Olaizola/N. Torres\*/B. Suárez\*/I. Durán/J. M. Paredes/L. Jericó/J. M. García Sobrado\*/S. Martínez Cantón, Un puente de unión de la ciencia penal alemana e hispana. Liber Amicorum en homenaje al Prof. Dr. Jürgen Wolter por su 75.º aniversario Por la Escuela de los Directores y la FICP. Madrid: FICP / Reus, 2018, pp. 21-43.

- Álvarez García, Francisco Javier\* (dir), Manjón-Cabeza Olmeda, Araceli/Ventura Püschel, Arturo (Coords.), Tratado de Derecho penal español. Parte Especial. T.IV: Delitos contra la Constitución, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.
- Álvarez García, Francisco Javier\*, Código Penal y Ley Penal del Menor, 24.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.
- Álvarez García, Francisco Javier\*, La falta de honorabilidad derivada de una condena ¿Ultraeficacia de la pena?, en: Morales Prats, F./Tamarit Sumalla, J.M./García Albero, R.M. (coords.), Represión penal y Estado de Derecho: homenaje al profesor Gonzalo Quintero Olivares, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, pp. 727-744.
- Álvarez García, Francisco Javier\*/Carrasco Andrino, M.ª del Mar, Orden público, principio de autoridad y función pública, en: Suárez López, José María\*/Barquín Sanz, Jesús\*/Benítez Ortúzar, Ignacio F.\*/Jiménez Díaz, M.ª José/Sáinz Cantero Caparrós, José Eduardo\* (coords.), Estudios jurídicos penales y criminológicos en homenaje a Lorenzo Morillas Cueva, vol. I, Madrid, Dykinson, 2018, pp. 725-748.
- Agustina Sanllehí, José Ramón\*, Derecho, sanción y justicia penal, Buenos Aires/Montevideo, B de f, 2017.
- Bajo Fernández, Miguel\*/ Feijóo Sánchez, Bernardo\*/ Gómez-Jara Díez, Carlos, 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, 2.ª ed., Madrid, Editorial Civitas, 2016.
- Barquín Sanz, Jesús\*, Retos de la justicia penal: Avance de un diagnóstico, en: Suárez López, José María\*/Barquín Sanz, Jesús\*/Benítez Ortúzar, Ignacio F.\*/Jiménez Díaz, M.ª José/Sáinz Cantero Caparrós, José Eduardo\* (coords.), Estudios jurídicos penales y criminológicos en homenaje a Lorenzo Morillas Cueva, vol. I, Madrid, Dykinson, 2018, pp. 27-52.
- Basílico, Ricardo Ángel\*, Inspecciones judiciales sobre personas. ADN y sistema procesal penal argentino, Libertas, 6, 2017, pp. 53-71.
- Benítez Ortúzar, Ignacio F.\*, La “voluntad del legislador” y la interpretación de la ley: A propósito de la reiteración de infracciones penales leves contra el

patrimonio, en: Suárez López, José María\*/Barquín Sanz, Jesús\*/Benítez Ortúzar, Ignacio F.\*/Jiménez Díaz, M.ª José/Sáinz Cantero Caparrós, José Eduardo\* (coords.), Estudios jurídicos penales y criminológicos en homenaje a Lorenzo Morillas Cueva, vol. I, Madrid, Dykinson, 2018, pp. 749-777.

- Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio\*, Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal. T.VI: Derecho penitenciario, 2.ª ed., Madrid, Iustel Publicaciones, 2016.
- Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio\*/Fabián Caparrós / Rodríguez García, Recuperación de activos y decomiso, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio\*, Desde Salamanca, un poco de historia, en: Morales Prats, F./Tamarit Sumalla, J.M./García Albero, R.M. (coords.), Represión penal y Estado de Derecho: homenaje al profesor Gonzalo Quintero Olivares, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, pp. 69-85.
- Boix Reig, Javier\*, Derecho penal. Parte Especial. Vol I: La protección penal de los intereses jurídicos personales, 2.ª ed., Madrid, Iustel Publicaciones, 2016.
- Boldova Pasamar, Miguel Ángel\*, Consecuencias sancionadoras de la radicalización terrorista de los menores de edad y su adecuación al perfil de jóvenes infractores, en: Suárez López, José María\*/Barquín Sanz, Jesús\*/Benítez Ortúzar, Ignacio F.\*/Jiménez Díaz, M.ª José/Sáinz Cantero Caparrós, José Eduardo\* (coords.), Estudios jurídicos penales y criminológicos en homenaje a Lorenzo Morillas Cueva, vol. I, Madrid, Dykinson, 2018, pp. 779-802.
- Busato, Paulo César\*, Tres tesis sobre la responsabilidad penal de personas jurídicas, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019.



- Carbonell Mateu, Juan Carlos\*, El derecho a decidir sobre sí mismo: eutanasia y maternidad. A propósito de la Proposición de Ley Orgánica sobre la Eutanasia, en: Morales Prats, F./Tamarit Sumalla, J.M./García Albero, R.M. (coords.), Represión penal y Estado de Derecho: homenaje al profesor Gonzalo Quintero Olivares, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, pp. 799-818.

- Carbonell Mateu, Juan Carlos\*, Crisis del garantismo penal y papel de los penalistas, en: Suárez López, José María\*/Barquín Sanz, Jesús\*/Benítez Ortúzar, Ignacio F.\*/Jiménez Díaz, M.<sup>a</sup> José/Sáinz Cantero Caparrós, José Eduardo\* (coords.), Estudios jurídicos penales y criminológicos en homenaje a Lorenzo Morillas Cueva, vol. I, Madrid, Dykinson, 2018, pp. 81-97.
- Cardona Cardona, Lina M.\*\*\*, Desistimiento, en: Luzón Peña (dir.)/Roso Cañadillas (coord.), Derecho penal en casos, Parte General. Estudio analítico práctico, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 377-395.
- Carpio Delgado, Juana del\*, Algunas cuestiones de Parte Especial tras la reforma de 2015 del Código Penal, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.
- Carpio Delgado, Juana del\*; García Álvarez, Pastora (coords.). Derecho penal: la espada y el escudo de los derechos humanos. Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.
- Corcoy Bidasolo, Mirentxu (dir.)/Vera Sánchez, Juan Sebastián (coord.)/Bolea Bardón, Carolina\*/Cardenal Montraveta, Sergi\*/Gallego Soler, J.I.\*/Gómez Martín, Víctor/Santana Vega, Dulce\*/Fernández Bautista, Silvia\*/Carpio Briz, David\*/Díaz Morgado, C./Valiente Iváñez, V./Castellví Monserrat, C., Manual de Derecho Penal, Parte Especial, T. 1: Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados. Actualizado con las LLOO 1/2015 y 2/2015, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.
- Corcoy Bidasolo, Mirentxu/Gómez Martín, Víctor (dirs.)/ Díaz Morgado, C. (coord.)/Mir Puig, S./Bolea Bardon, C.\* /Gallego Soler, J.I.\*/Santana Vega, Dulce M.\*\*\*/Joshi Ubert, U./Hortal Ibarra, J.C.\*/Fernández Bautista, S.\*/Carpio Briz, D.\*/ Vera Sánchez, J.S./Valiente Iváñez, V./Castellví Monserrat, C., Manual de Derecho Penal, Económico y de Empresa: parte general y parte especial (adaptado a las LLOO 1/2015 y 2/2015 de Reforma del Código Penal), Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados, tomo 2, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.
- Cruz Blanza, M.<sup>a</sup> José\*, La motivación penológica como garantía a la necesaria discrecionalidad judicial, en: Suárez López, José María\*/Barquín Sanz, Jesús\*/Benítez Ortúzar, Ignacio F.\*/Jiménez Díaz, M.<sup>a</sup> José/Sáinz Cantero Caparrós, José Eduardo\* (coords.), Estudios jurídicos penales y criminológicos en homenaje a Lorenzo Morillas Cueva, vol. I, Madrid, Dykinson, 2018, pp. 159-178.
- Delgado Gil, Andrés\*, Delitos urbanísticos y contra el medio ambiente, Madrid, Centro de Estudios Financieros (CEF), 2016.
- Demetrio Crespo, Eduardo\*/ González-Cuéllar Serrano, N. (Dirs.), Halcones y palomas, corrupción y delincuencia económica, Madrid, Castillo de Luna

Ediciones Jurídicas, 2016.

- Demetrio Crespo, Eduardo\*, Prevención general e individualización judicial de la pena, 2ª ed., Buenos Aires, Editorial B de f, 2016.
- Demetrio Crespo, Eduardo\*, ¿Definición de la categoría "responsabilidad penal del superior por la no evitación de delitos cometidos por los subordinados" a partir de sus propios límites?, en: Morales Prats, F./Tamarit Sumalla, J.M./García Albero, R.M. (coords.), Represión penal y Estado de Derecho: homenaje al profesor Gonzalo Quintero Olivares, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, pp. 329-344.
- Dolz Lago, Manuel-Jesús\*, Caso del hurto hiperagravado por multireincidencia, Diario La Ley, nº 9043, de 18 de septiembre de 2017.
- Dolz Lago, Manuel-Jesús\*, Sentencia Caso Atutxa, Diario La Ley, nº 9043, de 18 de septiembre de 2017.
- Dolz Lago, Manuel-Jesús\*, Caso stalking o delito de acoso del artículo 172 ter CP/2015, Diario La Ley, nº 9043, de 18 de septiembre de 2017.
- Dolz Lago, Manuel-Jesús\*, Caso Messi. Delito defraudación tributaria, Diario La Ley, nº 9043, de 18 de septiembre de 2017.
- Doval Pais, Antonio\*/Juanatey Dorado, Carmen, Uso de tarjetas de crédito o débito falsas o sin autorización de su titular. Especial referencia al concurso entre falsedades y estafa, en: Morales Prats, F./Tamarit Sumalla, J.M./García Albero, R.M. (coords.), Represión penal y Estado de Derecho: homenaje al profesor Gonzalo Quintero Olivares, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, pp. 853-866.
- de Elía, Carlos M./Olivera Zapiola, Diego\*, Código Procesal Penal de la provincia de Buenos Aires, 8.ª ed. actualizada, Buenos Aires, Editorial Rodamillans, 2017.

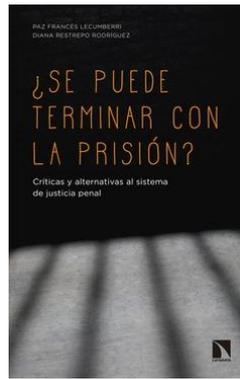


- Escobar Vélez, Susana\*, Participación, en: Luzón Peña (dir.)/Roso Cañadillas (coord.), Derecho penal en casos, Parte General. Estudio analítico práctico, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 413-428.

- Escobar Vélez, Susana\*, El principio de precaución y su traslado al Derecho penal en España, en: Luzón Peña, Diego-M. (dir.)/Schünemann, Bernd\*/Luzón Peña, Diego-M./de Vicente Remesal, Javier/ Díaz y García Conlledo, Miguel/Paredes Castañón, José Manuel/Olaizola Nogales, Inés/Trapero Barreales, María A. /Barber Burusco, Soledad/Roso Cañadillas, Raquel/Durán Seco, Isabel/Jericó Ojer, Leticia/Rodríguez Vázquez, Virxilio\*/García Mosquera, Marta\*/Vega Gutiérrez, José-Zamyr\*/Escobar Vélez, Susana\*/Martínez Cantón, Silvia, Libro-Homenaje a Claus Roxin, por su nombramiento como Dr. h.c. por la Univ. Inca Garcilaso de la Vega [en 2017]. Por sus discípulos y traductores al español de su tratado Derecho Penal, Parte General, tomos I y II, Lima, FICP / Universidad Inca Garcilaso de la Vega, 2018, pp. 263-291.
- Estrada Cuadras, Albert\*, Violaciones de secreto empresarial. Un estudio de los ilícitos mercantiles y penales, Atelier, 2016.
- Faraldo Cabana, Patricia\*, Los delitos leves, causas y consecuencias de la desaparición de las faltas, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.
- Faraldo Cabana, Patricia\*, La transmisibilidad de la pena de multa en las modificaciones estructurales. Sobre la aplicación del principio de personalidad de las penas a las personas jurídicas, en: Morales Prats, F./Tamarit Sumalla, J.M./García Albero, R.M. (coords.), Represión penal y Estado de Derecho: homenaje al profesor Gonzalo Quintero Olivares, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, pp. 515-529.
- Feijoo Sánchez, Bernardo\*, Orden socioeconómico y delito, Buenos Aires, Editorial B de f, 2016.
- Feijoo Sánchez, Bernardo\*, El delito corporativo en el Código Penal español, 2.<sup>a</sup> ed., Madrid, Editorial Civitas, 2016.
- Feijoo Sánchez, Bernardo \*, Derecho penal de la empresa e imputación objetiva, Ediciones Olejnik, 2018.
- Fernández Bermejo, Daniel\*, Derecho penitenciario, Madrid, Centro de Estudios Financieros (CEF), 2016.
- Fernández Bermejo, Daniel\*/ Cámara Arroyo, Sergio\*, La prisión permanente revisable: el ocaso del humanitarismo penal y penitenciario, Aranzadi, 2016.
- Fernández Bermejo, Daniel\*/ Martínez Atienza, Gorgonio\*, Ciberseguridad, Ciberespacio y Ciberdelincuencia, Pamplona, Aranzadi Thomson Reuters, 2018.



- Fernández Teruelo, Javier G.\*, La regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en España: algunos apuntes relativos a la naturaleza jurídica del modelo (autorresponsabilidad versus heterorresponsabilidad), *Libertas*, 6, 2017, pp. 72-96.
- Fernández Teruelo, Javier G.\*, El contenido de las obligaciones de supervisión, organización, vigilancia y control, referidas en el art. 31 bis 1. b), a los efectos de determinar la responsabilidad penal de la persona jurídica, en: Morales Prats, F./Tamarit Sumalla, J.M./García Albero, R.M. (coords.), *Represión penal y Estado de Derecho: homenaje al profesor Gonzalo Quintero Olivares*, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, pp. 531-547.
- Fernández Teruelo, Javier G.\*, Criterios de transferencia o conexión en el modelo vigente de responsabilidad penal de las personas jurídicas: La doble vía de imputación (art. 31 bis 1. apartados a) y b) CP), en: Suárez López, José María\*/Barquín Sanz, Jesús\*/Benítez Ortúzar, Ignacio F.\*/Jiménez Díaz, M.<sup>a</sup> José/Sáinz Cantero Caparrós, José Eduardo\* (coords.), *Estudios jurídico penales y criminológicos en homenaje a Lorenzo Morillas Cueva*, vol. I, Madrid, Dykinson, 2018, pp. 223-245.
- Foffani, Luigi\*/Pifarré, M.<sup>a</sup> José, Del punitivismo penal al punitivismo administrativo: breves notas sobre la experiencia italiana, en: Morales Prats, F./Tamarit Sumalla, J.M./García Albero, R.M. (coords.), *Represión penal y Estado de Derecho: homenaje al profesor Gonzalo Quintero Olivares*, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, pp. 627-638.
- Francés Lecumberri, Paz\*, Causas de inimputabilidad, en: Luzón Peña (dir.)/Roso Cañadillas (coord.), *Derecho penal en casos*, Parte General. Estudio analítico práctico, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 279-291.
- Francés Lecumberri, Paz\*/Restrepo Rodríguez, Diana, ¿Se puede terminar con la prisión? Críticas y alternativas al sistema de justicia penal, Madrid, Los libros de la catarata, 2019.



- Francés Lecumberri, Paz\*/Varona, Gema/Zuloaga, Lohitzune, Mitos sobre delincuentes y víctimas: argumentos contra la falsedad y la manipulación, Madrid, Libros de la catarata, 2019.



- Fuente Honrubia, Fernando\*, Sustitutivos penales: suspensión y sustitución de la pena, en: Luzón Peña (dir.)/Roso Cañadillas (coord.), Derecho penal en casos, Parte General. Estudio analítico práctico, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 37-47.
- Fuente Honrubia, Fernando\*, Tentativa, en: Luzón Peña (dir.)/Roso Cañadillas (coord.), Derecho penal en casos, Parte General. Estudio analítico práctico, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 365-376.
- García Arán, Mercedes\*, De las reformas bienintencionadas con resultados regresivos: el delito de promoción del odio, en: Morales Prats, F./Tamarit Sumalla, J.M./García Alberó, R.M. (coords.), Represión penal y Estado de Derecho: homenaje al profesor Gonzalo Quintero Olivares, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, pp. 867-881.
- García Mosquera, Marta\*, Juicios rápidos y conformidad: la posible vulneración de los derechos fundamentales, Revista Penal, 40, 2017, pp. 97-110.
- García Mosquera, Marta\*, La protección penal del secreto de empresa: perspectivas actuales y su proyección a los listados de clientes, Actas de Derecho industrial y Derecho de autor, 38, 2017-2018, pp. 159-181.

- García Mosquera, Marta\*, La personalidad jurídica de empresas transnacionales en la Unión Europea como requisito de la responsabilidad penal del art. 31 bis del Código Penal español, en: Luzón Peña, Diego-M. (dir.)/Schünemann, Bernd\*/Luzón Peña, Diego-M./de Vicente Remesal, Javier/ Díaz y García Conlledo, Miguel/Paredes Castañón, José Manuel/Olaizola Nogales, Inés/Trapero Barreales, María A. /Barber Burusco, Soledad/Roso Cañadillas, Raquel/Durán Seco, Isabel/Jericó Ojer, Leticia/Rodríguez Vázquez, Virxilio\*/García Mosquera, Marta\*/Vega Gutiérrez, José-Zamyr\*/Escobar Vélez, Susana\*/Martínez Cantón, Silvia, Libro-Homenaje a Claus Roxin, por su nombramiento como Dr. h.c. por la Univ. Inca Garcilaso de la Vega [en 2017]. Por sus discípulos y traductores al español de su tratado Derecho Penal, Parte General, tomos I y II, Lima, FICP / Universidad Inca Garcilaso de la Vega, 2018, pp. 371-411.
- García Mosquera, Marta\*, Punibilidad, en: Luzón Peña (dir.)/Roso Cañadillas (coord.), Derecho penal en casos, Parte General. Estudio analítico práctico, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 321-330.
- García Mosquera, Marta\*, La valoración de las mercancías sustraídas en establecimientos comerciales a los efectos del delito de hurto, en: Luzón Peña/Díaz y García Conlledo (dirs.)/A. Alpaca\*/C. Pérez-Sauquillo\*/D.-M. Luzón/M. Díaz y G. Conlledo/ J. de Vicente Remesal/ M. Aráuz/J.P. Uribe\*/ R. Roso/ V. Rodríguez Vázquez\*/M. Trapero/L. M. Ramos\*/M. García Mosquera\*/J.-Z. Vega\*/I. Olaizola/N. Torres\*/B. Suárez\*/I. Durán/J. M. Paredes/L. Jericó/J. M. García Sobrado\*/S. Martínez Cantón, Un puente de unión de la ciencia penal alemana e hispana. Liber Amicorum en homenaje al Prof. Dr. Jürgen Wolter por su 75.º aniversario Por la Escuela de los Directores y la FICP. Madrid: FICP / Reus, 2018, pp. 369-381.
- García Mosquera, Marta\*, Los estudios de derecho en Alemania: un ejemplo de formación jurídica al margen del sistema de Bolonia, Revista jurídica de la Univ. de León, 5, 2018, pp. 117-125.
- García Rivas, Nicolás\*, El “diálogo entre tribunales” en la Unión Europea en materia de “ne bis in ídem”, en: Morales Prats, F./Tamarit Sumalla, J.M./García Albero, R.M. (coords.), Represión penal y Estado de Derecho: homenaje al profesor Gonzalo Quintero Olivares, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, pp. 105-133.
- García Sobrado, José Manuel\*, Recordando a la Ley Orgánica 10/1980, de 11 de noviembre, de enjuiciamiento oral de delitos dolosos, menos graves y flagrantes, en: Luzón Peña/Díaz y García Conlledo (dirs.)/A. Alpaca\*/C. Pérez-Sauquillo\*/D.-M. Luzón/M. Díaz y G. Conlledo/ J. de Vicente Remesal/ M.

Aráuz/J.P. Uribe\*/ R. Roso/ V. Rodríguez Vázquez\*/M. Trapero/L. M. Ramos\*/M. García Mosquera\*/J.-Z. Vega\*/I. Olaizola/N. Torres\*/B. Suárez\*/I. Durán/J. M. Paredes/L. Jericó/J. M. García Sobrado\*/S. Martínez Cantón, Un puente de unión de la ciencia penal alemana e hispana. Liber Amicorum en homenaje al Prof. Dr. Jürgen Wolter por su 75.º aniversario Por la Escuela de los Directores y la FICP. Madrid: FICP / Reus, 2018, pp. 573-581.

- González Cussac, José L.\*, Derecho penal. Parte Especial, 5.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.
- González Cussac, José L.\*, El plano constitucional en la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en: Morales Prats, F./Tamarit Sumalla, J.M./García Albero, R.M. (coords.), Represión penal y Estado de Derecho: homenaje al profesor Gonzalo Quintero Olivares, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, pp. 565-576.
- González Cussac, José L.\*, Quebrantamiento de secreto sumarial (art. 466 CP), en: Suárez López, José María\*/Barquín Sanz, Jesús\*/Benítez Ortúzar, Ignacio F.\*/Jiménez Díaz, M.ª José/Sáinz Cantero Caparrós, José Eduardo\* (coords.), Estudios jurídicos penales y criminológicos en homenaje a Lorenzo Morillas Cueva, vol. I, Madrid, Dykinson, 2018, pp. 1113-1127.
- Gracia Martín, Luis\*, Persona jurídica y Derecho sancionador administrativo, en: Morales Prats, F./Tamarit Sumalla, J.M./García Albero, R.M. (coords.), Represión penal y Estado de Derecho: homenaje al profesor Gonzalo Quintero Olivares, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, pp. 565-576.
- Greco, Luís\*, Dolo sin voluntad, Nuevo Foro Penal, 88, 2017, pp. 10-38.
- Greco, Luís\*, Problemas de causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios, São Paulo, Marcial Pons, 2018.



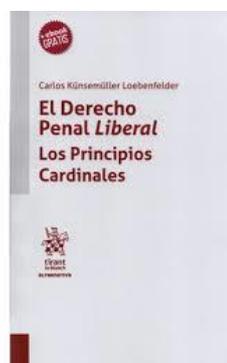
- Greco, Luís\*, As razões do direito penal. Quatro estudos, Viana, E.\*/Montenegro, L./Glezer, O. (organizadores y trads.), São Paulo, Marcial Pons, 2019.



- Greco, Luís\*, *Complicidad a través de acciones neutrales: la imputación objetiva en la participación*, Buenos Aires, Hammurabi, 2018.



- Guardiola Lago, M.<sup>a</sup> Jesús\*, *La protección de bienes jurídicos supraindividuales en los delitos contra las personas: ¿contradictio in terminis?*, en: Morales Prats, F./Tamarit Sumalla, J.M./García Albero, R.M. (coords.), *Represión penal y Estado de Derecho: homenaje al profesor Gonzalo Quintero Olivares*, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, pp. 883-897.
- Künsemüller Loebenfelder, Carlos\*, *Culpabilidad y Pena*, 2.<sup>a</sup> ed. amp. y act., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2016.
- Künsemüller Loebenfelder, Carlos\*, *El Derecho Penal liberal. Los principios cardinales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.



- Künsemüller Loebenfelder, Carlos\*, *Derecho Penal y política criminal, Compilación de artículos*, 2<sup>a</sup> ed., Santiago de Chile, Thomson Reuters, 2018.



Segunda edición ampliada y actualizada de la obra *Derecho Penal y Política Criminal. Compilación de Artículos* del profesor y magistrado de la Corte Suprema de Chile, don Carlos Künsemüller, actual Presidente del Instituto de Ciencias Penales, quien a lo largo de cuarenta años de actividad académica ha procurado contribuir permanentemente al estudio y desarrollo de la ciencia penal chilena.

La obra se ocupa de resaltar la trascendencia de los principios fundamentales –“cardinales” o “capitales”– del Derecho Penal Liberal, cuyos inicios se remontan a la inmortal obra de Beccaría, “De los delitos y las penas”, publicada en 1764, calificada como el grito que dió nacimiento a un poderoso movimiento de opinión pública que preparó el camino a las ideas de reforma.

Esta labor se realiza mediante la reproducción de cuarenta y un artículos sobre temas de Derecho Penal y Política Criminal, clasificados de acuerdo a criterios sistemáticos convenidos, ajustados a las distintas materias, publicados tanto en Chile como en el extranjero. .

- Leite, Alar\*/Teixeira, Adriano (eds.), *Crime e política, Corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito*, FGV Editora, 2017.
- Leite, Alar\*/Estellita, Heloisa (eds. e introducción), *Veículos autônomos e direito penal*, São Paulo, Marcial Pons, 2019.



- Leite, Alaor\*, Notstand und Strafe: Grundlinien einer Revision des Schuldbegriffs, Berlin, Duncker & Humblot, 2019.



- Lorenzo Salgado, José Manuel\*, El tipo atenuado “en atención a la escasa entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable” previsto en el párr. 2º; del art. 368 del Código penal, en: Suárez López, José María\*/Barquín Sanz, Jesús\*/Benítez Ortúzar, Ignacio F.\*/Jiménez Díaz, M.ª José/Sáinz Cantero Caparrós, José Eduardo\* (coords.), Estudios jurídicos penales y criminológicos en homenaje a Lorenzo Morillas Cueva, vol. II, Madrid, Dykinson, 2018, pp. 1201-1230.
- Luzón Peña, Diego-Manuel (dir.)/Díaz y García Conlledo, Miguel (coord.)/de Vicente Remesal, Javier/Paredes Castañón, José Manuel/Olaizola Nogales, Inés/Trapero Barreales, María A. (superv.), Código Penal y legislación complementaria, 5ª ed. Con la colaboración de: Roso, Barber, Jericó, Durán, Fuente\*, Pavía, García Mosquera\*, Martínez Cantón, García Sobrado\*, Rodríguez Vázquez\*, Vega\*, Francés\*, Escobar\*, Pérez-Sauquillo\*, Torres Cadavid\*. Madrid, Reus, 2017.
- Luzón Peña, Diego-Manuel, Lecciones de Derecho Penal, Parte General, 3.ª ed. ampliada y revisada, con notas de Derecho penal nicaragüense por los Profs. Dres. Manuel Aráuz Ulloa, M.ª Asunción Moreno Castillo y José-Zamyr Vega Gutiérrez\*, Managua, UCA Publicaciones, 2017.
- Luzón Campos, Enrique\*, Legítima defensa, en: Luzón Peña (dir.)/Roso Cañadillas (coord.), Derecho penal en casos, Parte General. Estudio analítico práctico, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 227-241.
- Maqueda Abreu, María Luisa\*/Laurenzo Copello, Patricia\*, El Derecho penal en casos, Parte General, Teoría y práctica, 5.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- Maqueda Abreu, María Luisa\*, Trata y esclavitud no son lo mismo, pero ¿qué son?, en: Suárez López, José María\*/Barquín Sanz, Jesús\*/Benítez Ortúzar, Ignacio F.\*/Jiménez Díaz, M.ª José/Sáinz Cantero Caparrós, José Eduardo\*

(coords.), Estudios jurídicos penales y criminológicos en homenaje a Lorenzo Morillas Cueva, vol. II, Madrid, Dykinson, 2018, pp. 1251-1264.

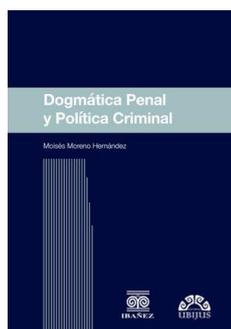
- Martínez Arrieta, Andrés\*/ Encinar del Pozo, Miguel Ángel, El recurso de casación y de revisión penal, 3.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.
- Martínez-Buján Pérez, Carlos\*, Derecho Penal económico y de la empresa: Parte General, 5.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.
- Martínez-Buján Pérez, Carlos\*, El delito de administración desleal de patrimonio ajeno, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.
- Martínez-Buján Pérez, Carlos\*, Concepto de autor e imputación objetivo-subjetiva: autoría dolosa o imprudente (en su caso, de un hecho ilícito). La previsibilidad objetivo-subjetiva. (Un estudio a la luz de la concepción significativa y del código penal español), en: Morales Prats, F./Tamarit Sumalla, J.M./García Albero, R.M. (coords.), Represión penal y Estado de Derecho: homenaje al profesor Gonzalo Quintero Olivares, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, pp. 425-439.
- Martínez-Buján Pérez, Carlos\*, La autoría en Derecho penal: un estudio a la luz de la concepción significativa (y del Código Penal español), Valencia, Tirant lo Blanch, 2019.



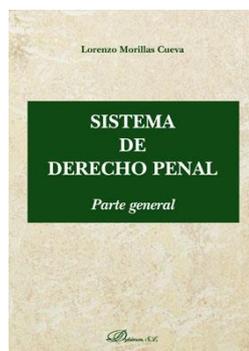
- Mata y Martín, Ricardo M.\*, Fundamentos del sistema penitenciario, Madrid, Editorial Tecnos, 2016.
- Mata y Martín, Ricardo M.\*, Victoria Kent y el cuerpo de prisiones: la etapa de mayor colaboración, en: Suárez López, José María\*/Barquín Sanz, Jesús\*/Benítez Ortúzar, Ignacio F.\*/Jiménez Díaz, M.ª José/Sáinz Cantero Caparrós, José Eduardo\* (coords.), Estudios jurídicos penales y criminológicos en homenaje a Lorenzo Morillas Cueva, vol. II, Madrid, Dykinson, 2018, pp. 2191-2214.
- Miró Llinares, Fernando\*, Cometer delitos en 140 caracteres, Marcial Pons, Madrid, 2018.
- Miró Llinares, Fernando\*, Apuntes sobre la relación entre Derecho penal e Inteligencia Artificial, en: Morales Prats, F./Tamarit Sumalla, J.M./García Albero,

R.M. (coords.), Represión penal y Estado de Derecho: homenaje al profesor Gonzalo Quintero Olivares, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, pp. 171-187.

- Miró Llinares, Fernando\*, Hechos en tierra de normas: Una introducción epistemológica a la relevancia de la realidad fáctica en el Derecho penal, en: Suárez López, José María\*/Barquín Sanz, Jesús\*/Benítez Ortúzar, Ignacio F.\*/Jiménez Díaz, M.ª José/Sáinz Cantero Caparrós, José Eduardo\* (coords.), Estudios jurídico penales y criminológicos en homenaje a Lorenzo Morillas Cueva, vol. I, Madrid, Dykinson, 2018, pp. 451-473.
- Modolell González, Juan Luis\*, Sobre lo objetivo y lo subjetivo en el tipo penal, Libertas, 6, 2017, pp. 273-287.
- Monge Fernández, Antonia\*, El delito concursal punible tras la reforma penal de 2015 (análisis de los artículos 259 y 259 bis CP), Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.
- Moreno Hernández, Moisés\*, Dogmática penal y política criminal, Ubijus Editorial SA de CV, 2018.



- Morillas Cueva, Lorenzo\* (dir.), Sistema de Derecho penal. Parte Especial, 2.<sup>a</sup> ed., Madrid, Dykinson, S.L., 2016.
- Morillas Cueva, Lorenzo\*, Sistema de Derecho penal, parte general, Madrid, Dykinson, 2018.



- Morillas Cueva, Lorenzo\*, Mandatos antijurídicos y Estado de Derecho, en: Morales Prats, F./Tamarit Sumalla, J.M./García Alberó, R.M. (coords.), Represión penal y Estado de Derecho: homenaje al profesor Gonzalo Quintero Olivares, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, pp. 207-223.
- Morillas Fernández, David L.\*, El delito de conducción sin permiso o licencia, en: Suárez López, José María\*/Barquín Sanz, Jesús\*/Benítez Ortúzar, Ignacio F.\*/Jiménez Díaz, M.ª José/Sáinz Cantero Caparrós, José Eduardo\* (coords.), Estudios jurídicos penales y criminológicos en homenaje a Lorenzo Morillas Cueva, vol. II, Madrid, Dykinson, 2018, pp. 1353-1382.
- Muñoz Conde, Francisco\*, La vinculación del juez a la ley y la reforma de los delitos contra la libertad sexual. Algunas reflexiones sobre el caso "La Manada", en: Morales Prats, F./Tamarit Sumalla, J.M./García Alberó, R.M. (coords.), Represión penal y Estado de Derecho: homenaje al profesor Gonzalo Quintero Olivares, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, pp. 941-959.
- Muñoz Conde, Francisco\*, Problemática jurídico penal y político criminal de la esterilización, en: Suárez López, José María\*/Barquín Sanz, Jesús\*/Benítez Ortúzar, Ignacio F.\*/Jiménez Díaz, M.ª José/Sáinz Cantero Caparrós, José Eduardo\* (coords.), Estudios jurídicos penales y criminológicos en homenaje a Lorenzo Morillas Cueva, vol. II, Madrid, Dykinson, 2018, pp. 1295-1328.
- Muñoz García, Miguel Ángel\*, Las instituciones del riesgo permitido, el principio de confianza y la prohibición de regreso en el Derecho penal financiero y el lavado de activos, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 2016.
- Muñoz Ruiz, Josefa\*, Las circunstancias atenuantes muy cualificadas, Pamplona, Aranzadi, 2016.
- Muñoz Ruiz, Josefa\*, El derecho de corrección: Un análisis penal de sus claves, en: Suárez López, José María\*/Barquín Sanz, Jesús\*/Benítez Ortúzar, Ignacio F.\*/Jiménez Díaz, M.ª José/Sáinz Cantero Caparrós, José Eduardo\* (coords.), Estudios jurídico penales y criminológicos en homenaje a Lorenzo Morillas Cueva, vol. I, Madrid, Dykinson, 2018, pp. 475-504.
- Núñez Paz, Miguel Ángel\*, Discusión histórica vigente en torno al "no hacer" desvalorado, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.
- Orts Berenguer, Enrique/Alonso Rimo, Alberto/Roig Torres, Margarita\*, Peligrosidad criminal y estado de derecho, Tirant lo Blanch, Valencia 2017.
- Pereira Garmendía, Mario\*, Responsabilidad por los delitos atroces, Buenos Aires, Editorial B de f, 2016.

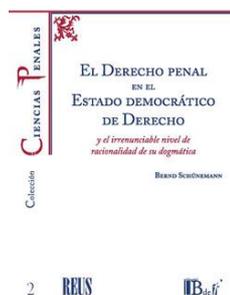
- Pérez Cepeda, Ana\* (dir.). El terrorismo en la actualidad: un enfoque político-criminal. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.
- Pérez Cepeda, Ana\*, La crisis del Estado de Derecho al afrontar la definición de Terrorismo internacional, en: Morales Prats, F./Tamarit Sumalla, J.M./García Albero, R.M. (coords.), Represión penal y Estado de Derecho: homenaje al profesor Gonzalo Quintero Olivares, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, pp. 1011-1034.
- Pérez Ferrer, Fámila\*, Sobre el delito de trata de seres humanos en el Código Penal español tras la LO 1/2015, de 30 de marzo, en: Suárez López, José María\*/Barquín Sanz, Jesús\*/Benítez Ortúzar, Ignacio F.\*/Jiménez Díaz, M.<sup>a</sup> José/Sáinz Cantero Caparrós, José Eduardo\* (coords.), Estudios jurídicos penales y criminológicos en homenaje a Lorenzo Morillas Cueva, vol. II, Madrid, Dykinson, 2018, pp. 1471-1488.
- Pérez del Valle, Carlos\*, Lecciones de Derecho penal, 2ª ed., Madrid, Dykinson, 2018.
- Portilla Contreras, Guillermo\*/Pérez Cepeda, Ana\* (dirs.), Terrorismo y contraterrorismo en el siglo XXI: un análisis penal y político criminal, Salamanca, Ratio Legis, 2016.
- Portilla Contreras, Guillermo\*, Responsabilidad penal omisiva de los superiores jerárquicos en el Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera de 24 de noviembre de 2016 de Colombia, Nuevo Foro Penal, 88, 2017, pp. 113-149.
- Portilla Contreras, Guillermo\*, Terroristas como no-personas para el Derecho, en: Morales Prats, F./Tamarit Sumalla, J.M./García Albero, R.M. (coords.), Represión penal y Estado de Derecho: homenaje al profesor Gonzalo Quintero Olivares, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, pp. 1035-1046.
- Portilla Contreras, Guillermo\*, El delito de sanciones y privaciones indebidas y el uso de rigor innecesario respecto a reclusos e internos, en: Suárez López, José María\*/Barquín Sanz, Jesús\*/Benítez Ortúzar, Ignacio F.\*/Jiménez Díaz, M.<sup>a</sup> José/Sáinz Cantero Caparrós, José Eduardo\* (coords.), Estudios jurídicos penales y criminológicos en homenaje a Lorenzo Morillas Cueva, vol. II, Madrid, Dykinson, 2018, pp. 1511-1536.
- Ragués i Vallès, Ramon\*, Prescripción y responsabilidad penal de las personas jurídicas, en: Suárez López, José María\*/Barquín Sanz, Jesús\*/Benítez Ortúzar, Ignacio F.\*/Jiménez Díaz, M.<sup>a</sup> José/Sáinz Cantero Caparrós, José Eduardo\*

- (coords.), Estudios jurídico penales y criminológicos en homenaje a Lorenzo Morillas Cueva, vol. II, Madrid, Dykinson, 2018, pp. 553-573.
- Ramos Martínez, Luis Miguel\*, Otras dos posibles soluciones a las condenas de prisión inacumulables: la aplicación analógica de la prisión permanente revisable y la previsión de medidas de seguridad, en: Luzón Peña/Díaz y García Conlledo (dirs.)/A. Alpaca\*/C. Pérez-Sauquillo\*/D.-M. Luzón/M. Díaz y G. Conlledo/ J. de Vicente Remesal/ M. Aráuz/J.P. Uribe\*/ R. Roso/ V. Rodríguez Vázquez\*/M. Trapero/L. M. Ramos\*/M. García Mosquera\*/J.-Z. Vega\*/I. Olaizola/N. Torres\*/B. Suárez\*/I. Durán/J. M. Paredes/L. Jericó/J. M. García Sobrado\*/S. Martínez Cantón, Un puente de unión de la ciencia penal alemana e hispana. Liber Amicorum en homenaje al Prof. Dr. Jürgen Wolter por su 75.º aniversario Por la Escuela de los Directores y la FICP. Madrid: FICP / Reus, 2018, pp. 355-368.
  - Rafols Pérez, Ignacio Javier\*, Consecuencias accesorias: la nueva regulación sustantiva y procesal del decomiso tras las reformas introducidas por la Ley Orgánica 1/2015 y la Ley 41/2015, en: Rasillo López (dir.), Últimas reformas penales (2016), Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2017, pp. 5-49.
  - Rafols Pérez, Ignacio Javier\*, Cuestiones sobre determinación de la pena tras la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 1/2015, en: Rasillo López (dir.), Últimas reformas penales (2016), Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2017, pp. 95-106.
  - Ragués i Vallès, Ramon\*, La actuación en beneficio de la persona jurídica como presupuesto para su responsabilidad penal, Marcial Pons, Madrid, 2017.
  - Rebollo Vargas, Rafael\*, El bien jurídico protegido en el delito de sedición: delitos contra el orden público y sedición, en: Morales Prats, F./Tamarit Sumalla, J.M./García Alberó, R.M. (coords.), Represión penal y Estado de Derecho: homenaje al profesor Gonzalo Quintero Olivares, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, pp. 1063-1079.
  - Robles Planas, Ricardo\*, Sobre la construcción de una teoría del delito: Observaciones a la teoría de la imputación de Michael Pawlik, en: Suárez López, José María\*/Barquín Sanz, Jesús\*/Benítez Ortúzar, Ignacio F.\*/Jiménez Díaz, M.ª José/Sáinz Cantero Caparrós, José Eduardo\* (coords.), Estudios jurídico penales y criminológicos en homenaje a Lorenzo Morillas Cueva, vol. II, Madrid, Dykinson, 2018, pp. 575-589.
  - Roca Agapito, Luis\*, Las consecuencias jurídicas del delito, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.

- Roca Agapito, Luis\*, El hacinamiento carcelario y el principio de humanidad, en: Morales Prats, F./Tamarit Sumalla, J.M./García Alberó, R.M. (coords.), Represión penal y Estado de Derecho: homenaje al profesor Gonzalo Quintero Olivares, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, pp. 693-709.
- Rodríguez Ferrández, Samuel\*, La evaluación de las normas penales, Madrid, Dykinson, 2017.
- Rodríguez Horcajo, Daniel\*, Comportamiento humano y pena estatal: disuasión, cooperación y equidad, Madrid, Marcial Pons, 2017.
- Rodríguez Vázquez, Virxilio\*, Causalidad e imputación objetiva, en: Luzón Peña (dir.)/Roso Cañadillas (coord.), Derecho penal en casos, Parte General. Estudio analítico práctico, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 131-150.
- Rodríguez Vázquez, Virxilio\*, Acción y omisión: hacia una relativización de la distinción en relación con la actividad médica, en: Luzón Peña, Diego-M. (dir.)/Schünemann, Bernd\*/Luzón Peña, Diego-M./de Vicente Remesal, Javier/Díaz y García Conlledo, Miguel/Paredes Castañón, José Manuel/Olaizola Nogales, Inés/Trapero Barreales, María A. /Barber Burusco, Soledad/Roso Cañadillas, Raquel/Durán Seco, Isabel/Jericó Ojer, Leticia/Rodríguez Vázquez, Virxilio\*/García Mosquera, Marta\*/Vega Gutiérrez, José-Zamyr\*/Escobar Vélez, Susana\*/Martínez Cantón, Silvia, Libro-Homenaje a Claus Roxin, por su nombramiento como Dr. h.c. por la Univ. Inca Garcilaso de la Vega [en 2017]. Por sus discípulos y traductores al español de su tratado Derecho Penal, Parte General, tomos I y II, Lima, FICP / Universidad Inca Garcilaso de la Vega, 2018, pp. 317-369.
- Rodríguez Vázquez, Virxilio\*, El Derecho penal tras la Revolución Rusa. Un paréntesis de 100 años, en: Luzón Peña/Díaz y García Conlledo (dirs.)/A. Alpaca\*/C. Pérez-Sauquillo\*/D.-M. Luzón/M. Díaz y G. Conlledo/ J. de Vicente Remesal/ M. Aráuz/J.P. Uribe\*/ R. Roso/ V. Rodríguez Vázquez\*/M. Trapero/L. M. Ramos\*/M. García Mosquera\*/J.-Z. Vega\*/I. Olaizola/N. Torres\*/B. Suárez\*/I. Durán/J. M. Paredes/L. Jericó/J. M. García Sobrado\*/S. Martínez Cantón, Un puente de unión de la ciencia penal alemana e hispana. Liber Amicorum en homenaje al Prof. Dr. Jürgen Wolter por su 75.º aniversario Por la Escuela de los Directores y la FICP. Madrid: FICP / Reus, 2018, pp. 259-282.
- Roig Torres, Margarita\*, La cadena perpetua en el Derecho alemán y británico. La prisión permanente revisable, Madrid, Iustel Publicaciones, 2016.

- Roig Torres, Margarita\*, Una aproximación al concepto de «corrupción». Las recientes leyes de reforma del código penal alemán sobre la materia, *Libertas*, 6, 2017, pp. 288-345.
- Roldán Barbero, Horacio\*, *Introducción a la investigación criminológica*, 3.ª ed., Granada, Comares, 2016.
- Roldán Barbero, Horacio\*, *Manual de Derecho penal, Parte general*. (Adaptado al Título de Grado de Derecho y de Derecho +ADE), 2ª ed., Granada, Comares, 2016.
- Romeo Casabona, Carlos M.ª\*, Las múltiples caras de la maternidad subrogada: ¿aceptamos el caos jurídico actual o buscamos una solución aceptable?, en: Suárez López, José María\*/Barquín Sanz, Jesús\*/Benítez Ortúzar, Ignacio F.\*/Jiménez Díaz, M.ª José/Sáinz Cantero Caparrós, José Eduardo\* (coords.), *Estudios jurídicos penales y criminológicos en homenaje a Lorenzo Morillas Cueva*, vol. II, Madrid, Dykinson, 2018, pp. 2367-2384.
- Rosal Blasco, Bernardo del\*, La transferencia de la responsabilidad penal (y civil, derivada de delito) en los supuestos de sucesión de empresa, en: Suárez López, José María\*/Barquín Sanz, Jesús\*/Benítez Ortúzar, Ignacio F.\*/Jiménez Díaz, M.ª José/Sáinz Cantero Caparrós, José Eduardo\* (coords.), *Estudios jurídico penales y criminológicos en homenaje a Lorenzo Morillas Cueva*, vol. I, Madrid, Dykinson, 2018, pp. 179-197.
- Rubio Lara, Pedro Ángel\*, *Manual teórico-práctico de la teoría jurídica del delito*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.
- Rubio Lara, Pedro Ángel\*, *Teoría de la pena y consecuencias jurídicas del delito*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.
- Rueda Martín, Mª Ángeles\*, *La nueva protección de la vida privada y de los sistemas de información en el Código penal*, Atelier, 2018.
- Rueda Martín, Mª Ángeles\*, *Consideraciones generales sobre la nueva protección penal dispensada a la vida privada*, en: Suárez López, José María\*/Barquín Sanz, Jesús\*/Benítez Ortúzar, Ignacio F.\*/Jiménez Díaz, M.ª José/Sáinz Cantero Caparrós, José Eduardo\* (coords.), *Estudios jurídicos penales y criminológicos en homenaje a Lorenzo Morillas Cueva*, vol. II, Madrid, Dykinson, 2018, pp. 1599-1622.
- Rusconi, Maximiliano\*, *El origen constitucional de la imputación penal*, Buenos Aires, Editorial B de f, 2016.

- Sáinz Cantero Caparrós, José Eduardo\*, Consideraciones sobre el delito de malversación por administración desleal de patrimonio público (art. 432.1), en: Suárez López, José María\*/Barquín Sanz, Jesús\*/Benítez Ortúzar, Ignacio F.\*/Jiménez Díaz, M.ª José/Sáinz Cantero Caparrós, José Eduardo\* (coords.), Estudios jurídicos penales y criminológicos en homenaje a Lorenzo Morillas Cueva, vol. II, Madrid, Dykinson, 2018, pp. 1623-1646.
- Schünemann, Bernd\*, La deducción de los principios generales de la imputación penal a partir de la finalidad preventivo-general del Derecho penal, en: Luzón Peña, Diego-M. (dir.)/Schünemann, Bernd\*/Luzón Peña, Diego-M./de Vicente Remesal, Javier/ Díaz y García Conledo, Miguel/Paredes Castañón, José Manuel/Olaizola Nogales, Inés/Trapero Barreales, María A. /Barber Burusco, Soledad/Roso Cañadillas, Raquel/Durán Seco, Isabel/Jericó Ojer, Leticia/Rodríguez Vázquez, Virxilio\*/García Mosquera, Marta\*/Vega Gutiérrez, José-Zamyr\*/Escobar Vélez, Susana\*/Martínez Cantón, Silvia, Libro-Homenaje a Claus Roxin, por su nombramiento como Dr. h.c. por la Univ. Inca Garcilaso de la Vega [en 2017]. Por sus discípulos y traductores al español de su tratado Derecho Penal, Parte General, tomos I y II, Lima, FICP / Universidad Inca Garcilaso de la Vega, 2018, pp. 31-45.
- Schünemann, Bernd\*, El Derecho penal en el Estado democrático de Derecho y el irrenunciable nivel de racionalidad de su dogmática, Roso Cañadillas y Pérez-Sauquillo Muñoz (trads.), Madrid, Reus/B de f, 2019.



- Silva Sánchez, Jesús María\*, Fundamentos del Derecho penal de la empresa, 2.ª ed., Madrid, Editorial B de f, 2016.
- Silva Sánchez, Jesús María\*/Queralt Jiménez, Joan Josep\*/Corcoy Bidasolo, Mirentxu/Castiñeira Palou, M.ª Teresa (coords.), Estudios de Derecho penal: homenaje al Profesor Santiago Mir Puig, Buenos Aires, B de f, 2017. Entre los autores de los artículos se encuentran numerosos patronos y socios de la FICP (véase el [índice](#)).



- Silva Sánchez, Jesús-María\*, Responsabilidad penal de las empresas y compliance, Ediciones Olejnik, 2018.
- Silva Sánchez, Jesús-María\*, Ley y norma en la comisión por omisión, en: Morales Prats, F./Tamarit Sumalla, J.M./García Alberó, R.M. (coords.), Represión penal y Estado de Derecho: homenaje al profesor Gonzalo Quintero Olivares, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, pp. 457-470.
- Silva Sánchez, Jesús-María\*, Permisos y deberes en la defensa de terceros: Un análisis previo y disidente, en: Morales Prats, F./Tamarit Sumalla, J.M./García Alberó, R.M. (coords.), Represión penal y Estado de Derecho: homenaje al profesor Gonzalo Quintero Olivares, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, pp. 629-645.
- Suárez López, José María\*/Barquín Sanz, Jesús\*/Benítez Ortúzar, Ignacio F.\*/Jiménez Díaz, M.ª José/Sáinz Cantero Caparrós, José Eduardo\* (coords.), Estudios jurídicos penales y criminológicos en homenaje a Lorenzo Morillas Cueva, vols. I y II, Madrid, Dykinson, 2018.



- Suárez López, José María\*, El tratamiento penal de la frustración de la ejecución y la importancia de la ciencia penal, en: Suárez López, José María\*/Barquín Sanz, Jesús\*/Benítez Ortúzar, Ignacio F.\*/Jiménez Díaz, M.ª José/Sáinz Cantero Caparrós, José Eduardo\* (coords.), Estudios jurídicos penales y criminológicos en homenaje a Lorenzo Morillas Cueva, vol. II, Madrid, Dykinson, 2018, pp. 1691-1716.
- Suárez López, Beatriz\*, Retos de la minería ilegal en Colombia. Estudio del artículo 333 del Código Penal Colombiano: contaminación ambiental por

explotación minera, en: Luzón Peña/Díaz y García Conlledo (dirs.)/A. Alpaca\*/C. Pérez-Sauquillo\*/D.-M. Luzón/M. Díaz y G. Conlledo/ J. de Vicente Remesal/ M. Aráuz/J.P. Uribe\*/ R. Roso/ V. Rodríguez Vázquez\*/M. Trapero/L. M. Ramos\*/M. García Mosquera\*/J.-Z. Vega\*/I. Olaizola/N. Torres\*/B. Suárez\*/I. Durán/J. M. Paredes/L. Jericó/J. M. García Sobrado\*/S. Martínez Cantón, Un puente de unión de la ciencia penal alemana e hispana. Liber Amicorum en homenaje al Prof. Dr. Jürgen Wolter por su 75.º aniversario Por la Escuela de los Directores y la FICP. Madrid: FICP / Reus, 2018, pp. 467-492.

- Tavarez, Juarez\*, "Fundamentos de teoria do delito", Tirant lo Blanch Brasil, 2018.
- Torres Cadavid, Natalia\*, Autoría, en: Luzón Peña (dir.)/Roso Cañadillas (coord.), Derecho penal en casos, Parte General. Estudio analítico práctico, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 397-411.
- Torres Cadavid, Natalia\*, La responsabilidad penal del asesor fiscal en el delito de defraudación tributaria del art. 305 CP español. La aplicación de la cláusula del actuar en lugar de otro, Nuevo Foro Penal, 90, 2018, pp. 54-102.
- Torres Cadavid, Natalia\*, La responsabilidad penal del asesor fiscal como autor del delito de defraudación tributaria (art. 305 CP). Una propuesta de *lege lata*, en: Luzón Peña/Díaz y García Conlledo (dirs.)/A. Alpaca\*/C. Pérez-Sauquillo\*/D.-M. Luzón/M. Díaz y G. Conlledo/ J. de Vicente Remesal/ M. Aráuz/J.P. Uribe\*/ R. Roso/ V. Rodríguez Vázquez\*/M. Trapero/L. M. Ramos\*/M. García Mosquera\*/J.-Z. Vega\*/I. Olaizola/N. Torres\*/B. Suárez\*/I. Durán/J. M. Paredes/L. Jericó/J. M. García Sobrado\*/S. Martínez Cantón, Un puente de unión de la ciencia penal alemana e hispana. Liber Amicorum en homenaje al Prof. Dr. Jürgen Wolter por su 75.º aniversario Por la Escuela de los Directores y la FICP. Madrid: FICP / Reus, 2018, pp. 419-465.
- Torres Cadavid, Natalia\*, La responsabilidad penal del asesor fiscal, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019.



- Uribe Barrera, Juan Pablo\*, Aspectos introductorios al debate de la doctrina

española respecto al establecimiento de los límites entre la libertad de expresión y el Derecho penal, en: Luzón Peña/Díaz y García Conlledo (dirs.)/A. Alpaca\*/C. Pérez-Sauquillo\*/D.-M. Luzón/M. Díaz y G. Conlledo/ J. de Vicente Remesal/ M. Aráuz/J.P. Uribe\*/ R. Roso/ V. Rodríguez Vázquez\*/M. Trapero/L. M. Ramos\*/M. García Mosquera\*/J.-Z. Vega\*/I. Olaizola/N. Torres\*/B. Suárez\*/I. Durán/J. M. Paredes/L. Jericó/J. M. García Sobrado\*/S. Martínez Cantón, Un puente de unión de la ciencia penal alemana e hispana. Liber Amicorum en homenaje al Prof. Dr. Jürgen Wolter por su 75.º aniversario Por la Escuela de los Directores y la FICP. Madrid: FICP / Reus, 2018, pp. 207-222.

- Urruela Mora, Asier\*, El Derecho penal ante el fenómeno de las agresiones a profesionales sanitarios, Editorial Comares, 2018.
- Varela, Lorena\*, Dolo y Error: una propuesta para una imputación auténticamente subjetiva, Barcelona, José María Bosch Editor, 2016.
- Vega Gutiérrez, José-Zamyr\*, Estado de necesidad, en: Luzón Peña (dir.)/Roso Cañadillas (coord.), Derecho penal en casos, Parte General. Estudio analítico práctico, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 243-261.
- Vega Gutiérrez, José-Zamyr\*, Ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo. Cumplimiento del deber. Obediencia debida, en: Luzón Peña (dir.)/Roso Cañadillas (coord.), Derecho penal en casos, Parte General. Estudio analítico práctico, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 263-278.
- Vega Gutiérrez, José-Zamyr\*, El objeto de protección en el delito de corrupción en los negocios (art. 286 bis CP español), en: Luzón Peña, Diego-M. (dir.)/Schünemann, Bernd\*/Luzón Peña, Diego-M./de Vicente Remesal, Javier/ Díaz y García Conlledo, Miguel/Paredes Castañón, José Manuel/Olaizola Nogales, Inés/Trapero Barreales, María A. /Barber Burusco, Soledad/Roso Cañadillas, Raquel/Durán Seco, Isabel/Jericó Ojer, Leticia/Rodríguez Vázquez, Virxilio\*/García Mosquera, Marta\*/Vega Gutiérrez, José-Zamyr\*/Escobar Vélez, Susana\*/Martínez Cantón, Silvia, Libro-Homenaje a Claus Roxin, por su nombramiento como Dr. h.c. por la Univ. Inca Garcilaso de la Vega [en 2017]. Por sus discípulos y traductores al español de su tratado Derecho Penal, Parte General, tomos I y II, Lima, FICP / Universidad Inca Garcilaso de la Vega, 2018, pp. 415-436.
- Vega Gutiérrez, José-Zamyr\*, Información relevante y delincuencia bursátil, en: Luzón Peña/Díaz y García Conlledo (dirs.)/A. Alpaca\*/C. Pérez-Sauquillo\*/D.-M. Luzón/M. Díaz y G. Conlledo/ J. de Vicente Remesal/ M. Aráuz/J.P. Uribe\*/ R. Roso/ V. Rodríguez Vázquez\*/M. Trapero/L. M. Ramos\*/M. García Mosquera\*/J.-Z. Vega\*/I. Olaizola/N. Torres\*/B. Suárez\*/I. Durán/J. M.

Paredes/L. Jericó/J. M. García Sobrado\*/S. Martínez Cantón, Un puente de unión de la ciencia penal alemana e hispana. Liber Amicorum en homenaje al Prof. Dr. Jürgen Wolter por su 75.º aniversario Por la Escuela de los Directores y la FICP. Madrid: FICP / Reus, 2018, pp. 383-408.

- Velásquez Velásquez, Fernando\*, La justicia penal, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- Vicente Remesal, Javier de/García Mosquera, Marta\*/Rodríguez Vázquez, Virxilio\*, Clases de tipos, en: Luzón Peña (dir.)/Roso Cañadillas (coord.), Derecho penal en casos, Parte General. Estudio analítico práctico, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 109-130.
- Wolter, Jürgen\*, O inviolável e o intocável no direito processual penal (ed.: L Greco; trads.: Greco\*, Leite\*, Viana\*), São Paulo, Marcial Pons, 2018.



- Wolter, J.\*/Küper, W./Hettinger, M./Eschelbach, R. (eds), Goldammer's Archiv für Strafrecht, 9/2018: Jürgen Wolter zum 75. Geburtstag, C. F. Müller, pp. 473-552.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl\*, Doctrina penal nazi, Ediar. Sociedad Anonima Editora, Buenos Aires. Argentina, 2017.
- Zúñiga Rodríguez, Laura\*, Criminalidad organizada transnacional, Tirant lo Blanch, Valencia 2017.

### 3. Cursos, congresos y conferencias de los miembros de la FICP

#### (i) Ponencias y conferencias en seminarios, congresos o cursos:

##### a) Miembros del Patronato (con asterisco los mismos)

- 16 y 17 de mayo de 2019. Con motivo del I Seminario del proyecto "Crisis del Derecho Penal del Estado de Derecho. Manifestaciones y tendencias", Univ. Castilla-La Mancha, organizado por el Área de Derecho Penal de la Univ. de Castilla-La Mancha (dirs.: Profs. Dres. Demetrio Crespo, García Figueroa y

Marcilla Córdoba), celebrado en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Campus de Toledo, tuvieron lugar las siguientes ponencias de patronos de la FICP:

- Ponencia del Prof. Dr. José Manuel Paredes Castañón\* sobre “Justificación de las leyes penales”.
- Ponencia del Prof. Dr. Víctor Gómez Martín\* sobre “¿Va del dicho al hecho un trecho? Incitación al odio y principio de hecho”.



Imágenes del seminario. Arriba y abajo a la dcha., respectivamente, los Profs. Gómez Martín\* y Paredes Castañón\* durante sus ponencias. Abajo a la izq., ambos ponentes posan junto al Prof. Demetrio Crespo (centro) y otros asistentes

- 16 y 17 de mayo de 2019. Con motivo del XXII Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, sobre “Derecho penal general y de la empresa”, Univ. de Alcalá, organizado por el Área de Derecho Penal de la Univ. de Alcalá y la FICP (dir.: Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Luzón Peña), celebrado en la Facultad de Derecho de la Univ. de Alcalá, tuvieron lugar las siguientes ponencias de miembros del Patronato de la FICP:
  - Ponencia del Prof. Dr. Dr. h.c. de Vicente Remesal\* sobre “Conocimientos o capacidades especiales e infracción del deber objetivo de cuidado”, moderado por la Prof. Dra. Roso Cañadillas\*
  - Ponencia del Prof. Dr. Dres. h.c. Díaz y García Conlledo\* sobre “La falta de respeto del principio de lesividad, ofensividad o exclusiva protección de bienes jurídicos (y principios conexos) en el CP español: algunos ejemplos y

- especial referencia a los 'delitos de odio"', moderado por el Prof. Dr. Dr. h.c. Sanz Morán\*.
- Ponencia de la Prof. Dra. Pérez-Sauquillo Muñoz\* (Secretaria no patrona) sobre “Reflexiones y críticas sobre el pensamiento de la acumulación”, moderada por el Prof. Dr. Jorge Barreiro\*.
  - Moderación de la Prof. Dra. Olaizola Nogales\* de la ponencia del Prof. Dr. Meini Méndez sobre “La exigibilidad en Derecho penal”.
  - Moderación de la Prof. Dra. Trapero Barreales\* de la ponencia del Prof. Dr. Vega Gutiérrez sobre “Aspectos jurídico-penales del re-alquiler vacacional fraudulento”.
  - Moderación del Prof. Dr. Paredes Castañón\* de la ponencia de la Prof. Dra. García Mosquera sobre “El marisqueo ilegal como delito contra la fauna: ¿un nuevo despropósito para hacer frente al furtivismo?”.
- 28 de mayo al 3 de junio de 2019. Con motivo de las Jornadas de Mediación Policial, organizadas por el Ayuntamiento de Ponferrada y la Policía Municipal de Ponferrada, en colaboración con la UNED, y celebradas en el Salón de Actos de la UNED de Ponferrada, España, ha tenido lugar la intervención de los siguientes patronos de la FICP:
    - Ponencia del Prof. Dr. Dres. h.c. Díaz y García Conlledo sobre “Algunos problemas de la omisión de socorro, la comisión por omisión y el nuevo delito de abandono del lugar del accidente”.
    - Ponencia del Prof. Dr. García Amado sobre “Responsabilidad moral y responsabilidad jurídica de los policías”.
  - 26 de junio de 2019. Presentación de la obra Cancio Meliá, Manuel\*/Díaz López Juan Alberto, ¿Discurso del odio y/o discurso terrorista?, Thomson, Aranzadi, 2019. El acto, que tuvo lugar en la sede de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, fue presidido por el Prof. Dr. Rodríguez Mourullo, Presidente de la Sección penal de la RAJyL, y contó con la participación de la Excm. Sra. D.ª Ana M.ª Ferrer García, magistrada de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo, y la asistencia de diversos miembros de la FICP, como el Presidente de honor Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Luzón Peña\* y el patrono Prof. Dr. Peñaranda Ramos\*.



Imagen del acto de presentación de la obra. De izq. a dcha., la Excm. Sra. Ferrer García, el Prof. Dr. Rodríguez Mourullo, el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Cancio Meliá\* y el Prof. Dr. Díaz López.

- 4-5 de julio de 2019. Con motivo de la celebración del XX Seminario Internacional de Filosofía del Derecho y Derecho Penal, sobre “Casos trágicos y Derecho penal”, organizado por las Áreas de Filosofía del Derecho y Derecho Penal de la Univ. de León y la FICP (dirs.: Profs. Dres. Dres. h.c. Díaz y García Conlledo y García Amado), en el Salón de Grados de la Facultad de Derecho de la Univ. de León, España, tuvieron lugar las siguientes intervenciones de miembros del Patronato de la FICP:
  - Moderación por el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Luzón Peña\* de la ponencia del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Schünemann\* sobre “El Derecho penal en el dilema trágico”.
  - Moderación por el Prof. Dr. Dres. h.c. Díaz y García Conlledo\* de la ponencia de la Prof. Dra. Correa Florez sobre “Legítima defensa en situaciones sin confrontación: la muerte del tirano de casa”.
  - Moderación por el Prof. Dr. Dr. h.c. García Amado\* de la ponencia del Prof. Dr. de Lora Deltoro sobre “Si hay casos trágicos en Derecho penal, ¿cómo puede usted ser tan positivista?”.
- 8-19 de julio de 2019. Módulo del Prof. Dr. Dres. Díaz y García Conlledo\* sobre "Autoría y participación en el blanqueo. Especial referencia al autoblanqueo". Máster propio internacional en prevención y represión del blanqueo de dinero, fraude fiscal y "compliance" y IV Curso de perfeccionamiento en prevención y

represión del blanqueo de dinero, responsabilidad criminal de las personas jurídicas y fraude fiscal, organizados por la Univ. de Santiago de Compostela (dir. Prof. Dr. Miguel Abel Souto, socio de la FICP). Lugar: Facultad de Derecho de la Univ. de Santiago de Compostela.

- 27 de agosto de 2019. Ponencia del Prof. Dr. Dr. h.c. García Amado\* sobre “La ponderación judicial”. Academia de la Magistratura, Corte Suprema de Justicia, Perú.



- 29 y 30 de agosto de 2019. Ponencia del Prof. Dr. Dr. h.c. García Amado\* sobre “Modelos de juez. Dos siglos de debate”. XXII Encuentro de la Jurisdicción Ordinaria. 1819-2019: 200 años de justicia para democracia celebrado en Medellín. Vídeo disponible [aquí](#).
- 19 de septiembre de 2019. Ponencia del Prof. Dr. Dr. h.c. García Amado\* sobre “La argumentación en Derecho”. Café jurídico del Programa de Derecho, Univ. del Magdalena, Colombia.



- 26 de septiembre de 2019. Ponencia del Prof. Dr. Dr. h.c. García Amado\* sobre “Decisión judicial y argumentación: debates pasados y presentes”. Seminario Proceso, sentencia y argumentación, organizado por la Fundación para el

desarrollo de las ciencias jurídicas y la Maestría en Derecho Procesal de la Univ. Nacional de Rosario, Argentina. Lugar: Univ. de León, España.

- 30 de septiembre de 2019. Con motivo de la celebración de la Jornada sobre “Cuestiones dogmáticas y aplicación del modelo de responsabilidad penal de la empresa”, organizada por la Univ. de Oviedo y el Ilustre Colegio de Abogados de Oviedo, tendrá lugar la intervención de los siguientes patronos de la FICP:
  - Ponencia del Prof. Dr. Dres. h.c. Díaz y García Conlledo sobre “¿De verdad cometen delitos y sufren penas las personas jurídicas?”.
  - Ponencia del Prof. Dr. Dr. h.c. Sanz Morán sobre “Delitos por los que responde la persona jurídica: Consideraciones críticas”
- **2-4 de octubre de 2019.** Ponencia de la Prof. Dra. Leticia Jericó Ojer\* en la mesa sobre “Violencia sexual de género: intimidación ambiental, género y consentimiento”. Congreso Mujer y Derecho Penal: ¿necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?, organizado por el Área de Derecho Penal de la Univ. de Sevilla (comité organizador: Profs. Dres. Monge Fernández -presidenta-, Martos Núñez y Sres. Parrilla Vergara y Lima Ramírez). Su Majestad la Reina Doña Letizia, el Presidente en Funciones del Gobierno, el Excmo. Sr. D. Pedro Sánchez Pérez-Castejón y el Alcalde de Sevilla, el Excmo. Sr. D. Juan Espadas Cejas, han aceptado a formar parte del Comité de Honor del congreso. Lugar: Facultad de Derecho, Univ. de Sevilla, España. Más información y programa, [aquí](#).
- **2-5 de octubre de 2019.** Módulo del Prof. Dr. Dres. h.c. Díaz y García Conlledo\* sobre “El error de tipo y el error de prohibición”. maestría en Derecho Procesal Penal y Teoría del Delito y la Escuela de posgrados de la Universidad Autónoma Latinoamericana (UNAULA-Medellín), Colombia.
- **4 de octubre de 2019.** Participación del Prof. Dr. Dres. h.c. Díaz y García Conlledo\* como invitado experto en el foro doctoral “Reflexiones académicas para la formación de Doctores en Derecho en Latinoamérica”, organizado por la Universidad Autónoma Latinoamericana (UNAULA-Medellín), Colombia.
- **5 de octubre de 2019.** Conferencista magistral del Prof. Dr. Dres. h.c. Díaz y García Conlledo\* sobre “Atribución de responsabilidad penal en la actuación médica en equipo: autoría y participación” en el I Congreso Internacional de Derecho: “Reflexiones contemporáneas entre el derecho penal y el derecho administrativo”, organizado por la Univ. Autónoma Latinoamericana (UNAULA-Medellín), Colombia.
- **7-11 de octubre de 2019.** Seminario del Prof. Dr. Dres. h.c. Díaz y García

Conlledo\* sobre “Autoría y participación en Derecho penal”. Maestría de Derecho Penal (coord.: Prof. Dra. Escobar Vélez, socia de la FICP), Univ. EAFIT, Medellín, Colombia.

- **17 de octubre de 2019.** Participación del Prof. Dr. Dres. h.c. Díaz y García Conlledo\* en la mesa sobre “Cumplimiento normativo. Mecanismos de prevención y control” en el marco de la Jornada sobre Supervisión y control interno de las universidades públicas: mecanismos de prevención y control, organizadas por el Consejo Social de la Univ. de León, España, y la Conferencia de Consejos Sociales de las Universidades Españolas.
- **21-25 de octubre de 2019.** Módulo del Prof. Dr. Dres. h.c. Díaz y García Conlledo\* sobre “Participación delictiva”. Curso Temas de la Teoría del Delito II, Maestría en Derecho penal, organizada por la Pontificia Univ. Católica del Perú (dir.: Prof. Dr. Meini Méndez, socia de la FICP).

**b) Socios (con asterisco los socios)**

- 16 y 17 de mayo de 2019. Con motivo del I Seminario del proyecto "Crisis del Derecho Penal del Estado de Derecho. Manifestaciones y tendencias", Univ. Castilla-La Mancha, organizado por el Área de Derecho Penal de la Univ. de Castilla-La Mancha (dirs.: Profs. Dres. Demetrio Crespo, García Figueroa y Marcilla Córdoba), celebrado en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Campus de Toledo, tuvieron lugar las siguientes ponencias de socios de la FICP:
  - Ponencia de la Prof. Dra. Zúñiga Rodríguez\* sobre “¿Derecho penal de la seguridad?”, moderada por el Prof. Dr. Demetrio Crespo\*.
  - Participación de la Prof. Dra. Benito Sánchez\* como relatora de la mesa sobre “Derecho penal de la peligrosidad y principio de proporcionalidad”.



Imágenes del seminario. Arriba a la dcha., el Prof. Demetrio

Crespo\* en el extremo dcha. abajo, de izq. a dcha., las Profs. Zúñiga Rodríguez\* y Benito Sánchez\*.

- 16 y 17 de mayo de 2019. Con motivo del XXII Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, sobre “Derecho penal general y de la empresa”, Univ. de Alcalá, organizado por el Área de Derecho Penal de la Univ. de Alcalá y la FICP (dir.: Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Luzón Peña), celebrado en la Facultad de Derecho de la Univ. de Alcalá, tuvieron lugar las siguientes ponencias de socios de la FICP:
  - Ponencia de D. Enrique Luzón Campos\* sobre “Consideraciones a la traslación de responsabilidad penal de personas jurídicas en casos de absorción”, moderado por el Prof. Dr. Boldova Pasamar\*.
  - Ponencia del Prof. Dr. Meini Méndez\* sobre “La exigibilidad en Derecho penal.
  - Ponencia del Prof. Dr. Vega Gutiérrez\* sobre “Aspectos jurídico-penales del re-alquiler vacacional fraudulento”.
  - Ponencia del Prof. Alpaca Pérez\* sobre “Prevención y retribución en la justificación de la pena estatal”, moderado por la Prof. Dra. Rueda Martín\*.
  - Ponencia de la Prof. Dra. García Mosquera\* sobre “El marisqueo ilegal como delito contra la fauna: ¿un nuevo despropósito para hacer frente al furtivismo?”.
- 4-5 de julio de 2019. Ponencia del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Schünemann\* sobre “El Derecho penal en el dilema trágico”. XX Seminario Internacional de Filosofía del Derecho y Derecho Penal, sobre “Casos trágicos y Derecho penal”, organizado por las Áreas de Filosofía del Derecho y Derecho Penal de la Univ. de León y la FICP (dirs.: Profs. Dres. Dres. h.c. Díaz y García Conlledo y García Amado). Lugar: Salón de Grados de la Facultad de Derecho de la Univ. de León, España.
- 8-19 de julio de 2019. Con motivo de la impartición del Máster propio internacional en prevención y represión del blanqueo de dinero, fraude fiscal y "compliance" y del IV Curso de perfeccionamiento en prevención y represión del blanqueo de dinero, responsabilidad criminal de las personas jurídicas y fraude fiscal, organizados por la Univ. de Santiago de Compostela (dir. Prof. Dr. Miguel Abel Souto\*), ha tenido lugar la intervención de diversos miembros de la FICP:
  - Módulo del Prof. Dr. Abel Souto\* sobre “Normativa internacional sobre el blanqueo de dinero y su recepción en el ordenamiento penal. Expansión de las conductas típicas”.

- Módulo del Prof. Dr. Demetrio Crespo\* sobre “Responsabilidad criminal de las personas jurídicas”
- Módulo del Prof. Dr. Foffani\* sobre “Las directivas 2015/849 y 2018/843, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativas a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo y los principios básicos para la construcción de un Derecho penal europeo”.
- Módulo del Prof. Dr. Caro Coria\* sobre “‘Compliance’ y exención de responsabilidad criminal de las personas jurídicas”.
- Módulo del Prof. Dr. González Cussac\* sobre “La financiación del terrorismo y el blanqueo de dinero. Especial referencia a la reforma introducida por la LO 2/2015”
- Módulo del Prof. Dr. Lorenzo Salgado\* sobre “Drogas y blanqueo de dinero. Especial consideración al tipo agravado del blanqueo cuando los bienes procedan del narcotráfico”.
- Módulo del Prof. Dr. Núñez Paz\* sobre “Urbanismo y blanqueo. Tipo agravado del blanqueo de dinero procedente de delitos urbanísticos”
- Módulo del Prof. Dr. Fernández Teruelo\* sobre “Responsabilidad penal de la empresa, programas de prevención y blanqueo de dinero”
- Módulo de la Prof. Dra. Escobar Bravo\* sobre “El delito de blanqueo en Alemania”
- Módulo del Prof. Dr. Ruiz Rengifo\* sobre “El proyecto Hoowarr para la introducción de responsabilidad criminal de las personas jurídicas en Colombia”
- Módulo del Prof. Dr. Martínez-Buján\* sobre “El orden socioeconómico como bien jurídico protegido por el tipo penal del blanqueo de dinero”.
- 21 de agosto de 2019. Participación del Prof. Dr. Luis Yshií Meza\* (Profesor de Derecho Penal de la Pontificia Univ. Católica del Perú y de la Univ. de San Martín de Porres, Perú, y socio de la FICP) en el Taller Binacional sobre investigación y persecución de los delitos de trata de personas y tráfico ilícito de migrantes, organizado por la Escuela de Capacitación Fiscal de la FGR de El Salvador.



El Prof. Dr. Yshií Meza durante el evento y junto a otros participantes

- 3-5 de septiembre de 2019. Participación del Prof. Dr. Luis Yshií Meza\* (Profesor de Derecho Penal de la Pontificia Univ. Católica del Perú y de la Univ. de San Martín de Porres, Perú, y socio de la FICP), en el Taller sobre "Técnicas especiales de investigación y lavado de activos", organizado por la Organización de Estados Americanos. Lima, Perú, así como en el Taller Binacional sobre investigación y persecución de los delitos de trata de personas y tráfico ilícito de migrantes, organizado por la Escuela de Formación del Ministerio Público de Honduras.



El Prof. Dr. Yshií Meza durante la impartición de su ponencia en Perú

- 18 de septiembre de 2019. Ponencia de la Prof. Dra. Geovana Vallejo Jiménez\*, Profesora Investigadora de la Maestría en Derecho Procesal Penal y Teoría del

Delito de la UNAULA (Medellín, Colombia) y socia de la FICP, sobre "Problemas específicos en torno a la responsabilidad penal del médico ortopedista y/o traumatólogo". Seminarios de Docencia e Investigación DP-ULE, organizados por el Área de Derecho Penal de la Univ. de León y la FICP. Lugar: Sala de Juntas de la Facultad de Derecho, Univ. de León, España.

- 30 de septiembre de 2019. Con motivo de la celebración de la Jornada sobre “Cuestiones dogmáticas y aplicación del modelo de responsabilidad penal de la empresa”, organizada por la Univ. de Oviedo y el Ilustre Colegio de Abogados de Oviedo, tendrá lugar la intervención de los siguientes socios de la FICP:
  - Ponencia del Prof. Dr. Barquín Sanz\* sobre “La responsabilidad penal de las personas jurídicas como subsistema punitivo”.
  - Ponencia del Prof. Dr. Fernández Teruelo\* sobre “Prevención de delitos a través de un Compliance Penal Corporativo”.
  - Participación de la Prof. Dra. Villa Sieiro\* como presentadora y moderadora.
- **2-4 de octubre de 2019.** Con motivo del Congreso Mujer y Derecho Penal: ¿necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?, organizado por el Área de Derecho Penal de la Univ. de Sevilla (comité organizador: Profs. Dres. Monge Fernández -presidenta-, Martos Núñez y Sres. Parrilla Vergara y Lima Ramírez), celebrado en la Facultad de Derecho, Univ. de Sevilla, España, tendrá lugar la intervención de los siguientes socios de la FICP:
  - Ponencia de la Prof. Dra. Aguado Correa\* en la mesa sobre “Violencia sexual de género: intimidación ambiental, género y consentimiento”.
  - Ponencia del Prof. Dr. Boldova Pasamar \* en la mesa sobre “Violencia de género y mujer. Reflexiones sobre la evolución de la jurisprudencia en torno a los tipos de violencia de género”.
  - Ponencia de la Prof. Dra. Acale Sánchez\* en la mesa sobre “Matrimonios forzados como acto de violencia de género. – La Reforma de los delitos sexuales.”.

Su Majestad la Reina Doña Letizia, el Presidente en Funciones del Gobierno, el Excmo. Sr. D. Pedro Sánchez Pérez-Castejón y el Alcalde de Sevilla, el Excmo. Sr. D. Juan Espadas Cejas, han aceptado a formar parte del Comité de Honor del congreso. Más información y programa, [aquí](#).

- **5 de octubre de 2019.** Conferencista magistral de la Prof. Dra. Vallejo Jiménez\* sobre “Cuestiones de la responsabilidad penal del médico ortopedista.” en el I

Congreso Internacional de Derecho: “Reflexiones contemporáneas entre el derecho penal y el derecho administrativo”, organizado por la Univ. Autónoma Latinoamericana (UNAULA-Medellín), Colombia.

- **11 de noviembre de 2019.** Ponencia de la Prof. Dra. Francés Lecumberri sobre “Los feminismos y el Derecho penal: tensiones y enfoques. Especiales referencias a la opción abolicionista”. V Jornadas sobre Metodología y Política Criminal en el Sistema Penal, organizadas por el Área de Derecho Penal de la Univ. de Oviedo y la FICP (dir. Prof. Dr. Paredes Castañón, Catedrático de Derecho Penal y patrono de la FICP). Lugar: Aula Magna de la Facultad de Derecho, Univ. de Oviedo, España.

## (ii) Organización de seminarios y congresos:

### a) *Miembros del Patronato (con asterisco los mismos)*

- **XXII Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal**

**16-17 de mayo de 2019.** Sobre "Derecho penal general y de la empresa". Evento coorganizado por el Área de Derecho Penal de la Univ. de Alcalá y la FICP. Director: Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Diego-M. Luzón Peña\*, Presidente de Honor de la FICP y Catedrático de Derecho penal. Coordinadores: Profs. Dres. Roso Cañadillas\*, Vega Gutiérrez, Pérez-Sauquillo Muñoz\* y Prof. Cardona Cardona. Coordinación de las relaciones de los debates: Prof. Dra. Isabel Durán Seco\* (Univ. de León). Lugar: Facultad de Derecho, Universidad de Alcalá (Madrid, España). Ponentes invitados especiales: Prof. Dr. Dr. h.c. mult. José Luis Díez Ripollés (Catedrático de D. Penal, Director de la Sección de Málaga del Instituto Andaluz interuniversitario de Criminología. Universidad de Málaga, España), y Prof. Dr. Iván Meini Méndez (Prof. Principal de D. Penal. Pontificia Univ. Católica del Perú, Lima; socio de la FICP).

Acceso restringido: a la escuela científica del Prof. Luzón, el Patronato de la FICP e invitados. Las actas de este Seminario, con el programa, las ponencias y comunicaciones recibidas están disponibles en nuestra página web, en la sección de [Actas de los Seminarios Interuniversitarios Internacionales anuales de Derecho Penal Univ. de Alcalá](#), que ya disponen de ISSN: 2695-3994.

- **XX Seminario Internacional de Filosofía del Derecho y Derecho Penal, Univ. de León, 2019**

**4-5 de julio de 2019.** Sobre “Casos trágicos y Derecho Penal”. Coorganizado por las Áreas de Derecho Penal y Filosofía del Derecho de la Univ. de León y la

FICP (dirs.: Profs. Dres. Miguel Díaz y García Conlledo\* y Juan Antonio García Amado\*, Catedráticos de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, respectivamente). Facultad de Derecho, Univ. de León (España). Lugar: Salón de Grados de la Facultad de Derecho, Univ. de León, León, España.

Ponentes invitados: Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Schünemann\* (Univ. de Múnich) y Profs. Dres. de Lora Deltoro (Univ. Autónoma de Madrid), Martínez Zorrilla (Univ. Oberta de Catalunya) y Correa Flórez (Universidad de los Andes, Bogotá, Colombia). El Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Diego-M. Luzón Peña\* ha sido moderador del debate de la ponencia del Prof. Schünemann\*, y el Prof. Dr. Dres. h.c. Díaz y García Conlledo\* ha moderado a su vez la ponencia de la Prof. Dra. Correa Flórez.

En [Actas de los Seminarios Internacionales anuales de Filosofía del Derecho y Derecho Penal](#) se encontrarán próximamente disponibles el programa y los vídeos de las ponencias, los debates y las comunicaciones. Actualmente puede consultarse el programa en [Eventos anteriores](#).

▪ **V Jornadas sobre Metodología y Política Criminal en el Sistema Penal, Univ. de Oviedo**

**11 de noviembre de 2019.** Sobre "**Feminismo y política criminal**". Evento organizado por el Área de Derecho Penal de la Univ. de Oviedo y la FICP (dir. Prof. Dr. Paredes Castañón\*, Catedrático de Derecho Penal y patrono de la FICP). Con la participación de las Profs. Dras. Maqueda Abreu (Catedrática de Derecho Penal, Univ. de Granada), Villacampa Estiarte (Catedrática de Derecho Penal, Univ. de Lleida) y Francés Lecumberri (Prof. Contrada Doctora, Univ. Pública de Navarra, y socia de la FICP). Lugar: Aula Magna de la Facultad de Derecho, Univ. de Oviedo, España. Inscripciones en: [paredesmanuel@uniovi.es](mailto:paredesmanuel@uniovi.es). El programa está disponible en nuestra página web, en la sección de [Próximos eventos y cursos](#).

*b) Socios (con asterisco los socios):*

▪ **I Seminario del proyecto "Crisis del Derecho Penal del Estado de Derecho. Manifestaciones y tendencias",**

**16-17 de mayo de 2019.** Evento organizado por el Área de Derecho Penal de la Univ. de Castilla-La Mancha (dirs.: Profs. Dres. Demetrio Crespo\*, García Figueroa y Marcilla Córdoba). Lugar: Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Campus de Toledo. Más información, [aquí](#).

- **XXII Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal**

**16-17 de mayo de 2019.** Sobre "Derecho penal general y de la empresa". Evento coorganizado por el Área de Derecho Penal de la Univ. de Alcalá y la FICP. Director: Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Diego-M. Luzón Peña, Presidente de Honor de la FICP y Catedrático de Derecho penal. Coordinadores: Profs. Dres. Roso Cañadillas, Vega Gutiérrez\*, Pérez-Sauquillo Muñoz y Prof. Cardona Cardona\*. Coordinación de las relaciones de los debates: Prof. Dra. Isabel Durán Seco (Univ. de León). Lugar: Facultad de Derecho, Universidad de Alcalá (Madrid, España). Ponentes invitados especiales: Prof. Dr. Dr. h.c. mult. José Luis Díez Ripollés (Catedrático de D. Penal, Director de la Sección de Málaga del Instituto Andaluz interuniversitario de Criminología. Universidad de Málaga, España), y Prof. Dr. Iván Meini Méndez (Prof. Principal de D. Penal. Pontificia Univ. Católica del Perú, Lima; socio de la FICP).

Acceso restringido: a la escuela científica del Prof. Luzón, el Patronato de la FICP e invitados. Las actas de este Seminario, con el programa, las ponencias y comunicaciones recibidas están disponibles en nuestra página web, en la sección de [Actas de los Seminarios Interuniversitarios Internacionales anuales de Derecho Penal Univ. de Alcalá](#), que ya disponen de ISSN: 2695-3994.

- **III Seminario de Derecho penal de la UAM**

**6-7 de junio.** Sobre “El papel de la víctima en Derecho penal”. Evento organizado por el Área de Derecho penal de la Univ. Autónoma de Madrid (dirs. Profs. Dres. Laura Pozuelo Pérez\* y Daniel Rodríguez Horcajo\*). Sala de Juntas. Facultad de Derecho, 4ª planta. Inscripciones en: Correo electrónico: [area.derechopenal@uam.es](mailto:area.derechopenal@uam.es).

- **Seminario internacional sobre Gobernanza y Anticorrupción: libertad de expresión y aportaciones de la inteligencia artificial**

**12-13 de junio de 2019.** Seminario Internacional de Clausura de la Primera Edición del Máster en Prevención, control y reacción ante la corrupción. Evento organizado por la Facultad de Derecho de la Univ. de Barcelona y el Transjus (dir. Profs. Dres. Joan Josep Queralt Jiménez\* y Juli Ponce Solé). Lugar: Facultad de Derecho de la Univ. de Barcelona. Inscripciones en: [escolapostgrau.dret@ub.edu](mailto:escolapostgrau.dret@ub.edu)

- **Seminario Constitución y ley penal: nuevos soplos de libertad desde Cádiz**

**1-3 de julio de 2019.** 70.<sup>a</sup> Edición Cursos de Verano de la UCA en Cádiz. Evento organizado por el Área de Derecho Penal de la UNiv. de Cádiz (coord. Prof. Dra. María Acale Sánchez\*). Edificio Constitución 1812 (Antiguo Cuartel de la Bomba), Cádiz, España. Inscripciones a partir del 20 de mayo de 2019. Más información, [aquí](#).
  
- **Congreso Mujer y Derecho Penal: ¿necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?**

**2-4 de octubre de 2019.** Evento organizado por el Área de Derecho Penal de la Univ. de Sevilla (comité organizador: Profs. Dres. Monge Fernández\* - presidenta-, Martos Núñez\* y Sres. Parrilla Vergara y Lima Ramírez). Más información y programa, [aquí](#).

Su Majestad la Reina Doña Letizia, el Presidente en Funciones del Gobierno, el Excmo. Sr. D. Pedro Sánchez Pérez-Castejón y el Alcalde de Sevilla, el Excmo. Sr. D. Juan Espadas Cejas, han aceptado a formar parte del Comité de Honor del congreso. Lugar: Facultad de Derecho, Univ. de Sevilla, España.