

Revista

# Foro FICP

(Tribuna y Boletín de la FICP)

2020-1

(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>7</b>  |
| <b>1.</b> | <b>Semblanzas y homenajes</b> .....  | <b>7</b>  |
|           | <i>Prof. Dr. Dr. h.c. Javier de Vicente Remesal</i> .....  | 7         |
|           | Necrológica por el fallecimiento del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Santiago Mir Puig  |           |
|           | <i>Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Jesús-María Silva Sánchez, Profs. Dres. Mirextu Corcoy Bidasolo y Víctor Gómez Martín</i> .....  | 8         |
|           | Santiago Mir Puig, maestro y genio del Derecho penal. Obituario/semblanza  |           |
|           | <i>Excma. Sra. D.ª M.ª Ángeles Garrido Lorenzo</i> .....   | 10        |
|           | Excmo. Sr. D. José María Luzón Cuesta <i>in memoriam</i> . “Dejonos hartos consuelo su memoria”  |           |
|           | <i>Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Luis Arroyo Zapatero</i> .....   | 12        |
|           | Alocución con ocasión de la entrada como miembro correspondiente en la Academia de Ciencias Morales y Políticas de Francia   |           |
| <b>2.</b> | <b>Estudios</b> .....  | <b>17</b> |
|           | <i>Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Luis Arroyo Zapatero</i> .....   | 17        |
|           | Comentario al capítulo XXII de Don Quijote de La Mancha  |           |
|           | <i>Prof. Dr. Alejandro L. de Pablo Serrano</i> .....   | 28        |
|           | Estado de Derecho ambiental y Derecho penal internacional del medio ambiente   |           |
|           | <i>Prof. Dr. Daniel Fernández Bermejo</i> .....  | 45        |
|           | Los tipos agravados en el delito fiscal. El artículo 305.1 bis del Código Penal  |           |
|           | <i>Prof. Dr. Gorgonio Martínez Atienza</i> .....   | 60        |
|           | Acoso escolar  |           |
|           | <i>Prof. Dr. Gorgonio Martínez Atienza</i> .....   | 72        |
|           | Acoso laboral o mobbing  |           |
|           | <i>Dr. Santiago Javier Granado Pachón</i> .....  | 84        |
|           | Algunas consideraciones sobre la prohibición de regreso  |           |
|           | <i>Dra. Sonia Martín Alba</i> .....  | 93        |
|           | <i>Ayudas económicas y sociales a las víctimas de violencia de género, de lege data y de lege ferenda: mito de la dependencia económica versus dependencia emocional, ayudas directas frente a las indirectas</i>  |           |
|           | <i>Dr. Javier Ijalba Pérez</i> .....   | 104       |
|           | La Regularización Tributaria en la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre   |           |
|           | <i>Prof. Constanza Vargas Sanmiguel</i> .....  | 113       |
|           | Discusiones jurisprudenciales con impacto en el tipo penal de lavado de activos en Colombia  |           |
|           | <i>Mónica Yohana Alarcón Boyacá</i> .....  | 128       |
|           | Determinación de sanciones aplicables a menores por la comisión de conductas punibles graves en la legislación colombiana. Comentario a la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala Penal SP-2122019 (53864), de 6 de febrero de 2019 ..... | 128       |

|   |            |
|---|------------|
| <i>Mónica Fernández Salgado</i> .....   | 136        |
| Suspensión por indulto  |            |
| <i>Gabriel Fernández Villegas</i> .....   | 147        |
| La libertad vigilada. Medida de seguridad postpenitenciaria   |            |
| <i>José Ramón San Román Carneros</i> .....  | 160        |
| ¿Tiene efectos jurídicos el pago de la responsabilidad civil derivada del delito por un tercero ajeno al proceso y en contra de la voluntad del condenado a satisfacerla o sin su consentimiento? |            |
| <b>Comunicaciones presentadas al XX Seminario Internacional de Filosofía del Derecho y Derecho Penal, Univ. de León, sobre “Casos trágicos y Derecho penal” (4 y 5-7-2019)</b> .....              | <b>178</b> |
| <i>Alfonso Allué Fuentes</i> .....  | 178        |
| Perspectivas sobre la eutanasia   |            |
| <i>José María Bernabéu Vergara</i> .....  | 192        |
| La esterilización del delincuente sexual  |            |
| <i>M.ª Jesús Berzosa Ríos</i> .....   | 202        |
| Falta de consentimiento cuando hay riesgo para la vida en intervenciones médicas. Referencia especial en el caso de menores, incapaces y el nasciturus  |            |
| <i>M.ª Guadalupe Domínguez Dueñas</i> .....   | 216        |
| El delincuente sexual. ¿Esterilización como medida de seguridad?  |            |
| <i>Prof. Dr. Daniel Fernández Bermejo</i> .....   | 225        |
| La relevancia probatoria en el ámbito fiscal de los hechos investigados en sede penal   |            |
| <i>Pino Esther Hormiga Franco</i> .....   | 238        |
| El temor a una agresión mayor   |            |
| <i>Albano Padrón González</i> .....   | 249        |
| Intervención en supuestos extremos de estado de necesidad y responsabilidad civil derivada de los daños y perjuicios causados   |            |
| <i>Luis Pérez Losa</i> .....  | 256        |
| La reparación del daño en el atropello del propio hijo. El desbordamiento de la pena natural  |            |
| <i>Crescencia del Pozo Prieto</i> .....   | 267        |
| ¿La esterilización de delincuentes sexuales evita la comisión de nuevos delitos?  |            |
| <i>Joana Ruiz Sierra</i> .....  | 275        |
| Libertad vigilada y delincuentes sexuales   |            |
| <i>Prof. Dra. Sonia Victoria Villa Sieiro</i> .....   | 287        |
| Violencia de género: algunas similitudes y diferencias entre el sistema de justicia penal de adultos y menores  |            |
| <b>II. NOTICIAS DE LA FICP</b> .....  | <b>294</b> |
| <b>1. Congresos, seminarios y cursos</b> .....  | <b>294</b> |
| (i) Suspensión del III Congreso Internacional de la FICP y homenaje al Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Diego-M. Luzón Peña.....  | 294        |
| <b>2. Publicaciones de la FICP</b> .....  | <b>294</b> |
| (i) Libro-Homenaje a Claus Roxin.....   | 294        |
| (ii) <i>Liber-Amicorum</i> a Jürgen Wolter.....   | 295        |

|             |   |            |
|-------------|---|------------|
| (iii)       | Próxima publicación: Libro-Homenaje a Diego-M. Luzón Peña.....  | 296        |
| (iv)        | Actas de Congresos y Seminarios con ISSN.....   | 296        |
| <b>III.</b> | <b>NOTICIAS DE LOS MIEMBROS DE LA FICP .....</b>  | <b>297</b> |
| <b>1.</b>   | <b>Distinciones, galardones; grados académicos.....</b>   | <b>297</b> |
| (i)         | Entrega al Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Luzón Peña del n.º monográfico de la revista<br>Goldammer's Archiv en su honor .....    | 297        |
| (ii)        | Obtención por el Prof. Dr. Víctor Gómez Martín de una Cátedra de Derecho Penal<br>en la Univ. de Barcelona.....             | 298        |
| (iii)       | Obtención por la Prof. Dra. María A. Trapero Barreales de una Cátedra de Derecho<br>Penal en la Univ. de León, España. .... | 299        |
| (iv)        | Obtención del Doctorado por la Prof. Dra. Beatriz Suárez López .....  | 301        |
| <b>2.</b>   | <b>Publicaciones recientes de los miembros de la FICP .....</b>   | <b>302</b> |
| (i)         | Miembros del Patronato .....  | 302        |
| (ii)        | Socios .....  | 307        |
| <b>3.</b>   | <b>Cursos, congresos y conferencias de los miembros de la FICP.....</b>   | <b>317</b> |
| (i)         | Ponencias y conferencias en seminarios, congresos o cursos: .....   | 317        |
| (ii)        | Organización de seminarios y congresos: .....   | 324        |

# I. TRIBUNA

## (para los miembros de la FICP)

### 1. Semblanzas y homenajes

**Prof. Dr. Dr. h.c. Javier de Vicente Remesal**

Catedrático de Derecho Penal, Univ. de Vigo. Presidente de la FICP.

**~Necrológica por el fallecimiento del Prof. Dr. Dr. h.c. mult.  
Santiago Mir Puig~**

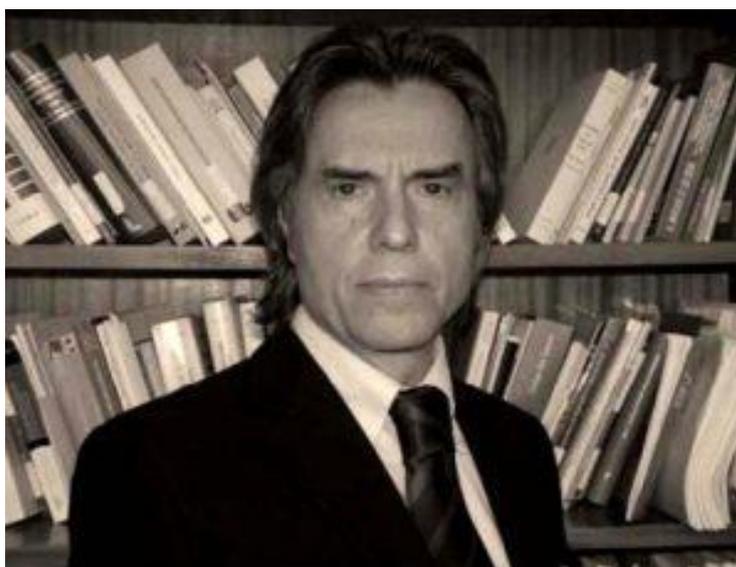
Queridos patronos y patronas, socios y socias de la FICP:

Quiero compartir con todos vosotros el dolor y la pena que sentimos por el fallecimiento, ayer por la tarde, de Santiago MIR PUIG, y trasladar el más sentido pésame a su familia y amigos, muy especialmente a su esposa, Francesca, y a su hijo, Oriol.

Nos ha dejado uno de los más grandes penalistas de nuestro tiempo, patrono y presidente de honor de la FICP, pero su obra siempre perdurará.

Descansa en paz, querido Santiago.

Vigo, 7 de mayo de 2020



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

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

**Profs. Dres. Mirextu Corcoy Bidasolo y Víctor Gómez Martín**

Patronos de la FICP. Catedráticos de Derecho Penal, Univ. de Barcelona.

**en nombre de los discípulos del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Mir Puig**

**~Santiago Mir Puig, maestro y genio del Derecho penal.**

**Obituario/semblanza<sup>1</sup>~**

El pasado miércoles 6 de mayo murió en Barcelona Santiago MIR PUIG, Catedrático de Derecho penal, a los 72 años.

Santiago MIR dedicó a la universidad toda su vida. Tras doctorarse en el año 1973 con una tesis sobre la reincidencia bajo la dirección de 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 su jubilación en el curso 2017-2018. Santiago MIR ha sido la cabeza de una verdadera escuela de penalistas (la “escuela de MIR PUIG”) y por ello un maestro de maestros. Dirigió decenas de tesis doctorales y tiene numerosos discípulos, también en muchos países latinoamericanos. Son numerosos los homenajes y reconocimientos que recibió a ambos lados del Atlántico.

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 manual «Derecho penal. Parte General» alcanzó las diez ediciones desde el año 1983 y fue 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 del Derecho penal de cualquier penalista de habla hispana. 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, el tratamiento de lo objetivo y lo subjetivo en el tipo de injusto, el estudio de los límites al normativismo o sus diversas aportaciones a la teoría de las normas, en particular, la distinción entre antijuridicidad objetiva y antinormatividad.

La relación de MIR PUIG con la ciencia jurídico-penal internacional fue muy estrecha e intensa desde sus estancias iniciales en Alemania -en Friburgo y en Múnich-,

---

<sup>1</sup> Obituario aparecido, en versión reducida, en el diario El País con fecha de 8 de mayo de 2020.

a principios de la década de los setenta. Desde los años ochenta se volcó tanto en la profundización de esa relación como, sobre todo, en Iberoamérica. No existe, desde México hasta Chile y Argentina, ni un solo penalista que no conozca su obra y su figura. En las treinta ediciones del Máster en Derecho penal y ciencias penales de Barcelona se han formado centenares de los mejores profesionales del Derecho penal a ambos lados del Océano.

Una constante en la obra de MIR PUIG fue 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. Su compromiso con un Derecho penal garantístico le ha llevado a combatir con fuerza las derivas autoritarias de las modernas legislaciones penales y a defender un Derecho penal concentrado en la protección limitada y proporcionada de bienes jurídicos.

MIR PUIG ha sido un penalista de dimensión universal: un ejemplo de dedicación a la universidad, de pasión por la transmisión del conocimiento y por la investigación de la dogmática del Derecho penal. Pero también un ejemplo de jurista comprometido con los valores democráticos. Y un ejemplo de fuerza de voluntad: luchó valientemente durante diez años contra una enfermedad que le perseguía sin tregua. Hoy la comunidad de juristas llora su fallecimiento, pero su genial magisterio permanecerá imborrable en la memoria. Descanse en paz.

Sus discípulos

\* \* \* \* \*

**Excma. Sra. D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Ángeles Garrido Lorenzo**

Fiscal del Tribunal Supremo.

~**Excmo. Sr. D. José María Luzón Cuesta *in memoriam*.****“Dejonos harto consuelo su memoria”~**

El pasado día 23 fallecía en Madrid José María LUZÓN CUESTA, nacido en Torre del Mar, Málaga, el 24 de julio de 1934. Perteneció a la Carrera Fiscal durante 46 años y se jubiló, desempeñando el primer puesto, como Teniente Fiscal del Tribunal Supremo. Maestro de jueces, fiscales y secretarios judiciales, los que de él recibimos la formación para acceder a estos destinos, acogimos la noticia con tristeza, nos hemos quedado un poco huérfanos. José María fue mucho más que nuestro preparador.

Estas semanas la diaria reseña de fallecimientos martillea nuestros oídos, es difícil no estremecernos, imposible silenciarla. En ese trance se ha ido José María. Sin ser víctima de la pandemia se ha subido en marcha, con su natural discreción, queriendo pasar desapercibido. No puede ser así. Detrás de su nombre hay una sobresaliente historia de servicio público, marcada por la entrega personal y una acrisolada honradez, contrastada en numerosas ocasiones, que le confirió la merecida autoridad moral de que gozaba.

Al introducir su nombre en internet se multiplican las entradas a su “Compendio de Derecho Penal”. El compendio fue germinando en los años 80, en su etapa murciana, fruto de la permanente voluntad de ayudar a sus alumnos, también del rigor que se exigía y requería en la preparación. Sus temas, todo su trabajo, eran completos y precisos, estaba todo y no sobraba nada. La publicación lo convirtió en patrimonio de opositores y estudiosos del Derecho. Veintiséis ediciones que comienzan con la inalterable dedicatoria: *A Carmen*, su queridísima esposa. La figura de José María quedaría incompleta, sin ella. Carmen y la Carrera Fiscal se imbricaron y convivieron generosamente. Las últimas ediciones del Compendio contienen la colaboración de dos de sus hijos Alejandro y María, brillantes fiscales y queridos compañeros. El mayor, José María, siguió otra vocación, con el mismo buen hacer. Ellos son cristalización de lo mejor de “su escuela” y han asumido el legado con toda la dignidad que la tarea demandaba.

José María dedicó su vida al servicio de nuestra convulsa España. De carácter tímido, conjugaba discreción y excelencia en su trabajo. Se convirtió en un jurista de

muy reconocido prestigio, y una inapelable autoridad, sostenida en su grandeza moral. Con acusado sentido de la responsabilidad asumió los procesos más difíciles, en momentos muy comprometidos de la historia de este país. Casos como la mesa de HB o los GAL, son buena muestra. La defensa constante de la legalidad, sin vasallaje que empañara la empresa, presidió su quehacer en las Juntas de Fiscales, el Consejo Fiscal, e informes ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo. Su figura es un activo de la Carrera Fiscal, que no perdió valor con su jubilación, tampoco ahora con su muerte.

Permítanme compartir este pequeño y público tributo de gratitud, en nombre de tantos compañeros, también de tantos ciudadanos cuyos derechos salvaguardó, sin margen al desaliento, desde la fortaleza de sus profundas y serenas convicciones.

Descanse en Paz.

\* \* \* \* \*

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

Catedrático em. de Derecho Penal, Univ. de Castilla-La Mancha. Socio de la FICP.

### **~Alocución con ocasión de la entrada como miembro correspondiente en la Academia de Ciencias Morales y Políticas de Francia~**

No resulta fácil transmitir el agradecimiento que siento por vuestra generosidad al admitirme en la Academia, pues lo siento en grado sumo por razones científicas, académicas y familiares.

Creemos que el camino que vamos tomando en nuestra vida obedece a nuestras decisiones, pero son más bien las *circunstancias* –a las que ORTEGA Y GASSET hizo categoría– las que determinan nuestro *cursus*. Si hago repaso de la vida hasta hoy ninguna de las decisiones la he tomado yo mismo en soledad. Así, recién terminada la licenciatura mi sujeción a un procedimiento penal como dirigente estudiantil impedía mi incorporación formal como investigador a la Universidad española. Me brindaron apoyo los italianos, que se disponían a crear un Instituto de Ciencias penales en Sicilia, pero cambió el Gobierno y con ello mi suerte. Mas de repente me comunicaron la concesión de dos becas, la primera para estudiar con Marc ANCEL en París y la segunda para la Universidad de Colonia con el profesor HIRSCH. Mi maestro Marino BARBERO SANTOS me presentó un panorama claro para que yo pudiera tomar la decisión. Sin destino posible en España, había de optar por el extranjero y en la época para un jurista moderno era Francia o Alemania. Mis conocimientos de francés me permitirían una inserción rápida en el Centro de Derecho comparado junto a Marc ANCEL. Pero advertía mi Maestro que, tomado el gusto por la dulce Francia, sería difícil tener fuerza en el futuro para ir a Alemania, que es el único modo de aprender su idioma. Un elemento añadido es que necesitaba un permiso especial del Tribunal del que dependía mi destino futuro. La Embajada Alemana me adjudicó la beca que administraba por cuenta del Consejo de Europa, lo que podía convencer mejor al Tribunal y tomé la decisión: pedir permiso para Alemania en vez de para Francia. Francia, por otra parte, fue un país que para la reacción española fue visto siempre demasiado rico en peligros morales, es decir, políticos, lo que podría dificultar la concesión del pasaporte.

Tras dos años a la orilla del Rhin, al mes de producirse las elecciones democráticas de 1977 me reincorporé a España y a la Universidad de Madrid, donde alcancé la plaza de profesor titular y permanecí hasta 1985, año en que me incorporé a

la nueva Universidad de Castilla-La Mancha para fundar la Facultad de Derecho y 3 años más tarde fui elegido Rector, en sucesivas ocasiones (presidente) hasta 2003. Me incorporé entonces a la vida académica plena, resultando elegido presidente de la SIDS a propuesta de Simone ROZES, quien había sucedido a Marc ANCEL.

Es más, mis sucesivas estancias y responsabilidades en Alemania se produjeron de la mano del único gran penalista alemán de post guerra que había preparado su doctorado en París, con Marc ANCEL, Klaus TIEDEMANN, a quien adeudo reservadamente la concesión de la beca Humboldt. A el seguro adeudo también que la sociedad Max Planck me nombrase miembro de Consejo Científico de su Instituto de Friburgo, –la Meca del Derecho Penal– del que fui 6 años vicepresidente.

Por lo expuesto, me resulta fácil tener en cuenta lo alemán y lo francés y lo asumo con entusiasmo, pues la paz y la democracia que reinan en Europa desde 1949 se deben fundamentalmente al entendimiento entre Francia y Alemania, formulado tempranamente en 1943 en Argel por Jean MONET. Un entendimiento y una Europa que fue también determinante de la pacífica transición a la democracia en España en 1977.

Por esta razón me parece oportuno evocar ahora a un miembro cualificado de esta Academia, Edmond MICHELET. Tras su acción en la resistencia a la cabeza del grupo Combat y su detención y confinamiento en Dachau integró el primer gobierno del general DE GAULLE como ministro de los ejércitos y confió a Josep ROVAN, que había sido su más próximo colaborador en el campo de concentración y ahora en el Ministerio, el organizar los campos donde se encontraron con más de un millón de soldados y oficiales alemanes que el Ejército americano les había entregado de repente durante su acelerada marcha hacia Berlín, de tal manera que no se produjeran varios cientos de Dachaus. El proyecto tuvo éxito e, incluso, llegó a formar un grupo de jóvenes oficiales alemanes no especialmente contaminados por el nazismo, a la cabeza de los cuales los mismos interesados eligieron para representarlos al capitán Hans Heinrich JESCHECK. Fueron todos enviados a la escuela de guerra en Saint Denis. Regresaría pronto a Alemania, tras haber seguido cuidadosamente el Juicio de Núremberg, se incorporaría a la magistratura y accedería a la cátedra en Friburgo de Brisgovia desde donde dirigiría las relaciones científicas franco alemanas en materia penal y criminológica, así como las de política legislativa entre Alemania y sus aliados, especialmente en el marco de la creación del proyecto de la Unión Europea de la Defensa. La iniciativa de MICHELET tuvo un éxito sin precedentes. La grabación de su

entrevista pocas horas después de la liberación del campo de concentración, que se encuentra en internet, es una experiencia que estremece.

Pero es verdad que en 1975 opté por las tierras más allá del Rhin y ahora ustedes me acogen en la capital de la cultura latina, lo que me emociona hoy tanto como entonces supuso el librarme de la opresiva Dictadura. Además, me emociona su acogida porque estoy educado de niño y de estudiante en la biblioteca de mi abuelo Emilio ZAPATERO, profesor de microbiología de la Universidad de Valladolid, que se había formado en el Instituto Pasteur. La mitad de su biblioteca era de literatura e historia francesa y desde siempre me gustó la cercanía de los libros franceses, y no solo porque en ese lado estaba la antigua y mastodónica máquina de escribir “Mercedes” que me atraía como un imán. A su muerte, su hijo Emilio ZAPATERO VILLALONGA, también investigador en el Instituto Pasteur y que dominaba la lengua bien aprendida en Grenoble, hizo donación de esa biblioteca a la Alliance Francaise de mi ciudad, que se terminaba de crear a su iniciativa. El mismo me regaló el libro iniciático de Maurice DUVERGER, *Introducción a la política*. Desde aquella biblioteca y de las conversaciones con mi tío Emilio supe que Francia era la libertad.

En el día de mi incorporación me gustaría hacer homenaje a los grandes académicos franceses que han integrado el nutrido ejército de los hispanistas, es decir, los que han hecho objeto de su trabajo científico ese mundo que comienza en Barcelona y, pasando por Sevilla, llega a las Américas, desde el Río Grande hasta la Patagonia, un inmenso continente que se quiso llamar América Latina.

El primero Jean SARRAILH 1891-1964, Rector de la Academia de París y presidente de la Universidad, fundador del Instituto de Hautes Etudes de l’Amerique Latine, en París en 1954, que fue elegido miembro de nuestra Academia de Ciencias Morales y Políticas en 1955.

Marcel BATAILLON, formidable conocedor de las esencias de España como muestra en su primera gran obra *Erasmus y España*. Director en la Sorbona del Instituto de estudios hispánicos y profesor del *College de France*. Realiza un viaje como embajador cultural por América Latina en 1948, que comienza en México, donde se reencuentra con todos sus amigos españoles del Madrid de los años 20, en su mayor parte ahora en el exilio americano. Sus memorias de ese viaje, editadas por su hijo Claude BATAILLON, es una guía espiritual del mundo hispanofrancés. Fue miembro de la Academia de inscripciones y lenguas antiguas.

Pero se puede citar también los más contemporáneos, como Joseph PÉREZ, fundador en Burdeos de la “Maison des Pays iberiques”, gran estudioso de la historia de España. También se ha de citar a Jean CANAVAGGIO, el mayor especialista francés en Cervantes. París, Burdeos, y Toulouse, los grandes centros del hispanismo. Y en esta última Universidad Jean-Pierre ALMARIC, presidente además de la asociación de amigos de Manuel AZAÑA.

A todos ellos se suman hoy los más de 450 especialistas que integran la Association de hispanistas, profesores de bachillerato y de las Universidades de Francia.

Permítanme que aluda a los dos miembros extraordinarios españoles de esta Academia. El primero Gregorio MARAÑÓN, endocrinólogo, catedrático de Madrid, historiador prolífico y original, junto con ORTEGA Y GASSET uno de los padres de la República II, fue antes de la guerra civil elegido miembro de las academias de Medicina, de Historia, de la Lengua española, Ciencias exactas y Bellas Artes. Pasó el exilio en París, donde compuso dolorido su “Elogio y Nostalgia de Toledo”. Reintegrado a España sufrió la pequeña venganza de no ser aceptado por la Academia de Ciencias Morales y Políticas de Madrid. Por ello tuvo carácter muy significativo su nombramiento en 1956 como miembro extraordinario de esta Academia. También lo es el hoy Rey Emérito JUAN CARLOS I, electo en 1988, cuando se convirtió en el líder de una modélica transición democrática, bien pegado a los dirigentes políticos de todos los partidos favorables a la Constitución. Es como yo, miembro correspondiente, el catedrático emérito de filosofía de Madrid y especialista en los presocráticos, Tomás Calvo Martínez.

Pero he llegado aquí no por mi condición de español ni por historiador, sino por mi condición de jurista y criminólogo en la estela de nuestro recordado Denis SZABO, cuya otra científica ha contribuido desde París y Quebec al progreso del conocimiento del lado oscuro de los comportamientos humanos.

En este campo tengo también maestros franceses a quienes honrar. Desde Henri DONNEDIEU DE VABRES, cuyos sólidos conocimientos de derecho penal y derecho internacional contribuyeron a dotar de fuerza innovadora al juicio de Núremberg. El segundo es Marc ANCEL, heredero del pensamiento jurídico reformista y libre de dogmatismos de principios de siglo y líder de la política criminal francesa, europea y latinoamericana durante más de medio siglo, miembro también de esta Academia, que

en Alemania tomó la forma de corriente del Proyecto Alternativo. Y entre los contemporáneos Robert BADINTER, el gran reformador, y Mireille DELMAS MARTY, quien desde 2002 me ha hecho comprender la fuerza imaginante del Derecho y el valor de la comparación jurídica innovadora para entender y guiar la armonización internacional, en una extraordinaria hibridación metodológica ente la ciencia política, la moral o ética y el Derecho, indicándonos a todos que el futuro pasa por la rehumanización del Derecho, la política y la moral, que tiene en esta Academia su lugar de despliegue más apropiado.

Y para concluir quiero decirles que su generosidad me ha llegado en un momento importante de la vida, cuando se acerca el fin de esta como funcionario y nos amenaza la melancolía, que decía Georges BERNANOS en su Diario de un cura rural que era el más poderoso de los elixires del demonio, una cita que gusta mucho de repetir el Papa FRANCISCO. Mi colaboración con él en los trabajos por la abolición universal de la pena de muerte ha sido, como vuestra decisión, un extraordinario blindaje contra la melancolía y una incitación para la acción intelectual\*.

\* \* \* \* \*

---

\* La rica iconografía que se contiene en la publicación original puede encontrarse en la bitácora del autor (<http://blog.uclm.es/luisarroyozapatero/>), tanto la entrada en español ([aquí](#)) como la que está en francés ([aquí](#)), ya que la iconografía no se replica.

## 2. Estudios

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

Catedrático em. de Derecho Penal, Univ. de Castilla-La Mancha. Socio de la FICP.

#### **~Comentario al capítulo XXII de Don Quijote de La Mancha~**

*“De la libertad que dio Don Quijote  
a muchos desdichados que, mal de su grado,  
los llevaban donde no quisieran ir”  
(Capítulo XXII)*

No fue CERVANTES ni jurista ni menos criminalista, pero fue buen conocedor de la justicia y de los criminales, conocimientos que plasmó con ingenio crítico –elevándose una vez más sobre su época– en el propio Quijote y en no pocas de sus demás obras.

El más apropiado texto para un penalista es sin duda el Capítulo vigésimosegundo de la Primera Parte, el “*de la libertad que dio Don Quijote a muchos desdichados que, mal de su grado, los llevaban donde no quisieran ir*”, es decir, el Capítulo de los galeotes, capítulo de sabrosa enjundia, munición de boca para las enfrentadas ideologías de los cervantistas al discurrir sobre el pensamiento político de CERVANTES<sup>1</sup> y, por si fuera poco, y en la autorizada opinión de RODRÍGUEZ MARÍN<sup>2</sup>, quizás no haya en el Quijote otro capítulo que ofrezca tantas dificultades para su buena inteligencia.

#### **La pena de galeras**

Por ello bien pudiera radicar el interés de mi trabajo en darles cuenta o recordarles en qué consistía la condición de galeote, el origen y evolución de la pena de galeras y los delitos cuya comisión la aparejaban.

A pesar de las apariencias no existen delitos y penas que lo hayan sido en todo tiempo y en todo lugar, tampoco el Derecho penal es un Derecho “natural”, y así la pena de galeras comenzó por no existir.

Al asomar el siglo XVI las penas que se prevén para los delitos son, por lo común, la de muerte, en varias y graduadas formas, las corporales, en particular la de mutilación

---

<sup>1</sup> Vid. OSTERC, Ludovic, El episodio de los galeotes o la crítica cervantina conservadora rediviva, en “Sábado”, suplemento del diario “Unomásuno”, Méjico, 6 de mayo de 1989. Sobre este v. recientemente, José Antonio LÓPEZ CALLE, Ludovico Osterc y el Quijote como crítica de las clases dominantes, El Catoblepas, 87, p.9, 2009.

<sup>2</sup> Cfr. RODRÍGUEZ MARÍN, Francisco, El capítulo de los galeotes. Apuntes para un estudio cervantino, Conferencia en la Junta de Ampliación de Estudios. Madrid 1912, p. 6

y la de azotes, los destierros y, para quienes tienen peculio, las pecuniarias como la multa y las confiscaciones<sup>3</sup>.

El Derecho penal del Antiguo régimen se caracteriza por desconocer a la prisión, a la privación de libertad, como pena en sí. La estancia en prisión es un mero estadio provisional a la espera del juicio o de la pena, la de muerte, la de azotes o la de destierro<sup>4</sup>. Es lógico y acomodado a los tiempos, pues las penas son privación de derechos fundamentales, y para que surja la pena de prisión debe previamente nacer la libertad como derecho fundamental, y para ello ha de llegar 1789, toda una revolución que alumbró una nueva concepción del hombre y del ciudadano.

Por consiguiente, no debe asombrar que en los tiempos modernos reclamemos quienes lo tenemos por oficio el que las penas de prisión se cumplan en habitáculos dignos, sin hacinamientos y suciedad. No se trata sólo de piedad o misericordia con los forzados sino de exigir lo que pertenece al concepto: prisión debe ser sólo privación de libertad y nada más. Por ello debe respetarse la intimidad con celdas individuales, por ello se debe permitir el acceso a los medios de comunicación, a la prensa y a la televisión, por eso no se debe excluir la llamada visita matrimonial, etc. La cárcel no debe ser lugar “*donde toda incomodidad tiene su asiento y donde todo triste ruido hace su habitación*”, tal y como describe Cervantes al aludir a una de las suyas, donde engendró su obra.

Suele situarse el origen de la pena de galeras en una pragmática del Emperador Carlos de 31 de enero de 1530. Por medio de la misma facultó el Rey Emperador a sus justicias para sustituir o conmutar ciertas penas por el servicio en las galeras reales<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> Sobre el Derecho penal del Antiguo Régimen v. TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho penal del Antiguo Régimen*. (Siglos XVI-XVIII). Madrid 1969. Para el sistema de penas esp. p. 353 y ss

<sup>4</sup> Vid. GARCÍA VALDÉS, *Estudios de Derecho penitenciario*, Madrid, Tecnos, 1982, esp. p. 30 y ss.; DE LAS HERAS SANTOS, J.L., *La Justicia penal de los Austrias en la corona de Castilla*, Salamanca 1991, p. 265 y ss. Abundantes citas doctrinales desde Roma pueden verse en CASTILLO DE BOVADILLA, *Política para Corregidores*, Amberes 1704, Libro III, Cap. XV, él mismo dice: “y siendo la cárcel, como regularmente es, para guarda y seguridad de los presos, y no para grave tormento y pena...”. Esta obra es buena fuente para el conocimiento de la mentalidad de un juez penal de la época, así lo ha visto TOMÁS Y VALIENTE en *Gobierno e instituciones en la España del Antiguo Régimen*, Madrid 1982, p. 179 y ss, en capítulo que dedicado a CASTILLO y que intitula “Semblanza personal y profesional de un juez del Antiguo Régimen”.

<sup>5</sup> Para la pena de galeras vid. SEVILLA Y SOLANAS, F., *Historia penitenciaria española*. (La galera). Tipografía del Adelantado de Segovia, Segovia 1917; RODRÍGUEZ RAMOS, L., *La pena de galeras en la España moderna*, en *Libro Homenaje a J. Antón Oneca*, Salamanca 1982, p. 523 y ss.; TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho penal ...*, ob. cit., p. 390 y ss.; ROLDÁN BARBERO, *Historia de la prisión en España*, Barcelona 1988, p. 9 y ss.; DE LAS HERAS SANTOS. Ob. cit., p. 304 y ss. Sobre el panorama universal de la galera como barco y también como pena vid. ZYSBERG/BURLET, *Gloria y miseria de las galeras*, Ed. Aguilar, Madrid, 1989

Desde entonces los castigos corporales más graves, las mutilaciones, y los destierros perpetuos pudieron conmutarse por servicio de galeras de más de dos años. Y no menos, pues se entendía que el tiempo de instrucción en el remo no se alcanzaba en menos de un año.

En 1552 el Emperador recordó de nuevo el instituto y amplió a otros delitos la facultad sustitutoria, mencionando como delitos especialmente adecuados para proceder de esta guisa a los hurtos cualificados, a los robos, a los salteamientos y fuerzas. Al paso en que se incrementó el peligro turco en el Mediterráneo y con ello la necesidad y el número de la mejor embarcación para tal guerra, las galeras, fue ampliándose el catálogo de delitos cuya punición merecía por lo derecho o por conmutación la de *gurapas*. De particular relieve en esta tendencia es una Pragmática de Felipe II, pocos años antes de la gran batalla naval de Lepanto, en 1566, un año después de grave confrontación con argelinos y turcos ante las costas de Malta.

Tras esta pragmática<sup>6</sup> ya el primer hurto de un ladrón se castigó con 6 años de galeras. Hasta entonces este primer hurto se castigaba con azotes y “setenas”, no andando en galeras más que quienes carecían de bienes para pagar dicha multa.

A los ladrones se equipararon los vagabundos. CASTILLO DE BOVADILLA<sup>7</sup> proclama que “*ladrón es propiamente del pan de los pobres el holgazán que está sano y mendiga de puerta en puerta*”. Y por mendigar y por robar cuatro años de galeras. Suma y sigue: los bígamos pasaron de la corporal a 10 años de galeras y los rufianes hasta 10. Menos, pero también, los alcahuetes; los adúlteros y homosexuales también cambiaron la hoguera por las *gurapas*. Los testigos falsos dejaron de perder los dientes mediante tenaza, pero pasaron a 10 años en el mar. Igualmente, los blasfemos, con 10 años y los juradores, a quienes dejó de serles clavada la lengua por 6 años de galeras<sup>8</sup>.

---

<sup>6</sup> Esta pragmática está reproducida en TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho penal*, 1969. p. 455 y ss.

<sup>7</sup> CASTILLO DE BOVADILLA, *Política para Corregidores*, II, cap. XII, nº 3.

<sup>8</sup> V. en SEVILLA, *Historia penitenciaria española*, 1917, p. 30 y s. un catálogo de sustituciones de penas por la de galeras y de tiempo posterior de la de galeras como pena directa extraído de la Novísima Recopilación. El propio SEVILLA, p. 61 y ss., desvela al leer en los inventarios de galeotes que se encontraban en el Archivo de la Ordenación del Apostadero de Marina de Cartagena que no pocos iban a galeras por meras fruslerías: por andar en las ferias con juegos de bolillas, por dar una bofetada a otro a mano abierta en una procesión, por perder el respeto a su madre y a la justicia, por haber dado mala vida a su mujer, pero también, pretendiendo ahogarla debajo de los colchones de la cama o por haber pegado fuego a la cárcel...

Es también SEVILLA SOLANS<sup>9</sup> quien nos desvela, al leer en los inventarios de galeotes que se encontraban en el Archivo de la Ordenación del Apostadero de Marina de Cartagena, que no pocos iban a galeras por meras fruslerías: por andar en las ferias con juegos de bolillas, por dar una bofetada a otro a mano abierta en una procesión, por perder el respeto a su madre y a la justicia, por haber dado mala vida a su mujer, pero también, y la cosa sube de tono, pretendiendo ahogarla debajo de los colchones de la cama o por haber pegado fuego a la cárcel...

La impresionante burocracia de los Austrias y su obra supérstite en Simancas han permitido la estadística. El Profesor DE LAS HERAS SANTOS, sobre más de 40 listas de galeotes que alcanzan 3.800 forzados, concluye que la composición jurídica de los galeotes era: 40% ladrones y robadores, 25% homicidas y causantes de lesiones, afrentadores de honras altas 5% y de las bajas otro tanto, vagos 4%, varios 11% y provisionales 10%<sup>10</sup>. A su vez, sobre el conjunto de detenidos en la corona de Castilla un 80% lo estaba condenado a galeras<sup>11</sup>.

Uno de cada cinco estaba condenado al remo a perpetuidad, aunque no solía cumplirse más de 10 años<sup>12</sup>. De los demás la duración media de disfrute del Mediterráneo era de 6 años, no bajando las condenas más leves de 3 años. Por lo común siempre precedidas de azotes. De aquí el que se llegara a llamar a la comida ordinaria “*azotes y galeras*”.

Podemos imaginar las dificultades y gastos que comportaba la conducción de los condenados en cualquier parte a los puestos de destino, que primero fue el de Málaga y después también Cartagena y Puerto de Santamaría.

Es una providencia de 1557 de Felipe II la que marca con detalle los puntos de destino en función de los de origen: los procedentes de Galicia, a través de Villafranca, Valladolid y Segovia serán conducidos a Toledo y, finalmente, a Málaga; los de León, Oviedo, Salamanca, Palencia, Ciudad Rodrigo y Zamora, a Valladolid para ser remitidos a Málaga también; los de Burgos, Calahorra, Osma, Sigüenza y Navarra, a Soria y desde allí a Cartagena; Ávila, Segovia, Toledo, Madrid, Alcalá y Guadalajara,

---

<sup>9</sup> Ob. cit., p. 61 y ss

<sup>10</sup> SEVILLA, Historia penitenciaria española, 1917, p. 306.

<sup>11</sup> Ob. cit., p. 279.

<sup>12</sup> Diversas Ordenes en diferentes tiempos repiten lo que dispone el Real Despacho de septiembre de 1653: que las penas de galeras de toda vida se entiendan por diez años... atendiendo a la razón de piedad..., v. en SEVILLA, Historia penitenciaria española, 1917, p. 33, también aquí para el mínimo de dos años: se prolongaba si reincidían durante el tiempo de la condena.

de nuevo a Toledo para su envío a Málaga; los de Plasencia, Coria, Badajoz y Cádiz, a Sevilla para su remisión al Puerto de Santa María; Córdoba, Jaén y Granada a Málaga de nuevo, y Cuenca y Cartagena, a esta última. Con razón se ha identificado a Toledo como el lugar de origen de nuestros galeotes. No sólo, pues, porque uno de ellos cite Zocodover.

Tampoco carecía el ordenamiento jurídico de previsión oportuna para la guarda de galeotes y para los casos de su indebida soltura. De 1544 es la Pragmática que ordena que las conducciones de los forzados a galeras “*se lleven con todo recaudo, i guarda, de manera que no se puedan ir, ni huir, i se lleven con seguridad, i entreguen en las partes, i lugares, que esta... ordenado*”. En la misma disposición se excluía al galeote del privilegio de inmunidad por refugio en lugar sagrado y para el causante de la fuga, por culpa o negligencia, se le propinaba una multa de 100 ducados por cada galeote huido, multa que se aplicaba a la compra de un esclavo sustituto, lo que reafirma el carácter utilitario de esta pena de galeras.

Pero esto era sólo para la soltura por descuido y no por la rebelión, que es en lo que Don Quijote incurre.

### **La vida en las galeras**

Las galeras fueron para la vida común la seguridad y la presteza en las relaciones comerciales entre los países ribereños, y fueron para la guerra el instrumento que liberaba a los almirantes del sometimiento a los vientos de su voluntad de victoria sobre los hombres y sobre las cosas. Pero para quienes tuvieron como destino el impulsar las naves aplicando sus brazos y cuerpos a los remos, las galeras no fueron sino un “infierno flotante”, como los califica Gregorio MARAÑÓN en su estudio médico social sobre las galeras<sup>13</sup>. Allí pone en boca del doctor Alcalá que “*la vida del galeote es vida propia del infierno; no hay diferencia de una a la otra, sino que la una es temporal y la otra es eterna*”. Los galeotes cumplían su condena ensartados en la cadena que los ataba en ristras sobre cada banco de la nave, sin que jamás se les quitare el grillete del pie, salvo para que el alguacil liberase al grillo del cadáver del galeote. Comida, sueño y fisiología, todo se hacía “en cadena” y en comunidad de hierros. Nunca con más de dos metros de movilidad respecto del banco y con el remar por único ejercicio, práctica acompañada y acompasada por el sistemático recurso al látigo por parte del cómite.

---

<sup>13</sup> MARAÑÓN, Gregorio, Vida e Historia, Madrid, Austral, nº 185, 9ª ed., 1968, p. 95 y s.

Llegados tras la larga y penosa excursión al banco, Guzmanillo de Alfarache nos cuenta<sup>14</sup> lo que con ellos acontecía: dábales la “ropa del rey”, a modo de uniforme de “la chusma”<sup>15</sup> calzones de lienzo, almilla colorada, capote de jerga y bonete colorado también; tras raparles barba y cabeza se les aplicaba el grillete y se reinsertaban al bies. Al cabo se les entregaba el bizcocho de galera, veintiséis onzas, que era galleta elaborada a base de pan medio fermentado, amasado en forma de pequeña torta, dos veces cocido para secarlo y evitar su fermentación en las largas travesías, una especie de pan integral, nos dice MARAÑÓN. Tan duro era el bizcocho que los galeotes viejos esperaban con alborozo ver a los novatos intentar hincarlo el diente, experiencia en la que solían dejarse las muelas, lo que aconsejaba humedecerlo en la “menestra”, nombre que recibía en su tiempo todo cocimiento de legumbres secas, por lo común la más ordinaria, las habas, también por entonces valoradas al gusto en poco. Parece que para que el cocimiento fuere de garbanzo había que ganar al menos la batalla de Lepanto. Pero tan parco menú solía reducirse como consecuencia de la contención de los déficits públicos, rebajándose a una sopa tristísima llamada “mazmorra”, una suerte de consomé de los restos del bizcocho. Era lo más que se recibía a la cena<sup>16</sup>.

Frente a lo que algunos descreídos creen, en el infierno, de existir, hay disciplina, y en la galera también<sup>17</sup>: Se cuidan mucho las ordenanzas de castigar robos y hurtos, blasfemias y pecado nefando<sup>18</sup>, así como otras muchas nimiedades, como meter en la galera “tabaco de humo” o mujer propia o ajena, así como perder alguna ropa. Los palos son la farmacopea más habitual. Lo relata bien Guzmán: “*le dieron a cada uno cincuenta palos de hurtamanos, que les hicieron levantar los verdugos en alto, dejando los cueros pegados en él*”<sup>19</sup>, palos que se solían dar al culpable y a todos los que se encontraban en derredor, por las dudas y para mayor escarmiento. Los palos podían venir solos o acompañados de prolongación de los años en el remo. Lo que estaba peor

---

<sup>14</sup> ALEMÁN, Mateo, Guzmán de Alfarache, ed. de Francisco Rico, Barcelona, Planeta, 2ª ed., 1987, 2ª parte, III, 8, p. 881 y notas

<sup>15</sup> Chusma: “La gente de servicio de la galera”, Covarruvias, Tesoro de la lengua castellana.

<sup>16</sup> V. sobre este régimen dietético MARAÑÓN, Vida e Historia, 9ª ed., 1968, p. 99 y ss. SEVILLA relata las aplicaciones que recibían los esfuerzos ahorradores, p. 161: gastos en Comuniones generales, capellanes, arreglos en el hospital de forzados, etc, todo siempre muy minuciosamente justificado, onza a onza

<sup>17</sup> V. los textos en SEVILLA, Historia penitenciaria española, 1917, p. 71 y ss

<sup>18</sup> El pecado y delito nefando estaba entonces muy mal visto, Antonio GÓMEZ, brillante jurista de mediados del XVI define al pecado nefando como acceso carnal que no está ordenado al coito natural y a la generación dentro de la especie, lo recoge TOMÁS Y VALIENTE con interesantes consideraciones y buena literatura en El crimen y pecado contra natura, en Sexo barroco y otras transgresiones premodernas, Madrid, Alianza, 1990, p. 33 y ss.

<sup>19</sup> ALEMÁN, Mateo, Guzmán de Alfarache, 2ª ed., 1987, p. 888.

visto eran los alzamientos, que se castigaban con pena de la vida, cuya ejecución admitía la escenografía más violenta. El relato de Guzmán habla por todos los así condenados: “*Condenaron a Soto y a un compañero, que fueron las cabezas del alzamiento, a que fuesen ‘despedazados de cuatro galeras’. Ahorcaron cinco; y a muchos otros que hallaron con culpa dejaron rematados al remo por toda la vida, siendo primero azotados públicamente a la redonda de la armada*”<sup>20</sup>.

### **Galería de retratos de galeotes**

Este es el panorama penal que vive y refleja Miguel DE CERVANTES y que describe en 6 del total de 12 galeotes de la cuerda y cadena que rompe dando la libertad. Recordémosles:

El primero de los interrogados, de 24 años natural de Piedrahita, iba tres años “precisos” a *gurapas*, es decir, tres años fijos, no reducibles, y ello por “enamorado”. Nuestro enamorado héroe se asombra sobremanera “*¿por eso no más? Pues si por enamorado echan a galeras, días ha que pudiera yo estar bogando en ellas*”. Pero como esclareció el galeote, el enamoramiento lo fue de una canasta de ropa. Como se le sorprendió *in fraganti* se libró del tormento y con ello se concluyó la causa, y allí se encontraba tras haberle sido “acomodadas las espaldas con ciento”, con cien azotes o vergajazos, el “acostumbrado centenar” del Lazarillo de Tormes.

El segundo no responde a Don Quijote, por triste y melancólico que iba, pero lo explica el de Piedrahita, más voluntarioso: “*por canario, digo, por músico y cantor*”. Cantó en el ansia, el tormento del agua, consistente en tapar las narices del reo con paño que le cubra la boca y adentrarle el agua a jarros en ella, llevando consigo a las entrañas agua y paño.

A decir verdad, lo que más sorprende y repele del Derecho penal del antiguo régimen no es tanto la brutalidad de los castigos, propia del atavismo de los hombres de esa época, y aún de la presente en cuanto se aflojan las cuerdas de ese endeble celuloide que es la civilización. Lo que más sorprende es que personas razonables, de cultivado entendimiento pudieran asumir como lógico y natural que la práctica del tormento fuere

---

<sup>20</sup> Se trataba de la versión marinera del descuartizamiento por cuatro caballos, aunque a Damiens, el atentador contra Luis XV, hubieron de aplicársele seis.

el método correcto de averiguación de la verdad. Como si no fuere evidente que bajo el tormento declaran sus culpas hasta los más inocentes<sup>21</sup>.

Con acierto dice el guardia, y ello es en sí crítica cervantina del sistema: *“harta ventura tiene un delincuente, que está en su lengua su vida o su muerte, y no en la de los testigos y probanzas”*.

El tercero de los galeotes respondió a Don Quijote que iba por cinco años a las señoras *gurapas*, por faltarle diez ducados, pues de haberlos tenido *“hubiera untado con ellos la péndola del escribano y avivado el ingenio del procurador”*, lo que encierra el reproche de CERVANTES a una Administración de Justicia entregada al cohecho<sup>22</sup>.

El cuarto de los interrogados impresionó e impresiona por su *“venerable rostro, con barba blanca que le pasaba del pecho”*. Su delito era el de un poco hechicero y el de alcahuete, *“corredor de oreja, y aún de todo el cuerpo”*, como explicó el siguiente. Este hombre honrado va por cuatro años a galeras, habiendo paseado *“las acostumbradas vestido en pompa y a caballo”*. Aprovecha CERVANTES en boca de Don Quijote para romper una lanza en favor de la licitud del comercio del cuerpo y de sus corredores, *“oficio de discretos y necesárisimo en la república bien ordenada”*<sup>23</sup>. A pesar de tan buenas como sucintas razones –ya dice Don Quijote que algún día se exhibirá *“con quien lo pueda proveer y remediar”*– seguía el Código hasta hace poco penando a tan singulares *“corredores de Lonja”*, si no concurren otras circunstancias que lo agraven, con prisión de 2 a 6 años y multa. El alcahuete ha debido esperar para su libertad al Código penal de 1995, siempre y cuando se dedique a mayores de 18 y sin abusar.

Digo, de paso, que el paseo por las acostumbradas calles de la ciudad, emplumado y con coraza sobre pollino o poco más noble caballería, con acompañamiento y pregones, era penitencia común para las hechicerías del tres al cuarto.

---

<sup>21</sup> La crítica de la tortura tomó definitivo cuerpo con el alegato de Beccaria en su *De los delitos y de las penas*, que aparece en 1764, diez años más tarde en España. Una última edición de esta obra, con prólogo de TOMÁS Y VALIENTE es del Ministerio de Justicia, Madrid, 1993. Sobre la tortura en España vid. MARTÍNEZ DIEZ, G., *La tortura judicial en la legislación histórica española*, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, XXXII (1962), p. 223 y ss

<sup>22</sup> Su razón principal se encuentra en el propio sistema: la retribución de los jueces se obtenía de su participación en las penas pecuniarias impuestas por ellos mismos, vid. TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho penal*, p. 163 y ss. La crítica cervantina a la corrupción de la justicia es frecuente, así en *La ilustre fregona*: *“Que no falte unguento para untar a todos los ministros de la justicia, porque si no están untados, gruñen más que carretas de bueyes”*

<sup>23</sup> Vid. sobre este punto REDONDO, A., *De las terceras al alcahuete del episodio de los galeotes en El Quijote (I,22)*. Algunos rasgos de la parodia cervantina. En *Journal of Hispanic Philology*, XIII, 2, 1989, p. 135 y ss.

La coraza o mitra de papel era multiuso. Según el delito, así la decoración. Era indicada para alcahuetes. En mi personal condición de Rector procede recordar con RODRÍGUEZ MARÍN lo siguiente de *La Escuela de Celestina* de Salas Barbadillo:

“La Rectora Celestina  
De nuestra Universidad  
Es de tanta autoridad  
Que á ser obispo camina  
Y aún presumo que lo ha sido,  
Y con razón conviene;  
Que adonde el bonete tiene  
Pienso que mitra ha tenido”.

El quinto era estudiante y con ropas de tal se vestía. Seis años de galeras traía por estuprador de dos primas hermanas y de dos hermanas que no eran suyas. Iba conforme, y resignado, como si supiera que tal vocación por la crecida parentela y por el regusto de hacerla habría de esperar hasta 1978 para quedar libre de pena.

El fresco criminológico que retrata Cervantes termina con quien lo corona, Ginés de Pasamonte, condenado a 10 años, metedor de un ojo en el otro un poco –es decir, bizco– ladrón redomado, “*de más de la marca*”, es decir, reincidente, y como tal marcado al hierro más de una vez, autor de una vida de sí mismo, que en su opinión emulaba a la del Lazarillo de Tormes, a pesar de no estar acabado el manuscrito por no estar acabada su vida. Aún más, era Ginesillo galeote de segundas, pues había servido ya en ello a Dios y al Rey por cuatro años, por lo que conocía bien el bizcocho y el corbacho, y las holganzas en los tiempos de no remar. En definitiva, un genio, aunque sea de la bellaquería, un genio desdichado. El mismo lo dice: “*siempre las desdichas persiguen al buen ingenio*”.

Aquí termina el retrato y Don Quijote comienza su famosa alocución: “*De todo cuanto me habeis dicho, hermanos carísimos he sacado en limpio que aunque os han castigado por vuestras culpas, las penas que vais a padecer no os dan mucho gusto y que vais a ellas de muy mala gana y muy contra vuestra voluntad...*” y sigue, y de lo que sigue me permito poner énfasis en sólo una frase: “*porque me parece duro caso hacer esclavos a los que Dios y naturaleza hizo libres*”.

La frase no se ha marchitado. Se traduce en la Ciencia Penal en lo que se llama Abolicionismo, idea utópica y por ello enojosa, pero, como toda utopía, referencia necesaria en todo tiempo para contrastar con la miserable realidad y su connatural compañía del pragmatismo. Es preciso siempre intentarlo con quijotesco afán, aun cuando terminemos como él molidos a palos y obligados a exclamar ante nuestros resabiados Sanchos: “*siempre lo he oído decir, que el hacer bien a villanos es echar agua a la mar... paciencia y escarmentar para desde aquí adelante*”. Y es que, como dice Guzmanillo de Alfarache del que en la galera le traicionó, casi ninguno “*vino a galeras porque daba limosnas ni porque predicaba la fe de Cristo a los infieles; trujéronlo a ellas sus culpas y haber sido el mayor ladrón que se había hallado en su tiempo en toda Italia ni España*”<sup>24</sup>.

Escarmentar sí, pero escarmentar reflexivo, encontrar el punto medio que cada tiempo merece. Seguro que el sustituir la muerte o la mutilación por galeras temporales o perpetuas pareció a algunos en su tiempo debilidad del Gobierno y quiebra de la Justicia, lo mismo que a algunos parece hoy el rebajar las largas penas tradicionales por penas más cortas, pero que se cumplan, o el autorizar los permisos de salida o el régimen abierto. Las penas se han de acomodar al valor que en cada momento tiene el bien de que se priva. Las penas deben ser útiles y no mera venganza. La utilidad fue descubierta entonces en el mover las galeras del Rey. Hoy la utilidad radica, lo dice la Constitución, en evitar que los que cometieran delito vuelvan en ello y los que no, que no caigan en la tentación.

Pero no podemos concluir la referencia estas galeras y galeotes cervantinos sin aludir a otras y otros que nacieron también del juicio de utilidad, proyectando el *nomen* originario sobre distinta realidad a la que me siento vinculado por razones de la jurisdicción propia: los galeotes de industria, en particular los de las minas de Almadén.

No fue CERVANTES sólo el literato que conoció y trató, para luego mejor retratar, a galeras y galeotes. Mateo ALEMÁN fue también especialista y así hizo gala de ello en su Guzmán de Alfarache. Adeudamos a Germán BLEIBERG<sup>25</sup> el descubrimiento, transcripción y estudio de la experiencia personal de Mateo Alemán que dio pie al precioso exponente de la literatura picaresca. No como preso, sino como juez visitador,

---

<sup>24</sup> ALEMÁN, Mateo, Guzmán de Alfarache, 2ª ed., 1987, p.903

<sup>25</sup> BLEIBERG, G., El “informe secreto” de Mateo ALEMÁN sobre el trabajo forzoso en las minas de Almadén, en Estudios de Historia Social, Madrid, nº 2-3, 1977, p. 357-443.

conoció ALEMÁN y relató con fidelidad propia de moderno magnetófono las condiciones de vida y las vidas de los forzados y esclavos de las Minas de Almadén. Pero esta es otra historia y me la voy a reservar otra ocasión.

Y quiero terminar dando cuenta que la pena de galeras se abolió al quedar estas obsoletas, lo que ocurrió al tiempo que nos quedamos sin las mismas por puro inútiles para la navegación, de viejas y pocas que eran. El 18 de enero de 1749 se declara extinguido el servicio por el Fiscal del Consejo del Rey, y el 20 de junio el Marqués de la Ensenada ordena que a los delincuentes a los que se venía condenando a azotes y galeras se les destine por el momento a las minas de Almadén o a los Presidios de Africa<sup>26\*</sup>.

# Don QUIJOTE contra el CORONAVIRUS



\* \* \* \* \*

---

<sup>26</sup> V. SEVILLA, Historia penitenciaria española, 1917, p. 36 y ss, y p. 228 y ss.

\* La rica iconografía, muy vinculada al capítulo de los galeotes, que se contiene en la publicación original puede encontrarse en la bitácora del autor (<http://blog.uclm.es/luisarroyozapatero/>), tanto la entrada en español ([aquí](#)) como la que está en francés ([aquí](#)), ya que la iconografía no se replica.

## **Prof. Dr. Alejandro L. de Pablo Serrano**

Prof. Contratado Doctor acred. de la Univ. Pablo Olavide de Sevilla, España. Miembro del Grupo de Investigación en Ciencias Penales y Criminológicas (SEJ-047) del Plan Andaluz de Investigación, Desarrollo e Innovación. Socio de la FICP.

### **~Estado de Derecho ambiental y Derecho penal internacional del medio ambiente<sup>1</sup>~**

#### **I. INTRODUCCIÓN**

El Estado de Derecho proyectado sobre el medio ambiente, conocido como Estado de Derecho Ambiental, requiere la coordinación de todos los órdenes normativos en favor de la tutela del valor medio ambiente. Tradicionalmente, la forma de proteger el medio ambiente y de reaccionar frente a los atentados medioambientales internacionales o transnacionales ha sido el Derecho internacional *soft law* del medio ambiente. Sin embargo, en los últimos años, un cúmulo de circunstancias (a) mayor entidad cualitativa y cuantitativa de los daños ambientales; b) sensación de impunidad favorable a los agentes contaminadores; c) creciente conciencia social frente a la amenaza del cambio climático) ha obligado a la doctrina y a la comunidad internacional a replantearse el alcance del Derecho internacional del medio ambiente y a buscar nuevas herramientas normativas. En este trabajo reclamamos un fortalecimiento del Derecho internacional del medio ambiente y abogamos por los avances en el ámbito del Derecho penal internacional del medio ambiente.

#### **II. PILARES DEL ESTADO DE DERECHO AMBIENTAL**

“*Environmental rule of law*” es una construcción teórica firmemente asentada y aceptada a nivel internacional. Como establece Naciones Unidas, el “Estado de Derecho Ambiental” es la aplicación de los pilares del Estado de Derecho al contexto del medio ambiente: la ley debe ser consistente con los derechos fundamentales, la ley debe ser desarrollada y aplicada; y la ley debe generar responsabilidad no solo sobre el papel, sino también en la práctica. De esta forma, se articulan las necesidades ambientales y las fortalezas del Estado de Derecho. Las notas definitorias del Estado de Derecho

---

<sup>1</sup> Dirección electrónica: [alpabser@upo.es](mailto:alpabser@upo.es). Este trabajo se realiza en el marco del Proyecto Nacional de Investigación dirigido por el Prof. Adán Nieto Martín (Universidad de Castilla La Mancha), financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, y que lleva por título “Responsabilidad penal de empresas multinacionales por violaciones a los derechos humanos y al medio ambiente” (DER 2017-85144-CP2-1-P). Así mismo, se enmarca en el proyecto de investigación “Ganancias ilícitas y Derecho penal”, financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades (RTI2018-094287-B-I00), dirigido por la Profª. Luz María Puente Aba (Universidad de A Coruña).

Ambiental son siete: a) el Estado de Derecho Ambiental es decisivo para garantizar la salud y bienestar humanos; b) el Estado de Derecho Ambiental es multidimensional (normas consuetudinarias, normas jurídicas formales, códigos de autorregulación); c) el desarrollo del Estado de Derecho Ambiental viene determinado y responde a las dinámicas sociales, políticas y económicas que se proyectan sobre los recursos naturales, sujetos a procesos de agotamiento y recuperación; d) el Estado de Derecho Ambiental incluye también las obligaciones morales y éticas de los seres humanos sobre especies y recursos no humanos; e) el Estado de Derecho Ambiental exige la implicación pública, la participación de la sociedad, especialmente en el caso de aquellas comunidades cuya supervivencia está directamente conectada al aprovechamiento de recursos naturales. Las dos últimas características son dificultades con las que el Estado de Derecho Ambiental tiene que lidiar por su propia esencia: f) por un lado, debe elaborarse proyectándose sobre escalas de tiempo poco comunes, pensando en generaciones futuras; g) por otro lado, el Estado de Derecho Ambiental se mueve en una incertidumbre científica significativa<sup>2</sup>.

De todas, la segunda característica nos interpela en este trabajo directamente: el Estado de Derecho Ambiental es multidimensional y multidisciplinar. Una regulación medioambiental completa, un Derecho ambiental en sus distintas proyecciones sólido, efectivo y de amplio alcance necesita un acercamiento multidisciplinar y la cooperación de numerosos agentes implicados: Estados y Gobiernos, Administraciones públicas, empresas del sector privado, operadores jurídicos e incluso ciudadanos (que han de tener información y posibilidades de acceso al sistema judicial y a remedios frente a violaciones)<sup>3</sup>.

La actuación de estos actores debe regularse en el derecho internacional. La vía tradicional ha sido el Derecho internacional del medio ambiente *soft law*; el tiempo ha demostrado que es insuficiente y debe reforzarse. Será, sin duda, la primera vía de actuación que estudiaremos. Pero también, si se estima necesario, podría erigirse un *Derecho penal internacional del medio ambiente*, no en vano la protección efectiva del medio ambiente pasa por una regulación jurídica integral, unitaria, armonizada y

---

<sup>2</sup> UNEP, Environmental Rule of Law: First Global Report, [https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/27279/Environmental\\_rule\\_of\\_law.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/27279/Environmental_rule_of_law.pdf?sequence=1&isAllowed=y), 2019, pp. 8-13.

<sup>3</sup> VILLANUEVA NEMESIO, I., Strengthening Environmental Rule of Law: Enforcement, Combatting Corruption, and Encouraging Citizen Suits, en: Georgetown International Environmental Law Review, vol. 27 (2015), p. 330 y ss.

coherente, destinada a la prevención, represión, defensa, conservación, mejoramiento y restauración del medio ambiente<sup>4</sup>.

### III. UN PROBLEMA: LAS INSUFICIENCIAS DEL DERECHO INTERNACIONAL *SOFT LAW* DEL MEDIO AMBIENTE

El Derecho Internacional del medio ambiente constituye una vía interesante para hacer frente a la criminalidad medioambiental de corporaciones, aunque avanza lentamente: la tendencia a la autorregulación de las empresas y el Derecho internacional *soft law* dirigido a las empresas multinacionales para que respeten los derechos humanos, cuyas graves violaciones provocan en ocasiones devastadores daños medioambientales (contaminación de recursos naturales, expolio de recursos, migraciones forzadas). Los avances por esta vía del Derecho internacional del medio ambiente blando, basado en el consenso, dan cuenta de un compromiso político importante por parte de los Estados y el resto de actores implicados, aunque cristalicen en textos con un efecto jurídico disminuido, pero ciertamente representan un punto de partida y una palanca de impulso. Son un instrumento adecuado de la diplomacia multilateral actual que no requiere adhesiones absolutas<sup>5</sup> y no introduce directrices de obligado cumplimiento ni duras consecuencias sancionatorias.

En este campo, no obstante, los avances son reducidos: Naciones Unidas, la OCDE y la Unión Europea basan su estrategia en códigos éticos e instrumentos como el *Global Compact*, los *Objetivos de Desarrollo Sostenible* o los *Principios Rectores de Naciones Unidas sobre derechos humanos y empresas* de 2011<sup>6</sup> (conocidos como *Principios RUGGIE*, por ser JOHN RUGGIE el Relator Especial que presentó el Informe que sirvió de base para tales Principios). Los Principios RUGGIE se articulan sobre tres ejes (proteger, respetar, reparar): obligación de los Estados de proteger los derechos humanos, obligación de las empresas de respetar los derechos humanos comportándose con la debida diligencia para identificar, prevenir, mitigar y responder de las consecuencias negativas de sus actividades sobre los derechos humanos, y la obligación

---

<sup>4</sup> SERVI, A., Derecho Ambiental Internacional, en: Revista de Relaciones Internacionales, volumen 7 (núm. 14), 1998, p. 10.

<sup>5</sup> SERVI, A., en: Revista de Relaciones Internacionales volumen 7 (núm. 14), 1998, pp. 7 y 8.

<sup>6</sup> CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS, Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, JOHN RUGGIE. Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”, [http://www2.ohchr.org/SPdocs/Business/A-HRC-17-31\\_sp.doc](http://www2.ohchr.org/SPdocs/Business/A-HRC-17-31_sp.doc). Aprobado por la Resolución 17/4 de 16 de junio de 2012.

de las empresas de garantizar el acceso a mecanismos de reparación<sup>7</sup>. Pero estos Principios no establecen en modo alguno obligaciones de derecho internacional, no tienen fuerza vinculante ni naturaleza normativa; son declaraciones de carácter programático, son recomendaciones de *soft law* que los Estados y las empresas deberían cumplir, pero no dejan de ser voluntarios.

Recientemente, se han dado nuevos pasos en la 29ª sesión de la Comisión de Derecho Internacional (abril-agosto de 2019) con llamadas a los Estados para que adopten medidas legislativas o de otra naturaleza que sean necesarias para asegurar que las corporaciones actúen con la debida diligencia en relación con la protección del medioambiente, en conexión con la salud humana, cuando operen en zonas de conflicto armado en situaciones posteriores a un conflicto armado (Principios 10 y 11)<sup>8</sup>.

Si tuviéramos que contrapesar el avance que representa el Derecho internacional del medio ambiente de tipo *blando* y su relativa influencia práctica y concreta, deberíamos concluir que pesa más el lado negativo de la balanza. La vía del Derecho internacional *soft law* sin duda beneficia a las empresas multinacionales: sus derechos aparecen recogidos en normas internacionales (una *lex mercatoria* que funciona como un verdadero y efectivo armazón jurídico integrado por tratados y convenios de carácter internacional, contratos vinculantes), al tiempo que sus obligaciones derivan de códigos de autorregulación de nula exigibilidad jurídica.

Podría decirse, como sostienen LYNCH/STRETESKY<sup>9</sup>, que las empresas multinacionales se encuentran cómodas en un marco regulatorio propio de un corporativismo verde (“*constructing green crime: a corporate perspective*”), que transmite el mensaje simbólico de que estas multinacionales se preocupan de las cuestiones medioambientales y se someten a normas y procesos, mientras disfrutan, en última instancia, de un régimen laxo. El modelo de *soft law* presenta ventajas destacadas

---

<sup>7</sup> Los Principios de Naciones Unidas iniciaron una tendencia internacional generalizada de aprobación de Planes Nacionales de implementación de aquellas reglas en los ordenamientos estatales. Existen algunos países que han realizado avances significativos en esta materia: Reino Unido (*Modern Slavery Act*), Países Bajos y Francia son buenos modelos europeos (también hay iniciativas interesantes en Alemania y Suiza). Estados Unidos ha avanzado igualmente en esta materia. Un caso especialmente significativo es la Ley de Vigilancia empresarial aprobada por el Asamblea legislativa francesa (ley 2017/399, de 27 de marzo), que obliga a las grandes empresas francesas a poner en marcha un plan de vigilancia empresarial.

<sup>8</sup> INTERNATIONAL LAW COMMISSION, Report of the International Law Commission on the Work of its 71st Session’ (29 April-7 June and 8 July-9 August 2019) UN Doc. A/74/10, <https://undocs.org/en/A/74/10> (05/03/2020), pp. 238-247.

<sup>9</sup> Vid. LYNCH, M. J./STRETESKY, P. B., The Meaning of Green: Contrasting Criminological Perspectives, en: *Theoretical Criminology*, 2003, 7(2), pp. 229 y 230.

para las empresas, entre otras: a) la falta de una normativa sancionatoria fuerte a nivel internacional permite que conductas que son ilegales en unos países, dejen de serlo cuando saltan las fronteras; b) la perspectiva con que se entiende y determina cuándo se ha producido un daño medioambiental tiende a priorizar el beneficio económico, como si soportar un cierto riesgo para la salud humana y el medio ambiente fuera un coste que deberíamos asumir para el mantenimiento de nuestro nivel de vida y una consecuencia colateral de las buenas prácticas comerciales; c) en la cúspide de un sistema hecho para y por las empresas multinacionales, su mayor triunfo puede ser la consolidación de la idea de la autorregulación, de la cultura de la legalidad y del cumplimiento normativo voluntario, consistente en que ellas mismas se vigilan y se sancionan a través de daños reputacionales y simbólicos, lo que se ha definido como “*green washing*” (lavado de imagen *verde*).

Todo ello arroja, en palabras de HERNÁNDEZ ZUBIZARRETA y CARRIÓN RABASCO, una “asimetría normativa evidente”<sup>10</sup> favorable a las empresas multinacionales y contraria a los Estados y las poblaciones. Por ello, el tradicional modelo del cumplimiento voluntario de las empresas debe completarse con el modelo de prohibiciones y sanciones (“*compliance and deterrance*”) en el derecho internacional: un tratado internacional jurídicamente vinculante sobre empresas y derechos humanos, que imponga obligaciones concretas a las empresas transnacionales (y quizá, por extensión, a todas las empresas) por actos cometidos en otros Estados que violen los derechos humanos<sup>11</sup>.

#### IV. UN CAMINO: LA *GREEN CRIMINOLOGY*

Paralelamente al Derecho internacional público del medio ambiente, existe el campo de la criminología verde y el derecho penal ambiental. Desde hace tres décadas

---

<sup>10</sup> HERNÁNDEZ ZUBIZARRETA, J., Las empresas transnacionales frente a los derechos humanos: historia de una asimetría normativa. De la responsabilidad social corporativa a las redes contrahegemónicas transnacionales. Bilbao. Hegoa, 2009, pp. 172-177; GUAMÁN HERNÁNDEZ, A., Deber de vigilancia, derechos humanos y empresas transnacionales: un repaso a los distintos modelos de lucha contra la impunidad, en: Homa Publica: Revista internacional de derechos humanos e empresas, vol. 2, nº 1 (2018), pp. 159-165.

<sup>11</sup> En el ámbito internacional ya se han dado los primeros pasos, no exentos de dificultades, con la creación de un grupo de trabajo intergubernamental para la adopción de un Tratado internacional vinculante sobre empresas y derechos humanos. Al respecto, MARTENS, J./SEITS, K., The Struggle for a UN Treaty. Towards global regulation on human rights and business. Nueva York, Rosa Luxemburg Stiftung—New York Office y Global Policy Forum, 2016, pp. 4 y 5; DE SCHUTTER, O., Towards a Legally Binding Instrument on Business and Human Rights, en: CRIDHO Working Paper 2015/2, pp. 1-45 (online: <https://ssrn.com/abstract=2668534>; 02/03/2020). En España, entre otros, GUAMÁN, A./MORENO, G., El fin de la impunidad. La lucha por un Instrumento Vinculante sobre Empresas Transnacionales y Derechos Humanos. Navarra, Icaria, 2017, pp. 153-211.

se propone en la doctrina una perspectiva que unifique y armonice todos los problemas circundantes a los delitos contra el medio ambiente: los propios atentados medioambientales, la participación de empresas multinacionales como sujetos activos, las conductas de corrupción privada, la mayor o menor intervención de los aparatos estatales, la confluencia de intereses privados y estatales en la delincuencia en forma de delitos estatales-corporativos<sup>12</sup> ... Como propone SOUTH, uno de los pioneros en la materia (junto al considerado padre de la green criminology, LYNCH), se trataría de pensar en verde o dar una perspectiva verde (“*thinking green*”, “*green perspective*”) a la lectura de todos estos problemas para integrarlos y para concederles la seriedad e importancia que hasta entonces no habían recibido<sup>13</sup>, y superar así las insuficiencias y lagunas de los órdenes normativos que tutelan el medio ambiente, como el Derecho internacional *soft law*.

La green criminology tendría la virtud de poner luz o destapar aquellas actuaciones dañinas que quedan cubiertas por la regulación; conductas de los poderosos que son ética y moralmente antisociales, pero que no llegan a infringir la norma pese a sus consecuencias ecológicas, que pueden ser devastadoras. Tradicionalmente, el foco de la doctrina y del legislador se ha puesto sobre los delitos medioambientales (“*environmental crimes*”), que se han examinado exclusivamente desde una perspectiva legalista y jurídico-penal, y la green criminology reclama desplazar la atención a los daños medioambientales (“*environmental harms*”)<sup>14</sup>, como concepto social, ecológico, prejurídico. Es este un movimiento urgente pues, en el ámbito del medio ambiente, es común que los valores de la ley y la jurisprudencia no siempre coincidan con los valores de la conciencia social<sup>15</sup>.

---

<sup>12</sup> Posiblemente, el primer trabajo en esta nueva orientación doctrinal fue el de LYNCH M. J., *The greening of criminology: A perspective on the 1990s*, en: *The Critical Criminologist*, 1990, 2(3), pp. 1-4, 11-12.

<sup>13</sup> Cfr. el seminal trabajo doctrinal de SOUTH, N., *A green field for criminology? A proposal for a perspective*, en: *Theoretical Criminology*, 1998, 2 (2), pp. 212 y 220; BRISMAN, A., *Of theory and meaning in green criminology*, en: *International Journal for Crime, Justice and Social Democracy*, 2014, 3(2), pp. 21-34.

<sup>14</sup> SOUTH, N., *Green Criminology: Reflections, Connections, Horizons*, en: *International Journal for Crime, Justice and Social Democracy*, 2014, 3 (2), p. 9; WHITE, R., *The Conceptual Contours of Green Criminology*, en WALTERS R./WESTERHUIS D.S./WYATT, T. (eds), *Emerging Issues in Green Criminology. Critical Criminological Perspectives*. Londres, Palgrave Macmillan, 2013, p. 22; NURSE, A., *Green criminology: shining a critical lens on environmental harm*, en: *Palgrave Commun* 3, 10 (2017), p. 1; GARCÍA RUIZ, A., *Green Criminology. El ruido: un intruso en el Derecho penal medioambiental*. BdeF Editores, Madrid, 2017, p. 214.

<sup>15</sup> NATALI, L., *The contribution of Green Criminology to the analysis of Historical Pollution*, en CENTONE, F./MANACORDA, S. (dirs.), *Historical Pollution. Comparative legal responses to environmental crimes*. Suiza. Springer. 2017, p. 47.

La dirección político criminal que adopta esta perspectiva criminológica es la de convertirse en una política criminal aplicada a la protección del medio ambiente, que analiza críticamente el marco regulatorio y denuncia las lagunas e impunidades de las que se benefician las empresas o los particulares poderosos para seguir provocando daños en las zonas grises del derecho medioambiental. Se trata, por un lado, de salirse de los estrictos márgenes de estudio definidos por el derecho positivo (y concretamente, por los actores públicos y las empresas), que responden, como apunta NATALI, a relaciones de poder y dominación<sup>16</sup>, y por otro, de invocar nuevas narrativas o relatos.

Así visto, la green criminology es una perspectiva verde crítica, iluminadora y, sobre todo, propositiva. La criminología verde recoge los datos, examina la realidad de los atentados medioambientales rutinarios y diarios (que pueden pasar desapercibidos, pero que en masa constituyen una pequeña aportación indispensable al cambio climático<sup>17</sup>) y selecciona actividades y ámbitos que requieren una actuación urgente. A continuación, suministra esta información empírica a la doctrina jurídico-penal para que formule, en lenguaje jurídico, los instrumentos que ayuden a combatir las conductas medioambientales lesivas que se producen, bien porque no existe aún suficiente conciencia sobre su peligro, bien porque, interesadamente, se distrae la atención de ellas. Así, la doctrina criminológica y penalista ponen el foco sobre varias cuestiones clave de la criminalidad medioambiental a nivel internacional y formulan propuestas de tipos penales internacionales para la protección del medio ambiente: *ecocidio* y *geocidio*, *delito ecológico transfronterizo*, *contaminación histórica* y *expolio de recursos naturales*. Comentaremos brevemente estas propuestas al final del trabajo, como soluciones por la vía de un naciente Derecho penal internacional del medio ambiente.

## **V. UNA SOLUCIÓN: REFUERZO DEL ESTADO DE DERECHO AMBIENTAL POR LA VÍA DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL DEL MEDIO AMBIENTE**

Advertidas las deficiencias del Derecho internacional *soft law* del medio ambiente -que debe fortalecerse- y apuntadas las alternativas de la green criminology para utilizar

---

<sup>16</sup> Vid. NATALI, L., The contemporary horizon of green criminology, en SOUTH, N./BRISMAN, A. (eds.), Routledge International Handbook of Green Criminology. Abingdon, Routledge, 2012, p. 73.

<sup>17</sup> Idea que desarrolla AGNEW, R., The ordinary acts that contribute to ecocide: A criminological analysis, en SOUTH, N./BRISMAN, A. (Eds.), Routledge international handbook of green criminology, 2013, pp. 58-72.

un concepto amplio de crimen medioambiental, es el momento de proponer una solución: el Estado de Derecho Ambiental debe articular un nuevo brazo de actuación a través del Derecho penal internacional del medio ambiente. Solo la combinación de estos elementos permitirá que ese *environmental rule of law* alcance sus objetivos: protección de la salud pública frente a los riesgos medioambientales, la conservación de los recursos naturales y las buenas prácticas empresariales<sup>18</sup>. El objetivo último del Estado de Derecho Ambiental es “cambiar el comportamiento y encauzarlo en una dirección o línea de sostenibilidad gracias a las legítimas expectativas de cumplimiento de la normativa medioambiental por parte de los Gobiernos, la industria y la sociedad civil”<sup>19</sup>.

La lucha contra la criminalidad medioambiental internacional todavía es deficiente por la vía del Derecho internacional (administrativo público) del medio ambiente y, por ello, debemos iniciar el camino del Derecho penal internacional del medio ambiente, que se convierte en un segundo pilar de un reforzado Estado de Derecho Ambiental. Existe un modelo que debería inspirar los avances jurídicos, y especialmente jurídico-penales: las graves violaciones internacionales de los derechos humanos. Como apunta NIETO MARTÍN, los atentados contra el medio ambiente cometidos por empresas multinacionales tienen una estructura similar a los ataques contra los derechos humanos que han dado lugar al nacimiento de la Corte Penal Internacional. Esa identidad estructural descansa en dos argumentos: por un lado, al igual que los derechos humanos son patrimonio universal y su violación no puede depender ni dejarse abandonada a la exclusiva reacción de un sistema jurídico estatal, también la tutela del medio ambiente es una cuestión que incumbe a la comunidad internacional porque es precisa la implicación de todas las partes; y, por otro, cuando estos atentados son cometidos por grandes multinacionales existe una asimetría entre la capacidad de los sistemas judiciales de muchos países para juzgarlas y la capacidad de las multinacionales para evitar cualquier tipo de control eficaz<sup>20</sup>.

---

<sup>18</sup> VILLANUEVA NEMESIO, I., en: *Georgetown International Environmental Law Review*, vol. 27 (2015), p. 322.

<sup>19</sup> UNEP, *Environmental Rule of Law: First Global Report*, [https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/27279/Environmental\\_rule\\_of\\_law.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/27279/Environmental_rule_of_law.pdf?sequence=1&isAllowed=y), 2019, p. 13.

<sup>20</sup> *Vid.* NIETO MARTÍN, A., Bases para un futuro Derecho penal internacional del medio ambiente, en: *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma*, 16 (2012), p. 138. También propone seguir esa senda, ahora con la protección internacional del medioambiente, CHO, B-S., *Emergence of an International Environmental Criminal Law?*, *Journal UCLA Journal of Environmental Law and Policy*, 19(1), pp. 11-47, especialmente 46

Ambos motivos apuntan hacia la necesidad de un Derecho penal internacional del medio ambiente que posibilite la *multilateralización* de la protección penal del medio ambiente, desterrando la voluntariedad y vinculándolo a modelos de imputación clásicos (si bien, adaptados al mundo de la criminalidad empresarial y con las dosis de transnacionalidad que sean necesarias para esta clase de ilícitos penales internacionales). De manera ilustrativa advierte DELMAS-MARTY<sup>21</sup> que “solo el Derecho penal combina la fuerza represiva con el valor expresivo, el proyecto [de convenciones de ecocrímenes y ecocidio] establece varios procesos para ampliar tanto la percepción de los valores cuya violación conduce a la desaprobación (universalización de la desaprobación), como la expansión de la represión en el espacio (internacionalización de la represión) y la integración del tiempo en la aplicación de la responsabilidad (anticipación de responsabilidad)”.

En conclusión, hay que reformular con intensidad el régimen sancionatorio internacional para la protección del medio ambiente, avanzando hacia una criminalización sistemática del daño medioambiental<sup>22</sup>.

## 1. Nuevos tipos penales internacionales medioambientales

A partir de las investigaciones realizadas por la green criminology, el trabajo de la doctrina penal internacional y el activismo de la sociedad civil y de las organizaciones de defensa del medio ambiente, podemos sintetizar así las propuestas de tipos penales internacionales del medio ambiente:

1. El ecocidio es considerado el *quinto crimen internacional*<sup>23</sup>, cuya tipificación en este caso falta aún por añadirse a la lista del genocidio, los crímenes de guerra, los crímenes contra la humanidad y los crímenes de agresión.
  - a. En 1995 GRAY definía el ecocidio como el daño medioambiental causado deliberadamente o permitido negligentemente por los Estados o individuos,

---

<sup>21</sup> DELMAS-MARTY, M., Préface, en NEYRET, L. (dir.), Des écocrimes à l'écocide. Le droit penal au secours de l'environnement. Bruselas. Bryulant, 2015, p. VIII (traducción en español: “Introducción”, en MUÑOZ DE MORALES, M. (ed.), Hacia un Derecho Penal Internacional del Medio Ambiente (próxima publicación).

<sup>22</sup> Vid. WHITE, R./KRAMER, R., Critical Criminology and the Struggle Against Climate Change Ecocide, en: Critical Criminology, 2015, vol. 23, issue 4, p. 390; MÉGRET, F., The Challenge of an International Environmental Criminal Law, April 2, 2010, p. 20 (online: <https://ssrn.com/abstract=1583610>; 05/03/2020).

<sup>23</sup> GAUGER, A./RABATEL-FERNEL, M. P./KULBICKI, L./SHORT, D./HIGGINS, P., Ecocide is the Missing 5th Crime against Peace. The Ecocide Project. Human Rights Consortium, School of Advanced Study, University of London, 2012, [https://sas-space.sas.ac.uk/4830/1/Ecocide\\_research\\_report\\_19\\_July\\_13.pdf](https://sas-space.sas.ac.uk/4830/1/Ecocide_research_report_19_July_13.pdf) (online 21/02/2020).

fruto de un incumplimiento masivo del deber de cuidado que recae sobre la humanidad respecto del medioambiente<sup>24</sup>.

- b. HIGGINS presentó en abril de 2010 una propuesta de reforma del Estatuto de Roma ante la Comisión de Derecho Internacional de la ONU para incluir la tipificación del delito de ecocidio: “el daño masivo, la destrucción o la pérdida de los ecosistemas de un determinado territorio, hasta el extremo de que el disfrute pacífico de ese territorio por los habitantes se haya visto seriamente comprometido/disminuido”<sup>25</sup>.
  - c. En la doctrina francesa, un grupo de especialistas de distintos ámbitos ha presentado una valiosísima propuesta de Convenio internacional contra el ecocidio. En ella, la conducta típica prohibida consistiría en una variedad de comportamientos contaminantes (vertido, la emisión o la introducción de substancias o de radiaciones ionizantes; la recogida, el transporte, la valoración/reciclaje o la eliminación de residuos, materiales nucleares u otras sustancias radiactivas peligrosas; explotación de instalaciones donde se realicen actividades peligrosas; muerte, la destrucción, la posesión o la captura de ejemplares pertenecientes a especies protegidas de fauna o de flora salvajes protegidas o no) cometidos en el marco de una acción generalizada o sistemática y que pudieran afectar –estructura típica de peligro- a la seguridad planetaria por provocar: a) una degradación extendida, duradera y grave del aire o de la atmósfera, de los suelos, del agua, del medio acuático, de la fauna o flora, o de sus funciones ecológicas; o, b) la muerte, la causación de enfermedades permanentes o males incurables y graves a una población o cuando despojan de manera permanente a una población de sus tierras, territorios o recursos<sup>26</sup>.
2. También hay investigaciones criminológicas y penales centradas en las actividades empresariales sobre el medio ambiente que causan graves violaciones

---

<sup>24</sup> Vid. GRAY M. A., The International Crime of Ecocide, en: California Western International Law Journal, Vol. 26 [1995], No. 2, Art. 3, p. 216.

Similar al ecocidio es la propuesta de geocidio, que se debe al seminal artículo de BERAT, L., Defending the right to a healthy environment: Toward a crime of genocide in international law, en: Boston University International Law Journal, Vol. 11, 1993, pp. 327 – 348

<sup>25</sup> HIGGINS, P., Eradicating Ecocide: laws and governance to prevent the destruction of our planet. 2<sup>nd</sup> ed., Londres, Shephard Walwyn Publishers Ltd, 2015, p. 63.

<sup>26</sup> AA.VV, Projet de Convention contre l’écocide (Convention Écocide), en NEYRET, L. (dir.), 2015, pp. 285-301, sobre todo, p. 288.

de derechos humanos<sup>27</sup> y sobre los daños contra el medio ambiente de carácter transnacional, de los que la figura paradigmática es el delito ecológico transfronterizo<sup>28</sup>.

3. Se discute también la necesidad de una regulación administrativa sancionatoria (y, quizá, penal) de las actividades económicas (industriales, tecnológicas) que eran legales y aceptables para el estado de la ciencia cuando se desarrollaron, pero que producen daños contra la salud humana y/o el medio ambiente a medio y largo plazo (“*historical pollution*”, contaminación histórica)<sup>29</sup>.
4. Finalmente, preocupa a la doctrina otro fenómeno criminológico que combina (a) el daño grave al medio ambiente por empresas multinacionales de la industria extractivas, que despliegan su actividad (b) con la colaboración de funcionarios en contextos de corrupción pública y privada, expoliando los recursos naturales de las comunidades locales<sup>30</sup>.

Entre el ecocidio y el resto de propuestas de crímenes medioambientales internacionales puede trazarse una línea, a la vista del consenso y el peso de los trabajos realizados: NIETO MARTÍN habla de un *Derecho penal internacional del medio ambiente de dos velocidades*<sup>31</sup>, en el que el ecocidio se integraría en el corazón de los crímenes

---

<sup>27</sup> En este sentido, se examina la conexión entre graves impactos medioambientales y movimientos forzados transfronterizos de personas (“refugiados ecológicos”). *Vid.*, especialmente, GARCÍA RUIZ, A., Del Ecocidio y los procesos migratorios a la opacidad de la victimización ecológica, en: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2018, núm. 20-11, pp. 1-44, concretamente 28-31.

<sup>28</sup> La denominación anglosajona es cada vez más común: TEC, *transnational environmental crime*. *Vid.*, por todos, WHITE R., *Transnational Environmental Crime. Toward an Eco-global Criminology*. Willan. Londres, 2011, pp. 1-17. Existen a propuestas en la comunidad internacional de tipificación de estas conductas a través de Convenios. Así, AA.VV., *Projet de Convention contre la criminalité environnementale (Convention Écocrimmes)*, en NEYRET, L. (dir.), 2015, pp. 267-284.

<sup>29</sup> CENTONE, F./MANACORDA, S. (dirs.), Preventing and sanctioning Historical Pollution beyond Criminal Law: an introduction, en CENTONE, F./MANACORDA, S. (dirs.), 2017, pp. 1-20. Sobre la contaminación histórica en Derecho español, ARROYO ZAPATERO, L./DE PABLO SERRANO, A. L./GIMENO BEVIÁ, J., Historical pollution in Spain: a powerful legal framework, en CENTONE, F./MANACORDA, S. (dirs.), 2017, pp. 265-306.

<sup>30</sup> Hay diversas propuestas en este punto, con diversos nombres y matices de contenido: delito de expolio indígena (KOFELE-KALE, N., Patrimonicide: the international economic crime of indigenous spoliation, en: *Vanderbilt journal of transnational law*, 1995, Vol. 28, No. 1, p. 45 y ss), delito de patrimonicidio (NIETO MARTÍN, A., Bases para un futuro Derecho penal internacional del medio ambiente, en: *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma*, 16 (2012), p. 152) o delito de expolio de recursos naturales (CASTILLO MONTERREY, M. A., Expolio y recuperación de las riquezas nacionales. Nuevos retos para el derecho penal internacional online, <https://gredos.usal.es/handle/10366/121347>, pp. 241 y ss; DE PABLO SERRANO, A., Hacia la responsabilidad (penal) de empresas multinacionales por corrupción medioambiental, en DEL CARPIO-DEGADO, J. (dir.) / DE PABLO SERRANO, A. (coord.), *Criminalidad en un mundo global. Criminalidad de empresa, transnacional, organizada y recuperación de activos* (publicación comprometida).

<sup>31</sup> NIETO MARTÍN, A., El Derecho penal internacional del cambio climático, en MUÑOZ DE MORALES, M. (ed.), *Hacia el Derecho Penal Internacional del medio ambiente*, próxima publicación, p. 19.

internacionales (“*core crimes*”), mientras que en un segundo nivel estarían otros ecocrímenes de menor entidad tanto de desvalor de acción como de resultado, e incluso con bienes jurídicos protegidos de menor relevancia.

Trazada esta distinción, es preciso detenernos y, como dice MÉGRET, preguntarnos y seleccionar bien qué atentados medioambientales deben ser la punta de lanza de nuestras propuestas y de este movimiento social y académico en favor de un Derecho penal internacional del medioambiente. Este debería centrarse en los crímenes medioambientales verdaderamente graves (“*truly grave*”)<sup>32</sup>, y aquellos que reúnan más consenso. Hay que combinar ambición y realismo al mismo tiempo, para sortear los obstáculos del camino. En este sentido, sin duda, el ecocidio será la mejor carta que jugar: las propuestas doctrinales para su tipificación son variadas y sólidas, y han avanzado en alguna ocasión (HIGGINS) muchos pasos hasta la Comisión de Derecho Internacional. El ecocidio podría convertirse, por lo tanto, en el primer crimen internacional del medio ambiente y en el quinto crimen internacional, como una norma de *ius cogens* con efectos *erga omnes*, con todas las implicaciones que ello conlleva. Como dice BASSIOUNI<sup>33</sup>, la consideración de una conducta como crimen internacional de *ius cogens* nos obliga, por solidaridad humana, a perseguir estas conductas y juzgar a los responsables, en respuesta a la justicia, la memoria y la reparación que merecen sus víctimas.

A falta de estas nuevas figuras de Derecho penal internacional del medio ambiente, en el entorno de la Corte Penal Internacional se vislumbran tímidos cambios positivos, como la reciente reclamación (“*Policy paper on case selection and prioritisation*”, de 2016) del Fiscal de la Corte para priorizar la persecución de casos en los que se haya producido “destrucción medioambiental, explotación ilegal de recursos naturales o desposesión ilegal de tierras”<sup>34</sup>.

---

<sup>32</sup> MÉGRET, F., <https://ssrn.com/abstract=1583610>; 05/03/2020, p. 19.

<sup>33</sup> BASSIOUNI, M. C., International Crimes: Jus Cogens and Obligatio Erga Omnes, en: *Law and Contemporary Problems*, Vol. 59, Num. 4 (Fall 1996), p. 66. El mismo en *Searching for Peace and Achieving Justice: The Need for Accountability*, en: *Law and Contemporary Problems*, Vol. 59, Num. 4 (Fall 1996), pp. 17, 18 y 27.

<sup>34</sup> CORTE PENAL INTERNACIONAL, Policy paper on case selection and prioritisation, [https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/20160915\\_OTP-Policy\\_Case-Selection\\_Eng.pdf](https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/20160915_OTP-Policy_Case-Selection_Eng.pdf), 2016, p. 14. Sobre este documento de priorización, más ampliamente, SMART, S., Cambio de foco en la priorización de casos de la Corte Penal Internacional: Los delitos ambientales, en: *Anuario de Derechos Humanos*, n° 13 (2017), pp. 123-133

## 2. Sanciones: reparación del daño ambiental y recuperación de activos

La creación de un Derecho penal internacional medio ambiental canalizado a través de las propuestas típicas examinadas, posibilitaría la reparación de los daños producidos y la recuperación de activos de los agentes responsables (funcionarios corruptos y/o empresas multinacionales). La persecución de estos crímenes no solo pretende imputar responsabilidad a las empresas responsables -mirando al pasado-, sino también, y sobre todo, devolver a las comunidades afectadas los frutos y activos generados por las actividades abusivas y expoliadoras sobre los recursos naturales que constituían su riqueza nacional<sup>35</sup>, de tal forma que se combinen las funciones punitiva, preventiva y reparadora/restaurativa. El foco de la justicia ambiental y del régimen sancionatorio debe ponerse en los intereses de las víctimas y comunidades afectadas. En el ámbito del derecho ambiental, el régimen de sanciones debe ser pionero e imaginativo. NIETO MARTÍN menciona varios ejemplos de sanciones, desde una perspectiva de justicia restaurativa-comunitaria-horizontal<sup>36</sup>, que pueden ser de utilidad a la hora de delimitar el catálogo sancionatorio de los crímenes internacionales contra el medioambiente: a) multas en beneficio de la comunidad; b) *equity fine*; c) intervención comunitaria de las víctimas en la gestión de la empresa<sup>37</sup>.

## 3. Jurisdicción penal internacional del medio ambiente

La responsabilidad penal en este marco punitivo internacional se exigiría por tribunales internacionales. Frente a los ataques universales contra los derechos humanos y contra el medio ambiente, “cesa la soberanía medioambiental”<sup>38</sup>, cimentada en la titularidad de los propios recursos, de tal modo que la jurisdicción sobre estas conductas es universal. En diversas ocasiones la *Asociación Internacional de Derecho Penal (AIDP)* ya ha advertido de la necesidad de afrontar la criminalidad ambiental más grave,

---

<sup>35</sup> CASTILLO MONTERREY, M. A., Expolio y recuperación de las riquezas nacionales. Nuevos retos para el derecho penal internacional online, <https://gredos.usal.es/handle/10366/121347>, pp. 285 y ss. También MARTIN-CHENUT, K., L’affaire Chevron-Texaco et l’apport des projets de Conventions Écocrimmes et Écocie à la responsabilisation pénale des entreprises transnationales, en NEYRET, L. (dir.), 2015, p. 85.

<sup>36</sup> Cfr. NIETO MARTÍN, A., Justice restaurative et sanctions pour un droit pénal international de l’environnement, en NEYRET, L. (dir.), 2015, pp. 194-196.

<sup>37</sup> Vid. NIETO MARTÍN, A., Empresas, víctimas y sanciones restaurativas: ¿Cómo configurar un sistema de sanciones para personas jurídicas pensando en sus víctimas?, en DE HOYOS SANCHO, M. (coord.), La Víctima del Delito y las Últimas Reformas Procesales Penales, Navarra, Aranzadi-Thomson Reuters, 2017, pp. 315-330. El mismo también en Justice restaurative et sanctions pour un droit pénal international de l’environnement, en NEYRET, L. (dir.), 2015, pp. 200-202.

<sup>38</sup> NIETO MARTÍN, A., en: Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma, 16 (2012), p. 147.

el ecocidio, a partir de la jurisdicción universal o supranacional, atribuyendo conocimiento a la Corte Penal Internacional, que actuaría asistida por una Fiscalía especializada y un grupo de investigadores<sup>39</sup>. Otra opción sería la creación de un nuevo Tribunal Penal Internacional para el medio ambiente (con su propio Estatuto y Convenio); hay ejemplos de ello: por un lado, la “Carta de Bruselas” de 2014 proponía la creación de un Tribunal Penal Europeo (en el seno del Tribunal de Justicia de la Unión Europea o como un tribunal especializado independiente) y una Corte Penal Internacional del medio ambiente y la salud (con competencias para perseguir el crimen de “catástrofe medioambiental”)<sup>40</sup>; por otro, el proyecto francés de Convención de ecocidio, que hemos comentado más arriba, contempla la creación de una Corte Penal Internacional para el medio ambiente, complementaria de las jurisdicciones nacionales, con competencias para juzgar el ecocidio. En última instancia, una solución mixta sería una sección u organización autónoma (“*new chamber*”) para asuntos medioambientales integrada en la Corte Penal Internacional, evitando así una multiplicación de jurisdicciones penales internacionales<sup>41</sup>.

Nosotros creemos que la dificultad de reformar el Estatuto de Roma para asignar competencia sobre la persecución y el enjuiciamiento de crímenes ambientales a la Corte Penal Internacional (así como la dificultad inicial de incluir estos delitos en el catálogo de ilícitos del art. 7), recomiendan salir de la senda del Estatuto y de la Corte, recorriendo otro camino -no más sencillo de transitar que el anterior, ciertamente- con un Convenio específico y un Tribunal Penal Internacional medioambiental o para asuntos de medio ambiente que tuviera competencia para juzgar los crímenes medioambientales (ecocidio, delito ecológico transfronterizo, expolio).

---

<sup>39</sup> *Vid.*, por todos, DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., El derecho al ambiente: su protección por el derecho penal, en: e-*Revue Internationale de Droit Pénal*, 2017, pp. 17-20. La Convención de Ecocidio también contempla la creación, dentro del Tribunal Penal Internacional para el medio ambiente -art. 18-, de una Fiscalía internacional medioambiental -art. 17- y de un grupo de expertos para la investigación del medioambiente -art. 20.

<sup>40</sup> Online: <http://www.ieb.be/IMG/pdf/sign20form209309.pdf> (29/02/2020). A favor también de un Tribunal Internacional para el Medioambiente, con un estatus similar a la Corte Penal Internacional, WHITE, R./KRAMER, R., en: *Critical Criminology*, 2015, vol. 23, issue 4, p. 392.

<sup>41</sup> Así, SOTIS, C., *Juger des crimes environnementaux internationaux: Approche juridictionnelle et institutionnelle*, en NEYRET, L. (dir.), 2015, p. 218; DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Hacia un derecho penal internacional medioambiental: catástrofes ambientales y «ecocidio»*, en DEMETRIO CRESPO, E./NIETO MARTÍN, A. (dirs.), *Derecho penal económico y derechos humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 274; RAUXLOH, R., *The role of international criminal law in environmental protection*, en BOTCHWAY, F. N. (ed.), *Natural Resource Investment and Africa's Development (New Horizons in Environmental and Energy Law)*, Cheltenham (Great Britain). Edward Elgar Publishing, 2011, p. 451.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

AA.VV, *Projet de Convention contre l'écocide (Convention Écocide)*, en NEYRET, L. (dir.), *Des écocrimmes à l'écocide. Le droit penal au secours de l'environnement*. Bruselas. Bryulant, 2015.

- *Projet de Convention contre la criminalité environnementale (Convention Écocrimmes)*, en NEYRET, L. (dir.), *Des écocrimmes à l'écocide. Le droit penal au secours de l'environnement*. Bruselas. Bryulant, 2015.

AGNEW, R., *The ordinary acts that contribute to ecocide: A criminological analysis*, en SOUTH, N./BRISMAN, A. (Eds.), *Routledge international handbook of green criminology*, 2013.

ARROYO ZAPATERO, L./DE PABLO SERRANO, A. L./ GIMENO BEVIÁ, J., *Historical pollution in Spain: a powerful legal framework*, en CENTONE, F./MANACORDA, S. (dirs.), *Historical Pollution. Comparative legal responses to environmental crimes*. Suiza. Springer. 2017.

BASSIOUNI, M. C., *International Crimes: Jus Cogens and Obligatio Erga Omnes*, en: *Law and Contemporary Problems*, Vol. 59, Num. 4 (Fall 1996).

- *Searching for Peace and Achieving Justice: The Need for Accountability*, en: *Law and Contemporary Problems*, Vol. 59, Num. 4 (Fall 1996).

BERAT, L., *Defending the right to a healthy environment: Toward a crime of genocide in international law*, en: *Boston University International Law Journal*, Vol. 11, 1993.

BRISMAN, A., *Of theory and meaning in green criminology*, en: *International Journal for Crime, Justice and Social Democracy*, 2014, 3(2).

CASTILLO MONTERREY, M. A., *Expolio y recuperación de las riquezas nacionales. Nuevos retos para el derecho penal internacional online*, <https://gredos.usal.es/handle/10366/121347>

CENTONE, F./MANACORDA, S. (dirs.), *Preventing and sanctioning Historical Pollution beyond Criminal Law: an introduction*, en CENTONE, F./MANACORDA, S. (dirs.), *Historical Pollution. Comparative legal responses to environmental crimes*. Suiza. Springer. 2017.

CHO, B-S., *Emergence of an International Environmental Criminal Law?*, *Journal UCLA Journal of Environmental Law and Policy*, 19(1).

CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS, *Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas*, JOHN RUGGIE. *Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para "proteger, respetar y remediar"*, [http://www2.ohchr.org/SPdocs/Business/A-HRC-17-31\\_sp.doc](http://www2.ohchr.org/SPdocs/Business/A-HRC-17-31_sp.doc). Aprobado por la Resolución 17/4 de 16 de junio de 2012.

CORTE PENAL INTERNACIONAL, *Policy paper on case selection and prioritisation*, [https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/20160915\\_OTP-Policy\\_Case-Selection\\_Eng.pdf](https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/20160915_OTP-Policy_Case-Selection_Eng.pdf), 2016.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., *El derecho al ambiente: su protección por el derecho penal*, en: *e-Revue Internationale de Droit Pénal*, 2017.

DE PABLO SERRANO, A., *Hacia la responsabilidad (penal) de empresas multinacionales por corrupción medioambiental*, en DEL CARPIO-DEGADO, J. (dir.) / DE PABLO SERRANO, A. (coord.), *Criminalidad en un mundo global. Criminalidad de empresa, transnacional, organizada y recuperación de activos (publicación comprometida)*.

DE SCHUTTER, O., *Towards a Legally Binding Instrument on Business and Human Rights*, en: *CRIDHO Working Paper 2015/2*, pp. 1-45 (online: <https://ssrn.com/abstract=2668534>; 02/03/2020).

DE VICENTE MARTÍNEZ, R., Hacia un derecho penal internacional medioambiental: catástrofes ambientales y «ecocidio», en DEMETRIO CRESPO, E./NIETO MARTÍN, A. (dirs.), Derecho penal económico y derechos humanos, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

DELMAS-MARTY, M., Préface, en NEYRET, L. (dir.), Des écocrimes à l'écocide. Le droit penal au secours de l'environnement. Bruselas. Bryulant, 2015 (traducción en español: "Introducción", en MUÑOZ DE MORALES, M. (ed.), Hacia un Derecho Penal Internacional del Medio Ambiente (próxima publicación).

GARCÍA RUIZ, A., Green Criminology. El ruido: un intruso en el Derecho penal medioambiental. BdeF Editores, Madrid, 2017.

- Del Ecocidio y los procesos migratorios a la opacidad de la victimización ecológica, en: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2018, núm. 20-11.

GAUGER, A./RABATEL-FERNEL, M. P./KULBICKI, L./SHORT, D./HIGGINS, P., Ecocide is the Missing 5th Crime against Peace. The Ecocide Project. Human Rights Consortium, School of Advanced Study, University of London, 2012, [https://sas-space.sas.ac.uk/4830/1/Ecocide\\_research\\_report\\_19\\_July\\_13.pdf](https://sas-space.sas.ac.uk/4830/1/Ecocide_research_report_19_July_13.pdf).

GRAY M. A., The International Crime of Ecocide, en: California Western International Law Journal, Vol. 26 [1995], No. 2, Art. 3.

GUAMÁN HERNÁNDEZ, A., Deber de vigilancia, derechos humanos y empresas transnacionales: un repaso a los distintos modelos de lucha contra la impunidad, en: Homa Publica: Revista internacional de derechos humanos e empresas, vol. 2, nº 1 (2018).

GUAMÁN, A./MORENO, G., El fin de la impunidad. La lucha por un Instrumento Vinculante sobre Empresas Transnacionales y Derechos Humanos. Navarra, Icaria, 2017.

HERNÁNDEZ ZUBIZARRETA, J., Las empresas transnacionales frente a los derechos humanos: historia de una asimetría normativa. De la responsabilidad social corporativa a las redes contrahegemónicas transnacionales. Bilbao. Hegoa, 2009.

HIGGINS, P., Eradicating Ecocide: laws and governance to prevent the destruction of our planet. 2<sup>nd</sup> ed., Londres, Shephard Walwyn Publishers Ltd, 2015.

INTERNATIONAL LAW COMMISSION, Report of the International Law Commission on the Work of its 71st Session' (29 April-7 June and 8 July-9 August 2019) UN Doc. A/74/10, <https://undocs.org/en/A/74/10> (05/03/2020).

KOFELE-KALE, N., Patrimonicide: the international economic crime of indigenous spoliation, en: Vanderbilt journal of transnational law, 1995, Vol. 28, No. 1.

LYNCH, M. J./STRETESKY, P. B., The Meaning of Green: Contrasting Criminological Perspectives, en: Theoretical Criminology, 2003, 7(2).

MARTENS, J./SEITS, K., The Struggle for a UN Treaty. Towards global regulation on human rights and business. Nueva York, Rosa Luxemburg Stiftung—New York Office y Global Policy Forum, 2016.

MARTIN-CHENUT, K., L'affaire Chevron-Texaco et l'apport des projets de Conventions Écocrimes et Écocie à la responsabilisation pénale des entreprises transnacionales, en NEYRET, L. (dir.), Des écocrimes à l'écocide. Le droit penal au secours de l'environnement. Bruselas. Bryulant, 2015.

MÉGRET, F., The Challenge of an International Environmental Criminal Law, April 2, 2010 (online: <https://ssrn.com/abstract=1583610>; 05/03/2020).

NATALI, L., The contemporary horizon of green criminology, en SOUTH, N./BRISMAN, A. (eds.), Routledge International Handbook of Green Criminology. Abingdon, Routledge, 2012.

- The contribution of Green Criminology to the analysis of Historical Pollution, en CENTONE, F./MANACORDA, S. (dirs.), Historical Pollution. Comparative legal responses to environmental crimes. Suiza. Springer. 2017.

NIETO MARTÍN, A., Bases para un futuro Derecho penal internacional del medio ambiente, en: Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma, 16 (2012).

- Justice restaurative et sanctions pour un droit pénal international de l'environnement, en NEYRET, L. (dir.), Des écocrimmes à l'écocide. Le droit penal au secours de l'environnement. Bruselas. Bryulant, 2015.
- Empresas, víctimas y sanciones restaurativas: ¿Cómo configurar un sistema de sanciones para personas jurídicas pensando en sus víctimas?, en DE HOYOS SANCHO, M. (coord.), La Víctima del Delito y las Últimas Reformas Procesales Penales, Navarra, Aranzadi-Thomson Reuters, 2017.
- El Derecho penal internacional del cambio climático, en MUÑOZ DE MORALES, M. (ed.), Hacia el Derecho Penal Internacional del medio ambiente, próxima publicación.

NURSE, A. Green criminology: shining a critical lens on environmental harm, en: Palgrave Commun 3, 10 (2017).

RAUXLOH, R., The role of international criminal law in environmental protection, en BOTCHWAY, F. N. (ed.), Natural Resource Investment and Africa's Development (New Horizons in Environmental and Energy Law), Cheltenham (Great Britain). Edward Elgar Publishing, 2011.

SERVI, A., Derecho Ambiental Internacional, en: Revista de Relaciones Internacionales, volumen 7 (núm. 14), 1998.

SMART, S., Cambio de foco en la priorización de casos de la Corte Penal Internacional: Los delitos ambientales, en: Anuario de Derechos Humanos, nº 13 (2017).

SOTIS, C., Juger des crimes environnementaux internationaux: Approche juridictionnelle et institutionnelle, en NEYRET, L. (dir.), Des écocrimmes à l'écocide. Le droit penal au secours de l'environnement. Bruselas. Bryulant, 2015.

SOUTH, N., A green field for criminology? A proposal for a perspective, en: Theoretical Criminology, 1998, 2 (2).

- Green Criminology: Reflections, Connections, Horizons, en: International Journal for Crime, Justice and Social Democracy, 2014, 3 (2).

VILLANUEVA NEMESIO, I., Strengthening Environmental Rule of Law: Enforcement, Combatting Corruption, and Encouraging Citizen Suits, en: Georgetown International Environmental Law Review, vol. 27 (2015).

WHITE R., Transnational Environmental Crime. Toward an Eco-global Criminology. Willan. Londres, 2011.

- The Conceptual Contours of Green Criminology, en WALTERS R./WESTERHUIS D.S./WYATT, T. (eds), Emerging Issues in Green Criminology. Critical Criminological Perspectives. Londres, Palgrave Macmillan, 2013.

WHITE. R./KRAMER, R., Critical Criminology and the Struggle Against Climate Change Ecocide, en: Critical Criminology, 2015, vol. 23, issue 4.

\* \* \* \* \*

## Prof. Dr. Daniel Fernández Bermejo

Profesor Contratado Doctor, Univ. a Distancia de Madrid (UDIMA), España. Socio de la FICP.

### ~Los tipos agravados en el delito fiscal. El artículo 305.1 bis del Código Penal~

#### I. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 305.1 BIS CP.

En primer lugar, cabe destacar que en el ámbito tributario, la LGT señala como agravantes de las infracciones, con el efecto de producir un incremento de la cuantía de la sanción inicialmente prevista, la comisión repetida, el perjuicio económico y el incumplimiento sustancial de la obligación de facturación o documentación.

En este sentido, existirá comisión repetida cuando el sujeto infractor hubiera sido sancionado por una infracción de la misma naturaleza, ya sea leve, grave o muy grave, en virtud de resolución firme en vía administrativa dentro de los cuatro años anteriores a la comisión de la infracción.

La agravante consistente en perjuicio económico para la Hacienda Pública se determinará por el porcentaje resultante de la relación existente entre la base de la sanción y la cuantía total que hubiera debido ingresarse en la autoliquidación, o por la adecuada declaración del tributo o el importe de la devolución inicialmente obtenida.

El incumplimiento sustancial de la obligación de facturación o documentación se entenderá producida cuando dicho incumplimiento afecte a más del 20 por ciento del importe de las operaciones sujetas al deber de facturación en relación con el tributo u obligación tributaria y período objeto de la comprobación o investigación, o cuando, como consecuencia de dicho incumplimiento, la Administración tributaria no pueda conocer el importe de las operaciones sujetas al deber de facturación.

Pues bien, en el ámbito penal, la reforma operada por LO 7/2012, de 27 de noviembre, introdujo el art. **305.1 bis** CP de la siguiente manera:

*"1. El delito contra la Hacienda Pública será castigado con la pena de prisión de dos a seis años y multa del doble al séxtuplo de la cuota defraudada cuando la defraudación se cometiere concurriendo alguna de las circunstancias siguientes:*

*a) Que la cuantía de la cuota defraudada exceda de seiscientos mil euros.*

*b) Que la defraudación se haya cometido en el seno de una organización o de un grupo criminal.*

*c) Que la utilización de personas físicas o jurídicas o entes sin personalidad jurídica interpuestos, negocios o instrumentos fiduciarios o paraísos fiscales o territorios de nula tributación oculte o dificulte la determinación de la identidad del obligado tributario o del responsable del delito, la determinación de la cuantía defraudada o del patrimonio del obligado tributario o del responsable del delito”.*

Puede apreciarse que se contempla un tipo agravado con varias modalidades, castigado con una pena de prisión de hasta seis años, lo que supone la extensión del plazo de prescripción a diez años, a tenor de lo dispuesto en el art. 131 CP, y atribuye la competencia para el enjuiciamiento a la Audiencia Provincial, al superar los cinco años de prisión en abstracto.

El artículo 305 bis del Código Penal regula el tipo agravado de delito fiscal, que fue introducido en la reforma de 2012 a través de la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre. El objeto fundamental de la inserción de dicho tipo, según la Exposición de Motivos, es *“tipificar las conductas de mayor gravedad o de mayor complejidad en su descubrimiento, que se sancionan con una pena máxima de seis años, lo que, por aplicación del artículo 131 del Código Penal, llevaría aparejado el aumento del plazo de prescripción a diez años para dificultar la impunidad de estas conductas graves por el paso del tiempo”*.

Con la nueva redacción se logra destacar de manera autónoma las circunstancias agravantes, incrementándose a su vez la pena máxima que queda elevada hasta un máximo de 6 años de prisión y un séxtuplo de la cuota defraudada, lo cual, en armonía con lo dispuesto en el art. 131 CP, lleva aparejado el aumento el plazo de prescripción a 10 años. A estas penas habría que sumar las sanciones accesorias, tales como la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas, y la pérdida del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante un periodo de cuatro a ocho años.

Ahora bien, algunas de estas modalidades ya existían de algún modo antes de la reforma operada por la LO 7/2012, de 27 de diciembre, concretamente, en el artículo 305 CP, como circunstancias agravantes específicas. Tras dicha reforma, tales

circunstancias ostentan la categoría de subtipos agravados, toda vez que el apartado 2 del art. 305 bis CP señala que “*a los supuestos descritos en el presente artículo les serán de aplicación todas las restantes previsiones contenidas en el art. 305 CP*”.

Hemos de señalar que en todos los supuestos del 305 bis deben darse todos los requisitos del tipo básico del 305, y además, como podrá intuirse, les serán aplicables las circunstancias atenuantes y agravantes genéricas contempladas en el Libro 1 del CP - arts. 21 y 22-. En este sentido, en palabras de MONTAÑÉS PARDO, “*La vinculación a los hechos se extiende a todos los elementos fácticos del delito, el grado de perfección del mismo, la participación concreta del inculpado, las circunstancias agravantes sean genéricas o constitutivas del tipo, y, en definitiva, todos aquellos datos de hecho de los que ha de depender la específica responsabilidad penal que se imputa*”<sup>1</sup>.

En cuanto a la naturaleza jurídica de los subtipos agravados en el delito fiscal, el Tribunal Supremo ha señalado que si bien “*existe una discusión doctrinal en torno a su naturaleza jurídica como agravante específica o subtipo cualificado de defraudación, configuración ésta última que es la prevalente, compartiendo la misma naturaleza que los supuestos previstos en el art. 250 respecto a la estafa y apropiación indebida, de tal consideración como tipo cualificado -conductas que configuran o tipifican por sí mismas el hecho delictivo -se deriva que su mera existencia presume una actitud dolosa y por tanto la comisión del delito, que la pena se determine a partir del límite establecidos para estos -pena base (de uno a cuatro años) en su mitad superior- entre dos años y seis meses y cuatro años-, y que en la graduación de la pena a imponer se tengan en cuenta las reglas previstas para la concurrencia de circunstancias genéricas -lo que no sucedería, en el caso de calificarse como una circunstancia agravante. En relación a su fundamento responde a la idea de castigar con mayor pena las conductas descritas, que denotan la existencia de una mayor gravedad o peligrosidad, así como una mayor facilidad comisiva, facilitando la impunidad de la conducta, tratando de conseguir a través de las mismas aumentar la eficacia preventiva y a la vez represiva del precepto*” (Sentencia del Tribunal Supremo núm. 974/2012, de 5 de diciembre, FJ Vigésimoquinto).

---

<sup>1</sup> Cfr. MONTAÑÉS PARDO, M.A.: Las garantías constitucionales en el proceso penal. El principio acusatorio, en: Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional, 1, 2002.

## 1. Los supuestos agravados: modalidades.

### a) *Que la cuota defraudada exceda de seiscientos mil euros.*

La letra a) del artículo 305 bis CP regula el tipo agravado relativo a aquellos supuestos en los que la cuantía de la cuota defraudada supere los 600.000 euros como nuevo límite objetivo. Con anterioridad a la reforma, la agravante consistía en aquellos supuestos de “*especial trascendencia y gravedad de la defraudación*”. Ahora, esta previsión se sustituye por una circunstancia objetiva, una cuantía establecida como umbral mínimo de la cuota defraudada, para cuando esta exceda de 600.000 euros.

Este subtipo agravado ha venido siendo avalado por la jurisprudencia, que precisamente exigía la superación de la barrera de los 600.000 euros de cuota defraudada. En realidad esta modalidad, introducida por la reforma operada por la LO 7/2012, ha venido a legalizar lo que en la práctica suponía una aplicación práctica judicial. Y es que esta cuantía mínima de 600.000 euros fue sugerida por la jurisprudencia<sup>2</sup>, como resultado de multiplicar por cinco la cuantía básica de 120.000 euros configurada en el tipo básico del delito fiscal del art. 305.1 CP.

---

<sup>2</sup> Entre otras, la STS de 19 de enero de 2012, establecía que “*No existen precedentes en la Sala que se pronuncien sobre los criterios a seguir para apreciar que estamos ante el supuesto de especial trascendencia y gravedad de la defraudación atendiendo al importe de lo defraudado. No nos sirve el criterio cuantitativo determinado y previsto en los delitos contra el patrimonio ya que en ellos se parte de bases absolutamente dispares, en cuanto en esas figuras delictivas, con independencia de la cuantía, siempre constituiría una infracción penal, que será delito si supera los 400 euros y falta si no alcanza esa suma, a diferencia del delito fiscal que solo es infracción penal, como delito, a partir de los 120.000 euros; igualmente difieren en los bienes jurídicos que se pretende proteger, sin que pueda olvidarse que de seguirse una mera regla de tres con aplicación del criterio que se recoge en el artículo 250.5º del Código Penal, se exigiría una suma defraudada de más de 15.000.000 de euros lo que supondría tanto como hacer ilusoria la aplicación de esta agravante específica, que supondría un hecho imposible difícilmente alcanzable. El Tribunal de instancia explica, en la página 37 de la sentencia recurrida, que procede apreciar la especial gravedad atendiendo que en el Impuesto sobre el Valor Añadido la suma defraudada fue de 402.555,65 euros que triplica con creces la referencia de los 120.000 euros. Con relación al Impuesto de Sociedades no se aprecia la especial gravedad en el delito correspondiente al ejercicio de 1995 ya que la suma defraudada lo fue de 205.480,62 euros, esto es no dobla los 120.000 euros y por el contrario sí se aprecia en el Impuesto de Sociedades del ejercicio 1996 ya que la suma defraudada lo fue de 749.888,42 euros. Razones de lógica y ponderada aplicación de esta agravante específica, atendido el principio de seguridad jurídica para el logro de la debida unificación en la aplicación de las normas, nos lleva a considerar que debe existir un criterio que justifique la agravación.*

*Con esas miras, se han tenido en cuenta las cuantías defraudadas en los diferentes delitos fiscales de que ha conocido esta Sala desde el año 1990, siempre que se hubieran superado los 120.000 euros que actualmente constituyen el listón para apreciar el delito contra la Hacienda Pública. Se han examinado las cuantías de un total de 108 cuotas, referidas a los distintos impuestos, en las que se superaba los 120.000 euros y la cuantía defraudada total sumaba 56.064.694,70, es decir, más de 56 millones de euros que si se dividen por 108 nos da una media de cuota defraudada de 519.117,54. La agravante tiene que estar por encima de esa media, que supera el resultado de multiplicar por cuatro la cuantía exigida para que la defraudación puede ser constitutiva de delito. Así las cosas, atendido que el artículo 305 del Código Penal, en lo que se refiere a la cuota defraudada, exige una especial trascendencia y gravedad de la defraudación para imponer la pena en la mitad superior, pena que podría alcanzarse aunque no*

Ciertamente, esta previsión favorece su aplicación al incorporarse un importe cierto y determinado, en lugar de hallarse al albur de la consideración judicial por la abstracción que implicaba la expresión “especial trascendencia y gravedad”. Ahora el precepto introduce una dosis importante de seguridad jurídica, ya que el tipo agravado no queda al albur de posibles fluctuaciones jurisprudenciales, y el umbral económico establecido viene a constituir una condición objetiva de procedibilidad y punibilidad<sup>3</sup>.

Repárese, no obstante, que en estos casos no es posible acumular *cuotas defraudadas* para aplicar el tipo agravado, y hay que atenerse a cada concepto y período impositivo por el que se imponga la condena, de tal manera que sólo aquellas *cuotas defraudadas* que superen la cuantía indicada en el artículo 305 bis del CP son susceptibles de integrarlo<sup>4</sup>. En este sentido, resulta relevante lo dispuesto por la STS 31/2012, de 19 de enero, al sostener que:

*"Razones de lógica y ponderada aplicación de esta agravante específica, atendido el principio de seguridad jurídica para el logro de la debida unificación en la aplicación de las normas, nos lleva a considerar que debe existir un criterio que justifique la agravación. Con esas miras, se han tenido en cuenta las cuantías defraudadas en los diferentes delitos fiscales de que ha conocido esta Sala desde el año 1990, siempre que se hubieran superado los 120.000 euros que actualmente constituye el listón para apreciar el delito contra la Hacienda Pública. Se han examinado las cuantías de un total de 108 cuotas, referidas a distintos impuestos, en las que se superaba los 120.000 euros y la cuantía defraudada total sumaba 56.064.694,70, es decir más de 56 millones de euros que si se dividen por 108 nos da una media de cuota defraudada de 519.117,54.*

---

*concurriese agravante alguna, se considera adecuada y proporcionada a esa especial trascendencia la suma que resulte de multiplicar por cinco el límite de los 120.000 euros, es decir, seiscientos mil euros, que supera en bastante la media a la que se hacía antes referencia".*

<sup>3</sup> Vid. FERRÉ OLIVÉ, J.C.: Tratado de los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 547.

<sup>4</sup> En este sentido cabe destacar la Sentencia del Tribunal Supremo nº. 31/2012, de 19 enero, que disponía que “en el supuesto que examinamos en el presente recurso, sólo se supera esa cuantía en el Impuesto de Sociedades del ejercicio 1996, ya que la suma defraudada lo fue de 749.888,42 euros. No sucede lo mismo en el Impuesto del Valor Añadido, en el que la suma defraudada lo fue de 402.555,65 euros, en el que se aplicó la agravante por el Tribunal de instancia. Ello determina que se estime parcialmente el motivo, dejándose sin efecto la agravante apreciada en el Impuesto del Valor Añadido, debiéndose reducir la pena impuesta por ese delito a la que corresponda sin la mencionada agravante”. (FJ Séptimo).

*La agravante tiene que estar por encima de esa media, que supera el resultado de multiplicar por cuatro la cuantía exigida para que la defraudación pueda ser constitutiva de delito.*

*Así las cosas, atendido que el artículo 305 del Código Penal, en lo que se refiere a la cuota defraudada, exige una especial trascendencia y gravedad de la defraudación para imponer la pena en la mitad superior, pena que podría alcanzarse aunque no concurriese agravante alguna, se considera adecuada y proporcionada a esa especial trascendencia la suma que resulte de multiplicar por cinco el límite de los 120.000 euros, es decir, seiscientos mil euros, que supera en bastante la media a la que se hacía antes referencia.*

*En consecuencia, en el supuesto que examinamos en el presente recurso, sólo se supera esa cuantía en el Impuesto de Sociedades del ejercicio 1996, ya que la suma defraudada lo fue de 749.888,42 euros. No sucede lo mismo en el Impuesto del Valor Añadido, en el que la suma defraudada lo fue de 402.555,65 euros, en el que se aplicó la agravante por el Tribunal de instancia.*

*Ello determina que se estime parcialmente el motivo, dejándose sin efecto la agravante apreciada en el Impuesto del Valor Añadido, debiéndose reducir la pena impuesta por ese delito a la que corresponda sin la mencionada agravante".*

En síntesis, el TS considera que no se pueden sumar las cuantías defraudadas por los distintos delitos para hallarnos en presencia de una agravante por superar los 600.000 euros. Es decir, permite “fraccionar el delito” sin que sea posible la figura del delito continuado.

De otro lado, si atendemos la literalidad del precepto, se hace referencia a la cuantía de 600.000 euros como “cuota defraudada”, y no menciona el importe no ingresado -las retenciones o ingresos a cuenta- ni de devoluciones o beneficios fiscales indebidamente obtenidos o disfrutados. Por tanto, el hecho de no ingresar de forma fraudulenta retenciones en una cuantía superior a 600.000 euros, salvo que se realice en el seno de una organización o grupo criminal o mediante de personas interpuestas, no sería una conducta punible en el tipo agravado<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> Al respecto, vid. RODRÍGUEZ ALMIRÓN, F.J.: Aspectos controvertidos en los delitos contra la Hacienda Pública, en Revista Aranzadi Doctrinal, nº 5, 2017.

***b) Que la defraudación se haya cometido en el seno de una organización o de un grupo criminal.***

La letra b) del art. 305 bis CP incorpora un subtipo agravado que atiende a una defraudación que “*se haya cometido en el seno de una organización o grupo criminal*”. En la redacción anterior, el Código preveía una circunstancia agravante con otra denominación, cual era la “*existencia de una estructura organizativa que afecte o pueda afectar a una pluralidad de obligados tributarios*”. Tal previsión queda ahora suprimida, pero se incrementa el reproche penal por la existencia de una estructura organizativa que facilite o puede facilitar la comisión de la defraudación tributaria.

Ciertamente, este novedoso subtipo agravado debe interpretarse en una clave teleológica, de manera que no resulta suficiente para su aplicación la mera identificación de una organización o grupo criminal; sino que lo que se exige es la existencia de una estructura organizativa funcional, es decir, una estructura que pretenda dificultar el descubrimiento del fraude tributario. Este subtipo resultará de aplicación preferente a quienes defrauden a través de organizaciones que comercialicen facturas falsas de IVA<sup>6</sup>, por ejemplo.

Para la apreciación de este tipo agravado resulta fundamental precisar lo que debemos entender por organización y grupo criminal. Para ello debemos acudir a lo dispuesto en los artículos 570 bis y 570 ter del Código Penal. Concretamente, para la comprensión del concepto penal de lo que es una organización habrá de atenderse al concepto incluido en el art. 570 bis CP, y para la comprensión del grupo criminal, habrá que acudir al art. 570 ter. Así, el art. 570 bis 1, segundo párrafo, señala que “*a los efectos de este Código se entiende por organización criminal la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos*”. Repárese que, aunque a efectos del delito de defraudación tributaria es suficiente con la calificación indistinta (de organización o de grupo criminal) para integrar el tipo agravado; la Sala Segunda del Tribunal Supremo viene precisando los rasgos comunes y diferenciales de estas formas de realización delictiva.

En este sentido, debe diferenciarse entre *delincuencia empresarial y organización criminal*. La empresa que delinque adopta un punto de partida puramente económico,

---

<sup>6</sup> Vid. MORALES PRATS, F.: De los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social, en Quintero Olivares, G. (Dir.): Comentarios al Código Penal Español. Aranzadi, Navarra, 2016, p. 1099.

realizando la actividad propia de una sociedad mercantil y, de manera superficial o secundaria utiliza la estructura empresarial para delinquir. En cambio, la organización criminal se constituye específicamente para delinquir.

Cabe afirmar que la organización criminal no constituye un fin en sí misma, sino que es un instrumento para cometer otro delito de distinta naturaleza, y que en gran medida pueda afectar al Derecho penal tributario.

Por otra parte, el art. 570 ter 1, último párrafo, prescribe que *“a los efectos de este Código se entiende por grupo criminal la unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal definida en el artículo anterior, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos”*.

Conviene traer a colación la Circular 2/2011 de la Fiscalía General del Estado, sobre la reforma del Código Penal por la Ley Orgánica 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales. Veamos el contenido parcial de algunas de sus conclusiones:

*PRIMERA.- “(...) propósito de combatir adecuadamente las distintas manifestaciones del complejo fenómeno de la criminalidad organizada, no sólo en lo que se refiere a la delincuencia organizada transnacional, sino también en relación con la pequeña criminalidad organizada de ámbito territorial más limitado y cuyo objetivo es la comisión de delitos menores”.*

*SEGUNDA.- “Con el objeto de diferenciar las grandes organizaciones criminales de aquellas otras sustentadas en una estructura organizativa relativamente simple, los Sres. Fiscales cuidarán de valorar el alcance y/o intensidad de los elementos definidores del tipo del art. 570 bis y de cualesquiera otros que se detecten para graduar la pena a imponer en función de las circunstancias concurrentes, de manera que la mayor peligrosidad de una organización criminal evidenciada en una estructura considerablemente compleja, una mayor profesionalidad, una implantación geográfica extensa o su carácter transnacional, se corresponda con la aplicación de las sanciones penales más graves, pues el incremento punitivo viene justificado en tales casos por el mayor contenido del injusto”.*

CUARTA.- *"El artículo 570 ter define el grupo criminal como una figura de carácter residual frente al de organización criminal, que si bien coincide con la organización en el sentido de conformarse por la unión de más de dos personas y tener por finalidad la perpetración concertada de delitos o reiterada de faltas, se construye sobre las notas negativas de no concurrencia de alguna o algunas de las características de la organización criminal, concretamente el carácter estable o la estructura organizativa con reparto coordinado de tareas o funciones, ateniéndose los Sres. Fiscales a los criterios interpretativos que del concepto de grupo criminal ofrece esta Circular".*

QUINTA.- *"El art. 570 ter CP distingue la respuesta punitiva a partir exclusivamente de la naturaleza y gravedad de las infracciones criminales que el grupo pretenda cometer. No obstante, dicho precepto sigue el criterio del art. 570 bis al establecer una penalidad superior para los tipos cualificados, previendo el apartado segundo la aplicación de las penas del apartado primero en su mitad superior, o las penas superiores en grado cuando concurren dos o más de tales circunstancias. Cuando la finalidad del grupo criminal sea la de cometer delitos de variada índole, los Sres. Fiscales, valorando las circunstancias concurrentes, tomarán en consideración el más grave de ellos conforme al orden establecido en el precepto para determinar la disposición a aplicar a los sujetos activos, valorando que la finalidad primordial del grupo sea la de cometer ese tipo de delitos y no que dicha actuación ilícita se haya realizado de forma esporádica o circunstancial".*

SÉPTIMA.- *"La coexistencia del delito de asociación ilícita con el delito de organización criminal puede plantear un conflicto de normas cuando el supuesto examinado pueda ser calificado simultáneamente conforme a lo previsto en los arts. 515.1 y 570 bis CP, esto es, en el supuesto de asociaciones ilícitas cuyo objeto exclusivo y finalidad directa sea la comisión de ilícitos penales. En este supuesto, los Sres. Fiscales aplicarán el criterio de alternatividad previsto en el art. 8.4 CP, de conformidad con lo establecido en el art. 570 quáter CP, de modo que deberán aplicar el tipo con pena más grave, esto es, el art. 570 bis".*

OCTAVA.- *"Siendo los tipos de organización y grupo criminal autónomos respecto de los delitos para cuya comisión se constituyen, se apreciará por los Sres. Fiscales la existencia de un concurso real de delitos entre los tipos previstos*

*en los art. 570 bis o 570 ter y los concretos ilícitos penales ejecutados en el seno de la organización o grupo criminal o a través de las mismas, sin perjuicio, en todo caso, de que la responsabilidad del sujeto activo por los concretos delitos o faltas cometidos en el seno de la agrupación delictiva deba sujetarse a las reglas generales de autoría y participación en el concreto hecho delictivo cometido, y salvo en determinados supuestos en que se haya previsto un subtipo agravado por pertenencia a organización o grupo criminal como se expone en la presente Circular".*

*NOVENA.- "La pertenencia del sujeto activo a una organización y/o grupo criminal es objeto de subtipos agravados en relación con una serie de delitos cuya perpetración en grupos más o menos organizados es especialmente habitual. En tales supuestos se produce un concurso de normas con el delito de pertenencia o dirección de organización o grupo criminal previstos en los arts. 570 bis y 570 ter, pues precisamente la agravación de la pena en el delito específico correspondiente obedece al aumento del injusto que supone la pertenencia a una organización o grupo criminal, cuya existencia facilita la comisión de actividades ilícitas, asegura la eficacia de las mismas y favorece la impunidad de sus autores. Para resolver el conflicto, sin vulnerar el principio non bis in idem, los Sres. Fiscales cuidarán de aplicar, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 570 quáter CP, conforme al criterio de alternatividad, un concurso de delitos entre el art. 570 bis o el art. 570 ter, en su caso, y el tipo correspondiente al delito específicamente cometido con todas sus circunstancias si bien prescindiendo de la agravación específica de organización, cuando la pena así aplicada sea superior a la que prevé el subtipo agravado".*

Esta modalidad resulta de muy reducida aplicación penal, ya que la jurisprudencia, con carácter general, para considerar que existe delito de asociación ilícita exige no sólo convenio para delinquir, sino también estabilidad de la organización y estructura jerarquizada. En la *praxis*, por lo general, no se tratará de organizaciones con fines delictivos sino de una organización con fines lícitos, la cual comete además este delito. En el fraude carrusel, en cambio, sí se constituye la organización con la única intención de delinquir.

Y es que con relativa frecuencia, el delito fiscal se erige sobre estructuras societarias y/o complejas operaciones negociales que tienen por objeto minorar la carga

tributaria de las operaciones *realmente* realizadas; dificultando su detección y obstruyendo la identificación de las personas *auténticamente* titulares de las manifestaciones de capacidad económica ocultadas en dichas operaciones de genuina *ingeniería elusoria*.

En puridad, cabe destacar que nos hallamos ante un entramado de sujetos que pretenden cometer delitos fiscales, a través de diversos *modus operandi*, entre los que predominan el fraude carrusel, la falsificación de facturas de IVA, el entramado con empresas off shore, etc. Y en relación con el delito de fraude fiscal, lo relevante será que se haya producido la comisión de un delito de fraude contra la Hacienda Pública en el seno de una organización, de manera que el sujeto activo haya intervenido de modo directo en los hechos, y no como un mero integrante de la organización. De otro lado, debe tenerse en cuenta que en virtud de lo dispuesto en el párrafo segundo del art. 570 quáter 2 CP, en casos como los descritos, será de aplicación el concurso de leyes previsto en la regla 4ª del art. 8 CP, en virtud del cual “*el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con pena menor*”.

***c) Que en la defraudación la utilización de personas físicas o jurídicas o entes sin personalidad jurídica interpuestos, negocios o instrumentos fiduciarios o paraísos fiscales o territorios de nula tributación oculte o dificulte la determinación de la identidad del obligado tributario o del responsable del delito, la determinación de la cuantía defraudada o del patrimonio del obligado tributario o del responsable del delito.***

La letra c) del art. 305 bis CP contempla un subtipo agravado que tipifica la “*utilización de personas físicas o jurídicas o entes sin personalidad jurídica interpuestos, de negocios o instrumentos fiduciarios, paraísos fiscales o de territorios de nula tributación*” que oculten o dificulten la determinación de la identidad del obligado tributario o del responsable del delito, la determinación de la cuota o del patrimonio del obligado tributario o del responsable del delito.

El subtipo agravado de esta letra c) se fundamenta en el incremento del desvalor de la acción, esto es, en la mayor peligrosidad objetiva de la conducta defraudatoria, que se pone de manifiesto cuando el sujeto utiliza alguno de los medios o instrumentos contemplados en el precepto, dificultando de ese modo la identificación del obligado tributario o del responsable del delito, la determinación de la cuota o del patrimonio de ese obligado o responsable.

En esta modalidad, resulta necesaria la presencia de un interviniente que sea cómplice y que contribuya, de esta manera, en la ulterior comisión de un delito, colaborando o participando en el fraude fiscal bajo la forma del “*extraneus*”. Ello no quiere decir que la delimitación entre la cooperación necesaria y la complicidad simple en este delito deba establecerse en atención a este subtipo agravado, por lo que habrá que estarse al caso concreto y castigar penalmente las distintas formas de participación delictiva en los tipos penales correspondientes, ya sea el tipo básico, agravado o atenuado.

En la versión anterior a la reforma operada por la LO 7/2012, este subtipo agravado se limitaba al uso de personas interpuestas que pudiese llegar a dificultar la identificación del obligado tributario, siendo aplicable tanto para los casos de personas físicas como jurídicas.

Sin embargo, tras la reforma, el precepto se refiere ahora explícitamente tanto al empleo de personas físicas como de personas jurídicas o de entes sin personalidad jurídica interpuestos para ocultar la verdadera situación tributaria. Pero se alude, además, a la utilización de instrumentos fiduciarios o de paraísos fiscales o de nula tributación. Esta modalidad resulta aplicable aquellos supuestos en los que la ocultación de la identidad del obligado tributario o del responsable se produce por la utilización de las conocidas como “sociedades pantalla o fachada”. A este respecto, conviene mencionar la teoría del levantamiento del velo en las sociedades, con el fin de atribuir la autoría de la defraudación tributaria en relación con ciertos tributos. Esta teoría tiende a identificar a las personas físicas que se ocultan bajo la apariencia de una sociedad, que persiguen algunos fines ilícitos. Por ello, resultará necesario analizar cada caso concreto y comprobar si la sociedad en cuestión se trata de una mera ficción o si, por el contrario, ostenta una actividad real en el tráfico jurídico mercantil, sometida al Impuesto de Sociedades y a las relaciones jurídico-tributarias con la Hacienda Pública.

Cabe afirmar que la finalidad de estos medios, instrumentos o artificios, no se limita a mantener la opacidad del obligado tributario o del responsable del delito, ya que puede perseguir otra finalidad.

Por otro lado, respecto de los paraísos fiscales y territorios de nula tributación, para su identificación hay que acudir a la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas de prevención del fraude fiscal, cuya Disposición Adicional Primera establece una serie de conceptos interpretativos de gran utilidad. En efecto, al margen de remitir a la

determinación reglamentaria de países o territorios, añade una serie de criterios, tales como la inexistencia de convenios que eviten la doble imposición internacional, la inexistencia de un intercambio efectivo de información tributaria o bien *“cuando en el país o territorio de que se trate no se aplique un impuesto idéntico o análogo al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, al Impuesto sobre Sociedades o al Impuesto sobre la Renta de no Residentes, según corresponda”*.

En relación a la utilización de paraísos fiscales, más bien se trataría de “territorios opacos”, al referirse a países que no colaboran con las Haciendas, ni tan siquiera con los tribunales de otros países.

Ahora bien, este subtipo no es extensible a cualquier supuesto de mera o simple interposición societaria, sino a aquellos particularmente elaborados y complejos. Como se destaca en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 512/2017, de 5 septiembre, *“(…) nuestra jurisprudencia ha sido restrictiva a la hora de considerar aplicable el citado subtipo penal agravado del antiguo artículo 305.1. a) del CP, distinguiendo la mera utilización de la sociedad interpuesta como mecanismo para la acción defraudatoria, de la utilización de la entidad interpuesta como medio para facilitar la impunidad. De este modo la jurisprudencia viene diferenciando la utilización sencilla de una sociedad interpuesta, de los auténticos mecanismos de compleja ingeniería financiera, los llamados "entramados societarios". Reserva nuestro Tribunal Supremo estos últimos supuestos al citado subtipo penal agravado. Así se indica en la sentencia del T. Supremo de 5 de diciembre de 2012, Caso Ballena Blanca, ponente Excmo. Sr. Berdugo. En el presente caso estamos muy lejos del citado "entramado financiero", siendo así que únicamente contamos con una sociedad interpuesta, radicada en una paraíso fiscal como es Panamá, denominada Ancona Corporation S.A.”* (FJ Segundo).

## **2. A modo conclusión.**

Puede apreciarse que la redacción del artículo 305.1 bis CP hace alusión a tres tipos agravados que se erigen como un mayor desvalor de la conducta punible, y que tras la última reforma penal se ha visto atendida esta situación estableciendo un límite mínimo a imponer por el nuevo art. 305 bis de dos años de prisión, a diferencia de las leyes anteriores que disponían mínimos punitivos que oscilaban entre los 2 años, 6 meses y un día de prisión (LO 15/2003) y tres años y un día (LO 5/2010), y un máximo de seis años de prisión, como se ha indicado. Ahora bien, esta reducción del límite

inferior punitivo a los 2 años de prisión no es en absoluto una cuestión que resulte ociosa, por cuanto que para el eventual condenado por un delito contra la Hacienda Pública del tipo agravado, este límite permitirá una condena cuya ejecución pueda dejarse en suspenso (ex art. 80.2.2ª CP). De igual manera, la apreciación de una atenuante muy cualificada permitirá la rebaja en grado de la pena, por lo que si partimos de una pena mínima de 2 años de prisión, resultará más beneficioso que su rebaja desde los 2 años y 6 meses (LO 15/2003) o desde los 3 años de prisión (LO 5/2010). Así, aplicando las reglas penológicas de la norma punitiva, la pena mínima de 2 años de prisión posibilitaría, en caso de apreciación de una atenuante muy cualificada, la imposición de una pena de prisión de entre 1 y 2 años (en caso de rebaja en un grado) o de entre 6 meses y 1 año de prisión (en caso de rebaja en dos grados).

En esta tesitura, podríamos plantearnos realmente si tratándose de un tipo de delito fiscal agravado, la pena establecida en su límite mínimo permite la no entrada en prisión del sujeto activo del delito. Esto es así y puede que conjugue con los instrumentos y fines del Derecho penal, más aún para delincuentes “fiscales”, que sufren la amenaza del *ius puniendi* ante situaciones de hecho de naturaleza tributaria. No olvidemos que la finalidad de la Administración tributaria será recaudar, valiéndose de la maquinaria pesada del Estado: el Derecho penal. Pero el objetivo y fin último del legislador penal español y de la Administración tributaria no es, de manera directa, que un defraudador ingrese en prisión, tanto en su modalidad básica como agravada. Quizá por ello el legislador parece proteger las defraudaciones de más de 600.000 euros de cuota defraudada, así como cuando existen testaferros de por medio o se cometan en el seno de una organización criminal.

En este sentido encontramos la STS 31/2012, de 19 enero, que imponiendo el tipo agravado al sujeto activo del delito, le aplica la atenuante de la “pena de banquillo”, dejando la pena prisión de dos años en suspenso, lo que impide la entrada en un establecimiento penitenciario para cumplir condena -cumpliendo los requisitos establecidos en los arts. 80 y ss., del CP-. Así, se dispone que "*Que debemos condenar y condenamos a Gervasio , en concepto de autor de un delito contra la Hacienda Pública (derivado del incumplimiento de la obligación de abonar la cuota debida en concepto de Impuesto sobre el Valor añadido Ejercicio 1995), tipo agravado por la especial trascendencia y gravedad de la defraudación atendiendo al importe de lo defraudado,*

*ya definido, apreciando la atenuante analógica de dilaciones indebidas, como muy cualificada, a las penas de prisión menor de dos años".*

Empero, el legislador penal elevó el límite superior de la pena de 5 a 6 años, para el tipo agravado, para poder sancionar aquellas conductas más graves -dentro de los tipos agravados- de aquellos defraudadores fiscales, de modo que tiene un doble efecto sustancial: la consideración, llegado el caso -si supera los 5 años de prisión- de pena grave<sup>7</sup> en lugar de menos grave, y la ampliación del plazo de prescripción de 5 a 10 años<sup>8</sup>, para todos los casos agravados, toda vez que para calcular el plazo de prescripción se atiende a la pena en abstracto.

\* \* \* \* \*

---

<sup>7</sup> En ese sentido, señala el CP en su artículo 33.2 b) que es pena grave “*la prisión superior a cinco años*”. En cambio, será pena menos grave, en virtud del artículo 33.3. a) “*la prisión de tres meses hasta cinco años*”.

<sup>8</sup> Señala el artículo 133. 1 que “*Las penas impuestas por sentencia firme prescriben:*

- I.** *A los 30 años, las de prisión por más de 20 años.*
- II.** *A los 25 años, las de prisión de 15 o más años sin que excedan de 20.*
- III.** *A los 20, las de inhabilitación por más de 10 años y las de prisión por más de 10 y menos de 15.*
- IV.** *A los 15, las de inhabilitación por más de seis años y que no excedan de 10, y las de prisión por más de cinco años y que no excedan de 10.*
- V.** *A los 10, las restantes penas graves.*
- VI.** *A los cinco, las penas menos graves.*
- VII.** *Al año, las penas leves”.*

## Prof. Dr. Gorgonio Martínez Atienza

Prof. de la Univ. Nacional de Educación a Distancia (UNED). Socio de la FICP

### ~Acoso escolar~

#### I. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS DEL ACOSO ESCOLAR

##### 1. Concepto

El acoso escolar, denominado también *bullying*, es un fenómeno que conoce las primeras investigaciones y estudios en 1978 de la mano de Dan OLWEUS, que lo define como aquella conducta que consiste en la persecución física y/o psicológica que realiza un alumno sobre otro, al que elige como víctima de repetidos ataques. Para referirse a dicho alumno que lleva a cabo la persecución intencionada, utiliza el término bullí. El acosador es aquel que aprovechando la timidez o debilidad de la víctima, pretende provocar en ella un efecto intimidatorio de forma que ésta, atemorizada, siga sufriendo el hostigamiento sin tener valor alguno para enfrentarse a él o denunciarlo. Entiende que hay victimización por *bullying* cuando «un alumno está expuesto repetidamente y a lo largo del tiempo a acciones negativas de otro o de un grupo de estudiantes». Esta definición incluye los tres elementos que caracterizan el *bullying*: Debe existir la intencionalidad de agredir a la víctima, la agresión debe ser repetida en el tiempo y debe existir un desequilibrio de poder entre agresor y víctima.

Actualmente el acoso escolar constituye una de las mayores amenazas en los centros escolares, y se concreta a aquellas conductas de maltrato entre escolares llevadas a cabo de forma reiterada y continuada en el tiempo con la intención de causar un mal a la víctima, a través de agresiones físicas, verbales y sociales. A. OÑATE CANTERO e I. PIÑUEL Y ZABALA definen este fenómeno como “un continuado y deliberado maltrato verbal y modal que recibe un niño por parte de otro u otros que se comportan con él cruelmente con el objeto de someterlo, apocarlo, asustarlo, amenazarlo y que atentan contra la dignidad del niño”.

M. SCHÄFER describe el acoso escolar como “la cruda violencia de un grupo contra un individuo, encubierto por los compañeros de escuela y que toleran los profesores”.

J. M. MARTÍNEZ AVILÉS considera como *bullying* “a la intimidación y el maltrato entre escolares de forma repetida y mantenida en el tiempo, siempre lejos de la mirada

de los adultos/as, con la intención de humillar y someter abusivamente a una víctima indefensa por parte de un abusón o grupo de matones a través de agresiones físicas, verbales y/o sociales con resultados de victimización psicológica y rechazo grupal”.

M. J. DÍAZ-AGUADO dice que el acoso escolar es un “fenómeno que forma parte habitual de la cultura escolar tradicional, puesto que a lo largo de su vida y en la escuela todos los alumnos parecen tener contacto con él, en sus distintos papeles, como víctimas, agresores o espectadores”.

J. M. FERRO VEIGA apunta que el bullying “es cualquier forma de maltrato psicológico, verbal o físico producido entre escolares de forma reiterada a lo largo de un tiempo determinado. Es una especie de tortura metódica y sistemática en la que el agresor sume a menudo a la víctima con el silencio, la indiferencia o la complicidad de otros compañeros”.

J. M. FANJUL DÍAZ define el acoso escolar o bullying entre alumnos como “un acto degradante, físico o psíquico (empujones, insultos, amenazas, etc.), grupal o individual (puede realizarse por un colectivo o por una sola persona) que, continuado y repetido temporalmente, ataca la dignidad humana de la persona produciendo el menoscabo de la misma”.

La Instrucción de la FGE 10/2005 de 6 de octubre de 2005, sobre el tratamiento del acoso escolar desde el sistema de justicia juvenil, sostiene que el acoso escolar se caracteriza por la repetición en el tiempo de agresiones físicas, amenazas, vejaciones, coacciones, insultos o aislamiento deliberado de la víctima, con el deseo consciente de herir, amenazar o asustar por parte de un alumno, que tendría el papel de dominante, a otro, que adquiriría el papel de sumiso. “Todas las modalidades de acoso son actos agresivos en sentido amplio, ya sean físicos, verbales o psicológicos, aunque no toda agresión da lugar a acoso”.

La SAP de Madrid de 11 de mayo de 2012, define el acoso escolar o bullying como una conducta de persecución física y/o psicológica intencionada y reiterada o repetida durante algún tiempo. Es así preciso que la parte actora acredite cumplidamente la situación de acoso mantenido, para determinar si la actuación del Centro Escolar y su profesorado fue o no negligente, pues para la apreciación del acoso escolar no es suficiente un incidente aislado, sino varias actuaciones mantenidas en el tiempo, esto es, una persistencia en la agresión, todo ello, presidido por la voluntad de causar un mal

(daño o miedo) a la víctima y situarla en un plano de inferioridad respecto del agresor o de un grupo.

Entendemos que el acoso escolar queda definido por “una conducta de conjunto violenta de carácter físico, verbal, psicológico o social, prolongada en el tiempo y en un contexto educativo, que atenta intencionadamente contra la dignidad del menor”.

## 2. Características

Son características del acoso escolar el espacio en el que tiene lugar, la reiteración en el tiempo, la intención de dañar y la posición asimétrica.

### *a) Espacio en el que tiene lugar*

El espacio donde se desarrolla el acoso escolar normalmente es el centro educativo (*bullying*), pero el uso de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación por los menores ha llevado a que la víctima pueda sentirse acosada también fuera del centro (*ciberbullying*).

El *cyberbullying* es definido por PATCHIN e HINDUJA, como el «daño intencional y repetido infligido a través del medio del texto electrónico». Además de los elementos intencionalidad, repetición y uso de las TIC, añaden el desequilibrio de poder, definiéndolo como «una acción agresiva e intencional, desarrollada por un grupo o un individuo, usando formas electrónicas de contacto, repetidas veces a lo largo del tiempo contra una víctima que no puede defenderse fácilmente». El *cyberbullying* seguiría caracterizándose por conductas centradas en atormentar, amenazar, humillar, hostigar o molestar al menor, pero estas ya no tienen como ámbito la escuela ni ningún otro espacio físico, sino el ciberespacio, lo cual conlleva que cambien los autores, las causas y las consecuencias de esta forma de acoso (agresión anónima, sin restricciones espaciales ni temporales); y es distinto al *cyberstalking*, que engloba las conductas de acoso u hostigamiento continuado a adultos en el ciberespacio, así como del *cyberharassment* que suele emplearse para referirse a actos concretos y no continuados de *bullying* o *stalking* en el ciberespacio.

El hecho de que el Código Penal no contenga una regulación expresa del *cyberbullying* y *cyberharassment*, no supone un obstáculo a la hora de castigar muchos de los ataques que los menores pueden sufrir a través del ciberespacio, pues los tribunales acuden en estos casos a los delitos contra la integridad moral para sancionar este tipo de cibercrímenes sociales. Así, cuando hay un acoso de estas características

realizado de forma permanente o continuada en el tiempo, dará lugar a la aplicación del párrafo 1º del art. 173 CP según la SAP de Ávila de 20 de octubre de 2008, y añade que el tipo básico de los delitos contra la integridad moral se aplicará en concurso con los correspondientes tipos penales «de lesiones, amenazas o coacciones...».

Actualmente nos encontramos también por un lado, con el *happy slapping*, que en español puede traducirse como “paliza feliz” (básicamente se trata de la grabación por parte de menores mediante un dispositivo móvil de un asalto a manos del acosador o acosadores a la víctima, con la finalidad de difundir dichas imágenes o grabaciones en una situación ridícula y así poder avergonzarla), y por otro con el *sexting*, que se trata de un comportamiento relacionado con la libertad sexual de menores de edad (básicamente se trata de la difusión o publicación en el ciberespacio por parte de menores, de fotografías o vídeos propios tomadas por ellos mismos con contenido de tipo sexual, a las cuales pueden acompañar textos obscenos con la finalidad de conocer personas o enviar mensajes de amor o de odio).

#### ***b) Reiteración en el tiempo***

Solo el conjunto de actos integrantes de la conducta puede determinar su ilegalidad, siendo el elemento de la reiteración parte integrante del tipo y el que produce el resultado querido por el acosador, que es el de hacer sentir a su víctima vulnerable, y bajo su control. La SAP de Madrid de 15 de noviembre de 2010, declara que “no es suficiente un incidente aislado, sino varias actuaciones mantenidas en el tiempo, esto es, una persistencia en la agresión, todo ello, presidido por la voluntad de causar un mal -daño o miedo- a la víctima y situarla en un plano de inferioridad respecto del agresor o de un grupo”.

#### ***c) Intención de dañar***

Las conductas llevadas a cabo por el acosador, consistentes en vejaciones, humillaciones y agresiones reiteradas en el tiempo, se realizan con el claro propósito de destruir a la víctima -intención de perjudicar y actitud dolosa con las conductas agresivas-.

La LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, establece en su art. 1 que se aplicará para exigir la responsabilidad de las personas mayores de catorce años y menores de dieciocho por la comisión de hechos tipificados como delitos en el Código Penal o en las leyes penales especiales; y las

personas a las que se aplique la presente Ley gozarán de todos los derechos reconocidos en la Constitución y en el ordenamiento jurídico, particularmente en la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, así como en la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 (se deberán adoptar todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger a los niños - seres humanos menores de 18 años- contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, teniendo en cuenta siempre el interés superior del menor; y se adoptarán cuantas medidas sean adecuadas para velar porque la disciplina escolar se administre de modo compatible con la dignidad humana del niño) y en todas aquellas normas sobre protección de menores contenidas en los Tratados válidamente celebrados por España (los menores de 14 años son inimputables y sus conductas no pueden encontrar una respuesta penal). La responsabilidad penal de los menores presenta, frente a la de los adultos, un carácter primordial de intervención educativa; y en relación con los menores de catorce años que cometen infracciones, las mismas encuentran una respuesta adecuada en los ámbitos familiar y asistencial civil, sin que sea necesaria la intervención del aparato judicial sancionador del Estado. La LORRPM determina que cuando el responsable de los hechos cometidos sea un menor de dieciocho años, responderán solidariamente con él de los daños y perjuicios causados sus padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho, por este orden; y cuando éstos no hubieren favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave, su responsabilidad podrá ser moderada por el Juez según los casos.

La LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, establece en su art. 1 que es de aplicación a los menores de dieciocho años que se encuentren en territorio español, salvo que en virtud de la ley que les sea aplicable hayan alcanzado anteriormente la mayoría de edad. En relación con la responsabilidad civil de los menores, hemos de tener en consideración el art. 1903 CC, que en su apartado 1º establece la responsabilidad civil extracontractual por hecho ajeno, la cual se contempla como una responsabilidad por riesgo o cuasi objetiva, sin que sea permitido oponer la falta de imputabilidad en el autor material del hecho, al dimanar la responsabilidad de culpa propia del guardador por omisión del deber de vigilancia o de educar (STS, Sala 1ª, de 16 de mayo de 2000). Declara la STS, Sala 1ª, de 8 de marzo de 2006, que: “La

responsabilidad declarada en el art. 1903 CC, aunque sigue a un precepto que se basa en la responsabilidad por culpa o negligencia, no menciona tal dato de culpabilidad y por ello se ha sostenido que contempla una responsabilidad por riesgo o cuasi objetiva, justificándose por la trasgresión del deber de vigilancia que a los padres incumbe sobre los hijos sometidos a su potestad con presunción de culpa en quien la ostenta y la inserción de ese matiz objetivo en dicha responsabilidad, que pasa a obedecer a criterios de riesgo en no menor proporción que los subjetivos de culpabilidad, sin que sea permitido ampararse en que la conducta del menor, debido a su escasa edad y falta de madurez, no puede calificarse de culposa, pues la responsabilidad dimana de culpa propia del guardador por omisión del deber de vigilancia”.

#### *d) Posición asimétrica*

El agresor o agresores ocupan un lugar privilegiado respecto a sus víctimas; el desequilibrio en el acoso escolar se fundamenta en la posición de superioridad en la que se encuentra el acosador frente a la víctima, ya sea debido a su popularidad en el grupo, su mayor fuerza física, etc. La FGE en la citada Instrucción 10/200525, señala al respecto que “la nocividad del acoso escolar alcanza incluso a los menores que como testigos mudos sin capacidad de reacción lo presencian, pues por un lado se crea un ambiente de terror en el que todos se ven afectados como víctimas en potencia, y por el otro, estos menores están expuestos al riesgo de asumir una permanente actitud vital de pasividad, cuando no de tolerancia, hacia la violencia y la injusticia”.

La existencia del permanente abuso de poder por parte del acosador hace que la víctima se sienta inferior ante este, encontrando una gran dificultad para defenderse por sí mismo y sintiéndose, en cierto modo, desvalido ante quienes le hostigan.

## **II. PROTECCIÓN JURÍDICO-PENAL DEL ACOSO ESCOLAR**

El delito de acoso escolar no se encuentra tipificado de forma expresa en ningún precepto de nuestro Código, provocando su falta de tipicidad concreta graves problemas a la hora de identificarlo, aunque la Jurisprudencia ha determinado prima facie los criterios de determinación de la conducta típica, sus características particulares y la penalidad que corresponde. Así, la mayoría de los casos de bullying y cyberbullying han sido tipificados por los Tribunales como delitos contra la integridad moral cuando la conducta constitutiva de acoso da lugar al grave menoscabo contra la integridad y dignidad de la víctima. Por el contrario, cuando no ha sido apreciado este grave

menoscabo contra la integridad moral, ha sido de aplicación la falta vejaciones (hoy delito leve de vejaciones), el delito de amenazas y el delito de descubrimiento y revelación de secretos especialmente en los casos de ciberbullying (el conjunto de las acciones determina la tipicidad de las mismas, así como la gravedad del delito y de la pena correspondiente a imponer). Además, los órganos judiciales han apreciado en la mayoría de los supuestos el concurso entre diversos tipos penales para una misma conducta de acoso, puesto que lo más usual será encontrarnos con casos en los cuales, las acciones reiteradas que dan lugar al acoso, aisladamente consideradas, afecten a bienes jurídicos diferentes.

Resulta de especial relevancia para el enjuiciamiento de los casos de acoso escolar el párrafo 1º del art. 173.1 CP, pues los Tribunales han acudido a él en la mayoría de los casos. Tipifica la conducta consistente en infligir a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral. El precepto representa, según el Tribunal Supremo, “el tipo básico de las conductas incluidas dentro del Título VII del Libro II del Código Penal”.

### **III. INTEGRIDAD MORAL Y TRATO DEGRADANTE**

#### **1. Integridad moral**

El art. 15 CE reconoce a todos el derecho a la integridad moral y proscribire con carácter general los tratos degradantes. La integridad moral es un atributo de la persona, como ente dotado de dignidad por el solo hecho de serlo; la garantía constitucional de la dignidad, implica la proscripción de cualquier uso instrumental de un sujeto y de la imposición al mismo de algún menoscabo que no responda a un fin constitucionalmente legítimo y legalmente previsto (STS, Sala 2ª, de 3 octubre de 2001).

Tanto la CE como el CP configuran la integridad moral como una realidad axiológica, propia, autónoma e independiente (STS, Sala 2ª, de 10 de octubre de 2008); 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 (STS, Sala 2ª, de 28 de noviembre de 2007). La integridad moral estaría compuesta por vía negativa por elementos subjetivos, tales como los constituidos por la humillación o vejación sufrida por la víctima que se ve tratada de forma instrumental y desprovista de su dignidad, pudiendo, además, concurrir la nota del dolor físico, y también por elementos objetivos en

referencia a la forma y modo en que se produce el ataque (STS, Sala 2ª, de 22 de febrero de 2005).

M. I. RODRÍGUEZ MESA define la integridad moral como “el conjunto de sentimientos, ideas y vivencias cuyo equilibrio, al facilitar al individuo la opción de unas posibilidades frente a otras, permite la unicidad de cada uno de los seres humanos y su libre desarrollo de acuerdo a su condición de persona. El respeto al contenido de este derecho exige pues, la no alteración o intromisión en la esfera interna del individuo, la inviolabilidad de su conciencia, y un trato acorde a su condición de persona lo que impide que pueda ser rebajado o degradado a una condición inferior”.

Los elementos que conforman el concepto de atentado contra la integridad moral, según lo declarado en la STS, Sala 2ª, de 2 de abril de 2013, son los siguientes: Un acto de claro e inequívoco contenido vejatorio para el sujeto pasivo del delito, un padecimiento físico o psíquico en dicho sujeto y un comportamiento que sea degradante o humillante e incida en el concepto de dignidad de la persona afectada por el delito. Y en cuanto al resultado exige el precepto que el trato degradante menoscabe gravemente la integridad moral, lo que excluiría los supuestos banales o de menor entidad.

En relación con la gravedad de una conducta degradante, declaran las SSTs, Sala 2ª, de 2 de abril de 2013 y de 8 de mayo de 2014, que ha de estarse al conjunto de las circunstancias en cada caso, entre las que se incluyen: la duración de los malos tratos, sus efectos sobre la integridad física y mental de quien los sufre, así como los relativos al sexo, edad, preparación, nivel cultural o el estado de salud de la víctima, en definitiva, al conjunto de circunstancias de todo tipo en que se producen.

El art. 175 CP tipifica de manera subsidiaria los atentados contra la integridad moral cometidos por los funcionarios públicos, que comprenden un acto de claro e inequívoco sentido vejatorio, un procedimiento físico o psíquico y un comportamiento que sea degradante e incida en el concepto de dignidad de la persona afectada por el delito (STS, Sala 2ª, de 16 de abril de 2003). La integridad moral como manifestación directa de la dignidad humana, comprende tanto las facetas de la personalidad como las de la identidad individual, el equilibrio físico, la autoestima o el respeto ajeno que debe acompañar a todo ser humano, de suerte que cualquier conducta arbitraria de agresión o ataque ejecutada por funcionario público abusando de su cargo que, sin causar lesión y por las circunstancias que lo rodean de cierta intensidad, causa humillación, quebranto degradante de tales componentes personales a través de dichos efectos y con finalidades

distintas de las comprendidas en el art. 174 CP, presuponga, fuerce o compela al agredido o sufridor de aquellos a actuar en una determinada dirección contra su voluntad o conciencia, encajaría en el art. 175 CP, dado que, aunque lo sea con carácter residual, en el mismo se tipifica un delito especial impropio (STS, Sala 2ª, de 2 de noviembre de 2004).

El art. 176 CP tipifica un supuesto de comisión por omisión de atentado contra la integridad moral por autoridad o funcionario público, que a efectos penales son considerados como tales los determinados en el art. 24 CP.

En el art. 177 CP se establece la compatibilidad del ataque a la integridad moral con el resultado lesivo, por lo que al tratarse de entidades delictivas independientes, con bienes jurídicos de distinta naturaleza, es posible su castigo por separado (STS, Sala 2ª, de 31 de mayo de 2003); cuando se quiera proteger un bien jurídico no contemplado en el art. 177 CP, la normativa sobre el concurso de delitos resultará determinante para conseguir una sanción penal de todos aquellos comportamientos ilícitos que ostentan autonomía e independencia y pueden incardinarse en otros tipos penales.

## **2. Trato degradante**

El párrafo 1º del art. 173.1 CP guarda una estrecha relación con el art. 15 CE, en el que se proclama 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 (STS, Sala 2ª, de 3 de marzo de 2009); la degradación debe ponerse en relación con la dignidad de la persona humana, y, con el derecho a la integridad física y moral de la misma, inherente a dicha condición, en cuanto derecho reconocido a todos por el mero hecho de ser personas (arts. 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Fundamentales y de las Libertades Públicas, 5.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 5 de la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos), mediante el cual se protege la inviolabilidad de la persona, no solo contra los ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular (STC 120/1990, de 27 de junio).

El trato degradante está relacionado con sentimientos de humillación, degradación, envilecimiento, instrumentalización -SSTC 65/1986, de 22 de mayo;

89/1987, de 3 de junio; 120/1990, de 27 de junio; 57/1994, de 28 de febrero; y ATC 333/1997- (las conductas activas y pasivas constitutivas de acoso laboral tienen como fin degradar, humillar y privar o limitar la dignidad personal al acosado); apostando la doctrina mayoritaria por un concepto de trato degradante asociado al tradicional tratamiento otorgado a estos comportamientos, que encuentra en la exclusiva idea de provocación, humillación, degradación y envilecimiento el sustrato material de todas estas conductas, así M. GARCÍA ARÁN y D. LÓPEZ GARRIDO destacan la provocación de padecimientos físicos o psíquicos vejatorios; F. MUÑOZ CONDE subraya que la nota característica del trato degradante radica en la provocación de sentimientos de humillación o envilecimiento a través de conductas que a veces irán dirigidas a doblegar la voluntad y otras no; J. MUÑOZ SÁNCHEZ señala que el trato degradante se concreta en un comportamiento que produce, en todo caso, un sentimiento de humillación o sensación de envilecimiento ante los demás o ante sí mismo; C. CONDE-PUMPIDO TOURÓN con base en la jurisprudencia de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo concibe el trato degradante como la reducción de una persona a la condición de objeto (instrumentalización de la persona misma), conclusión que igualmente debe atribuirse a J. QUERALT JIMÉNEZ, cuando incide en la humillación que debe provocar el trato degradante; J. M. TAMARIT SUMALLA alude en exclusiva a las notas de humillación, envilecimiento y reducción del sujeto a la categoría de cosa; y SÁNCHEZ TOMÁS entiende por trato degradante toda conducta dirigida a humillar o envilecer directamente al sujeto pasivo. En contra de este planteamiento mayoritario se pronuncian, M. M. DÍAZ PITA que encuentra en la provocación de humillación y envilecimiento el elemento distintivo entre el delito de coacciones y el delito de trato degradante; J. C. CARBONELL MATEU y J. L. GONZÁLEZ CUSSAC sitúan al mismo nivel tanto la necesidad de que exista una relación de envilecimiento, humillante o indigna, como el hecho de que se persiga someter la voluntad de la víctima.

Trato degradante es todo el que humilla y envilece (STS, Sala 2ª, de 23 de marzo de 1993), supone un menosprecio a la dignidad humana (STS, Sala 2ª, de 22 de septiembre de 1995) e implica una conducta desde la habitualidad, conducta repetida más en relación a situaciones de menor entidad, aunque siempre inherentes a la dignidad, porque suponen en todo caso menosprecio o humillación (SSTEDH de 28 de enero de 1979 y de 25 de febrero de 1982); parece claro que en el propio concepto de "trato" va implícito una pluralidad de actos de cierta duración temporal que

individualmente tendrían por su levedad la consideración de falta, pero que en conjunto la situación tiene la gravedad suficiente para merecer el reproche de un delito. Los tratos degradantes son, en su significado jurídico, nociones graduadas de una misma escala que en todos sus tramos, denotan la causación, sean cuales fueran los fines, de padecimientos físicos o psíquicos ilícitos e infligidos de modo vejatorio para quien los sufre y con esa propia intención de vejar y doblegar la voluntad del sujeto paciente (SSTC 120/1990, de 27 de junio, y, 137/1990, de 19 de julio).

Declaran las SSTS, Sala 2ª, de 22 de enero de 2015, y, de 26 de septiembre de 2016, que: "El núcleo del ataque a la integridad moral es la sensación de humillación y de cosificación que tiene la víctima porque resulta agredida en lo que es más esencial del individuo: su dignidad de ser humano merecedor de respeto por su condición humana".

El delito de trato degradante se configura como un delito doloso de simple actividad que se consuma con la realización de la conducta objetivamente degradante y humillante; la comisión de un trato degradante contiene implícitamente el menoscabo grave de la integridad moral (requiere para su apreciación de la concurrencia de un elemento medial, concretado a infligir a una persona un trato degradante; y, de un resultado de menoscabo grave a su integridad moral), habiendo sido identificada esa integridad protegida con la idea de dignidad e inviolabilidad de la persona. El trato degradante es aquel que puede crear en las víctimas sentimientos de angustia y de inferioridad susceptibles de humillarlas, de envilecerlas y de quebrantar, en su caso, su resistencia física y moral; el núcleo de la descripción típica está integrado por la expresión "trato degradante", que parece presuponer una cierta permanencia, o al menos repetición, del comportamiento degradante, pues en otro caso no habría "trato" sino simplemente ataque.

Apunta A. I. PÉREZ MACHÍO que la integridad moral, como manifestación de la dignidad humana, protegida autónomamente en el art. 173 CP, deberá ser entendida como el derecho a no ser sometido a comportamientos que, dirigidos a humillar y a degradar a la persona, la utilicen como mero instrumento en manos del sujeto activo. Se produce un trato degradante cuando el sujeto activo -abusando de la superioridad fáctica, circunstancial o temporal que le une al sujeto pasivo- inflige sufrimientos y padecimientos de carácter físico, psíquico o de cualquier otra naturaleza que provocan

potencialmente sentimientos de humillación, degradación y envilecimiento de especial intensidad a través de los que -se cosifica e instrumentaliza- al sujeto que los padece.

Nuestra jurisprudencia ha reconocido antes de la reforma penal las dificultades para caracterizar el objeto de protección y la conducta típica del art. 173.1 CP, que al tratarse de un tipo residual se aplica a hechos que no son fácilmente subsumibles en otros tipos penales, o que siéndolo, estos no son capaces de recoger toda la intensidad y gravedad de la agresión a la integridad moral de la víctima, que es sometida de forma intencionada a una situación degradante de humillación e indignidad para la persona humana; el atentado a la integridad moral debe ser grave, debiendo la acción típica ser interpretada en relación con todas las circunstancias concurrentes en el hecho, y es un delito que tiene valor autónomo que le hace compatible con otros delitos (SSTS, Sala 2ª, de 14 de noviembre de 2001, de 8 de mayo de 2002, de 7 de octubre de 2002 y de 30 de junio de 2005).

\* \* \* \* \*

## **Prof. Dr. Gorgonio Martínez Atienza**

Prof. de la Univ. Nacional de Educación a Distancia (UNED). Socio de la FICP

### **~Acoso laboral o *mobbing*~**

#### **I. FENÓMENO INVESTIGADO CON LA ORGANIZACIÓN DEL TRABAJO**

El acoso laboral se ha agudizado con la organización del trabajo, siendo en la década de los 80 cuando despertó el interés científico por su estudio, pues el psiquiatra alemán llamado Heinz LEYMANN utiliza la expresión *mobbing* para referirse al acoso que se produce en los centros de trabajo, con consecuencias perniciosas en el mundo laboral.

La investigación del *mobbing* pone de manifiesto el interés por los estudiosos del mismo de transmitir a la sociedad internacional sus efectos psicosomáticamente traumáticos en el entorno laboral, como lo hizo Heinz LEYMANN en Suecia, Marie-France HIRIGOYEN en Francia, Andrea ADAMS en el Reino Unido, BJORKGVIST en Finlandia, y, György KANCSEK y Peter LIMON en Hungría.

#### **II. TERMINOLOGÍA**

En los estudios dogmáticos del *mobbing*, tanto a nivel nacional como internacional, es frecuente la utilización de una diversidad de términos, como las expresiones “bullying” en Estados Unidos y Australia, “atestar” en Escandinavia y Alemania o Italia, “violencia en el trabajo” en la OIT, “bossing” para la denominación del *mobbing* ascendente, “acoso psicológico y hostigamiento” en el mundo anglosajón, “ijime” se refiere al acoso japonés, etc. Las expresiones más utilizadas para referirse al *mobbing* son las de “acoso psicológico” y “acoso moral”, y entendemos que ambos términos son los que mejor expresan los casos de “*mobbing* o acoso laboral”, que significa “acoso psicológico ejercido por una persona o un grupo sobre otra en el ámbito laboral”, y “acoso moral, que es una expresión más amplia al englobar a aquella por referirse a la vulneración del derecho fundamental de la integridad moral del trabajador.

Entendemos que la denominación sincrética del *mobbing* como acoso laboral en el ámbito privado y acoso institucional o funcional en el ámbito público, comprende tanto el acoso psicológico laboral como el acoso moral laboral, por no ser excluyentes estos términos y sí complementarios, aunque más amplio el segundo; lo que va a determinar que la delimitación o fijación del concepto jurídico de acoso laboral ha de

tener en consideración esta postura intermedia o ecléctica en el sentido de que el mismo es acoso psicológico, esta es la expresión utilizada por J. L. GONZÁLEZ DE RIVERA Y REVUELTA, P. VÁZQUEZ RODRÍGUEZ, M. A. LÓPEZ CABARCOS, S. POLONIA JIMÉNEZ, M. P. RIVAS VALLEJO, I. PIÑUEL Y ZABALA, etc.; y es acoso moral, esta es la expresión utilizada por J. M. VILLEGAS FERNÁNDEZ, C. GRAN PINEDA, M. JURADO SEGOVIA, C. MOLINA NAVARRETE, F. NAVARRO NIETO, S. OLARTE ENCABO, J. AGUSTÍ MARAGALL, F. CAVAS MARTÍNEZ, P. CONDE COLMENERO, L. CORDERO SAAVEDRA, F. DE VICENTE PACHÉS, I. MARÍN ALONSO, M. F. HIRIGOYEN, C. GRAN PINEDA, J. GORELLI HERNÁNDEZ, M. A. LUELMO MILLÁN, S. MORALO GALLEGO, M. A. RUBIO DE MEDINA, M. C. SÁEZ NAVARRO, R. SERRANO OLIVARES, J. A. XIOL RÍOS, M. MORALES ZABALETE, etc.

### III. FIJACIÓN DEL CONCEPTO JURÍDICO

En la construcción de un concepto jurídico del *mobbing* no se debe prescindir de su concepto psicológico o moral, ni de la delimitación conceptual jurídica que del mismo se hace en los estudios dogmáticos sobre la materia y en los pronunciamientos judiciales existentes al respecto, esencialmente en el orden jurisdiccional social, así como en las disposiciones normativas e institucionales relativas al acoso laboral.

Con base en los elementos subjetivos (acosador y acosado), material (hostigamiento con base en conductas activas u omisivas en una relación laboral o de servicio), temporal (prolongación en el tiempo) y locativo (realización en el lugar de trabajo en sentido amplio) que configuran el acoso laboral, fijamos o delimitamos su concepto como, “una conducta activa u omisiva repetida y degradante, realizada durante un tiempo por el acosador o acosadores en el lugar de trabajo donde se desarrolla la relación laboral o de servicio, con la finalidad de que se abandone aquél, que pone en peligro o lesiona la integridad moral y otros derechos fundamentales del acosado o acosados según su gravedad, pudiendo también producir un resultado dañoso personal y material, además de moral”.

Con las nuevas tecnologías de la información y la comunicación el “ciberacoso laboral” (network *mobbing*) cobra especial actualidad, porque el acosador puede dirigirse a cualquier tipo de trabajador con la finalidad de destruir su credibilidad social y profesional, hostigamiento y persecución desapercibida, violencia intensa o extrema prolongada en el tiempo y daño psíquico o moral al mismo.

#### IV. CLASIFICACIÓN

Como en todo tipo de clasificación, se pueden adoptar diversidad de criterios; y consideramos los distintos tipos o modalidades de acoso laboral en función especialmente los criterios siguientes:

##### 1. Sujeto que recibe el acoso laboral

Se distingue el *mobbing* ascendente (uno o varios subordinados ejercen acoso laboral sobre aquella persona que ostenta un rango jerárquico superior), horizontal (es ejercido por un trabajador contra otro compañero del mismo nivel jerárquico), descendente (es ejercido por el trabajador que tiene un nivel jerárquico superior al del trabajador contra el que se ejerce y es conocido como “bossing”) y mixto (es ejercido por el superior jerárquico sobre el subordinado con la colaboración de sus compañeros, o por un compañero sobre otro compañero con consentimiento del superior jerárquico).

##### 2. Grado de afectación de la salud del acosado

Se distingue el *mobbing* de primer grado, de segundo grado, de tercer grado y de cuarto grado, según que la víctima presente daños psicológicos o no.

##### 3. Ámbito laboral en el que se ejerce el acoso laboral

Se distingue el *mobbing* en el sector privado y el *mobbing* en el sector público, según la relación laboral sea privada o de servicio.

#### V. ACOSADOR, ACOSADO Y ORGANIZACIÓN

Los sujetos del *mobbing* son el acosador o sujeto activo que es el único sujeto culpable y el que realiza la actividad o conducta de acoso psicológico o moral laboral de forma individual o colectiva, y el acosado o sujeto pasivo que es el que sufre las consecuencias de aquella de forma individual o colectiva; el sujeto activo puede ser el propio empresario, un superior jerárquico o de hecho u otro trabajador de la empresa; y el sujeto pasivo, acosado o víctima también puede ser cualquiera de las personas determinadas como sujetos activos. En los comportamientos de los protagonistas del acoso psicológico o moral laboral existe una asimetría fácilmente diferenciable, pues las actitudes del acosador son agresivas, habitualmente activas y dominadoras; y las actitudes del acosado son de tipo reactivo o inhibitorio.

La organización existe cuando dos o más personas colaboran laboralmente para alcanzar objetivos comunes que no pueden alcanzarse mediante la iniciativa individual;

y el clima organizacional puede originar comportamientos, conductas y actitudes de enfrentamiento y agresión entre el personal que comprende la organización, que se pueden enmascarar como competitividad y entrega al trabajo y que pueden desembocar en el surgimiento del acoso laboral

## **VI. CONDUCTAS CONSTITUTIVAS DE ACOSO LABORAL Y COMPORTAMIENTOS AFINES**

### **1. Conductas constitutivas de acoso laboral**

Las conductas constitutivas de acoso laboral son, en general, muy sutiles, y por este motivo se hacen muy difíciles de probar en la mayoría de los casos. Estas conductas se concretan a los ataques con medidas organizativas, los ataques a las relaciones sociales de la víctima, los ataques a la vida privada de la víctima y, las agresiones verbales y los rumores; y no debemos de olvidarnos de los actualmente llamados ciberataques, que se producen cuando el medio empleado es uno de los que no ofrecen las tecnologías de la información y la comunicación.

### **2. Comportamientos afines al acoso laboral**

Los comportamientos en los que no se integran los elementos que definen el acoso laboral no son constitutivos del mismo, aunque hay comportamientos lícitos e ilícitos, que presentan una gran afinidad.

No son conductas constitutivas de acoso laboral, además del conflicto laboral, otros riesgos psicosociales como la violencia en el lugar de trabajo, el acoso discriminatorio, el burnout o síndrome de estar quemado por el trabajo, el acoso sexual laboral y el estrés laboral.

## **VII. PROCESO DEL ACOSO LABORAL Y FACTORES AGRAVANTES**

### **1. Fases del proceso del acoso laboral**

Establecer una secuencia fija de conductas o comportamientos que desembocan en el acoso laboral no es una tarea fácil, debido a las diferentes peculiaridades que en cada caso pueden presentar los acosadores y las víctimas o acosados, así como el entorno y el modo de organización en el que se desarrolla el acoso laboral; con independencia de las dificultades que entraña el aspecto reseñado previamente y la complicación de detectar el comienzo del acoso laboral, su desarrollo completo comprende las fases progresivas siguientes: Fase de inicio, que se caracteriza por la falsa seducción y los incidentes

críticos); fase de conflicto, en la que se realizan los ataques o ciberataques, agresiones verbales y rumores de forma sistemática, recurrente, degradante y durante un tiempo, con la finalidad de poner en peligro la integridad personal o causar un daño psicológico y moral laboral al acosado; fase de estigmatización, en la que el acosador durante un tiempo prolongado realiza una serie de comportamientos perversos para ridiculizar y apartar socialmente a la víctima; fase de intervención oficial, en la que las personas responsables de la organización buscan la solución al problema planteado; y fase de marginación, de eliminación o exclusión de la vida laboral del acosado.

Las consecuencias del proceso para la víctima son psicológicas, físicas, sociales y laborales; para la organización es lógico pensar que va a disminuir la eficiencia de la organización, el clima laboral deja de ser motivador para el trabajador, la productividad va a ser menor, etc.; para la familia y la red de apoyo social tanto laboral como extralaboral se produce una contaminación con el acoso laboral; y se extienden a la sociedad por la pérdida de fuerza de trabajo y de población activa, asociada a un aumento del gasto económico en bajas laborales.

## **2. Factores agravantes del proceso**

Los factores que agravan el proceso de acoso laboral y que pueden modificar su duración dependen del agresor, de la víctima y del entorno o ambiente en que se desarrolla el proceso.

## **VIII. PROTECCIÓN JURÍDICA**

### **1. Constitucional**

Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tratos degradantes; mediante este derecho se protege la inviolabilidad de la persona, no solo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento del titular (SSTC 120/1990, de 27 de junio, y, 137/1990, de 19 de julio). Y todas las personas tienen derecho a la tutela judicial efectiva en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos según el art. 24 CE, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión; es un derecho de configuración legal (SSTC 12/1998, de 15 de enero, y, 115/1999, de 14 de junio) y un derecho de prestación que sólo puede ser reclamado de jueces y tribunales ordinarios integrantes del Poder Judicial.

Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de los derechos y libertades reconocidos en los arts. 14 a 29 ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad, y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, según el art. 53.2 CE y la LO 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (protege a los ciudadanos frente a las violaciones de derechos fundamentales cuando las vías judiciales ordinarias han resultado insatisfactorias); y amparo ordinario o en vía judicial que el art. 53.2 CE ha otorgado a los órganos del Poder Judicial, en materia de protección de derechos fundamentales. El acoso laboral grave constituye siempre una vulneración constitucional por la violación de los derechos fundamentales que genera, y el recurso de amparo constitucional se configura con carácter extraordinario y suplementario de la tutela de los derechos fundamentales y las libertades públicas en los arts. 53.2 y 161.1 b) CE, pues entre sus características esenciales está la de su carácter subsidiario, que se concreta tanto en la exigencia de agotamiento de los recursos o acciones judiciales previos establecidos en el ordenamiento jurídico según los arts. 43.1 y 44.1 a) LOTC, como en la de plantear en el proceso tan pronto como hubiera lugar a ello la cuestión relativa a la supuesta vulneración de los derechos constitucionales que lo motiven según el art. 44.1 c) LOTC; no pudiendo conducir esta subsidiariedad a una sucesión ilimitada de recursos judiciales, incompatible con el principio de seguridad jurídica que consagra el art. 9.3 CE (STC 185/1990, de 15 de noviembre).

## **2. Laboral: Responsabilidad administrativa, disciplinaria y judicial**

La Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, protege preventivamente el riesgo psicosocial del acoso laboral especialmente, aunque no existe en la LPRL y en el Reglamento de los Servicios de Prevención, aprobado por el RD 39/1997, de 17 de enero, una alusión directa a los riesgos psicosociales. El incumplimiento por los empresarios de sus obligaciones preventivas de riesgos laborales dará lugar a responsabilidades administrativas y a responsabilidades penales no constitutivas de acoso laboral, así como a las responsabilidades civiles por los daños y perjuicios que puedan derivarse de dicho incumplimiento.

Con base en la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social, la tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas, incluida la prohibición del acoso laboral, que se susciten en el ámbito de las relaciones jurídicas

atribuidas al conocimiento del orden jurisdiccional social, se tramitarán según el art. 179 LJS conforme a lo dispuesto en los arts. 181 y 182 LJS.

Al amparo del art. 1.1 del RD Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, constituyen infracciones administrativas en el orden social según las acciones u omisiones de los distintos sujetos responsables tipificadas y sancionadas en la presente Ley y en las leyes del orden social; y no podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, de hecho y de fundamento. Son infracciones muy graves, además del acoso discriminatorio y el acoso sexual, el acoso laboral al amparo de lo dispuesto en los arts. 8.11 y 13.4 TRLISOS.

El RD Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, establece la acción protectora del sistema de la Seguridad Social, y en materia de prestaciones hemos de tener en consideración el art. 42.1 y 2 TRLGSS, pues las lesiones que genera el acoso laboral deben ser cubiertas por las prestaciones del sistema de la protección pública, al ser considerado el mismo una enfermedad laboral que es calificada como accidente de trabajo en sus consecuencias.

Cuando la “tutela preventiva no sancionadora” resulta ineficaz ante las situaciones de acoso laboral protagonizadas por el empresario o por los trabajadores -no funcionarios públicos-, corresponde a la ITSS según el art. 3.2 de la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, la prevención de los riesgos laborales.

Respecto del “régimen disciplinario”, destacar que en una “relación laboral” los trabajadores podrán ser sancionados por acoso discriminatorio y acoso sexual según los arts. 8. 13 y 13 bis TRLISOS, pero no por acoso laboral, aunque las ofensas verbales (o físicas) al empresario o a las personas que trabajan en la empresa según el art. 54.2 c) TRLET son conductas constitutivas de acoso laboral. En una “relación de servicio” se considera falta muy grave, según el art. 95.2 o) TRLEBEP, el acoso laboral; el Código de Conducta que rige el cumplimiento de los deberes de los empleados públicos, regulados en los arts. 92 a 94 TRLEBEP, se vincula directamente con el régimen disciplinario. Cuando dentro de los sectores privado o público se realicen conductas constitutivas de acoso laboral por las personas que desempeñan actividades laborales o

funcionariales, deberá comprobarse por los órganos competentes correspondientes si tales conductas son, aparentemente, constitutivas de delito, en cuyo caso deberán poner los hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal, para que, en su caso, ejercite las acciones penales y civiles procedentes; y si los hechos no revistieren los caracteres de una infracción penal, pero ofrecieran características propias de aquél fenómeno social, se ordenará por los órganos competentes la incoación del correspondiente expediente disciplinario, en el que se dilucidará y se determinará, en su caso, la responsabilidad disciplinaria correspondiente del empresario y trabajador, en los supuestos de infracciones laborales, y, del empresario, trabajador, Administración Pública y funcionario público en los supuestos de infracciones preventivas.

Cuando la solución a las situaciones de acoso laboral no se ha podido lograr por el cauce disciplinario, se puede obtener su “protección judicial” mediante el ejercicio de acciones por el acosado en los distintos órdenes jurisdiccionales laboral, contencioso-administrativo, penal y civil.

En el “orden jurisdiccional social” la protección del acoso laboral es posible con la formulación de las demandas de lesión de los derechos fundamentales por el empresario o los trabajadores, de extinción indemnizada de la relación laboral a instancia del trabajador (el acoso laboral constituye un incumplimiento grave de las obligaciones del empresario del art. 50.1 c) TRLET), de despido con alegación de lesión de derechos fundamentales, de declaración de accidente de trabajo por situaciones de incapacidad temporal e incapacidad permanente (las conductas constitutivas de acoso laboral se caracterizan como accidente de trabajo según las SSTSJ del País Vasco de 30 de abril de 2001 y de Cataluña de 26 de marzo de 2009 –Sala de lo Social-) y declarativa de la ilicitud de la conducta y de condena a su cese. Las pretensiones de resarcimiento para reparar e indemnizar el perjuicio causado a la víctima del daño personal, patrimonial, moral y psíquico, pueden articularse a través de una demanda independiente y exclusiva o acumularse a las pretensiones de las demandas de lesión de los derechos fundamentales, de extinción de la relación laboral a instancia del trabajador, de despido con alegación de lesión de derechos fundamentales y declarativa de la ilicitud de la conducta y de condena a su cese.

### **3. Contencioso-administrativa**

El RD Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido del Estatuto Básico del Empleado Público, tiene por objeto establecer las

bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos incluidos en su ámbito de aplicación, y determinar las normas aplicables al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas. Los empleados públicos tienen el derecho al respeto de su dignidad en el trabajo, especialmente frente al acoso moral y laboral, según el art. 14 h) TRLEBEP. Los funcionarios públicos y el personal laboral quedan sujetos al “régimen disciplinario” establecido en el Título VII de la TRLEBEP y en las normas que las Leyes de la Función Pública dicten en su desarrollo, además de por la legislación laboral, según el art. 93 TRLEBEP (son faltas muy graves el acoso moral, según el art. 95.2 b) TRLEBEP, y, el acoso laboral según el art. 95.2 o) TRLEBEP).

La Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, establece la regulación de las especialidades de los procedimientos sancionadores (el inicio en los arts. 63 y 64 LPACAAPP, la propuesta de resolución en el art. 89 LPACAAPP y las especialidades de la resolución en el art. 90 LPACAAPP).

La Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, establece la regulación de los principios de la potestad sancionadora en los arts. 25 a 29 LRJSP (legalidad, irretroactividad, tipicidad, responsabilidad y proporcionalidad); en relación con la indemnización dispone el art. 34 LRJSP que sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley; el art. 36 LRJSP regula la exigencia de la responsabilidad patrimonial de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas; y el art. 37 regula la responsabilidad penal (la responsabilidad penal del personal al servicio de las Administraciones Públicas, así como la responsabilidad civil derivada del delito se exigirá de acuerdo con lo previsto en la legislación correspondiente).

Con base en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, los Juzgados y Tribunales del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones Públicas sujeta al Derecho Administrativo.

El respeto a la dignidad y a los derechos fundamentales de los funcionarios públicos en el ámbito de una relación de servicio público, a nivel constitucional es igual y equiparable al que se dispensa para los trabajadores en el ámbito de una relación laboral (el TREBEP establece en el art. 14 h) el derecho individual de los empleados

públicos al respeto de su dignidad en el trabajo frente al acoso moral y laboral). Y las pretensiones ejercitadas por la víctima o acosado, deberán sustanciarse por los trámites previstos y establecidos en los arts. 114 y siguientes LJCA para el procedimiento especial de tutela de los derechos fundamentales con intervención del Ministerio Fiscal.

La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, regulada por la LRJSP y la LPACAAPP, con la base constitucional del art. 106.2 CE, es una responsabilidad objetiva o por el resultado aplicable a las situaciones de acoso laboral en las relaciones laborales o de servicio, bastando para declararla que, como consecuencia directa de aquélla, se haya producido un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado (la acción civil extracontractual dirigida contra la Administración se sustancia a través de este procedimiento).

#### **4. Penal**

El párrafo 2º del art. 173.1 de la LO 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal, introducido por la LO 5/10, de 22 de junio, tipifica el delito de acoso laboral al establecer que, “serán castigados con la misma pena que el trato degradante los que, en el ámbito de cualquier relación laboral o funcional y prevaliéndose de su relación de superioridad, realicen contra otro de forma reiterada actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante, supongan grave acoso contra la víctima”.

El delito de acoso laboral, también denominado “*mobbing*”, ha de ser entendido como hostigamiento psicológico en el marco de cualquier relación laboral o funcional que humille al que lo sufre, imponiendo situaciones de grave ofensa a la dignidad. Sus elementos son la realización contra otro de actos hostiles o humillantes graves de forma reiterada no constitutivos de trato degradante, su ejecución en el ámbito de cualquier relación laboral o funcional y que el sujeto activo se prevalega de su relación de superioridad. El bien jurídico que protege este delito es la integridad moral de la persona en el seno de la relación laboral, debiendo interpretarse la expresión “relación laboral” en sentido amplio, no teniendo que ajustarse la misma a lo que establece el derecho laboral o administrativo.

El principio "non bis in idem" prohíbe la sanción penal y administrativa de una misma conducta cuando exista identidad de sujetos, hechos y fundamentos, por entrañar esta duplicación de sanciones una inadmisibles reiteración del ius puniendi del Estado).

## 5. Civil

Las obligaciones nacen de la ley, de los contratos y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia, según el art. 1089 CC; el delito se rige por las normas del CP sobre responsabilidad civil y el ilícito civil se rige por el art. 1902 CC.

La responsabilidad civil de los empresarios al amparo del párrafo 4º del art. 1903 CC requiere como presupuesto indispensable una relación jerárquica o de dependencia entre el ejecutor causante del daño y la empresa demandada, creándose un vínculo de solidaridad entre los mismos. El empresario es responsable contractual de las conductas constitutivas de acoso laboral que protagoniza, y, de las protagonizadas por los trabajadores de las que es responsable directo y solidario. En los casos de acoso laboral el perjuicio y el nexo causal entre este y la lesión se presumen en el daño moral derivado del mismo, procediendo su indemnización cuando queda acreditada la situación de acoso laboral.

El resarcimiento o indemnización integral del trabajador (y del funcionario público) comprende los daños personales, materiales o patrimoniales, morales y psíquicos. Jurídicamente la reparación comprende, la reparación específica que consiste en la remoción de la causa del daño y en la realización de la actividad necesaria para reponer las cosas o los bienes dañados a su estado primitivo, y, el resarcimiento que comprende la indemnización de los daños y perjuicios causados a la víctima o acosado.

En los supuestos de acoso laboral protagonizados por persona distinta del empresario, además de la responsabilidad empresarial de naturaleza contractual, se observará también la existencia de una responsabilidad extracontractual de los compañeros de trabajo de la víctima, superiores jerárquicos, administradores o directivos, que podrá ser exigida con base en el art. 1902 CC.

La demanda indemnizatoria por acoso laboral en el orden jurisdiccional civil se tiene que dirigir contra la empresa y el acosador, a través del proceso declarativo correspondiente al amparo de lo dispuesto en los 248.2.1º y 399 y siguientes LEC.

En el supuesto de extinción indemnizada de la relación laboral a instancia del trabajador, con base en el art. 50 a) y c) TRLET, es posible complementar la indemnización tasada por extinción de la relación laboral ex art. 50 TRLET, con una indemnización por los daños y perjuicios materiales y morales sufridos por la víctima de

acoso laboral, aunque jurisprudencialmente es una tendencia que comienza con la STS, Sala 4ª, de 12 de junio de 2001 y que sigue con la STS, Sala 4ª, de 11 de marzo de 2004, que aceptan la contradicción con la STS, Sala 4ª, de 3 de abril de 1997 y que no es modificada por la STS, Sala 4ª, de 17 de mayo de 2006, en la que se declara que es posible el ejercicio de forma conjunta, en un solo procedimiento, de la acción extintiva del contrato y de la reclamación por lesión de un derecho fundamental por la que se solicita una indemnización por los daños y perjuicios materiales y morales sufridos, al ser víctima el actor de acoso moral por indefensión. En relación con la “responsabilidad civil derivada de accidente laboral”, nuestra jurisprudencia consagra la compatibilidad de las prestaciones civiles y laborales derivadas de un mismo accidente de trabajo.

El conocimiento de la acción civil dentro del proceso penal tiene carácter eventual, por estar condicionada por la existencia de responsabilidad penal. Los supuestos de responsabilidad civil extracontractual contemplados en los arts. 1092 y 1903 CC generan la misma obligación de reparar, pero ante los tribunales del orden penal se aplicarán los arts. 109 y siguientes CP y ante los tribunales del orden civil se aplicarán los arts. 1902 y siguientes CC. Y el Pleno de la Sala Segunda del TS declaró el pasado día 28 de mayo de 2000 que el art. 121 CP, en el que se establece la responsabilidad subsidiaria del Estado y demás entes públicos, no altera la jurisprudencia relativa a la responsabilidad subsidiaria del Estado por los delitos cometidos en establecimientos sometidos a su control, cuando concurren infracciones reglamentarias en los términos del art. 120.3 CP.

\* \* \* \* \*

## **Dr. Santiago Javier Granado Pachón**

Juez sustituto de los Juzgados de la Provincia de Huelva. Socio de la FICP.

### **~Algunas consideraciones sobre la prohibición de regreso~**

#### **I. APROXIMACIÓN A LA TEORÍA DE LA PROHIBICIÓN DE REGRESO.**

En el seno de “la teoría de la prohibición de regreso” subyacen ciertos elementos que deben ser tenidos en cuenta a los efectos de apartar a alguien de una imputación penal. No puede olvidarse que deben ser manejados conceptos claves asentados en el principio de confianza, en la libertad del ser humano, y en la libre e impredecible decisión de la persona, en cuanto arcano insoslayable e impenetrable para el conocimiento de terceros. Como nos dice ROXIN “la venta de cuchillos, cerillos, encendedores, combustibles, hachas, martillos, y la transmisión de tales objetos no sería posible si uno tuviera que adecuarse a hechos punibles dolosos de los compradores y otros receptores. Ya estos casos muestran lo que rige por los demás; si uno tuviera que prescindir de ofrecer oportunidad para la comisión de hechos punibles dolosos, una vida social moderna sería tan poco posible como si se renunciaría a un tráfico vehicular.”<sup>1</sup> En realidad, se trata de inquirir y proporcionar límites a la imputabilidad penal, cuando ese alguien (“el foráneo”) realiza alguna aportación o contribución que por vía imprudente ha servido de alguna manera a la producción de un resultado que ha generado “otro” de manera dolosa. La prohibición de regreso impide que la responsabilidad retroceda al primer actuante por una contribución culposa soporte de la actuación dolosa posterior. Y a pesar de ello, las distintas teorías dogmáticas más actuales quizás han pretendido buscar la impunidad en estos casos por exclusión y siempre bajo el paraguas de llegar a la responsabilidad del denominado agente primario, manejando términos difusos, como la promoción del delito, la inclinación hacia el hecho o la proximidad de un hecho doloso. Todos, podemos tener en mente innumerables supuestos de esta índole en la vida cotidiana, - que no por ello, frecuentes en términos generales,- pero que han servido a la dogmática como fuente de inspiración para la construcción de diferencias teorizaciones al respecto., de ahí que el ejemplo clásico de la irresponsabilidad penal de quien deja en una mesa un revolver cargado o un cuchillo, con los cuales alguien asesina intencionadamente a otro, ha pretendido ser resuelto desde las teorías más arcaicas que acudían a la interrupción causal proporcionado por un autor que obra

---

<sup>1</sup> ROXIN C., La teoría del delito en la discusión actual, Grijley, 2007, Lima, p. 126

dolosamente,<sup>2</sup> hasta la visión más reciente de STRATENWERTH, OTTO, WELP o LAMPE.

En cualquier caso, la responsabilidad del agente primario no quedará impune por puro automatismo, sino que requerirá un profundo análisis de las circunstancias que ha concurrido en el caso concreto. De ahí, que si A conoce que su compañero de piso B está siendo continuamente amenazado por el vecino de la puerta de enfrente, podrá incurrir en responsabilidad por imprudencia, si por un descuido deja abierta la puerta, y facilitara así la entrada al autor de la amenaza para cumplir su propósito; pero no sería responsable por aplicación de “la prohibición de regreso” si dejara la puerta abierta sin haber conocido sus intenciones, influyendo en el hecho por intermedio de la voluntad libre del autor.<sup>3</sup> Del juego de las distintas teorías más actuales puede extraerse diferentes conclusiones que llevaría a la hipótesis de qué tipo de circunstancias deberían concurrir para la exigencia de responsabilidad penal. Por ejemplo, si un juez de vigilancia penitenciaria (en adelante JVP) que ha cumplido con la diligencia debida que requiere la observancia de determinados informes, concede por primera vez un permiso de salida a un condenado por distintas agresiones sexuales múltiples, y éste una vez en libertad, reincide; según la teoría de STRATENWERTH, para quien lo relevante es la promoción de una persona reconociblemente resuelta a cometer el delito, desde luego, no haría responsable al JVP, a salvo que éste último hubiera reconocido objetivamente al violador como resuelto a la reincidencia. También, manejándose precisamente en el terreno de “la promoción del delito” JAKOBS avanza hacia un estadio mayor, refiriendo la existencia de una responsabilidad por imprudencia cuando las acciones antecedentes tienen como único objetivo imaginable la promoción de un delito. Así, la entrega de veneno, solo puede ser justificada para causar algún mal constitutivo de delito, como también “ la entrega de un arma cargada, según las circunstancias, en el caso concreto no puede tener otro sentido que servir para la comisión de un delito, el cual todavía no tiene que estar planificado en todas sus particularidades ( de manera que tampoco es todavía posible un dolo de participación suficientemente determinado).”<sup>4</sup> En el terreno práctico, es evidente que resulta ilusoria para determinar la responsabilidad del JVP, pues la concesión del permiso penitenciario en los términos antes dichos, posee

---

<sup>2</sup> No obstante, como entiende ROXIN, C., La teoría de delito en la discusión actual, Grifley, Lima, 2007, p. 114, esta teoría no encaja debidamente en la equivalencia de las condiciones, y refiere que ha sido apartada por el Tribunal de Reich en determinados casos, pues “una relación de condiciones se da o no se da. Pero cuando se da (porque recién la conducta descuidada del primer actuante ha posibilitado el hecho doloso del segundo actuante), entonces, es imposible admitir mentalmente una interrupción.”

<sup>3</sup> ROXIN C., La teoría del delito, 2007, p. 118.

<sup>4</sup> ROXIN C., La teoría del delito, 2007, p. 130, citando a STRAFRENCH, AT, 1983, cap.24, n. marg. 16

múltiples finalidades dentro del derecho penitenciario, como es, favorecer la auto-responsabilidad o promover el contacto con el exterior para preparar la vida en libertad, entre otras finalidades reeducadoras. Tratamos por tanto con una teoría poca satisfactoria a los fines justificativos de la prohibición de regreso, a cuyo objeto ROXIN nos dice, que incluso “la entrega de un instrumento mortal como una guillotina no puede servir para un delito, sino también para fines de estudio o de exposición.” En definitiva, sería la presencia de “una inclinación hacia el hecho” el activo necesario para afirmar la responsabilidad del sujeto. Como sugiere HERZBERG el vendedor de cuchillos no puede ser responsable de lo que pase por la cabeza de los compradores, pero si de su venta, si en las inmediaciones de su establecimiento ha observado una riña previa y es uno de ellos el que pretende la compra,<sup>5</sup> la inclinación delictiva, está servida. Esto nos lleva, a un cambio en los elementos que deben concurrir para afirmar la responsabilidad de JVP, pues si concedió el permiso a sabiendas de que había cometido algún delito durante un permiso previo, pudiera predicarse en el interno su inclinación a la comisión de hechos delictivos.

En todo caso, es importante, apreciar que existen defensores de la impunidad cuando tratamos con acciones que se adentran en el concepto de “la vida cotidiana”, proclamando, que no debe ser reprochable el actuar de quien opera conforme a acciones insertas en un ámbito de cotidianidad. En este sentido, entiende gráficamente JAKOBS que “el panadero no responde entonces, debido a una participación en un homicidio, cuando al vender los panecillos sabe que el comprador va a envenenar el producto y servirlo luego a sus invitados” y llega preguntarse: ¿Al cliente de un restaurante que en una taberna es testigo de peleas no le estaría permitido colocar si jarro de cerveza sobre la mesa por existir la posibilidad de que alguien la tome y golpee con ella a otro en la cabeza?<sup>6</sup>. Sobre estos ejemplos, ROXIN procura ciertas reservar bajo el paradigma de que el agente primario al poseer información y un conocimiento especial sobre la posibilidad de la acción dolosa del sujeto, desnaturaliza el concepto de “acción cotidiana” y su carácter inofensivo, sin la tutela que proporciona el “principio de confianza.”<sup>7</sup>

En realidad, ROXIN parece resolver la impunidad que proporciona la doctrina de

---

<sup>5</sup> ROXIN C., La teoría del delito, 2007, p. 137, citando a HERZBERG.

<sup>6</sup> JAKOBS., Strafecht, AT., 1983, cap.24, n., arg.17., citado por ROXIN C., La teoría del delito, 2007, p. 138

<sup>7</sup> ROXIN C., La teoría del delito, 2007, p. 139

“la prohibición de regreso” acudiendo al “riesgo permitido” a la que además no atribuye límites en el componente doloso o imprudente del agente originario. En efecto, la impunidad de éste abarcaría así un ámbito más extenso, en cuanto no estaría limitada “a conductas no dolosas”. De ahí que llegue a afirmar que “también queda impune quien, al vender cuchillos o hachas, actúa con dolus eventuales respecto a posibles hechos punibles.”<sup>8</sup> Para ROXIN existe una desconexión entre el riesgo permitido y la actitud del autor con respecto al resultado. Ahora bien, no se olvide que la doctrina del riesgo permitido como diría CASTALDO permanece incierta y difusa en su concreción,<sup>9</sup> pues debe localizarse los parámetros con los que medir el referido “riesgo permitido”. Para ello, y sin perjuicio de teorizaciones relacionadas con los límites que no deben ser excedidos, conviene pararse en criterios ponderativos referentes a la utilidad y riesgo, o relación “coste-beneficio”. Es decir, tal y como expone MONTALVO “conforme a este principio, la mayor tolerabilidad del riesgo se establece en función de la ventaja social del desarrollo de la actividad. Así, una conducta peligrosa que sea socialmente inútil dará lugar siempre a un riesgo no permitido.”<sup>10</sup> En este sentido, la STS de 6 abril de 1982 nos deja una fiel muestra de ello en relación a un caso en el que una persona conduce su vehículo compitiendo con otro en lugar no habilitado para la competición, creando en consecuencia un riesgo no permitido al no ser socialmente útiles las carreras de coches por vía de circulación intensa.<sup>11</sup>

En cualquier caso, el intento teórico de determinar cuándo la conducta se mueve en torno al riesgo permitido y cuando no, se encuentra tan difuminada que llega alcanzar incluso al ámbito normativo. Fundamentalmente porque se dirá- y con razón- que quien obra adecuado a un precepto legal carecerá de imputación penal, pues en tal caso, la acción está autorizada por el ordenamiento jurídico, y no se podrá afirmar desvalor de acción alguno.<sup>12</sup> Sin embargo, en el plano causal pueden detectarse supuestos en los que a pesar de observar la Ley, la conducta se mueve fuera del riesgo permitido. Así, expone gráficamente JAKOBS que, si un conductor se percatara de que un peatón se dispone a irrumpir inopinadamente en la carretera, el conductor no puede

---

<sup>8</sup> ROXIN C., *La teoría del delito*, 2007, p. 126

<sup>9</sup> CASTALDO. A., *La concreción del riesgo jurídicamente relevante*, en: Silva Sánchez, J.M (ed.), *Política criminal y nuevo derecho penal*, Libro Homenaje a Claus Roxin, Barcelona 1997, p. 233.

<sup>10</sup> CHOCLÁN MONTALVO, J.A., *Deber de cuidado y riesgo permitido*, en: VV.AA., *La responsabilidad penal de las actividades de riesgo*, CGPJ, 2002, p. 162

<sup>11</sup> También referenciada por CHOCLÁN MONTALVO, J.A., en: VV.AA., *La responsabilidad penal*, 2002, p. 163

<sup>12</sup> CHOCLÁN MONTALVO, J.A., en: VV.AA., *La responsabilidad penal*, 2002, p. 166, en el mismo sentido GIMBERNAT, *¿Qué es la imputación objetiva?*, citado en nota al pie.

ampararse en que no rebasó el límite de velocidad establecido para la vía.<sup>13</sup> En realidad, las normas de conductas son normas abstractas que debe ceder ante situaciones causales-explicativas que no son fieles al supuesto que la norma pretende regular, como afirma WELZEL “ todas las reglas y principios de la experiencia generales sólo son abstracciones generalizadas de acontecimientos individuales; sólo en la medida en que éstos sean similares pueden realizarse tales generalizaciones. Las reglas generales y los principios de experiencia solo son válidos por ello, para la gran masa de casos similares o típicos”.<sup>14</sup> En definitiva, siguiendo a la Jurisprudencia Alemana, el juicio del riesgo dependerá del contexto y de las circunstancias concomitantes a la acción, resultando necesaria en consecuencia, la individualización del riesgo permitido.<sup>15</sup>

Por lo que respecta a nuestra Jurisprudencia, y volviendo a los términos más puros de la prohibición de regreso, no se elabora por aquella una teorización profunda sobre esta doctrina, acudiendo en términos generales a la dogmática del “riesgo permitido” y los criterios sobre la “imputación objetiva”. En este sentido, la transcendencia que nuestros tribunales otorgan al riesgo permitido se eleva hasta la exclusión de la tipicidad, refiriéndose a la ruptura de la imputación objetiva que recuerda a las tesis más tradicionales en torno a la justificación de la impunidad en lo referente a la prohibición del regreso, ante la ausencia de una elaboración doctrinal profunda sobre la misma. A estos efectos podemos citar un Auto de sección penal de Valencia, de 19 de noviembre de 2019 , que se expresa en los siguientes términos: “La creación de un peligro jurídicamente desaprobado está ausente cuando se trate de riesgos permitidos, que excluyen la tipicidad de la conducta que los crea, y próximos a estos los casos de disminución del riesgo, en los que el autor obra causalmente respecto de un resultado realmente ocurrido, pero evitando a la vez la producción de un resultado más perjudicial. Son de mencionar igualmente otros supuestos de ruptura de la imputación objetiva entre los que se pueden incluir los abarcados por el principio de confianza, conforme al cual no se imputarán objetivamente los resultados producidos por quien ha obrado confiando en que otros se mantendrán dentro de los límites del peligro permitido, así como las exclusiones motivadas por lo que doctrinalmente se denomina la

---

<sup>13</sup> JAKOBS, derecho penal, 7/45, p. 249, en el mismo sentido CHOCLÁN MONTALVO, J.A., en: VV.AA., La responsabilidad penal, 2002, p. 167.

<sup>14</sup> Nota al pie, citado por CHOCLÁN MONTALVO, J.A., en: VV.AA., La responsabilidad penal, 2002, p. 167

<sup>15</sup> Jurisprudencia Alemana (RG 18, 73) citada por CHOCLÁN MONTALVO, J.A., en: VV.AA., La responsabilidad penal, 2002, p. 168

prohibición de regreso, referidas a condiciones previas a las realmente causales, puestas por quien no es garante de la evitación de un resultado”.<sup>16</sup>

## II. LA PROHIBICIÓN DE REGRESO EN EL SENO DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA.

Incluir las conductas administrativas en el análisis sobre el funcionamiento de la prohibición de regreso, supone también introducir elementos de conexión relacionados con la jurisdicción contenciosa administrativa. En este aspecto, es interesante abarcar la determinación de la responsabilidad de la administración a través de los medios dispuestos o de la actuación de los funcionarios actuantes en un ámbito concreto de actividad, cuya exigencia también dependerá doctrinalmente de la posición que se adopte en relación con ciertas tesis cargadas de cierto “paternalismo administrativo”. Un ejemplo frecuente de la búsqueda de la atribución de responsabilidad en el ámbito administrativo puede encontrarse en el uso en las carreteras de los denominados “quitamiedos” que ad initio pueden resultar potencialmente peligrosos para la vida o la integridad física de los usuarios de la vía, particularmente motoristas. En franco traslado de la doctrina de la prohibición de regreso a este ámbito, la administración funcionaría como el agente primario que establece una condición causal para la producción de un resultado- aunque en este caso, no se ocasiona dolosamente, y sin embargo, es relevante el análisis a partir de la contribución al resultado con una condición causal. -.Así en la STS, 3ª, 9.5.2000 (Ar. 2000/6263) caracterizada por un hecho luctuoso análogo a lo planteado up supra, aunque consistente en la caída del vehículo fuera de la vía al chocar con una valla metálica “cuando circulaba con una dirección indebida y a velocidad inadecuada”, se declaró exenta de responsabilidad a la propia administración “por ruptura de nexo causal, puesto que las medidas de protección (valla metálica) se adecuaron razonablemente a las finalidades para las que estaban destinadas por sus características (en este caso, tendentes a evitar salidas de la calzada y no a soportar el efecto de choques frontales a alta velocidad).”<sup>17</sup>

También en otra STS de la Sala III, se declaró exenta de responsabilidad a la administración por la pérdida del globo ocular de un menor de edad, debido a que un objeto extraño le saltó al ojo, en la realización de una actividad extraescolar que

---

<sup>16</sup> Vid. SAP de Valencia, de 19 de noviembre de 2019.

<sup>17</sup> Vid. STS, 3ª, 9.5.2000 (Ar. 2000/6263), referenciada GARCÍA MUÑOZ, O / CARRASCO MARTÍN, J., Deberes de vigilancia y prevención de las administraciones de conductas ilícitas y prohibición de regreso, Indret, 2, 2003, p.6

organizada y planificada consistía en plantar árboles.<sup>18</sup> Lo curioso de la exención de responsabilidad en estas estas resoluciones, se encuentra en que un fundamento común basado en la “inexistencia de nexo causal” o en bien en “una ruptura del mismo”. Sin embargo, este concepto de “ruptura” o de “inexistencia” cuando de la administración se trata, no se mueve tanto en un contexto material o causal explicativo, sino más bien en un ámbito normativo creado por decisión judicial que lo instrumentaliza por cuestiones de cargas económicas y de medios materiales, como si una extensión del juego natural de la causalidad en la que se encuentra implicada la propia administración, generara una carga económica injusta; pues solo así se entiende la conexión que la última sentencia citada hace en su fundamento Jurídico 3º, sobre la interrupción de la causalidad y del reparto de las cargas sociales, cuando nos dice textualmente: “ (...) convertir a las Administraciones Públicas en aseguradoras de todos los riesgos sociales, dada la amplitud de los servicios que prestan y de las competencias que ostentan, es la opción más perturbadora para una correcta realización y progresiva ampliación de tales servicios públicos, pues el principio de solidaridad de riesgos, que late en el sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración, con el fin de lograr un mejor reparto de los beneficios y cargas sociales, puede verse frustrado con interpretaciones extensivas del requisito del nexo causal, aunque sea por razones tan atendibles jurídicamente como es la de evitar el desvalimiento de una persona que ha sufrido un grave quebranto en su salud (...).<sup>19</sup>

De cualquier modo, este mismo fundamento se observa en otra sentencia de la Sala III del TS, en la que se declara probado, que un niño de 4 años de edad, jugaba en la Playa de la Laja (Las Palmas de Gran Canaria) cuando fue atropellado por un ciclomotor, sin que la zona estuviese destinada a la circulación de vehículos. En el momento de los hechos, no había servicio específico de vigilancia de esa playa, sino un dispositivo de Policía local “que cubría zona muy amplia.”<sup>20</sup> De este suceso se declaró la responsabilidad penal correspondiente, aunque la Sala III absolvió a la administración de la reclamación patrimonial, atendiendo a conclusiones relacionadas con lo gravoso que supondría la implicación de “ deberes activos de vigilancia en todos los casos de la circulación indebida de vehículos a motor en zonas reservadas a peatones y a

---

<sup>18</sup> Vid. STS, 3ª, 27.7.2002.

<sup>19</sup> Vid. STS, 3ª, 27.7.2002.

<sup>20</sup> FJ 3º de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en Las Palmas de Gran Canaria, 3ª, de 30.12.1997.

viandantes”.<sup>21</sup> De nuevo, se niega la existencia de nexo causal por cuestiones normativas y construidas con base a un fundamento de índole económica, cuando desde luego nada impedía el uso de la doctrina de la prohibición de regreso cuyo núcleo fundamental se justifica en que “no cabe retroceder en el curso causal e imputar a un agente las consecuencias de un determinado resultado y originadas por la interposición del comportamiento ilícito de un tercero.”<sup>22</sup>

### III. CONCLUSIÓN.

La doctrina de la prohibición de regreso desde el punto de vista jurídico-penal adolece de una construcción profunda y sistemática por parte de nuestros tribunales y de nuestra jurisprudencia. Nuestro Tribunal Supremo y, por ende, la Jurisprudencia menor, acuden a los criterios de la causalidad, de la imputación objetiva, y de riesgo permitido, como pilares básicos para resolver acerca de las contribuciones causales que pueden determinar un resultado dañoso por la intervención de un tercero. A la prohibición del regreso, nuestros tribunales penales siempre se refieren, en el seno del análisis de la imputación objetiva bajo la siguiente expresión: “(...) exclusiones motivadas por lo que doctrinalmente se denomina la prohibición de regreso, referidas a condiciones previas a las realmente causales, puestas por quien no es garante de la evitación de un resultado”, pareciendo atender como criterio excluyente de la punición ( a través de la atipicidad) a contribuciones que “realmente no son causales” -consecuencia de colegir *a sensu contrario* en la expresión “condiciones previas a las realmente causales-.” Sin embargo, tal justificación de exoneración no formaría parte de los entresijos reales de una doctrina pura de “la prohibición de regreso” propia de la dogmática alemana, que incluso y en la actualidad de manera mayoritaria, abandona todo lo relacionado con la interrupción causal por ser contraria a la teoría de la equivalencia de las condiciones, ante el hecho, de que una relación de condiciones, se da o no se da, pero cuando se da, entonces es imposible admitir mentalmente una interrupción.<sup>23</sup>

Por otro lado, y en lo que en el plano de la intervención de la administración pública se refiere, la Sala III del TS acude de nuevo al ámbito de la interrupción de la relación de causalidad, aunque construyéndola de manera restrictiva como dique de contención a la exigencia de la responsabilidad patrimonial, por la no exigibilidad de

---

<sup>21</sup> GARCÍA MUÑOZ, O / CARRASCO MARTÍN, J., *Indret*, 2, 2003, p.6

<sup>22</sup> CODERCH, P.S., *Causalidad y responsabilidad*, *InDret*, 3/2002, junio 2002, en el mismo sentido GARCÍA MUÑOZ, O / CARRASCO MARTÍN, J., *Indret*, 2, 2003, p.7

<sup>23</sup> ROXIN C., *La teoría del delito*, 2007, p. 114

controles de vigilancia perennes en cada ámbito de actividad concreto, que en el fondo convertirían a la administración en “una asegurada pública”.

#### **IV. BIBLIOGRAFÍA.**

CASTALDO. A., La concreción del riesgo jurídicamente relevante, en: Silva Sánchez, J.M (ed.), Política criminal y nuevo derecho penal, Libro Homenaje a Claus Roxin, Barcelona 1997.

CHOCLÁN MONTALVO, J.A., Deber de cuidado y riesgo permitido, en: VV.AA., La responsabilidad penal de las actividades de riesgo, CGPJ, 2002

CODERCH, P.S., Causalidad y responsabilidad, InDret, 3, 2002.

GARCÍA MUÑOZ, O / CARRASCO MARTÍN, J., Deberes de vigilancia y prevención de las administraciones de conductas ilícitas y prohibición de regreso, InDret, 2, 2003.

ROXIN, C., La teoría de delito en la discusión actual, Grifley, Lima, 2007.

\* \* \* \* \*

## **Dra. Sonia Martín Alba**

Abogada fiscal sustituta. Dra. en Derecho y Licenciada en Criminología. Socia de la FICP.

### **~Ayudas económicas y sociales a las víctimas de violencia de género, de *lege data* y de *lege ferenda*: mito de la dependencia económica versus dependencia emocional, ayudas directas frente a las indirectas~**

#### **I. VIOLENCIA DE GÉNERO Y POLÍTICA CRIMINAL.**

Las referencias a la Política Criminal en materia de violencia de género están cada día en boga de todos los interlocutores sociales, políticos, académicos, periodistas, profesionales jurídicos, y ello ante las alarmantes cifras de mujeres y menores asesinados cada año consecuencia de la misma. Asimismo, es preocupante que, a pesar de todo el esfuerzo invertido en la prevención y tratamiento de la violencia de género, asociaciones como *Save the Children* vienen advirtiendo desde hace tiempo de nuevos modelos de comportamiento y patrones de conducta entre adolescentes que parecen avalar que se ha recuperado el modelo de dominio y sumisión<sup>1</sup>

En este sentido, BORJA JIMÉNEZ<sup>2</sup> define la política criminal como «aquel conjunto de medidas y criterios de carácter jurídico, social, educativo, económico y de índole similar, establecidos por los poderes públicos para prevenir y reaccionar frente al fenómeno criminal, con el fin de mantener bajo límites tolerables los índices de criminalidad en una determinada sociedad». El autor, a la hora de realizar un análisis de la política criminal del Estado democrático, entiende que su finalidad va encaminada a la reducción o disminución de las cifras de criminalidad.

Existe en la configuración del diseño político criminal de un Estado una voluntad de prevenir y reducir el delito, y especialmente en una materia tan sensible como es la violencia de género.<sup>3</sup>

La lacra de la violencia de género no parece haber encontrado freno en los últimos años, siendo que por añadidura se ha extendido de forma instrumentalizada sobre los

---

<sup>1</sup> Al respecto, pueden consultarse los siguientes:

SAVE THE CHILDREN.

[https://www.savethechildren.es/sites/default/files/imce/docs/violencia\\_genero\\_resumen.pdf](https://www.savethechildren.es/sites/default/files/imce/docs/violencia_genero_resumen.pdf)

DÍAZ AGUADO, M-J. Prevenir la violencia de género desde la escuela, *Revista de estudios de Juventud*, septiembre de 2009, 86, p. 32.

<sup>2</sup> Véase BORJA JIMENEZ, E. *Curso de Política Criminal*. Ed. Tirant lo Blanc. 2011, p. 20.

<sup>3</sup> Sobre la regulación de la materia Cfr. VILLACAMPA ESTIARTE, C. *Política Criminal española en materia de violencia de género*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2018.

menores convivientes en el domicilio familiar. El menor es utilizado por el victimario para causar daño a la mujer víctima de violencia de género, cuando no puede llegar a ella o como la más cruel de las agresiones, dañar a los hijos de ésta, comunes a la pareja o no. Este creciente fenómeno, que ha extendido los casos de homicidio y/o asesinato a los hijos de la mujer víctima de violencia de género está generando una gran alarma social. Ello conllevó la necesaria respuesta del legislador principalmente a través de la reforma acometida en la materia en el año 2015<sup>4</sup>, aunque dicho nefasto fenómeno social parece no haber encontrado tregua sobre los hijos de los propios agresores.

Y, aunque no sea propiamente el objeto de este estudio no debe olvidarse mencionar esa otra cifra negra de la violencia intrafamiliar sobre los menores que, en ocasiones, son objeto directo de la misma por parte de sus progenitores o familiares, que también debe hallar una rápida y contundente respuesta por parte de los poderes públicos, pero no siempre es fácil, dada su invisibilidad; y ello porque esta violencia se comete ya no únicamente dentro del ámbito doméstico sino además sobre unas víctimas que en muchos casos no tienen madurez suficiente para expresarse, ni de ordinario voz autónoma en el proceso.

Este estudio pretende analizar la efectividad real de las actuales medidas legislativas previstas para reducir el impacto social del fenómeno de la violencia de género, valorar nuevas propuestas de mejora y si una efectiva implementación de unas y otras pueden reducir, o al menos minimizar, el problema social de la violencia de género. Sin duda cualquiera de las medidas que se propugnen han de ser analizadas desde un punto de vista sustantivo, con independencia de los procedimientos legales y sociales de aplicación.

Recientemente apareció en prensa la noticia de una mujer que murió por hipoglucemia en una población del cinturón industrial de Barcelona tras una pelea violenta con su agresor. La víctima murió, sin poder alcanzar su medicación, mientras su pareja la grababa, estaba completamente desnuda, tirada en el suelo y presentaba un ojo amoratado. En los vídeos grabados, al parecer, aparece la pareja, y él, entre burlas sobre si en verdad quería su medicación o alguna bebida para aumentar su nivel de azúcar en sangre, graba las suplicas de ella, quien refiere entre lamentos, qué cómo

---

<sup>4</sup> Puede verse la regulación de la materia en las Leyes 26/2015, de 28 de julio, de Protección a la Infancia y a la Adolescencia, Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia y Ley 4/2015, que regula el Estatuto Jurídico de la Víctima.

quiere que se encuentre tras las palizas que él le acaba de propinar. Su pareja no sólo la había agredido, sino que la dejaba morir entre humillaciones y llegaba a filmar con su teléfono móvil hasta once vídeos de su agonía.

La familia de la víctima después del luctuoso hecho ha recordado y relatado varios episodios que se produjeron durante los escasos meses de relación de esta pareja. Así el propio hermano de la fallecida explica que un mes antes “mi hermana tenía una costilla rota y la espalda amoratada y nos dijo que había caído del sofá”. El propio hijo de la víctima, tan solo un niño, también había visto que su madre tenía los brazos amoratados. "No te has podido caer. Esto ha sido Mariano", cuentan los familiares que dijo el menor de trece años. Ésta, una de tantas víctimas de la violencia de género era para los que la rodeábamos aparentemente una mujer fuerte, con carácter. Sola al frente de un negocio de hombres, con un hijo al que criaba sola, independiente económicamente, con familiares de apoyo, integrada perfectamente en su núcleo social y familiar, no dependía económicamente de su agresor, con el que no convivía, además no estaba ligada por ningún vínculo familiar, ni matrimonial ni por hijos dependientes con el victimario. Tenía 43 años, y había tenido una relación sentimental tóxica de únicamente cuatro meses, durante la cual recibió todo tipo de malos tratos; tan tóxica que finalizó con su muerte y su agonía grabada en vídeo el 21 de junio de 2019; al día siguiente hubiera cumplido 44. Una muerte que en un inicio pasó por muerte natural, y, que afortunadamente se descubrió que no había sido tal, y pasaba a engrosar las cifras de la violencia de género de ese año. En este año 2020 que empieza el pronóstico no parece ser más halagüeño, no ha finalizado el mes de enero y ya se computan 7 víctimas de violencia de género, una de ellas menor de edad.

Ello nos demuestra que hay muchos tipos de víctimas de violencia de género, y si bien se ha puesto hincapié en que las mujeres maltratadas tienen dificultades para salir de ese círculo de violencia y de malos tratos principalmente por razón de su dependencia económica de sus propios maltratadores, al ser mujeres no independientes, en realidad es la dependencia emocional y una mala educación sentimental, normalmente desde la infancia, la que determina muchas veces perpetuar ese círculo de violencia y malos tratos de una relación. Porque además la violencia de género se da en todas las clases sociales y en personas de todas las nacionalidades. No será exclusiva ni principalmente con medidas penales con las que se va a poder tratar y acabar con ese tipo de dependencia emocional. El derecho penal también en materia de violencia de

género ha de responder a los principios de subsidiariedad, intervención mínima y fragmentariedad. En la práctica habitual de los juzgados se observa que cada día hay más mujeres que vienen en petición de auxilio solicitando una orden de protección para romper precisamente esa dependencia emocional de ambas partes, como un modo ya no solo de protección ante el agresor. En el mismo sentido, las estadísticas se engrosan también con mujeres que teniendo órdenes de protección habían vuelto a convivir voluntariamente con su agresor. La necesidad de un tratamiento integral de la víctima se muestra cada día como más necesario para acabar con este fenómeno, y así lo recogen ya las últimas leyes dictadas sobre la materia, como son la LO 8/2015 de 22 julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia y Ley 4/2015, del Estatuto de la Víctima. Pero además se requeriría un tratamiento integral del agresor, afirmación que choca con las críticas de muchas organizaciones feministas, que consideran que los recursos han de utilizarse en el tratamiento de las víctimas, pero en ningún caso la solución de un problema se resuelve de forma integral tratando únicamente una de las partes.

## **II. LAS CONCRETAS MEDIDAS PREVISTAS EN LA LEY ORGÁNICA 1/2004, DE 28 DE DICIEMBRE, DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN INTEGRAL CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO**

Se ha hecho mucho hincapié en las medidas penales y económicas, arts. 27 y 28 de la ley, previstas en nuestro sistema legal de protección de las víctimas de violencia de género, siendo óptimo dicho sistema para que la mujer que dependa económicamente de su maltratador, pueda abandonar esa dependencia, pero sin duda estas medidas son más que insuficientes y no las más importantes, como lo demuestra el perfil de las últimas víctimas que han descrito los medios de comunicación social. En cualquier caso, con ayudas directas en materia de vivienda y una prestación de 426 euros, que son las más conocidas, y que más aplauden los políticos, no se soluciona el problema. Si el sistema de protección se queda en este tipo de ayudas lo único que se consigue es perpetuar en estadios de miseria y en guetos a personas que han sufrido actos de violencia familiar, madres e hijos. Las ayudas han de ir más allá de las más comúnmente conocidas, y la sanción penal no es la solución real al problema. El rechazo social y el endurecimiento penológico de los delitos relacionados con la violencia de género no ha supuesto una disminución de este tipo de delitos.

El 13 de mayo de 2019 se publica el Pacto de Estado para la Violencia de Género, pero las cifras no engañan, el número de mujeres que hallaron la muerte en manos de sus parejas en el año 2019 ha alcanzado la cifra de 55, cifra superior a la de otros años a pesar de los esfuerzos legislativos. Es indudable que algo sigue fallando en la regulación de la materia.

Y aunque la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, en adelante LO 1/2014, contiene un amplio catálogo de medidas extrapenales, que *a priori* pueden juzgarse como óptimas, equilibradas y útiles para combatir de forma integral la violencia de género, han pasado 15 años desde su promulgación y no se observa una mejora en su objetivo de atajar con éxito el fenómeno de la violencia de género. La ley presenta una pretensión de completitud en todos los aspectos sociales de relevancia en el tratamiento de la violencia de género, pero que, sin duda resultan insuficientes. Ahondando en esta afirmación, cabe concluir que además esta normativa adolece de medidas de implementación suficientes en el cuerpo social.

Cierto es que estas medidas son, en regla de principios, estrategias a largo plazo para fomentar una sociedad que necesita formarse en ciertos valores aún de igualdad y respeto a los derechos de la mujer, pero lo cierto es que en estos quince años se observa, incluso, una involución en muchos aspectos. Y, lamentablemente, de ello puede concluirse que las medidas sociales previstas no han calado hondo en el conjunto de la sociedad, pues ésta reclama insistentemente cada vez más el recurso al Derecho penal, un endurecimiento de sus penas, con un recurso sistemático a medidas limitativas de los derechos individuales y el recurso a las medidas cautelares cada vez más gravosas. Y tampoco en el campo del derecho civil de familia la sociedad avanza, se exigen medidas civiles más radicales en régimen de custodia o visitas de los menores cuando existan sospechas de que puedan vivir en un hogar en el que exista violencia de género, generalizando en la mayor parte de casos, y minimizando la importancia de valorar las circunstancias del caso concreto. Un derecho penal especialmente retributivo no va a servir nunca para resolver un conflicto social, y menos cuando el origen del conflicto está perfectamente arraigado en el ideario colectivo.

Pero sin duda, el recurso al derecho penal no puede ser la primera medida a adoptar, sino la última, acorde con el principio de *ultima ratio*. Las medidas de acción positiva han de tomar una mayor importancia si queremos atajar esta lamentable lacra

social de nuestros tiempos. Con agravantes relacionadas con el sexo de la víctima no logramos solucionar la base del problema. Nuestra política criminal en la materia debe mirar más allá, e ir en busca de acciones sociales, y no hacia una opción cada vez más punitivista. La función preventiva, general y especial del derecho penal, no es suficiente, menos aún la retributiva, y buscar una función pedagógica en el derecho penal desconoce la realidad del problema, las opciones pedagógicas se han implantar en las familias, en las escuelas, en las empresas, y, en la sociedad, en general.

Por tanto, la política criminal en la materia ha de tender a profundizar en las medidas sociales que ya esboza la Ley Orgánica 1/2004, profundizando en su efectividad práctica, dado que después de quince años de su promulgación no existe una real implantación con medidas concretas generalizadas en el total del territorio nacional.

En concreto, el título I de la Ley 1/2014<sup>5</sup>, arts. 4 a 9, cuando regula las medidas de sensibilización, prevención y detección de la violencia de género, y, en concreto, en el ámbito educativo y de fomento de la igualdad, pensando en la adecuada formación del profesorado. Evidentemente esta es una medida óptima, pero sin olvidar que el básico estadio formativo de los individuos no se halla en la escuela sino en la familia. Sin embargo, demandamos a nuestros docentes, cada vez más desautorizados en su autoridad, que intervengan en un ámbito que les excede a su formación y prerrogativas, en un sistema educativo menguado de recursos, con niños que proceden de diferentes familias en las que su ámbito pedagógico y valores pueden ser muy distintos entre sí, donde probablemente el modo de comunicarse sus integrantes sea la violencia, los malos modos, los gritos y los empujones, en el mejor de los casos. En muchas ocasiones esos menores tendrán problemas en la escuela que excederán con mucho de un simple síntoma para que el profesor pueda detectar que ese niño puede estar viendo en su casa episodios de violencia de género. Evidentemente los profesores ya se muestran impotentes hoy día para tratar los propios problemas de violencia y *bullying* que se producen en muchos centros escolares, difícilmente les podemos cargar con una función pedagógica para que sus alumnos apliquen en el seno de su hogar y en sus futuras relaciones sentimentales. En su caso, podría dotarse a los colegios de profesionales formados en el ámbito de la pedagogía ya de la psicología, con tareas de soporte, como

---

<sup>5</sup> LAURENZO COPELLO, P. La violencia de género en la Ley Integral. Valoración político criminal. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 07-08, 2005. También publicado en La violencia de género en la Ley Integral: Valoración político-criminal, Jueces para la Democracia, 54, 20-32. <http://www.juecesdemocracia.es/2005/11/03/revista-jueces-la-democracia-informacion-debate-numero-54-noviembre-2005/>

existente en otros países, sobre fomento de la educación emocional de los niños y adolescentes. Esta proposición, sin duda, va encontrar detractores en ciertos sectores sociales, pero el problema requiere de medidas educativas y formativas urgentes en igualdad de género y respeto a los derechos de las mujeres y los menores. En este marco social y político el sistema educativo español debería ser otro, dotado de muchos y mejores recursos.

En similar sentido, propone también nuestra ley social marco un deber de formación en igualdad en el ámbito de la publicidad y los medios de comunicación, determinando que ha de entenderse por publicidad ilícita, arts. 10 a 14 de la Ley, pero la realidad de estos medios de comunicación nos muestra un mundo eminentemente comercial, donde el cuerpo de la mujer vende a todas horas todo tipo de productos. De la mujer se valoran no sus logros académicos, sociales, valores o inteligencia, sino meramente sus atributos físicos, la imagen, instrumentalizándola y cosificándola, su posesión se divulga como símbolo de éxito y poder masculino. Siendo esto así por regla general se augura que no va a ser muy útil este *star system* para formar en igualdad, en respeto, en valores de no dominación del otro, y, por ende, en el diálogo y en la no violencia, especialmente en los casos de ruptura de la relación de pareja, momento en el que el mal entendido género dominante pierde esa posesión y sufre un golpe en su autoestima. Y, en este sentido, socialmente a las nuevas generaciones tampoco se les está formando en un valor fundamental que es la tolerancia a la frustración; jóvenes entre los que cada día es más habitual hallar conductas constitutivas de violencia de género. Por ello la frase “si no es mía no será de nadie” está más presente que nunca.

En lo referente a las medidas previstas en el ámbito sanitario son estas, sin duda, útiles como señal de alarma para poder prevenir y perseguir la violencia, arts. 15 y 16 de la Ley, en la medida que la violencia se produce normalmente en un espacio privado, en la intimidad, de la que no son conscientes habitualmente más que los miembros de la pareja o familia. A continuación, la ley realiza una serie de proclamas útiles y necesarias, pero más políticas que prácticas, formación, Planes nacionales, Consejos, ..., y el papel aguanta bien las palabras y las cifras, la política parece que también, pero la realidad es otro cantar. Todas estas formulaciones de principios no llegan a las concretas víctimas en forma positiva y actuación efectiva, sino únicamente en unos pocos casos, evidentes y graves. Porque las víctimas están diseminadas por todo el territorio nacional, con déficit de servicios médicos, dotados de profesionales médicos y sanitarios muy

cualificados, pero con poco tiempo para atender a sus pacientes por la sobrecarga de trabajo, con pocos medios a su alcance para facilitarles a los pacientes, y de nuevo, ¿cómo acaba en el mejor de los casos? derivando el parte médico, siguiendo el protocolo establecido, al juzgado para la judicialización y penalización del asunto.

Otro tanto cabe señalar de la asistencia jurídica y asistencia social integral, regulada en los arts. 17 a 20 de la LO 1/2004, previsiones elogiadas en líneas de principios, profesionales especializados y formados en el ámbito de la violencia de género, pero en la práctica sin recursos óptimos para atajar el problema. La mayoría de servicios sociales están desbordados, no solo por la problemática de la violencia de género, sino por la propia problemática social que desemboca en la violencia de género, violencia intrafamiliar, desatención a la tercera edad, de colectivos deprimidos y en circunstancias de exclusión social, con problemas económicos, déficits formativos, en ocasiones, intelectivos, minusvalías, inmigración, y, en ocasiones, varios de estos mismos factores concurren en una misma familia en la que además se sufre violencia de género.

En cuanto a los derechos laborales y de Seguridad Social los arts. 21 a 23 del citado texto legal piensan principalmente en la mujer víctima ya integrada en el mercado laboral, adaptando sus derechos laborales a su situación personal y familiar, pero ello únicamente será posible siempre que el tipo de empresa lo permita, no siempre podrá ser posible la movilidad geográfica, la adaptación de horario y puesto de trabajo, etc. En nuestro país existen muchas pequeñas y medianas empresas dando empleo cuyas características organizativas no permiten este tipo de medidas. Para aquellas otras víctimas que necesiten incorporarse al mercado de empleo para romper la dependencia económica con su maltratador el art. 22 de la Ley establece la declaración genérica de que el Plan marco de empleo incluya acciones específicas para las víctimas de violencia de género, que además deberán incluir medidas para favorecer una actividad por cuenta propia, lo que de ordinario ya es bastante complicado sin dificultades añadidas como puede ser además la ruptura de una pareja en un clima de violencia de género.

Aunque las medidas concretas se establecen en la normativa laboral de desarrollo, estas son claramente insuficientes, y más aún en un contexto de recesión económica y precarización del empleo. Hay que establecer ayudas directas e indirectas al empleo, subvenciones, bonificaciones en las cuotas de la Seguridad Social, un real fomento del empleo en este colectivo, una auténtica conciliación laboral en las jornadas de trabajo,

con medidas efectivas y reales. Las meras ayudas directas, previstas bajo la rúbrica de derechos económicos previstas en los arts. 27 y 28 de la LO 1/2004, son irrisorias. Estas ayudas no permiten ni la mera supervivencia, y están creando familias enteras víctimas no sólo de la violencia de género, sino de la miseria, perpetuada por el propio círculo de las ayudas públicas, viviendas subvencionadas, y que no tienden a buscar una independencia económica real.

Es el fomento del empleo, las subvenciones a las empresas y la contratación de estas mujeres en condiciones trabajo y empleos de futuro lo que puede permitirles salir de este círculo social generador de pobreza y violencia. Pero, sobre todo, ha de ser la formación, la educación, el tratamiento psicológico, la ayuda integral social, la que permita a esas mujeres y niños, criados en el ámbito de la violencia de género, el que los haga independientes y libres. Mayores facilidades de acceso a la educación, colegios, universidades, facilitando con apoyos reales su formación, con gratuidad de todos los estadios educativos, con cursos de formación para el acceso al empleo cualificado de calidad.

### III. CONSIDERACIONES FINALES.

\* El recurso al derecho penal no puede ser la primera medida, sino la última, acorde con el principio de *ultima ratio*. Las medidas de acción positiva han de tomar una mayor importancia si se quiere atajar esta lamentable lacra social, pues un derecho penal especialmente retributivo no va a servir nunca para resolver un conflicto social, y, menos aún, cuando el origen de conflicto está perfectamente arraigado en el ideario colectivo

\* Buscar una opción pedagógica en el derecho penal desconoce la realidad del problema, las opciones pedagógicas se han implantar en las familias, en las escuelas, en las empresas, y, en la sociedad en general; una sociedad que necesita formarse en ciertos valores aún de igualdad y respeto a los derechos de la mujer.

\* En ayuda de una formación social óptima en materia de género podría dotarse al ámbito educativo de profesionales formados en el ámbito de la pedagogía y la psicología, con asignaturas dentro del sistema educativa sobre formación emocional de los niños y adolescentes.

\* Es el fomento del empleo, las subvenciones a las empresas y la contratación de estas mujeres en condiciones trabajo y empleos de futuro lo que puede permitirles salir de este círculo social generador de pobreza y violencia. Pero, sobre todo, ha de ser la formación, la educación, el tratamiento psicológico, la ayuda integral social, la que permita a esas mujeres y niños, criados en el ámbito de la violencia de género, el que los haga independientes y libres.

\* Es necesario un tratamiento integral de las víctimas de violencia de género, especialmente psicológico y de formación emocional, pues la dependencia emocional y una mala educación sentimental en muchos casos se halla en la raíz del problema. La dependencia emocional de la víctima a su maltratador o victimario suele ser más fuerte que la propia dependencia económica o el temor a las propias agresiones.

Es esencial, la implementación práctica de auténticos programas psicológicos nacionales para víctimas de violencia de género, con profesionales realmente expertos, formados en la materia y en el trato diario con el problema, que lleguen efectivamente a todas las víctimas, en cualquier lugar del territorio español. No puede dejarse en manos de los escasos recursos de Ayuntamientos y Comunidades Autónomas, normalmente de sus servicios sociales, con los presupuestos que hayan podido dotarles, con tratamientos dispares, y el mayor o menor acierto en la elección de los profesionales contratados, absolutamente desbordados de carga de trabajo. De ese modo no puede llevarse a cabo un tratamiento continuado de las víctimas, pues este requiere permanencia en el tiempo y un abordaje individualizado y constante. Y tanto para la víctima directa de la violencia, como para la indirecta, como puedan ser los hijos, y también, como no, para el agresor, maltratador o victimario. Y aunque esta última propuesta ha sufrido las críticas de muchos colectivos feministas, pues a su modo de entender rechazan que se deba gastar fondos públicos destinados a las víctimas en el victimario, olvidan que son fondos destinados a tratar la violencia de género, y la parte principal que consideran causa del problema, el victimario, también debe tratarse, pues el no atajar la causa no hace que desaparezca el resultado. Interviniendo únicamente en las víctimas, sin acudir a las fuentes y orígenes de los problemas no va a suponer una mejora del mismo.

Únicamente con inversión en educación, tratamiento de las familias, e intervención terapéutica en patrones y roles de género equivocados, destinada tanto a hombres como a mujeres, se podrá avanzar en la erradicación o, cuando menos,

disminución del problema; pues en otro modo, lamentablemente supuestos como el descrito va ser el día a día de la crónica negra de nuestro país.

\* \* \* \* \*

## Dr. Javier Ijalba Pérez

Doctor en Teología por la Univ. de Navarra. Doctorando en Derecho Penal por la Univ. a Distancia de Madrid (UDIMA), España. Socio de la FICP.

### ~La Regularización Tributaria en la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre~

#### I. INTRODUCCIÓN.

La Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, *por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social*, ha transformado de modo esencial la regulación del delito fiscal, introduciendo varias novedades en la configuración del tipo básico, entre ellas, destaca una nueva naturaleza jurídica de la regularización tributaria.

La Exposición de Motivos de la citada Ley reconoce que los objetivos de la reforma fueron: la creación de un tipo agravado para ofrecer respuestas a los fraudes de especial gravedad y que eleve la pena de prisión hasta un máximo de seis años, lo que determina que el plazo de prescripción de las infracciones más graves sea de diez años; posibilitar la persecución de las tramas organizadas de fraude fiscal mediante la denuncia inmediata, una vez se alcanza la cantidad mínima de defraudación; incrementar las posibilidades de cobro de la deuda tributaria evitando la parálisis del procedimiento administrativo por el proceso penal; introducir mejoras técnicas en la regulación de las defraudaciones a la Hacienda y a los Presupuestos de la Unión Europea; evitar la denuncia ante los Juzgados de los obligados tributarios que se regularicen, de forma completa y voluntaria<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> La Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley sostenía que “*el objetivo de la reforma en esta materia es que la denuncia por delito fiscal no paralice el procedimiento de liquidación y recaudación por la Administración Tributaria cuando disponga de suficientes elementos para ello, tal y como parece ser la tendencia general en derecho comparado*”. Y es que el 20 de noviembre de 2008 tenía entrada en el registro del Consejo General del Poder Judicial el Anteproyecto de Ley, junto con la memoria justificativa, a los efectos de la emisión del dictamen preceptivo por parte del Consejo, informe que fue aprobado el 26 de febrero de 2009 por la Comisión de Estudios e Informes del Consejo General del Poder Judicial, si bien es cierto que las consideraciones realizadas en la Exposición de Motivos del Anteproyecto no se materializaron finalmente en el Proyecto de Ley remitido a las Cortes Generales.

En este sentido, es muy interesante la consulta de la obra: Vid. D. FERNÁNDEZ BERMEJO, Algunas cuestiones no desdeñables sobre los elementos que configuran el tipo en el delito fiscal. Especial referencia a la puesta en escena y la fase de consumación delictiva, en ADPCP, Vol. LXX, 2017, p. 241.

Este autor ha sido mi director de Trabajo Fin de Máster, y, a la vez, ha aceptado supervisar y revisar el presente artículo, por lo que le agradezco su inestimable ayuda.

Estos objetivos respondían al eje vertebral de nuestra reforma consistente en el reforzamiento de la transparencia de la actividad de la Administración y, la mejora de la eficacia de los instrumentos de control de los ingresos y gastos, en especial, con motivo de la crisis económica, para lograr una lucha eficaz contra el fraude<sup>2</sup>.

Entre las novedades introducidas por la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, destaca la nueva configuración de la regularización de la situación tributaria, que se ha convertido en el verdadero reverso del delito, llevando a cabo una verdadera mutación de su naturaleza jurídica<sup>3</sup>. Por tanto, está más que justificado dedicar el presente análisis y estudio a dicha cuestión.

## II. LA REGULARIZACIÓN TRIBUTARIA.

Una primera y trascendental modificación del tipo básico del delito fiscal ha consistido en la nueva concepción de la regularización tributaria; sin embargo, hay que reconocer como hace la mayoría de la doctrina, que ha sido la revisión más controvertida y más polémica<sup>4</sup>.

La nueva versión del artículo 305.1 del Código Penal dice así: *“El que, por acción u omisión, defraude a la Hacienda Pública estatal, autonómica, foral o local, eludiendo el pago de tributos, cantidades retenidas o que se hubieran debido retener o ingresos a*

---

<sup>2</sup> Vid. J. A. CHOCLÁN MONTALVO, Protección penal del sistema financiero, en La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, nº 4, 2003, pp. 1885-1899.

- Sobre la persecución del delito fiscal y la respuesta que recibe, conviene citar a los siguientes autores: Vid. M.<sup>a</sup> L. BAZA DE LA FUENTE, El delito fiscal: particular referencia al artículo 305 del Código Penal. Tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 2003, pp. 2 y ss.; I. AYALA GÓMEZ, Antecedentes legislativos de los delitos contra la Hacienda Pública, en AA.VV., Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat, Volumen II, Edisofer, Madrid, 2008, pp. 1797-1818; R. DE MOSTEYRÍN SAMPALO, El blanqueo de capitales y el delito de fraude fiscal, Tesis doctoral, UNED, Madrid, 2017, pp. 118 y ss.

<sup>3</sup> Luego lo estudiaré con más detenimiento, pero adelanto bibliografía, entre otros muchos autores: Vid. N. DE LA MATA BARRANCO, El delito fiscal del artículo 305 CP después de las reformas 2010, 2012y 2015: algunas cuestiones, viejas y nuevas, todavía controvertidas, en Revista General de Derecho Penal, nº 26, 2016, pp. 5 y 6; J. A. BRANDÁRIZ GARCÍA, La regularización postdelictiva en los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, en Estudios Penales y criminológicos, nº 24, 2002-2003; O. CARRERAS MANERO, La cláusula de regularización tributaria como causa de exención de la responsabilidad penal del delito contra la Hacienda Pública, en Revista Española de Derecho Financiero, nº 155, 2012, p. 47; E. I. COLINA RAMÍREZ, La defraudación tributaria en el Código Penal español, Bosch, Barcelona, 2010, p. 279; M. A. IGLESIAS RÍO, La regularización fiscal en el delito de defraudación tributaria (un análisis de la “autodenuncia”. Art. 305-4 CP), Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 258 y ss.

<sup>4</sup> Vid. G. CASTRO SALILLAS, Mejoras técnicas o incremento de la eficacia recaudatoria, en Estrategia Financiera nº 306, junio 2013, pp. 64-71; J. MUÑOZ CUESTA, La reforma del delito fiscal operada por LO 7/2012, de 27 de diciembre, en Revista Aranzadi Doctrinal, nº 11, 2013, p. 2; N. DE LA MATA BARRANCO, El delito fiscal del artículo 305 CP después de las reformas 2010, 2012y 2015: algunas cuestiones, viejas y nuevas, todavía controvertidas, en Revista General de Derecho Penal, nº 26, 2016, pp. 5 y 6.

*cuenta, obteniendo indebidamente devoluciones o disfrutando beneficios fiscales de la misma forma, siempre que la cuantía de la cuota defraudada, el importe no ingresado de las retenciones o ingresos a cuenta o de las devoluciones o beneficios fiscales indebidamente obtenidos o disfrutados exceda de ciento veinte mil euros será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años y multa del tanto al séxtuplo de la citada cuantía, salvo que hubiere regularizado su situación tributaria en los términos del apartado 4 del presente artículo.*<sup>5</sup>” (Las palabras en negrita representan el añadido de la reforma legal operada por la LO 7/2012).

Por lo tanto, ello ha supuesto un verdadero giro respecto a lo comprendido hasta ahora sobre la regularización tributaria<sup>6</sup>. En efecto, la reforma ha provocado que la regularización (nueva redacción de los arts. 305.1 y 305.4 del Código Penal) deje de ser una excusa absolutoria, para convertirse en una causa de exclusión de la ilicitud penal del hecho. Tradicionalmente, la regularización constituía una excusa absolutoria (antiguo art. 305.4 del Código Penal), lo que suponía la eliminación, por razones político-criminales, de la punibilidad del hecho, que, sin embargo, sigue siendo típico, antijurídico y culpable. Sin embargo, la Ley Orgánica 7/2012 ha mutado su naturaleza jurídica, que ahora constituye una verdadera causa de exclusión del ilícito penal.

Esta nueva configuración de la naturaleza jurídica de la regularización hace que guarde relación de equivalencia práctica con el pago tempestivo del impuesto, como ya destacó tanto la Fiscalía General del Estado, como el Tribunal Supremo, que se refirieron a la regularización como el *pleno retorno a la legalidad* que pone fin a la

---

<sup>5</sup> El artículo 305.4 del Código Penal dice: “*Se considerará regularizada la situación tributaria cuando se haya procedido por el obligado tributario al completo reconocimiento y pago de la deuda tributaria, antes de que por la Administración Tributaria se le haya notificado el inicio de actuaciones de comprobación o investigación tendentes a la determinación de las deudas tributarias objeto de la regularización 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 procesal de la Administración autonómica, foral 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.*”

*Asimismo, los efectos de la regularización prevista en el párrafo anterior resultarán aplicables cuando se satisfagan deudas tributarias una vez prescrito el derecho de la Administración a su determinación en vía administrativa.*

*La regularización por el obligado tributario de su situación tributaria impedirá que se le persiga por las posibles irregularidades contables u otras falsedades instrumentales que, exclusivamente en relación a la deuda tributaria objeto de regularización, el mismo pudiera haber cometido con carácter previo a la regularización de su situación tributaria”.*

<sup>6</sup> Conviene citar ahora, porque son autores que apoyan esta conclusión: Vid. J. MUÑOZ CUESTA, La reforma del delito fiscal operada por la LO 7/2012, de 27 de diciembre, en Revista Aranzadi Doctrinal, nº 11, 2013, p. 2; J. CALVO VÉRGEZ, El nuevo delito fiscal tras la aprobación de la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, en Quincena Fiscal, nº 3, febrero I – 2013, pp. 49-73.

lesión del bien jurídico protegido producida por la defraudación consumada con el inicial incumplimiento de las obligaciones tributarias, y así se refleja en la nueva redacción del tipo delictivo<sup>7</sup>.

Esta modificación se complementa con la del apartado 4 relativa a la regularización, y que suprime las menciones que se referían a ella como excusa absoluta.

Con esta regularización resulta neutralizado no sólo el desvalor de la acción, sino también el desvalor del resultado, convirtiéndose en un verdadero reverso del delito<sup>8</sup>, cuyas consecuencias son trascendentales, y que deben ser objeto de una atención especial, como paso a realizar a continuación.

En primer lugar, en lo que se refiere a los plazos de prescripción del delito, ya que la consumación queda en manos del Ministerio Fiscal o del Juez de Instrucción<sup>9</sup>.

Esta situación ya fue puesta de manifiesto en su momento por el Consejo General del Poder Judicial en el informe emitido sobre el Anteproyecto, sin embargo, la Fiscalía en su informe guardó silencio, causando gran sorpresa a tenor de sus tesis mantenidas en sus propias circulares.

A su vez, esta nueva naturaleza de la regularización puede impedir que, una vez regularizada la situación tributaria, prospere la posibilidad de que el delito fiscal se considere apto para ser el delito precedente del blanqueo de capitales. Como es sabido,

---

<sup>7</sup> Esta nueva configuración fue objeto de una dura crítica en el Informe del Consejo General del Poder Judicial sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica: “*El inicio del cómputo de la prescripción no tendrá lugar con la materialización de la defraudación, en los términos expuestos en el informe, sino cuando precluya la posibilidad de regularizar la situación tributaria*”. “*Otro inconveniente que suscita la proyectada medida reside en la incertidumbre que origina sobre el inicio del cómputo de la prescripción pues, a diferencia de lo que acontece en la actualidad, el término inicial de la prescripción no dependerá del comportamiento desarrollado por el sujeto activo, sino del momento en que tengan lugar las actuaciones a partir de las cuales ya no es posible regularizar*” (pp. 16-19).

<sup>8</sup> Vid. J. L. SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO/I. MERINO JARA, Pasado, presente y futuro de las regularizaciones tributarias en Derecho penal, en *La Ley*, 2013, n.º 8052, pp. 1 y ss.; M. A. IGLESIAS RÍO, La regularización fiscal en el delito de defraudación tributaria (un análisis de la “autodenuncia”. Art. 305-4 CP), Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 37 y ss. Estos autores, entre otros, subrayan la importancia de esta novedad y de sus consecuencias trascendentales para la regulación.

<sup>9</sup> Como indica el profesor Bernardo DEL ROSAL: “*El momento de inicio del plazo de prescripción a efectos de su cómputo se puede llegar a prolongar cuatro más respecto de lo vigente hasta ahora, y por tanto, el delito prescribirá no a los cinco años sino a los nueve años, y además, quedar en manos de terceros*”: Cfr. B. DEL ROSAL BLASCO, Delito fiscal y blanqueo de capitales: perspectivas ante la nueva reforma del tipo básico del delito fiscal, en *Diario La Ley*, n.º 7997, Sección Doctrina, 9 de enero de 2013, p. 3.

Conviene incluir también la referencia del profesor: Vid. D. FERNÁNDEZ BERMEJO, Algunas cuestiones no desdeñables sobre los elementos que configuran el tipo en el delito fiscal. Especial referencia a la puesta en escena y la fase de consumación delictiva, en *ADPCP*, Vol. LXX, 2017, p. 243. Creo que estas dos citas son representativas, entre otros muchos autores.

esta tesis había obtenido carta de naturaleza en la Sentencia 8701/2012, de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2012.

En este mismo sentido, muchos autores han señalado que puede ser esa la intención del legislador al introducir la novedad legislativa. En efecto, en una época en la que el poder ejecutivo favorece las regularizaciones tributarias, como es archiconocido, incluso incentivadas a través de las amnistías fiscales, uno de los obstáculos más importantes era la falta de seguridad de que, posteriormente, ello no iba a poder ser considerado como un supuesto previo del delito de blanqueo de capitales. Por lo tanto, se trataría con esta nueva regulación, de garantizar a quien regulariza su situación tributaria que luego no pueda ser perseguido por un delito de blanqueo de capitales.

De ese modo, si regulariza su situación tributaria antes del inicio de las actuaciones inspectoras o del comienzo del procedimiento penal mediante la denuncia o querrela, se asegura que la adquisición, posesión, utilización, conversión o transmisión del importe de la cuota inicialmente no ingresada -pero luego regularizada- no pueda ser objeto de un delito de blanqueo de capitales, al no tener su origen o no proceder de una verdadera actividad delictiva; mientras que, sin embargo, si no se regulariza y se inician a su vez las actuaciones inspectoras o se convierte en objeto de denuncia o querrela, al obligado tributario se le podrá imputar un delito fiscal, y a su vez, un delito de blanqueo de capitales<sup>10</sup>.

Pero, aunque se incorpora al tipo penal, para otro sector de la doctrina, esta regularización parece más bien seguir siendo una excusa absolutoria.

En todo caso, hay que reconocer que esta inclusión complica la consumación del delito, así lo reconoce el profesor SÁNCHEZ MELGAR:

*“Pues da la impresión de que no puede cometerse hasta que no transcurra el plazo para regularizar, es decir, hasta que no se produzcan las circunstancias descritas en el apdo. 4, “antes de que por la Administración Tributaria se le haya notificado el inicio de actuaciones de comprobación o investigación tendentes a la determinación de las deudas tributarias objeto de la regularización o, en el caso de que tales actuaciones no se hubieran producido, antes de que el M. Fiscal, el Abogado del Estado o el*

---

<sup>10</sup> Vid. B. DEL ROSAL BLASCO, Delito fiscal y blanqueo de capitales: perspectivas ante la nueva reforma del tipo básico del delito fiscal, en Diario La Ley nº 7997, Sección Doctrina, Madrid, 9 de enero de 2013.

*representante procesal de la Administración autonómica, foral 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”, y ello incluso “cuando se satisfagan deudas tributarias una vez prescrito el derecho de la Administración a su determinación en vía administrativa”<sup>11</sup>.*

Esta nueva regulación de la regularización tributaria modifica, a su vez, el artículo 305.4 CP. Al incluirse ahora la regularización en el artículo 305.1 CP, el artículo 305.4 no dice ya: “*Quedará exento de responsabilidad penal el que regularice su situación tributaria...*”, sino: “*Se considerará regularizada la situación tributaria cuando...*”.

Por tanto, la regularización no debe entenderse en términos exclusivamente tributarios, sino que se trata de una cuestión penal que depende del cumplimiento de las condiciones previstas en el art. 305.4 CP. De este modo, se han concretado los requisitos para que la regularización tenga eficacia en el ámbito penal: “*Se considerará regularizada la situación tributaria cuando se haya procedido por el obligado tributario al completo reconocimiento y pago de la deuda tributaria*”, antes de que tenga lugar una de las causas de bloqueo.

Hay que reconocer que esta nueva condición no es otra cosa que la condición, aceptada por la doctrina y por la jurisprudencia, de que la regularización implique una “*declaración completa y veraz*”<sup>12</sup>.

A su vez, en cuanto a la exigencia del “*pago*”, se refiere al “*pago íntegro*”<sup>13</sup>, según reconoce el profesor BAÑERES SANTOS. Aunque ha sido polémico sobre todo en la

---

<sup>11</sup> Cfr. J. SÁNCHEZ MELGAR, Código Penal. Comentarios y Jurisprudencia, Sepin, Madrid, 2016, 4ª edición, p. 2153.

En este mismo sentido conviene citar, entre otros, a: F. J. GÓMEZ-LANZ, Dos cuestiones recientes en torno a la regularización tributaria: la declaración tributaria especial de marzo de 2012 y la reforma del artículo 305 del Código Penal mediante la Ley Orgánica 7/2012, en Revista de Derecho Penal y Criminología, nº 1, 2013, pp. 68-69; J. A. LASCURAÍN SÁNCHEZ, Tres problemas de aplicación del delito fiscal: retroactividad, prescripción y exención de los partícipes por regularización, en CGPJ, Problemas específicos de la aplicación del Código Penal, Madrid, 1999, pp. 364 y ss.

<sup>12</sup> Ello no significa que la regularización haya de realizarse por medio de una declaración complementaria. Así lo expone, y lo recojo de modo literal, el profesor SABADELL: “*Sin embargo, no parece que la excusa absoluta recogida en el art. 305.4 CP excluya la denominada “regularización encubierta” entendida como el ingreso realizado fuera de plazo sin requerimiento previo pero sin presentación de declaración en la que se pongan en relación las cuotas ingresadas extemporáneamente con los períodos y tributos a que correspondan*”: Cfr. S. SABADELL CARNICERO, La regularización tributaria como causa de exención de la responsabilidad penal, en CISS, El delito fiscal, Madrid, 2009, p. 205.

<sup>13</sup> Cfr. F. BAÑERES SANTOS, Delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social, en G. QUINTERO OLIVARES (dir.), Compendio de la Parte Especial del Derecho Penal, Aranzadi, Navarra, 2016,

doctrina, ya venía siendo exigido desde hace varios años por la jurisprudencia, sobre todo, a partir de la STS 539/2003, de 30 de abril, que rechazó: “*que tenga eficacia una declaración complementaria presentada sin realizar pago alguno*”<sup>14</sup>.

Y hay que señalar que el artículo 305.4 CP no sólo exige el “*completo reconocimiento y pago*”, sino que ha de ser de “*la deuda tributaria*”. Por tanto, tal y como defiende el profesor GÓMEZ-LANZ, “*la nueva condición exige el reconocimiento y pago de la deuda tributaria, y no de la cuota impagada como con anterioridad*”<sup>15</sup>.

---

p. 292: “Los casos de reconocimiento sin pago o de pagos parciales podrán tener, en su caso, efectos atenuatorios ex artículos 21.5 o 21.4”.

- Conviene recordar otro artículo interesante de este autor: Vid. F. BAÑERES SANTOS, Delitos contra la Hacienda Pública, contra la Seguridad Social y Fraude de subvenciones, en G. QUINTERO OLIVARES (dir.), Comentario a la Reforma penal de 2015, Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2015.

<sup>14</sup> La STS 539/2003: “*Ya que si una persona defrauda a la Hacienda Pública eludiendo el pago de un impuesto su situación tributaria sólo queda regularizada cuando, reconociendo la defraudación, satisface el impuesto eludido, no pudiendo decirse que ha regularizado su situación por el mero hecho de que, años después de realizarla, reconozca la defraudación -a ello equivale la presentación de la declaración complementaria-*”.

De este modo, se manifiesta una diferencia esencial entre la regulación tributaria y la regulación penal.

- Así destaca el profesor AZPEITIA GAMAZO: “*La mera declaración basta para considerar que el sujeto pasivo ha regularizado su situación tributaria, excluyendo la posibilidad de imponer al mismo sanciones*”, en el ámbito tributario. Por tanto, la “*falta de pago de la deuda tributaria resultante en ningún caso invalida los efectos de la regularización*”. Esta situación tiene difícil encaje en los principios esenciales del sistema penal.

Lo explica el profesor AZPEITIA GAMAZO: “*Se materializa así una nueva diferencia de trato, pero en este caso para hacer más exigente el concepto de ‘regularización voluntaria’ que rige en el ámbito penal que el que se aplica en el ámbito administrativo, lo cual a nuestro juicio no resulta congruente con el principio que antes enunciábamos de la configuración del Derecho Penal como último recurso. En nuestra opinión, carece de sentido que la conducta declarativa del sujeto pasivo tendente a reconocer la existencia de la deuda tributaria impida imponer al mismo sanciones administrativas pero no así sanciones penales de mayor gravedad. Aun cuando en sentido técnico es cierto que una excusa absolutoria no supone la atipicidad de la conducta, lo cierto es que tal diferencia resulta equivalente a considerar que una determinada conducta que el legislador tributario considere atípica y no merecedora de sanciones pueda, sin embargo, constituir el tipo de un delito fiscal. Resultado que ciertamente resulta contrario a los principios más elementales del Derecho Penal como último remedio, más si se tiene en cuenta la tradicional configuración del tipo del delito fiscal por remisión a la normativa sustantiva fiscal (norma penal en blanco). Esto no significa que la regularización deba realizarse necesariamente por medio de una declaración complementaria.*”

Ambas citas las he obtenido de la cita: Cfr. M. A. AZPEITIA GAMAZO, La aplicación de la excusa absolutoria por regularización voluntaria: diferencias en el ámbito administrativo y penal (Los requerimientos del caso HSBC y la Circular 2/2009 de la Fiscalía General del Estado), o. c., p. 133.

- Hay que tener en cuenta que el reconocimiento de la deuda por medio de la presentación de la declaración complementaria abre la vía a que la Administración Tributaria reclame su importe en caso de impago. Y, de existir alguna maquinación del obligado tributario para hacer imposible el cobro, sería perseguible como un delito de alzamiento de bienes o de insolvencia punible.

<sup>15</sup> Cfr. F. J. GÓMEZ-LANZ, Dos cuestiones recientes en torno a la regularización tributaria: la declaración tributaria especial de marzo de 2012 y la reforma del artículo 305 del Código Penal mediante la Ley Orgánica 7/2012, en Revista de Derecho Penal y Criminología, nº 1, 2013, p. 55: “*La Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, acomete tres cambios cruciales en la reconfiguración de la regularización prevista en el art. 305.4 CP: i) en primer lugar, al condicionar su eficacia al “completo reconocimiento y pago” zanja definitivamente la discusión doctrinal y judicial previa acerca de la exigencia o no del abono de la cuota tributaria para disfrutar de los efectos jurídicos de la regularización; ii) en segundo lugar, precisa que el reconocimiento y pago han de referirse a la “deuda*

Según el Preámbulo de la LO 7/2012, con esta modificación resulta “*neutralizado no sólo el desvalor de la acción, con una declaración completa y veraz, sino también el desvalor del resultado mediante el pago completo de la deuda tributaria y no solamente de la cuota tributaria como ocurre actualmente*”.

El art. 58 LGT establece que la deuda tributaria está constituida por la cuota o cantidad a ingresar que resulte de la obligación tributaria principal (o de las obligaciones a realizar pagos a cuenta), y, además, por el interés de demora y los recargos exigibles legalmente. Por tanto, la regularización en el ámbito penal deberá incluir el pago, además de la cuota impagada, del interés de demora y de los recargos. No es el obligado tributario quien hace la liquidación de intereses y recargos, sino la Administración Tributaria.

A su vez, el nuevo art. 305.4 CP incluye una referencia expresa a los ejercicios prescritos en el ámbito tributario, no en el penal: “*Asimismo, los efectos de la regularización prevista en el párrafo anterior resultarán aplicables cuando se satisfagan deudas tributarias una vez prescrito el derecho de la Administración a su determinación en vía administrativa*”.

Por lo tanto, la reforma operada por la LO 7/2012 endurece las condiciones de la regularización voluntaria al exigir la declaración de ingreso de la deuda tributaria (*cuota a ingresar, interés de demora, recargos por declaración extemporánea, recargos de período ejecutivo y recargos exigibles legalmente*).

Y, por último, hay que manifestar que la concepción de la regularización como causa de justificación afecta también a la participación en el delito fiscal, a pesar de las discusiones iniciales en la doctrina.

### III. CONCLUSIÓN.

Por lo tanto, hay que reconocer que ha sido el artículo 305.1 CP, y así lo hemos recordado con la mayor parte de autores, el que ha sido objeto de una revisión más

---

*tributaria” y no sólo a la “cuota”; y iii) por último, aborda la redefinición de la naturaleza dogmática de la institución en términos debatibles”.*

- En este aspecto, conviene recordar las obras: Vid. P. CHICO DE LA CÁMARA, El delito de defraudación tributaria tras la reforma del Código Penal por la L.O. 5/2010, Aranzadi, Madrid, 2012, pp. 111 y ss.; J. A. CHOCLÁN MONTALVO, La aplicación práctica del delito fiscal: cuestiones y soluciones, Bosch, 2ª edición, Barcelona, 2016, pp. 352 y ss.; y J. A. LASCURAÍN SÁNCHEZ, Tres problemas de aplicación del delito fiscal: retroactividad, prescripción y exención de los partícipes por regularización, en CGPJ, Problemas específicos de la aplicación del Código Penal, Madrid, 1999, p. 364. También es muy interesante la reciente obra: Vid. D. FERNÁNDEZ BERMEJO, Aspectos conflictivos de la liquidación tributaria vinculada al delito fiscal, en Revista Quincena Fiscal, Aranzadi, enero, 2019, nº 1-2, pp. 93-133.

completa, pero quizás, la más controvertida en la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre.

Se ha producido un verdadero giro respecto a lo comprendido hasta ahora, pasando a configurarse la actuación regularizadora como aquella que neutraliza no sólo el desvalor de la acción, sino también el desvalor del resultado, convirtiéndose en un verdadero reverso del delito. Lo cual tiene inmediatas consecuencias en cuanto al posible delito de blanqueo de capitales, al no existir un delito fiscal previo. Y a su vez, tiene un efecto inmediato en lo que se refiere al plazo de prescripción, porque, en adelante, el delito fiscal sólo se habrá de considerar cometido cuando la autoridad tributaria inicie sus actuaciones de comprobación o averiguación, ya que, a partir de ese momento, no se puede regularizar la situación tributaria.

Con este cambio, la regularización no debe entenderse en términos tributarios, sino que constituye una cuestión de naturaleza penal, que depende exclusivamente del cumplimiento de las condiciones impuestas en el art. 305.4 CP, lo que provoca problemas de ajuste entre los dos ámbitos normativos.

Creo sinceramente, que las reflexiones ofrecidas en este análisis permiten contemplar las problemáticas que presenta la Ley Orgánica; pero que, a su vez, facilitan asumir el reto de ofrecer una respuesta más coherente y eficaz ante el desafío del fraude fiscal.

Para ello, hay que seguir profundizando en el ejercicio de una mayor depuración técnica de la conducta punible del delito fiscal, y en un engarce correcto entre el Derecho Penal y el Derecho Tributario, abandonando antiguas dicotomías e incoherencias todavía vigentes. Al servicio de estos fines, se ofrece el presente artículo, y a la vez, estos son los objetivos que han orientado el trabajo que ahora se presenta.

\* \* \* \* \*

## Prof. Constanza Vargas Sanmiguel

Profesora de la Fac. de Derecho y Ciencias Políticas de la Univ. de Ibagué, Colombia. Miembro del grupo de investigación Zoon Politikon de la misma Universidad. Socia de la FICP.

### ~Discusiones jurisprudenciales con impacto en el tipo penal de lavado de activos en Colombia<sup>1</sup>~

**Resumen.**- Analizar la participación que ha tenido la jurisprudencia, especialmente la producida por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en relación con el fenómeno criminal de lavado de activos, permite definir el alcance del concepto que sobre este delito propone la doctrina, así como la relación con la descripción típica escogida por el legislador penal colombiano, concluyendo que los aportes interpretativos de la Alta Corporación han sido definitivos para identificar la dimensión de la noción, que influye directamente en los linderos del tema de prueba, así como del estándar de conocimiento que se exige para considerar satisfechos los elementos necesarios en clave de imputar responsabilidad penal. De igual manera, el tema reconoce que la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte ha sido decisiva para construir una regla estable sobre la autonomía del lavado de activos en relación con el delito subyacente, facilitando la labor de persecución de esta compleja criminalidad, ante la flexibilización de estándares probatorios que han variado con el tiempo de interpretación jurisprudencial del fenómeno.

**Palabras clave.**- Autonomía, tema de prueba, nivel de conocimiento, delito fuente

## I. INTRODUCCIÓN

La participación de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (en adelante CSJ-SP), en la interpretación del delito de lavado de activos, definiendo en gran medida su alcance, puede considerarse reciente cuando se contrasta con el sesudo desarrollo que la doctrina especializada ha logrado en las últimas tres décadas, impulsada por las expectativas de comportamiento diseñadas por la comunidad internacional desde la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico de estupefacientes y sustancias sicotrópicas originada en 1988<sup>2</sup>, entre otros avances de índole común a los Estados del mundo, o en otros casos por organismos multilaterales de categoría similar<sup>3</sup>.

Partir de la comprensión que la doctrina ha hecho del fenómeno criminal de lavado de activos, es necesario para satisfacer el propósito de dilucidar la discusión que

---

<sup>1</sup> Los argumentos principales de esta contribución fueron expuestos en el VI Simposio Internacional Euroamericano en Administración de Justicia, desarrollado del 15 al 17 de mayo de 2019 en Valledupar, Colombia. El texto completo hace parte como capítulo, del libro titulado Administración de Justicia, Retos y Desafíos en la Sociedad Global, (Mattos, J., Dir.), Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica 2019, ISBN: 978-958-48-6470-3. Se han realizado algunas modificaciones para adaptar el texto a las normas de publicación de la revista Foro FICP.

<sup>2</sup> Más conocida como Convención de Viena; el texto revisado se ha recuperado de [http://www.unodc.org/pdf/convention\\_1988\\_es.pdf](http://www.unodc.org/pdf/convention_1988_es.pdf)

<sup>3</sup> Para una indagación en torno al lavado de activos en la órbita internacional puede verse, por todos, ABEL, M., El blanqueo de dinero en la normativa internacional: Especial referencia a los aspectos penales, Ed. Servicio de Publicaciones e Intercambio Científico de la Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2002.

ha suscitado en la jurisprudencia nacional el alcance del concepto de la conducta criminal bajo estudio, los límites del tema de prueba, la relación probatoria con el delito fuente del objeto material del lavado de activos, así como la profesada autonomía de este fenómeno criminal.

De igual manera, entender el diseño que el legislador penal termina por darle al fenómeno, expresado en el actual artículo 323 de la Ley 599 de 2000<sup>4</sup> -Código Penal colombiano (en adelante CP), facilita reconocer que la forma adoptada busca satisfacer estándares internacionales que, en su deseo de evitar a toda costa la impunidad, han convertido la descripción típica del fenómeno en un auténtico cajón de sastre. A su vez, el concepto plasmado en el tipo penal, y la dimensión expansionista de interpretación que la jurisprudencia le ha otorgado, define y delimita el tema de prueba así como el estándar de conocimiento exigido para dichos elementos.

## II. DISCUSIÓN EN TORNO AL CONCEPTO DE LAVADO DE ACTIVOS

Existe un llamado coincidente de la doctrina jurídico penal para ver el lavado de activos como proceso que busca la legalización de bienes de origen delictivo<sup>5</sup>, entendiéndose que se trata de un fenómeno complejo o estratificado, que está dirigido a darle apariencia de legalidad o normalizar, bienes de procedencia ilícita, a través de actos u operaciones que buscan separarlos de dicho origen<sup>6</sup>.

Verlo como proceso complejo significa que está compuesto de un conjunto de fases sucesivas dirigidas a la realización de un propósito que busca darle apariencia de legalidad a bienes que se han originado o son derivados en la ilicitud. HERNÁNDEZ<sup>7</sup> explica que sus etapas serían la colocación, la estratificación o mezcla con fondos de origen legal, y finalmente la integración o inversión.

Desde el primer intento del legislador colombiano por punir el lavado de dinero a través de la Ley 190 de 1995, más conocida como Estatuto Anticorrupción, con el cual modificó el artículo 177 del Código Penal de la época, Decreto Ley 100 de 1980, que tipificaba la receptación bajo el bien jurídico de la Administración de Justicia, la descripción típica no contaba con los rasgos propios del fenómeno criminal como un

---

<sup>4</sup> Esta norma ha sufrido adiciones a través de leyes posteriores, así como supresiones por consideraciones de rango constitucional, como se explicará más adelante.

<sup>5</sup> Véase por todos, BLANCO CORDERO, I., *El Delito de Blanqueo de Capitales*, 4ª ed., Ed. Aranzadi, Pamplona, 2015

<sup>6</sup> Así lo proponen RUÍZ, C./VARGAS, R./CASTILLO, L./CARDONA, D., *El Lavado de Activos en Colombia*, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015, p. 61.

<sup>7</sup> HERNÁNDEZ, H., *El Lavado de Activos*, 4ª Ed., Bogotá, Ibáñez, 2017, p.33 y ss.

proceso. Lo que hizo el legislador fue ampliar los verbos rectores del tipo penal de receptación así como las agravantes, pero seguía insistiendo en que la conducta debía realizarse fuera de los casos de concurso con el delito del que provenían los bienes.

Esta situación, aunada a una respuesta punitiva exagerada ante otras conductas que no tenían la misma entidad, así como el consenso doctrinal en cuanto a la afectación del bien jurídico orden económico social<sup>8</sup>, constituyó el impulso para la creación de la Ley 365 de 1997<sup>9</sup> donde se estableció el tipo penal de lavado de activos como autónomo.

Es importante comprender que la estructura del tipo penal brindada desde la Ley 365 citada, se conserva en el actual CP de 2000; sin embargo, el legislador optó por seguir el sistema de lista cerrada, lo que determina que el tipo penal se nutra a través de nuevas creaciones legislativas que le asignan contenido en cuanto al denominado delito base o subyacente, esto es, aquel del que pueden provenir los activos a lavar.

Con la entrada en vigencia de la Ley 599 de 2000 y su artículo 323 mencionado, la lista de delitos fuente incluyó el tráfico de armas, los delitos contra el sistema financiero, la administración pública y los vinculados con el producto de los delitos objeto de concierto para delinquir, además de los ya comprendidos por la Ley 365; mediante la Ley 747 de 2002 se incluyó como delito base el tráfico de migrantes y la trata de personas. A través de la Ley 1121 de 2006 se adicionó la financiación del terrorismo y la administración de los recursos relacionados con actividades terroristas; a su vez, la Ley 1453 de 2011 añadió como delito fuente el tráfico de menores de edad. Por último, la Ley 1762 de 2015 amplificó el catálogo, agregando como delito base de lavado de activos las conductas de contrabando, contrabando de hidrocarburos o sus derivados, fraude aduanero o favorecimiento y facilitación del contrabando, favorecimiento de contrabando de hidrocarburos y sus derivados, en cualquiera de sus formas. Con esta última normatividad, el contrabando pasa de ser una conducta criminal que agravaba la conducta base de lavado de activos, para convertirse en un delito fuente descrito en ella, como parte de su descripción típica esencial.

---

<sup>8</sup> En este sentido, ver la exposición de motivos publicada en la Gaceta del Congreso de la Republica de Colombia 284 de 1996, p. 8.

<sup>9</sup> El artículo 9 de la citada Ley establece la creación del Capítulo III dentro del Título VII Orden Económico Social del Código Penal de la época Decreto Ley 100 de 1980, donde se tipifica el Lavado de Activos a través del nuevo artículo 247A

De esta manera, es evidente que la preocupación del legislador penal ha sido nutrir progresivamente la descripción típica, ya que el sistema de lista cerrada para el delito fuente así lo exige, buscando incluir nuevas actividades delictivas de las cuales pueden provenir directa o indirectamente, los bienes objeto material del lavado, permitiendo con este diseño que, ante la realización de cualquiera de los verbos rectores, en tanto se trate de bienes originados en la ilicitud de las actividades incluidas en el tipo, se acepte la tipicidad de la conducta.

Con este panorama general, es posible dar paso a la visión jurisprudencial del concepto, contrastando la postura de la CSJ-SP, y el alcance que de dicho concepto ha establecido recientemente la Corte Constitucional (en adelante Corte C.).

Mediante la sentencia 39220 de 2013, la CSJ-SP definió el lavado de activos en este sentido:

El delito de lavado de activos, blanqueo de capitales o reciclaje de dinero como también se le denomina, consiste en la operación realizada por el sujeto agente para ocultar dineros de origen legal en moneda nacional o extranjera y su posterior vinculación a la economía, haciéndolos aparecer como legítimos. Cuando el tenedor de los recursos ejecuta esa mera actividad (aparentar la legalidad del activo) y oculta su origen e inclina su actividad al éxito de ese engaño, orienta su conducta a legalizar la tenencia del activo, es claro que incurre en la conducta punible porque su comportamiento se concreta en dar a los bienes provenientes o destinados a esas actividades apariencia de legalidad; es decir, encubre la verdadera naturaleza ilícita del producto<sup>10</sup>.

Las decisiones judiciales de la CSJ-SP seguirán esta línea de manera consistente, hasta la producción de la sentencia 282 de 2017 de la misma Corporación que, en referencia al tema de prueba en el delito de lavado de activos, afirma:

Del texto legal se desprende que son elementos estructurales de este delito: (i) la realización de alguna de las conductas allí descritas (transformar, ocultar o encubrir su verdadera naturaleza o su origen ilícito, entre otras); y (ii) que la misma recaiga sobre bienes que tengan su origen mediato o inmediato en alguna de las actividades delictivas incluidas en dicha disposición<sup>11</sup>.

Hasta este punto es destacable que las primeras posturas jurisprudenciales de la CSJ-SP, en relación con el significado del lavado de activos como tipo penal en nuestra

---

<sup>10</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicación 39220, 4 de diciembre de 2013, pp.21-22

<sup>11</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicación 40120, 18 de enero de 2017, p.10

legislación, marcaban una importante relación con la búsqueda de hacer parecer lícito, recursos que tenían origen maculado, lo que podría llevar implícito el concepto de proceso, en coherencia con la postura de la doctrina especializada; sin embargo, el más reciente planteamiento de la Corporación decanta lo que considera el tema de prueba, razón por la cual adecuar la conducta a cualquiera de los verbos rectores en tanto los recursos provengan de alguna de las actividades que hacen parte de la lista cerrada del tipo penal, permitirá afirmar que existe tipicidad.

Sin embargo, la Corte C. en reciente pronunciamiento de 2016 mediante sentencia de constitucionalidad C-191, hizo alusión al alcance del concepto de lavado de activos usado por la Justicia Ordinaria, en tanto fueron acusados sus verbos rectores de ser vagos e imprecisos, por lo que podrían estar desconociendo el principio de legalidad<sup>12</sup>.

Dice la Corte:

Respecto del delito del delito de lavado de activos, el legislador lo describe como el hecho de *adquirir, resguardar, invertir, transportar, transformar, almacenar, conservar, custodiar o administrar* bienes que tengan su origen en los delitos subyacentes enlistados o *dar* a dichos bienes *apariencia de legalidad o legalizar, ocultar* o *encubrir* su verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derecho sobre tales bienes o *realizar cualquier otro acto* para ocultar o encubrir su origen ilícito<sup>13</sup>.

A renglón seguido, el máximo Tribunal Constitucional explica que las conductas como adquirir, custodiar, encubrir, y demás, no son ingredientes normativos, sino formas verbales que deben interpretarse conforme a su semántica, entendidas como expresiones corrientes y comprensibles por todas las personas, lo que permite que estas tengan conciencia de los límites penales de su actuar.

Sin embargo, la Corte Constitucional se plantea una doble visión del tipo penal de lavado de activos atendiendo a la inclusión de la forma verbal “o realizar cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito”, toda vez que puede interpretarse de dos maneras:

La primera es comprender que el comportamiento criminal es realizar actos tendientes a ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes, entendiendo que los demás verbos son sólo formas de hacerlo, por lo que las diferentes conductas dispuestas en el

---

<sup>12</sup> Me refiero sólo a este aspecto por estar vinculado con el tema bajo estudio, sin embargo, se trata de una decisión pluritemática.

<sup>13</sup> Corte Constitucional, sentencia C-191 de 20 de abril de 2016, p.57

tipo penal serían enunciativas más no taxativas. Esta postura no satisface, conforme lo expone la Corte C., las exigencias de tipicidad, facultando al operador jurídico para imputar responsabilidad por conductas que considere buscan ocultar el origen ilícito de los bienes, sin limitarme por las dispuestas en el tipo.

La segunda interpretación que hace la Corporación respecto a la lectura del tipo penal sería comprender que éste puede cometerse de dos formas, atendiendo su estructura alternativa: la primera, cuando se adquiere, resguarda, invierte, transporte, almacene, conserve, custodie o administre bienes de origen ilícito; la segunda, cuando se de apariencia de legalidad, o se legalice, oculte o encubra la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino de esos bienes que provienen de determinadas conductas delictivas. Acogiendo esta última postura, la Corte C. considera que la expresión “o realizar cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito” es redundante y no tiene utilidad, razón por la cual la declara inexecutable. Considera además que, excluir este apartado es relevante, toda vez que interpretaciones extensivas podrían permitir la arbitrariedad y abuso judicial en tanto “se evita imputar responsabilidad por comportamientos no descritos expresamente en la lista taxativa de los verbos rectores del delito de lavado de activos.”<sup>14</sup>

Este recorrido jurisprudencial en contraste con la tipificación de la conducta y la estructura que el legislador ha decidido darle, dan cuenta que la propuesta doctrinal de entender el lavado de activos como proceso que surte unas etapas, no encuentra asidero normativo en Colombia; esta actitud legislativa y judicial representan un alto impacto al momento de comprender en qué consiste ser autor o partícipe del lavado de activos, desatendiendo el concepto diferenciador de autor. De la misma manera, la alternatividad de los numerosos verbos rectores, aplicando los parámetros interpretativos de las Cortes citadas, son evidencia de que no es necesario dar apariencia de legalidad a los bienes, porque esta es sólo una modalidad de conducta que navega entre muchas otras mientras tenga alguna vinculación con uno o varios de los delitos subyacentes.

### **III. DISCUSIÓN REFERENTE A LA AUTONOMÍA DEL TIPO PENAL DE LAVADO DE ACTIVOS**

Comprender el tipo penal de lavado de activos como autónomo, a pesar de que se encuentra ligado de forma inescindible con recursos que provienen de otra u otras

---

<sup>14</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-191 de 20 de abril de 2016, p.59

actividades delictivas, no ha sido un tema pacífico entre la visión doctrinal por un lado, y la jurisprudencial por el otro.

Algunos años atrás, un sector de la doctrina internacional, proponía que debía considerarse impune el autoencubrimiento, bajo la teoría del hecho posterior copenado; su mirada versaba en una interpretación dogmática donde este constituía el agotamiento del delito consumado previamente, aunado al argumento de una posible violación del principio non bis in ídem, así como la no exigibilidad de otra conducta e inclusive, la fórmula de un concurso ideal<sup>15</sup>.

Este no ha sido el planteamiento acogido ni por el legislador ni por la jurisprudencia colombiana; el legislador ha buscado seguir lineamientos internacionales en la lucha contra la delincuencia organizada transnacional de la cual el lavado de activos es una clara expresión, lo que le ha llevado a desarrollar normas jurídico penales especiales de punición de este comportamiento<sup>16</sup>, aunado a su mensaje de diferenciación entre los bienes jurídicos Orden Económico Social por un lado, y Administración de Justicia por el otro. Es una postura que se apoya en la mirada de la ingeniería financiera que requiere un lavador de activos, quien inyecta capitales a su organización delictiva para mantenerla y fortalecerla, siendo una ofensa permanente al bien jurídico del Orden Económico Social, sumado a la gravedad para la moral social que representa esta conducta, ostensiblemente distinta a la de la receptación como forma de encubrimiento<sup>17</sup>.

Sin embargo, los argumentos jurídicos que permiten predicar la verdadera autonomía del tipo penal de lavado de activos, se deben a la jurisprudencia, en especial de la CSJ-SP. Su recorrido puede iniciar desde la sentencia de 14 de junio de 1996 radicación 10467<sup>18</sup>, donde la Corporación analiza un caso de enriquecimiento ilícito de particular; se trata de un tipo penal que señala cómo el incremento patrimonial debe

---

<sup>15</sup> Es un planteamiento que puede encontrarse, entre otros, en BLANCO CORDERO, I., *El Delito de Blanqueo de Capitales*, 4ª ed., 2015.

<sup>16</sup> Me refiero a la Ley 365 de 1997 ya citada, mediante la cual se crea de forma autónoma y bajo el bien jurídico Orden Económico Social el tipo penal de lavado de activos.

<sup>17</sup> Esta mirada corresponde a la línea propuesta por la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de las Drogas CICAD (2014), que, como parte de la Organización de Estados Americanos OEA, ha sido referente en estudios vinculados al tema del lavado de activos por su inescindible conexión con el negocio de las drogas, así como su postura en defensa de la autonomía que debe tener como tipo penal, por los intereses que tutela y el grado de afectación, aunado al bien jurídico Orden Económico y los riesgos que para este representa. Información a través de:

[http://www.cicad.oas.org/Main/Template.asp?File=/lavado\\_activos/default\\_spa.asp](http://www.cicad.oas.org/Main/Template.asp?File=/lavado_activos/default_spa.asp)

<sup>18</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicación 10467, 14 de junio de 1996.

derivarse de “actividades delictivas”, por lo que sus argumentos son de recibo para el lavado de activos en cuanto a este ingrediente normativo. A partir de esta decisión, la CSJ-SP deja sentado el criterio de que no se está exigiendo una condena penal previa por dicha actividad delictiva, sino que es tarea del juez valorar si esta lo es, o no, independientemente de que exista condena penal por ella.

Esta será la línea interpretativa seguida por la CSJ-SP en las decisiones siguientes, entre las que pueden citarse, por su relevancia<sup>19</sup>: sentencia de 19 de enero de 2005 radicación 21044; 5 de octubre de 2006 radicación 25248; 28 de noviembre de 2007 radicación 23174, 18 de enero de 2017 radicación 40120, concluyendo que en Colombia, el criterio de interpretación imperante es que el tipo penal de lavado de activos puede configurarse de forma autónoma, sin requerir que el delito fuente del que se alega provienen los bienes maculados cuente con condena penal.

Se trata de una discusión jurisprudencial que acorde con lo indicado, no admite postura diversa ni se avizora un cambio de precedente. Son criterios de evitación de impunidad estrictos que vienen haciendo camino, trayendo consigo la aceptación de reglas de interpretación judicial donde es posible, por ejemplo, que un sujeto sea procesado por enriquecimiento ilícito, y a pesar de que no termine condenado por esta conducta, si lo sea por lavado de activos, guardando identidad fáctica. La autonomía declarada del delito de lavado de activos, permite dar paso al cuestionamiento en relación a la prueba del delito fuente, ya que si este se integra al tipo penal de lavado como ingrediente normativo, debe estar probado. Este criterio no siempre tuvo claridad en las decisiones judiciales.

#### **IV. DISCUSIÓN RELACIONADA CON EL DELITO FUENTE O SUBYACENTE Y SU NIVEL DE CONOCIMIENTO**

El tipo penal de lavado de activos, desde una perspectiva deontológica, reprocha el interés de un sujeto que busca hacer parecer como lícito aquello que no goza de tal naturaleza u origen. La mirada normativa del tipo penal en Colombia es expansiva en relación con esta postura, lo que hace que las conductas posibles sean múltiples acorde a lo anunciado en la primera discusión abordada en este escrito. Sin embargo, desde su nacimiento como tipo penal autónomo, el lavado de activos se encuentra ligado a otra actividad delictiva, aquella de la cual provienen los bienes que constituyen el objeto

---

<sup>19</sup> El desarrollo pormenorizado de la jurisprudencia de la CSJ-SP, puede revisarse en la obra de HERNÁNDEZ, H., *El Lavado de Activos*, 4ª Ed., Ibáñez, 2017.

material del lavado. Estas actividad o actividades delictivas suelen denominarse por la doctrina y la jurisprudencia, delito determinante, fuente, base, subyacente, entre otros apelativos.

Este vínculo irrompible nos indica que, como parte integral del tipo penal en su redacción primigenia y actual, debe probarse. El cuestionamiento en torno a si debía ser a través de una condena judicial previa o concomitante, se encuentra superado acorde con el criterio de autonomía del lavado de activos, fuertemente construido por la jurisprudencia de la CSJ-SP ya mencionado; sin embargo, el estado problemático del asunto pervive en relación con el nivel de conocimiento que puede exigirse en el sujeto activo del lavado, en cuanto al llamado delito fuente.

La doctrina foránea pareciera responder con la fórmula de constatar que se trate de un hecho típicamente antijurídico<sup>20</sup>, aunque no necesariamente culpable. OSPITIA<sup>21</sup> siguiendo a HINOSTROZA PARIACHI, explica que hay dos teorías en materia procesal para verificar la comisión del delito fuente, con una clara inclinación en sistemas jurídicos como el nuestro a optar por la segunda de ellas:

- 1) acreditación del delito fuente por medio de un proceso judicial en donde los distintos elementos de prueba indiquen la responsabilidad penal del autor o participe, la cual es reflejada en una sentencia condenatoria en firme —para así proseguir con el proceso penal de lavado de activos— y 2) basta la verificación por medio de indicios razonables —por parte del juez que conoce el proceso de lavado de activos—, sobre la realización del hecho típico y antijurídico del delito fuente sin necesidad que exista sentencia condenatoria en firme sobre este último.

Así, el autor pone de presente la postura seguida por nuestra Jurisdicción Ordinaria Penal en la mayoría de sus decisiones sobre el tema; de este modo, explicita las razones por las cuales la actividad probatoria es fundamental para proceder a su valoración racional, lo que hace al proceso legítimo ante la garantía del convencimiento judicial sin arbitrariedad.

---

<sup>20</sup> En este sentido puede verse la obra *El Delito de Blanqueo de Capitales* de BLANCO CORDERO, I. ya citado; de la misma manera el manuscrito de BAJO FERNÁNDEZ, M. titulado *El desatinado delito de blanqueo de capitales*, en *Política Criminal y Blanqueo de Capitales* (Bajo, M. y Bacigalupo, S., Eds.), Marcial Pons, Madrid, 2009

<sup>21</sup> OSPITIA, P., *La actividad probatoria en el delito fuente del tipo penal de lavado de activos*, en *Revista Derecho Penal y Criminología*, Vol. 37, n.103, julio-diciembre de 2016, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, pp.151.

En contraste con la postura doctrinal, la jurisprudencia de la CSJ-SP, ha demostrado dos momentos fundamentales sobre el tema bajo análisis: uno que sienta las bases y consolida progresivamente la idea de que era suficiente la mera inferencia o razonable ilación en relación con la actividad delictiva de la que provenían los bienes objeto material de lavado de activos, pasando por la aclaración de que dichas *actividades delictivas* debían ser vista como ingrediente normativo del tipo.

El segundo momento parte de la variación que produce la sentencia 282 de 2017, por medio de la cual la CSJ-SP expresa que el término *mera inferencia* o los sinónimos vinculados a este concepto procesal, se consideran ambiguos, por lo que el nivel de conocimiento debe ser reinterpretado.

### **1. Primer momento de la jurisprudencia en relación con la prueba del delito subyacente en el tipo penal de lavado de activos**

Bajo el radicado 22179 de 2006, la CSJ-SP explica la necesidad de que “converjan elementos de prueba con la idoneidad suficiente para que más allá de una presunción (...) permitan establecer el nexo objetivo suficiente para afirmar que emanan de actividades al margen de la ley.”<sup>22</sup>

Luego, la decisión de la CSJ-SP radicación 25219 de 2007<sup>23</sup>, añadió que la demostración del origen del dinero en un delito como el lavado de activos, no estaba sujeta a un especial elemento de prueba ni tampoco a un pronunciamiento judicial sobre el punible que lo originaba; en esta misma línea se resolvió la casación de 28 de febrero de 2007 radicación 23881<sup>24</sup>, enfatizando en que el origen delictivo de los bienes objeto del lavado, constituía un ingrediente normativo del tipo.

En la decisión de radicado 23174 de 2007 mencionada con antelación, la CSJ-SP adiciona que demostrar no es lo mismo que tener certeza de la actividad ilícita antecedente, por lo que, a su parecer, lo necesario es que se realice la mera inferencia judicial al interior del proceso que fundamente la existencia de la actividad delictiva fuente donde se originan los bienes.

En sentencia de radicación 23754 de 2008<sup>25</sup>, manifiesta la CSJ-SP que la actividad ilegal subyacente sólo requiere de una inferencia lógica que la fundamente

---

<sup>22</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicación 22179, 9 de marzo de 2006, p.21

<sup>23</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicación 25219, 24 de enero de 2007, sp.

<sup>24</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicación 23881, 28 de febrero de 2007, sp.

<sup>25</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicación 23754, 9 de abril de 2008, p.27

para que este ingrediente normativo del tipo penal de lavado de activos se considere satisfecho. Se trata de una postura que a lo largo de las decisiones venideras<sup>26</sup>, será reforzada progresivamente hasta convertirse en una clara regla de decisión para el tema bajo estudio.

## **2. Segundo momento de la jurisprudencia en cuanto a la prueba del delito fuente en el tipo penal de lavado de activos**

La sentencia 282 de 18 de enero de 2017, radicado 40120 de la CSJ-SP, representa el inicio de un segundo momento en cuanto al nivel de conocimiento que debe satisfacerse en procesos por lavado de activos, donde se busca establecer el cumplimiento del ingrediente normativo del tipo, expresado en la descripción “actividades” delictivas, de aquellas que incluye el tipo penal del artículo 323 del CP; se busca de esta forma, cimentar que los bienes que son señalados como objeto de lavado, provienen de dichas actividades, razón por la cual sería justificable, prima facie, la imputación típica al sujeto activo.

Acorde con lo dispuesto en el punible de lavado de activos, los bienes deben tener origen mediato o inmediato en alguna de las actividades enlistadas por el tipo penal, para lo cual la CSJ-SP en esta decisión, realiza un tránsito por su propia jurisprudencia, explicando cuál había sido hasta la fecha, el criterio de estándar de conocimiento que permitía dar paso a una condena penal por lavado de activos, citando sus propias decisiones:

(i) “*inferencia judicial*” o “*mera inferencia*” (CSJ-SCP, 28 Nov. 2007, Rad. 23174 CSJ-SCP, 2 Feb. 2011, Rad. 27144, entre otras); (ii) “*razonable ilación*” (CSJ-SCP, 19 Feb. 2009, Rad. 25975); (iii) “*inferencia lógica*” (CSJ-SCP, 2 Feb. 2011. Rad. 27144), entre otros<sup>27</sup>.

Acto seguido, la CSJ-SP expresa que este criterio de la inferencia judicial, estructurado como regla de sus decisiones según el recorrido jurisprudencial hecho, es ambiguo; la explicación de su planteamiento se traduce en que una inferencia judicial puede corresponder a diversos niveles de conocimiento: bajos (posibilidad), medios

---

<sup>26</sup> En la obra de HERNÁNDEZ, H., *El Lavado de Activos*, ya citada, se expone una lista detallada de decisiones de la CSJ-SP, vinculadas al tema, entre las que se incluyen las siguientes sentencias: 25360 del 30 de abril de 2008, 28300 de 5 de agosto de 2009, 28892 de junio de 2010, 36089 del 6 de marzo de 2012, 27026 del 9 de mayo de 2012, 39923 del 12 de diciembre de 2012, 34377 del 17 de julio de 2013, 39220 del 4 de diciembre de 2013, 42516 del 2 de abril de 2014, 43388 del 26 de mayo de 2014, 42027 del 10 de diciembre de 2014, 42527 del 12 de mayo de 2015, 40889 del 17 de junio de 2015.

<sup>27</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicación 40120, 18 de enero de 2017, p.16

(probabilidad) o altos (certeza–racional-), razón por la cual, procede a realizar una diferenciación entre los regímenes procesales de la Ley 600 de 2000<sup>28</sup> y la Ley 906 de 2004<sup>29</sup>, ya que en el primer sistema procesal se debe contar con certeza (racional) para la declaración de responsabilidad en el fallo, mientras que bajo la cuerda procesal del segundo, se requiere convencimiento más allá de toda duda razonable.

En esa medida, el estándar de conocimiento del ingrediente normativo bajo estudio, deja de ser únicamente la inferencia judicial que constituyó el baremo adecuado y suficiente en decisiones anteriores; ahora es necesario que se establezca que los bienes provienen de actividades delictivas, en grado de certeza si es bajo el estatuto procesal de la Ley 600, o de convencimiento más allá de toda duda si es al amparo de la Ley 906.

Sin embargo, no se trata de comprender que el criterio de la inferencia judicial se rechace de plano, más bien hay una reinterpretación del estándar de conocimiento, por lo que la CSJ-SP explica que es posible llegar a la certeza no solamente por prueba directa sino también por prueba indirecta o indiciaria. Cosa distinta es que, al no existir un régimen de tarifa legal para la valoración de los hechos indicadores, el juzgador debe evaluar si los datos le imprimen fuerza suficiente a la conclusión, atendiendo a los elementos que componen la prueba indiciaria<sup>30</sup>.

Es necesario destacar que la CSJ-SP en su decisión da cabida a los indicios, no sólo necesarios sino también a los contingentes; sin embargo, no explica si limita esta última categoría a los graves, o si es posible acudir a indicios contingentes leves o

---

<sup>28</sup> Código de Procedimiento Penal de la época con tendencia mixta entre lo inquisitivo y lo acusatorio.

<sup>29</sup> Código de Procedimiento Penal colombiano que se implementó progresivamente a partir de la fecha de su expedición, buscando implementar un sistema acusatorio o, como dirían algunos, con tendencia acusatoria.

<sup>30</sup> Manifiesta la Corte en esta decisión a página 20 y 21: En síntesis: (i) uno de los elementos del delito de lavado de activos es el origen directo o indirecto de los bienes sobre los que recaen los verbos rectores incluidos en la norma, en alguna de las actividades referidas en el artículo 323 del Código Penal (de secuestro, narcotráfico, etc.); (ii) por tanto, ese aspecto inexorablemente debe hacer parte del tema de prueba; (iii) ese elemento del tipo penal, como los demás, debe demostrarse en nivel de certeza –racional- (Ley 600 de 2000) o convencimiento más allá de duda razonable (Ley 906 de 2004); (iv) su acreditación puede hacerse a través de “prueba directa” o “prueba indirecta”; (v) no es necesario que exista una condena previa por los delitos que generaron los bienes o las ganancias sobre los que recaen las acciones descritas en el artículo 323; (vi) tampoco es imperioso que se establezca que los delitos que dieron lugar a dichas ganancias o bienes ocurrieron en determinadas condiciones de tiempo, modo o lugar, pues lo determinante es establecer el origen directo o indirecto de ese patrimonio, en la actividad ilícita; (vii) no existe un régimen de tarifa legal para la valoración de los hechos indicadores, por lo que el juzgador debe evaluar en cada caso si los datos le imprimen suficiente fuerza a la conclusión; (viii) cuando la Fiscalía logra demostrar la hipótesis de la acusación, en el nivel de conocimiento indicado, la demostración de la plausibilidad de las hipótesis alternativas corre a cargo de la defensa cuando es quien tiene más fácil o exclusivo acceso a las pruebas; (ix) mientras la hipótesis de la acusación debe demostrarse en el nivel de certeza (racional) o convencimiento más allá de duda razonable, las hipótesis alternativas que alega la defensa, si bien no están sometidas a ese estándar, deben ser verdaderamente plausibles.

levísimos, según el caso y la lógica que el mismo exige, puesto que éstos, como diría PARRA QUIJANO, deben ser producto de la realidad y no de la imaginación ni de la arbitrariedad<sup>31</sup>

En relación con los estándares en discusión, autores como MARÍN<sup>32</sup> han manifestado que el viejo paradigma de estándar de prueba expresado en la posibilidad, probabilidad, duda y certeza, que reflejan estados de la mente del juez frente a la verdad, vienen siendo transformados conforme a la epistemología jurídica moderna, por estándares de prueba verificables y más controlables, como son la inferencia razonable, la probabilidad de verdad y el conocimiento más allá de toda duda. El autor analiza la sentencia de Casación 36357 de 26 de octubre de 2011 en torno al estándar de prueba de conocimiento más allá de duda razonable, decisión de la que resultan los siguientes apartes:

En el sistema de la Ley 600 de 2000 y ordenamientos procesales anteriores, el problema del conocimiento humano era tratado a partir de concepciones de índole subjetiva (como las tradicionales de verdad, falsedad, duda y certeza) que obligaban al intérprete a justificar alguna especie de creencia personal apoyada en razones suficientes.<sup>33</sup>

El cambio de la expresión “*certeza*” por la de “*convencimiento más allá de toda duda*” o la de “*conocimiento más allá de toda duda razonable*” no ha sido caprichosa ni producto de una inclinación o moda intelectual por parte del legislador. (...) la Corte ha admitido, incluso para ambos sistemas procesales, que alcanzar un grado absoluto de certeza “*resulta imposible desde la perspectiva de la gnoseología en el ámbito de las humanidades e inclusive en la relación sujeto que aprehende y objeto aprehendido*”.<sup>34</sup>

En todo caso, debe destacarse que la variación de estándares de conocimiento por la transformación de estatutos procesales, debe desarrollarse en armonía con la parte general del Código Penal vigente, comprendiendo que allí reposa la filosofía penal seguida por un Estado que se construye a través de su legislador penal, así como expresiones de política criminal.

---

<sup>31</sup> Así lo propone PARRA QUIJANO, J., Manual de Derecho Probatorio, 15ª ed., Ed. Librería Ediciones del Profesional, Bogotá, 2006, p.673

<sup>32</sup> MARÍN, R., El estándar de prueba de conocimiento más allá de duda razonable. Análisis y evaluación de la sentencia de casación 36.357 (26-10-2011) de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, en Revista Derecho Penal y Criminología, Vol. 35, n.99, julio-diciembre de 2014, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, pp.113-138

<sup>33</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicación 36357, 26 de octubre de 2011, p.13

<sup>34</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicación 36357, 26 de octubre de 2011, p.17

Sin embargo, es destacable el avance que produce la transformación del estándar de conocimiento bajo cuestionamiento. El uso del criterio probatorio de inferencia lógica, impulsó críticas ante una actividad probatoria del ente acusador mínima o nula, que pueden verse soportadas usando dos ejemplos: En el proceso de radicación 23754, con sentencia de 9 de abril de 2008<sup>35</sup>, la defensa alegó que el origen ilícito de las divisas se supuso, pero nunca se probó; la CSJ-SP utilizó el argumento de la inferencia lógica para justificar la actuación de las instancias y no casar. En la radicación 35159 con sentencia de fecha 31 de octubre de 2012<sup>36</sup>, el demandante alegó la construcción de indicios de contenido moral y el desconocimiento del derecho penal de acto, ya que en los procesos de instancia los juzgadores se valieron de datos objetivos como las anotaciones penales del demandante (no condenas), interceptaciones telefónicas (de otros procesos que se archivaron), así como haber sufrido atentados contra su vida, de donde se dedujo la procedencia ilícita de su patrimonio. La CSJ-SP nuevamente usó el argumento de la inferencia lógica para avalar la actuación de instancia.

De esta manera, la exigencia de la CSJ-SP que busca progresar en el camino de las demandas que, al parecer, realiza la epistemología jurídica, comprende que el sistema procesal erigido a través de la Ley 906 de 2004, requiere llegar a un conocimiento más allá de toda duda razonable, lo que incluye la totalidad de los elementos de la tipicidad; esto encierra, como es propio, la actividad delictiva que es ingrediente normativo, bien sea que se llegue a ella por prueba directa o indirecta.

Tal vez la situación controversial que se advierte en el futuro próximo de casos difíciles, propios de esta clase de criminalidad, será la forma en la que se analizan los indicios contingentes para deducir de su examen el conocimiento más allá de toda duda<sup>37</sup>; si se trata de procesos seguidos bajo la cuerda procesal de la ley 600 de 2000, progresivamente en extinción, se debe aplicar el mismo criterio, pero el estándar a satisfacer es certeza, a pesar de las críticas a las que esta se encuentra sujeta desde la óptica epistemológica.

Finalmente, es necesario destacar que estas no constituyen las únicas discusiones desplegadas a través de la jurisprudencia, que vinculen directa o indirectamente el fenómeno del lavado de activos; de especial interés resulta la teoría, aún en discusión en

---

<sup>35</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicación 23754, 9 de abril de 2008, p.12 y ss.

<sup>36</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicación 35159, 31 de octubre de 2012, p.36

<sup>37</sup> En este sentido, pueden revisarse los argumentos expuestos en el Salvamento de Voto del Magistrado Eyder Patiño en la sentencia radicación 40120 ya citada.

cuanto a su legitimidad al ser aplicada en el ámbito penal, de la carga dinámica de la prueba, propia de otras latitudes del derecho, que no ha sido mayoritariamente respaldada por la doctrina, contadas las excepciones, pero que viene creciendo exitosamente en la jurisprudencia de la CSJ-SP<sup>38</sup>. Recientemente se discutió por la Corte, en cuanto a la multiplicidad de verbos rectores del tipo penal de lavado de activos, para concluir que, entre esta amplia gama de conductas alternativas, hay algunas de ejecución instantánea y otras de carácter permanente<sup>39</sup>. Como se deduce, la complejidad del fenómeno bajo estudio se refleja en las diversas aristas de interpretación, algunas de ellas expuestas en este trabajo, que sin lugar a dudas dan aviso de una lucha contra la impunidad en la que los jueces son protagonistas.

\* \* \* \* \*

---

<sup>38</sup> Sobre el tema puede revisarse VARGAS SANMIGUEL, C., La Carga Dinámica de la Prueba en el Proceso Penal: un estudio a través del delito de Lavado de Activos (Tesis de Maestría), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2017

<sup>39</sup> En este sentido, ver la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, radicación 48031 de 18 de julio de 2018, p.13

## Mónica Yohana Alarcón Boyacá

Doctoranda del Programa Gestión y Resolución de Conflictos, Familia, Menores y Justicia Restaurativa, Universidad de Vigo, España. Socia de la FICP.

### ~Determinación de sanciones aplicables a menores por la comisión de conductas punibles graves en la legislación colombiana. Comentario a la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala Penal SP-2122019 (53864), de 6 de febrero de 2019~

**Resumen.-** El presente comentario tiene como objetivo analizar la reciente posición jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, máximo órgano jurisdiccional competente en el ámbito de responsabilidad penal para adolescentes en Colombia. En primer lugar, se describen los antecedentes fácticos del caso resuelto. A continuación, se sitúa al lector español en cuestiones básicas del sistema penal juvenil colombiano, así como algunas semejanzas y coincidencias con el sistema penal juvenil español. Finalmente, se exponen los considerandos o fundamentos más relevantes de la sentencia objeto de comentario. La situación fáctica particular conlleva a plantear diferentes cuestionamientos respecto del principio de legalidad penal y seguridad jurídica en cuanto a la determinación e imposición de medidas privativas de la libertad a menores infractores de la ley penal por conductas punibles graves.

**Palabras clave.-** Sanciones a menores, Principio de legalidad, Seguridad jurídica, Conducta punible.

#### I. ANTECEDENTES FÁCTICOS.

En la sentencia objeto de comentario, la Corte Suprema de Justicia de Colombia, máximo órgano jurisdiccional en materia de responsabilidad penal adolescente, resuelve un recurso extraordinario de casación interpuesto por la defensa del joven C., por los siguientes hechos<sup>1</sup>:

1. El joven C. de 16 años de edad en el momento de los hechos, en fecha no precisada entre los meses de mayo y agosto de 2015, accedió carnalmente, por vía anal, al menor B. de 9 años de edad, en la ciudad de Bogotá.

2. En el Juzgado Segundo Penal para Adolescentes con Función de Control de Garantías<sup>2</sup> se llevó a cabo, el 19 de mayo de 2016, audiencia de formulación de

---

<sup>1</sup>El texto completo de la sentencia puede consultarse en:

<http://www.cortesuprema.gov.co/corte/index.php/tag/sp212-201953864/> (consultado por última vez el 03/03/2020).

<sup>2</sup> El juez de control de garantías: es un juez constitucional encargado de ponderar en diversos eventos el necesario ejercicio de la acción estatal de verificación de la sospecha, de búsqueda de la verdad y de acopio del material probatorio, con la preservación de los derechos y garantías constitucionalmente previstos para la persona que se encuentra en la etapa inicial de procedimiento penal, es decir, en etapa de indagación e investigación. En diversas actuaciones el juez deberá ponderar el correcto y necesario desenvolvimiento de la función de la justicia penal, con la preservación de los derechos y garantías, deberá valorar la legalidad y legitimidad de la intromisión estatal en los derechos fundamentales, frente a las necesidades de la persecución penal.

imputación<sup>3</sup>, en la cual se atribuyó a C. la conducta punible de acceso carnal abusivo con menor de 14 años contemplado en el art. 208 del Código Penal colombiano<sup>4</sup> agravado por la confianza que se atribuye tenía la víctima hacía el victimario.

3. En fecha de 20 de mayo de 2016, se inicia la etapa de juzgamiento, donde la Fiscalía<sup>5</sup> presenta escrito de acusación formal, de la cual queda conociendo el juzgado Quinto Penal para adolescentes con función de conocimiento<sup>6</sup> de la ciudad de Bogotá. La Fiscalía solicita la imposición al menor de la pena de internación en centro de atención especializada.

4. El 7 de febrero de 2018, al inicio del juicio oral, el acusado aceptó los cargos formulados, razón por la cual, una vez verificadas las condiciones de la aceptación, se anunció sentido de fallo condenatorio.

5. En la sentencia de primera instancia emitida el 13 de abril de 2018, el Juzgado Quinto Penal para adolescentes con función de conocimiento de la ciudad de Bogotá, declaró responsable penalmente al menor C. por la conducta punible antes mencionada, imponiendo la sanción de libertad asistida o vigilada por un término de 12 meses.

6. La Fiscalía interpuso recurso de apelación contra dicha resolución, considerando que no es posible modificar la pena de internación en centro de atención especializada, por la libertad asistida o vigilada. El motivo de apelación tendría su fundamento en el art. 187 de la Ley 1098 de 2006, por el que se establece el Código de Infancia y Adolescencia colombiano. Conforme a ese precepto la privación de la libertad se aplicará a los adolescentes entre 16 y 18 años, que sean hallados

---

<sup>3</sup> Acto procesal mediante el cual inicia el proceso penal en sentido estricto, la Fiscalía General de la Nación comunica a los presuntos autores o partícipes de los hechos y la situación jurídica particular por la cual se está adelantando la investigación penal. A partir de la realización de esta audiencia se adquiere la calidad de imputado.

<sup>4</sup> Código Penal Colombiano (Ley 599 de 2000), art.208 (acceso carnal abusivo con menor de catorce años): “*El que acceda carnalmente a persona menor de catorce (14) años, incurrirá en prisión de doce (12) a veinte (20) años*”. Art. 212 (acceso carnal): “*Para los efectos de las conductas descritas en los capítulos anteriores, se entenderá por acceso carnal la penetración del miembro viril por vía anal, vaginal u oral, así como la penetración vaginal o anal de cualquier otra parte del cuerpo humano u otro objeto*”.

<sup>5</sup> Fiscalía General de Nación en Colombia, parte del proceso penal, entidad encargada de adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito.

<sup>6</sup> El juez con función de conocimiento, es el encargado de adelantar la etapa de juzgamiento en el proceso penal colombiano. La Etapa de juzgamiento inicia desde la presentación del escrito de acusación por parte de Fiscalía General ante el mencionado juez, hasta la finalización del juicio oral dentro del cual se emite sentencia condenatoria o absolutoria. Es necesario resaltar que una de las características del Sistema penal acusatorio colombiano, es la diferenciación de competencia al juez encargado de la etapa de investigación y la etapa de juzgamiento, con la finalidad de garantizar la imparcialidad y el proceso justo.

responsables de la comisión de delitos cuya pena mínima establecida en el Código Penal, sea o exceda 6 años de prisión (lo que sucede precisamente con el delito cometido en este caso por el menor).

6. El 13 de julio de 2018, el Tribunal Superior de Bogotá, sala mixta de asuntos para adolescentes, dictó sentencia en segunda instancia atendiendo la petición de la Fiscalía impugnante. En consecuencia, revocó la imposición de la sanción dispuesta por el Juzgado *a quo*, y en su lugar, impuso al menor la pena de 24 meses de internación en Centro de Atención Especializada.

7. En contra del fallo de segunda instancia, el abogado defensor del menor interpuso recurso extraordinario de casación, argumentando que el Tribunal Superior de Bogotá, “pese a existir otras menos gravosas, decidió aplicar la sanción más fuerte contemplada en el Código de la Infancia y la Adolescencia”; decisión que se habría basado en el art. 199 del Código de la Infancia y la Adolescencia, que dispone lo siguiente: *“Beneficios y mecanismos sustitutivos. Cuando se trate de los delitos de homicidio o lesiones personales bajo modalidad dolosa, delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, o secuestro, cometidos contra niños, niñas y adolescentes, se aplicarán las siguientes reglas: 1. Si hubiere mérito para proferir medida de aseguramiento en los casos del artículo 306 de la Ley 906 de 2004, esta consistirá siempre en detención en establecimiento de reclusión. No serán aplicables en estos delitos las medidas no privativas de la libertad previstas en los artículos 307, literal b), y 315 de la Ley 906 de 2004. 2. No se otorgará el beneficio de sustitución de la detención preventiva en establecimiento carcelario por la de detención en el lugar de residencia, previsto en los numerales 1 y 2 del artículo 314 de la Ley 906 de 2004. 3. No procederá la extinción de la acción penal en aplicación del principio de oportunidad previsto en el artículo 324, numeral 8, de la Ley 906 de 2004 para los casos de reparación integral de los perjuicios. 4. No procederá el subrogado penal de Suspensión Condicional de la Ejecución de la Pena, contemplado en el artículo 63 del Código Penal. 5. No procederá el subrogado penal de Libertad Condicional, previsto en el artículo 64 del Código Penal. 6. En ningún caso el juez de ejecución de penas concederá el beneficio de sustitución de la ejecución de la pena, previsto en el artículo 461 de la Ley 906 de 2004. 7. No procederán las rebajas de pena con base en los “preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado”, previstos en los artículos 348 a 351 de la Ley 906 de 2004. 8. Tampoco procederá ningún otro*

*beneficio o subrogado judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración consagrados en el Código de Procedimiento Penal, siempre que esta sea efectiva. (...)”.*

## II. SITUACIÓN JURÍDICA.

Respecto de la normativa en Derecho penal juvenil en Colombia, está vigente la Ley 1098 de 2006, por la cual se expide el Código de Infancia y Adolescencia. Este texto legal se encuentra inspirado en el paradigma de la protección integral del menor instaurado por la Convención de Derechos del Niño. Por lo que se refiere a la responsabilidad penal, el Título I del Libro II del citado Código se dedica a regular el “Sistema de responsabilidad penal para adolescentes y otras disposiciones”, incorporando un sistema de responsabilidad penal juvenil, en virtud del cual los menores son tratados como sujetos de derechos y sometidos a un proceso penal con garantías<sup>7</sup>.

Conviene señalar que la Ley 1098 de 2006, por la que establece el Código de la Infancia y Adolescencia en Colombia, constituye un cuerpo normativo único, en el que se incorporan tanto las normas destinadas a la protección de menores, como las normas relativas al sistema de responsabilidad penal juvenil. Ello constituye una diferencia fundamental con el sistema español, caracterizado por una dualidad de textos normativos destinados, respectivamente, a las normas sobre protección de menores (en la LO 1/1996, de Protección Jurídica del Menor) y a la regulación del sistema de responsabilidad penal juvenil (en la LO 5/2000, de Responsabilidad Penal del Menor). No obstante, por lo que se refiere concretamente al sistema de responsabilidad penal, en el caso de España, la LO 5/2000, además de incorporar normas sustanciales elementales (particularmente, en relación con las consecuencias jurídicas del delito en el caso de menores de edad), regula de manera bastante exhaustiva un proceso penal especial, diferente al proceso penal de adultos. Por su parte, la Ley colombiana, si bien en el Título I del Libro II distingue algunos aspectos básicos, tales como principios rectores y definición del proceso (Capítulo I), autoridades y entidades del sistema de responsabilidad penal para adolescentes (Capítulo II), así como las sanciones a imponer a los menores infractores de la ley penal (Capítulo V), realmente, por lo que se refiere al proceso, en su mayoría hay que remitirse al procedimiento penal aplicable a los adultos.

---

<sup>7</sup> HOLGUÍN GALVIS, G. N., Construcción histórica del tratamiento jurídico del adolescente infractor de la ley penal colombiana (1837-2010), Revista criminalidad, 2010, vol. 52, no 1, p. 294.

Y por lo que se refiere a los criterios de elección e imposición de sanciones, la normativa colombiana resulta claramente más parca que la española.

### III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

La cuestión jurídica fundamental que aborda y resuelve la Corte Suprema en este caso, y que merece nuestra atención, es la relativa a la interpretación del art. 187 del Código de la Infancia y la Adolescencia de Colombia. Este precepto, ubicado en el Capítulo V (Sanciones) del Título I (Sistema de responsabilidad penal para adolescentes y otras disposiciones) del Libro II, se destina a la regulación de la sanción de privación de la libertad. Respecto de la jurisprudencia seleccionada y analizada en el presente comentario, debemos, en primer lugar, plantear el problema jurídico identificado. En este sentido, es adecuado cuestionarnos sobre la obligatoriedad de imponer medida de privación de la libertad en régimen cerrado a los menores que cometen conductas punibles consideradas como graves en el ordenamiento jurídico penal colombiano, y los criterios que utiliza el juez para determinar esta sanción.

En las actuaciones llevadas a cabo en el transcurso del proceso penal se identifica, que una vez la Fiscalía como director de la investigación inicia sus labores y realiza la imputación de cargos al joven C., por el delito de acceso carnal abusivo en el año 2015, no solicitó internamiento preventivo en centro de atención especializada al juez de control de garantías<sup>8</sup>, porque no consideró que hubiese riesgo razonable de que el adolescente evadiera el proceso; porque no había temor fundado de que el adolescente destruyera u obstaculizara las pruebas y porque no había peligro grave para la víctima o la comunidad. En consecuencia, no concurriría ninguna de las situaciones que, conforme al art. 181 del Código de Infancia y Adolescencia habilitan adopción del internamiento preventivo (el cual, además, solo será procedente en casos en que, conforme a la gravedad del delito, fuera admisible la privación de la libertad como medida).

La Corte Suprema de Justicia, en primer lugar, expone que luego de un detallado análisis de los principios que gobiernan la responsabilidad penal de los adolescentes y siguiendo los criterios de la normatividad internacional, modificó su postura anterior,

---

<sup>8</sup> En el sistema colombiano, este órgano jurisdiccional ejerce dos funciones básicas: por un lado, el control de legalidad y constitucionalidad de la investigación y, por otro, la adopción de medidas que impliquen la limitación de derechos fundamentales. Es el encargado de adoptar medidas de aseguramiento y de protección a la comunidad y a las víctimas (las conocidas, en el sistema español, como medidas cautelares del proceso penal).

dirigida a la aplicación estricta de las normas del Código de la Infancia y la Adolescencia –arts. 177, 187 y 199-, que parecen imponer en determinados casos la pena efectiva de privación de la libertad, para ahora señalar que siempre debe hacerse un examen objetivo de las circunstancias que gobiernan el delito y la condición particular del adolescente, a fin de definir si el dicho tratamiento consulta adecuadamente o no sus necesidades.

De acuerdo a lo planteado, se expone que, teniendo en cuenta la exposición de motivos de la Ley 1098 de 2006, y los artículos 140 (Finalidad del Sistema de Responsabilidad Para Adolescentes) y 141 (principios del Sistema de Responsabilidad Para Adolescentes)<sup>9</sup>, y lo dispuesto en la Convención Sobre Derechos del Niño y las Reglas de Beijing, todos son consonantes en señalar que la reclusión del menor debe operar como última opción.

Luego de transcurrir aproximadamente 3 años desde el inicio de la investigación penal y que el menor C., haya cumplido la mayoría de edad no es posible -manifiesta la Corte Suprema- que se decida privarlo de la libertad, sobre todo teniendo en cuenta que el joven ya se encuentra integrado a su núcleo familiar sólido, culminó sus estudios de preparatoria y actualmente se encuentra adelantando carrera de pregrado en la universidad. De otro lado, y como medida no restrictiva de la libertad se había impuesto adelantar un proceso terapéutico en una organización, la cual certificó que el menor C., había cumplido los objetivos propuestos en dicho proceso.

#### **IV. CONCLUSIONES**

Teniendo en cuenta la Ley 1098 de 2006, en cuanto a la pena privativa de la libertad para los menores infractores de la ley penal, aquella será impuesta solo en los eventos en que la conducta punible realizada tenga una consecuencia jurídica mayor a 6 años de prisión. En el caso particular y por la gravedad de la conducta de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, al menor C., la Fiscalía General de la Nación en la etapa preliminar de la investigación no encuentra necesario solicitar la imposición de una medida de aseguramiento preventiva privativa de la libertad, teniendo en cuenta que no se cumplen los requisitos subjetivos ni objetivos descritos en el Código de Procedimiento Penal colombiano para requerirla al juez. Sin embargo, posterior y en el

---

<sup>9</sup> Los principios y definiciones consagrados en la Constitución Política, en los instrumentos internacionales de derechos humanos y en la presente ley se aplicarán en el Sistema de Responsabilidad para Adolescentes.

transcurso del proceso, el cual perdura aproximadamente 3 años y cuando se profiere sentencia condenatoria el menor ya tiene la mayoría de edad y se encuentra en proceso de socialización.

Se identifica dentro del caso particular que el juzgador de primera instancia no observa directamente el artículo 187 de la Ley 1098 de 2006, ya que impone al menor C., la medida de libertad vigilada, y sustenta su decisión con el artículo 140 de la misma ley, en cuanto indica que los principios consagrados en la Constitución Política de Colombia, y en los instrumentos internacionales de Derecho Humanos se aplicaran al Sistema de Responsabilidad Penal Para Adolescentes. Estrictamente en cuanto a bloque de constitucionalidad y prevalencia de los Tratados Internacional firmados y ratificados por Colombia, es preciso mencionar las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en noviembre de 1985, denominadas Reglas de Beijing, referente a los principios rectores de la sentencia y la resolución, en cuanto a la privación de la libertad como último recurso.

La Corte Suprema de Justicia indica que luego de realizar un análisis de los principios nacionales e internacionales que gobiernan la responsabilidad penal adolescente, modificó la postura anterior de aplicación estricta de las normas de la Ley 1098 de 2006, que parecen imponer en determinados casos (artículo 187), la pena efectiva de la privación de la libertad, para señalar que actualmente debe hacerse un examen objetivo de las circunstancias que gobiernan el delito, y la condición particular del adolescente a fin de definir si dicho tratamiento consulta adecuadamente o no sus necesidades.

De otro lado, La misma Ley 1098 de 2006 artículo 140, y tal como lo argumenta la Corte Suprema de Justicia en Sentencia [CSJ\_SCP\_SP2159-2018(50313)\_2018], permite que en materia de responsabilidad penal adolescente las medidas que se tomen sean de carácter pedagógico, específico y diferenciado respecto del de adultos, conforme a la protección integral: Colombia actualmente consagra un régimen de semiimputabilidad, para adolescentes entre 14 y 18 años que no ha sido efectivo, pues sufre defectos estructurales que favorecen la impunidad y no consagran los mecanismo específicos que le permitan al menor infractor tener una reintegración adecuada, lo cual implica además que el menor no tiene la oportunidad de educarse a través del sistema, sino que simplemente se le priva de la libertad y luego sale a la sociedad con un grado

aún menor de reintegración y en muchos casos con mayor conocimiento de la delincuencia gracias al contacto con otros infractores, tal como señala la teoría de la asociación diferencial. Así mismo, indica la Corte Suprema: El objetivo de estas medidas no es de ningún modo restringir los derechos de los menores, sino por el contrario, mejorar el procedimiento de determinación de las consecuencias jurídicas, evitar la impunidad y dotar a los menores de la oportunidad de reintegrarse a la sociedad".

Sin embargo, y teniendo en cuenta las decisiones judiciales en el caso de estudio, podemos indicar que en sentido interpretativo estricto de la Ley 1098 de 2006, artículo 187, no era posible imponer al menor C., medida distinta a la privativa de la libertad en Centro de Atención Especializada, es decir, internamiento en régimen cerrado, ya que la conducta punible de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, es un delito grave, que tiene una consecuencia jurídica la prisión de doce (12) a veinte (20) años. En la sentencia que comentamos, la Corte Suprema de Justicia parece efectuar una interpretación *contra legem* del precepto que establece la imposición preceptiva del internamiento en régimen cerrado en determinados casos, lo que supone una vulneración (al menos aparente) del principio de legalidad en materia penal. El recurso a los principios generales que inspiran el sistema de responsabilidad penal de adolescentes, así como a la normativa internacional aplicable en este contexto, no puede servir para soslayar la aplicación estricta de la ley en los términos previstos en el artículo 187 de la Ley 1098 de 2006.

Cuestión distinta es que el legislador colombiano deba cuestionarse si el mencionado art. 187 de la Ley 1098 de 2006 resulta acorde con la normativa internacional en materia de justicia penal juvenil, que aconseja la imposición de la privación de libertad como último recurso y por el período de tiempo más breve posible.

\* \* \* \* \*

## Mónica Fernández Salgado

Juez sustituta, Orense. Socia de la FICP.

### ~Suspensión por indulto~

#### I. SUSPENSIÓN DE LA CONDENA

La regulación de la suspensión del cumplimiento de la pena se recoge en los artículos 80 a 87 del Código Penal bajo la Sección “*De la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad.*”

La reciente reforma del Código Penal permite ahora a los Jueces ser más flexibles a la hora de acordar la suspensión del cumplimiento de la condena.

La novedad consiste en que la suspensión podrá ser decidida por el propio órgano sentenciador, sin esperar al ingreso en prisión y la activación del mecanismo por vía de vigilancia penitenciaria.

Se intenta dar agilidad al sistema de suspensión y por ello se unifican todos sus mecanismos, poniendo fin a la situación precedente, en la cual, la existencia de una triple regulación de la suspensión (suspensión ordinaria, suspensión para el caso de delincuentes drogodependientes y sustitución de la pena) daba lugar, en muchas ocasiones, a tres decisiones sucesivas que podrían ser objeto de reiterados recursos.

Constituye requisito esencial de la suspensión que el condenado haya delinquirido por primera vez, no se tendrán en cuenta las anteriores condenas por delitos imprudentes o por delitos leves, ni los antecedentes penales que hayan sido cancelados o debieran serlo con arreglo a lo dispuesto en el artículo 136 del Código Penal<sup>1</sup>.

Tampoco se tendrán en cuenta los antecedentes penales correspondientes a delitos que, por su naturaleza o circunstancias, carezcan de relevancia para valorar la probabilidad de comisión de delitos futuros.

---

<sup>1</sup> Los condenados que hayan extinguido su responsabilidad penal tienen derecho a obtener del Ministerio de Justicia, de oficio o a instancia de parte, la cancelación de sus antecedentes penales, cuando hayan transcurrido sin haber vuelto a delinquir los siguientes plazos:

- a) Seis meses para las penas leves.
- b) Dos años para las penas que no excedan de doce meses y las impuestas por delitos imprudentes.
- c) Tres años para las restantes penas menos graves inferiores a tres años.
- d) Cinco años para las restantes penas.

Se exige que la pena o la suma de las impuestas no sea superior a dos años, sin incluir en tal cómputo la derivada del impago de la multa y que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieren originado. Este requisito se entenderá cumplido cuando el penado asuma el compromiso de satisfacer las responsabilidades civiles de acuerdo a su capacidad económica, y sea razonable esperar que el mismo será cumplido en el plazo prudencial que el juez o tribunal determine<sup>2</sup>.

El Juez valorará las circunstancias del delito cometido, las circunstancias personales del penado, sus antecedentes, 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 de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas<sup>3</sup>.

## II. EL INDULTO

La responsabilidad criminal se extingue por el indulto<sup>4</sup> y la Constitución Española en su artículo 62 i)<sup>5</sup> otorga al Rey la facultad de ejercer el derecho de gracia con arreglo a la ley sin que pueda autorizar indultos generales. El indulto es una atribución discrecional del Gobierno y responde a exigencias de oportunidad y necesidad sociales<sup>6</sup>.

Su regulación se halla en la Ley de 18 de junio de 1870 de Reglas para el ejercicio de la Gracia de indulto (modificada por Ley de 16 de enero de 1988 y por Ley de 1 de julio de 2015), en la Real Orden de 24 de diciembre de 1914 y en la Orden del Ministerio de Justicia de 10 de septiembre de 1993.

El indulto debe concederse con pleno conocimiento de los hechos y de todas sus circunstancias tras un estudio detallado sobre las consecuencias que haya de producir, bajo el aspecto de la justicia, de la equidad o de la conveniencia social. Se prohíben en absoluto y se declara la nulidad de los que se concedan en términos generales y sin determinar la pena que se remite.

El indulto no puede perjudicar los derechos de tercera persona. Así, el que se conceda de las penas pecuniarias accesorias no alcanzará nunca a la remisión del pago

---

<sup>2</sup> Artículo 80.2 y 3 del Código Penal de 23 de noviembre de 1995.

<sup>3</sup> Artículo 80.1 párrafo 2º del Código Penal de 23 de noviembre de 1995.

<sup>4</sup> Artículo 130.4 del Código Penal de 23 de noviembre de 1995.

<sup>5</sup> Artículo 62 i) Constitución Española de 1978.

<sup>6</sup> [https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUMjSxNztbLUouLM\\_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUtckhIQaptWmJOcSoAOFHKKTUAAA=WKE](https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUMjSxNztbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUtckhIQaptWmJOcSoAOFHKKTUAAA=WKE) (Consultado 28 de Febrero de 2020).

de las que no correspondan al Estado. Por la misma razón no podrá concederse ni llevarse a efecto, el indulto que cause perjuicio a tercero o lesione su derecho, ni el de pena impuesta por delito privado, si no ha otorgado el perdón al delincuente la parte ofendida. El respeto debido al derecho individual es causa suficientemente legítima de esta limitación impuesta al poder social. El indulto, aun en los casos en que más justificado sea, no puede quebrantar el prestigio de que deben gozar siempre los Tribunales y sin el cual se haría imposible su misión social.<sup>7</sup>

El indulto no comprenderá nunca ni la responsabilidad civil ni las costas procesales ya que no puede afectar a derechos de terceros, requiriendo además para los delitos privados el perdón del ofendido.

Podrán ser indultados los reos de toda clase de delitos de la totalidad o parte de la pena en que hubiesen incurrido, salvo los procesados criminalmente que no hubieren sido aún condenados por sentencia firme, los que no estuvieren a disposición del Tribunal sentenciador para el cumplimiento de la condena y los reincidentes en el mismo o en otro cualquier delito por el cual hubiesen sido condenados por sentencia firme. Se exceptúa el caso en que, a juicio del Tribunal sentenciador, hubiese razones suficientes de justicia, equidad o conveniencia pública para otorgarles la gracia.

Son requisitos para la concesión del indulto:

1º. Que exista sentencia firme.

2º. Que el penado esté a disposición del tribunal sentenciador.

3º. Que lo solicite el propio penado, sus parientes o cualquier otra persona en su nombre, como mandatario suyo, incluso verbal.

4º. También puede proponer el indulto, el tribunal sentenciador, el Tribunal Supremo o el fiscal que actúa en cualquiera de ellos, el Gobierno de oficio o el Juez de Vigilancia Penitenciaria<sup>8</sup>.

En la VI Reunión de Jueces de Vigilancia Penitenciaria, celebrada en Madrid en mayo de 1992, se pone de manifiesto que:

*«..el Juez de Vigilancia emitirá su propio informe, en los fundamentos del Auto en que apruebe la propuesta y solicitará asimismo informe del tribunal sentenciador con vista*

---

<sup>7</sup> Exposición de Motivos de la Ley de 18 de junio de 1870.

<sup>8</sup> Artículos 1, 2, 19, 20 y 21 de la Ley de 18 de junio de 1870.

*de todo lo actuado al respecto, y con la ulterior remisión al Ministerio de Justicia para la continuación de la tramitación ordinaria»<sup>9</sup>*

El indulto puede ser total si comprende la remisión de todas las penas aún no cumplidas siempre que existan razones de justicia, equidad o utilidad pública o parcial si se suspende la remisión de alguna de las penas impuestas. Existe también la posibilidad de conmutar la pena impuesta por otra menos grave<sup>10</sup>.

El Ministerio de Justicia tramita el expediente, pero las peticiones podrán presentarse no solo ante esta sede sino también ante el tribunal que dictó la sentencia, la cárcel en que se hallare el reo o ante la Subdelegación del Gobierno de la provincia en donde radique el establecimiento penitenciario.

El tribunal sentenciador ha de remitir un informe no vinculante, previo traslado al Ministerio Fiscal y al perjudicado por el delito.

El gobierno decidirá lo que estime oportuno y junto al informe del tribunal remite al Ministerio los antecedentes penales del procesado y testimonio de la Resolución de condena.

El Consejo de Ministros por Real Decreto resuelve, el Rey concede el indulto<sup>11</sup> y se publica en el Boletín Oficial del Estado.

Contra la resolución del Consejo de Ministros cabe recurso de súplica ante el mismo órgano y alzada ante la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo.

Existe algún sector doctrinal que entiende que si los decretos de indulto tienen que exponer las razones de justicia y equidad que justifican en cada caso el otorgamiento del indulto el paso siguiente sería comprobar si las razones invocadas tienen consistencia objetiva para descartar la arbitrariedad que la Constitución prohíbe<sup>12</sup>.

Merece mención la Sentencia del Pleno de la Sección 3ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 20 de noviembre de 2013, dictada en el Recurso nº 13/2013<sup>13</sup> que abordaba la importante cuestión de si el

---

<sup>9</sup> HINOJOSA SEGOVIA R. La ejecución de la sentencia penal. Colección: Cuadernos de Derecho Judicial. Nº volumen: 15. Año: 1994. pp. 25 y 26.

<sup>10</sup> Artículo 4, 11 y 12 de la Ley de 18 de junio de 1870.

<sup>11</sup> Artículo 62 de la Constitución Española.

<sup>12</sup> FERNÁNDEZ T.R Sobre el control jurisdiccional de los derechos de indulto. Revista de administración pública 194, 2014. pp. 209 y ss.

<sup>13</sup> Cendoj.

Gobierno en caso de que los informes del tribunal y el Ministerio Fiscal sean contrarios podría igualmente conceder el indulto.

El Tribunal Supremo mantiene que *"se ha de delimitar el alcance del control jurisdiccional contencioso administrativo de los acuerdos de indulto, que se encuentra limitado a los aspectos formales de su elaboración, esto es, a los aspectos reglados del procedimiento, concretamente, a si se han solicitado los informes preceptivos y no vinculantes que la Ley 1/1988 establece, sin extenderse a defectos de motivación ni, por supuesto, a la valoración de los requisitos de carácter sustantivo.*

*Los indultos son susceptibles de control jurisdiccional en cuanto a los límites y requisitos que deriven directamente de la Constitución o de la Ley, pese a que se trate de actos del Gobierno incluidos entre los denominados tradicionalmente actos políticos, sin que ello signifique que la fiscalización sea in integrum y sin límite de ningún género, pues esta posición resultaría contraria también a la Constitución."*

Parece por tanto que se exigiría un control externo sin revisar el contenido y únicamente se comprueba si existe coherencia entre la decisión discrecional con los hechos recogidos en el expediente.

Los mismos argumentos se desarrollan en la reciente Sentencia del Tribunal Supremo, sección 5 de 5 de febrero de 2020<sup>14</sup> que mantiene:

*"...Como se recoge en dichas sentencias, la doctrina puede condensarse en los siguientes parámetros: 1) El control no puede afectar a los defectos de motivación; 2) Sólo alcanza a los elementos reglados del procedimiento (incluidos los informes preceptivos y no vinculantes a los que alude la Ley de Indulto); 3) No se extiende a la valoración de los requisitos de carácter sustantivo.*

*...Respecto de los acuerdos de denegación de indulto, el criterio de no exigencia de motivación, según la constante jurisprudencia de esta Sala, que se plasma, entre otras, en la sentencia de 23 de enero de 2008, en la que se indica que " esta Sala ha declarado en sentencia de 16 de enero de 2.008 que, como se recoge en sentencia de 12 de diciembre de 2.007, existe una línea jurisprudencial reiterada, y que se recuerda, a título de ejemplo, en sentencias de 27 de mayo de 2.003, 16 de febrero de 2.005 y 11 de enero de 2.006, conforme a la cual el ejercicio del derecho de gracia de indulto aparece regulado en la Ley de 18 de junio de 1.870, modificada por la Ley 1/1.988 de 14 de enero, que lo configura como un acto controlable en vía jurisdiccional, según hemos*

---

<sup>14</sup> Cendoj.

*declarado en reiterada jurisprudencia de esta Sala de la que es ejemplo la sentencia de 3 de junio de 2.004, exclusivamente en lo que a los aspectos formales de tramitación se refiere, puesto que, como ya declaramos en sentencia de 21 de mayo de 2.001, el control que esta jurisdicción contencioso administrativa puede ejercitar sobre el tipo de acto de que aquí se trata se encuentra limitado a los aspectos formales de su elaboración; concretamente, a si se han solicitado los informes que la Ley establece como preceptivos, informes que, por otro lado, no resultan vinculantes. Y ello, puesto que el control jurisdiccional que nos corresponde es el de los elementos reglados en cuanto al procedimiento para solicitar y conceder la gracia de indulto regulado en los artículos 19 a 32 de la Ley de Indulto.*

*No resultan, en definitiva, como venimos reiteradamente recordando, de aplicación al caso los requisitos que para los auténticos actos administrativos establece la Ley 30/1992, y entre ellos, y fundamentalmente, el de la motivación, que no es exigible en las decisiones que sobre el ejercicio del derecho de gracia se adopten por el Gobierno....*

*Tal jurisprudencia se apoya en la naturaleza del acto en cuestión, pues, como indican numerosas sentencias, caso de la de 16 de febrero de 2005, el acuerdo negatorio de la concesión de indulto constituye un acto graciable, como categoría distinta de los actos discrecionales y controlable exclusivamente en cuanto a sus elementos reglados por esta Sala, a lo que ha de añadirse, como indica el Ministerio Fiscal, que los acuerdos de denegación de indulto no suponen una excepción a la regla general de ejecución de las penas impuestas por sentencia firme, por lo que no se advierte la necesidad de justificar las razones de la decisión, que no afecta a esa regla general ni a un derecho inexistente al indulto..."*

### **III. SUSPENSIÓN DE EJECUCIÓN DE CONDENA DURANTE LA TRAMITACIÓN DEL INDULTO**

El Código Penal de 1995 de 23 de noviembre en el artículo 4.4 permite al juez o tribunal suspender la ejecución de la pena, mientras no se resuelva sobre el indulto, cuando de ser ejecutada la sentencia la finalidad de esta pudiera resultar ilusoria<sup>15</sup>.

El Tribunal Supremo ha reiterado que la facultad de suspensión de la ejecución que al Juez o Tribunal concede el párrafo último del artículo 4.4 del Código Penal sólo podrá ser utilizada en casos muy concretos cuando las especiales circunstancias

---

<sup>15</sup> Si mediara petición de indulto, y el Juez o Tribunal hubiere apreciado en resolución fundada que por el cumplimiento de la pena puede resultar vulnerado el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, suspenderá la ejecución de la misma en tanto no se resuelva sobre la petición formulada. También podrá el Juez o Tribunal suspender la ejecución de la pena, mientras no se resuelva sobre el indulto cuando, de ser ejecutada la sentencia, la finalidad de éste pudiera resultar ilusoria.

concurrentes así lo exijan<sup>16</sup> para no vaciar de contenido la obligación de los jueces de ejecutar y hacer ejecutar lo juzgado y mantener la separación de poderes del sistema democrático.

El primer criterio que analiza el Código Penal es la posibilidad de vulnerar el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, hemos de tener en cuenta la naturaleza y circunstancias del litigio, márgenes ordinarios de duración de los procesos (salvo cuando las dilaciones se refieran a la fase de ejecución), conducta procesal correcta de la parte y actuación del órgano judicial que sustancia el proceso.

El segundo criterio observa que la finalidad del indulto pudiera resultar ilusoria como el trascurso de más de cinco años desde la comisión de los hechos, la reparación del daño causado a la víctima, la superación de las causas sociales y personales que motivaron la conducta delictiva, la finalización de programas de rehabilitación de drogodependencias para los que el cumplimiento de la pena ponga en peligro de consolidación el proceso de recuperación, la voluntad expresa de la víctima de concesión de indulto o la consolidación de un proceso de mediación entre víctima e infractor<sup>17</sup>.

GARCÍA SAN MARTÍN<sup>18</sup> asegura que estamos ante un supuesto de excepción a la regla general de ejecución inmediata de las sentencias penales. La singularidad de este instituto reside fundamentalmente en su especial naturaleza y se trata de un beneficio generado por la necesidad devenida del deber de garantizar la eficiencia, eficacia o indemnidad tanto del derecho a la solicitud de indulto como de la facultad o prerrogativa de gracia en su manifestación de indulto particular cuyo ejercicio resulta ajeno las competencias atribuidas al Poder Judicial. La restricción sustancial de su objeto que proscribía la posibilidad de extender el indulto a las penas ya cumplidas constituye la especial naturaleza de este Instituto. En el supuesto de concurrir los presupuestos habría de acordarse "*ipso iure*" la suspensión de la ejecución de la pena en tanto se resuelva la petición de indulto, de lo contrario, se asumirían funciones no atribuidas como una determinación de la decisión, no considerando la oportunidad de aquellas posiciones doctrinales y jurisprudenciales que abogan por qué el órgano

---

<sup>16</sup> Auto del Tribunal Supremo de 22 de septiembre de 1998.

<sup>17</sup> RÍOS MARTÍN J. C. Las penas y medidas de seguridad. Cuadernos de Derecho Judicial, 14, 2006, pp. 53 y ss.

<sup>18</sup> GARCÍA SAN MARTÍN, J. Las medidas alternativas al cumplimiento de las penas privativas de libertad. Dykinson 2015. pp. 97 y ss.

sentenciador realice una valoración previa acerca de la probabilidad de la anterior concesión de la gracia en orden a suspender o no la ejecución de la pena hasta la resolución de aquella, valoración que no es susceptible de extenderse más allá de la comprobación de los presupuestos formales exigidos en orden a la concesión de la suspensión de la ejecución de la pena, en concreto la existencia de un procedimiento administrativo indulto particular en trámite o pendiente de resolución.

El carácter resocializador de la pena que posibilita que el condenado no ingrese en la cárcel mientras se tramite el expediente de indulto prevaleciendo el principio de oportunidad en la ejecución de la sentencia fue estudiado en la Instrucción 5/1992 de la Fiscalía General del Estado, punto de partida de la Consulta n.º 1/1994, de 19 de julio, sobre la posibilidad de suspensión del inicio de la ejecución de condenas.

La consulta se inició después de que la Real Orden de 24 de diciembre de 1914 se derogó por la Orden del Ministerio de Justicia de 10 de septiembre de 1993 que daba instrucciones sobre la tramitación de solicitudes de indulto <sup>19</sup>.

La exigencia de estar a disposición del Tribunal Sentenciador para la tramitación de una solicitud de indulto no ha de identificarse con la situación de prisión y cumplimiento de la condena porque el indulto puede referirse a penas no privativas de libertad y porque es claro que está a disposición del órgano judicial quien está localizado y comparece cuantas veces es llamado

El artículo 2.2 de la Ley de Indulto puede hacer pensar en la imposibilidad de suspensión de la ejecución. El principal argumento en favor del inmediato cumplimiento de las penas, con independencia de la existencia de una solicitud de indulto, se encuentra en el artículo 32<sup>20</sup> de la Ley de Indulto.

Sentada así la base legal que autoriza la suspensión del cumplimiento de la condena, conviene apresurarse a aclarar que la suspensión no es imperativa siempre que exista en tramitación un expediente de indulto. El Juez o Tribunal goza de un cierto margen de arbitrio en el caso concreto y será preciso discernir en cada supuesto

---

<sup>19</sup> La nueva Orden Ministerial establecía que la tramitación de los expedientes para el ejercicio del derecho de gracia por indulto en ningún caso podrá interferir en el ejercicio de la potestad jurisdiccional ni condicionar las medidas que pudieran adoptarse por el órgano judicial en orden al inmediato cumplimiento o a la suspensión en el cumplimiento de la ejecutoria.

<sup>20</sup> La solicitud o propuesta de indulto no suspenderá el cumplimiento de la sentencia ejecutoria, salvo el caso en que la pena impuesta fuese la de muerte, la cual no se ejecutará hasta que el Gobierno haya acusado el recibo de la solicitud o propuesta al Tribunal Sentenciador.

particular si la pendencia de una solicitud de indulto puede ser catalogada como "causa justa" a efectos de suspensión del cumplimiento de condena.

Ha de exigirse que exista un expediente de indulto en tramitación, se hará un juicio provisional sobre la prosperabilidad o no de la solicitud de indulto, se tendrá en cuenta la fecha de los hechos, la efectiva y acreditada rehabilitación del , que el indulto haya sido propuesto por el Juez o Tribunal, el excesivo rigor de la pena atendida la gravedad de los hechos, la satisfacción de las responsabilidades civiles establecidas en sentencia, la edad o precario estado de salud del penado.

Si ya existió una denegación previa en caso de una segunda solicitud el informe será desfavorable salvo que surjan datos novedosos que no se tuvieron en cuenta con anterioridad.

La decisión sobre la suspensión o no de la ejecución de la condena ha de considerarse revisable en cualquier momento y adoptará la forma de auto<sup>21</sup>.

Tras el análisis de la figura que nos ocupa la Fiscalía General del Estado<sup>22</sup> concluye en su estudio que la exigencia de estar a disposición del Tribunal sentenciador para la tramitación de un expediente de indulto no ha de identificarse necesariamente con el efectivo ingreso en prisión, que a tenor de los artículos 32 de la Ley de Indulto y 2.2 del Código Penal la simple iniciación de un expediente de indulto no lleva aparejada automáticamente la suspensión de la ejecución de la condena, que , tanto el artículo 202 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal como la Orden del Ministerio de Justicia de 10 de septiembre de 1993, permiten que el Juez o Tribunal facultativamente puedan acordar la suspensión de la ejecución de la condena ante una solicitud de indulto en tramitación, que el informe del Fiscal sobre la procedencia o no de suspender la ejecución de la pena ante una petición de indulto deberá decidirse caso por caso tomando en consideración una valoración provisional sobre la prosperabilidad de la petición y los perjuicios que podrían derivarse de no suspenderse la ejecución ponderando el tiempo transcurrido desde la comisión del delito, la existencia de dilaciones indebidas no imputables al penado, la efectiva rehabilitación del mismo, la satisfacción de las responsabilidades civiles, si se trata de una primera petición o de la reiteración de otra ya denegada y la clase y duración de la pena impuesta.

---

<sup>21</sup> Artículo 141 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal 14 de septiembre de 1882.

Artículo 245 de la Ley Orgánica del Poder Judicial 6/85 de 1 de julio.

<sup>22</sup> Consulta 1/1994, de 19 de julio, sobre la posibilidad de suspensión del inicio de la ejecución de condenas penales ante una solicitud de indulto. Referencia: FIS-Q-1994-00001

#### IV. CONCLUSIONES

La libertad ha de obtenerse con una resolución fundada en Derecho, motivada, basada en los criterios jurídicos que la permiten y, si se denegase, no se lesionaría, en mi opinión, automáticamente un derecho a la libertad en sentido propio, pues la privación de la misma se debe a la existencia de una sentencia condenatoria pero sí se vería afectado el valor superior de la libertad.

Analizando la aplicación del indulto en los últimos años se observa un trato muy desigual, así, desde el año 1996 se constata un importante pico de concesiones en el 2000 con 1774, seguido de 1998 con 1582 y continuando a la baja en los años 2000 a 2012 con una media de 200 anuales hasta situarnos en el año 2017 o 2018 con menos de 30<sup>23</sup>.

Difícil, en ocasiones, supone defender la suspensión de la condena para condenados por crímenes atroces pero, ante todo, ha de buscarse un equilibrio entre el derecho a la vida e integridad física del penado y el derecho a la seguridad colectiva y hemos de advertir que los indultos, según los estudios, se conceden, sobre todo en delitos contra el medio ambiente, contra la libertad individual, prevaricación y malversación.

El Tribunal Constitucional mantiene que *“en un Estado social y democrático de Derecho como el que configura nuestra Constitución, la libertad personal no es sólo un valor superior del Ordenamiento jurídico (artículo 1.1 Constitución Española) sino además un derecho fundamental (artículo 17 Constitución Española), cuya trascendencia estriba precisamente en ser el presupuesto de otras libertades y derechos fundamentales. La libertad de los ciudadanos es, en un régimen democrático donde rigen derechos fundamentales, la regla general y no la excepción, de modo que aquellos, gozan de autonomía para elegir entre las diversas opciones vitales que se les presentan. La libertad hace a los hombres sencillamente hombres. En atención a su papel nuclear y su directa vinculación con la dignidad de la persona (artículo 10.1 Constitución Española), el derecho a la libertad reconocido en el artículo 17 corresponde por igual a españoles y extranjeros”*.<sup>24</sup>

---

<sup>23</sup> <https://civio.es/el-indultometro/busador-de-indultos/> (Consultado el día 28 de Febrero de 2020).

<sup>24</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional 147/2000, de 29 de mayo.

Una figura tan mencionada en la actualidad como la que nos ocupa está regulada por una ley quizás no acorde con los planteamientos y problemas de hoy.

Considero que, sin duda, su aplicación dota al ordenamiento jurídico de la humanidad que debiera regirlo, pero ello, siempre y cuando se dote a la institución de la excepcionalidad que requiere para evitar atajos en la concesión de suspensiones de condena, evitando las desproporcionadas o injustas dictadas también, en ocasiones, conforme a preceptos que debieran ser objeto de adaptación al cambio social en que nos hallamos.

### **BIBLIOGRAFÍA.**

FERNÁNDEZ, T.R Sobre el control jurisdiccional de los derechos de indulto. Revista de administración pública 194, 2014.

GARCÍA SAN MARTÍN, J. Las medidas alternativas al cumplimiento de las penas privativas de libertad. Dykinson 2015.

HINOJOSA SEGOVIA, R. La ejecución de la sentencia penal. Colección: Cuadernos de Derecho Judicial. N° volumen: 15. Año 1994.

RÍOS MARTÍN, J. C. Las penas y medidas de seguridad. Cuadernos de Derecho Judicial. N° volumen: 14. Año 2006.

Consulta n.º 1/1994, de 19 de julio de Fiscalía General del Estado.

<https://civio.es/el-indultometro/buscador-de-indultos/>

[https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUMjSxNztbLUouLM\\_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAOFHKKTUAAAA=WKE](https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUMjSxNztbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAOFHKKTUAAAA=WKE)

\* \* \* \* \*

## Gabriel Fernández Villegas

Abogado n.º 2223 del Ilustre Colegio de Abogados de Almería. Socio de la FICP.

### ~La libertad vigilada. Medida de seguridad postpenitenciaria<sup>1</sup>~

#### I. INTRODUCCIÓN.

La libertad vigilada es una medida de seguridad que establece el Tribunal Juzgador mediante sentencia, 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 establecida en el Código Penal, tendentes no sólo hacia la protección de las víctimas, sino también a la rehabilitación y a la reinserción social del delincuente. La libertad vigilada como medida de seguridad se introduce en el Código Penal Español mediante la Ley Orgánica 5/10 de 22 de junio, como una nueva medida de seguridad no privativa de libertad. Su regulación viene delimitada en el Título IV del Libro Primero del C.P. Posteriormente la Ley Orgánica 1/15 de 30 de marzo amplía el ámbito de la medida de libertad vigilada, de manera que también se podrá imponer en todos los delitos contra la vida y en los delitos de malos tratos y lesiones cuando se trate de víctimas de violencia de género y doméstica (arts. 140 bis, 156 ter y 173.2 CP). El Art. 106 establece las medidas que configuran la libertad vigilada: la obligación de estar siempre localizable mediante aparatos electrónicos; la obligación de presentarse periódicamente en el lugar que el Juez o Tribunal establezca; la de comunicar cada cambio del lugar de residencia o del lugar o puesto de trabajo; la prohibición de ausentarse del lugar donde resida o de un determinado territorio sin autorización del juez o tribunal; la prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal; la prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal; la prohibición de acudir a determinados territorios, lugares o establecimientos; la prohibición de residir en determinados lugares; la prohibición de desempeñar determinadas actividades que puedan ofrecerle o facilitarle la ocasión para cometer hechos delictivos de similar naturaleza; la obligación de participar en programas

---

<sup>1</sup> Comunicación presentada en el VI Congreso Nacional Penitenciario Leonense, Univ. de León, 2019.

formativos, laborales, culturales, de educación sexual u otros similares; y la obligación de seguir tratamiento médico externo, o de someterse a un control médico periódico.

Su establecimiento debe venir delimitado por sentencia, y para el caso de los supuestos establecidos en el los arts. 101 a 104 CP, también se pueden imponer en ejecución de Sentencia. Estos artículos se refieren a la imposición de la medida con carácter facultativo por los órganos jurisdiccionales, en supuestos en el que el autor del hecho delictivo es considerado como inimputable o semiimputable.

Se establecen dos regímenes jurídicos distintos de aplicación, por un lado nos encontramos en los supuestos establecidos en los arts. 101 a 104, en los que se ha considerado al autor del hecho delictivo, inimputable o seminimputable, cuya imposición de la medida es con carácter facultativo, estableciéndose en Sentencia, o durante la ejecución de la misma, y aquel en el que la medida de libertad vigilada debe imponerse de forma obligatoria (art. 105 C.P), por contemplarlo taxativamente la norma penal, debiendo imponerse siempre mediante Sentencia, cuyo cumplimiento se traslada al momento justamente posterior al cumplimiento de la pena privativa de libertad. El procedimiento para su establecimiento viene delimitado en el art. 98 del CP. Así mismo su duración es en el primero de 5 años, pudiendo extenderse hasta los 10 años para los casos a los que se refiere el art.105.

## **II. LIBERTAD VIGILADA POSTPENIETENCIARIA.**

El art. 106 establece que “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...”<sup>2</sup> Así, la idea que subyace en el legislador de 2010 es la de cubrir un espacio en

---

<sup>2</sup> Artículo 106. 1. 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: 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. 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. 2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 105, el Juez o Tribunal deberá imponer en la sentencia la medida de libertad vigilada para su cumplimiento posterior a la pena privativa de libertad impuesta siempre que así lo disponga de manera expresa este Código. En estos casos, al menos dos meses antes de la extinción de la pena privativa de libertad, de modo que la medida de libertad

materia de prevención en la comisión delictiva por parte de determinados delincuentes, dando forma a una “necesidad social”, amparada en la “alarma” que ciertos hechos delictivos han suscitado en la sociedad, influenciada aquella por el trabajo de algunos medios de comunicación en el tratamiento de determinados tipos penales con gran repercusión mediática<sup>3</sup>. No obstante, supone la materialización de los nuevos postulados en los que está adentrándose el Derecho Penal contemporáneo y cuyo desarrollo tiende a la prevención delictiva y al resarcimiento de las víctimas. La evolución legislativa en materia preventiva por parte de los distintos países de nuestro entorno, ha confirmado esta tendencia penalista especialmente dirigida hacia las víctimas de determinados delitos (o a las nuevas que pudieran ser consecuencia de nuevos delitos cometidos por el penado), debido a la incapacidad del sistema penitenciario existente en la tarea de resocializar a delincuentes con un determinado perfil delictivo a través de la prisión; dice la exposición de motivo de la L.O. 5/2010, “en determinados supuestos de especial gravedad ese efecto rehabilitador de la pena se ve dificultado, en la medida en que ésta no

---

vigilada pueda iniciarse en ese mismo momento, el Juez de Vigilancia Penitenciaria, por el procedimiento previsto en el artículo 98, elevará la oportuna propuesta al Juez o Tribunal sentenciador, que, con arreglo a dicho procedimiento, concretará, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 97, el contenido de la medida fijando las obligaciones o prohibiciones enumeradas en el apartado 1 de este artículo que habrá de observar el condenado. Si éste lo hubiera sido a varias penas privativas de libertad que deba cumplir sucesivamente, lo dispuesto en el párrafo anterior se entenderá referido al momento en que concluya el cumplimiento de todas ellas. Asimismo, el penado a quien se hubiere impuesto por diversos delitos otras tantas medidas de libertad vigilada que, dado el contenido de las obligaciones o prohibiciones establecidas, no pudieran ser ejecutadas simultáneamente, las cumplirá de manera sucesiva, sin perjuicio de que el Juez o Tribunal pueda ejercer las facultades que le atribuye el apartado siguiente. 3. Por el mismo procedimiento del artículo 98, el Juez o Tribunal podrá: a) Modificar en lo sucesivo las obligaciones y prohibiciones impuestas. b) Reducir la duración de la libertad vigilada o incluso poner fin a la misma en vista del pronóstico positivo de reinserción que considere innecesaria o contraproducente la continuidad de las obligaciones o prohibiciones impuestas. c) Dejar sin efecto la medida cuando la circunstancia descrita en la letra anterior se dé en el momento de concreción de las medidas que se regula en el número 2 del presente artículo. 4. En caso de incumplimiento de una o varias obligaciones el Juez o Tribunal, a la vista de las circunstancias concurrentes y por el mismo procedimiento indicado en los números anteriores, podrá modificar las obligaciones o prohibiciones impuestas. Si el incumplimiento fuera reiterado o grave, revelador de la voluntad de no someterse a las obligaciones o prohibiciones impuestas, el Juez deducirá, además, testimonio por un presunto delito del artículo 468 de este Código.

<sup>3</sup> Un ejemplo de la importancia que la repercusión social ha tenido en el establecimiento de la medida de libertad vigilada, viene delimitado por el informe encargado por la fiscal jefe del TSJC y la Conselleria de Justicia de Cataluña, a raíz de la puesta en libertad por cumplimiento de la condena del conocido como el segundo violador del ejemplo, en donde las conclusiones aportados por la Junta de tratamiento establecían la no resocialización del autor y la posibilidad “certera” de la reincidencia, de forma que dada la existencia de este tipo de problemática, el 31 de julio de 2007 se crea la Comisión para el estudio de las medidas de prevención de la reincidencia en delitos graves (Resolución JUS/2362/2007, DOGC núm. 4937, de 24 de julio). Esta Comisión se constituye el día 13 de septiembre de 2007, con el objetivo de estudiar y elaborar una serie de propuestas relativas al conjunto de actuaciones que permitan la mejora de la actuación de los poderes públicos en el ámbito de la prevención de la reincidencia en delitos graves. La Comisión formuló diez recomendaciones, y como sexta, señaló la conveniencia de la reforma del Código Penal en el sentido de añadir la vigilancia de conducta entre las medidas que puede acordar el juez o el tribunal a la hora de dictar sentencia condenatoria, y pese a que su naturaleza material más próxima a las medidas de seguridad, podría ser, si procede, adoptada bajo la fórmula, ya existente en el Código Penal, de las penas accesorias. Esta medida, que se impondría junto con la pena correspondiente al tipo de delito cometido, debería estar prevista legalmente de manera limitada en una lista determinada de delitos y sometida a límites precisos de duración en función de la gravedad del delito. La concreción de las obligaciones que se impondrían al condenado se debería dejar en manos del órgano judicial competente.

resulta suficiente o adecuada para excluir un elevado riesgo de reincidencia.., agotada, pues, la dimensión retributiva de la pena, la peligrosidad subsistente del sujeto halla su respuesta idónea en una medida de seguridad”. “Así, la libertad vigilada es una medida de seguridad que el Tribunal impone, de manera facultativa o preceptiva, según la propia norma señala en cada caso, 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 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, objetivo que preside toda la reforma. Y que puede modificarse, ya en fase de ejecución, atendiendo a la evolución del sujeto y mediante un sencillo trámite que se caracteriza por un reforzamiento de la garantía de contradicción, que alcanza incluso a las víctimas que no sean parte en el proceso”<sup>4</sup>.

Hasta la reforma de 2010, el CP, distinguía entre delincuente imputable–pena y delinquentes inimputables–medida de seguridad. Seguía pues el esquema clásico 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 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<sup>5</sup> La reforma se presenta por tanto como el resultado de la preocupación del legislador debido a la posibilidad (o no) de reincidencia por el penado de forma que a través de ella se articula un mecanismo de control y seguimiento del comportamiento de aquel una vez cumplida la pena impuesta, en base a un diagnóstico de peligrosidad delictiva del mismo fuera del centro penitenciario. A pesar de lo establecido en la Exposición de Motivos de la reforma 2010 respecto de la justificación del establecimiento de la medida de libertad vigilada. “La libertad vigilada es una medida de seguridad que el Tribunal impone, de manera facultativa o preceptiva, ... según la propia norma señala en cada caso, 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 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, objetivo que preside toda la reforma. Y que puede modificarse, ya en fase de ejecución, atendiendo a la evolución del sujeto y mediante un sencillo trámite que se caracteriza por un reforzamiento de la garantía de contradicción, que alcanza incluso a las víctimas que no sean parte en el proceso”, la concreta regulación de la libertad vigilada lo que de verdad persigue es precisamente el control

---

<sup>4</sup> Exposición de motivos Ley 5/10 de reforma del Código Penal.

<sup>5</sup> La libertad vigilada como medida Post-delictual. Pilar Martín Nájera Fiscal de sala de violencia contra la Mujer VII Congreso de Violencia de Genero y Domestica del Consejo General del Poder Judicial. 17 de octubre de 2018

y vigilancia de los sujetos considerados peligrosos y la protección de las víctimas de los delitos previamente cometidos; si, como se dice, su inclusión en el Código Penal pretende hacer frente a la falta de efecto rehabilitador que tiene la pena de prisión en determinados supuestos, el legislador debería entonces no introducir una nueva sanción penal, sino derogar aquellos institutos que han despojado de contenido rehabilitador a la pena de prisión; particularmente, la dificultad en el acceso al tercer grado y a la libertad condicional, además de facilitar la posibilidad de participar en programas de tratamiento. En su lugar, el legislador se escudó en ellos para justificar la aprobación de la nueva medida de seguridad de libertad vigilada<sup>6</sup>.

La medida por tanto 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 (muchas de las obligaciones y prohibiciones que conforman la medida ya estaban reguladas en nuestro ordenamiento jurídico penal), 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). Desde un punto de vista sistemático las obligaciones y prohibiciones establecidas en el 106.1 se podrían clasificar en tres grandes grupos: aquellas que principalmente tienden a controlar la libertad del sometido a la medida (106.1.a), aquellas que principalmente tienden a proteger a terceras personas y aquellas que principalmente tienden a la consecución de fines propiamente correctivos<sup>7</sup>.

### **III. INTERVENCIÓN JUDICIAL EN LA MEDIDA DE LIBERTAD VIGILADA.**

En la regulación de la medida de seguridad de libertad vigilada, se va a combinar la doble participación del juez del órgano sentenciador y el juez de vigilancia penitenciaria. Aunque su imposición debe realizarse en la sentencia condenatoria, su ejecución queda suspendida hasta el cumplimiento de la pena de prisión que le haya sido impuesta, momento en el que se decidirá si la medida debe activarse y, en caso afirmativo, qué concretas obligaciones y prohibiciones se imponen al sometido a libertad vigilada. Dicha particularidad, que queda claramente plasmada en el apartado 2º del art. 106 CP. Así el Tribunal Supremo ha delimitado de forma expresa, en la STS 768/2014, de 11 de noviembre “que en el momento de imponer la libertad vigilada no debe concretarse su contenido, sino que ello debe realizarse en un momento posterior, antes de la extinción de la pena privativa de libertad y de acuerdo con lo establecido en el art. 106.2 CP.

---

<sup>6</sup> Anuario da Faculta de Dereito da Universidade da Coruña Vol. 20 (2016), pp. 161-187 ISSN: 2530-6324 || ISSN: 1138-039X DOI: <https://doi.org/10.17979/afdudc.2016.20.0.1920>. Regulación actual de la medida de seguridad de libertad vigilada y su aplicación por parte de los tribunales. Marc Salat Paisal. Profesor de Derecho Penal. Universidad de Lleida. Anuario de facultad de dereito da Universidade da Coruña. Vol 20(2016), pp 161-187. ISSN 2530-6324. ISSN 1138-039X

<sup>7</sup> Regulación actual de la medida de seguridad de libertad vigilada y su aplicación por parte de los tribunales. Marc Salat Paisal. Profesor de derecho penal de la Universidad de Lleida. Anuario de facultad de dereito da Universidade da Coruña. Vol 20(2016), pp. 161-187. ISSN 2530-6324. ISSN 1138-039X.

El papel del Juez de Vigilancia penitenciaria se circunscribe a la elaboración de la propuesta relativa a la fijación, delimitación, contenido y mantenimiento o cese de la libertad vigilada, en la medida en que es el órgano que redacta y eleva la correspondiente propuesta al órgano sentenciador, cuando aquella deba de cumplirse después del cumplimiento de una pena privativa de libertad (art. 106.2 CP), al menos dos meses con anterioridad a que se extinga la pena privativa de libertad, y con la finalidad que pueda iniciarse aquella en dicho momento y se remite al procedimiento contemplado en el artículo 98 del CP, en el apartado 2, determina que “cuando se trate de cualquier otra medida no privativa de libertad, el Juez o Tribunal sentenciador recabará directamente de las Administraciones, facultativos y profesionales a que se refiere el apartado anterior, los oportunos informes acerca de la situación y la evolución del condenado, su grado de rehabilitación y el pronóstico de reincidencia o reiteración delictiva; y en el punto tercero establece que “en todo caso, el Juez o Tribunal sentenciador resolverá motivadamente a la vista de la propuesta o los informes a los que respectivamente se refieren los dos apartados anteriores, oída la propia persona sometida a la medida, así como el Ministerio Fiscal y las demás partes. Se oirá asimismo a las víctimas del delito que no estuvieren personadas cuando así lo hubieran solicitado al inicio o en cualquier momento de la ejecución de la sentencia y permanezcan localizables a tal efecto.

En definitiva es el Juez de Vigilancia Penitenciaria, es quien a raíz de los informes solicitados realiza el juicio de peligrosidad del reo a efectos de proponer la medida de seguridad. Sin embargo, el papel decisor lo va a tener el órgano sentenciador, en la medida que fijará (sobre la propuesta del Juez de Vigilancia Penitenciaria), la procedencia de la medida de libertad vigilada (dado que aunque acordada en la sentencia podría darse el caso que se considerase que el penado se encuentra rehabilitado) y por ende, no estuviera justificada la ejecución de la libertad vigilada.

#### **IV. EL JUICIO DE PELIGROSIDAD.**

El concepto de peligrosidad criminal aparece contemplado en nuestro sistema penal como equivalente a la previsión o pronóstico razonable de que un sujeto condenado a pena de prisión, una vez cumplida, pueda volver a cometer nuevos delitos. Esta definición se extrae del art. 95.1.2º CP, que alude a “que del hecho (delictivo) y de las circunstancias personales del sujeto pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos”. A su vez, el Código Penal utiliza el término pronóstico de reinserción social favorable como contrapunto al de peligrosidad criminal del delincuente<sup>1</sup>, que vendría a representar, parafraseando el art. 95.1.2ª CP, un pronóstico de comportamiento futuro que revele la

improbabilidad de comisión de nuevos delitos. Esta expresión aparece explícitamente contemplada en los Arts. 36.2º.3, 78.3, 90.1.c), 90.1º.3 y 106.3º.3 CP, e implícitamente en el art. 88.1º.2 CP.<sup>8</sup> Se interrelacionan distintos conceptos jurídicos, que complican la estructura procesal aplicable al supuesto concreto de forma que intervienen, como se ha dicho anteriormente, distintos órganos judiciales, por un lado la resolución del Juzgado Sentenciador, que determina la pena y la medida de seguridad a imponer, posteriormente el juzgado de vigilancia penitenciaria que es el que debe informar sobre la medida de seguridad de libertad vigilada, y finalmente de nuevo el juzgado sentenciador, que es el que determina el mantenimiento, modificación o extinción de la medida.

El art 6.1 CP señala que “las medidas de seguridad se fundamentan en la peligrosidad criminal del sujeto al que se impongan, exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito”, y el artículo 95: “1. Las medidas de seguridad se aplicarán por el Juez o Tribunal, previos los informes que estime convenientes, a las personas que se encuentren en los supuestos previstos en el capítulo siguiente de este Código, siempre que concurren estas circunstancias: 1.ª Que el sujeto haya cometido un hecho previsto como delito. 2.ª Que del hecho y de las circunstancias personales del sujeto pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos...”.

La peligrosidad criminal actuará también como reguladora de la medida de seguridad a imponer cuando el delito esté castigado con pena privativa de libertad. Pero además la peligrosidad criminal puede evolucionar, en función de la aplicación de las medidas resocializadoras acometidas en prisión al delincuente, por lo que se constituye en el elemento esencial y determinante, tanto en la determinación de la imposición de la misma en Sentencia, como posteriormente en el procedimiento de revisión de la misma contemplado en los arts. 97 y 98 CP, que imponen una revisión que se fija al menos en un año en el caso de las medidas de seguridad privativas de libertad y de la libertad vigilada postpenitenciaria, para reevaluar y medir la peligrosidad criminal de manera sucesiva hasta el máximo fijado de su cumplimiento.

Una vez cumplida la condena de prisión (o las sucesivas condenas en caso de que existan varias al respecto), el Juez de vigilancia penitenciaria tiene la obligación de establecer la peligrosidad del sujeto a efectos de configurar las medidas educadoras o

---

<sup>8</sup> Luis Fernández Arévalo. Fiscal de Sevilla.

resocializadoras contempladas dentro de las establecidas dentro de la libertad vigilada, por lo que se abre un proceso en la ejecución de Sentencia, que tiende a definir precisamente la existencia de esa peligrosidad, pudiendo concluir el mismo, tanto en la determinación de la innecesariedad de establecer ninguna medida de conducta inherente a la libertad vigilada, o establecer, dentro del catálogo establecido en el Art 106.CP la que mejor se acomode a “la sociabilidad del reo”; el Art 106.2 dice que “en estos casos, 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, elevará la oportuna propuesta al Juez o Tribunal sentenciador, que, con arreglo a dicho procedimiento, concretará, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 97, el contenido de la medida fijando las obligaciones o prohibiciones enumeradas en el apartado 1 de este artículo que habrá de observar el condenado.” Así el art. 97 delimita que “Durante la ejecución de la sentencia, el Juez o Tribunal sentenciador adoptará, por el procedimiento establecido en el artículo siguiente, alguna de las siguientes decisiones:

- a) Mantener la ejecución de la medida de seguridad impuesta.
- b) Decretar el cese de cualquier medida de seguridad impuesta en cuanto desaparezca la peligrosidad criminal del sujeto.
- c) Sustituir una medida de seguridad por otra que estime más adecuada, entre las previstas para el supuesto de que se trate. En el caso de que fuera acordada la sustitución y el sujeto evolucionara desfavorablemente, se dejará sin efecto la sustitución, volviéndose a aplicar la medida sustituida.
- d) Dejar en suspenso la ejecución de la medida en atención al resultado ya obtenido con su aplicación, por un plazo no superior al que reste hasta el máximo señalado en la sentencia que la impuso. La suspensión quedará condicionada a que el sujeto no delinca durante el plazo fijado, y podrá dejarse sin efecto si nuevamente resultara acreditada cualquiera de las circunstancias previstas en el artículo 95 de este Código.

En relación a los elementos de que dispone el Juez de Vigilancia Penitenciaria para establecer la peligrosidad del sujeto a efectos de elevar su propuesta al órgano Sentenciador, hay que tener en consideración lo establecido en el art. 98. CP: “1. A los efectos del artículo anterior, cuando se trate de una medida de seguridad privativa de libertad o de una medida de libertad vigilada que deba ejecutarse después del cumplimiento de una pena privativa de libertad, el Juez de Vigilancia Penitenciaria estará obligado a elevar al menos anualmente, una propuesta de mantenimiento, cese,

sustitución o suspensión de la misma. Para formular dicha propuesta el Juez de Vigilancia Penitenciaria deberá valorar los informes emitidos por los facultativos y profesionales que asistan al sometido a medida de seguridad o por las Administraciones Públicas competentes y, en su caso, el resultado de las demás actuaciones que a este fin ordene”. Por otro lado la Exposición de motivos del Real Decreto 840/2011, de 17 de junio, por el que se establecen las circunstancias de ejecución, entre otras, de determinadas medidas de seguridad, al referirse a la reforma de la Ley Orgánica 5/2010 señala que: *"La reforma legal ha abordado una importante modificación de la regulación de las medidas de seguridad, que se articula entre otros aspectos, en primer lugar, en que se ha sustituido el catálogo de las medidas de seguridad no privativas de libertad, destacando la introducción de la libertad vigilada, que impone el cumplimiento por el sentenciado de ciertas obligaciones y prohibiciones judicialmente establecidas....y a ello debe sumarse la previsión dentro de la libertad vigilada de una modalidad postpenitenciaria, cuya aplicación se reserva por la Ley a una peligrosidad criminal asociada no ya a supuestos de inimputabilidad o semi-imputabilidad, sino a la propia tipología delictiva, bien que limitada a casos muy tasados-delitos de terrorismo y ciertos delitos contra la libertad e indemnidad sexual. Por otra parte la reforma de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, ha suprimido la intervención del Juez de Vigilancia Penitenciaria en la dinámica del proceso revisor de las medidas de seguridad no privativas de libertad, dando así acogida al criterio establecido por el Tribunal Supremo, que a su vez asumió en este sentido anteriores advertencias doctrinales y de los propios jueces de Vigilancia; tan solo se ha conservado su presencia en la custodia familiar y en relación con la libertad vigilada postpenitenciaria, atendida en este último caso la inmediata relación del Juez de Vigilancia con las Instituciones Penitenciarias a las que confirió el cumplimiento material de la pena de prisión, tras cuyo término activa esta modalidad de libertad vigilada".* La Ley Orgánica 1/15 de 30 de marzo amplía el ámbito de la medida de libertad vigilada, de manera que también se podrá imponer en todos los delitos contra la vida y en los delitos de malos tratos y lesiones cuando se trate de víctimas de violencia de género y doméstica.

El Juez de Vigilancia Penitenciaria, recabará por tanto los informes técnicos de la Junta de Tratamiento, a efectos de dirimir sobre la configuración de la medida de libertad vigilada impuesta mediante Sentencia, evaluando la peligrosidad del penado

(art. 23 de Real Decreto 840/2011, de 17 de junio, por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad y de localización permanente en centro penitenciario, de determinadas medidas de seguridad, así como de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad y sustitución de penas, “en los supuestos en que se haya impuesto al penado la medida de libertad vigilada de cumplimiento posterior a una pena privativa de libertad, la Administración Penitenciaria, antes de finalizar el cumplimiento de la pena privativa de libertad y a solicitud del Juez de Vigilancia Penitenciaria, elevará a éste un informe técnico sobre la evolución del penado, a los efectos previstos en el artículo 106, párrafo 2, del Código Penal. El referido informe será elaborado por la Junta de Tratamiento, u órgano autonómico equivalente, del Centro Penitenciario en el que el penado se encuentre cumpliendo condena, o del que esté adscrito si se encuentra en libertad condicional.”

El contenido del informe emitido por la Junta de Tratamiento (u órgano administrativo afín que se establezca al respecto), viene a establecer lo que se considera, en relación al art. 67 de la ley Orgánica General Penitenciaria, “el informe de pronóstico final” conforme al cual “concluido el tratamiento o próxima la libertad del interno, se emitirá un informe pronóstico final, en el que se manifestarán los resultados conseguidos por el tratamiento y un juicio de probabilidad sobre el comportamiento futuro del sujeto en libertad, que, en su caso, se tendrá en cuenta en el expediente para la concesión de la libertad condicional.

Recibido el informe técnico de la Junta de Tratamiento “el Juez de Vigilancia Penitenciaria, por el procedimiento previsto en el artículo 98, elevará la oportuna propuesta al Juez o Tribunal sentenciador que, con arreglo a dicho procedimiento, concretará, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 97, el contenido de la medida fijando las obligaciones o prohibiciones enumeradas en el apartado 1 de este artículo que habrá de observar el condenado” (art. 106.2.CP). No obstante, será el Juez Sentenciador quien decida realmente sobre la aplicación o no de la medida de libertad vigilada, a pesar de la propuesta emitida por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, no estableciendo expresamente que ha de someterse a las conclusiones establecidas por este. El órgano sentenciador, independientemente de lo establecido en el informe, puede disponer de un mayor número de “indicadores” sobre la peligrosidad del sujeto, ya que este, ha considerado la peligrosidad del sujeto en el momento de establecer la Sentencia condenatoria. No obstante, si por la Junta de tratamiento se establece la plena

reinserción social del reo, de forma que desaparece su peligrosidad criminal, derivada, o no, del tratamiento realizado en prisión, no será necesaria la aplicación de la medida de seguridad. Existe la duda de que si la peligrosidad del sujeto se realiza en relación al tipo delictivo concreto del que trae causa la condena y por ende la imposición de la pena y la medida de seguridad, o si la peligrosidad nos conllevaría al análisis de otros tipos delictivos a los que el sujeto podría sucumbir, y que quizás hayan sido “aprendidos” durante la ejecución de la condena. No solamente el informe emitido por el juzgado de Vigilancia penitenciaria incluirá la potencialidad de peligrosidad del sujeto, sino que además deberá establecer las medidas que mejor se acomoden al perfil del sujeto condenado en relación al informe emitido por la Junta de Tratamiento, al hecho delictivo del que trae causa la condena, y a cualquier otra circunstancia necesaria a efectos de establecer un juicio de valor necesario sobre la aplicación de una medida concreta. Una vez elaborado el dictamen se eleva al órgano sentenciador quien inicia el procedimiento establecido en el art. 98.3 del CP, mediante el cual se toman en consideración la postura o situación de la víctima y la posición del Ministerio fiscal en torno a la ejecución de la medida de libertad vigilada.

Si bien la medida de libertad vigilada aparece en el fallo de la Sentencia, la resolución por la que el Juez sentenciador la acuerda o no, una vez cumplida la condena de prisión, se realiza mediante Auto motivado, el cual es susceptible de los recursos inherentes al Auto judicial. Una vez tomada la decisión judicial del establecimiento de la medida esta debe revisarse de forma periódica mediante el procedimiento establecido en el art. 97 CP en base a la potencialidad de peligrosidad del autor, y teniendo en consideración todas las circunstancias inherentes a la medida establecida. El juez sentenciador será quien podrá adoptar, alguna de las siguientes decisiones: a) Mantener la ejecución de la medida de seguridad impuesta. b) Decretar el cese de cualquier medida de seguridad impuesta en cuanto desaparezca la peligrosidad criminal del sujeto. c) Sustituir una medida de seguridad por otra que estime más adecuada, entre las previstas para el supuesto de que se trate. En el caso de que fuera acordada la sustitución y el sujeto evolucionara desfavorablemente, se dejará sin efecto la sustitución, volviéndose a aplicar la medida sustituida. d) Dejar en suspenso la ejecución de la medida en atención al resultado ya obtenido con su aplicación, por un plazo no superior al que reste hasta el máximo señalado en la sentencia que la impuso. La suspensión quedará condicionada a que el sujeto no delinca durante el plazo fijado, y

podrá dejarse sin efecto si nuevamente resultara acreditada cualquiera de las circunstancias previstas en el artículo 95 de este Código.”

Pero, ¿qué sucede con la obligación del Juez de Vigilancia Penitenciaria, de formular una propuesta anual sobre la medida de seguridad de libertad vigilada? Si el cumplimiento de las obligaciones que se fijan en la libertad vigilada, le corresponde al sentenciador, que es en definitiva, el órgano que realiza el seguimiento y control, y no el de vigilancia penitenciaria (lo que si hace en el caso de la libertad condicional), por ende, no tiene un contacto directo con el penado, supone que para la formulación de aquella propuesta, tenga que dirigirse al órgano sentenciador, que es el que en verdad, controla el cumplimiento de las obligaciones de la libertad vigilada, para que le informe sobre las posibles incidencias. Deberá igualmente acudir a pedir informes a las Administraciones Públicas u otros organismos, y lo que realmente supone una tarea no justificada, dilatadora y una duplicidad con el conocimiento que pueda tener el órgano sentenciador a los efectos de tomar la decisión correspondiente, para la elaboración de la propuesta, de mantenimiento, cese o la procedencia de la introducción de algún cambio en el contenido de las obligaciones.

Fruto de que el legislador ha querido establecer esta medida sin un régimen jurídico coherente con la importancia que la misma tiene en relación a las limitaciones en el comportamiento de los penados, basado principalmente en la asunción de la ineficacia, en muchas ocasiones de las medidas establecidas durante la ejecución de la condena de prisión, es que en los supuestos de revisión (a este efecto existen dos procedimientos revisorios diferenciados en el art. 98 CP; el correspondiente a las medidas de seguridad privativas de libertad y libertad vigilada postpenitenciaria –con intervención del Juez de Vigilancia, art. 98.1 CP-, y el de las restantes medidas de seguridad no privativas de libertad –sin intervención del Juez de Vigilancia, art. 98.2 CP), en los que interviene el Juez de Vigilancia Penitenciaria, cuando la medida se esté cumpliendo, fuera de la prisión, y sea necesario el informe del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, este no dispondrá de los medios necesarios o más oportunos a efectos de establecer la peligrosidad o no del sujeto, ya que la ejecución de la medida esta supervisada por el Juez sentenciador, de forma que aquel deberá de pedir los informes correspondientes al juez sentenciador a efectos de poder emitir a su vez el informe necesario o preceptivo que deberá “elevar” al órgano sentenciador según lo establecido legislativamente.

## V. CONCLUSIONES.

La medida de seguridad establecida en la LO 5/10 de libertad vigilada pretende hacer frente a cierto pesimismo social sobre la seguridad que existe en los estados principalmente occidentales, en relación a determinados tipos delictivos con gran trascendencia mediática, y en donde el sujeto autor de los mismos, no tiene un pronóstico favorable de resocialización una vez puesto en libertad después de haber cumplido la condena impuesta. Es la medida que adquiere el Estado ante el fracaso del proceso de reeducación del reo, por cuanto puede ampliar el control de este en el comportamiento del penado por un periodo de hasta 10 años una vez cumplida la condena impuesta.

Se debería de ser cautos en su aplicación, no sólo por los problemas de aplicación que conlleva en relación a la intervención de dos órganos judiciales, el Juzgado que dictó la sentencia condenatoria y el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, sino también en que supone un síntoma de la existencia de fallos en el sistema penitenciario actual y en la necesidad de buscar nuevas medidas reeducadoras dirigidas a los autores de determinados tipos delictivos con gran trascendencia social. Se hace necesaria una revisión de la configuración de la norma penal, desde la perspectiva de una análisis profundo del sistema punitivo basado en la peligrosidad o en la culpabilidad del sujeto a la hora de establecer los mecanismos de actuación del Estado en su configuración.

\* \* \* \* \*

## José Ramón San Román Carneros

Abogado, Leioa, Vizcaya. Socio de la FICP.

### ~¿Tiene efectos jurídicos el pago de la responsabilidad civil derivada del delito por un tercero ajeno al proceso y en contra de la voluntad del condenado a satisfacerla o sin su consentimiento?~

**Índice.-** I.— Introducción. II.— El pago por tercero en el Derecho Civil. 1.— Posición de la doctrina. a) La legitimación para el pago b) La consignación c) No obligación personalísima d) Aplicación del artículo 1.158 del Código Civil en supuestos concretos. 2.— Posición de la jurisprudencia: a), b), c) y d). III.— El pago por tercero en el Derecho Penal. 1.— Cuestiones generales. 2.— Posicionamiento de la jurisprudencia penal ante el pago realizado por el tercero. a) Supuestos Específicos (No aplicación) 1) El tercero carece de la condición de perjudicado por el delito. 2) Pago de la indemnización con anterioridad a la sentencia. 3) Inexistencia de delito. 4) Pago efectuado por aseguradora. b) Supuestos de aplicación plena del artículo 1158 del Código Civil. c) No cabe el pago por tercera persona, tercero responsable civil o entidad aseguradora para que sea aplicable la atenuante del artículo 21.5 del CP. El pago debe ser personal. IV.—Conclusiones. V.—Bibliografía

#### I. INTRODUCCIÓN

Sancionado el pago en el Código Civil como una forma de extinción de las obligaciones, expresamente su artículo 1158 contempla los efectos liberatorios de dicho pago, cuando el mismo es realizado por un tercero ajeno a la obligación:

«Puede hacer el pago cualquier persona, tenga o no interés en el cumplimiento de la obligación, ya lo conozca y lo apruebe, o ya lo ignore el deudor.

El que pagare por cuenta de otro podrá reclamar del deudor lo que hubiese pagado, a no haberlo hecho contra su expresa voluntad.

En este caso sólo podrá repetir del deudor aquello en que le hubiera sido útil el pago».

Y de modo específico, el Código Civil recoge esta posibilidad en supuestos concretos, como es el caso del derecho a prestar alimentos, que regula dentro de la sección referida a la gestión de negocios ajenos en el párrafo primero del artículo 1894:

«Cuando, sin conocimiento del obligado a prestar alimentos, los diese un extraño, éste tendrá derecho a reclamarlos de aquél, a no constar que los dio por oficio de piedad y sin ánimo de reclamarlos».

Tal reconocimiento de la eficacia del pago efectuado por tercero, no es una excepción contemplada en exclusiva por el Código Civil español; es una regla que existe en otros ordenamientos del Derecho Civil continental, como es el caso del

artículo 1236 del *Code Napoléon*, del artículo 1180 del Código italiano o del artículo 267 BGB alemán, por citar los más conocidos<sup>1</sup>.

## II. EL PAGO POR TERCERO EN EL DERECHO CIVIL

### 1. Posición de la doctrina

Siendo manifiestamente clara la postura del ordenamiento respecto a la admisibilidad del pago efectuado por tercero, la doctrina, como no podría ser de otra manera, se muestra en todo favorable a esa figura.

Sin embargo, en su estudio los juristas apuntan algunas características que otorgan de amplitud y matices a esta forma de pago:

#### a) *La legitimación para el pago.*

«El acreedor puede liberar al deudor sin el consentimiento de éste, pues en virtud del artículo 1.158, párrafo segundo C.C., está legitimado para recibir el pago de un tercero»<sup>2</sup>.

«Sabemos que la legitimación es amplia hasta el extremo que se confiere a cualquiera, de modo que toda persona capaz puede ser un tercero a estos efectos, siempre que carezca de la intención de donar y sepa que paga una deuda ajena. Por otra parte, las consecuencias del pago hecho por el tercero dependen básicamente de la actitud del deudor, tenga o no el tercero un interés propio en efectuar el pago»<sup>3</sup>.

«... en el conflicto entre el deudor —que no quiere pagar o que quiere renegociar su deuda—, el tercero —independientemente de que puede perseguir al pagar su propio interés o el del deudor—, y el acreedor —que quiere cobrar—, el legislador ha dejado claro que éste último es el preferido. Si se reflexiona un momento, es fácil advertir que, al admitir el pago realizado por el tercero contra la voluntad del deudor (art. 1158.II, último inciso), lo que está diciendo el legislador es que el acreedor puede cobrar de cualquiera sin necesidad de contar con el permiso del deudor, por regla general [...]

La solución que el legislador ha dado para este caso es, en realidad, el producto de una larga evolución doctrinal que, por las razones ya dichas, ha admitido el pago de tercero contra la voluntad del deudor (cuestión de legitimación para pagar), pero lo ha hecho ajustando con cuidado la consecuencia jurídica (cuestión de efectos del pago), que aparece definida en el CC como derecho que permite reclamar “aquello en que le hubiera

---

<sup>1</sup> En este sentido se pronuncia MARTÍNEZ VELENCOSO, Luz María, Causante hipotecante no deudor y partición de la herencia, *Diario La Ley*, 8.779, 9 de junio de 2016, pp. 4 (LA LEY 3550/2016).

<sup>2</sup> BLASCO GASCÓ, Francisco de P., *La condonación de la deuda*, Editorial Reus, 2012, p. 19.

<sup>3</sup> VATTIER FUENZALIDA, Carlos, *El pago con subrogación*, *Derecho de obligaciones y contratos*, Editorial La Ley (LA LEY 628/2016).

sido útil el pago” (art. 1158.III), es decir, una acción para reclamar el enriquecimiento experimentado por el deudor»<sup>4</sup>.

**b) *La consignación de la prestación por el tercero.***

«El precepto mencionado [art. 1158 CC] prevé una legitimación amplísima para poder realizar el pago, hasta el punto de admitir incluso la posibilidad de que un tercero pague, en contra de la voluntad expresa del deudor y aunque no tenga ningún interés en el cumplimiento de la obligación.»

Igual que sucede con la voluntad del deudor, también la voluntad del acreedor tiene en esta materia una importancia secundaria, puesto que el tercero, excepto que se den las circunstancias mencionadas en el artículo 1161 CC, puede pagar también en contra de la oposición del acreedor. »<sup>5</sup>.

«El art. 1158.1 dispone que todo tercero que ofrezca un cumplimiento íntegro y exacto puede pagar (“tenga o no interés en el cumplimiento de la obligación, ya lo conozca y lo apruebe o ya lo ignore el deudor”), señalando la doctrina que un eventual rechazo de la prestación por parte del acreedor puede ser combatido mediante la consignación de la cantidad debida»<sup>6</sup>.

«para la validez de este pago de tercero es indiferente la posición del deudor, cuya actitud de consentimiento, ignorancia u oposición (respecto de este pago) sólo repercute en los efectos; y aún la del acreedor, quien únicamente puede oponerse en los mismos casos que el deudor: si lo hace “sin razón”, puede el tercero consignar la prestación, con los efectos del art. 1176. Es indiferente, también, el origen de la deuda, con tal que ésta exista realmente»<sup>7</sup>.

«Se termina de esta forma con un debate doctrinal que había surgido sobre la posibilidad de que un tercero extinga una deuda ajena mediante la consignación de lo adeudado, posibilidad que aunque no venía recogida por la Ley había sido reconocida por los tribunales en aplicación analógica del artículo 1158 CC»<sup>8</sup>.

**c) *Obligación no personalísima.***

«Puede hacer el pago cualquier persona, tenga o no interés en el cumplimiento de la

---

<sup>4</sup> DEL OLMO GARCÍA, Pedro, El pago subrepticio de un tercero: un caso de libro (Comentario STS de 26 mayo de 2011), Anuario de Derecho Civil, tomo LXV, 2012, fasc. III, pp. 1.410 y 1.411.

<sup>5</sup> DE PRIEGO FERNÁNDEZ, Verónica, Los gastos del pago, Editorial Reus, pp. 28 y 29.

<sup>6</sup> SERRA CALLEJO, Javier, Consideraciones sobre los efectos del pago de tercero, Diario La Ley, 1991, pág. 1.082, tomo 2, Editorial La Ley (LA LEY 6080/2001).

<sup>7</sup> LACRUZ BERDEJO, J. L., Elementos de Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones, v. primero, Parte General. Teoría general del contrato, Editorial Dykinson, Madrid, 2007, p. 133.

<sup>8</sup> DÍAZ REVORIO, Enrique, La consignación como forma de extinción de obligaciones civiles, Actualidad Civil, 10, octubre 2016, Editorial Wolters Kluwer (LA LEY 8181/2016), pp.8.

obligación, ya lo conozca y lo apruebe, o ya lo ignore el deudor” Al margen de estos supuestos concretos, la deuda queda pagada con independencia de que la persona que realice el pago sea el deudor o sea un tercero, pues el interés del acreedor encuentra satisfacción con una prestación objetiva»<sup>9</sup>.

«La necesidad de que el acreedor consienta ni siquiera se debería exigir cuando el pago lo realizara un tercero, apartándose a este respecto el art. 693.3 *in fine* de lo previsto en el art. 1158 CC que permite el pago por tercero sin la autorización del acreedor ni del deudor. [...] individualizar la obligación de pago en la persona del deudor como si de un hacer personalísimo se tratara llevaría al absurdo e incluso originaría fraude de ley, pues al acreedor cuyo único interés se centre en adjudicarse el bien, le va a interesar que un tercero lo libere, por lo que no va a prestar su consentimiento»<sup>10</sup>.

**d) Aplicación del artículo 1158 del Código Civil en supuestos concretos.**

Pero, la aportación más significativa por parte de la doctrina es su acomodación a diferentes situaciones jurídicas:

Arrendamientos rústicos<sup>11</sup>.

Proceso de ejecución<sup>12</sup>.

---

<sup>9</sup> MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, Nieves, La obligación legal de alimentos entre parientes, 1ª edición, Editorial La Ley, Madrid, 2002 (LA LEY 3171/2009).pp.25-26.

<sup>10</sup> ACHÓN BRUÑÉN, Mª José, La liberación del bien hipotecado en caso de vencimiento anticipado por impago de tres o más mensualidades: deficiencias legales y problemas prácticos, Diario La Ley, 8.181, 30 de octubre de 2013, Año XXXIV, Ref. D-372, Editorial La Ley (LA LEY 7714/2013).

<sup>11</sup>La legitimación del tercero ajeno a la obligación, para pagar por el arrendatario, se encuentra reconocida en el art. 1158 del CC, LETE DEL RÍO, José Manuel, Los arrendamientos rústicos en la Ley de Derecho Civil de Galicia, Actualidad Civil, 11, quincena del 1 al 15 de junio de 2007, p. 1.237, tomo 1, Editorial La Ley (LA LEY 1812/2007).

<sup>12</sup> No vemos inconveniente alguno en que alegue el pago si no es el mismo que esgrimió su consorte, pudiendo oponer incluso un pago que él mismo hubiera efectuado, ya que en virtud de lo dispuesto en la legislación sustantiva el pago por tercero debe reputarse eficaz (art. 1158 CC), sin perjuicio de que para alegar con éxito dicho pago como causa de oposición a la ejecución haya debido acontecer con anterioridad al auto despachando ejecución y ulteriormente a la constitución del título ejecutivo o, si éste fuera una sentencia de condena, del momento en que precluyó la posibilidad de alegarlo en la instancia. ACHÓN BRUÑÉN, M.ª José, Mecanismos de defensa en el proceso de ejecución del consorte, ex cónyuge o conviviente more uxorio del ejecutado, Diario La Ley, 6.573, 19 de octubre de 2006, Año XXVII, Ref. D-224, Editorial La Ley (LA LEY 2955/2006).

La LEC al referirse a la posibilidad de liberar el bien embargado del proceso de ejecución sólo hace referencia al deudor, no obstante, consideramos que podrá hacerlo también un tercero, al no existir ningún impedimento legal al respecto, y permitirlo el Código Civil en su art. 1158.1. MORAL MORO, María José, La aprobación del remate tras la Ley 13/2009 de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial, Diario La Ley, 7.677, 20 de julio de 2011, Año XXXII, Ref. D-309, Editorial La Ley (LA LEY 12794/2011).

Si un tercero libera el bien hipotecado (art. 693.3 de la LEC *in fine*), podrá reclamar al deudor lo que hubiera pagado, salvo que el pago lo hubiera efectuado contra su expresa voluntad, en cuyo caso solo le podría repetir aquello en que le hubiera sido útil (art. 1.158 *in fine* del CC). ACHÓN BRUÑÉN, Mª José, Análisis de las distintas cláusulas de vencimiento anticipado que se pueden considerar abusivas en las

Enervación de la acción de desahucio<sup>13</sup>.

Contrato de mediación<sup>14</sup>.

Contrato de *confirming*<sup>15</sup>.

Deudas hereditarias<sup>16</sup>.

Deudas de la sociedad mercantil<sup>17</sup>.

Obligación de alimentos<sup>18</sup>.

Dación en pago<sup>19</sup>.

Gastos comunes de la propiedad horizontal<sup>20</sup>.

---

escrituras de hipoteca, *Práctica de Tribunales*, 126, mayo-junio 2017, Editorial Wolters Kluwer (LA LEY 4501/2017).

<sup>13</sup> MAGRO SERVET, Vicente, La enervación en el juicio de desahucio como modo de terminación anormal del proceso, *Práctica de Tribunales*, 27, mayo 2006, Editorial La Ley (LA LEY 962/2006).

<sup>14</sup> Diferente jurídicamente es el supuesto de que el comprador, sin mediar acuerdo novatorio alguno y en su condición de tercero mediatario, pague directamente al corredor el precio de la mediación encargada por el vendedor, lo que producirá la extinción de la obligación por el mero hecho del pago (art. 1158 CC). TASENDE CALVO, Julio J., El contrato de mediación inmobiliaria en la compraventa de vivienda, *Actualidad Civil*, 21, quincena del 1 al 15 de diciembre 2008, p. 2.309, tomo 2, Editorial La Ley (LA LEY 40883/2008).

<sup>15</sup> «cuando la entidad de *confirming* ofrece el “descuento” o “pago anticipado” previa deducción de los intereses pactados de la factura confirmada por su cliente y esta oferta es aceptada por el acreedor se produce una asunción de pago. En esta última, llamada también pago por tercero (art. 1158 CC), el tercero no paga como deudor, paga una deuda que, tras la asunción, sigue siendo ajena». GRIMALDOS GARCÍA, María Isabel, De la oferta de pago anticipado de las facturas confirmadas y la obligación asumida por la entidad bancaria frente al acreedor aceptante en el contrato de *confirming* (A propósito de la STS de 15 de julio de 2015), *Diario La Ley*, 8.705, 18 de febrero de 2016, Ref. D-74, Editorial La Ley (LA LEY 503/2016).

<sup>16</sup> LLÁCER MATA CÁS, MARÍA ROSA, Prelegado: aceptación tácita de la herencia y toma de la posesión del bien legado, *Estudios de Derecho de sucesiones*, Editorial La Ley (LA LEY 428/2015).

<sup>17</sup> «En caso de que uno o más socios subsidiariamente responsables por las deudas sociales las hubieran pagado total o parcialmente tienen derecho al reembolso y a subrogarse en el crédito que correspondía al acreedor satisfecho (art. 1158 CC)».

GRIMALDOS GARCÍA, María Isabel, El concurso de la cooperativa y su repercusión en el patrimonio personal de los socios, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 11, segundo semestre de 2009, pág. 323, Editorial Wolters Kluwer (LA LEY 14015/2009).

<sup>18</sup> LLAMAS POMBO, Eugenio/MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, Nieves, Últimas tendencias en derecho de alimentos, *Nuevos conflictos en el Derecho de Familia*, 1ª edición, Editorial La Ley, Madrid, 2009 (LA LEY 8418/2010).

<sup>19</sup> «Destaca la Dirección General de los Registros y del Notariado, Resolución de 10 diciembre 2007 (LA LEY 274388/2007) que la dación en pago es un contrato por virtud del cual se transmiten al acreedor determinados bienes o derechos distintos de los debidos y que éste acepta voluntariamente como pago de su crédito (artículo 1.166 del Código Civil), transmisión que en cuanto forma de pago puede realizar tanto el deudor como un tercero (artículo 1.158 del mismo Código)».

MAGRO SERVET, Vicente, ¿Cuándo es posible aplicar la analogía para resolver un caso concreto? Hacia la creación de un observatorio controlador de las lagunas y defectos en el ordenamiento jurídico, *Diario La Ley*, 7.090, 12 de enero de 2009, Año XXX, Ref. D-8, Editorial La Ley (LA LEY 41582/2008).

<sup>20</sup> «si el adquirente, ante el requerimiento de la comunidad, hiciera frente al pago por gastos comunes anteriores a su adquisición, evitando males mayores que pudieran derivarse de la afección que soporta su piso, es claro que estaría pagando deuda ajena (la del anterior propietario) y, en consecuencia,

Contrato de compraventa<sup>21</sup>.

## 2. Posición de la jurisprudencia

Los claros pronunciamientos del Código Civil sobre la legitimidad del pago por tercero, llevan como consecuencia necesaria, el que sean muy numerosas las sentencias de los tribunales civiles que se pronuncien sobre la aplicabilidad del artículo 1158.

a) Una resolución del Tribunal Supremo<sup>22</sup> que sintetiza perfectamente los elementos estructurales del pago por tercero:

«El artículo 1158 del Código Civil, autoriza el pago por otros, interesado o no en el cumplimiento de la obligación de las deudas ajenas, en base a la filosofía que contiene el precepto de ser fin primordial que los acreedores cobren las deudas que les afectan.

Dicha norma configura la intervención pagadora del tercero en tres vertientes: a) Que el pago tenga lugar con conocimiento del deudor principal, es decir en situación de delegación consentida y aprobada, lo que ocasiona que este tercero asuma, con la cualidad de subrogado, la postura de acreedor frente a aquél por el que pagó para ejercitar su consecuente derecho de reembolso, surgiendo así una nueva obligación, toda vez que la originaria quedó extinguida. b) Que el pago se efectúe contra la expresa voluntad del deudor, en cuyo caso el tercero que ha satisfecho el crédito sólo tiene derecho a reembolsarse en la medida de la utilidad efectiva de los pagos realizados, y su *ratio* deviene de evitar situaciones de enriquecimiento injusto y c) Que la intervención de dicho tercero, satisfaciendo la deuda, lo sea sin conocimiento del verdadero deudor obligado, que de esta manera ignora que su débito ha sido cancelado, lo que determina sólo el nacimiento del derecho a ser reembolsado de lo que abonó, ya que la subrogación expresa queda excluida por mandato del artículo 1159 del Código Civil, aunque cabe la posibilidad de que se dé presunción de subrogación si el que paga tiene interés en el cumplimiento de la obligación, salvo los efectos de la confusión y a tenor del artículo 1210.3 del Código Civil».

---

*dispondría de una acción personal de reembolso, contra el anterior propietario, verdadero deudor, generante de la deuda, en virtud de lo establecido en los arts. 1158 y 1210.3 del CC».*

REALES ESPINA, Juan Ignacio, La garantía del crédito por los gastos comunitarios del art. 9.1 e) de la LPH: ¿Un supuesto de hipoteca legal tácita?, Actualidad Civil, 29, semana del 15 al 21 de julio de 2002, Ref. XLVI, p. 979, tomo 3, Editorial La Ley (LA LEY 2241/2002).

<sup>21</sup> «en el caso como el de autos entre el tercero que paga y el deudor se da una relación contractual (el contrato de compraventa) de la que se deduce que el primero tenía interés en el cumplimiento de la obligación (la cancelación del préstamo con garantía hipotecaria); la jurisprudencia del TS ha venido entendiendo que nos encontramos ante un supuesto de subrogación del art. 1210.3.º del CC, con las consecuencias que se prevén en el art. 1158 del CC».

RAMOS HERRANZ, Isabel, Libro Verde de la Comisión sobre el sistema bancario en la sombra, Derecho de los Negocios, 260, mayo 2012, Editorial Wolters Kluwer (LA LEY 5083/2012).

<sup>22</sup> Tribunal Supremo, Sala 1ª, de lo Civil, sentencia de 23 de octubre de 1991. Ponente Villagómez Rodil (LA LEY 2668/1992).

- b) Tiene singular interés, la sentencia que a continuación se recoge<sup>23</sup>, dado que la demanda formulada en reclamación de cantidad, tiene su origen en el pago por el actor de la responsabilidad civil de su hijo, implicado en unos hechos que conllevaron la actuación de la Fiscalía de Menores:

«si el perjudicado declara que los padres de los menores tienen la intención de abonarle los daños (fol. 10) porque ha hablado con ellos, surgiendo por tanto la obligación de pago al perjudicado, y se los paga uno de los padres, los otros por lógica están dispuestos a pagar a este la parte que les corresponde, de ahí que pagara el Sr. Carlos Jesús (fol. 16) padre del menor Cosme, la parte proporcional que a este correspondía.

Que ahora se niegue a pagar el demandado so pretexto de ser ajeno a tal acuerdo, pugna con la lógica y la razonabilidad, y en particular con la interpretación del art. 1158 del Código Civil, ya que el actor realizó el pago de los daños teniendo interés en el resarcimiento de los mismos y sabiéndolo el propio demandado al cual se lo comunicó, el cual también tenía interés en dicho cumplimiento, puesto que su hijo menor estaba también implicado y figuraba como imputado en los hechos, que darían lugar a la incoación de expediente de no indemnizarse los daños y retirar la denuncia el perjudicado.

Pues bien, teniendo interés directo en el cumplimiento del pago y no oponiéndose el demandado al mismo en cuanto a las eventuales responsabilidades de su hijo menor, es decir, no haciéndose dicho pago en contra de su voluntad, ha de proceder, conforme al art. 1158 del Código Civil la acción de repetición, porque el pago efectuado tuvo el efecto liberatorio del compromiso asumido ante el perjudicado y no solo no se hizo en contra de la voluntad del demandado, sino que dicho pago le favoreció al conseguir a través del mismo que el Fiscal, al amparo de lo que establece el art. 18 de la Ley Orgánica reguladora, acordara desistir de la incoación del expediente en el cual figuraba implicado el hijo del demandado».

Este pronunciamiento nos acerca a la posibilidad del pago realizado por tercero en el ámbito de la responsabilidad civil *ex delicto*.

- c) Se reproducen dos pronunciamientos referidos a la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por el delito.

«la acción que el artículo 127.3 de la Ley General de la Seguridad Social concede a las Mutuas para personarse directamente en el proceso y reclamar el importe de los costes sanitarios que hubieran satisfecho frente a los terceros responsables no es una acción de

---

<sup>23</sup> Audiencia Provincial de Girona, Sección 2ª, sentencia 249/2008 de 16 de junio de 2008, recurso 249/2008. Ponente Rey Huidobro (LA LEY 144235/2008).

subrogación, sino una acción de repetición o regreso que se les concede por el legislador a dichas entidades, asimiladas al INSALUD, que no tienen ánimo de lucro, que pueden ejercitar con carácter autónomo, respondiendo a un esquema que es el propio del pago hecho por un tercero del artículo 1158 del Código civil, »<sup>24</sup>.

«La jurisprudencia penal ha venido discutiendo con posturas encontradas si las aseguradoras tras pagar los daños, podían ejercitar la acción civil dentro del proceso penal o si tenían que esperar a que éste finalizara para hacerlo ante la jurisdicción civil. La controversia ha sido zanjada, finalmente, por el Acuerdo del Pleno de la Sala de lo penal del Tribunal Supremo de 30 de enero de 2007 de la siguiente forma: "Cuando la entidad aseguradora tenga concertado un contrato de seguro con el perjudicado por el delito y satisfaga cantidades en virtud de tal contrato, sí puede reclamar frente al responsable penal en el seno del proceso penal que se siga contra el mismo, como actor civil, subrogándose en la posición del perjudicado".

Y del mismo modo que puede reclamar en el seno del proceso penal, puede reservarse las acciones nacidas del delito para ejercitarlas una vez finalizado el proceso penal (artículo 112 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal)»<sup>25</sup>.

d) Sentencia del Tribunal Supremo que estima de aplicación el artículo 1158 también en el caso del pago de deudas tributarias:

«el actuar así un tercero extraño a la deuda tributaria, no solo no actúa de modo ilegal sino que le ampara el fundamental art. 1158 párrafo 1º del C.Civ. que como es notorio permite a un tercero realizar el pago de la deuda, tenga o no interés en el cumplimiento de la obligación, ya lo conozca y lo apruebe ya lo ignore el deudor", siendo evidente la legitimidad del pago, "del que únicamente se derivaría la acción de reembolso por parte del tercero que paga"»<sup>26</sup>.

### III. EL PAGO POR TERCERO EN EL DERECHO PENAL

#### 1. Cuestiones generales

El pago efectuado por tercero, está totalmente asentado en el terreno del derecho privado. Sin embargo, en el campo del Derecho Penal, no se recoge en el Código Penal un precepto similar al referido artículo 1158, sino que, su artículo 116.1 parece sustentar

---

<sup>24</sup> Audiencia Provincial de Guadalajara, sentencia 243/2007 de 8 de noviembre de 2007, recurso 287/2007. Ponente Espejel Jorquera (LA LEY 338735/2007).

<sup>25</sup> Audiencia Provincial de Burgos, Sección 3ª, sentencia 329/2009 de 8 de septiembre de 2009, recurso 17/2009. Ponente: Villimar San Salvador (LA LEY 175080/2009).

<sup>26</sup> Tribunal Supremo, Sala 1ª, de lo Civil, sentencia 339/2011 de 26 de mayo de 2011, recurso 207/2008. Ponente Marín Castán (LA LEY 71514/2011).

la idea de que, la responsabilidad civil *ex delicto* es una obligación de carácter personal<sup>27</sup>, inherente al responsable penal de la infracción.

Pese a ello, la figura del pago por tercero en lo referente a la responsabilidad civil derivada de delito, es de plena aplicación en el proceso penal.

Dicha afirmación tiene su base legal en el artículo 4.3 del propio Código Civil, en cuanto establece que «Las disposiciones de este Código se aplicarán como supletorias en las materias regidas por otras leyes»<sup>28</sup>. Del mismo modo se ha de considerar que el pago es un modo de extinción de las obligaciones, y éstas nacen, entre otros supuestos, de «los actos y omisiones ilícitos» (artículo 1089 del Código Civil).

Pero, igualmente, ha de ponerse de manifiesto que el pago por tercero para los supuestos de responsabilidad civil derivada de delito, es un «caso de análisis », en cuanto que, no solo no está previsto expresamente en el Código Penal, sino que tampoco la jurisprudencia, se ha pronunciado sobre el mismo de forma categórica.

## **2. Posicionamiento de la jurisprudencia penal ante el pago realizado por el tercero**

### **a) Supuestos Específicos**

#### ***1) El tercero carece de la condición de perjudicado por el delito***

«Pero el Juzgado no puede considerar perjudicado —a efectos penales como son los aquí deducidos— al particular que, por haber pagado la reparación del vehículo siniestrado, haya sufrido una disminución patrimonial. En tales supuestos el perjuicio no deriva directamente del hecho delictivo sino de haber asumido voluntariamente el pago que correspondía a un tercero y la facultad para dirigirse contra el causante del daño obedece, en definitiva, al derecho de repetición o reembolso que el citado precepto establece.»<sup>29</sup>

#### ***2) Pago de la indemnización con anterioridad a la sentencia***

«la responsabilidad civil no se excluye por la simple razón de que una institución pública adelanta a la víctima las sumas que la reparación del daño en forma inmediata ha requerido, pues de ello resultaría un beneficio injustificado para el obligado a la

---

<sup>27</sup> «Toda persona criminalmente responsable de un delito lo es también civilmente si del hecho se derivaren daños o perjuicios».

<sup>28</sup> A mayor abundamiento, conviene tener presente que la propia Ley de Enjuiciamiento Criminal, a la hora de regular la responsabilidad civil derivada de delito, señala, en su artículo 989.2, la aplicación supletoria de las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cabiendo extender, por analogía, que el Código Civil es también de aplicación en esta materia.

<sup>29</sup> Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección 2ª, sentencia 2115/2006 de 17 de noviembre de 2006, recurso 2118/2006. Ponente: Peñalba Otaduy (LA LEY 229506/2006).

reparación del daño causado. En estos casos, el que satisface la obligación por el que luego resultará obligado en la sentencia criminal tiene los derechos que surgen del principio que inspira el art. 1158 CC»<sup>30</sup>.

Si se paga por anticipado, será exigible la reparación en la vía civil, pero no tendrá su origen en una responsabilidad penal que aún no ha sido declarada.

### 3) *Inexistencia de delito*

«siempre tendrá a su cargo la de reembolso del precio que, por él, pagó al vendedor el delegado de la agencia de transportes pero que ya no le alcanza por título contractual de compraventa sino con causa en el título estrictamente legal significado por el art. 1158 CC toda vez que, al no constar que dicho delegado hiciera el pago con conocimiento del reo, no cabe —conforme al art. 1159 CC— entenderlo subrogado en los derechos del comprador acreedor que lo recibió, y si bien es cierto que el acusado abusó, reprobablemente, de la confianza que, en su buena fe, le concedió el delegado de referencia al entregarle la mercancía sin la inmediata contraprestación del precio, exigible por estar remitida contra reembolso, es igualmente cierto que semejante abuso tampoco entraña entidad delictiva pues el reo ni sustrajo nada al delegado en cuestión ni recibió nada de éste, ya que la mercancía la recibió, jurídicamente hablando, del vendedor y el dinero del precio no la fue entregado a él sino también al vendedor y si con esta entrega obtuvo, en principio, un lucro por vía de disminución de su pasivo patrimonial al extinguirse, mediante aquella, la obligación de pago que frente al vendedor le incumbía, es claro que, a cambio, se incrementó su pasivo al contraer una obligación pecuniariamente equivalente en favor del pagado y que continúa pesando sobre el reo quien, por otra parte, no consta que tuviera positivo conocimiento, al tiempo de llevarse a cabo, del pago hecho por el mencionado tercero, sin que, por tanto, pueda afirmarse tampoco la posible mediación de un dolo antecedente, en el sentido de permitir tal pago con el preordenado designio de no rembolsarlo luego, ateniendo lo cual sólo cabría, a lo sumo, la concurrencia de un dolo sobrevenido tendente a no pagar su deuda al reiterado tercero, pero carente de relevancia penal y sólo operante en el ámbito civil a que el Juzgador *a quo* lo relegó»<sup>31</sup>.

No existiendo una conducta delictiva, el hecho del pago por tercero, habrá de ser ejercitado en la pertinente acción civil.

---

<sup>30</sup> Tribunal Supremo, Sala 2ª, de lo Penal, sentencia de 9 de julio de 1990, ponente Bacigalupo Zapater (LA LEY 2113-JF/0000).

<sup>31</sup> Audiencia Provincial de La Rioja, sentencia de 24 de enero de 1985, ponente señor Meneses Vicente (LA LEY 9608-JF/0000).

#### **4) Pago efectuado por una aseguradora**

a') «En primer lugar, sobre la reparación del daño, cabe traer a colación la SAP, sección 6, de A Coruña, de 30 de septiembre de 2009, cuando expone: "El apartado 5º del art. 21 del Código Penal regula como circunstancia atenuante modificativa de responsabilidad criminal la de haber procedido el culpable a reparar el daño causado a la víctima, o disminuir sus efectos en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del juicio oral. No se exige por tanto ningún elemento ni subjetivo, ni intencional, sino sólo el temporal de hacerlo antes de la celebración del juicio oral.

No es preciso por tanto que concurra un móvil altruista, ni el legislador exige que se depare al perjudicado un trato especial, sino tan sólo que se limita a establecer la reparación del mal causado de modo que la víctima pueda verse resarcida en el perjuicio causado. **Incluso es lícito y sería de apreciación la atenuante cuando el pago lo verificase un tercero (por ejemplo padre o tutor del acusado) al amparo del art. 1.158 del Código Civil.**

En estas condiciones, entiende este tribunal que ha de ser igualmente válido el pago efectuado por una aseguradora con la que el acusado había concertado previamente un seguro de responsabilidad civil para cubrir determinados riesgos.

En el caso presente ha de tenerse en consideración que: a/ la perjudicada cobró en base a un seguro de responsabilidad civil suscrito de forma voluntaria por el acusado, como puede apreciarse a los folios 162 y siguientes, y b/ que como resulta de las actuaciones, su conducta fue desde un primer momento la de asumir su responsabilidad en el fatal accidente y facilitar la investigación, contribuyendo en la medida de sus posibilidades a paliar las consecuencias de los hechos.

A la vista de lo cual, es criterio del tribunal que esta colaboración, no ha de tener tan sólo trascendencia a efectos de determinación de la pena, sino que, debe serle reconocida la circunstancia atenuante de reparación del daño del art. 21-5º del Código Penal, máxime cuando se cumplen con creces los dos requisitos previstos por el legislador: el cronológico y el objetivo.

Se pronuncian en este sentido las sentencias de la **Audiencia Provincial Madrid 19 10 2007** y de la **Audiencia Provincial de Murcia, de 11 de octubre de 2005**, en la que claramente se sienta la doctrina de que es indiferente la voluntad con la que se atiende a la

víctima, pues el legislador lo que ha perseguido es fomentar **la reparación del mal causado**, de modo que la víctima pueda verse resarcida del perjuicio ocasionado."»<sup>32</sup>.

b') «El artículo 21.5 del Código Penal regula como circunstancia atenuante modificativa de responsabilidad criminal la de haber procedido el culpable a reparar el daño causado a la víctima, o disminuir sus efectos en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del juicio oral.

El criterio sostenido por las Audiencias es que la reparación o disminución de los efectos del delito no precisan por el acusado de un especial ánimo o móvil altruista, siendo indiferente la voluntad con el que se atiende a la víctima pues el legislador lo que ha perseguido es fomentar la reparación del mal causado de modo que la víctima pueda verse resarcida en el perjuicio causado.

Esa reparación o pago puede ser efectuada por el propio acusado o por un tercero en virtud de lo dispuesto en el artículo 1158 del Código Civil; siendo pues válido el pago efectuado por una aseguradora con la que el acusado hubiera concertado previamente un seguro de responsabilidad civil ante determinados riesgos tal y como recoge la sentencia apelada en resoluciones de las **Audiencias Provinciales de Zaragoza, sección 1ª, de 3 de febrero de 1999, Valencia, Sección 4ª, de 14 de abril de 2000, de Madrid, Sección 3ª de 11 de enero, o Asturias, Sección 8ª, de 25 de enero de 2003.**

En el presente caso la empresa del acusado tenía concertado una póliza de seguros con Caser que cubría, entre otros conceptos, la muerte de algún operario, razón por la cual satisfizo a los perjudicados (padre y mujer del fallecido) la indemnización correspondiente renunciando a las acciones civiles que pudieran corresponderle como así consta en las actuaciones. Indemnización que fue abonada antes del juicio oral y por tanto en momento procesal oportuno, a lo que se debe añadir el reconocimiento de los hechos por el acusado en el acto de juicio oral, lo que conlleva el acierto de la Juzgadora al **apreciar la atenuante de reparación del mal causado prevista en el 21.5 anteriormente citado**»<sup>33</sup>.

c') «Tal y como ha quedado acreditado la demandante abona un riesgo no asegurado sino excluido (cláusula limitativa 2.d), lo que impide accionar por vía contractual, ya que la razón de repetir ha sido el pago voluntario, pues no estaba obligado al mismo. En definitiva, la demandante pagó en calidad de tercero o por cuenta de otro, art. 1158 CC, por lo que se subroga en los derechos y obligaciones del Ayuntamiento, y si bien está

---

<sup>32</sup> Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 6ª, sentencia 418/2015 de 30 de diciembre de 2015, recurso 560/2015. Ponente: Iglesias Barral (LA LEY 214378/2015).

<sup>33</sup> Audiencia Provincial de Murcia, Sección 2ª, sentencia 74/2005 de 11 de octubre de 2005, recurso 66/2005. Ponente: López del Amo González (LA LEY 197718/2005).

facultado para ejercitar por vía de subrogación los mismos derechos que tenía el Ayuntamiento y, por ello, puede reclamar lo pagado a los responsables civiles *ex delicto*, para ello deberá accionar al margen del contrato de seguro»<sup>34</sup>.

Cabe extraer una consecuencia común: la reparación del perjuicio causado por el delito, puede ser efectuada por un tercero en virtud de lo dispuesto en el artículo 1158 del Código Civil, siendo por ello válido, el pago efectuado por una aseguradora.

Si bien, pese a ese reiterado criterio de la doctrina jurisprudencial, entendemos que, en un proceso penal, la entidad de seguros que asume el pago de la indemnización, no debe tener la condición de tercero. Así lo expresa el artículo 117 del Código Penal cuando conceptúa a los aseguradores como responsables civiles directos<sup>35</sup>.

#### ***b) Supuestos de aplicación plena del artículo 1158 del Código Civil***

Jurisprudencia penal que acoge con plenitud el pago de la responsabilidad civil por un tercero:

«Tampoco puede acogerse el motivo alegado de falta de legitimación para la reclamación de las facturas motivada por el hecho de que estas hayan sido pagadas por un tercero. La cuestión que se trata de determinar es si el servicio fue prestado por consecuencia del accidente y en este sentido la respuesta debe ser afirmativa, pues se facturan conceptos de rehabilitación y prestación de servicios traumatológicos íntimamente relacionados con las lesiones sufridas, y además se prestaron en periodo coincidente con los días de sanidad especificados por el médico forense. El pago de la factura puede realizarse por un tercero, al amparo del art. 1158 del CC por cualquiera, sin perjuicio del derecho de repetición que tenga contra la persona por cuya cuenta se paga, de forma que es perfectamente válido el pago realizado por el padre de la perjudicada y ello no priva de legitimación a esta para reclamar aquellos gastos médicos en los que hubiera podido incurrir por consecuencia de

---

<sup>34</sup> Audiencia Provincial de Cantabria, Sección 1ª, sentencia de 12 de marzo de 1999, recurso 344/1998. Ponente: Rivas Díaz de Antoñana (LA LEY 9856/1999).

<sup>35</sup> Y en idéntico sentido se pronuncia la doctrina: «Utilizando como criterio clasificatorio la necesidad de la presencia de un sujeto en el proceso penal, también se habla de partes imperativas o necesarias y facultativas o contingentes. Las primeras son las que deben existir de forma obligada para que el proceso esté bien constituido: son el Ministerio Fiscal, como parte acusadora, y al menos un acusado, en la parte pasiva, cuando se trata de delitos públicos. Junto a ellas, son partes facultativas las que pueden hallarse o no en el proceso sin que por ello éste vea alterado su normal desarrollo: son las acusaciones particular y popular. Al margen de lo anterior, son también partes facultativas las que intervienen en el proceso penal en relación con la acción civil relacionada con el hecho punible: el actor civil y el responsable civil» [BANACLOCHE PALAO, Julio, Las partes en el proceso penal, Aspectos fundamentales del derecho procesal penal, 1ª edición, Editorial La Ley, Madrid, 2010 (LA LEY 8422/2010)].

las lesiones sufridas. En todo caso la factura se emite a nombre de la perjudicada y reúne los requisitos formales aptos para hacer prueba»<sup>36</sup>.

Se reclaman los gastos de rehabilitación ocasionados por el accidente de circulación sufrido por la víctima, siento tajante la Audiencia al entender «que es perfectamente válido el pago realizado por el padre de la perjudicada».

«Por el contrario, debemos acoger el segundo motivo de impugnación pues efectivamente la reparación a la víctima se ha producido, sin que el precepto penal [art. 21.5 del Código Penal] exija que la misma se lleve a cabo personalmente por el autor, especialmente si tenemos en cuenta que el acusado se encuentra en prisión, bastando que la haga alguien a su instancia o por su encargo. En este caso así se ha relatado, tanto por el Letrado como por la testigo, Por lo que no hay razón para pensar que no sea una decisión del acusado, sin olvidar que el Código Civil acepta, en el art. 1158, el pago por tercero con fuerza liberadora»<sup>37</sup>.

Se admite, igualmente, el pago por tercero y, lo que es más trascendente, ello conlleva que el Tribunal admita la aplicación de la atenuante de reparación del daño por el culpable del delito.

Pese a estos dos pronunciamientos, nos reiteramos en la idea ya expuesta<sup>38</sup>. La posibilidad de que el pago de la responsabilidad civil *ex delicto* sea realizado por un tercero ajeno al proceso en contra de la voluntad del condenado o sin su consentimiento, no deja de ser una hipótesis de «laboratorio». Baste la mera consideración de las sentencias reseñadas en este apartado: en un caso, el pago lo realiza el padre de la perjudicada, y en el otro, es suficiente que la reparación «la haga alguien a su instancia o por su encargo», es decir, en ambos supuestos, con conocimiento de los obligados al pago.

*c) No cabe el pago por tercera persona, tercero responsable civil o entidad aseguradora para que sea aplicable la atenuante del artículo 21.5 del CP.*

“La consignación debe ser personal, ya que aunque haya desaparecido el elemento subjetivo en esta atenuante y se objetivice, la misma **no es posible admitir que siendo una tercera persona la que verifique la consignación, se pueda beneficiar de la atenuante el acusado.**”

---

<sup>36</sup> Audiencia Provincial de Madrid, Sección 7ª, sentencia 170/2007 de 16 de mayo de 2007, recurso 61/2007. Ponente Pereira Penedo (LA LEY 46651/2007).

<sup>37</sup> Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 6ª, sentencia 1111/2005 de 27 de diciembre de 2005, recurso 301/2005. Ponente Balibrea Pérez (LA LEY 248343/2005).

<sup>38</sup> *Vid., supra*, apartado a.4) de este trabajo.

Ello, claro está, salvo que éste se encuentre en prisión provisional y se lo interese a una tercera persona para que lo lleve a cabo. Así, el TS señala en Sentencia de 2 de diciembre de 2003, rec. 1959/2002 (LA LEY 11768/2004), que el legislador emplea el término reparación en un sentido amplio más allá de la estricta significación que se deriva del art. 110 del Código Penal (LA LEY 3996/1995) como una modalidad de la responsabilidad civil que tiene un innegable matiz jurídico-civilista. Cualquier forma de reparación del daño o de la disminución de sus efectos, sea por la vía de la restitución o de la indemnización de perjuicios, puede integrar las previsiones de la atenuante. Se trata con ello de procurar la ayuda a las víctimas, de incentivar la reparación, desde el punto de vista de una política criminal orientada a potenciar los nuevos criterios derivados de las modernas corrientes victimológicas. Como se ha señalado, es conveniente primar a quien se comporta de manera que satisface un interés general, que afecta a toda la comunidad, como es la protección de los intereses de las víctimas. También se ha dicho por la doctrina que la colaboración voluntaria del autor puede ser valorada como un indicio de su predisposición a una regeneración que disminuya su peligrosidad.

Lo mismo que sucede con la atenuante de colaboración y auxilio en la investigación, se prescinde de toda exigencia subjetiva siendo suficiente con que la reparación o disminución del daño se produzca de manera efectiva y de acuerdo con las posibilidades y capacidad económica del autor de los hechos.

Ahora bien, el TS viene a realizar las siguientes precisiones para admitir esta atenuante:

1. La atenuante de reparación del daño no puede beneficiar al acusado que niega su responsabilidad en los hechos que generaron el daño que se trata de reparar.
2. El acusado debe haber mostrado interés en resarcir al perjudicado o en darle cualquier otro género de satisfacción material o moral.
3. Si existe una satisfacción económica debe acreditarse que ésta parte del acusado; por ejemplo, si éste se encuentra en prisión por orden a tercera persona para que satisfaga la indemnización.
4. Por ello, **no tiene efectos atenuatorios para el acusado el que sea el responsable civil directo o subsidiario el que abone una compensación económica.**<sup>39</sup>

#### IV. CONCLUSIONES

Primera: Conforme a lo dispuesto por el artículo 1158 del Código Civil, el pago de la obligación puede realizarlo cualquier persona, incluso con el desconocimiento del

---

<sup>39</sup> MAGRO SERVET, Vicente. *Aplicación Práctica de la atenuante de la reparación del daño causado a la víctima del delito*. Diario La Ley, 6361 17-Noviembre de 2005 Ref. D-266 (LA LEY 5089/2005).

deudor.

Segunda: La legitimidad del pago por tercero, ha sido unánimemente admitida, tanto por la jurisprudencia como por la doctrina civil.

Tercera: Los tratadistas, en el estudio del pago por tercero, han acotado sus elementos configuradores: a) el acreedor está plenamente habilitado para recibir el pago, b) el tercero ha de tener capacidad para el pago, c) no ha de existir ánimo de donación, d) ha de tratarse de una deuda ajena, y e) es indiferente que el tercero actúe por propio interés.

Cuarta: Ante la posibilidad de la oposición del deudor al pago, cabe al tercero consignar la prestación.

Quinta: El pago es una obligación dineraria, por lo que no es posible individualizarla en la persona del deudor como si de un hacer personalísimo se tratara.

Sexta: El pago por tercero, en tanto es recogido expresamente por el artículo 1158 del Código Civil, es aplicable en el proceso penal, dado que el artículo 4.3 de dicho Código dispone que sus disposiciones son supletorias en materias reguladas por otras leyes.

Séptima: El pago por tercero, extingue la obligación (artículo 1156 del Código Civil), obligación que puede tener su origen en un acto u omisión ilícito (artículo 1089 del Código Civil).

Octava: La responsabilidad civil *ex delicto*, entendida como una obligación, se extingue con el pago.

Novena: En la jurisprudencia penal, son muy recurrentes los supuestos en que una entidad aseguradora, como persona ajena a las partes del proceso —entendidas éstas, de modo habitual, como autor del delito y víctima o acusación—, abona la responsabilidad civil dimanante de la condena penal.

Sin embargo, no se debería calificar a las compañías de seguro como tercero ajeno al proceso, en tanto en cuanto, el artículo 117 del Código Penal las califica como Responsables Civiles Directos.

Décima: La posibilidad de que un tercero ajeno al proceso penal, abone la responsabilidad civil del condenado, en contra de su voluntad o sin su consentimiento, es una hipótesis no contemplada por la jurisprudencia penal.

No obstante, entendemos que el pago por tercero contemplado en el artículo 1158 del CC, es de plena aplicación en el proceso penal.

Undécima: No tiene efectos atenuatorios para el acusado, el que sea el responsable civil directo o subsidiario el que abone una compensación económica a la víctima. Debe ser personalmente el acusado, quien abone la compensación a la víctima.

## V. BIBLIOGRAFÍA

ACHÓN BRUÑÉN, M<sup>a</sup> José, Análisis de las distintas cláusulas de vencimiento anticipado que se pueden considerar abusivas en las escrituras de hipoteca, *Práctica de Tribunales*, núm. 126, mayo-junio 2017, Editorial Wolters Kluwer (LA LEY 4501/2017).

— La liberación del bien hipotecado en caso de vencimiento anticipado por impago de tres o más mensualidades: deficiencias legales y problemas prácticos, *Diario La Ley*, núm. 8.181, 30 de octubre de 2013, Año XXXIV, Ref. D-372, Editorial La Ley (LA LEY 7714/2013).

— Mecanismos de defensa en el proceso de ejecución del consorte, ex cónyuge o conviviente *more uxorio* del ejecutado, *Diario La Ley*, núm. 6.573, 19 de octubre de 2006, Año XXVII, Ref. D-224, Editorial La Ley (LA LEY 2955/2006).

BANACLOCHE PALAO, Julio, Las partes en el proceso penal, Aspectos fundamentales del derecho procesal penal, 1ª edición, Editorial La Ley, Madrid, 2010 (LA LEY 8422/2010).

BLASCO GASCÓ, Francisco de P., La condonación de la deuda, Editorial Reus, 2012.

DE PRIEGO FERNÁNDEZ, Verónica, Los gastos del pago, Editorial Reus.

DEL OLMO GARCÍA, Pedro, El pago subrepticio de un tercero: un caso de libro (Comentario STS de 26 mayo de 2011), *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXV, 2012, fasc. III.

DÍAZ REVORIO, Enrique, La consignación como forma de extinción de obligaciones civiles, *Actualidad Civil*, núm. 10, octubre 2016, Editorial Wolters Kluwer (LA LEY 8181/2016).

GRIMALDOS GARCÍA, María Isabel, De la oferta de pago anticipado de las facturas confirmadas y la obligación asumida por la entidad bancaria frente al acreedor aceptante en el contrato de *confirming* (A propósito de la STS de 15 de julio de 2015), *Diario La Ley*, núm. 8.705, 18 de febrero de 2016, Ref. D-74, Editorial La Ley (LA LEY 503/2016).

— El concurso de la cooperativa y su repercusión en el patrimonio personal de los socios, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 11, segundo semestre de 2009, Editorial Wolters Kluwer (LA LEY 14015/2009).

LACRUZ BERDEJO, J. L., Elementos de Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones, v. primero, Parte General. Teoría general del contrato, Editorial Dykinson, Madrid, 2007.

LETE DEL RÍO, José Manuel, Los arrendamientos rústicos en la Ley de Derecho Civil de Galicia, *Actualidad Civil*, núm. 11, quincena del 1 al 15 de junio de 2007, tomo 1, Editorial La Ley (LA LEY 1812/2007).

LLÁCER MATAACÁS, MARÍA ROSA, Prelegado: aceptación tácita de la herencia y toma de la posesión del bien legado, *Estudios de Derecho de sucesiones*, Editorial La Ley (LA LEY 428/2015).

LLAMAS POMBO, Eugenio/MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, Nieves, Últimas tendencias en derecho de alimentos, Nuevos conflictos en el Derecho de Familia, 1ª edición, Editorial La Ley, Madrid, 2009 (LA LEY 8418/2010).

MAGRO SERVET, Vicente, ¿Cuándo es posible aplicar la analogía para resolver un caso concreto? Hacia la creación de un observatorio controlador de las lagunas y defectos en el

ordenamiento jurídico, Diario La Ley, núm. 7.090, 12 de enero de 2009, Año XXX, Ref. D-8, Editorial La Ley (LA LEY 41582/2008).

— La enervación en el juicio de desahucio como modo de terminación anormal del proceso, Práctica de Tribunales, núm. 27, mayo 2006, Editorial La Ley (LA LEY 962/2006).

MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, Nieves, La obligación legal de alimentos entre parientes, 1ª edición, Editorial La Ley, Madrid, 2002 (LA LEY 3171/2009).

MARTÍNEZ VELENCOSO, Luz María, Causante hipotecante no deudor y partición de la herencia, Diario La Ley, núm. 8.779, 9 de junio de 2016 (LA LEY 3550/2016).

MORAL MORO, María José, La aprobación del remate tras la Ley 13/2009 de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial, Diario La Ley, núm. 7.677, 20 de julio de 2011, Año XXXII, Ref. D-309, Editorial La Ley (LA LEY 12794/2011).

RAMOS HERRANZ, Isabel, Libro Verde de la Comisión sobre el sistema bancario en la sombra, Derecho de los Negocios, núm. 260, mayo 2012, Editorial Wolters Kluwer (LA LEY 5083/2012).

REALES ESPINA, Juan Ignacio, La garantía del crédito por los gastos comunitarios del art. 9.1 e) de la LPH: ¿Un supuesto de hipoteca legal tácita?, Actualidad Civil, núm. 29, semana del 15 al 21 de julio de 2002, Ref. XLVI, p. 979, tomo 3, Editorial La Ley (LA LEY 2241/2002).

SERRA CALLEJO, Javier, Consideraciones sobre los efectos del pago de tercero, Diario La Ley, 199, tomo 2, Editorial La Ley (LA LEY 6080/2001).

TASENDE CALVO, Julio J., El contrato de mediación inmobiliaria en la compraventa de vivienda, Actualidad Civil, núm. 21, quincena del 1 al 15 de diciembre 2008, , tomo 2, Editorial La Ley (LA LEY 40883/2008).

VATTIER FUENZALIDA, Carlos, El pago con subrogación, *Derecho de obligaciones y contratos*, Editorial La Ley (LA LEY 628/2016).

MAGRO SERVET, Vicente. Aplicación Práctica de la atenuante de la reparación del daño causado a la víctima del delito. Diario La Ley N° 6361 17-Noviembre de 2005 Ref. D-266 (LA LEY 5089/2005).

\* \* \* \* \*

## Comunicaciones presentadas al XX Seminario Internacional de Filosofía del Derecho y Derecho Penal, Univ. de León, sobre “Casos trágicos y Derecho penal” (4 y 5-7-2019)<sup>1</sup>

### Alfonso Allué Fuentes

Juez sustituto adscrito al Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, España.  
Socio de la FICP.

#### ~Perspectivas sobre la eutanasia~

**Sumario.**- I. Delimitaciones terminológicas. II. Principios rectores para una despenalización de la eutanasia. III. Relevancia de la autonomía del paciente. IV. Moralidad de la eutanasia. El interés del sujeto. V. Objeciones a la eutanasia. VI. Conclusiones. Bibliografía.

#### I. DELIMITACIONES TERMINOLÓGICAS.

En su dimensión etimológica la voz *eutanasia* significa “buena muerte” o “muerte dulce”, evocando una determinada manera de efectuar el tránsito de una vida que, de manera irreversible, está finalizando hacia un estado de cesación de la misma. Al respecto se entrecruzan constantemente serias discrepancias cuyo abordaje no resulta fácil para las perspectivas ética, jurídica y médica que suelen confluir en su tratamiento, tan cercano a las diversas sensibilidades que despierta cuando se afronta desde la moralidad o los sistemas de creencias más arraigados. Antes de ahondar con más profundidad en el fenómeno de la eutanasia, si bien no de modo exhaustivo dados los límites del presente trabajo, conviene delinear algunas precisiones terminológicas para no incurrir en indeseables confusiones conceptuales<sup>2</sup>:

- Por **eutanasia**, sin más calificativos, se entiende la acción u omisión realizadas por un tercero, sea o no médico, para provocar la muerte de un paciente en estado terminal o con alta dependencia, para eliminarle el dolor.

---

<sup>1</sup> En esta sección se publican algunas de las comunicaciones presentadas al XX Seminario Internacional de Filosofía del Derecho y Derecho Penal, sobre “Casos trágicos y Derecho penal”, organizadas por las Áreas de Derecho Penal y Filosofía del Derecho de la Univ. de León y la FICP (dirs.: Profs. Dres. h.c. Díaz y García Conlledo y García Amado) con fecha de 4 y 5 de julio de 2019 en la Facultad de Derecho de la Univ. de León. Las actas de este Seminario, con el programa, los vídeos de las ponencias y las comunicaciones recibidas están disponibles en nuestra página web, en la sección de Actas de los Seminarios Internacionales de Filosofía del Derecho y Derecho Penal, Univ. de León.

<sup>2</sup> SERRANO RUIZ-CALDERÓN, J.M. *et al.*, La eutanasia: perspectiva ética, jurídica y médica, pp. 3-5. Disponible en: [https://eprints.ucm.es/11693/uploads/1/La\\_Eutanasia\\_perspectiva\\_etica\\_juridica\\_y\\_medica.pdf](https://eprints.ucm.es/11693/uploads/1/La_Eutanasia_perspectiva_etica_juridica_y_medica.pdf)

- La **eutanasia voluntaria** se lleva a cabo con el consentimiento del paciente, la **involuntaria** (o *cacotanasia*) se practica contra la voluntad del paciente que no desea morir, y en la **eutanasia no voluntaria** no consta aquella voluntad por cuanto la persona no manifiesta ningún deseo ni actualmente ni con anterioridad mediante un consentimiento informado.

- En la **eutanasia activa** se provoca la muerte del paciente mediante una acción positiva, mientras que en la **pasiva** se le deja morir intencionadamente omitiendo la aplicación de cuidados o tratamientos indicados y proporcionados.

- En el límite con la eutanasia pasiva se encuentra la **ortotanasia**, que permite la llegada de la muerte natural en casos de enfermedades incurables y terminales, si bien aplicando cuidados paliativos para disminuir el sufrimiento al tiempo que se acompaña al paciente y se procura favorecer su bienestar, pero no se adelanta su muerte con una acción intencional. Se trata de saber dejar morir al paciente cuando no se le puede curar.

- En la **sedación terminal** se administran al paciente fármacos orientados al alivio que disminuyen el nivel de consciencia cuando la muerte está muy próxima. No se pretende directamente un adelantamiento de la misma, aunque el fallecimiento se produce como un efecto secundario no buscado de propósito con la administración de la sedación.

- Se habla de **suicidio asistido** cuando se ayuda al suicidio de una persona que no es capaz de llevarlo a cabo por sí misma. Ésta es la conducta que el Código Penal tipifica como delictiva en el art. 143, diversificada en tres modalidades: cooperar con actos necesarios al suicidio de otra persona (número 2), cooperar hasta el punto de ejecutar la muerte (número 3) y causar la muerte de otro o cooperar activamente a ella mediando el consentimiento serio, previo e inequívoco de la víctima cuando sufre una enfermedad grave y mortal o con padecimientos permanentes e insoportables (número 4)<sup>3</sup>.

Una clasificación de la eutanasia de carácter puramente penal es la que diferencia entre eutanasia activa, eutanasia pasiva y eutanasia indirecta, aportando elementos técnicos como la acción/omisión y el dolo del autor. Así, en la **eutanasia activa** el sujeto actúa para acabar con la vida de una persona, sin mediar otro interés; en la **eutanasia pasiva** el autor deja morir a una persona mediante una omisión; y en la **eutanasia indirecta** la intención del

---

<sup>3</sup> Las consecuencias penales son diferentes: en el caso del número 2 se impone una pena de prisión de dos a cinco años, que se incrementa con una pena de seis a diez años en el caso del número 3 y se disminuye notoriamente en el número 4, que permite como tipo privilegiado la disminución en uno o dos grados de las penas anteriores.

autor es paliar el dolor, aun sabiendo que ello acortará la vida del paciente, concurriendo por tanto un dolo directo de segundo grado<sup>4</sup>.

Desde un punto de vista predominantemente médico y sin atender a la dimensión punitiva también se ha clasificado la eutanasia en **terminal** – aplicada en casos de enfermos terminales o en estado vegetativo persistente, o a neonatos en situaciones análogas -, **paliativa** – mediante el suministro de analgésicos o lenitivos para eliminar padecimientos en supuestos de afecciones incurables y permanentes, ocasionando una anticipación del fallecimiento -, y **cualitativa**, la cual acude a la directa causación de la muerte para suprimir graves carencias o sufrimientos<sup>5</sup>. En línea similar se ha llegado a efectuar una propuesta de reorientación legislativa para ubicar la eutanasia dentro de los límites de la *lex artis* médica con el fin de soslayar las connotaciones peyorativas del término, por cuanto desde una perspectiva médica la eutanasia no presenta un campo semántico tan amplio si se toma en cuenta que en un contexto médico-asistencial tiene la consideración de comportamiento adecuado, rechazándose la utilización del término eutanasia en los casos en que, desde la perspectiva penalista, se habla de eutanasia indirecta y pasiva<sup>6</sup>.

Con todo, es indudable que la eutanasia recibe sobre sí un repertorio de malas imágenes que desvían la atención de aquello que verdaderamente constituye su finalidad, en tanto no es equiparable, por ejemplo, al Plan de Higiene Racial que puso en marcha Hitler durante la década de 1930, consistente en la sistemática condena a muerte de aquellas personas que el régimen nazi consideraba débiles o inferiores por razones de raza, de salud o de orientación sexual. Contrariamente, la eutanasia se fundamenta en la solidaridad con la voluntad de una persona desde la información y una firme exposición de la misma. Y tampoco es asimilable la eutanasia, ni siquiera como riesgo potencial, a la eugenesia sin escrúpulos que justifica la eliminación de sujetos que por enfermedad, por edad o por otros motivos se juzgan como cargas sobrantes en una sociedad. Estas representaciones equivocadas de la eutanasia suelen partir de argumentaciones falsas como la denominada “pendiente resbaladiza” (*slippery slope*), según la cual si algo es en sí mismo inocuo pero produce malas consecuencias, debe ser prohibido. Se trata de un pseudoargumento que acaba desembocando en una interpretación sesgada de la libertad como la siguiente: si la

---

<sup>4</sup> GARCÍA RIVAS, N., Hacia una justificación más objetiva de la eutanasia, en Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos *in memoriam*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Ediciones Universidad Salamanca, Cuenca, 2001, p. 160.

<sup>5</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., Eutanasia y Derecho, Anuario de Filosofía del Derecho, 1995, pp. 89 y ss.

<sup>6</sup> GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, Una alternativa al tratamiento jurídico de la disponibilidad sobre la propia vida, Málaga, 1993, p. 38.

libertad puede generar – y de hecho genera – malas acciones, entonces debemos suprimir la libertad. Este tipo de razonamientos envuelve constantemente a la eutanasia y favorecen que sea confundida con otras cuestiones que en nada se relacionan con ella<sup>7</sup>. Antes bien, las diferentes modalidades o clasificaciones de la eutanasia invitan a la formulación de una serie de preguntas orientadas a su mejor comprensión. Así, admitida la eutanasia pasiva y rechazada la distanasia<sup>8</sup>, ¿qué diferencia existe entre retirar un tubo e inyectar una sustancia mortal?, ¿dónde están ahí la acción y la omisión? Y si la vida de la persona se ha convertido en un tormento doloroso que va a conducir inevitablemente a un cercano final, ¿por qué no va a disponer de su propia muerte? Al respecto se habla del derecho a la vida y del derecho a morir. Ahora bien, el primero es una expresión vacía, como si con carácter previo a la vida existiera un peculiar derecho a nacer, lo que carece de sentido – de la nada, nada sale - por cuanto solamente en vida se pueden construir todos los demás derechos de quienes están vivos. Y en cuanto al derecho a morir, no se alcanza a comprender quién puede negarlo cuando se dan circunstancias tales de profundo deterioro que convierten la experiencia vital en una ruina (“Vida no larga, sino buena”, decía Séneca), por lo que desde esta perspectiva, y contando con el consentimiento del paciente, la eutanasia activa formaría parte de los derechos humanos sin que implicase como consecuencia el castigo de quien pusiera los medios para la producción de ese suicidio. Aquí conviene diferenciar entre la eutanasia y el suicidio asistido. En este último – actualmente tipificado, como se ha dicho, en el art. 143 CP – la cadena causal iniciada por el que ayuda al suicida finaliza en quien se va a suicidar pero, a diferencia de la eutanasia, no se trata de un enfermo terminal que moriría pronto, como máximo en unos meses<sup>9</sup>.

## II. PRINCIPIOS RECTORES PARA UNA DESPENALIZACIÓN DE LA EUTANASIA.

El notorio avance de la biotecnología durante el siglo XX, y en especial durante su último tercio, ha propiciado la aparición de la bioética como debate reflexivo acerca de su alcance y consecuencias, sobre todo a causa de los desafíos que derivan de la ingeniería genética y sus múltiples aplicaciones. Dentro de ese debate también ocupa un lugar la eutanasia, que de este modo se beneficia de una base racional capaz de explicar su despenalización. En esa reflexión desde la bioética hay que partir del **principio del**

---

<sup>7</sup> SÁDABA, J., Eutanasia y ética, Revista de Bioética y Derecho, 2015, pp. 240-241. Disponible en <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=78343122025>

<sup>8</sup> “Encarnizamiento terapéutico”, en el que la prolongación de la cura produce un sufrimiento inútil porque el organismo del paciente ya no resiste tratamiento alguno.

<sup>9</sup> SÁDABA, J., Revista de Bioética y Derecho, 2015, pp. 239-240.

**pluralismo** para no caer en explicaciones unilaterales originadas en sistemas de creencias que, por atenerse a un solo código moral, incurren en lo que se ha llamado la “falacia teocrática”. Esta parte de un núcleo inicial que otorga el protagonismo a una determinada religión, dentro de la cual se desarrolla una moral que aspira a alcanzar el *status* de moral universal. Sin embargo, el orden lógico es el inverso, toda vez que la moralidad está consignada a la consciencia humana así como la ética lo está a las relaciones sociales. Partiendo, pues, del referido pluralismo se ramifican cuatro principios que dotan de criterios racionales al debate, concretamente los de no maleficencia, beneficencia, autonomía y justicia:

- El **principio de no maleficencia** supone la realización de actuaciones médicas que no resulten dañosas para el paciente, haciendo prevalecer el beneficio sobre el riesgo con el fin de evitar el daño.

- Como complemento del anterior, el **principio de beneficencia** obliga a actuar haciendo bien al paciente, persiguiendo su mejor interés.

- El **principio de autonomía** favorece que sea el propio paciente la autoridad última en la toma de decisiones.

- Y el **principio de justicia** se relaciona con la distribución de los servicios sanitarios.

De estos cuatro principios el primero se superpone a los demás, que sirven de contrapeso a aquél en cuanto garante de la vida. Si desapareciera de ellos esa función compensadora la fuerza expansiva de la no maleficencia provocaría una indeseable activación de la “falacia teocrática”. Una vez asentada esta base para la reflexión, sobre la misma habrá que poner en contacto el valor vida humana con los derechos constitucionales a la libertad y la dignidad personales, así como con el principio de intervención mínima en el ámbito penal<sup>10</sup>.

### III. RELEVANCIA DE LA AUTONOMÍA DEL PACIENTE.

Cualquier propuesta dirigida a la despenalización de la eutanasia debe construirse sobre el principio de autonomía o autodeterminación del paciente, cuya voluntad de morir expresada de forma seria e inequívoca constituye la condición necesaria y suficiente, junto con la constatación de un padecimiento insostenible, para que por vía de acción u omisión un tercero le procure o facilite justificadamente la anticipación de la muerte. Tal es el caso

---

<sup>10</sup> GARCÍA RIVAS, N., en Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos *in memoriam*, 2001, pp. 153-155.

del conocido como “testamento vital”, base de la eutanasia practicada al solicitante. Sin perder de vista este principio de autonomía, cabe destacar varios tipos de iniciativas tendentes a la despenalización de la eutanasia que se han avanzado en diferentes sectores, como los siguientes<sup>11</sup>:

1. En el ámbito jurídico hay aportaciones desde la **filosofía del Derecho** que inciden en el conflicto entre el interés colectivo y el individual, por cuanto cabe incorporar la eutanasia voluntaria en el repertorio de acciones que no dañan a otros para justificarla y extraerla de la intervención del Estado. En este sentido, corresponde a los ciudadanos tomar por sí mismos la decisión sobre cómo morir, si de manera pacífica o con sufrimiento o indignidad, manteniendo al Estado al margen de actitudes paternalistas que no son justificables. El mayor obstáculo que puede hallarse se produce en la eutanasia involuntaria, que obliga a averiguar la voluntad del interesado cuando no se encuentra en condiciones de consentir, infiriéndola del consentimiento presunto a partir de sus actos anteriores, porque de lo que se trata es de conocer aquella voluntad y no de imponer la eutanasia, labor que no debe quedar en manos de los médicos o del Estado, que se encuentran muy lejos del criterio del paciente<sup>12</sup>.

Siguiendo la misma línea, en la **doctrina penal** se han adelantado posiciones que sugieren una reinterpretación del art. 15 de la Constitución que permita establecer como criterio rector la voluntad o el interés del afectado mediando bien la solicitud o el consentimiento, expresos o tácitos, bien una previa declaración vital, sin excluir los supuestos - quizá menos frecuentes – en que se haya de acudir al consentimiento prestado por los representantes del paciente en cuanto integrador de la voluntad presunta del mismo<sup>13</sup>, cuestión que hace deseable articular las correspondientes presunciones de consentimiento aplicables cuando el afectado no lo puede expresar<sup>14</sup>. En cualquier caso, el marco necesario para una regulación de la eutanasia ha de tener en cuenta la primacía de la dignidad y la libre voluntad de la persona cuya petición seria y expresa de morir debe ser atendida, de suerte que la concurrencia de tal voluntad y la constancia de la misma habilita para acceder a un tratamiento diferenciado de la tutela de la vida de un ciudadano, sin que de ninguna manera

---

<sup>11</sup> GARCÍA RIVAS, N., *loc. cit.*, pp. 155-160.

<sup>12</sup> CALSAMIGLIA BLANCAFORT, A., Sobre la eutanasia, DOXA, 14, 1993, pp. 337 y ss.

<sup>13</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., Anuario de Filosofía del Derecho, 1995, p. 85.

<sup>14</sup> GARCÍA ARÁN, M., Eutanasia y disponibilidad de la propia vida, Derecho judicial, 1995, p. 26.

puedan admitirse distinciones entre seres humanos atendiendo a un pretendido mayor o menor valor vital<sup>15</sup>.

Por otra parte, una interpretación integradora de la vida y la libertad desde el art. 15 CE, sobre la base del libre desarrollo de la personalidad, conlleva que difícilmente puede otorgarse la consideración de bien jurídico protegido a una vida impuesta contra la voluntad de su titular, si se tiene en cuenta que la vida es un derecho y no un deber, por lo que debería incluirse en la legislación sobre sanidad el deber médico de interrumpir o no iniciar un tratamiento a solicitud – con todas las garantías - del paciente o de sus representantes legales, familiares o allegados. Así queda adecuadamente protegida la autonomía de la voluntad en cuanto a la regulación de la eutanasia, sin necesidad de acudir al marco de aquellos sistemas de creencias que, desde su dogmática, invocan conceptos que desbordan una perspectiva jurídica seriamente orientada<sup>16</sup>.

**2.** En el **Derecho comparado** también se han propuesto iniciativas que reivindican la voluntad de la persona para decidir sobre su propia muerte. Concretamente, las instituciones holandesas orientan la despenalización de la eutanasia y el auxilio al suicidio desde una posición pragmática que atiende a la existencia de una petición previa, constante, expresa e inequívoca del paciente que es capaz de tomar una decisión, si bien se ha llegado a observar en este enfoque una mayor prevalencia del estado de necesidad que del principio de autonomía.

En Alemania el sistema oscila entre la prohibición escrita y la permisividad jurisprudencial. Los tribunales relajan la aplicación del tipo penal – análogo al español - reconociendo que la voluntad del paciente puede justificar en determinados casos el abandono del tratamiento para acceder a una muerte en paz. Esta situación llevó en 1986 a la elaboración de un proyecto alternativo de ley para regular la ayuda a morir que, no habiendo logrado alcanzar el *status* de Derecho positivo, sí constituye un material indispensable para abordar una reforma fundamentada en el derecho a la autodeterminación del paciente.

Mayor flexibilidad se advierte en la regulación estadounidense, que descansa con más evidencia en el respeto al deseo del sujeto para justificar el auxilio al suicidio – de extendida impunidad en Estados Unidos - y la eutanasia, toda vez que toma cuerpo la interpretación de

---

<sup>15</sup> CARBONELL MATEU, J.C., Suicidio y eutanasia en el Código Penal de 1995, en La reforma de la justicia penal (Estudios en homenaje al Prof. Klaus Tiedmann), Gómez Colomer, J.L. / González Cussac, J.L. (Coords.), 1997, p. 195.

<sup>16</sup> GARCÍA RIVAS, N., en Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos *in memoriam*, 2001, pp. 157-158.

que el paciente mantiene el dominio del hecho y el auxiliador meramente ejecuta la voluntad de aquél.

La posición francesa se basa en las conclusiones de un comité nacional de ética que en el año 2000 afirmó la libertad del individuo para juzgar la calidad de su vida y su dignidad, lo que resulta compatible con la Recomendación del Consejo de Europa de 25 de junio de 1999, que reconoce a los enfermos incurables el derecho a rechazar un tratamiento incluso si se ejerce con antelación en un testamento vital.

#### **IV. MORALIDAD DE LA EUTANASIA. EL INTERÉS DEL SUJETO.**

El hecho de que existan muchos sistemas morales obliga a buscar aquellos elementos que les son comunes para configurar un mínimo de consenso que sirva como referencia última de nuestras acciones. Ese elemento unificador donde convergen las muchas morales es la ética, que ofrece elementos o puntos de apoyo que nadie va a poner en duda como son la igualdad entre los seres humanos, el reparto equitativo de los derechos, la libertad y la dignidad, el no hacer sufrir, etc., a lo que se añade un llamamiento a los poderes públicos para que protejan y promuevan tales valores éticos, y ello sin perjuicio de que cada persona pueda dar a su vida la orientación y el sentido que desee en función de sus propios modelos. Y aquí es precisamente donde entran en confrontación la moralidad y la eutanasia<sup>17</sup>. Esta última se sostiene merced a dos aspectos que en ella confluyen: la libertad y el (no) sufrimiento.

Desde el punto de vista del valor libertad, la superación de la fase instintiva por evolución hacia la cultura permite acceder del comportamiento meramente automático a la acción electiva, lo que supone que el ser humano decide cómo actuar desde su libertad de elección y, derivadamente, es responsable de las consecuencias de sus actos siempre que sus decisiones no procedan de alguna patología ni se deban a accidentes o sean fruto de alguna coacción. Ahí aparece consignada la libertad para poner fin a la propia vida, la libertad sobre el cuerpo y su salud, porque si según la legislación sanitaria el paciente puede rechazar los remedios que se le ofrecen, entonces no hay obstáculo para aceptar la muerte. El testamento vital y el consentimiento informado van en esa dirección hacia la autonomía, la cual a su vez conecta con la del experto que posibilita un final rápido que aleje del sufrimiento. En definitiva, la reivindicación del derecho a morir libremente pone en duda la existencia de un derecho contrario a permitir la muerte en libertad. Además, al debate sobre la libertad a

---

<sup>17</sup> SÁDABA, J., *Revista de Bioética y Derecho*, 2015, p. 241.

propósito de la eutanasia suele añadirse el valor de la dignidad, cuyo fundamento es el respeto a todo ser sujeto de derechos, entre ellos el derecho a la propia muerte, tanto sobre la base de la singularidad del individuo – que no puede ser obligado a modificar su punto de vista si no está convencido de ello – como sobre los derechos a la integridad física y a la propia imagen cuando el deterioro de la salud y la situación de dependencia son especialmente notorios y afectan a la autoestima de la persona, a quien no cabe privar de la decisión de poner fin a una situación irremediable y no precisamente por motivos estéticos o circunstanciales.

En cuanto al sufrimiento, está claro que corresponde a la medicina tanto curar o aliviar una enfermedad como evitar el sufrimiento, evitación que también conforma uno de los fines de la ética, por cuanto no es asumible tolerar un sufrimiento inútil. Al respecto se ha llegado a justificar el sufrimiento alegando que el mismo nos humaniza, lo que equivale a una posición de sacar provecho de aquél cuando se manifiesta, si bien este enfoque no ha de entenderse en el sentido de fomentarlo o no evitarlo - porque el dolor es un mecanismo de aviso elaborado por la naturaleza para regular la supervivencia -, sino que hay que ceñirlo al dolor que procede de la enfermedad, la vejez o algún accidente externo o genético que hace penosa la existencia y mengua hasta el límite de lo tolerable la calidad de vida. Éste es el punto donde enraíza la eutanasia como derecho individual y como deber solidario<sup>18</sup>.

Sin embargo de lo dicho, no faltan voces en la doctrina que, con fundamento en que nadie tiene derecho, por acción ni omisión, a provocar la muerte del gravemente enfermo, ven ahí un trato de indignidad sobre las personas que se encuentran en esa tesitura límite por su precariedad, alegando para ello que no son equiparables el derecho a vivir y un supuesto derecho a terminar la propia vida, además de la posibilidad de que, por muy estricta que sea la regulación legal, puedan producirse inevitablemente casos de aplicación no deseada de la eutanasia<sup>19</sup>.

El debate sobre la moralidad de la eutanasia no debe excluir la consideración que merece el interés de la persona que se encuentra en la circunstancia extrema que le hace plantearse y desear su propia muerte. Ahora bien, este voluntarismo colisiona con la práctica médica diaria en aquellos casos, igualmente agudos, en que no estando el paciente en condiciones de decidir por sí mismo – por minoría de edad, incapacidad o por ser un recién nacido - es el juicio clínico el que decide sobre su vida mediante un criterio objetivo que

---

<sup>18</sup> SÁDABA, J., *Revista de Bioética y Derecho*, 2015, pp. 242-244.

<sup>19</sup> SERRANO RUIZ-CALDERÓN, J.M. *et al.*, *La eutanasia...*, pp. 6-7.

bascula entre el interés del sujeto y el sistema público de salud. Para explicar aquí la aplicación de la eutanasia se hace preciso incidir, más que en ningún otro, en el principio de beneficencia como núcleo justificador, debiendo por tanto prevalecer el interés de la persona sobre su libre voluntad para dar fundamento al acto eutanásico, en el entendimiento de que tienen que darse determinadas condiciones vitales referidas a su estado de salud para dotar de naturaleza objetiva a ese interés personal. Debe tenerse en cuenta que mientras el acto suicida procede de la libre voluntad de una persona adulta y consciente, el acto eutanásico descansa en un diagnóstico terminal de la vida del paciente, cuya manifestación de voluntad es un factor añadido a su interés objetivo como enfermo. De este planteamiento derivan dos cuestiones especialmente sensibles:

- La primera consiste en la determinación de cuáles deben ser las condiciones vitales que justifican la eutanasia. En auxilio de la respuesta viene la búsqueda de un equilibrio entre los principios de no maleficencia y beneficencia, toda vez que el primero defiende la vida humana y el segundo insiste en el interés del afectado. Ese equilibrio puede sostenerse sin dificultad cuando la voluntad del paciente, adulto y con plenas facultades mentales, solicita la abreviación de su vida para cuando caiga en un estado irreversible de inconsciencia o concurran en él las condiciones enumeradas en el art. 143.4 CP (enfermedad grave que conduce necesariamente a la muerte o que produzca padecimientos permanentes y difíciles de soportar).

- Sin embargo – ésta es la segunda cuestión – la justificación de la eutanasia encuentra mayor dificultad cuando el sujeto no es una persona adulta y consciente para decidir sobre su destino. Aquí entraría en juego la opinión de los familiares y allegados partiendo de la hipótesis de que su voluntad coincidiría con la del paciente si éste hubiera estado en condiciones de expresarla. Ahora bien, no hay razones para sostener que esa coincidencia de voluntades se produciría en todo caso, pudiendo entrecruzarse con motivos espurios, y por otro lado dichos familiares o allegados carecen de legitimación para disponer sobre la vida de un tercero, por lo que una solución al dilema puede venir de la constitución en los mismos hospitales de comités de ética cuyas decisiones no tendrían por qué resultar arbitrarias al trabajar con directrices claras y con adecuación al orden constitucional, alcanzando sus conclusiones dejando al margen cualesquiera sistemas de creencias por no formar parte de las fuentes del Derecho.

Un problema que genera la falta de regulación de la eutanasia es que esta ausencia del Estado en el ámbito legislativo se acaba supliendo a base de reglas deontológicas o incluso

de raigambre religiosa que impiden la adopción de soluciones razonables, cuando en realidad un impulso legal suficiente y adecuado sobre esta cuestión podría introducir un criterio objetivo despenalizador precisamente utilizando los mismos requisitos que ya contiene el art. 143.4 CP, el cual bien puede utilizar el legislador para colmar el vacío regulatorio que afecta a la eutanasia<sup>20</sup>.

## V. OBJECIONES A LA EUTANASIA.

Las diversas posiciones que se muestran contrarias a la práctica de la eutanasia pueden reconducirse a tres principales argumentos que conciernen a los límites de la propia libertad, el paliativismo y el riesgo de que se produzcan situaciones de abuso:

- Desde el punto de vista de la **libertad individual** se ha razonado que uno no puede hacer consigo mismo todo lo que le apetezca, por ejemplo renunciar a la libertad para convertirse en esclavo o entregar a otro la vida para que éste se la quite. Ahora bien, nadie discute que no se puede hacer cualquier cosa por el solo hecho de que venga en gana, porque un mínimo de ética exige respetar la libertad y los derechos de los demás. En lo que se refiere a la eutanasia, no puede afirmarse que exista correspondencia o analogía entre ella y el abandono voluntario de la libertad para ser instrumentalizado por otro, puesto que no se debe confundir la supresión de un bien como la libertad con la supresión voluntaria de un mal como es el sufrimiento<sup>21</sup>.

- La mayor defensa del **paliativismo** contra la eutanasia considera que precisamente los cuidados paliativos y las unidades del dolor han logrado tales avances en métodos y fármacos que anulan el sufrimiento y lo reducen casi a cero, lo cual favorece aplicar las energías al entorno del paciente que se halla en situación terminal, con falta de respuesta razonable al tratamiento y un pronóstico de supervivencia inferior a seis meses, circunstancia que hace aconsejable profundizar en la comunicación con el enfermo y su entorno familiar para procurar una atención adecuada e integral dado el impacto emocional que en todos ellos produce tan extrema situación, en la que cabe esperar todo tipo de respuestas, algunas no controlables, ante el temor de transmitir malas noticias. Así, desde el punto de vista paliativo se abren tres frentes de actuación o intervención: 1º. Valoración por los profesionales médicos o sanitarios de las posibilidades emocionales y prácticas que tiene la familia para atender correctamente al enfermo; 2º. Planificar la plena integración de los familiares vía educación y facilitación de soportes prácticos y emocionales; y 3º. Atención y

<sup>20</sup> GARCÍA RIVAS, N., en Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos *in memoriam*, 2001, pp. 166-171.

<sup>21</sup> SÁDABA, J., Revista de Bioética y Derecho, 2015, pp. 244-245.

acompañamiento en el proceso del duelo, con la duración que precise cada caso, hasta que se complete el ciclo tras el abordaje de los síntomas físicos y emocionales que conlleva<sup>22</sup>.

Al respecto cabe observar que, sin poner en duda la necesidad y conveniencia de los cuidados paliativos, no es cierto que el dolor desaparezca por completo en todos los casos, debiéndose notar que el sufrimiento siempre va a existir en tanto permanezca adscrito a la consciencia humana. E incluso en una situación de paliativismo perfecto aún permanece incólume la voluntad del paciente para elegir, cuando sus padecimientos sean ya insoportables, el momento de abandonar la vida para aliviar su sufrimiento y el de los demás, porque en la eutanasia regulada nadie se toma la justicia por su mano sino que se lleva a cabo una acción conjunta para poner fin a un dolor<sup>23</sup>.

- También se ha objetado a la eutanasia que allí donde se ha practicado han aparecido **situaciones de abuso** que han generado falta de confianza en el personal médico, con el correlativo abandono de la propia residencia para no soportar una eutanasia forzada. Sin embargo, este efecto difícilmente puede darse cuando existe un marco regulatorio completo que garantice un seguimiento escrupuloso, reduciendo al mínimo posibles conductas propias de la imperfección humana si la voluntad del paciente cuenta con una firme comprobación<sup>24</sup>.

## VI. CONCLUSIONES.

De todas las reflexiones que anteceden se pueden extraer las siguientes conclusiones:

1ª. Un tratamiento racional de la eutanasia que permita activarla únicamente en aquellos supuestos que cumplan los requisitos legales exigibles para su correcta aplicación ha de fundamentarse en cuatro principios básicos: no maleficencia, beneficencia, autonomía y justicia, los cuales a su vez tienen como origen común el principio del pluralismo en cuanto instrumento para no incurrir en explicaciones unilaterales originadas en sistemas de creencias que se atienen a un solo código moral con pretensiones de universalización.

2ª. El valor vida humana ha de ponerse en contacto con los derechos constitucionales a la libertad y la dignidad personales, así como con el principio de intervención mínima en el ámbito penal.

3ª. Cualquier propuesta dirigida a la despenalización de la eutanasia debe construirse sobre el principio de autonomía o autodeterminación del paciente, cuya voluntad de morir

---

<sup>22</sup> SERRANO RUIZ-CALDERÓN, J.M. *et al.*, La eutanasia..., pp. 15-18.

<sup>23</sup> SÁDABA, J., Revista de Bioética y Derecho, 2015, p. 245.

<sup>24</sup> SÁDABA, J., *loc. cit.*, pp. 245-246.

expresada de forma seria e inequívoca constituye la condición necesaria y suficiente, junto con la constatación de un padecimiento insoportable, para que por vía de acción u omisión un tercero le procure o facilite justificadamente la anticipación de la muerte. Se trata de ofrecer al enfermo y al personal médico y sanitario la opción – que no imposición – eutanásica con pleno amparo legal.

4ª. El marco necesario para una regulación de la eutanasia ha de tener en cuenta la primacía de la dignidad y la libre voluntad de la persona cuya petición seria y expresa de morir debe ser atendida, de suerte que la concurrencia de tal voluntad y la constancia de la misma habilita para acceder a un tratamiento diferenciado de la tutela de la vida de un ciudadano, sin que de ninguna manera puedan admitirse distinciones entre seres humanos atendiendo a un pretendido mayor o menor valor vital.

5ª. Mientras el acto suicida procede de la libre voluntad de una persona adulta y consciente, el acto eutanásico descansa en un diagnóstico terminal de la vida del paciente, cuya manifestación de voluntad es un factor añadido a su interés objetivo como enfermo.

6ª. La ausencia del Estado en el ámbito legislativo se acaba supliendo a base de reglas extrajurídicas – deontológicas, religiosas, etc. - que impiden la adopción de soluciones razonables, cuando en realidad un impulso legal suficiente y adecuado sobre esta cuestión podría introducir un criterio objetivo despenalizador precisamente utilizando los mismos requisitos que ya contiene el art. 143.4 CP, el cual bien puede utilizar el legislador para colmar el vacío regulatorio que afecta a la eutanasia.

### **BIBLIOGRAFÍA**

CALSAMIGLIA BLANCAFORT, A., Sobre la eutanasia, DOXA, núm. 14, 1993.

CARBONELL MATEU, J.C., Suicidio y eutanasia en el Código Penal de 1995, en La reforma de la justicia penal (Estudios en homenaje al Prof. Klaus Tiedmann), Gómez Colomer, J.L. / González Cussac, J.L. (Coords.), 1997.

DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., Eutanasia y Derecho, Anuario de Filosofía del Derecho, 1995.

GARCÍA ARÁN, M., Eutanasia y disponibilidad de la propia vida, Derecho judicial, 1995.

GARCÍA RIVAS, N., Hacia una justificación más objetiva de la eutanasia, en Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos *in memoriam*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Ediciones Universidad Salamanca, Cuenca, 2011.

Disponible en <http://www.cienciaspenales.net>

GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, Una alternativa al tratamiento jurídico de la disponibilidad sobre la propia vida, Málaga, 1993.

SÁDABA, J., Eutanasia y ética, Revista de Bioética y Derecho, 2015. Disponible en <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=78343122025>

SERRANO RUIZ-CALDERÓN, J.M. *et al.*, La eutanasia: perspectiva ética, jurídica y médica.  
Disponible en:

[https://eprints.ucm.es/11693/uploads/1/La\\_Eutanasia\\_perspectiva\\_etica\\_juridica\\_y\\_medica.pdf](https://eprints.ucm.es/11693/uploads/1/La_Eutanasia_perspectiva_etica_juridica_y_medica.pdf)

\* \* \* \* \*

## José María Bernabéu Vergara

Juez sustituto adscrito al Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (provincia de Alicante), España. Socio de la FICP.

### ~La esterilización del delincuente sexual~

#### I. PLANTEAMIENTO INICIAL. SU VALIDEZ JURÍDICA

Tiene por objeto el presente trabajo plantear, como respuesta penal ante la comisión reiterada de delitos de naturaleza sexual o en previsión fiable de que el sujeto responsable de tales ilícitos va a repetir en el futuro tales comportamientos ilícitos, la viabilidad de la pena o medida de seguridad consistente en la esterilización del delincuente sexual. Ello es, determinar hasta qué punto, desde una perspectiva no sólo legal sino asimismo desde los principios inspiradores del Derecho Penal, así como desde un análisis práctico, cabría aplicar al delincuente un tratamiento esterilizador o castración química que eliminara la reiteración delictiva de contenido sexual en dicho sujeto.

Es evidente que ello habría de tener como antecedente previo la emisión respecto al sujeto afectado de un diagnóstico de peligrosidad en el campo de la delincuencia sexual, “siendo tradicional la distinción entre:

a) Peligrosidad predelictual: Como su nombre lo indica, es aquella que, para ser declarada, no requiere la comisión previa de un delito.

b) Peligrosidad postdelictual: Este tipo de peligrosidad, por el contrario, requiere que el sujeto haya cometido con anterioridad una acción típica y antijurídica —no siendo necesario que, además, dicha acción sea culpable de cualquier magnitud o gravedad. Es, pues, aquella que se ha puesto de manifiesto a través de la realización de una conducta delictiva”.<sup>1</sup>

Tal y como sostiene CEREZO MIR, “en el Derecho penal moderno la única forma de delincuencia con relevancia es la de tipo postdelictual, pues no es en modo alguno punible la predelictual; siendo así que ello ha traído grandes ventajas en cuanto a seguridad jurídica pues al constituir ésta un límite objetivo del ejercicio del *ius puniendi*, ha contribuido a la disminución del margen de error a que los juicios o

---

<sup>1</sup> ROMEO CASABONA, C. M. Peligrosidad y Derecho penal preventivo, 1986, p. 44.

diagnósticos de peligrosidad están expuestos (*nulla periculositas sine crimen*)”<sup>2</sup>.

En el análisis y establecimiento de un juicio de peligrosidad hacia el delincuente sexual habrá de confirmarse que el sujeto en cuestión está más o menos dirigido en su comportamiento a la comisión de nuevo o nuevos ilícitos de tal naturaleza con cierta proximidad temporal, siendo que no será posible aplicar consecuencia penal, de modo general una medida de seguridad, si no existe, entiendo, una gran seguridad en el resultado de la valoración de peligrosidad criminal realizada.

No deben bastar las meras previsiones o conjeturas en dicha materia, sino que el pronóstico de peligrosidad debe ser absolutamente fiable y determinante al respecto, debiendo ser el afectado por la medida analizado en su comportamiento previo y previsiones de futuro por un equipo multidisciplinar especializado, de modo esencial, en el ámbito psicológico, psiquiátrico y criminológico.

Deben establecerse en cualquier caso límites a la intervención del Derecho penal, recordemos previsto como última ratio en un Estado de Derecho en la lucha contra los conflictos sociales, sin que pueda confundirse y equipararse el riesgo a la comisión de nuevo delito con la efectiva comisión de delito de naturaleza sexual. No debe caerse en la aplicación excesiva de los medios represivos, so pena de incurrir en la infracción de principios básicos constitucionalmente protegidos en el ámbito español como el de legalidad (art. 9 CE) o el de presunción de inocencia (art. 24 CE). Así, deben ser rechazados los planteamientos relativos al denominado Derecho penal del enemigo cuyas líneas teóricas son analizadas por el penalista alemán G. JAKOBS y que MUÑOZ CONDE refiere en el sentido de que el legislador no dialoga con sus ciudadanos, sino que amenaza a sus enemigos, conminando sus delitos con penas draconianas más allá de la idea de proporcionalidad, recortando las garantías procesales, y ampliando las posibilidades de sancionar conductas muy alejadas de la lesión de un bien jurídico. Se detecta por el autor mencionado que “en este tipo de Derecho penal excepcional, contrario a los principios liberales del Estado de Derecho e incluso a los derechos fundamentales reconocidos en las Constituciones y Declaraciones internacionales de derechos humanos, empieza a darse también en los Estados democráticos de Derecho, que acogen en sus constituciones y textos jurídicos fundamentales principios básicos del Derecho penal material del Estado de Derecho, como el de legalidad, proporcionalidad, culpabilidad y sobre todo los de carácter procesal penal, como el de presunción de

---

<sup>2</sup> CEREZO MIR, J. Curso de Derecho penal español, I, Introducción, Sexta edición, 2004, p. 40.

inocencia, debido proceso y otras garantías del imputado en un proceso penal”.<sup>3</sup>

Se mantiene presente desde un primer momento como límite para el establecimiento de la medida de esterilización química el derecho a la integridad física (art. 15 CE) y prohibición de tratos inhumanos o degradantes en relación a la dignidad humana, lo que sería salvado en todo caso con la asunción voluntaria por parte del delincuente de la medida. En tal sentido expone VILAJOSANA que “si se opta por el empleo de la castración química, caben dos opciones: que esa medida se considere la imposición de una pena o que se tome como un tratamiento médico. Si se la considera una pena, no se puede aplicar a los violadores compulsivos, ya que éstos son inimputables (salvo que se quiera de nuevo sacrificar el principio de retribución en la distribución). Si por el contrario recibe la consideración de tratamiento médico, entonces estos sujetos, por una simple aplicación del principio de dignidad, tienen que prestar su consentimiento informado (como cualquier paciente), con lo cual la sociedad se expone a que alguno no quiera recibir tratamiento o que queriendo recibirlo no resulte eficaz”.<sup>4</sup>

Ello nos lleva a apuntar las diferentes perspectivas desde las que puede apreciarse o ser determinada la aplicación de la esterilización en el delincuente sexual. Así, siguiendo una tradicional distinción, cabría establecer entre las siguientes posibilidades:

1. que la imposición de la medida sea imperativa, para el supuesto en que el legislador prevea dicha consecuencia jurídica bien como pena o como medida para tratar al delincuente peligroso
2. que la imposición sea facultativa en el caso concreto, cuando entre las consecuencias jurídicas del ilícito penal previstas en la normativa penal aplicable se prevé la esterilización como tratamiento aplicable en determinadas circunstancias valoradas por el juzgador
3. y, por último, voluntaria o consentida imposición, ello es, como posteriormente se desarrollará el método más extendido, la situación en la que el penado, con carácter general reconociendo su culpa y responsabilidad en el delito cometido, a fin de obtener una adecuada integración en la sociedad con ausencia de conductas ilícitas, acepta someterse al proceso de esterilización y se somete a un control o

---

<sup>3</sup> MUÑOZ CONDE, F. De nuevo sobre el Derecho Penal del enemigo. Revista Penal nº 16 2005, p. 123.

<sup>4</sup> VILAJOSANA, J.M<sup>a</sup>. Castración química y determinismo. Univ. Pompeu Fabra. Ed. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, Mayo 2008, p. 21.

seguimiento de su evolución.

## II. PREVISIONES NORMATIVAS

En el ámbito del Derecho penal español, tomando como referencia legislativa el vigente Código Penal aprobado por L.O 10/1995, como consecuencia de la comisión de un hecho previsto como delito cabe, de modo general, la imposición de una pena y en determinados supuestos, como consecuencia del estado peligroso del autor del ilícito el establecimiento de medida de seguridad. Es en este último contexto donde tendría cabida la esterilización o castración química del denominado delincuente sexual. En tal sentido, prevé el art. 6 CP que *“las medidas de seguridad se fundamentan en la peligrosidad criminal del sujeto al que se impongan, exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito”*, previéndose a continuación en el precepto que tales medidas de seguridad no podrán exceder en su duración del límite temporal previsto en abstracto para la pena correspondiente al delito cometido, *“ni exceder el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor”*.

Así pues, de modo general, las medidas de seguridad (arts. 95 y ss CP.) se configuran como un medio sustitutivo de la pena prevista para el delito cometido en el caso de que el delincuente sea declarado exento de responsabilidad criminal por la concurrencia de eximente prevista en el art. 20 CP - núms. 1º (anomalía o alteración psíquica), 2º (comisión del hecho a causa de intoxicación por alcohol, estupefacientes o síndrome de abstinencia a su consumo) y 3º (alteraciones en la percepción)-, o tenga una responsabilidad criminal atenuada por eximente incompleta en relación con los indicados preceptos, en cuyo caso la medida de seguridad podrá ser impuesta junto a una pena. Sin embargo, como aspecto esencial para su imposición, junto a la comisión de un hecho previsto como delito, se refiere de modo literal en el art. 95.1.2.<sup>a</sup> CP, la necesidad de *“que del hecho y de las circunstancias personales del sujeto pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos”*.

En el ordenamiento jurídico español no existe a fecha actual previsión legal o normativa que expresamente anuncie o determine de modo imperativo la esterilización o castración química del delincuente sexual como medida de seguridad derivada del delito. No obstante, con la reforma operada en el Código Penal por L.O 5/2010 y en concreto con la previsión establecida en el art. 106 CP se abre la posibilidad a la aplicación de la esterilización en el delincuente sexual.

En tal sentido, el citado precepto regula la “libertad vigilada” como consecuencia penal prevista para el condenado, disponiendo que consistirá en el sometimiento del sujeto a control judicial a través del cumplimiento por su parte de alguna o algunas de las medidas que indica, entre las que se encuentra “k) *La obligación de seguir tratamiento médico externo, o de someterse a un control médico periódico.*”

Se refiere a continuación en el precepto, en desarrollo de la previsión legal, 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, elevará la oportuna propuesta al Juez o Tribunal sentenciador, que, con arreglo a dicho procedimiento, concretará, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 97, el contenido de la medida fijando las obligaciones o prohibiciones enumeradas en el apartado 1 de este artículo que habrá de observar el condenado.

Sin embargo, existiendo una vía legal que permitiría la medida de esterilización, cumpliendo obviamente los requisitos indicados en el art. 95 CP, ello es comisión de delito y emisión de pronóstico de comportamiento futuro que revele gran probabilidad de reiteración delictiva, se plantean dudas en la doctrina en lo relativo a la definitiva imposición de la medida. Y ello por cuanto no existiendo un despliegue o desarrollo legislativo al respecto de la implantación de la medida esterilizadora que determine de modo concreto su imposición al delincuente sexual, existe cierta oscuridad legal que afectaría a su viabilidad práctica e imposición al ya penado, pues, en citando a GRACIA MARTÍN, “no puede olvidarse que la castración química tiene consecuencias secundarias de especial gravedad para la integridad física del condenado así como una alteración, a veces muy grave, de la personalidad del individuo. Y ello por cuanto aunque dicho tratamiento no implique en modo alguno la mutilación física del condenado, aun sigue representando una intervención invasiva en el ser humano”<sup>5</sup>.

No consta asimismo en el ámbito español la apreciación de la esterilización del delincuente sexual, desde un punto de vista de su configuración como un posible tratamiento voluntario o consentido por el penado, como una circunstancia atenuante valorable positivamente en favor del reo por el tribunal sentenciador. En tal sentido, no

---

<sup>5</sup> GRACIA MARTÍN, L. Castración. Enciclopedia de Bioderecho y Bioética, Romeo Casabona, C. M<sup>a</sup> (Dir.), 2011, p. 339; TORÍO LÓPEZ, A. La prohibición constitucional de las penas y tratos inhumanos o degradantes, Revista Poder Judicial, 2ª época, núm. 4, diciembre de 1986., pp. 73-75.

hallándose la esterilización o castración química como atenuante específica en el art. 21 CP, ni encontrando acomodo como circunstancia equiparable a la reparación de daño (art. 21.5ª CP) o como circunstancia atenuante analógica (art. 21.7ª CP), la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha confirmado dicho parecer y ha rechazado la consideración de la esterilización voluntaria del encausado responsable como causa de atenuación de responsabilidad. En dicha línea se manifestó la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo nº 947/2009.

A modo de pincelada, contrariamente a como acontece en materia penal, en el ámbito del Derecho civil sí se prevé dentro de los procesos sobre la capacidad de las personas que pueda acordarse la esterilización del presunto incapaz, bien en el propio proceso de incapacidad o en uno tramitado de modo autónomo por los cauces del juicio verbal, con las especialidades propias en la materia (arts. 756 y ss LEC. 1/2000), con intervención preceptiva del Ministerio Fiscal, como supremo defensor del interés público y en defensa del afectado por el procedimiento, de acuerdo a su proyección en desarrollo del art. 131 CE y Estatuto Orgánico de 30/12/1981. En dicha materia civil regirá como principio superior el de mayor interés del incapaz, con lo que la esterilización en gran número de casos se aprecia como idónea en aras a preservar al incapaz en situación de riesgo de la posibilidad de comisión de acciones no deseadas o de engendrar descendencia incompatible, siempre que así se justifique de modo razonado en el proceso, con su estado mental; todo ello alejado del fundamento de la esterilización o castración química en el proceso penal como consecuencia de la previa comisión de delito grave de naturaleza sexual.

Por último en este apartado, como apunte de Derecho comparado, y siendo que un análisis más detallado y pormenorizado de los diferentes casos y previsiones legales establecidas en los diferentes Estados excede de los límites aquí propuestos, está prevista la medida de castración química en el caso de la delincuencia sexual sobre menores de edad en países asiáticos como Indonesia, así como en el continente americano en diferentes estados federales de EE.UU para casos de abusos sexuales graves a menores, tales como California, Florida, Georgia, Iowa, Luisiana, Montaba, Oregón, Texas o Wisconsin.

Por su parte, en el panorama europeo, en Polonia está prevista la medida de esterilización desde el año 2010, y ello sólo para el caso de pederastas que cometan agresión sexual sobre menores de 15 años. En el mismo sentido consta como aplicable

en Rusia desde 2011, y así quienes sean hallados culpables de haber cometido crímenes sexuales contra menores de 14 años enfrentarán la castración química y los reincidentes a cadena perpetua. La decisión la tomará el tribunal correspondiente, en base a un informe solicitado a un psiquiatra forense. Se detecta la particularidad en el sistema ruso de que si la víctima es mayor de 14 años, la esterilización química se prevé únicamente a solicitud del encausado.

Con carácter voluntario, la previsión de esterilización voluntaria del delincuente sexual se establece en países como Reino Unido, Australia y Francia, participando de dicha situación España en los términos, con las particularidades y prevenciones que en el presente trabajo se ponen de manifiesto.

### III. METODOLOGÍA Y EFICACIA.

En lo relativo a los métodos y forma en que es posible llevar a cabo la esterilización del delincuente sexual, “superada la fase histórica en que pudo llevarse a efecto la medida de esterilización mediante la castración física, ello es a través de la mutilación del individuo con el arrancamiento o separación del órgano genital, pues a finales del siglo XVIII y a lo largo del XIX, como consecuencia del movimiento de humanización de las penas, se erradicó de los sistemas penales tanto ésta como las demás penas corporales previstas en los ordenamientos jurídicos de antaño”<sup>6</sup>; la castración química incide en el control o supresión del proceso de creación hormonal en el individuo.

Así, siguiendo lo expuesto por ROBLES PLANAS, “la castración química consiste, fundamentalmente, en la aplicación (a un varón) de una inyección que contiene una hormona sintética femenina denominada depoprovera, que está compuesta de acetato de medroxyprogesterona, aunque también se han llevado a cabo experiencias con fármacos de características y efectos similares. La hormona inoculada cumple sus efectos en el sistema nervioso del individuo al bloquear la producción de la hormona masculina —la testosterona— en los testículos<sup>7</sup>. De esta forma, como aprecia ARMAZA, “se produce una clara disminución, tanto de la intensidad como de la frecuencia en la que se manifiesta

---

<sup>6</sup> MUÑOZ CONDE, F., La esterilización de deficientes psíquicos. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional español de 14 julio 1994’, en Revista de Derecho y Genoma Humano, Cátedra de Derecho y Genoma Humano, num.2, Bilbao, 1995, pp. 185 y ss.

<sup>7</sup> ROBLES PLANAS, Ricardo, ‘Sexual Predators’. Estrategias y límites del Derecho Penal de la peligrosidad, en InDret, Revista para el Análisis del Derecho. Barcelona, Octubre de 2007, p. 9; GUDIN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino, La castración química para pedófilos: un problema ético y penológico, Actualidad Jurídica Aranzadi, Núm., 738/2007, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2007, p. 4.

el apetito sexual del sujeto, impidiendo la irrigación de sangre al pene, la eyaculación y, finalmente, el orgasmo. Ha de ponerse de manifiesto que dado su carácter temporal, los efectos de la inoculación de la hormona suelen desaparecer aproximadamente a los seis meses de su administración”<sup>8</sup>.

Desde un punto de vista práctico, con la implantación en el individuo del tratamiento esterilizador se persigue erradicar de modo absoluto la posibilidad de reiteración delictiva en el campo delictivo relativo a los delitos de índole o finalidad sexual o bien limitar, en gran medida, tal posibilidad de comisión.

Un problema o cuestión a determinar de modo inicial en la esterilización es sin duda la duración de la medida, es decir, debe determinarse con carácter previo y a fin de otorgar seguridad a su ejecución, el periodo temporal en el que debe realizar el tratamiento sobre el sujeto afectado. No cabe en modo alguno la implantación de un tratamiento que elimine o disminuya drásticamente la apatencia sexual con carácter permanente o indefinido en el tiempo, pues ello atentaría, entre otros aspectos, contra el principio de legalidad que impone que la sanción, pena o medida de seguridad derivada de la comisión del ilícito o consecuencia del estado peligroso tengan una duración previamente prevista en la normativa legal vigente.

Por lo que respecta a la confirmación de que la esterilización o castración química sea absolutamente eficaz en el tratamiento de la peligrosidad criminal del delincuente ello ha sido cuestionado por la doctrina, y ello en la medida de que, como entienden ciertos autores, “la explosión del instinto sexual sólo en un reducido número de casos tiene su causa principal en la producción hormonal”<sup>9</sup>. Por otro parte, GUDIN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS apunta un dato muy relevante en la materia, cual es “resaltar que en muchos casos en los que la explosión del instinto sexual no se encuentra condicionada por la producción hormonal, el tratamiento ha dado lugar a que el individuo tratado haya sustituido el miembro viril por objetos y, por lo tanto, haya actuado con mayor crueldad sobre la víctima”<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> ARMAZA ARMAZA, E.J. El tratamiento penal del delincuente imputable peligroso (tesis doctoral, dirigida por Prof. Dr. Carlos María Romeo Casabona). Univ. País Vasco, 2011, p. 393.

<sup>9</sup> LUENGO, Ana / BROTONS, Olga / LORENTE, Ester / HERRERO, Neus / AGUILAR, Eduardo / ESCARTI, María José / GONZÁLEZ, José Carlos / LEAL, Carmen / SANJUAN, Julio, ‘Respuesta emocional ante estímulos amenazantes en psicosis y trastornos de ansiedad’, en *Psicothema*, vol. 21, núm. 1, 2009, pp. 51 – 56, disponible en [www.psicothema.com](http://www.psicothema.com)

<sup>10</sup> GUDIN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino, La castración química para pedófilos: un problema ético y penológico, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, Núm., 738/2007, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2004, p. 6.

Sentado lo anterior, expuestas las dudas sobre su eficacia, apreciado que la esterilización no es un método absolutamente infalible para la prevención del ilícito y tratamiento del delincuente sexual peligroso, y a la espera de un desarrollo normativo que despeje dudas al respecto de su aplicación, la castración química debe ser contemplada en mayor medida como un método o tratamiento que voluntariamente el delincuente pueda aceptar o consentir si le es ofrecido, y ello a fin de lograr una correcta adaptación a la vida social en libertad, limitando así en una gran medida las posibilidades de recaída o comisión de nuevos ilícitos de naturaleza sexual.

En este sentido, como explica VILAJOSANA, del mismo modo que se podría intervenir para «curar» a personas que pueden transmitir una enfermedad por hallarse infectados con un virus capaz de provocar una epidemia en una determinada población, análogamente cabría intervenir, aun contra la voluntad de los violadores compulsivos, a través de medidas como la castración química para evitar los males seguros que se originarían de tal omisión. Esto se podría justificar siempre que se probara que este tratamiento es efectivo (lo cual, como hemos visto, no está nada claro) y es el menos costoso tanto para la sociedad como para el individuo al que se le aplicaría.<sup>11</sup>

No habría de descartarse, por último, que el sujeto a quien se haya implantado un tratamiento de esterilización o de disminución aguda de la libido sexual pudiera presentar a futuro un comportamiento distorsionado o alejado de la previsión inicial. Así cabría pensar en que el sujeto, lejos de acomodarse a una vida saludable en sociedad, pudiera optar por la comisión de ilícitos de distinta naturaleza al verse frustrados en su competencia sexual y, por ejemplo, atentaren contra la integridad física o vida de sus posibles víctimas a las que no buscarían por su afán depredador de naturaleza sexual sino por otro tipo de sentimiento o instinto derivado de su agresividad.

Se ha de concluir, por tanto, confirmando que, al menos en el panorama jurídico español, la medida de esterilización o castración química sobre el delincuente sexual no ha quedado por el momento definitivamente establecida en su marco legal, y su hipotética aplicación, mediando en todo caso el consentimiento del afectado por la medida, no presenta las notas de eficacia y fiabilidad necesarias, o al menos exigibles, a fin de eliminar de modo absoluto la comisión de nuevos ilícitos penales por el sujeto afectado. Ello ha de provocar necesariamente que con perspectiva de futuro o *de lege*

---

11 VILAJOSANA, J.M<sup>a</sup>. Castración química y determinismo. Univ. Pompeu Fabra. Ed. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, Mayo 2008. p. 22

*ferenda* haya de ampliarse el análisis de efectividad de la medida, regular de modo pormenorizado a nivel legal y reglamentario su aplicación, con pleno respeto a los principios constitucionales vigentes, y proveer en último término de suficientes medios materiales y personales a las administraciones implicadas para que, de modo esencial, el pronóstico de peligrosidad criminal del individuo sea certero e indubitado y la definitiva implantación del tratamiento esterilizador lo sea con una seguridad exitosa de acuerdo al fin político criminal perseguido.

### BIBLIOGRAFÍA

- ARMAZA ARMAZA, E.J. El tratamiento penal del delincuente imputable peligroso (tesis doctoral, dirigida por Prof. Dr. Carlos Maria Romeo Casabona). Univ. País Vasco, 2011.
- CEREZO MIR, J. Curso de Derecho penal español, I, Introducción, Sexta edición, Ed. Tecnos, Madrid, 2004.
- GRACIA MARTÍN, L. Castración. Enciclopedia de Bioderecho y Bioética, Romeo Casabona, C. M<sup>a</sup> (Dir.), Comares, Granada, 2011.
- GUDIN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino, 'La castración química para pedófilos: un problema ético y penológico', Actualidad Jurídica Aranzadi, Núm., 738/2007, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2004.
- LUENGO, Ana / BROTONS, Olga / LORENTE, Ester / HERRERO, Neus / AGUILAR, Eduardo / ESCARTI, María José / GONZÁLEZ, José Carlos / LEAL, Carmen / SANJUAN, Julio, 'Respuesta emocional ante estímulos amenazantes en psicosis y trastornos de ansiedad', en *Psicothema*, vol. 21, núm. 1, 2009.
- MUÑOZ CONDE, F. De nuevo sobre el Derecho Penal del enemigo. *Revista Penal* nº 16 2005.
- MUÑOZ CONDE, F., La esterilización de deficientes psíquicos. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional español de 14 julio 1994', en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, Cátedra de Derecho y Genoma Humano, num.2, Bilbao, 1995.
- ROBLES PLANAS, Ricardo, 'Sexual Predators'. Estrategias y límites del Derecho Penal de la peligrosidad', en *InDret*, Revista para el Análisis del Derecho. Barcelona, Octubre de 2007.
- ROMEO CASABONA, C. M. Peligrosidad y Derecho penal preventivo, Bosch, Casa Editorial, S.A., Barcelona, 1986.
- TORÍO LÓPEZ, A. La prohibición constitucional de las penas y tratos inhumanos o degradantes, *Revista Poder Judicial*, 2ª época, núm. 4, diciembre de 1986.
- VILAJOSANA, J.M<sup>a</sup>. Castración química y determinismo. Univ. Pompeu Fabra. Ed. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, Mayo 2008.

\* \* \* \* \*

## M.<sup>a</sup> Jesús Berzosa Ríos

Juez sustituto adscrito al Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, España. Socia de la FICP.

### ~Falta de consentimiento cuando hay riesgo para la vida en intervenciones médicas. Referencia especial en el caso de menores, incapaces y el nasciturus~

**Sumario.-** I. Introducción. II. La Bioética. III. Los derechos de los pacientes. 1. El consentimiento. 2. El deber de información. IV. Los menores de edad, y los incapaces. V. El nasciturus, su estatuto jurídico. VI. Negativa del paciente a prestar su consentimiento. Singularidad en menores e incapaces. Tratamiento del conflicto entre progenitores y el nasciturus. VII. Conclusiones. Bibliografía.

**Resumen.-** El presente trabajo de investigación parte del principio de autonomía del paciente y el derecho fundamental a la vida vinculado al ámbito sanitario, así como la negación al sometimiento de tratamientos, intervenciones necesarias para la curación del paciente, con especial consideración del riesgo vital, en personas mayores y en pacientes menores, incapaces así como en caso de embarazadas y el nasciturus.

#### I. INTRODUCCIÓN.

Cierto es que, el Artículo 15 de nuestra Constitución Española consagra el derecho a la vida, y así refiere: *“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”* siendo un derecho fundamental susceptible de protección; ahora bien, este derecho debe relacionarse con otros, y así con el propio Artículo 17 de la Constitución Española, que consagra otro derecho fundamental tal cual, el Derecho a la Libertad, que junto con una voluntad de orden político y paz social, y junto con la dignidad de la persona y el libre desarrollo de su personalidad (artículo 10 de la Constitución) determinan como no muy aceptable reducir al sujeto activo de estos derechos a un mero objeto de la voluntad de otro, decidiendo ese tercero qué riesgos debe o no asumir<sup>1</sup>. Así ocurre, dentro del propio ámbito sanitario, en supuestos en los que existen pacientes, que deseando la vida, están dispuestos a ponerla en riesgo, por razones, que quizás de forma mayoritaria no son compartidas, incluso muchas de ellas, observándose por la población en general, como verdaderamente dramáticas, generando tensión constante, en sociedades democráticas, como la nuestra, donde subyace la dicotomía entre la autonomía personal y el intervencionismo estatal, aquí concretado en la definición de los límites admisibles a la disponibilidad sobre la propia vida o integridad personal.

---

<sup>1</sup> FERNÁNDEZ BERMEJO, M. Autonomía personal y tratamiento médico: límites constitucionales de la intervención del Estado, Actualidad jurídica Aranzadi 132, 1994, Madrid, p 6

A partir de aquí, autores como, FERNÁNDEZ BERMEJO, M, refiere que no puede entenderse ese derecho a la vida como un mero concepto biológico, si no que va vinculado a un derecho a decidir en “*ejercicio de su personal e intransferible proyecto vital, qué sufrimientos y riesgos para su vida e integridad está dispuesto a afrontar para una eventual, y también arriesgada, salvaguarda de aquellos bienes*” Por ello, ante personas capaces, parece que no habría razones, a priori, ni urgencia que legitimara a un tercero a imponer su voluntad frente al proyecto vital de otro, o que le lleve a soportar sufrimientos o riesgos que no desea por la voluntad de un tercero. Si bien, ello entra en paradoja cuando se acude a los servicios médicos, en espera y búsqueda de ayuda profesional, y se encuentra ante profesionales sanitarios, médicos, enfermeros... cuyo fin primero y último es curar y ayudar a terceros dentro del ejercicio de su profesión, de forma innata, consustancial, y a través de los tratamientos de los que dispone y de los que conoce, y se les dificulta el ejercicio de su profesión, cuando paradójicamente han acudido en busca de ayuda, con negativas a que les suministren tratamientos amparándose en esa libertad personal, y en su principio de autonomía del paciente. Ello se complica más, cuando además esa negativa viene, no dirigida por un paciente cualquiera, sino por el paciente, que es menor o incapaz o incluso frente al nasciturus, siendo sus progenitores, quienes han acudido en busca de solución y niegan el tratamiento del que dispone la sanidad y por ende los facultativos. Todo este conflicto (de derechos) se engloba dentro de una disciplina que ha venido a denominarse la bioética. Conflicto que conlleva larga y tendida discusión doctrinal y jurisprudencial.

## II. LA BIOÉTICA.

Por lo ya expuesto, es importante hacer una aproximación a la bioética, entendida como, según JIMÉNEZ CANO, J.<sup>2</sup> aquella “*disciplina que estudia los conflictos de valores en las ciencias de la vida, con la finalidad de ayudar a resolver estos conflictos manejando racionalmente los valores en la toma de decisiones*”. Por ello, intentará tratar y solventar los problemas éticos que surjan en la asistencia clínica y médica. Y es que tratamientos nuevos, avances de la medicina, también tecnológicos, la expansión de creencias, religión, la multiculturalidad, el mayor acceso a la sanidad de la población, con una sanidad universal en nuestro territorio, ha promovido que se planteen cada vez más conflictos que años atrás eran inexistente. La relación médico paciente se ha

---

<sup>2</sup> JIMÉNEZ CANO, J. Principios de la bioética y metodología para la resolución de conflictos en bioética; número monográfico sobre Biomedicina y Derecho penal, Cuadernos Digitales de Formación 44, 2009, 2010, pp 1- 2

tornado compleja, con verdaderos conflictos ético-legales, con confluencia de la moralidad del médico, del paciente, las creencias personales, la *lex artis*, la legislación... y ello se traduce en diferentes principios entorno a los diferentes actores de esta relación personal-sanitaria. Así en relación al paciente, enmarcado en el principio de autonomía del paciente y del principio de beneficencia, en el sentido, de que decide lo que es beneficioso para el mismo y en relación al profesional sanitario, enmarcado en este principio último citado, dado que promueve la sanidad del paciente con su hacer, junto con el principio de maleficencia, en tanto en cuanto, establece cuál es el tratamiento indicado con arreglo a su *lex artis*. Todo ello, conlleva a que puedan existir desacuerdos entre estos principios que en muchas ocasiones solo pueden ser resueltos por los Tribunales de Justicia y que ha conllevado a la creación de comités de naturaleza bioética, en tanto la complejidad de la solución de conflictos, en aras a los derechos en pugna.

### III. LOS DERECHOS DE LOS PACIENTES.

La ley 41/2002, del 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, refiere RÍO VILLEGAS, R. que muestra claramente cómo el eje de las relaciones sanitarias es la autonomía del paciente<sup>3</sup>. La ley intenta garantizar derechos de todos los pacientes, tales como el de información, la confidencialidad, el consentimiento, y todo ello enmarcado en el principio de autonomía del paciente. Por ello, entronca la vida (el derecho y la dignidad) a la autonomía, a la autodeterminación del sujeto.

Como ya he apuntado están en liza los saberes profesionales del médico y el fin de sanar, con esa autodeterminación. El paciente requiere de una información suficiente, pudiendo la falta de la misma conllevar responsabilidad hacia los agentes no emisores de la ésta, y el paciente debe prestar el consentimiento informado ante las actuaciones médicas. Las resoluciones judiciales sobre responsabilidad médica, como recalca PEMÁN GAVÍN, J.<sup>4</sup> *“se han venido ocupando así con asiduidad de los temas vinculados a la información clínica y al consentimiento informado en el marco de las genéricas previsiones contenidas al respecto en la LGS, lo que ha propiciado un amplio y matizado tratamiento jurisprudencial de estas cuestiones que ha ido fijando pautas*

---

<sup>3</sup> RÍO VILLEGAS, R. El médico ante el testamento vital. Monográfico sobre la autonomía del paciente, Cuadernos digitales de Formación 29, 2008, CGPJ, Madrid, p 7

<sup>4</sup> PEMÁN GAVÍN, J. Reflexiones en torno a la regulación básica de los derechos de los pacientes contenida en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Revista del Poder Judicial número 74, 2004, pp 21 - 27

sobre las obligaciones de los profesionales sanitarios y los centros asistenciales en materia de información y consentimiento informado”. Ahora bien, la L41/2002 es mucho más precisa a la hora de determinar las relaciones médico-asistenciales, y además la misma se ha completado con la legislación que las propias Comunidades Autónomas han ido estableciendo en materia de derechos de los pacientes en el marco de sus competencias sobre "desarrollo legislativo" de la Sanidad.

Así, y en relación con el tema objeto de este trabajo, debo profundizar sobre el derecho de información y del consentimiento informado, ya que el derecho de autonomía del paciente, recogido primero en normas deontológicas, y actualmente en las legales, lleva a entender que son instrumentos que propician una alianza entre el médico y el paciente.

### **1. El consentimiento.**

El consentimiento, tal como refiere NAVARRO MICHEL, M<sup>5</sup>, “*es una declaración de voluntad unilateral y recepticia por la que el sujeto emite su voluntad acerca de alguna cuestión. Para la validez del consentimiento es necesario que el proceso de formación de la voluntad se haya formulado adecuadamente: que el sujeto tenga capacidad para querer y entender (la llamada capacidad natural), que no esté afectado de algún vicio del consentimiento, y que la declaración coincida con la voluntad real*” El artículo 8 de la Ley 41/2002 recalca que además debe ser libre y voluntario, es decir, no se puede forzar este consentimiento. No puede mediar ni precio o recompensa. Para que sea válido debe ser informado, como luego se verá, y tiene que ser específico para ese acto médico concreto, no siendo válido uno general. A la par el mismo debe ser personal, pero, y sobre esto también se analizará con posterioridad, existen excepciones (véase menores, incapaces) y previo al inicio de cualquier acto médico, así como revocable en cualquier momento, bastando a priori el consentimiento verbal, aunque deberá constar por escrito, en intervenciones quirúrgicas, en procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasivos y, en cualquier procedimiento que suponga un riesgo o inconveniente "*de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente*", correspondiendo la carga de la prueba del consentimiento informado al médico, tal como establece la jurisprudencia.

---

<sup>5</sup> NAVARRO MICHEL, M. El consentimiento al acto médico: requisitos y alcance. Monográfico sobre Biomedicina y Derecho penal, Cuadernos Digitales de Formación 44, 2009, pp 3-20

## 2. El deber de información.

La relación entre el médico y el paciente es una relación dual, bilateral, que implica un deber de confidencialidad por parte del médico, y un deber de informar al mismo, adecuando la información al paciente para su comprensión y entendimiento, debiendo ser veraz, continuada y que le dote de los mecanismos adecuados para poder prestar o no el consentimiento. La información se prestará de forma verbal, como regla general dispuesta en el artículo 4.1 de la Ley 41/2002, y el médico deberá dejar constancia en la historia clínica de su cumplimiento. El paciente debe saber qué enfermedad padece, salvo que haya manifestado "*expresamente su deseo de no ser informado*", como apunta el artículo 9.1 Ley 41/2002. Se deberá obtener su consentimiento previo en caso de que realice alguna intervención. La familia no podrá peticionar falta de información al médico, pues como ya se ha apuntado la relación es bilateral de médico paciente. Debe conocer el paciente, el diagnóstico, el tratamiento, el seguimiento, las contraindicaciones, las alternativas, consecuencias, los riesgos más probables, más típicos<sup>6</sup> etc. Teniendo en cuenta que en los casos de medicina satisfactoria, se incrementa o intensifica el deber de información porque no hay razón apoyada en patología médica que justifique la intervención o el tratamiento al que se somete el paciente, y por ello, debe conocer con mayor precisión los riesgos, teniendo en cuenta a ese paciente en concreto objeto del tratamiento o intervención.

## IV. LOS MENORES DE EDAD, Y LOS INCAPACES. SU CONSENTIMIENTO.

La L41/2002 establece que el titular del derecho a la información es el paciente, y el interlocutor válido entre médico y paciente, cuando éste cuenta con 16 años, próximo a la mayoría de edad, es el menor, pudiendo excluir a los padres de la información sanitaria y no pudiendo el médico revelar dicha información so pena del Artículo 199 CP. Y sin esta información mal puede mediar el consentimiento por parte de los padres, y deberá ser expresado por el menor. Ahora bien, el único supuesto en el que la actuación del facultativo está legitimada sin autorización del menor es el de urgencia vital, cuando exista un riesgo inmediato y grave para la salud o la vida del mismo.

Y si el menor presenta una edad inferior a los 16, en este caso debe observarse el grado de madurez del mismo, porque si no cumple con los requisitos de capacidad

---

<sup>6</sup> STS de fecha 28 de diciembre de 1998

suficiente, el consentimiento debe prestarse por los progenitores, tutores, o representantes legales del menor. La madurez deberá ser apreciada caso por caso. El médico deberá suministrar toda la información necesaria a los titulares de la patria potestad sobre el estado de salud del menor para que puedan emitir un consentimiento informado válido y el menor debe ser escuchado y en esa escucha será relevante la madurez del menor, que quedará a criterio del médico responsable de la asistencia.

¿Qué ocurre cuando un menor se niega a tratamiento médico frente a la opinión de sus progenitores? En principio si el mismo puede consentir un tratamiento médico y se entiende con capacidad, podría rechazar también el mismo, una vez informado. Esto puede parecer, a priori, más “traumático” cuando ese rechazo pueda conllevar a posiciones arriesgadas para su vida. Pero, lo que entiendo que no cabe, es tomar la opción, de considerarle plenamente capaz si consiente el tratamiento, pero que le falta capacidad si no lo consiente el mismo. El TC<sup>7</sup> en un caso relativo al fallecimiento de un menor de 13 años testigo de Jehová, en relación a la voluntad del mismo, refirió *“no hay datos suficientes de los que pueda concluirse con certeza que el menor fallecido, hijo de los recurrentes en amparo, de trece años de edad, tuviera la madurez de juicio necesaria para asumir una decisión vital, como la que nos ocupa”*, por lo que parece que debe estarse a ese criterio de madurez que se ha referido por TC, para valorar ese consentimiento, y es que el propio Código Civil en el artículo 162.1 refiere que los menores están bajo la patria potestad de los padres, con representación de los mismos, excepto los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que puedan hacer en condiciones de madurez. Como refiere RIVERO HERNÁNDEZ, F. *“cuando se trate de edades próximas a la mayoría de edad, (...), es muy difícil que un padre pueda imponer a un hijo tratamientos médicos y demás porque ya tiene, (...), juicio y criterio suficiente para pronunciarse -además de ser oído el menor, que la ley exige antes y para decidir sobre sus derechos de la personalidad”*<sup>8</sup>

En orden al incapaz, debemos distinguir entre la determinación de la titularidad del derecho de información asistencial que no reside tanto en la declaración judicial de incapacidad legal (art. 199 CC) sino en cuanto en la capacidad de discernimiento o comprensión de la información de quien esté afectado a una incapacidad. El legislador,

---

<sup>7</sup> STC 154/2002, de 18 de julio de 2002

<sup>8</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, F. Internamientos involuntarios - Intervenciones corporales y tratamientos sanitarios obligatorios, Estudios de Derecho Judicial, 26, 2000, pp 5-18

sigue el principio de implicar al incapaz en la toma de decisiones que le afectan hasta donde alcance su grado de discernimiento.

Por tanto, un incapaz sometido a tutela o a patria potestad prorrogada, y más discutible, pero entiendo que también, tendría encaje en aras a la protección del incapaz, el sometido a curatela, aunque como dice DOMÍNGUEZ LUENGO, A.<sup>9</sup>, el curador no es tanto un representante del incapaz, cuanto un asistente para determinados actos, deben ser informados estos, y no solo el propio incapaz, a quien se le informará de forma adecuada a su capacidad de comprensión (así no se le priva del derecho de información y dentro de sus posibilidades puede participar en la toma de decisiones). Si el paciente es incapaz para comprender la información, entonces se suministrará de forma exclusiva a las personas vinculadas a él, ahora bien, ¿a quién o quiénes de los familiares se deberá transmitir la información? Imaginemos a una persona con Alzheimer, afectado de incapacidad, con cónyuge, hijos mayores de edad y hermanos y todos ellos pretendan erigirse en el familiar idóneo para recibir la información asistencial del mismo, la ley no lo fija.

Como conclusión, en el supuesto del artículo 9.2 b de la L41/2002, es decir que concurren graves riesgos para la integridad física o psíquica del paciente, de forma graves e inmediatos, con imposibilidad de recabar el consentimiento del paciente (sea menor, incapaz o mayor de edad) serán consultados los familiares o personas que estén vinculadas con el paciente, y el personal sanitario puede actuar aunque con actuación judicial. Ahora bien, si la actuación puede ser objeto de aplazamiento, entonces, no se entronca en dicho supuesto, sin que se pueda suplir el consentimiento de aquéllos.

## V. EL NASCITURUS, SU ESTATUTO JURÍDICO.

Regresamos al Derecho Fundamental del artículo 15 de la Constitución Española, en el que se proclama el derecho a la vida, y ello a efectos de determinar si la protección constitucional de la vida alcanza también al nasciturus. En el artículo 15 aparece el término “*todos*” pero ello, según autores como, RODRÍGUEZ MOURULLO, G, no implica la necesidad de que abarque al no nacido porque según este autor en dicho precepto se refiere que no pueden ser sometidos a penas o tratos inhumanos ni degradantes con lo

---

<sup>9</sup> DOMÍNGUEZ LUENGO, A. Tratado de Derecho de la persona física, Volumen 2, Civitas Ediciones, Pamplona, pp 53- 122

que parece referirse a las personas ya nacidas<sup>10</sup>. Importante la sentencia del TC de 11 de abril de 1985, donde se recoge la importancia de observar los cambios vitales, entre ellos el nacimiento, a efecto de valoraciones jurídicas, así como el momento en el que el feto puede llegar a llevar una vida independiente de la madre. La sentencia señala como la vida del nasciturus es un bien jurídico protegido en el artículo 15 de la Constitución española aunque no sujeto de derechos, es decir diferencia entre titular del derechos, que no lo es, y objeto de protección que sí. Por otro lado, lo mismo refiere la sentencia del TC 116/1999, en la que dice: *“los no nacidos no pueden considerarse en nuestro ordenamiento constitucional como titulares del derecho fundamental a la vida que garantiza el art. 15 de la Constitución, lo que, sin embargo, no significa que resulten privados de toda protección constitucional”*, remitiéndose a la sentencia del TC 212/1996 donde refirió: *“los preceptos constitucionales relativos a los derechos fundamentales y libertades públicas pueden no agotar su contenido en el reconocimiento de los mismos, sino que, más allá de ello, pueden contener exigencias dirigidas al legislador en su labor de continua configuración del ordenamiento jurídico, ya sea en forma de las llamadas garantías institucionales, ya sea en forma de principios rectores de contornos más amplios, ya sea, como en seguida veremos, en forma de bienes jurídicos constitucionalmente protegidos”*. Como refiere, DEL ROSAL BLASCO, B.<sup>11</sup> *“en esta condición constitucional se encuentra el nasciturus, a cuya protección se encuentra obligado el Estado en un doble sentido: absteniéndose de interrumpir o de obstaculizar el proceso natural de gestación y estableciendo un sistema legal de defensa de la vida que suponga una protección efectiva de la misma y que, dado el carácter fundamental de la vida, incluya también, como garantía última, las normas penales”*

Si enmarcamos el debate desde un punto de vista ético, y biológico, existen posiciones divergentes desde las que refieren que se inicia la vida con la fecundación, singularizado como individuo, a otras posiciones, que se inicia con el nacimiento. Por otro lado no hay que olvidar que el art. 6.1.2.º LEC reconoce la capacidad para ser parte en el nasciturus, concediendo tal capacidad al concebido y no nacido, para todos los efectos que le sean favorables, en los mismos términos que se expresa el art. 29 del

---

<sup>10</sup> RODRÍGUEZ MOURULLO, G. El derecho a la vida y a la integridad. Prohibición de la Tortura, Revista del Poder Judicial, número especial 1 Derechos Humanos, 1988, Madrid, pp1-5

<sup>11</sup> DEL ROSAL BLASCO, B. Las repercusiones de la nueva ley en el Derecho penal, monográfico sobre Legislación sobre reproducción asistida: novedades de Cuadernos de Derecho Judicial 11, 2007, pp 7 a 17

Código Civil. Por tanto, esos efectos que le sean favorables, incluye también al concebido mientras dura su gestación, hasta su nacimiento.

El Tribunal Constitucional en sentencia de 19 de diciembre de 1996, ya mencionada, reitera, que *“el art. 15 de la Constitución, en efecto, reconoce como derecho fundamental el derecho de todos a la vida, derecho del que son titulares los nacidos, sin que quepa extender esa titularidad a los "nascituri"...en el caso de la vida del "nasciturus" no nos encontramos ante el derecho fundamental mismo, sino ante un bien jurídico constitucionalmente protegido como parte del contenido normativo del art. 15”*.

En sentencia de 17 de junio de 1999 el TC refiere: *“los no nacidos no pueden considerarse en nuestro ordenamiento constitucional como titulares del derecho fundamental a la vida que garantiza el art. 15 de la Constitución, lo que sin embargo no significa que resulten privados de toda protección constitucional”*

## **VI. NEGATIVA DEL PACIENTE A PRESTAR SU CONSENTIMIENTO. SINGULARIDAD EN MENORES, INCAPACES. TRATAMIENTO DEL CONFLICTO ENTRE PROGENITORES Y EL NASCITURUS.**

Después de exponer los derechos del paciente, y la importancia de la autodeterminación y de la relación dual de paciente y médico, la pregunta que nos hacemos, es: ¿Qué pasa en el caso de que haya una negativa del paciente a someterse a ciertos tratamientos? Pues bien la solución puede ser diversa. A priori, ante una persona capaz, mayor de edad, cuando no existe riesgo vital para el paciente, siendo plenamente informado, el médico no puede forzar la voluntad del mismo. Se impone la libertad personal del paciente, quien con toda la información decide de forma libre, asumiendo los riesgos que conlleva el no sometimiento al mismo, pudiendo firmar el alta médica voluntaria y máxime si no hay carácter urgente. ¿Y si existe un riesgo vital y urgencia? Si existe un riesgo vital para el mismo, se enfrentan derechos tales como la libertad, la intimidad, el derecho a la vida, derechos garantizados en la Constitución, y a partir de aquí, la L41/2002 autoriza a actuar el médico sin el consentimiento del mismo cuando hay riesgo para su salud física o psíquica y no es posible obtener el consentimiento, consultando, si se puede, a los familiares del mismo, por tanto, la propia Ley justifica la actuación médica incluso contra la posible voluntad del paciente. Ahora bien, ya hemos visto que el consentimiento se entronca con las convicciones, valores, y deseos del paciente, por lo que debiera ser respetado en todo momento, con independencia de las

razones que existieran, aunque resultaran incomprensibles, y en todo caso, entiendo que no debería ser suplido, tan solo en caso de no estar capacitado por el estado de salud en el que se hallase. Entendiendo que, hay ocasiones, que el propio estado de salud de urgencia vital conlleva a la duda de si en ese estadio mantendría el no consentimiento, o de mantenerlo si está suficientemente capaz y cabal, por la afectación orgánica y psíquica, puesto que se presta en una situación psíquica, física y vital distinta de la que se hallaba inicialmente (a medida que empeora) o incluso puede hallarse en estado de inconsciencia de tal forma que es inviable conocer si llegado a este punto mantendría su negativa al tratamiento de ahí que toma cariz el artículo 9.2.b de la L41/2002 que otorga plena legitimidad médica.

Por tanto, ¿qué posición debe adoptar un médico ante pacientes, por ejemplo Testigos de Jehová, que no aceptan transfusiones de sangre imprescindibles? Como he expuesto una persona mayor de edad con firmes convicciones religiosas, informado, que de forma persistente se niega a recibir la transfusión de sangre, y siempre que, no existan otras alternativas posibles, o que dichas alternativas, no revistan a juicio del médico informante las suficientes garantías, debe de respetarse la voluntad del enfermo<sup>12</sup>. Cuestión distinta es ese mismo paciente Testigo de Jehová quien se encuentra en una situación grave y urgente, con riesgo de fallecimiento o lesiones irreversibles, y manifiesta su oposición a que le sea practicada la transfusión de sangre. Por lo ya expuesto, no parece que se debiera suplir, pero la ley legitima a ello, y además a medida que empeora el estado de salud pueden existir dudas de la capacidad del mismo, por tanto, de la validez de la negativa al tratamiento. Junto a ello, existen antecedentes jurisprudenciales que proclaman la necesidad de asistencia médica, cuando sea el remedio único que pueda evitar el fallecimiento o la lesión irreversible. El médico se encuentra en una posición de garante con respecto la vida del paciente y actúa de tal modo, y frente a cualquier duda que se le pueda plantear, debe consultarlo con el Juez de Guardia, quien deberá de adoptar las medidas necesarias. El Tribunal Constitucional afirma que el derecho a la integridad física y moral se compromete cuando se impone a una persona asistencia médica en contra de su voluntad, a no ser que ello se haga al amparo de una justificación constitucional<sup>13</sup> y el Tribunal Supremo, en SSTTS 3/2001, de 12 de enero, y la sentencia 447/2001, de 11 de mayo, ambas de la Sala Primera, ha

---

<sup>12</sup> VIANA CONDE, A/ DE SAS FOJÓN, A. El consentimiento informado del enfermo, Revista jurídica La Ley, Diario 3990, 1996, p 28

<sup>13</sup> SSTC 120/1990, de 27 de junio, 137/1990, de 19 de julio, 37/2001, de 28 de abril.

manifestado que: *"El consentimiento informado constituye un derecho humano fundamental, precisamente una de las últimas aportaciones realizada en la teoría de los derechos humanos, consecuencia necesaria o explicación de los clásicos derechos a la vida, a la integridad física y a la libertad de conciencia. Derecho a la libertad personal, a decidir por sí mismo en lo atinente a la propia persona y a la propia vida y consecuencia de la autodisposición sobre el propio cuerpo"*.

En el caso de tratarse de enfermos menores o incapaces, con esa negativa a someterse a tratamiento, ya hemos visto que si tienen capacidad para expresar su consentimiento, deberá estarse al mismo, y ello base del principio de autodeterminación, sin riesgo vital. Ahora bien, si carecen de capacidad ya sea intelectual o emocional, no observándose madurez por parte del criterio médico, o en caso de duda como refiere MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA, C.<sup>14</sup> *"sobre la madurez del menor para consentir una intervención de carácter vital o de grave riesgo para la salud, dada la importancia del valor vida y el carácter de las consecuencias de la decisión (definitivas e irreparables), se entenderá que el menor no tiene capacidad de decisión"* los padres o representantes legales sustituirán el consentimiento del menor, o incapaz, con la obligación de oírle. Dicha prestación del mismo, por parte de padres, o representantes es en tanto que garantes de la vida y la salud del menor. En caso de riesgo vital, ya hemos mencionado, que la Ley autoriza a la intervención del médico quien observa ese riesgo vital y actúa. Y es en estos casos que pueden surgir conflicto de intereses cuando la opinión del menor y la de sus padres o representantes legales no es coincidente (ejemplo los Testigos de Jehová) con la indicación médica o entre los mismos (padres e hijo) para superar el riesgo grave, y es que chocan intereses, derechos, creencias, sentimientos junto con la vida y salud de los menores de edad, de ahí la necesidad de judicializar el conflicto.

Destacar al respecto la sentencia del TC 154/2002 que consideró que *"es prevalente el interés del menor, tutelado por los padres y, en su caso, por los órganos judiciales"* Y el TEDH en el caso Hoffmann vs Austria<sup>15</sup> estimó que *"la decisión judicial (...) puede suplir el consentimiento de los padres para hacer tal transfusión, médicamente necesaria"*. En definitiva, como refiere MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA, C

---

<sup>14</sup> MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA, C. El impacto de la Convención de los Derechos del Niño en el Derecho español. Análisis en torno al despliegue normativo del derecho al libre desarrollo de la personalidad y al modelo de Justicia Juvenil, Cuadernos Digitales de Formación, 24, 2014, pp 39 a 51

<sup>15</sup> STEDH de 23 de Junio de 1993

*“no se cuestiona en ningún momento la primacía de la vida de los hijos en caso de posible conflicto con la voluntad o creencias de su representante legal. Estos precedentes jurisprudenciales y el tenor del en juego graves riesgos para la vida o salud de menor de edad, debe partir de la insuficiencia de la voluntad de los menores de edad, ya expresada por sí mismos o a través de sus representantes legales, cuando su sentido en uno u otro caso, sea contrario a la indicación médica cuya omisión comporte riesgo vital grave para la vida o la salud del paciente menor de edad”* Y cuando subyacen estas situaciones de conflicto deberán ponerse en conocimiento del Juzgado competente.

En relación, al nasciturus, ¿Qué ocurre cuando una parturienta acude a un centro hospitalario para dar a luz, y no consiente ninguna intervención en el parto, y el bebé no nace, siendo indicada una cesárea de urgencia para salvar la vida de la madre y del bebé y la misma se opone? Ya hemos hablado de las características que envuelven el estatuto jurídico del nasciturus, y como la vida del nasciturus es un bien jurídico protegido en el artículo 15 de la Constitución Española aunque no es sujeto de derechos. Por otro lado, también hemos desarrollado el consentimiento del paciente que debe ser respetado en todo momento, base del principio de autonomía del paciente, que es quien decide. Ahora bien, su negación a la intervención, o instrumentación afecta no solo a su persona sino al bebé que todavía no ha nacido, pero próximo al nacimiento, que evidentemente no entra dentro del concepto de menor. Y no hay que olvidar que acude en busca de ayuda a un centro hospitalario, que indican, los profesionales, necesaria la intervención para evitar la muerte. El médico por su propia profesión tenderá a ayudar y conseguir mantener con vida a los pacientes que le requieran, realizando todo aquello que pueda para dicho fin y en este caso velando por la madre y el hijo no nacido.

Sobre el estatuto jurídico del nasciturus, no existe consenso ni en el ámbito filosófico ni en el ámbito jurídico. El Tribunal Constitucional español atribuye la titularidad del derecho fundamental a la vida sólo a los nacidos, considerando que no cabe extender esta titularidad a los nasciturus. Sea como fuere, aunque no se le reconozca al nasciturus un derecho fundamental a la vida, sí se entiende que el Estado está obligado a "establecer un sistema legal de defensa de la vida que suponga una protección efectiva de la misma y que, dado el carácter fundamental de la vida, incluya también, como última garantía las normas penales" por ello siendo un potencial sujeto a proteger para llegar a buen fin.

Por tanto, visto este estatuto jurídico, y la negativa de la madre a someterse a esa intervención, siendo una situación extrema y con riesgo grave e irreversible y dado que el desenlace final pueda ser la muerte, creo que puede someterse, contra la voluntad de esa persona, al tratamiento sanitario obligatorio, decidido por el propio médico en base al artículo 9 de la L41/2002, bajo control judicial (autorización previa, o dación de cuenta y seguimiento judicial posterior, en otro caso). Creo que es muy importante ese control judicial, como medio de complementar o de sustituir la voluntad y el consentimiento de los que no pueden darlo (total o parcialmente) o no quieren darlo y no se les puede dejar morir por mor de esa negativa, máxime, cuando además ponen en peligro la vida de un no nacido a punto de nacer, que el estado debe proteger.

## **VII. CONCLUSIONES.**

La relación médico paciente se ha tornado compleja, con verdaderos conflictos ético-legales, con confluencia de la moralidad del médico, del paciente, las creencias personales, la legislación, la jurisprudencia y ello comporta que confluyan derechos fundamentales, y se traduce en enfrentamientos entre el derecho de autonomía personal y el intervencionismo estatal. Cada vez más se otorga mayor relevancia al consentimiento del interesado, e incluso de menores, incapaces, para eludir injerencias en su proyecto vital, evitando que elijan los facultativos médicos los sufrimientos o riesgos que el paciente debe soportar. Aun eso, la Ley 41/2002 y la jurisprudencia, reduce la completa autonomía, al incluir que ante riesgo vital inminente y grave sin autorización podrá actuar el médico, primando siempre el beneficio a la vida, poniéndolo en conocimiento del juez cuando existan conflictos de derechos y urgencia. A todo ello, decir, que la vida no puede entenderse como algo meramente biológico, sino que va vinculada a la psique, a sentimientos, ideas, convicciones, formando un todo, y por tanto, hay que reconocer el Derecho de decidir, en el ejercicio de ese proyecto vital del paciente. De ahí los pasos legislativos que se van adoptando en aras a conseguir esta autonomía aunque se ha ido incrementado pero matizado siempre por el debate filosófico-jurídico-moral que ha propiciado las salvedades antedichas.

## **BIBLIOGRAFÍA.**

FERNÁNDEZ BERMEJO, M. Autonomía personal y tratamiento médico: límites constitucionales de la intervención del Estado, Actualidad jurídica Aranzadi, número 132,1994, Madrid

JIMÉNEZ CANO, J. Principios de la bioética y metodología para la resolución de conflictos en bioética; número monográfico sobre Biomedicina y Derecho penal de Cuadernos Digitales de Formación número 44, Consejo General del Poder Judicial, 2010 Madrid

MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA, C. El impacto de la Convención de los Derechos del Niño en el Derecho español. Análisis en torno al despliegue normativo del derecho al libre desarrollo de la personalidad y al modelo de Justicia Juvenil, Cuadernos Digitales de Formación, número 24, GGPJ, 2014, Madrid

NAVARRO MICHEL, M. El consentimiento al acto médico: requisitos y alcance. Monográfico sobre Biomedicina y Derecho penal, Cuadernos Digitales de Formación 44, 2009, CGPJ, Madrid

PEMÁN GAVÍN, J. Reflexiones en torno a la regulación básica de los derechos de los pacientes contenida en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre. Revista del Poder Judicial número 74, 2004, CGPJ, Madrid

RÍO VILLEGAS, R. El médico ante el testamento vital. Monográfico sobre la autonomía del paciente, Cuadernos digitales de Formación 29-2008, CGPJ, Madrid

RIVERO HERNÁNDEZ, F. Internamientos involuntarios - Intervenciones corporales y tratamientos sanitarios obligatorios, Estudios de Derecho Judicial, Número 26, 2000, Madrid

RODRÍGUEZ MOURULLO, G. El derecho a la vida y a la integridad. Prohibición de la Tortura Revista del Poder Judicial, número 1 Derechos Humanos. 1988, Madrid

DEL ROSAL BLASCO, B. Las repercusiones de la nueva ley en el Derecho penal. Incluido en el número monográfico sobre Legislación sobre reproducción asistida: novedades de Cuadernos de Derecho Judicial 11, Consejo General del Poder Judicial, 2007, Madrid

VIANA CONDE, A/ DE SAS FOJÓN, A. El consentimiento informado del enfermo, Revista jurídica La Ley, Diario 3990, 1996, Madrid

\* \* \* \* \*

## M.<sup>a</sup> Guadalupe Domínguez Dueñas

Juez sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, España. Socia de la FICP.

### ~El delincuente sexual. ¿Esterilización como medida de seguridad?~

#### I. LA DELINCUENCIA SEXUAL

El contenido del Derecho Penal sexual se han visto prácticamente inalterados desde 1848 a 1978 en que se promulga la Constitución Española, así durante este periodo sus contenidos se dirigían a apoyar la honestidad o moral sexual colectiva.<sup>1</sup>

La regulación de los delitos sexuales ha venido dando respuesta a un concreto determinado social donde la mujer era definida por su condición de cuerpo sexuado y moral virtuosa que la hacía merecedora de una protección penal que no se ofrecía a los hombres, ya que no se entendía que el varón pudiera ser sujeto pasivo de éstos delitos. Así, el adulterio era únicamente femenino, la violación entendida como yacimiento forzado con mujer o el estupro con doncella menor de 23 años encajaban perfectamente en ese contexto social donde tanto los roles como la moral sexual determinaba la titularidad de los derechos.

La doctrina feminista jugó un importante papel en superar estas concepciones y a partir de ahí se fraguó el tránsito de estos delitos a su concepción como delitos contra la libertad, donde la protección se centra en la autonomía sobre la propia sexualidad y el propio cuerpo. Desde entonces la sociedad no ha dejado de cambiar y con ella los propios delitos, demandándose en la actualidad una concepción de las relaciones sexuales como expresión del derecho de libertad, voluntaria, consciente y libremente manifestada que hace del consentimiento el único presupuesto de legitimidad que excluye el delito.<sup>2</sup>

Hoy día los delitos sexuales son de los más censurados por la sociedad ya que las relaciones sexuales deben ser siempre consentidas, por tanto un ataque contra la libertad sexual es considerado socialmente una aberración, mucho más cuando son los niños los que se encuentran involucrados en tales conductas delictivas, pues los menores

---

<sup>1</sup> MAZARIO GÓMEZ, M. El delito de violación: Perspectiva penal, criminológica y penitenciaria. La reincidencia. Máster Universitario en Acceso a la Profesión de Abogado. Universidad de Alcalá. 6 de febrero de 2018, p. 11.

<sup>2</sup> VALLEJO TORRES, C. Delitos contra la libertad sexual y perspectiva de género: una mirada hacia fuera para reflexionar desde dentro. Diario La Ley, 9263, 20 de Septiembre de 2018, p.1.

requieren de una protección mayor por su especial vulnerabilidad y los autores de tales delitos actúan movidos por propósitos aún más despreciables.

Lógicamente la alarma social que genera este tipo de criminalidad, tan sensible socialmente tiene una relación directa con la política criminal, de hecho la delincuencia sexual, especialmente en lo relativo a los menores se sitúa en el centro de la vorágine de reforma legislativa de los últimos años. Así, la LO 1/2015 introdujo importantes modificaciones en los delitos contra la indemnidad sexual de menores, elevando la edad del consentimiento sexual de los trece a los dieciséis años, también incluyó nuevas modalidades típicas e incrementó las penas de algunos delitos; señalar la modificación operada en el delito de asesinato, supuesto donde podría imponerse la pena de prisión permanente revisable cuando éste se produce tras la comisión de un delito contra la libertad sexual contra la misma víctima.

En cuanto al cumplimiento de las penas de prisión y al tiempo posterior a la extinción de éstas, deben señalarse la imposición obligatoria del «periodo de seguridad», la imposibilidad de acceder a la modalidad de adelantamiento de libertad condicional para delincuentes primarios que introduce la LO 1/2015, la medida de seguridad de libertad vigilada y las limitaciones a la protección por desempleo de los excarcelados, medidas que sin duda empeoran las condiciones de los delincuentes sexuales.<sup>3</sup>

En la misma dirección se crea el Registro Central de Delincuentes Sexuales. El Real Decreto 1110/2015, de 11 de diciembre, por el que se regula el Registro Central de Delincuentes Sexuales donde la protección del interés del menor se presenta como último fin de la norma, y así se refleja en su Exposición de Motivos: *respondiendo así el legislador, en consonancia con la jurisprudencia sentada por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 185/2012 de 17 de octubre, al mandato constitucional que recibe directamente del artículo 39 de la Constitución Española, que encomienda a los poderes públicos la obligación de velar por la protección integral de los niños de conformidad con los Convenios Internacionales.*

El referido Real Decreto señala en su art. 3:

---

<sup>3</sup> DÍAZ GÓMEZ/PARDO LLUCH. Delitos sexuales y menores de edad: Una aproximación basada en las personas privadas de libertad en la isla de Gran Canaria. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 19 de noviembre de 2017, p.1-4.

*“1. El Registro Central de Delincuentes Sexuales constituye un sistema de información, de carácter no público y gratuito, relativo a la identidad, perfil genético, penas y medidas de seguridad impuestas a aquellas personas condenadas en sentencia firme por cualquier delito contra la libertad e indemnidad sexuales o por trata de seres humanos con fines de explotación sexual, incluyendo la pornografía, regulados en el Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, con independencia de la edad de la víctima. Esta información se referirá a las condenas dictadas tanto en España como en otros países, en particular los Estados miembros de la Unión Europea y del Consejo de Europa.*

*2. La finalidad del Registro es contribuir a la protección de los menores contra la explotación y el abuso sexual, con independencia de quién sea el autor del delito, mediante el establecimiento de un mecanismo de prevención que permita conocer si quienes pretenden el acceso y ejercicio de profesiones, oficios y actividades que impliquen el contacto habitual con menores, carecen o no de condenas penales por los delitos a los que se refiere el apartado anterior.*

*Asimismo, el Registro tiene como fin facilitar la investigación y persecución de los delitos a que se refiere el presente real decreto con objeto de proteger a las víctimas menores de edad de la delincuencia sexual, introduciendo medidas eficaces que contribuyan a la identificación de sus autores y de cooperación con las autoridades judiciales y policiales de otros países, en particular con los Estados miembros de la Unión Europea y del Consejo de Europa”.*<sup>4</sup>

## **II. LA CASTRACIÓN QUÍMICA**

Siendo tan importante la preocupación por la delincuencia sexual en nuestros días, esa preocupación no es novedosa, siempre se han producido agresiones sexuales, y los estudios de este tipo de casos evidencian que la situación no está mejorando sino todo lo contrario, en los últimos tiempos se han incrementado considerablemente los casos y se han instalado en la sociedad como un problema prioritario con importante y frecuente eco en los medios de comunicación. Además, un alto porcentaje de la violencia sexual se lleva a cabo contra los menores, y como ya referimos si cualquier violencia sexual genera aversión, en el caso de los menores tal aversión se acrecienta ostensiblemente.

---

<sup>4</sup> Real Decreto 1110/2015, de 11 de diciembre, por el que se regula el Registro Central de Delincuentes Sexuales. Enlace <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2015-14264>

Ante esta situación muchos Estados han tomado medidas para frenar en lo posible el incremento de las agresiones sexuales entre las que se encuentra la castración química, encontrando el aplauso de unos y el rechazo de otros.

La conocida como *castración química* es una medicación consistente en anti-andrógenos cuyo efecto es la represión de los instintos sexuales y la reducción de la producción de testosterona, siendo los compuestos químicos más usados el Acetato de Medroxiprogesterona (MPA), que se comercializa con el nombre de Depo-Provera, y el Acetato de Cyproterona (CPA), en ambos casos el fármaco, que debe administrarse periódicamente, normalmente por semanas, envía al cerebro la falsa señal de que el organismo tiene suficiente testosterona, por lo que deja de producirla.

La castración química tiene los mismos efectos que la castración quirúrgica pero a diferencia de esta última la primera es reversible y ofrece además la ventaja de ser más barato que el mantenimiento del delincuente sexual en prisión, además los resultados de la aplicación farmacológica parecen ser muy efectivos mientras se lleva a cabo la medicación, cesando en su efecto en cuanto deja de administrarse, permitiendo que el comportamiento sexual del sujeto vuelva a manifestarse.

Pero la utilidad de la castración química, efectiva en la criminalidad asociada a parafilias (supuestos de instinto sexual anormal vinculado a fantasías, lo que sucede en la mayoría de las pedofilias), no resulta igualmente efectiva en otras desviaciones sexuales, así la predisposición a la violencia sexual no se ve modificada con los tratamientos hormonales.<sup>5</sup>

Este tratamiento aparece por primera vez en 1996, en California, y surge como alternativa a la castración quirúrgica, aplicándose como requisito obligatorio para casos de especial gravedad, tales como la pederastia. Posteriormente se fue implantando en otros estados como Florida, Montana y Texas, donde es requisito para poder ser beneficiario de la libertad condicional.<sup>6</sup>

En concreto en España el legislador no ha entrado en el estudio de esta cuestión, y el Cataluña, fue a raíz de la excarcelación de José Rodríguez Salvador, conocido como el violador de la Vall d'Hebron y que después de pasar 16 años en la cárcel por

---

<sup>5</sup> ROBLES PLANAS, R. “Sexual Predators”. Estrategias y límites del Derecho penal de la peligrosidad. InDret: Revista para el análisis del derecho, 4, 2007, p. 8-9. Enlace: [http://www.indret.com/pdf/478\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/478_es.pdf)

<sup>6</sup> MAZARIO GÓMEZ, M. El delito de violación..., 2018, p. 49-50

múltiples agresiones sexuales no se ha rehabilitado pesando sobre el mismo un peligro real de reincidencia. Así, en la comisión de expertos creada por la Generalitat y la fiscalía para analizar la problemática de presos reincidentes que quedan en libertad se acordó que la inhibición química no se podía imponer porque quedaría fuera del marco legal español, concretamente iría en contra del art. 15 de la CE, que reconoce el derecho a la vida y a la integridad física y moral y que proclama que nadie será sometido a tratos inhumanos ni degradantes.<sup>7</sup>

Numerosas investigaciones llevadas a cabo en Europa concluyen con no recomendar la castración por entender que la misma constituye un método terapéutico poco fiable respecto a su aplicación a los agresores sexuales, y ello porque aunque se inhiba en el agresor sexual la posibilidad de tener una erección o eyaculación, el acto de agresión sexual implica mucho más que el uso del pene, y los instintos criminales no se verían afectados, siendo además que parece que la libido no disminuye en exceso y la reincidencia es muy frecuente.

Recientes investigaciones llevadas a cabo sobre individuos castrados por delitos sexuales comprueban que muchos de ellos continuaban con deseos sexuales y que incluso los violadores eran más activos tras la castración que los pedófilos. Sin embargo, si la castración química es acompañada por tratamiento psicológico se comprueba que se reduce notablemente la tasa de reincidencia particularmente en pedófilos y exhibicionistas.<sup>8</sup>

### **III. LA CASTRACIÓN QUÍMICA COMO POSIBLE MEDIDA DE SEGURIDAD**

En los ordenamientos jurídicos en los que es admisible sancionar en función de la peligrosidad, o bien se asume una *teoría monista*, en la que la sanción puede tener una doble naturaleza, es decir, retrospectiva con respecto al delito cometido, y prospectiva en relación al delito futuro, o bien se distinguen dos tipos de consecuencias jurídicas del delito (sistema dualista), que como ya señalamos anteriormente, de un lado la pena está orientada esencialmente al castigo y de otro la medida de seguridad que se orienta a la prevención del delito y basada en la peligrosidad del sujeto.

---

<sup>7</sup> GABALDÓN FRAILE, S. Aspectos éticos del diagnóstico en psiquiatría. *Bioética & Debate*. Tribuna Abierta del Institut Borja de Bioètica, 49, 2007, p.2.

<sup>8</sup> VÉLEZ MOREIRA, F.V. De la sanción penal en caso de violación a menores de edad en la legislación penal ecuatoriana. Universidad Regional Autónoma De Los Andes. Marzo de 2017, p.58-60.

Dentro del sistema dualista también cabe distinguir entre el sistema rígido que suma ambas sanciones, y el sistema flexible o vicarial que sustituye una por la otra, sistema que hasta hace poco estaba vigente en España, y también han seguido países como Alemania, Francia y Portugal.

La alarma social que se experimenta en muchos países ante la excarcelación de peligrosos delincuentes sexuales, asesinos en serie o terroristas tras el cumplimiento de la pena impuesta provocó la generalización de las medidas de seguridad en muchos países.

En España hasta la reforma de 2010, el Código Penal distinguía entre delincuente imputable al que se le imponía una pena y el delincuente inimputable al que se le imponía una medida de seguridad, así el delincuente imputable peligroso que cumpliera la pena impuesta no podía ser sometido a otro tratamiento, salvo en el caso de semiimputables para los que se preveía la imposición conjunta de penas y medidas de seguridad en un sistema vicarial, mediante el que se cumple primero la medida y se descuenta de la pena restante.

Con la reforma operada mediante la LO 5/2010 se introduce la libertad vigilada como medida de seguridad, posibilitando que cuando persista la peligrosidad del delincuente se le pueda imponer además esta medida de seguridad postdelictual que se basa en la peligrosidad, pero sin tener en cuenta forzosamente la reincidencia. Estaríamos ante un sistema dualista rígido de acumulación de pena y medida de seguridad que la propia LO justifica en su Preámbulo para los supuestos en los que la gravedad de la pena no es suficiente para excluir un elevado riesgo de reincidencia, y no solo cuando la peligrosidad del sujeto está vinculada a un estado patológico que determina la inimputabilidad o semiimputabilidad del mismo, sino también cuando la peligrosidad se deriva del hecho realizado por un sujeto imputable. Se establece como obligatoria para delitos de terrorismo y contra la indemnidad sexual, siendo potestativa su imposición para delincuentes primarios que cometan un solo delito no grave.

En los proyectos posteriores de reforma del Código Penal se muestra la voluntad dar un paso adelante y consolidar el sistema dualista que justifica una posterior medida de seguridad basado en la peligrosidad del sujeto.

La reforma del C. Penal operada en 2015 no realiza una regulación más clara respecto de la libertad vigilada de imputables, limitándose a ampliar los supuestos en

los que puede imponerse la libertad vigilada, extendiéndose a 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 del C. Penal, siendo que en estos supuestos su imposición es facultativa.<sup>9</sup>

Penas y medidas de seguridad van encaminada a la prevención de nuevos delitos, pero las primeras van dirigidas a cualquier ciudadano mientras que las medidas de seguridad se destinan a concretos sujetos. Como ya se ha expuesto, para imponer la pena es presupuesto esencial la existencia de culpabilidad y para la imposición de una medida de seguridad se requiere un pronóstico de peligrosidad en el sujeto; las penas se imponen a la vista de lo ya acontecido mientras que las medidas se imponen a la vista de la peligrosidad del individuo pensando en la posibilidad de comisión de nuevos delitos en el futuro. Por tanto, con ellas se está sancionando a una persona no por lo que ha hecho, sino por lo que puede llegar a hacer.

Dado que el objetivo de las medidas de seguridad es influir preventivamente sobre el sujeto peligroso evitando la nueva comisión de delitos, podríamos analizar si en el caso de los delincuentes sexuales reincidentes ese propósito puede ser logrado a través de métodos correctivos, como pueden ser las técnicas terapéuticas o pedagógicas o bien mediante técnicas asegurativas.

Entonces, ¿cabría legitimar la castración química como medida de seguridad? ¿Dicha medida sería compatible con la legislación vigente?

Obviamente no es posible en nuestro marco constitucional, pero haremos algunas reflexiones.

Es cierto que la castración química no supone estrictamente recluir al delincuente o aislarlo socialmente, pero podríamos entenderlo como un aislamiento sui generis donde el individuo, sin ver restringida su libertad ambulatoria viene a cumplir el mismo objetivo que ésta.

Entendiendo la castración química como una medida correctora, ello puede suponer o bien la reparación de la conducta o bien una rectificación de la conducta.

---

<sup>9</sup> MARTÍN NÁJERA, P. La libertad vigilada como medida post-delictual. VII Congreso de Violencia de Género y Doméstica del Consejo General del Poder Judicial. 17 de octubre de 2018, p. 6-9. Enlace: [www.poderjudicial.es/.../EX1829%20Mesa%20III%2002.%20Reformas%20Penales.%...](http://www.poderjudicial.es/.../EX1829%20Mesa%20III%2002.%20Reformas%20Penales.%...)

Así, teniendo en cuenta que la pedofilia es reconocida por la Organización Mundial de la Salud como una enfermedad de carácter psiquiátrico, y que los científicos vienen inclinándose en que la misma no posee cura, si a un pedófilo se le aplica la castración química no obtendríamos el resultado buscado si lo que buscamos con la medida es una corrección de su conducta, por lo que la medida solo podría tener legitimidad de poder conseguir modificar la conducta del sujeto, curando la psicopatía y eliminando consecuentemente la peligrosidad del individuo, consiguiendo la protección de la sociedad. Pero lo cierto y verdad es que la castración química no elimina la conducta sexual desviada solo la frena durante la aplicación del tratamiento que no está orientado a la curación de la patología. Por ello la imposición de la medida no tendría legitimidad porque no repararía la conducta.

Ahora bien, si con la aplicación de la medida de la castración hormonal se busca el efecto de reformar la conducta, entonces sí podría admitirse pues si bien no curaría al sujeto, sí que rectificaría sus hábitos mientras esté sometido al tratamiento.

El art. 106.1 k) del Código Penal establece la posibilidad de que una de las medidas obligadas tras la imposición de la libertad vigilada sea “la obligación de seguir un tratamiento médico externo, o de someterse a un control médico periódico”.

Si por tratamiento médico externo entendemos uno que se lleve a cabo sin necesidad de internamiento del sujeto, entonces el mismo podría abarcar una terapia invasiva como la castración química, ya que ésta no precisa de internamiento alguno y por tanto podría tener encaje legal en cuanto a medida de seguridad. Pero dada nuestra legislación actual difícilmente podría imponerse la castración hormonal como medida de seguridad al chocar frontalmente con el derecho fundamental a la integridad física reconocido en el art. 15 de la Constitución Española, y aunque ningún derecho fundamental es absoluto como ha reiterado en sus sentencias el Tribunal Constitucional, el actual panorama legislativo español no deja hueco a la posible implementación de la castración química, al menos, como medida de seguridad forzosa, ya que para tratar a un imputable con un tratamiento médico, siempre se tiene que realizar desde su consentimiento. De esta forma, solo podría incidirse sobre el comportamiento del

delincuente sexual peligroso cuando sea éste mismo quien elija la posibilidad de someterse al tratamiento con la finalidad de reparar su comportamiento delictivo.<sup>10</sup>

#### IV. CONCLUSIONES

Son muchos los que la defienden por considerar que es un método eficaz que protegería tanto a la sociedad como al propio agresor, otros consideran que la medida no es efectiva para proteger a las víctimas porque consideran que los delitos sexuales no son consecuencia de una causa física sino ideológica, por lo que entienden que una solución fisiológica no tendría efectividad.

En suma la controversia sobre la viabilidad y eficacia de la medida de la castración química aplicada a delincuentes sexuales peligrosos y reincidentes está por resolver, pero debe seguir abierto el debate en aras a buscar una solución justa y proporcional, pues es difícil asumir que un depredador sexual no rehabilitado quede libre sin más, dejando expuesta a la sociedad ante la comisión de nuevos delitos sexuales, como también lo es atentar contra la dignidad del delincuente y privarlo de los derechos que constitucionalmente le son reconocidos.

\* \* \* \* \*

---

<sup>10</sup> FONTCUBERTA GUARIDO, M. Castración química y pedofilia, una solución imperfecta. TFG en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Girona. Junio-2016, p.24-32

## Prof. Dr. Daniel Fernández Bermejo

Profesor Contratado Doctor, Univ. a Distancia de Madrid (UDIMA), España. Socio de la FICP.

### ~La relevancia probatoria en el ámbito fiscal de los hechos investigados en sede penal~

#### I. COMENTARIOS

Los artículos 305.5 del Código Penal (en adelante, CP) y 250.1 de la Ley General Tributaria (en adelante, LGT) facultan a la Administración tributaria a efectuar acuerdo liquidatorio de los hechos tributarios que puedan tener relevancia penal<sup>1</sup> a efectos del delito de defraudación tributaria, a excepción de aquellos casos *ex lege* en los que la Administración estará dispensada de efectuar liquidación, en virtud de lo dispuesto en el artículo 251.1 LGT.

Ciñéndonos a la resolución judicial que tiene lugar en la materia tributaria en sede penal, el artículo 257 LGT hace referencia a los efectos que produce dicha resolución judicial<sup>2</sup> en relación al delito, sobre la liquidación practicada y sobre la base de los elementos conexos con la infracción penal<sup>3</sup>. En este sentido, se estará a lo que determine el proceso penal en cuanto a la existencia y la cuantía de la defraudación. Y es que no sólo se deberán respetar los hechos probados sino también los criterios de calificación a efectos de liquidación de la deuda tributaria adoptados en sede penal<sup>4</sup>. Será frecuente en

---

<sup>1</sup>Tal y como con acierto expone GARCÍA DÍEZ, esta situación supone “una reforma novedosa y radical con relación a la normativa anterior que, de manera imperativa, obligaba a paralizar las actuaciones de todo tipo (tributarias y sancionadoras); es decir, sin dictar liquidación alguna, sobre hechos de naturaleza tributaria que pudieran integrar un hipotético delito contra la Hacienda Pública (arts. 77.6 LGT/1963 y 180.1 LGT/2003)”. Cfr. GARCÍA DÍEZ, C.: Vinculación a la declaración de hechos probados en las regularizaciones tributarias, en Estudios Financieros. Revista de Contabilidad y Tributación, n.º 410, 2017, p. 27. En este sentido, exponía el artículo 77.6 de la LGT de 1963 que “*Son infracciones tributarias las acciones u omisiones voluntarias y antijurídicas tipificadas en las leyes de naturaleza fiscal y en los reglamentos de cada tributo.*”

*Toda acción u omisión constitutiva de una infracción tributaria se presume voluntaria salvo prueba en contrario.*

*Las infracciones podrán ser:*

- a) Simples infracciones.*
- b) De omisión.*
- c) De defraudación”.*

<sup>2</sup>Vid., al respecto, entre otros, PALAO TABOADA, C.: Los procedimientos de aplicación de los tributos en supuestos de delitos contra la hacienda pública en el proyecto de ley de modificación de la LGT, en Revista Española de Derecho Financiero, n.º 167, 2015, pp. 59 y ss.

<sup>3</sup>Vid., al respecto, RUIZ GARCÍA, J.R.: La denominada liquidación vinculada a delito, en Revista de Contabilidad y Tributación, n.º 424, 2018, pp.22 y ss.

<sup>4</sup>Muy relevante resulta, en este sentido, el estudio que realiza el Catedrático de la Universidad de La Coruña, RUIZ GARCÍA, en relación con la deuda tributaria versus la cuota defraudada. Vid. RUIZ GARCÍA, J.R.: Revista de Contabilidad y Tributación, n.º 424, 2018, pp. 13 y ss.

la *praxis* que la cuota defraudada penal sea inferior a la cuota tributaria derivada de un procedimiento de comprobación, por lo que no en pocas ocasiones la presunta comisión de un delito fiscal, una vez resulta confirmada esta por el juez de lo penal, se apreciará menos gravosa que la comisión de una infracción tributaria grave<sup>5</sup>.

También resulta relevante que el acuerdo relativo a la modificación de la liquidación vinculada al delito se traslada al juez o tribunal competente de la jurisdicción penal, al obligado al pago y demás partes personadas en el proceso penal.

Empero, si en el proceso penal no se apreciara la existencia de delito por inexistencia de obligación tributaria, la liquidación administrativa será anulada. El tribunal debería ceñirse a declarar probada o no la obligación tributaria, pero no deberían quedar vinculadas aquellas situaciones declaradas no probadas, situaciones en las que aplicando las reglas de aplicación tributarias, debería permitirse la emisión de una nueva liquidación por parte de la Administración<sup>6</sup>. Y es que tras la absolución, las liquidaciones, el control de los hechos probados y el expediente vuelve a la Administración, abriéndose, en su caso, las vías de impugnación del procedimiento administrativo y del procedimiento contencioso administrativo.

Ahora bien, el precepto no se pronuncia acerca del tratamiento que pudiera recibir la discrepancia del condenado ante la liquidación efectuada, ante un hipotético interés de éste por rectificar la misma. Ciertamente, y conforme al art. 257.2 a) LGT, no se tolera margen de interpretación alguna. La cuota tributaria contenida en la liquidación vinculada al delito deberá ajustarse a la cuantía determinada en el proceso penal, denominada cuota defraudada. Sin embargo, la ley no se pronuncia al respecto de la posible rectificación de la liquidación no vinculada al delito, dejando un vacío legal que seguramente debiera especificarse en una futura regulación reglamentaria<sup>7</sup>. Téngase en cuenta, en este sentido, la síntesis ofrecida por GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ cuando atisba que el error del sistema<sup>8</sup> radica en que la jurisdicción penal traslada la cuota defraudada

---

<sup>5</sup>Vid. RAMÍREZ GÓMEZ, S.: Las actuaciones de la administración tributaria en los supuestos de delito contra la hacienda pública, en Revista Española de Derecho Financiero, n.º 171, 2016, p. 80.

<sup>6</sup>Vid. RAMÍREZ GÓMEZ, S.: Revista Española de Derecho Financiero, n.º 171, 2016, p. 81.

<sup>7</sup>Al respecto, vid. RAMÍREZ GÓMEZ, S.: Revista Española de Derecho Financiero, n.º 171, 2016, p. 81.

<sup>8</sup>Señalaba FALCÓN Y TELLA, si bien aludiendo al anterior sistema, que "(...) a los solos efectos perjudiciales no puede justificar(se) que, con ocasión de la fijación de la cuota tributaria "defraudada" a efectos de apreciar la existencia o no de delito, se contradigan los criterios sentados por los órganos administrativos o contenciosos competentes por razón de la materia; como no puede tampoco justificar, según se ha dicho, que en el proceso penal se fije la deuda tributaria a ingresar, y no únicamente la cuota "defraudada"". Cfr. FALCÓN Y TELLA, R.: Consideraciones críticas sobre la exigencia en el proceso penal

a la cantidad que corresponde indemnizar como responsabilidad civil derivada del delito, lo cual puede ocasionar la paradoja<sup>9</sup> de que la Agencia Tributaria no vea satisfecha toda la deuda tributaria, calculada esta al aplicar las normas fiscales y, sin embargo, vea resarcido exclusivamente el daño generado por el delito fiscal con el cobro de la cuota defraudada determinada en sede penal.

En síntesis, el procedimiento que se sigue cuando existe una resolución judicial absoluta es idéntica a aquellos casos en los que se inadmite una denuncia o querrela y se devuelve el expediente al órgano competente para continuar con la tramitación del expediente, es decir, se retrotraen las actuaciones, debiéndose respetar, obviamente, los hechos declarados probados en sede penal, los cuales no podrán ser objeto de impugnación, a tenor de lo dispuesto en el artículo 257 c) LGT, teniendo tal declaración valor de cosa juzgada. En este sentido, para RAMÍREZ GÓMEZ, la resolución judicial afectará *“exclusivamente a los hechos, en su sentido natural, pero no a los hechos en sentido jurídico (...), que puede ser distinta para un mismo soporte fáctico de acuerdo con los criterios propios de cada ordenamiento, el penal o el administrativo”*<sup>10</sup>. Al respecto, la STS 192/2009, de 28 de septiembre, consideró que *“(...) esto no implica que en todo caso los órganos judiciales deban aceptar siempre de forma mecánica los hechos declarados por otra jurisdicción, sino que en una distinta apreciación de los hechos debe ser motivada. Por ello, cuando un órgano judicial vaya a dictar una resolución que pueda ser contradictoria con lo declarado por otra resolución judicial debe exponer las razones por las cuales, a pesar de las apariencias, tal contradicción no existe a su juicio, puntualizándose que si bien unas mismas pruebas pueden conducir a considerar como probados o no probados los mismos hechos por los Tribunales de Justicia, también lo es que, afirmada la existencia de los hechos por los propios Tribunales de Justicia, no es posible separarse de ellos sin acreditar razones ni fundamentos que justifiquen tal apartamiento”*.

Es de sobra conocido que las distintas Administraciones, y la tributaria es una de ellas, se encuentran vinculadas a los hechos probados y acreditados en sentencia penal

---

de la deuda tributaria: la necesidad de respetar lo previsto en el art. 66.2 RGIT y los arts. 9 y 10 LOPJ, en Revista Quincena Fiscal, n.º 11, 1998, p. 5.

<sup>9</sup>Vid. GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, F./MELLADO RAMÍREZ, D.: Valoración de la prueba en el delito fiscal, en VV.AA: Manual de delitos contra la Hacienda Pública. Aranzadi, Pamplona, 2008, p. 416.

<sup>10</sup>Cfr. RAMÍREZ GÓMEZ, S.: El principio ne bis in idem en el ámbito tributario (aspectos sustantivos y procedimentales). Marcial Pons, Madrid, 2001, p. 57.

firme, a tenor de lo dispuesto en el artículo 250.2<sup>11</sup> y 257.1<sup>12</sup> LGT. Ahora bien, ¿qué sucede con los hechos no probados?<sup>13</sup> Pues bien, si la resolución judicial no contiene una manifestación de los hechos probados, o aún no haciéndolo, indica que los hechos no se han declarado probados, ello permitirá a la Administración proceder nuevamente a la regularización tributaria con arreglo a sus propias reglas de juego, que no son otras que la aplicación de las establecidas en la normativa tributaria.

Resulta meridianamente clara, en este sentido, la STS 7 de julio de 2011, en virtud de la cual, los hechos declarados probados en una sentencia absolutoria vinculan a la Administración no solo en el ejercicio de su potestad sancionadora, sino también en el procedimiento de liquidación, pues la Inspección continuará el expediente en base a los hechos que los Tribunales hayan considerado probados, dictando para ello las liquidaciones que procedan, incluyendo la sanción correspondiente. En consecuencia, la Inspección queda vinculada por los hechos declarados probados en una sentencia absolutoria.

Si bien es cierto, indica el alto tribunal que *“la conclusión que se alcanza no puede ser la misma respecto de los hechos declarados no probados que se contengan en una resolución judicial absolutoria, pues respecto de éstos, y prescindiendo ya del aspecto sancionador, no queda vinculada la Administración, toda vez que las normas y criterios sobre la prueba en el proceso penal y en el procedimiento administrativo de comprobación son radicalmente diferentes, pues mientras en el proceso penal el acusado está amparado por el principio de presunción de inocencia, en el procedimiento administrativo de investigación y comprobación se aplica la inversión de la carga de la prueba que resulta inadmisibles en el proceso penal, de tal forma que elementos de prueba rechazados en el proceso penal, pueden resultar perfectamente válidos en el procedimiento administrativo de comprobación, máxime teniendo en*

---

<sup>11</sup>En este sentido, señala el precepto que *“la Administración se abstendrá de iniciar o, en su caso, continuar, el procedimiento sancionador correspondiente a estos mismos hechos. En caso de haberse iniciado un procedimiento sancionador, de no haber concluido éste con anterioridad, dicha conclusión se entenderá producida, en todo caso, en el momento en que se pase el tanto de culpa a la jurisdicción competente o se remita el expediente al Ministerio Fiscal, sin perjuicio de la posibilidad de iniciar un nuevo procedimiento sancionador en los casos a que se refiere el último párrafo de este apartado.*

*La sentencia condenatoria de la autoridad judicial impedirá la imposición de sanción administrativa por los mismos hechos”.*

<sup>12</sup>Por su parte, indica este precepto que *“La liquidación dictada por la Administración Tributaria en los supuestos a los que se refiere el artículo 250.2 de esta Ley, se ajustará a lo que se determine finalmente en el proceso penal en relación con la existencia y la cuantía de la defraudación”.*

<sup>13</sup>Vid. GARCÍA DíEZ, C.: en Estudios Financieros. Revista de Contabilidad y Tributación, n.º 410, 2017, p. 39.

*cuenta que el fundamento del reproche en ambos procedimientos es completamente distinto. En efecto, reiteradamente se ha expuesto por esta Sala que los órganos penales en sus apreciaciones pueden prescindir "deliberadamente" y a los solos efectos penales, de los criterios establecidos en las normas fiscales, como por ejemplo sobre el devengo, en cuanto se apoyan en presunciones "contra reo" contrarias a la realidad material de los hechos, que es lo que de forma exclusiva ha de tener en cuenta el juzgador penal, salvando expresamente, como no podía ser de otra forma, que a la hora de establecer las consecuencias, en el orden fiscal, derivadas de los hechos probados, que pueden no resultar castigados en el proceso penal por no alcanzarse la cuantía mínima de la cuota defraudada establecida en el artículo 305 del Código Penal, pueda la Administración, que tiene encomendada la gestión e inspección de los tributos, aplicar las normas sustantivas que le sean propias, con tal de que se respetasen los hechos probados".*

Téngase en cuenta, no obstante, que la facultad y libertad de regularizar<sup>14</sup> las situaciones tributarias por parte de la Administración no puede entenderse como absoluta respecto de los hechos declarados probados en sede penal, sobre todo cuando la absolución o sobreseimiento ha devenido como consecuencia de que el material probatorio ha sido anulado por el juez del ámbito penal o por falta de suficiencia de los medios de prueba. En estas precisas situaciones, no puede resultar suficiente con trasladar al procedimiento tributario el mismo caudal probatorio utilizado en la denuncia formulada para liquidar y sancionar, en su caso, bajo el pretexto de que la Administración solo se encuentra vinculada a los hechos probados en la esfera penal. Al respecto, señala GARCÍA DÍEZ, brillantemente, que *"no resulta posible trasladar, mutatis*

---

<sup>14</sup>Para MUÑOZ CUESTA, la regularización tributaria se configura como un elemento negativo del delito. Vid. MUÑOZ CUESTA, J.: La reforma del delito fiscal operada por LO 7/2012, de 27 de diciembre, en Revista Aranzadi Doctrinal, n.º 11, 2013, pp. 5-7. Y es que tras la reforma operada en el Código Penal en virtud de la LO 7/2012, de 27 de diciembre, la regularización por el obligado tributario pasa a *configurarse* como un elemento del tipo y no una excusa absolutoria, una vez se hubiera consumado el delito. De esta manera, con la regularización se retrotrae la situación a aquel momento en el que no se había cometido delito alguno y, por lo tanto, no es posible iniciar proceso penal por tales hechos.

La regularización tributaria opera como un retorno a la legalidad, esto es, como si el delito no hubiera existido nunca. Con anterioridad a la reforma acaecida, se configuraba como una excusa absolutoria que, a diferencia de lo que hoy sucede, el delito quedaba consumado pero con exención punitiva.

Dicho esto, podemos plantearnos cuáles son las características que debe presentar la regularización tributaria una vez se han manifestado todos los elementos típicos del delito. En este sentido, Cámara Barroso expone que en estos casos, la declaración deberá ser "Completa y veraz; con pago total (esto es, ingreso simultáneo de cuota, intereses y recargos); y de forma espontánea (tanto administrativa como penalmente)". Cfr. CÁMARA BARROSO, C.: El "delito fiscal", en Revista CEF Gestión, n.º 212, abril, 2016, pp. 24 y 25. Por lo tanto, la regulación tributaria no comprende solamente la cuota tributaria defraudada, sino la deuda tributaria, que engloba los intereses de demora y las multas por impago.

*mutandi, el material probatorio de cargo, que ha sido anulado judicialmente, al procedimiento inspector con el objeto de que la regularización denunciada, que finalmente no prosperó en la vía penal, fructifique, sin más, en la esfera tributaria; pues un material probatorio que no se ajusta a los cánones de legalidad establecidos en la normativa constitucional o procesal, necesariamente debe desplegar efectos en el orden fiscal. Por ello, nada hubiera impedido que la Inspección hubiera utilizado el material probatorio restante (y distinto al anulado judicialmente) para acreditar la realidad que pretendía regularizar”<sup>15</sup>.*

Ciertamente, resulta de todo punto incoherente en la *praxis* que el mismo material probatorio que no ha resultado válido en sede penal, pueda servir para regularizar por la Administración una situación tributaria, cuando ese mismo material ha sido aportado y definido en los mismos términos en el informe de denuncia emitido por la Administración tributaria, lo cual podría atentar contra la realidad fáctica asentada por el juez de corte penal. Es por ello que se considera necesario que la Administración, en estos casos, deba realizar una actividad probatoria adicional a la que generó la denuncia inicial.

La obligación de ajustar la cuantía de la liquidación a la fijada en el proceso penal, para RAMÍREZ GÓMEZ, “*parece mantener su anterior naturaleza de “responsabilidad civil derivada del delito”*”<sup>16</sup>. En este sentido, la Exposición de Motivos de la Ley 34/2015 manifiesta que de esta forma se superará la situación que hasta ahora provocaban las actuaciones administrativas de liquidación tributaria, convirtiendo la deuda tributaria en una figura de naturaleza diferente, esto es, la responsabilidad civil derivada del delito, como una fórmula de resarcimiento a la Hacienda Pública del daño generado.

Por tanto, la vinculación de la Administración a lo dispuesto en la resolución judicial obedece al valor de cosa juzgada que goza la resolución en sede penal, y tiene un doble efecto: positivo y negativo. El efecto positivo vendrá de la mano de que si el pronunciamiento judicial es absolutorio, de mayor o menor intensidad, la Administración continuará sus actuaciones de acuerdo con los hechos que los tribunales hubieran considerado probados. El efecto negativo tendrá lugar, por su parte, cuando el

---

<sup>15</sup>Cfr. GARCÍA DÍEZ, C.: en Estudios Financieros. Revista de Contabilidad y Tributación, n.º 410, 2017, p. 40.

<sup>16</sup>Cfr. RAMÍREZ GÓMEZ, S.: en Revista Española de Derecho Financiero, n.º 171, 2016, p. 80.

proceso penal concluya con sentencia condenatoria, lo cual excluirá la sanción administrativa. A diferencia de la anterior regulación, se ha perdido la especialidad tributaria, de modo que cuando se hallaba el procedimiento administrativo suspendido, la resolución penal desplegaba doble efecto respecto del proceso suspendido, aunque hay quien augura que esto seguirá ocurriendo<sup>17</sup>.

Ahora bien, no todo resulta tan nítido y cristalino. En este sentido, podemos lanzar el interrogante siguiente: ¿qué supuestos relativos a los hechos probados son los que realmente vinculan a la Administración tributaria?, ¿vincularían a esta todos los hechos probados? Sobre esta cuestión, pueden sintetizarse las siguientes modalidades:

1. Que se aprecie una cuota defraudada en sede penal idéntica a la cuota liquidada en vía administrativa. En este caso la liquidación vinculada al delito sería adecuada.

2. Que la jurisdicción penal considere que los hechos no revisten carácter de delito fiscal y que, además, no existe obligación tributaria. Aquí no se antoja posible que la Administración tributaria pueda liquidar y, por tanto, que pueda reanudar actuaciones tributarias complementarias en aras de regularizar una situación concreta.

3. Que la jurisdicción penal considere que los hechos no revisten carácter de delito fiscal pero no se pronuncie acerca de la existencia de obligación tributaria. Es en esta situación donde encontramos la mayor complejidad de los hechos que pretenden regularizarse, y que comentamos. Esto sucede, fundamentalmente, porque la LGT invoca la retroacción de actuaciones en el artículo 257.2.c), al disponer que “*teniendo en cuenta los hechos que el órgano judicial hubiese considerado probados*”. En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 21 de mayo de 2009, sostuvo que “*(...) los hechos que la sentencia declara formalmente probados, concepto que no admite una interpretación extensiva en contra del administrado (...), no solo es predicable (...), sino que debe extenderse, en rigor, a toda afirmación fáctica contenida en la resolución, se encuentre en ese lugar o en cualesquiera otros pasajes de la sentencia, incluida la fundamentación jurídica, en la que se exprese una evidencia acerca de los hechos acaecidos o de la valoración de la prueba instrumentada respecto a estos*”, que deben de figurar de forma “*clara y precisa*”, pero, no siendo admisible, a tenor de la sentencia dictada por el mismo órgano con fecha de 9 de febrero de 2011,

---

<sup>17</sup>Al respecto, vid. DE JUAN CASADEVALL, J.: Actuaciones y procedimientos tributarios en supuestos de delito contra la Hacienda Pública: crónica de una reforma anunciada, en *Carta Tributaria*, n.º 5-6, 2015, p. 18.

que se tomen como hechos probados *“las conjeturas, observaciones o valoraciones que la sentencia contiene (...), máxime si no se localizan en el espacio de la resolución reservado a tal fin”*.

Ciertamente, será la vinculación fáctica de los hechos apreciados en la órbita penal la que determine si es posible o no regularizar una situación en tanto que no contradiga lo dispuesto por el juez penal, toda vez que prevalece la jurisdicción penal sobre la vía administrativa, como se ha dicho. Así, una vez la Administración tributaria ha devuelto el expediente, podrá regularizar una situación si se respeta la base fáctica determinada en sede penal. Así, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 9 de febrero de 2011 estableció que existe *“(…) un límite puramente negativo, en la medida en que la ley impone a aquella (la Administración) una interdicción absoluta de ejercer sus potestades contrariando los hechos probados, (pero) también puede consistir en una habilitación, aun cuando lo fuera implícita, en caso de que tales hechos probados, determinantes de una sentencia penal no condenatoria -o auto de sobreseimiento o archivo- permitan la regularización de que se trate, por no ser inconciliables, dados sus términos, con la existencia de elementos de convicción suficientes para proceder a determinar la deuda tributaria y exigírsela al obligado tributario”*.

En puridad, la sujeción a los hechos probados debe realizarse, en todo caso, de *“manera estricta e incondicional”* por la Administración tributaria. Ahora bien, todo aquello que no pueda englobarse *“bajo el paraguas de hecho probado, la Administración tributaria contará con libertad regularizatoria siempre, claro está, que cuente con los medios de prueba que los sustentan”*<sup>18</sup>, y que respete las coordenadas fácticas en las que pueda actuar, una vez se le devuelva el expediente.

Téngase en cuenta que, conforme al artículo 257.2.c) LGT, *“si en el proceso penal se dictara resolución firme, no apreciándose delito por motivo diferente a la inexistencia de la obligación tributaria, procederá la retroacción de las actuaciones inspectoras al momento anterior en el que se dictó la propuesta de liquidación vinculada a delito”*, implicando ello la anulación del acta inspectora y el acuerdo liquidatorio dictado con anterioridad, pero teniéndose en cuenta los hechos que el órgano judicial hubiese considerado probados, y *“procediéndose a la formalización del acta, que se tramitará de acuerdo con lo establecido en la normativa”*.

---

<sup>18</sup>Cfr. GARCÍA DíEZ, C.: en Estudios Financieros. Revista de Contabilidad y Tributación, n.º 410, 2017, p. 53.

La situación podría resultar más enrevesada cuando fracasa la acción penal por falta de prueba incriminatoria, en cuyo caso podría sobreseerse<sup>19</sup> la causa, por lo que en estos casos será determinante la motivación que se esgrima por parte de tribunal para que la Administración pueda proseguir o reiniciar el correspondiente procedimiento administrativo, ajustándose a lo dispuesto en la resolución.

Por su parte, el rechazo de alguna de las pruebas propuestas por las partes en el proceso penal<sup>20</sup> tendrá lugar, fundamentalmente, cuando estas no guarden relación con el objeto del proceso, así como cuando versen sobre hechos que resulten acreditados en la causa por otros medios probatorios<sup>21</sup>. En este sentido, el Tribunal Supremo, en virtud de STS de 14 de julio de 1995 y 1 de abril de 1996, expuso que *“El derecho a la prueba no es absoluto, ni se configura como un derecho limitado o incondicionado a que se admitan todas las pruebas propuestas por las partes o a que se practiquen todas las admitidas con independencia de su pertinencia, necesidad y posibilidad”*. De esta manera, como puede observarse, el órgano judicial mantiene la facultad de valorar

---

<sup>19</sup>En este sentido, señala el artículo 637 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim) que *“Procederá el sobreseimiento libre:*

*1.º Cuando no existan indicios racionales de haberse perpetrado el hecho que hubiere dado motivo a la formación de la causa.*

*2.º Cuando el hecho no sea constitutivo de delito.*

*3.º Cuando aparezcan exentos de responsabilidad criminal los procesados como autores, cómplices o encubridores.*

*El efecto que ofrece esta clase de sobreseimiento no es otro que el archivo definitivo de las actuaciones, al tener valor de cosa juzgada material y tener los mismos efectos que una condena absolutoria”*.

Por su parte, el artículo 641 LECrim dispone que *“Procederá el sobreseimiento provisional: 1.º Cuando no resulte debidamente justificada la perpetración del delito que haya dado motivo a la formación de la causa. 2.º Cuando resulte del sumario haberse cometido un delito y no haya motivos suficientes para acusar a determinada o determinadas personas como autores, cómplices o encubridores.*

*El sobreseimiento provisional dará lugar al archivo de las diligencias penales, sin perjuicio de su reapertura si aparecen nuevos elementos probatorios”*.

<sup>20</sup>En este sentido, y haciendo referencia al procedimiento penal abreviado, señala el artículo 785 LECrim que *“1. En cuanto las actuaciones se encontraren a disposición del órgano competente para el enjuiciamiento, el Juez o Tribunal examinará las pruebas propuestas e inmediatamente dictará auto admitiendo las que considere pertinentes y rechazando las demás, y prevendrá lo necesario para la práctica de la prueba anticipada.*

*2. Contra los autos de admisión o inadmisión de pruebas no cabrá recurso alguno, sin perjuicio de que la parte a la que fue denegada pueda reproducir su petición al inicio de las sesiones del juicio oral, momento hasta el cual podrán incorporarse a la causa los informes, certificaciones y demás documentos que el Ministerio Fiscal y las partes estimen oportuno y el Juez o Tribunal admitan”*.

Y en relación al procedimiento ordinario, dispone el artículo 659 de la LECrim que *“Devuelta que sea la causa por el Ponente, el Tribunal examinará las pruebas propuestas, e inmediatamente dictará auto admitiendo las que considere pertinentes y rechazando las demás.*

*Para rechazar las propuestas por el acusador privado, habrá de ser oído el Fiscal si interviniera en la causa.*

*Contra la parte del auto admitiendo las pruebas o mandando practicar la que se hallare en el caso del párrafo tercero del artículo 657, no procederá recurso alguno”*.

<sup>21</sup>Vid. CALVO VÉRGEZ, J.: La valoración de la prueba en el delito fiscal, en Estudios financieros. Revista de contabilidad y tributación, n.º 401-402, 2016, p. 102.

razonadamente la pertinencia de la prueba en el momento de su proposición así como la necesidad de su práctica, en aras de evitar diligencias innecesarias así como suspensiones carentes de razón de ser que generan dilaciones indebidas<sup>22</sup>.

Ciertamente, CASADO OLLERO considera que el ámbito penal no debería de interferir en el “*quantum de las obligaciones fiscales incumplidas haciendo al sujeto infractor de peor o mejor condición que al contribuyente cumplidor (...)*”<sup>23</sup>, ya que, según el autor, ambos contribuyentes, defraudador en sede penal y defraudador en vía administrativa, deben de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos con las mismas condiciones y reglas establecidas en la ley. Es por ello que el lector pudiera plantearse si realmente a la Administración Tributaria le interesaría o no emitir un informe de denuncia por una presunta comisión de delito fiscal, sabedora de que la deuda tributaria calculada por esta pudiera resultar alterada sustancialmente en sede penal.

En cuanto a la rectificación de la liquidación vinculada al delito que debe efectuarse para ajustarla a lo que determine la resolución judicial, debe entenderse esta como un acto de ejecución de sentencia cuya forma de proceder será la establecida en el artículo 999 LECrim, el cual resultó añadido por la Ley 34/2015, y pasó a disponer que “*1. En la ejecución de sentencias por delitos contra la Hacienda Pública, la disconformidad del obligado al pago con las modificaciones que con arreglo a lo previsto en la Ley General Tributaria lleve a cabo la Administración Pública se pondrá de manifiesto al Tribunal competente para la ejecución, en el plazo de 30 días desde su notificación, que, previa audiencia de la Administración ejecutante y del Ministerio Fiscal por idéntico plazo, resolverá mediante auto si la modificación practicada es conforme a lo declarado en sentencia o si se ha apartado de la misma, en cuyo caso, indicará con claridad los términos en que haya de modificarse la liquidación.*

*2. Contra el auto que resuelva este incidente cabrá recurso de apelación en un solo efecto o, en su caso, el correspondiente de súplica”.*

Vemos, pues, que en palabras de PALAO, “*la función que el nuevo precepto confiere al juez penal es de naturaleza contencioso-administrativa, ya que consiste en*

---

<sup>22</sup>Al respecto, vid. CALVO VÉRGEZ, J.: Estudios financieros. Revista de contabilidad y tributación, n.º 401-402, 2016, p. 104.

<sup>23</sup>Cfr. CASADO OLLERO, G.: Administración tributaria, jurisdicción penal y delito fiscal, en VV.AA: Estudios jurídicos en memoria de don César Albiñana García-Quintana. Ministerio de Economía y Hacienda. Instituto de Estudios Fiscales. Madrid, 2008, p. 1604.

*la revisión judicial de un acto administrativo. Constituye, por tanto, una anomalía en la distribución de competencias entre los distintos órdenes jurisdiccionales”<sup>24</sup>.*

No podíamos finalizar el presente apartado sin destacar el voto particular emitido por la Vocal María Concepción Sáez Rodríguez, en el Informe del CGPJ con fecha de 30 de septiembre de 2014 al Anteproyecto de Ley. En él, se reflejaban, entre otras muchas cuestiones, que existe un “*desconocimiento voluntario de la construcción normativa, doctrinal y jurisprudencial respecto a la naturaleza de los diferentes actos administrativos (las liquidaciones tributarias previstas en el caso de que se pasen a la jurisdicción penal se configuran como de trámite, pero se le asignan efectos de ejecutividad propias de los definitivos); y de los distintos tipos de liquidaciones tributarias (se introduce un nuevo tipo de liquidación provisional que nada tiene que ver con la construcción normativa y doctrinal sobre la materia, configurándose como acto no reclamable, sin modificar el artículo 227.3 LGT). Es evidente que esta reforma choca con todo el entramado doctrinal, jurídico y jurisprudencial sobre la materia, como si prescindiendo del arte arquitectónico se decidiera actuar contra la estructura de un edificio, afectando no solo al mismo sino también a los colindantes*”. Y es que lo que viene a exteriorizar el voto particular es una crítica aguda a la disfuncionalidad que se produce en las competencias atribuidas a los órganos jurisdiccionales, quedando la potestad jurisdiccional seriamente comprometida.

En efecto, el denominado falso paralelismo procedimental, esto es, las dos liquidaciones simultáneas a las que hace referencia ESPEJO POYATO, favorece, en palabras de PALAO, “*la confusión entre la investigación por la Inspección tributaria de los elementos vinculados y la de aquellos no vinculados a éste y, por tanto, agrava el riesgo de autoincriminación ya existente en el sistema anterior si bien limitado por el deber de suspender las actuaciones, que no existe en el nuevo sistema*”<sup>25</sup>.

Para el autor citado, el veto del legislador a la jurisdicción contencioso administrativa no es tanto un asunto que se encuentre ligado exclusivamente a su posible inconstitucionalidad sino a la calidad legislativa y eficacia, y ello porque este sistema artificioso “descansa sobre la distinción en el seno del hecho imponible generador de la obligación tributaria entre elementos relacionados y no relacionados con

---

<sup>24</sup>Cfr. PALAO TABOADA, C.: en Revista Española de Derecho Financiero, n.º 167, 2015, p. 60.

<sup>25</sup>Cfr. PALAO TABOADA, C.: en Revista Española de Derecho Financiero, n.º 167, 2015, p. 62.

un posible delito”<sup>26</sup>, es decir, liquidación vinculada y no vinculada al delito, situación esta que no siempre será posible. Además, el legislador confunde el concepto de deuda tributaria, como puede advertirse cuando utiliza diferentes términos, tales como “obligación tributaria vinculada al delito”; “deuda tributaria liquidada”; “cuota defraudada”; o “cuantía defraudada” (artículos 253 y siguientes LGT). En este sentido, aunque es cierto que pueden apreciarse algunas distinciones en el concepto de cada una de las expresiones mencionadas, por no ser exactamente la misma cosa, da la sensación de que el legislador confunde los términos empleados en sede penal y en vía administrativa, al mezclarlos entre sí, lo cual debe reprocharse.

En puridad, el hecho de no permitirse el control jurisdiccional de las liquidaciones vinculadas al delito supone “*un acto sui generis con una finalidad pura y simplemente recaudatoria, immune a cualesquiera vicios procedimentales*”<sup>27</sup>, con fuerza ejecutiva. Sin embargo, este privilegio hacia la Administración tributaria no se comprende, más aún cuando existe una confusión en la distribución de competencias jurisdiccionales -*un juez del ámbito penal resolverá lo pertinente en relación a la deuda tributaria vinculada al delito*- y perfectamente podría cuestionarse si los hechos comprobados por la Administración en la liquidación efectuada han sido o no adecuados, amén de la interpretación realizada sobre tales hechos acaecidos.

Así mismo, puede afirmarse que la propia Administración tributaria no debería regularizar una situación amparándose en unos hechos manifiestamente contrarios a los reflejados en sede penal. Lo que debe sostenerse es que la Administración no puede apartarse de lo que hubiere determinado el juez en sede penal, debiendo atenerse a la base fáctica acreditada en la fase sumarial<sup>28</sup>. Dando cumplimiento a tal previsión, perfectamente podría regularizarse una situación tributaria. Y es que la resolución judicial, en este sentido, no sólo vincula a la vía administrativa, sino que restringe el margen de maniobra que la Administración pudiera tener de no haberse declarado probados los hechos objeto de denuncia. De no ser así<sup>29</sup>, esto es, si la Administración vulnera dicho principio de prevalencia de la vía judicial, se estaría quebrantando, cuanto menos, el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en tanto que no se ejecuta lo

---

<sup>26</sup>Cfr. PALAO TABOADA, C.: en Revista Española de Derecho Financiero, n.º 167, 2015, p. 63.

<sup>27</sup>Cfr. PALAO TABOADA, C.: en Revista Española de Derecho Financiero, n.º 167, 2015, p. 63.

<sup>28</sup>Vid. GARCÍA DÍEZ, C.: en Estudios Financieros. Revista de Contabilidad y Tributación, n.º 410, 2017, p. 50.

<sup>29</sup>En relación a las consecuencias de esta vulneración descrita, con un análisis jurisprudencial amplio del más alto tribunal en materia constitucional, y la posible respuesta penal, vid. GARCÍA DÍEZ, C.: en Estudios Financieros. Revista de Contabilidad y Tributación, n.º 410, 2017, pp. 59 y ss.

juzgado, tal y como desprende el artículo 24.1 CE, por no decir que se estaría así mismo cometiendo un posible delito de prevaricación administrativa, tipificado en el artículo 404 CP<sup>30</sup>.

\* \* \* \* \*

---

<sup>30</sup>Señala el precepto que cometerá tal delito “*la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo se le castigará con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de nueve a quince años*”. En este sentido, el Tribunal Supremo ha manifestado, en STS de 22 de diciembre de 2010, que “*no se trata de sustituir a la jurisdicción administrativa (...), sino de sancionar supuestos límites, en los que la actuación administrativa no solo es ilegal, sino además injusta y arbitraria*”.

## Pino Esther Hormiga Franco

Juez sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de Canarias, España. Licenciada en Criminología. Socia de la FICP.

### ~El temor a una agresión mayor~

**Sumario.-** I. Introducción. II. En presencia de menores. III. Mediación como una alternativa. IV. Consideraciones finales. V. Bibliografía.

**Resumen.-** El legislador ha incluido la modalidad agravada cuando los hechos se cometan en presencia de menores, en los tipos penales de violencia de género por entender que debe imponerse un mayor reproche penal y una mayor antijuridicidad de la conducta que realiza el sujeto activo. Pero la expresión en presencia de menores, hizo que se plantearan dudas en relación a su aplicación, casuística resuelta por la STS de Pleno 188/2018, de 18 de abril, que innova dando lugar a la unificación de criterios, a la hora de interpretar el ámbito de esta mención.

**Palabras claves.-** Menores, víctimas, violencia, género.

## I. INTRODUCCIÓN

A nuestros operadores jurídicos les preocupa la situación que sufren los menores en las familias cuando se producen supuestos de violencia por encontrarse desprotegidos. La obligación de proteger a los menores víctimas es del Estado. Para la debida protección se aplica la Decisión Marco del Consejo de la UE (art. 8), en el caso que se repitan los hechos delictivos sobre los menores víctimas de violencia, máxime cuando éstos se producen en un ámbito íntimo y cerrado y en ocasiones no siempre fácilmente perceptible por la personas de su entorno.

El escenario del miedo que se crea en los episodios de violencia de género y sus consecuencias lleva a contextualizar a la víctima por la situación de debilidad en la que se encuentra la mujer-madre y protectora de esos niños y niñas en la mayoría de los casos. Esta posición de debilidad se explica cuando la víctima no presenta denuncia o se retrasa en formularla o incluso cuando se acoge a su derecho a la dispensa del artículo 416 de la LECRIM, interpretado recientemente por el también discutible acuerdo plenario de la Sala 2.<sup>a</sup> de 23 de enero de 2018 acerca del alcance de esta dispensa de declarar, que impide “rescatar o valorar anteriores declaraciones del familiar-testigo aunque se hubieran efectuado con contradicción o se hubiesen efectuado con el carácter de prueba preconstituida” y admite acogerse a esa dispensa a “quien, habiendo estado constituido como acusación particular, ha cesado en esa condición”<sup>1</sup>. La acción que despliega el hombre sobre la mujer por ejemplo para matarla anula su capacidad de

---

<sup>1</sup> Véase el Acuerdo de Pleno no Jurisdiccional de 23 de enero de 2018.

defensa, de ahí que el TS aplique la perspectiva de género para convertirlo en un asesinato, al concurrir la alevosía sorpresiva. Este miedo se extiende a los menores que conviven con el agresor y así esa perspectiva de género contempla a los menores como víctimas de la violencia sobre la mujer.

Los menores son víctimas de violencia cuando esta se ejerce sobre sus progenitoras, porque los actos violentos no sólo afectan a la mujer sino que produce efectos a las personas que engloban la familia, de forma más cercana, a la víctima inmediata, que es la mujer y los hijos; los menores pueden ser instrumento de transmisión de diferentes modos de violencia por parte de uno de sus progenitores hacia el otro. Y, según las estadísticas, son utilizados la mayoría de las veces como elemento a través del cual los progenitores paternos ejercen la violencia sobre las madres. Es decir, sirven de vía a través del que se ejerce la violencia de género sobre la mujer.

Y estas conclusiones dan lugar a la elaboración de una exposición detallada. Como personas perjudicadas, 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 ambos elementos de la exposición. Las mujeres temen por su integridad física o psíquica pero este temor crece y va en aumento cuando se teme por la vida o integridad de sus propios hijos.

## **II. EN PRESENCIA DE MENORES.**

El Informe del Grupo de Trabajo de Investigación sobre la Infancia Víctima de la Violencia de Género, explica claramente:

“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>2</sup>

Aunque no comparta en su totalidad el argumento esgrimido por el Grupo de Trabajo de Investigación sobre la Infancia Víctima de la Violencia de Género, en cuanto

---

<sup>2</sup> GÓMEZ FERNÁNDEZ, I., Hijos e hijas víctimas de la violencia de género, RAD, 8/2018, p. 6.

a la visión de los jueces, al entender que el maltratador, como agresor que es, será capaz de hacer daño y lesionar a todas las personas que le rodeen, hoy por hoy se considera a los menores víctimas directas de la violencia de género y así lo expuso el propio Tribunal Supremo en la reciente STS núm. 247/2018, de 24 de mayo<sup>3</sup>, con cita de abundante jurisprudencia, 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 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”.

Una vez unificada la interpretación de las palabras en “presencia de menores”, lo que pretende este tipo agravado es evitar que los menores que conviven en el entorno familiar donde ocurren los episodios de violencia, sean victimizados. Es decir, los menores que convivan y que son víctimas directas también de estos ilícitos penales de violencia familiar o de género, se percaten de la situación de ataques y de violencia por cualquiera de sus sentidos, aunque los mismos no se encuentren físicamente en la habitación donde están discurriendo los hechos, bastando que los mismos estén en el domicilio y/o puedan escuchar o ver por ejemplo la escena de violencia que allí ocurre.

Así, se ha resuelto el alcance de la expresión en presencia de menores que está recogida en el art. 153.3 (maltrato) 171.5.2 (amenazas) 172.2.3.º (coacciones) y 173.2.2 (maltrato habitual) dentro de los ilícitos penales que castigan actos de violencia de género, y en donde el legislador ha optado por incluir una serie de agravaciones de las conductas contempladas en los tipos penales de violencia de género, por conllevar un mayor reproche jurídico y una mayor antijuridicidad penal de la conducta desplegada por el autor.

---

<sup>3</sup> Véase la STS de Pleno 188/2018, de 18 de abril, Ponente: Alberto Gumersindo Jorge Barreiro, que innova, dando lugar a la unificación de criterios, a la hora de interpretar el alcance de esta mención que se cita en el precepto expuesto, a fin de analizar e interpretar el alcance de esta expresión que supondría fijar la penalidad por el hecho cometido en la mitad superior de la pena para el caso concreto.

De manera resumida sobre la interpretación de la expresión en presencia de menores, enumero las líneas principales sobre su contenido:

1. La presencia de un solo menor en los hechos permite aplicar la agravación penal en la mitad superior.

2. La declaración en presencia de menores debe englobar tanto las hipótesis en los que el menor observa visualmente los hechos como aquellos otros en los que el menor, coincide al momento en el que se están desarrollando, los divisa de cualquier otro modo, estando lúcido del acto de violencia.

3. La norma no exige presencia física y visual, sino percepción de cualquier modo, que también puede ser no visual.

4. En cualquier caso, si no es a su presencia, pero está en otra habitación de la casa concurriría la agravación si se trata del domicilio común de la pareja, o si se trata del domicilio de la víctima, ya que estas situaciones relacionadas con cometer el hecho en estos lugares ya tienen autonomía propia para permitir la agravación de la pena en su mitad superior.

5. Los menores pueden ser hijos o hijas comunes o no comunes e incluso podría ser menores que por alguna razón se encuentra en el domicilio donde ocurre el hecho de violencia. El precepto no lo exige, y por ello podría darse la agravación en el caso de que se cometa un acto de maltrato y sea presenciado por un menor que va por la calle con sus padres, cuando esta visualización del menor del acto de maltrato pueda ser probada en el acto del plenario.

6. Se persigue, con ello, agravar la pena para los casos en los que la conducta de maltrato sea presenciada por los menores por el daño que esa percepción del ejercicio de la violencia les causa, pero, sobre todo, la violencia que es ejercida por sus progenitores, lo que agrava el perjuicio de la acción del autor sobre un sujeto pasivo, pero que, además, tiene otros sujetos pasivos en este caso, como son los menores, que vienen a ser víctimas directas de una contemplación de la violencia que se ejerce ante ellos, o ante su percepción.

7. El 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, recogió, así, que “los niños son víctimas de la violencia doméstica, incluso como testigos de violencia dentro de la familia”.<sup>4</sup>

El tipo agravado de los delitos antes mencionados de violencia sobre la mujer, por actuar en presencia de los hijos, como ya hemos dicho y reiteramos, 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.”.<sup>5</sup>

El Tribunal Supremo confirma en que la aplicación de la modalidad agravada cabe cuando el menor se percate o perciba la situación de violencia o de conflicto familiar “por cualquiera de los medios sensoriales con que pueda cerciorarse de los hechos. Sin que para ello sea preciso que los vea de forma directa por estar delante de los protagonistas de la escena violenta, sino que puede conocerla de forma sustancial a través de su capacidad auditiva y de otros medios sensoriales complementarios que le den perfecta cuenta de lo que está realmente sucediendo”.<sup>6</sup>

Este problema quedó resuelto cuando el maltrato se da en el hogar exclusivo del autor del hecho y el menor no lo presencia físicamente, o no lo ve, como fija la STS nº 188/2018 de 18 de abril, por estar en una habitación distinta, aún así concurre la agravación, por cuanto, al no exigirse la presencia visual se aplicaría la agravación si el menor solo escucha y es completamente despierto de lo que está sucediendo, percibiendo tanto de las manifestaciones verbales que contienen un componente agresivo o violento como del sonido que es propio de un golpe o de una agresión.

La medida de protección sobre los menores, hijas e hijos de las mujeres víctimas de violencia de género constituye uno de los elementos principales del Pacto de Estado que exige una resolución más rápida. Según la encuesta que se calificó de macroencuesta de violencia contra la mujer realizada en 2015, del total de mujeres que sufren o han sufrido violencia física, sexual o miedo de sus parejas o exparejas y que tenían

---

<sup>4</sup> MAGRO SERVET, V., Interpretación y alcance del subtipo agravado de cometer el delito en presencia de menores, 2018, LL, pp. 2-4.

<sup>5</sup> LARRAYOZ SOLA, I., La agravante de violencia de género por actuar «en presencia» de los hijos no requiere que estos hayan visto la agresión, RAD, 7/2018, pág. 2.

<sup>6</sup> LARRAYOZ SOLA, I., La agravante de violencia de género por actuar «en presencia» de los hijos no requiere que estos hayan visto la agresión, RAD, 7/2018, pág. 2.

hijos/as en el momento en el que se produjeron los episodios de violencia, el 63,6% afirmó que los hijos e hijas presenciaron o escucharon alguna de las situaciones de violencia. De las mujeres que contestaron que sus hijos o hijas presenciaron o escucharon los episodios de violencia, el 92,5% afirmaron que los mismos eran menores de 18 años cuando sucedieron los hechos.

También la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima, en el art. 2. b. 1º, se refiere, para citar a "víctimas del delito", 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. Con ello, la expresión menor se refiere a un concepto más amplio que el de descendientes propios de ambas partes, autor y víctima del delito, o de uno de ellos, a fin de extenderse a cualquier menor que pudiera presenciar el ilícito penal. Se pretende, con la agravación de hechos de maltrato "con presencia de menores", evitar que se produzca un aprendizaje por los menores de conductas de violencia y el evidente sufrimiento que provoca la conducta en el menor que visualiza un acto de maltrato.

Por ello el Real Decreto-Ley 9/2018, introduce una reforma en el artículo 156 del Código Civil para dar cumplimiento a la medida 148 del CC. Del Informe de la Subcomisión del Congreso que propone, no vincular la intervención psicológica con menores que sufren y conviven con actos de violencia de género en el ejercicio de la patria potestad. En concreto la modificación que afecta al artículo 156 del Código Civil tiene como fin que la atención y asistencia psicológica de los hijos queda fuera de la lista de actos que precisan una decisión común en el ejercicio de la patria potestad, cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro progenitor o de los hijos e hijas de ambos.<sup>7</sup>

La Disposición Final segunda del Real Decreto-ley 9/2018, de 3 de agosto (RCL 2018, 1165) , de medidas urgentes para el desarrollo del Pacto de Estado contra la violencia de género, publicado en el BOE de 4 de agosto, añade un nuevo párrafo segundo en el artículo 156 del Código Civil con la siguiente redacción: "Dictada una sentencia condenatoria y mientras no se extinga la responsabilidad penal o iniciado un procedimiento penal contra uno de los progenitores por atentar contra la vida, la

---

<sup>7</sup> Real Decreto-Ley 9/2018, de 3 de agosto, de medidas urgentes para el desarrollo del Pacto de Estado contra la violencia de género. BOE 4 Agosto 2018. La Ley 12994/2018.

integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual de los hijos o hijas comunes menores de edad, o por atentar contra el otro progenitor, bastará el consentimiento de éste para la atención y asistencia psicológica de los hijos e hijas menores de edad, debiendo el primero ser informado previamente. Si la asistencia hubiera de prestarse a los hijos e hijas mayores de dieciséis años se precisará en todo caso el consentimiento expreso de éstos”.<sup>8</sup>

A mi juicio, no era necesaria la introducción en el Código Civil de la modificación del artículo 156, por tener ya encaje legal en el propio código civil. Primeramente cuando hay desacuerdo entre los progenitores se acudirá al juez, que lo resolverá. A continuación cabe de oficio, a instancia del propio hijo, pariente o Ministerio Fiscal solicitar cualquier medida para separarles de cualquier peligro que les pueda atentar y sin olvidar el derecho del menor a ser oído en cualquier procedimiento y en todo caso, cuando tenga la edad de los doce años cumplidos.

Quizás esta situación en el ámbito y jurisdicción civil se podría evitar, al menos en los delitos graves de violencia de género, si viniera la pena de privación de la patria potestad aparejada de manera preceptiva en el tipo penal.

Y por último debemos incluir, en mi opinión como una forma de maltrato infantil, maltrato infantil de género no sólo porque han sido víctimas directas de la violencia de género percibiendo la situación de violencia por cualquier medio sensorial sino porque en algunos casos cuando la violencia sobre la mujer cesa directamente, el agresor continúa la violencia a través de los hijos o menores para atentar nuevamente sobre la mujer. Por tanto cuando se puede acreditar esa finalidad se debe hablar de violencia infantil de género.<sup>9</sup> No nos olvidemos, que el ataque a los menores es directo, que ellos son víctimas primarias del delito, que se ataca a su integridad psíquica, al desarrollo normal de su personalidad, al equilibrio armonioso que debe vivir todo menor, por lo que en estos casos, además de la aplicación de las penas agravadas, no podemos olvidar la privación del ejercicio de la patria potestad a un progenitor paterno que no tiene respeto por los derechos de su propio hijo/a.<sup>10</sup>

---

<sup>8</sup> CORERA IZU, M., El Decreto sobre violencia de género y la patria potestad, LL, 11209/2018, p. 3.

<sup>9</sup> DE TORRES PORRAS, F., Menores víctimas directas de la Violencia de Género, [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com), p. 12.

<sup>10</sup> La STS 247/2018, de 24 de mayo, menciona el interés por la Fiscalía en el recurso que se imponga la pena de privación de la patria potestad con respecto a la menor, hija común del condenado y víctima, Silvia al no considerar correcta y razonable la desestimación de esta pena interesada por la Fiscalía, dada la gravedad de los hechos que se cometen a presencia de la menor, la brutalidad del ataque del padre de

### III. LA MEDIACIÓN COMO UNA ALTERNATIVA.

La mediación está prohibida en cualquiera de los procedimientos penales de violencia sobre la mujer así como en la justicia penal en general. Esta prohibición reduce la posibilidad que tiene la mujer de decidir sobre ciertas cuestiones que le atañen de manera muy directa y de cara a conseguir la reparación del daño y la reinserción del delincuente. Quizás porque la situación de la mujer en esta clase de ilícitos penales es muy especial. Su agresor es ese hombre al que le une o le unió una relación matrimonial o de afectividad y se cree que en la mediación podría éste manipular a la víctima presentándose a la sociedad como otra muestra de violencia o de dominación. De esto se deduce que el legislador establece una dificultad de discernir a la mujer cuando la misma se convierte en víctima de violencia de género. Pero si pudiéramos aplicar la mediación y con ésta se consiguiera el perdón o arrepentimiento del agresor, la reparación del daño a la víctima, que el agresor se someta a tratamiento psicológico o adecuado a su rehabilitación, me pregunto si estos resultados no son los que queremos conseguir con la imposición además de una pena en nuestro Derecho penal. En mi opinión, no soy partidaria de aplicar la mediación en los delitos de violencia de género en general, pero sí podría ser aplicable de manera excepcional en delitos leves o delitos menos graves cuya entidad no sea de una entidad suficiente como para prohibir la mediación de una manera radical. Podemos encontrarnos con víctimas de violencia de género de muy diferentes tipos, tal y como diferentes pueden ser los actos de violencia de género. Lo que sí es cierto que hasta la actualidad, no hemos encontrado un sistema de educación y de lucha contra la violencia de género porque continúan siendo muy altas las tasas de víctimas de la violencia, por ello debemos buscar y encontrar otros mecanismos para aminorar el número de víctimas existentes y la mediación junto con la educación y formación podrían ayudar a erradicar este tipo de violencia. Así por ejemplo, FÁBREGA RUIZ<sup>11</sup> estima que la prohibición establecida en materia de mediación en violencia de género “debe ser suprimida, pues la limitación que impone no tiene justificación, siempre que la mediación se desarrolle correctamente teniendo en cuenta la asimetría y desigualdad de poder que pueden existir en la relación entre víctima y persona acusada y que debe comprobarse caso por caso y ser especialmente vigilada por el mediador.”.

---

Silvia contra su propia madre, que se llevará a cabo con su presencia en la casa y la especial incidencia que puede suponer para el desarrollo de la personalidad de la menor haber presenciado este hecho, y que quedará grabado en la retina de la menor por ser al agresor a su madre su propio padre.

<sup>11</sup> FABREGA RUIZ, C.F., Mediación familiar y ejercicio de la patria potestad, 2010, p. 6.

En las conclusiones del Seminario del CGPJ sobre Instrumentos Auxiliares en el Ámbito del Derecho de Familia de 2010 se afirmó expresamente que “se entiende desafortunada la previsión recogida en el art. 87 ter de la LOPJ en su redacción dada a éste por la LO 1/2004 de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la violencia de género, referente a vedar la mediación en todos los casos atribuidos a la competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, sin diferenciar grados de violencia, ni si la misma es estructural o contextual. En definitiva se considera que la solución asumida por el legislador de prohibición absoluta de la mediación en todos los supuestos resulta encorsetada, ilógica e ineficaz, puesto que lo que debería ser determinante es la averiguación y determinación previa de la situación de equilibrio o desequilibrio entre el agresor y la víctima, para dar cabida o no a la mediación.”. Y en la Guía para la práctica de la mediación intrajudicial de 2013, indicaba que “la experiencia demuestra que no se debería descartar el proceso de mediación en estos supuestos (delitos más graves), debe permitirse que sea la víctima de la infracción quien decida si desea someterse al proceso de mediación, y, contar asimismo con la determinación en el mismo sentido del acusado o condenado. No cabe duda que hasta en delitos muy graves, la mediación podría llevarse a efecto pasado un tiempo de cumplimiento de pena de prisión», y referido a ello, podríamos citar los denominados «Encuentros Restaurativos» entre presos de la banda terrorista ETA y víctimas. De manera cercana y próxima a la violencia familiar está la sustracción internacional de menores que aquí el legislador español ha incluido la mediación con la reforma llevada a cabo por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, que puede ser solicitada por las partes o también aplicable de oficio. Esta postura diferente del legislador se debe a la obligación de igualar a nivel internacional la materia como el Convenio de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de 25 de octubre de 1980, que se refiere implícitamente a la mediación cuando en el art. 7.c) prevé como obligación de los Estados colaborar entre sí con el fin de garantizar la restitución voluntaria del menor o facilitar una solución amigable.<sup>12</sup>

#### **IV. CONSIDERACIONES FINALES.**

El tema de la violencia sobre la mujer y por ende de los menores es un problema que hay que solucionarse, igual debemos de escuchar a otros operadores de otros

---

<sup>12</sup> ORTIZ PRADILLO, J. C., Estereotipos legales en la lucha contra la violencia machista: la irrelevancia jurídica de la voluntad de la víctima, LL, 416, 2016, 13.

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 y solucionar los problemas que se suscitan en este campo de la violencia de género como por ejemplo, el conflicto interno que puede producir en el fuero interno del testigo para no perjudicar a la víctima y la recomendación de reforma que debe afrontar el artículo 416 de la LECRIM, calificar la alevosía doméstica como sorpresiva en aquellos casos por ejemplo el ataque a la víctima cuando la misma se encontraba en la cama es alevoso, la mujer está en una situación de relajación absoluta sin que pueda prever el ataque o armarse de medios para poder hacer frente al ataque al menos con una mínima defensa, además de la confianza que se genera con alguien cuando convives diariamente con ella o extender el ámbito de protección a personas más vulnerables o especialmente protegidas por su situación. 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 graves. 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. Lo cierto es que la doctrina y la jurisprudencia está dando pasos agigantados en la búsqueda de sanciones adecuadas a la realidad de los hechos pero debe ser el legislador el que se adelante y prevea las situaciones de violencia para prevenir los hechos delictivos. Así lamenta el TS que el legislativo no haya legislado para regular el alcance de la dispensa pese a los numerosos informes y recomendaciones que hay en este sentido.

Por ello es recomendable leer estas últimas sentencias de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que a mi juicio resultan interesantes y fijan acertadamente criterios a seguir en esta materia.

En primer lugar, la sentencia 247/2018, de 24 de mayo, que ha sido comentada en esta exposición mereció artículos de periódicos al señalarse que era novedoso que el TS aplicara la perspectiva de género en la acción realizada por el autor consistente en el intento de matarla anulando su capacidad de defensa, lo que determinó la modificación

de la tipificación del ilícito penal inicial de tentativa de homicidio por la de asesinato, al intervenir la alevosía sorpresiva. Pero también creo que se aplica, acertadamente, esa perspectiva de género al contemplar a los menores como víctimas de la violencia de género y estimar parcialmente el recurso del Ministerio Fiscal interesando la privación de la patria potestad de la hija del condenado que presenció los hechos. Esta sentencia viene a reflejar la aplicación de la privación de la patria potestad aunque el ataque no vaya directamente contra el menor pero sí contra su madre, por entender que quién ataca a la madre del menor no puede ser apto para el ejercicio de los deberes como progenitor.

En segundo lugar, importante resulta la fijación de criterio introducida por la Sentencia del Tribunal Supremo 420/2018, de 25 de septiembre, en virtud de la cual se fija el criterio acerca de cuándo se aplica la agravante de género del art. 22.4 CP. Nótese que se trata ésta de una circunstancia de la responsabilidad penal con nota subjetiva encabezada por el elemento de dominación o machismo que se despliega del actuar del ilícito penal, lo que deberá constar en el hecho probado para, de ahí, deducir que concurren los elementos de la agravación de género en cuanto ataque a la mujer por el hecho de ser mujer y como expresión de acto de dominación o machismo. Esta agravante es perfectamente compatible con la agravante de parentesco del art. 23 del Código Penal, dada la condición de agravante de carácter objetiva, lo que permite apreciarla de forma conjunta con la de género.

## V. BIBLIOGRAFÍA.

CORERA IZU, Martín. El Decreto sobre la violencia de género y la patria potestad, La Ley 11209, 2018.

DE TORRES PORRAS, Flor. Menores víctimas directas de la violencia de género. Recurso electrónico disponible en: [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com).

GÓMEZ FENÁNDEZ, Itziar. Hijas e hijos víctimas de la violencia de género. Revista Aranzadi Doctrinal, 8/2018.

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.

MAGRO SERVET, Vicente. “Interpretación y alcance del subtipo agravado de cometer el delito en presencia de menores.”. La Ley 6860, 2018.

ORTIZ PRADILLO, Juan Carlos. Estereotipos legales en la lucha contra la violencia machista: la irrelevancia jurídica de la voluntad de la víctima. La Ley, 416, 2016.

\* \* \* \* \*

## Albano Padrón González

Juez sustituto adscrito al Tribunal Superior de Justicia de Canarias, España. Socio de la FICP

### ~Intervención en supuestos extremos de estado de necesidad y responsabilidad civil derivada de los daños y perjuicios causados~

#### I. INTRODUCCIÓN

El estado de necesidad se configura en nuestro Código Penal como una causa de justificación que ampara la situación de necesidad ante un peligro inminente de unos intereses legítimos, para cuya superación es preciso lesionar el bien jurídico de otra persona. El estado de necesidad protege a quien para evitar un mal propio o ajeno debe causar otro mal que no puede ser más grave que el que trata de evitar, sin que quien ocasiona dicho mal haya provocado voluntariamente la situación de necesidad, y siempre que dicha persona no tenga un especial deber de sacrificarse. Con el estado de necesidad el Código Penal impone un deber de tolerancia a quien padece el mal causado proveniente de quien trata de evitar uno propio o ajeno, y ampara todo tipo de bien jurídico tales como la vida, la integridad personal y la libertad.

El estado de necesidad se considera ofensivo cuando se dañan bienes jurídicos de personas ajenas a la fuente de peligro y defensivo cuando los bienes jurídicos dañados corresponden a personas vinculadas a la fuente de peligro, sin que tenga necesariamente que constituir una agresión ilegítima pues el peligro puede provenir de un objeto, un animal o una conducta humana no agresiva.

La eximente prevista en el artículo 20.5 del Código Penal<sup>1</sup> determina la posibilidad de excluir la responsabilidad penal en el caso de que se cumplan con los requisitos dispuestos legalmente. No obstante, el artículo 118 del Código Penal establece que la exención de dicha responsabilidad criminal no excluye las consecuencias civiles derivadas de la lesión al bien jurídico que ha resultado sacrificado, cuando concurren las circunstancias indicadas en su regla tercera<sup>2</sup>. En dicho

---

<sup>1</sup> El artículo 20 del Código Penal, dispone en su apartado 5º que están exentos de responsabilidad criminal “El que, en estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber, siempre que concurren los siguientes requisitos:

Primero. Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar.

Segundo. Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto.

Tercero. Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse.”

<sup>2</sup> El artículo 118.1.3º del Código Penal español refiere que “En el caso del número 5º serán responsables civiles directos las personas en cuyo favor se haya precavido el mal, en proporción al

apartado, para el supuesto en que la responsabilidad recaiga sobre las Administraciones Públicas o la mayor parte de la población (por ser en cuyo favor fue prevenido el mal), se realiza una remisión a la indemnización que proceda en la forma que se regule por leyes y reglamentos especiales

## **II. SUPUESTO DE INTERVENCIÓN EXTREMA EN EL ESTADO DE NECESIDAD: EL ABATIMIENTO DE UN AVIÓN TERRORISTA**

Uno de los ejemplos de intervención en supuestos extremos de estado de necesidad deriva de aquella situación en la que uno o varios terroristas secuestran una aeronave con la finalidad de provocar su colisión contra con una gran masa de personas, un núcleo poblacional densamente poblado o contra una instalación nuclear que ponga en riesgo la vida de la población de una determinada región.

En base al principio de imponderabilidad de la vida humana la doctrina alemana mayoritaria viene rechazando la intervención frente a la aeronave con pasajeros inocentes al amparo del criterio cuantitativo, negándose a tomar en consideración la comparación de la cifra de supervivientes en el caso de provocar la destrucción de la aeronave, con el resultado en el supuesto de no intervención sobre dicha amenaza. El Tribunal Constitucional alemán declaró la inconstitucionalidad de la Ley de seguridad aérea de 11 de enero de 2005, por la que se reguló la posibilidad de que una autoridad de dicho país abatiese un avión con inocentes en el supuesto de que pudiese estimarse que pretende utilizarse para atentar contra la vida de las personas, y resulte la única forma de evitar ese peligro. Señaló la ilicitud de ponderar vidas humanas atendiendo a cuántas personas morirían si el Estado adopta una u otra decisión, y rechazó actuar al amparo de un cálculo utilitarista de las vidas de quienes se encuentran en el avión frente a las vidas de los habitantes en tierra que resultarían afectados. El alto tribunal alemán sostiene que todas las personas tienen derecho a existir y que la dignidad humana prohíbe ponderar el número de vidas salvadas respecto a las sacrificadas<sup>3</sup>.

---

perjuicio que se les haya evitado, si fuera estimable o, en otro caso, en la que el Juez o Tribunal establezca según su prudente arbitrio.

Cuando las cuotas de que deba responder el interesado no sean equitativamente asignables por el Juez o Tribunal, ni siquiera por aproximación, o cuando la responsabilidad se extienda a las Administraciones Públicas o a la mayor parte de una población y, en todo caso, siempre que el daño se haya causado con asentimiento de la autoridad o de sus agentes, se acordará, en su caso, la indemnización en la forma que establezcan las leyes y reglamentos especiales.”

<sup>3</sup> Un destacable análisis del caso alemán lo desarrolla en su artículo DOMÉNECH PASCUAL, G., ¿Puede el estado abatir un avión con inocentes abordo para prevenir un atentado kamikaze? Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre la Ley de Seguridad Aérea, Revista de Administración Pública, 170, 2006, pp. 389-425

Frente a la posición adoptada en Alemania, una intervención estatal como la analizada puede sustentarse en el deber de protección del Estado, al ostentar el monopolio de la fuerza y ser quien dispone de medios para evitar agresiones contra la vida de un elevado número de víctimas potenciales. En contra de lo argumentado en Alemania, debe defenderse la necesidad de ponderar el riesgo para las vidas en juego ante la intervención o en el supuesto de que se omita la misma. Resulta plenamente criticable, podría decirse que absurdo, y desde luego contrario a la defensa del derecho a la vida, sostener la imposibilidad de actuar ante la existencia de una aeronave con inocentes que pretende ser utilizada como arma para atentar contra la vida de una masa poblacional. Así, debe tenerse presente que el resultado final conllevaría además en la generalidad de los supuestos, la propia muerte de los ocupantes del avión. El Estado tiene la obligación de garantizar la seguridad y la defensa de la nación<sup>4</sup>, y existiendo una colisión entre el deber de proteger a los ciudadanos del avión y la evitación de una catástrofe masiva o una masacre, debe primar este último<sup>5</sup>. En concordancia con lo expuesto y al amparo de dicha obligación del Estado, se ha extendido a lo largo de los países miembros de la OTAN, en virtud de su Proyecto Renegade, una regulación normativa que ampara la destrucción de una aeronave sospechosa de atentar contra la seguridad nacional ante la amenaza de su uso como arma frente a un grupo poblacional. Así, el gobierno italiano reguló mediante decreto de 2 de abril de 2004 la posibilidad de derribar un avión civil utilizado como arma para cometer actos terroristas, bajo criterios y procedimientos declarados secretos; también Suiza, mediante Ordenanza de marzo de 2005<sup>6</sup>.

### **III. RESPONSABILIDAD CIVIL EN SUPUESTOS DE INTERVENCIÓN EXTREMA POR ESTADO DE NECESIDAD**

Atendiendo a lo previsto en nuestro Código Penal, la falta de responsabilidad penal derivada de la pertinente aplicación del estado de necesidad no implica una exención de la responsabilidad civil por la comisión del ilícito no sancionado

---

<sup>4</sup> Dicho deber resulta de lo previsto en el artículo 97 de la Constitución Española “El Gobierno dirige la política interior y exterior, la Administración civil y militar y la defensa del Estado. Ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes.”

<sup>5</sup> En diversas ocasiones el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha destacado la importancia y la obligación de reducir el riesgo de perder vidas humanas, el objetivo ha de ser «reducir al mínimo los riesgos» para la vida humana, STEDH de 28 de julio de 1998 (Ergi, 23818/94, § 79). La STEDH de 20 de diciembre de 2004 (Makaratzis, 50385/99, § 60) habla de «minimizar en la mayor extensión de lo posible cualquier riesgo para [la] vida». La STEDH de 6 de julio de 2005 (Nachova y otros, 43577/98 y 43579/98, § 103) declara el incumplimiento de la «obligación de minimizar el riesgo de pérdida de la vida».

<sup>6</sup> Véase al respecto SICILIANO, D., Sobre la justificación del uso de la fuerza militar contra aviones civiles, Revista Europea de Derechos Fundamentales, 14, 2000., pp. 155-182

penalmente. Así, nuestro CP prevé en su artículo 118.1 regla 3ª que en los supuestos en que se aplique la eximente relativa al estado de necesidad responderán como responsables civiles directos quienes se hayan beneficiado de la acción ilícita no sancionada penalmente, e indica que lo harán de forma proporcional al perjuicio que evitasen, o de no poder cuantificarse en la proporción determinada por el juez o tribunal. Además se preceptúa que cuando la responsabilidad se extienda a las Administraciones Públicas o la mayor parte de una población, y cuando el daño se haya provocado con el beneplácito de la autoridad o de sus agentes, deberá acordarse la indemnización conforme a lo dispuesto en leyes y reglamentos especiales.

Dicha regulación tiene su origen y precedente en el Código Penal de 1848, en cuyo artículo 8.º disponía que “Están exentos de responsabilidad criminal... El que con ocasión de ejecutar un acto lícito, con la debida diligencia, causa un mal por mero accidente, sin la menor culpa ni intención de causarlo”. Así, la regulación de la responsabilidad civil derivada de aquellos supuestos en que se aplica la eximente de estado de necesidad, es sustancialmente igual desde el Código Penal de 1848, no obstante, en lugar de indicarse que se responde en proporción al beneficio que hubieren reportado, se establece que se responderá en proporción al perjuicio que se les haya evitado. Los precedentes legales de los actuales artículos 20.5ª y 118.1.3ª del Código Penal, se referían a los daños causados en la propiedad ajena<sup>7</sup>. Tomando en consideración que los redactores del C.P. de 1848 se basaron en los supuestos de la echazón y el incendio en hilera, puede concluirse que el supuesto fáctico de la responsabilidad civil prevista en el artículo 118.1.3ª es la destrucción intencionada de un bien para salvar otro de iguales características, y que el bien destruido también habría perecido debido al curso causal iniciado. Por otro lado, quien provoca el daño puede ser tanto el titular de los bienes que pueden resultar salvados como un tercero, así como el propio titular del bien dañado, sin que por ello pierda el derecho a ser indemnizado.

El artículo 118.1.3ª establece que son responsables civiles directos quienes se hayan beneficiado del mal en proporción al perjuicio evitado, pero no puede desdeñarse y olvidarse al fijarse el importe indemnizatorio, la ponderación de la contribución que al daño haya producido el propio individuo que lo padece. Además, para fijar la cuantía resarcitoria no se puede tomar en consideración exclusivamente el beneficio de quienes

---

<sup>7</sup> GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M., *Ilicitud, culpa y responsabilidad penal*, Editorial Dykinson, S.L., 2006, pp. 111-192

se han prevalido del acto causante del mal, debe tomarse en cuenta el valor de los bienes que han evitado dañarse y el valor del propio bien destruido.

Partiendo de lo anterior, procede analizar las consecuencias jurídico-civiles en el supuesto del abatimiento de un avión terrorista con la finalidad de salvar la vida de una elevada masa de personas, previniendo una masacre de centenares, miles o incluso cientos de miles de personas de una población o región. Lo cierto es que a pesar de la celeridad con la que los legisladores han regulado la capacidad de intervenir contra un ataque terrorista, previendo la existencia de un responsable último para decidir si procede o no la destrucción de la aeronave<sup>8</sup>, dicha previsión legal omite referencia alguna al resarcimiento para los familiares de las víctimas inocentes que hallándose en el interior del instrumento utilizado por los terroristas, perderían su vida por la acción directa del Estado con la finalidad de proteger a una masa de personas de una población o región. Puede cuestionarse si en dicho supuesto sería aplicable lo dispuesto en el artículo 118.1.3ª del Código Penal, si podría ampararse en otra normativa extrapenal o si debería existir una regulación específica para tales supuestos. Lo que parece cierto es que ante tal supuesto de hecho los familiares de las víctimas, a pesar de no poder ser compensados por la tragedia sufrida, deben obtener una indemnización civil ante la agresión directa contra la vida de los pasajeros del avión derribado. La destrucción de una aeronave secuestrada por uno o varios terroristas con la finalidad de ocasionar una masacre, bien sea mediante su autodestrucción contra una edificación en la que puedan existir miles de personas, o contra una instalación nuclear; bien mediante su empleo para lanzar algún tipo de proyectil o bomba con idénticos efectos, puede encuadrarse como un presupuesto para considerar la pertinencia de aplicar la eximente del estado de necesidad. No obstante, la específica previsión legal de una persona responsable de autorizar dicha intervención implica la legitimidad de la orden adoptada conforme a los presupuestos fijados en la norma reguladora, y, consecuentemente, la muerte de los inocentes que se encontrasen en el interior de la aeronave resultaría lícita. Por ello considero que en dicho supuesto no resultaría de aplicación la eximente del artículo 20.5ª del Código Penal, y tampoco lo dispuesto en el artículo 118.1.3ª de la misma Ley, puesto que el abatimiento no podría constituir un ilícito penal, al resultar amparado por

---

<sup>8</sup> El artículo 16 de la Ley Orgánica 5/2005 de la Defensa Nacional regula la intervención de las Fuerzas Armadas en situaciones “Renegade”, en su letra d “La respuesta militar contra agresiones que se realicen utilizando aeronaves con fines terroristas que pongan en peligro la vida de la población y sus intereses. A estos efectos, el Gobierno designará la Autoridad nacional responsable y las Fuerzas Armadas establecerán los procedimientos operativos pertinentes.”

una Ley especial, cuya constitucionalidad no ha resultado cuestionada. A pesar de lo anterior, el perjuicio provocado por la actuación del Estado debe llevar aparejada una obligación de resarcir, ya que de conformidad con el principio general del derecho “alterum non laedere”, el agente causante de un daño o pérdida, resultará obligado a repararlo.

Una solución al supuesto resarcitorio planteado podría derivar de una interpretación flexible de la Ley 29/2011 de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo, ya que las víctimas del abatimiento avión secuestrado puede considerarse que lo son de la acción terrorista. Así, pueden distinguirse dos supuestos, uno de ellos, aquel en el que la finalidad de los terroristas es utilizar la aeronave como proyectil en sí mismo, con la intención de provocar su colisión contra una edificación o instalación para provocar una masacre; en el cual la acción del Estado respecto a las víctimas inocentes se materializa en anticipar minutos u horas una muerte que no podría ser evitada por cualquier otro modo. Y un segundo supuesto, en el que los terroristas pretenden utilizar la aeronave para, a través de ella, desprender un artefacto explosivo que pudiera igualmente ocasionar una masacre; situación en la que la intervención del estado destruyendo la aeronave provocaría la muerte de los inocentes que se encuentran en la aeronave, y que podrían sobrevivir al secuestro terrorista de no ser abatidos. En el primer supuesto debe entenderse que los pasajeros secuestrados en el avión derribado, en todo caso son víctimas de la acción de los secuestradores, limitándose la acción del Estado a impedir la consecución de la catástrofe pretendida por los terroristas mediante la destrucción del objeto (la aeronave) por ellos empleado; por lo que debe entenderse aplicable la regulación resarcitoria prevista en la Ley 29/2011, dirigida a quienes sufran una acción terrorista<sup>9</sup>. Por otro lado, si bien pudiera interpretarse que en el segundo de

---

<sup>9</sup> La Ley 29/2011 prevé como destinatarios de la misma en su artículo 3 “a quienes sufran la acción terrorista, definida ésta como la llevada a cabo por personas integradas en organizaciones o grupos criminales que tengan por finalidad o por objeto subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública.

Será aplicable igualmente, a las víctimas de los actos dirigidos a alcanzar los fines señalados en el párrafo precedente aun cuando sus responsables no sean personas integradas en dichas organizaciones o grupos criminales”.

Además, en los apartados 1 y 2 del artículo 4 considera titulares de los derechos y prestaciones regulados en dicha Ley a “1. Las personas fallecidas o que han sufrido daños físicos y/o psíquicos como consecuencia de la actividad terrorista y que, a los efectos de la Ley, son consideradas como víctimas del terrorismo.

2. Las personas que, en el supuesto de fallecimiento de la víctima al que se refiere el apartado anterior, y en los términos y con el orden de preferencia establecido en el artículo 17 de esta Ley, puedan ser titulares de las ayudas o de los derechos por razón del parentesco, o la convivencia o relación de dependencia con la persona fallecida”.

los supuestos la muerte de los inocentes que viajan en el avión es resultado y consecuencia de la decisión y el actuar del Estado, lo que podría cuestionar la aplicabilidad de la referida Ley 29/2011, debe estimarse que la acción estatal se ha ejecutado en el desempeño de su deber de protección, y siendo los verdaderos responsables de tal intervención los terroristas que con su secuestro y amenaza han tratado de provocar una catástrofe, ello debe suponer que los perjuicios sufridos por las víctimas tengan igualmente que resultar amparados por la protección que despliega la Ley de Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo.

#### **IV. BIBLIOGRAFÍA**

DOMÉNECH PASCUAL, G., en su artículo ¿Puede el estado abatir un avión con inocentes abordo para prevenir un atentado kamikaze? Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre la Ley de Seguridad Aérea, Revista de Administración Pública, 170, 2006, pp. 389-425

GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M., *Ilicitud, culpa y responsabilidad penal*, Editorial Dykinson, S.L., 2006, pp. 111-192

SICILIANO, D., Sobre la justificación del uso de la fuerza militar contra aviones civiles, Revista Europea de Derechos Fundamentales, 14, 2000., pp. 155-182

\* \* \* \* \*

## Luis Pérez Losa

Juez sustituto adscrito al Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, España. Máster en Derecho Privado e Internacional. Doctorando en Derecho civil. Socio de la FICP.

### ~La reparación del daño en el atropello del propio hijo. El desbordamiento de la pena natural~

**Resumen.-** El atropello del propio hijo, si le produce la muerte o graves lesiones, es una de las tragedias que amenaza a toda familia. Si tal conducta se ha producido mediando imprudencia grave o menos grave del progenitor, se convierte en penalmente típica y, al tratarse de delito de resultado, generadora de responsabilidad civil. Las especiales circunstancias que envuelven a estos supuestos hace que la pena natural tenga un papel destacado que puede desbordarse por las consecuencias jurídicas que se anudan al comportamiento imprudente del progenitor.

**Palabras clave.-** Atropello de hijo, imprudencia, pena natural, acción civil

**Sumario.-** I. Introducción. II. Accidentes penados. 1. Imprudencia en la causación. a) Imprudencia grave. b) Imprudencia menos grave. 2. Resultado punible y cauce procedimental. 3. Causalidad. III. Incidencia de la pena natural en la punición. IV. Reparación del daño. 1. Disponibilidad de la acción. 2. Legitimación en el ejercicio. 3. Contenido. Bibliografía.

#### I. INTRODUCCIÓN

No hay mayor pena que sobrevivir a un hijo. Es algo contra natura, que no entra en los esquemas evolutivos. Si a esto añadimos que la causa del fatal desenlace es un accidente, el sentimiento de culpabilidad de los progenitores se exagera pues, no en vano, se asume que la seguridad de los hijos es competencia de ellos<sup>1</sup>.

Aún más: la pena por la pérdida del hijo en un accidente se convierte en tragedia cuando el causante ha sido un progenitor que ha actuado de forma imprudente.

Tradicionalmente se ha venido hablando del sufrimiento por la pérdida como la pena que, por naturaleza, se impone al progenitor. No obstante, la Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, castiga ese tipo de conductas, tanto si producen la muerte como lesiones de los arts. 147.1, 149 y 150 CP, siempre que la imprudencia del progenitor sea grave o menos grave. Así pues, a la pena natural hay que añadir la consecuencia jurídica por los propios actos, que incluye la sanción penal y la reparación del daño en aquellos supuestos en que se interese.

#### II. ACCIDENTES PENADOS

Sin perjuicio de los delitos contra la seguridad vial, para que un accidente de tráfico pueda resultar penado se requiere que concurra imprudencia grave o menos

---

<sup>1</sup> Velar por los hijos no solo es una competencia, sino que es una obligación (arts. 103, 110, 111 y 154 del Código Civil).

grave en su causación, que el resultado sea de muerte o de lesiones de los arts. 147.1, 149 o 150 CP y que, entre la imprudencia y el resultado, exista relación de causalidad.

### 1. Imprudencia en la causación

La infracción culposa o por imprudencia debe reunir los siguientes elementos: “a) una acción u omisión voluntaria no intencional o maliciosa, con ausencia de cualquier dolo directo o eventual; b) el factor psicológico o subjetivo consistente en la negligente actuación por falta de previsión del riesgo; c) el factor normativo u objetivo representado por la infracción del deber objetivo de cuidado, concretado en normas reglamentarias o impuesto por las normas socio-culturales exigibles al ciudadano medio, según común experiencia; d) producción del resultado nocivo; y e) adecuada relación causal entre el proceder descuidado desatador del riesgo y el daño o mal sobrevenido, dentro del ámbito de la imputación objetiva”<sup>2</sup>.

Desde el Código Penal de 1848, la imprudencia se venía graduando en tres categorías: imprudencia temeraria, imprudencia simple con infracción de reglamentos y simple o mera imprudencia. Reducida a dos modalidades, con la reforma operada por Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, la imprudencia temeraria venía definida jurisprudencialmente como la omisión de elementales normas de cuidado que cualquier persona debe observar y guardar en los actos de la vida ordinaria, o en la omisión de la diligencia que resulte indispensable en el ejercicio de la actividad o profesión que implique riesgo propio o ajeno. Por su lado, en la imprudencia simple se incluía la omisión de la atención normal o debida en relación con los factores circunstanciales de todo orden que definen y conforman el supuesto concreto, representando la infracción de un deber de cuidado de pequeño alcance, aproximándose a la cota exigida habitualmente en la vida social.

El Código Penal de 1995 estableció un nuevo régimen de *crimina culposa*, utilizando las categorías de imprudencia grave y leve. La doctrina jurisprudencial entendió que “imprudencia grave era equivalente a la imprudencia temeraria anterior, mientras que había que equiparar la leve a la imprudencia simple, persistiendo la culpa levísima como un ilícito civil”<sup>3</sup>. La diferencia radicaba en la mayor o menor intensidad

---

<sup>2</sup> En este sentido se pronuncia, recogiendo la doctrina jurisprudencial al respecto, la STS 805/2017, de 11 de diciembre.

<sup>3</sup> STS 1823/2002, de 7 de noviembre.

del quebrantamiento del deber objetivo de cuidado que, como elemento normativo, seguía siendo la idea vertebral del concepto de imprudencia.

Finalmente, la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, reconduce la imprudencia punible a la grave y a la menos grave, quedando la imprudencia leve reservada para el ámbito (civil) de la responsabilidad extracontractual.

**a) *Imprudencia grave***

Se puede definir como la ausencia u omisión de las más elementales medidas de cuidado o atención. Es la que comete quien desatiende las cautelas o precauciones que observaría incluso el menos diligente o cuidadoso.

Con la reforma del Código Penal por Ley Orgánica 2/2019, de 1 de marzo, se incluye una interpretación auténtica de la imprudencia grave en los accidentes de tráfico al reputarse como tal, en todo caso, la conducción en la que la concurrencia de alguna de las circunstancias previstas en el art. 379 CP determinara la producción del hecho<sup>4</sup>.

Por lo tanto, cabrá considerar que el resultado se ha producido por imprudencia grave cuando la conducción se hubiera realizado bajo los efectos de drogas o alcohol, o con manifiesto exceso de velocidad<sup>5</sup>.

**b) *Imprudencia menos grave***

Implica ausencia u omisión de medidas de cuidado que adoptaría una persona medianamente diligente.

La aparición de esta figura jurídica con la LO 1/2015 lleva a entender que hace referencia a supuestos en los que la imprudencia no merece la calificación clara de grave ni la de leve. Así, la imprudencia menos grave abarca una zona difusa en la que entran casos que antes de la reforma legal constituían las imprudencias graves de menor entidad o las leves de mayor entidad<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> Esas circunstancias son “conducir a velocidad superior en sesenta kilómetros por hora en vía urbana o en ochenta kilómetros por hora en vía interurbana a la permitida reglamentariamente, o bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o de bebidas alcohólicas”.

<sup>5</sup> La STS 22/2018, de 17 de enero, recoge diversos casos en los que la alcoholemia y el exceso de velocidad han supuesto condenas por imprudencia grave, y recuerda que, cuando proceda, hay que aplicar la regla concursal del art. 382 CP en la punición.

<sup>6</sup> El AAP Barcelona, Sec. 6, 276/2019, de 24 de abril, destaca que la mayor o menor gravedad de la imprudencia no depende de su resultado, sino solamente de cuál fue la conducta del autor; y la gravedad de la imprudencia no depende tampoco de cuál fue la conducta de la víctima.

Con ánimo de aportar criterios objetivos de delimitación, la reforma del Código Penal por LO 2/2019, también incluye una interpretación auténtica de la imprudencia menos grave en los accidentes de tráfico al reputarse como tal, cuando no sea calificada de grave, 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<sup>7</sup>. La dicción legal exigirá esfuerzos interpretativos y argumentativos para subsumir el supuesto de hecho en la norma adecuada<sup>8</sup>.

Por lo tanto, cabrá considerar que el resultado se ha producido por imprudencia menos grave cuando el accidente se produce por no respetar la fase roja del semáforo o por saltarse un stop, siempre que no concurren otros elementos que permitan considerar la imprudencia como grave<sup>9</sup>.

## 2. Resultado punible y cauce procedimental

Sin perjuicio de lo previsto para los delitos contra la seguridad vial, para que el accidente causado por imprudencia grave o menos grave sea punible, es necesario que tenga como resultado la muerte de otro (art. 142 CP) o las lesiones de los arts. 147.1, 149 o 150 CP (art. 152 CP). Por lo tanto, las lesiones a las que se refiere el tipo del art. 152 CP son las que “requieren objetivamente para su sanidad, además de una primera

---

<sup>7</sup> Se trata de las infracciones recogidas en el art. 76 del Real Decreto legislativo 6/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial. Así, entre otras, “exceso de velocidad no delictivo; incumplir las disposiciones de la ley referida en materia de preferencia de paso, adelantamientos, cambios de dirección o sentido y marcha atrás, sentido de la circulación, utilización de carriles y arcones y, en general, toda vulneración de las ordenaciones especiales de tráfico por razones de seguridad o fluidez de la circulación; circular sin hacer uso del alumbrado reglamentario; conducir utilizando cualquier tipo de casco de audio o auricular conectado a aparatos receptores o reproductores de sonido u otros dispositivos que disminuyan la atención permanente a la conducción; conducir utilizando manualmente dispositivos de telefonía móvil, navegadores o cualquier otro medio o sistema de comunicación; no hacer uso del cinturón de seguridad, sistemas de retención infantil, casco y demás elementos de protección; no respetar las señales y órdenes de los agentes de la autoridad encargados de la vigilancia del tráfico; no respetar la luz roja de un semáforo; no respetar la señal de stop o la señal de ceda el paso; realizar una conducción negligente; o no mantener la distancia de seguridad con el vehículo precedente”.

<sup>8</sup> ALEXY, R., Sobre la ponderación y la subsunción. Una comparación estructural, *Pensamiento Jurídico*, 16, 2006, pp. 93-111.

<sup>9</sup> Así, la SAP A Coruña, Sec. 2, 203/2019, de 12 de abril, entiende que la conducta del conductor que no respeta las preferencias en los pasos de peatones debe considerarse como imprudencia menos grave; la SAP Zaragoza, Sec. 6, 85/2019, de 18 de marzo, califica como grave la imprudencia del conductor que se duerme al volante; la SAP Cantabria, Sec. 3, 50/2015, de 11 de febrero, entiende que es imprudencia grave el atropello en un paso peatones porque el vehículo, además, era conducido con exceso de velocidad; el AAP Valencia, Sec. 2, 621/2019, de 7 de junio, entiende que el hecho de atropellar a un peatón que cruzaba por un paso de cebra cuando llovía abundantemente, la visibilidad era escasa y la calzada estaba mojada, implica imprudencia menos grave; o la SAP A Coruña, Sec. 1, 175/2019, de 22 de abril, califica como grave la imprudencia del conductor que realiza una maniobra de giro en un lugar no habilitado, con una consumo previo de alcohol y drogas, en un tramo curvo, con buena visibilidad, iluminación suficiente y circulación fluida, interponiéndose en la trayectoria del ciclista que avanzaba con total cumplimiento de las normativa vial.

asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico” (art. 147.1 CP); las que causan “la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro principal, o de un sentido, la impotencia, la esterilidad, una grave deformidad, o una grave enfermedad somática o psíquica, o la mutilación genital” (art. 149 CP); y las que causan la “pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro no principal, o la deformidad” (art. 150 CP).

El cauce procedimental será, en atención a la penalidad de los diversos tipos, el de las diligencias previas salvo para el delito de lesiones del art. 147.1 CP cometido por imprudencia menos grave, que se tramitará como juicio sobre delitos leves. Esto es así porque la pena prevista para los hechos del art. 152.2 CP es de 3 a 12 meses de multa. Dado que la pena de hasta 3 meses de multa es pena leve (art. 33.4.g CP), para los casos en que “la pena por su extensión, puede incluirse a la vez en las categorías de pena menos grave y pena leve, el delito se considerará leve” (art. 13.4 CP).

En cualquier caso, para los delitos por imprudencia menos grave de los arts. 142.2 y 152.2 CP será necesaria, como requisito de perseguibilidad, la denuncia de la persona agraviada o de su representante legal<sup>10</sup>.

### 3. Causalidad

Como destaca la STS 552/2018, de 14 de noviembre, la punición exige el nexo causal<sup>11</sup> entre la acción imprudente y el resultado (vínculo naturalístico u ontológico), y la imputación objetiva del resultado a la conducta imprudente, de forma que el riesgo no permitido generado por esta sea el que se materialice en el resultado (vínculo normativo o axiológico).

Ahora bien, puede ocurrir que el proceso causal sea irregular, de naturaleza múltiple, lo que acontece cuando concurre un suceso extraño que rompe la cadena causal, por la intervención de un tercero o de la propia víctima; o cuando concurren diversas causas que confluyen todas ellas a la producción de un mismo resultado, y que no se hubiera producido sino por la adición de vectores contributivos a generar tal resultado.

---

<sup>10</sup> Para el caso en que la noticia sobre el accidente llegase al Juzgado mediante la presentación de un atestado informativo (sin recoger denuncia) o de un parte médico, el Juzgado Instructor no debe provocar la apertura o seguimiento del procedimiento, y acordar el ofrecimiento de acciones al perjudicado, sino que debe dictar auto de archivo por falta del requisito de perseguibilidad y notificarlo, quedando así garantizado el derecho a la tutela judicial efectiva del perjudicado (AAP Guipúzcoa, Sec. 3, 231/2018, de 19 de julio).

<sup>11</sup> Los conceptos de responsabilidad y de nexo causal son temas perennes del estudio filosófico, como apunta DWORKIN, R., ¿Deben nuestros jueces ser filósofos? ¿Pueden ser filósofos?, Nueva York, 2000.

En estos casos la jurisprudencia del Tribunal Supremo establece que, “si la concausa existía con anterioridad a la conducta del conductor imprudente, no interfiere la posibilidad de la imputación objetiva; y si es posterior, puede impedir tal imputación cuando esta causa sobrevenida sea algo totalmente anómalo, imprevisible y extraño al comportamiento del inculpado, pero no en aquellos supuestos en que el suceso posterior se encuentra dentro de la misma esfera del riesgo creado o aumentado por el propio acusado con su comportamiento”<sup>12</sup>.

### III. INCIDENCIA DE LA PENA NATURAL EN LA PUNICIÓN

Por pena natural se entiende cualquier daño físico o psicológico que el autor de un delito sufre con independencia del proceso judicial y como consecuencia directa de su propio acto delictivo<sup>13</sup>. En este sentido, es evidente que el atropello accidental del propio hijo, con resultado de muerte o lesión grave, supone una tragedia para los progenitores que puede afectar a la pareja porque se ha dañado la ilusión y el proyecto vital familiar.

Tales consecuencias emocionales y físicas han sido consideradas, en ocasiones, por la jurisprudencia para atenuar la pena a imponer. Así, como destaca la STS 424/2010, de 27 de abril, en el supuesto de un conductor que con su conducta imprudente causa la muerte de un ser querido y lesiones gravísimas en su propia persona. Ahora bien, la misma sentencia citada descarta la atenuación de la pena en base a la existencia de pena natural cuando las lesiones y padecimientos del autor del delito responden a su propia y exclusiva voluntad, porque la repetida teoría de la pena natural encuentra su fundamento precisamente en la "naturalidad" del daño sufrido, es decir, en causas ajenas a la intervención intencionada del propio sujeto que las sufre, lo que

---

<sup>12</sup> En este sentido se pronuncian las SSTS 805/2017, de 11 de diciembre, y 865/2015, de 14 de enero, entre otras.

<sup>13</sup> Es lo cierto que los orígenes de esta figura se acostumbran a hallar en el castigo divino al que se refiere HOBBS en su *Leviatán*, y, sobretodo, en la *poena naturalis* que describe KANT en su *Metafísica de las costumbres*. No obstante, como señala SILVA SÁNCHEZ, J.M., ¿Puede considerarse el remordimiento una “poena naturalis”, *InDret*, (3), 2014, la comúnmente denominada pena natural tiene una definición positiva “(cualquiera de las consecuencias lesivas que sufre el agente por azar, de modo fortuito, como efecto, imprevisible e inevitable, de su actuación), pero también tiene una definición negativa o impropia (cualquiera de las consecuencias aflictivas para el agente de algún modo reconducibles a su hecho delictivo y que no constituyen sanción impuesta por la autoridad o, en terminología kantiana, *poena forensis*)”.

dejaría a su plena elección la posibilidad de "compensar" el castigo que legalmente merece su conducta con otras consecuencias derivadas de sus propios actos<sup>14</sup>.

En los supuestos de los arts. 142 y 152 CP, si existe una sola víctima directa del delito (el fallecido o gravemente lesionado en casos de atropello), la aflicción del progenitor causante del accidente no debe valorarse a efectos atenuatorios de la pena. Pero si estamos ante un accidente de tráfico que genera graves consecuencias físicas tanto en el causante del accidente como en su hijo, el daño corporal del autor del delito debe operar en el apartado punitivo de la sentencia, considerando que ese perjuicio o sufrimiento físico actúa a modo de *poena naturalis* que compensa la culpabilidad del autor por el hecho cometido, pero debiendo operar únicamente dentro del marco propio de la individualización judicial de la pena y no como una circunstancia atenuante analógica muy cualificada<sup>15</sup>.

#### **IV. REPARACIÓN DEL DAÑO**

La consecuencia jurídica del atropello del propio hijo no solo puede ser penal (sanción prevista en el tipo), sino también civil (reparación del daño causado). Su adición genera el desbordamiento de la pena natural pues, al padecimiento por lo que se ha hecho, hay que sumar la confrontación familiar (habitualmente son los legitimados para el ejercicio de la acción civil) y el evidente perjuicio económico (por las altas indemnizaciones previstas).

##### **1. Disponibilidad de la acción**

La acción civil no constituye un objeto del proceso penal necesario, sino posible, puesto que “es contingente tanto en un sentido sustancial como procesal”<sup>16</sup>. Sustancialmente porque “no todos los ilícitos penales producen un perjuicio evaluable económicamente a persona o personas determinadas”<sup>17</sup>. Procesalmente, porque el ejercicio de la acción civil en el proceso penal puede resultar exceptuado bien por la

---

<sup>14</sup> Su imputación debe atribuirse a la imprudencia del agente, que con tal imprudencia se hace responsable de su propia mala suerte, pues debiéndola haber previsto se trata de una suerte asumida y, por tanto, merecida. Sobre la distinción entre suerte bruta, de la que no somos responsables, y suerte asumida, en la que el agente toma libremente los riesgos, DWORKIN, R., *What is equality? Part 2: Equality of resources*, *Philosophy and Public Affairs*, (10-4), 1981, pp. 283 ss.

<sup>15</sup> En este sentido las SSTS 622/2017, de 19 de septiembre, y 132/2014, de 20 de febrero, que reconducen esta doctrina al ámbito de la aplicación del art. 66 CP. Específicamente así lo declara la SAP Palma, Sec. 1, 290/2013, de 18 de noviembre, para un supuesto de homicidio por imprudencia como consecuencia de accidente de circulación.

<sup>16</sup> STS 163/2019, de 26 de marzo.

<sup>17</sup> DEL MORAL GARCÍA, A., *Responsabilidad Civil en el Proceso Penal: Disfunciones, Paradojas, Ventajas*, *Responsabilidad Civil y Seguro*, Madrid 2018, p. 301.

renuncia de su titular (art. 108 y 112 LECrim), bien por la reserva de las acciones correspondientes para ejercitarlas ante la jurisdicción civil (art. 109.2 CP).

Los accidentes penados en los arts. 142 y 152 CP producen, ineludiblemente, un resultado lesivo indemnizable, puesto que causan la muerte de otro o lesiones graves. No obstante, dado que se está tratando del atropello del propio hijo, no siempre se querrá reclamar daños y perjuicios contra el progenitor causante.

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”.

## **2. Legitimación en el ejercicio**

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 física, 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.

Particularmente, tratándose de accidentes de tráfico, el art. 36 de la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, declara que “tienen la condición de perjudicados la víctima del accidente y, en caso de fallecimiento de esta, el cónyuge viudo, al que se equipara el miembro superviviente de una pareja de hecho estable, los ascendientes, los descendientes, los hermanos y los allegados, esto es, aquellas personas que, sin tener la condición de perjudicados, hubieran convivido familiarmente con la víctima durante un mínimo de cinco años inmediatamente anteriores al fallecimiento y fueran especialmente cercanas a ella en parentesco o afectividad” (art. 62 Ley 35/2015). Excepcionalmente, los familiares referidos de víctimas fallecidas, así como los de

grandes lesionados, tienen derecho a ser resarcidos por los gastos de tratamiento médico y psicológico que reciban durante un máximo de seis meses por las alteraciones psíquicas que, en su caso, les haya causado el accidente.

Otro sujeto que ostenta legitimación para ejercitar la acción civil acumulada es el Ministerio Fiscal, cumplido el requisito de perseguibilidad que proceda y sin que sea necesario que los perjudicados le faculen al efecto, salvo que hubiesen renunciado expresamente (art. 108 LECrim).

### 3. Contenido

El Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor (a partir de ahora LRC), establece un sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación<sup>18</sup>.

En cuanto a los daños indemnizables se establece que dan lugar a indemnización la muerte, las secuelas y las lesiones temporales, que tienen su reflejo, respectivamente, en las Tablas 1, 2 y 3 del Anexo. En cada uno de estos conceptos indemnizables se distingue entre el “perjuicio personal básico” (Tablas 1.A, 2.A y 3.A), el “perjuicio personal particular” (Tablas 1.B, 2.B y 3.B) y el llamado “perjuicio patrimonial” (Tablas 1.C, 2.C y 3.C), que a su vez distingue entre daño emergente y lucro cesante.

La cuantía de las partidas resarcitorias “será la correspondiente a los importes del sistema de valoración vigente a la fecha del accidente, con la actualización correspondiente al año en que se determine el importe en la sentencia que se dicte” (art. 40.1 LRC), pudiendo sustituirse “total o parcialmente la indemnización fijada de acuerdo con el sistema establecido en esta Ley por la constitución de una renta vitalicia en favor del perjudicado” (art. 41 LRC).

Por lo que hace a las indemnizaciones por causa de muerte, el sistema reconoce cinco categorías autónomas de perjudicados (el cónyuge viudo, los ascendientes, los descendientes, los hermanos y los allegados), cuya indemnización no depende de la existencia o inexistencia de perjudicados de otras categorías.

---

<sup>18</sup> Es muy ilustrativo el estudio que hace al respecto CARRILLO OLANO, G., Las claves de la Ley de reforma del Sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, La Ley, 2016.

Respecto a las secuelas, el perjuicio personal básico se calcula en base al baremo médico y al baremo económico que establece el anexo de la LRC; se le puede añadir el perjuicio personal particular (daños morales complementarios por perjuicio psicofísico, orgánico y sensorial, daños morales complementarios por perjuicio estético, perjuicio moral por pérdida de calidad de vida, pérdida de feto a consecuencia del accidente y perjuicio excepcional); y se le puede añadir el perjuicio patrimonial, integrado por el daño emergente (gastos previsible de asistencia sanitaria futura, gastos ocasionados por la necesidad de prótesis y ortesis, gastos de rehabilitación domiciliaria y ambulatoria, gastos por pérdida de autonomía personal muy grave y grave y gastos de ayuda de tercera persona por pérdida de autonomía personal grave o muy grave) y por el lucro cesante.

En relación a las lesiones temporales, se fija una cantidad por cada día desde el accidente y hasta el final del proceso curativo, o hasta la estabilización de la lesión y su conversión en secuela, en función de si el perjuicio es común o de si el perjudicado sufre una pérdida temporal de calidad de vida por el impedimento o la limitación que las lesiones sufridas o su tratamiento producen en su autonomía o desarrollo personal, distinguiéndose tres grados: muy grave, grave y moderado. Como perjuicio patrimonial se contemplan los gastos de asistencia sanitaria, los gastos diversos resarcibles y el lucro cesante.

De lo expuesto se desprende que el sistema establecido en la LRC pretende la reparación íntegra. Por lo tanto, no solo atiende a las consecuencias patrimoniales del daño corporal sino también a las morales o extra-patrimoniales.

### **BIBLIOGRAFÍA**

ALEXY, R., Sobre la ponderación y la subsunción. Una comparación estructural, *Pensamiento Jurídico*, 16, 2006, pp. 93-111.

CARRILLO OLANO, G., Las claves de la Ley de reforma del Sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, *La Ley*, 2016.

DEL MORAL GARCÍA, A., Responsabilidad Civil en el Proceso Penal: Disfunciones, Paradojas, Ventajas, *Responsabilidad Civil y Seguro*, Madrid 2018.

DWORKIN, R., ¿Deben nuestros jueces ser filósofos? ¿Pueden ser filósofos?, Nueva York, 2000.

\_\_\_\_\_, What is equality? Part 2: Equality of resources, *Philosophy and Public Affairs*, (10-4), 1981, pp. 283 ss.

MAGRO SERVET, V., ¿Cómo se van a tramitar ahora las reclamaciones por accidente de tráfico en la vía penal?, *La Ley*, (9370), 2019.

SILVA SÁNCHEZ, J.M., ¿Puede considerarse el remordimiento una “poena naturalis”, InDret, (3), 2014.

\* \* \* \* \*

## Crescencia del Pozo Prieto

Juez sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, España. Socia de la FICP.

### ~¿La esterilización de delincuentes sexuales evita la comisión de nuevos delitos?~

**Resumen.**- Las agresiones sexuales han aumentado considerablemente en los últimos años, en especial las agresiones sexuales grupales, lo que ha provocado una gran inseguridad a la vez que una inmensa preocupación en nuestra sociedad, todo ello ha provocado que en muchas ciudades se aumenten las medidas de seguridad y vigilancia en momentos puntuales como son la celebración de fiestas patronales.

Los agresores sexuales vienen siendo estudiados desde hace tiempo con la finalidad de conocer qué es lo que lleva a estos delincuentes a cometer este tipo de delitos y conseguir erradicar este tipo de delincuencia, para ello han sido numerosos los tratamientos aplicados a los delincuentes sexuales, si bien la eficacia de estos tratamientos no siempre ha sido, ni la deseada, ni la esperada, siendo los más efectivos los tratamientos de intervención cognitiva conductual y generando cierta polémica otros tratamientos como la castración química y el registro de ofensores sexuales. En España el tema de la esterilización de los delincuentes sexuales ha generado una gran polémica, no sólo en cuanto a su implementación, sino también en cuanto a los costes y eficacia de dicha medida.

#### I. INTRODUCCIÓN.

Según señala ECHEBURÚA ENRIQUE<sup>1</sup> los factores de riesgo que contribuyen a favorecer las conductas que conducen a cometer agresiones sexuales se pueden dividir en tres categorías: factores de riesgo estático, que aluden a aspectos del modo de ser del individuo o a experiencias pasadas y que no pueden modificarse (ser hombre, vulnerabilidad); factores de riesgo dinámicos, que aluden a factores que pueden modificarse con el tratamiento adecuado (pensamiento, aptitud, ambiente social) y factores de riesgo parcialmente modificables, que aluden a características intermedias situadas entre los otros dos factores (impulsividad, abuso alcohol y drogas), el sujeto está entre lo que es y lo que la vida ha hecho que sea, pudiendo realizarse algunos cambios en estos aspectos.

Para poder tratar a los delincuentes sexuales se ha efectuado a lo largo del tiempo un estudio de este tipo de delincuentes, los primeros estudios se efectuaron en el siglo XIX, si bien los tratamientos no se aplicaron hasta entrados los años sesenta. El primer tratamiento que se aplicó fue el tratamiento quirúrgico que consistía en la castración de los agresores sexuales, tratamiento que consiguió disminuir este tipo de delincuente pero que no fue aceptado, como es lógico, por motivos éticos.

---

<sup>1</sup> ECHEBURÚA ENRIQUE, R, ¿Por qué víctima es femenino y agresor masculino? La violencia contra la pareja y las agresiones sexuales, Editorial Pirámide, 2010, pp. 129 y ss.

Posteriormente se aplicó el tratamiento conductual que consistía en eliminar la preferencia sexual desviada mediante supresión de los impulsos sexuales ofensivos y el aumento de la excitación heterosexual adecuada.

El último de los tratamientos aplicado fue a finales de los años 70 y fue el tratamiento cognitivo-conductual, que ha sido el más eficaz y que se mantiene en la actualidad en numerosos países.

En este trabajo nos centraremos en si la esterilización de los delincuentes sexuales es la solución para evitar que este tipo de delincuentes siga cometiendo delitos de este tipo, pues la realidad es que, tras cumplir pena por agresión sexual, este tipo de delincuentes, y a pesar de haber pasado muchos años en prisión, siguen reincidiendo en este tipo de delitos.

## **II. FORMAS DE INHIBICIÓN DEL IMPULSO SEXUAL.**

### **1. Castración química y castración quirúrgica.**

La castración química consiste en la aplicación a delincuentes sexuales, violadores o pederastas de una serie de medicamentos, como fármacos anti-andrógenos destinados a reducir la lívido, la actividad sexual y reprimir los instintos sexuales. Este tratamiento es de carácter temporal y reversible. Los compuestos químicos más usados para llevar a cabo este tipo de esterilización son el Acetato de Medroxiprogesterona, el Acetato de Cyproterona y el Agonista de la Hormona Liberadora de la Hormona Luteotrópica, sustancias que deben administrarse de forma periódica, de tal forma que tras su administración envían una señal al cerebro indicando que el cuerpo tiene suficiente testosterona, de tal forma que el cuerpo deja de producirla de forma inmediata. Este tipo de fármacos tampoco está exento de producir efectos secundarios, tales como aumento de peso y debilitamiento de masa ósea. La castración química se comenzó a utilizar como alternativa a la castración quirúrgica, durante los años 90, en el Estado de California. En la actualidad es un requisito indispensable para que este tipo de delincuentes puedan adquirir la libertad, no sólo en el Estado de California, sino también en Florida, Montana, Colorado, Texas y Oregón entre otros<sup>2</sup>. Si bien, me pregunto si no existen intereses particulares de las grandes empresas farmacéuticas para que se aplique este tipo de

---

<sup>2</sup> ROBES PLANAS, R, Sexual Predators. Estrategias y límites del Derecho Penal de la peligrosidad, InDret 4, 2007, pp. 8 y ss.

tratamientos, pues los beneficios económicos pueden llegar a ser cuantiosos dependiendo del coste de los medicamentos y el tiempo necesario para conseguir algún tipo de efectividad, pues veremos que no existe una efectividad plena con este tipo de tratamiento, pues en algunos casos se ha señalado la necesidad de completar este tratamiento químico con terapias psicológicas, lo que desde luego incrementaría los costes al estado y añadiría un nuevo problema al ya existente. En este sentido se ha pronunciado la Asociación Española de Profesionales de la Sexología, que aluden a la ineficacia de este tipo de tratamiento e indican que “el impulso violento se mantiene pese a la disminución de la testosterona”. Este tipo de castración es distinta de la castración quirúrgica que consiste en eliminar los testículos mediante incisión en el escroto<sup>3</sup>. El problema de este tipo de esterilización es que es irreversible y produce múltiples efectos secundarios como la pérdida de vello corporal, acné desarrollo de características femeninas, problemas sexuales y problemas de comportamiento.

## **2. Acetato de Ciproterona.**

Es un derivado de la progesterona con propiedades antiandrogénicas, y es el antiandrógeno más empleado en Europa. Inhibe la unión de los andrógenos a los receptores de la glándula sebácea anulando el paso de testosterona a dihidrotestosterona disminuyendo así la producción de sebo, este tratamiento tampoco se libra de diversos efectos secundarios como alopecia, disminución de la potencia sexual, disminución de la vitalidad, humor depresivo, inhibición de la función gonadal, si bien algunos de los efectos secundarios pueden desaparecer al suspender la medicación.

Es evidente que la aparición de estos efectos secundarios debe ser tenida en cuenta a la hora de regular la esterilización de los delincuentes sexuales y no sólo la posible eficacia del tratamiento, pues debe respetarse la dignidad humana de todo ser humano.

## **III. APLICACIÓN DE TRATAMIENTOS EN EL DERECHO COMPARADO.**

Si bien en muchos países europeos la posibilidad de implementar estos tratamientos se encuentra en fase de estudio y evaluación, en otros países como

---

<sup>3</sup> RIVERA PANIZO, S., Los delincuentes sexuales: Rehabilitación. Boletín criminológico, Universidad de Santiago de Compostela, 13, 2010.

Estados Unidos ya se están utilizando métodos de esterilización de agresores sexuales. Es más, algunos ordenamientos jurídicos de varios países regulan la castración química como pena para delincuentes sexuales, sobre todo si las víctimas son menores de edad.

En este sentido Estados Unidos ha sido el primer país en aplicar la castración química, de tal forma que se aplica obligatoriamente en California (primer país que legalizó este método de forma obligatoria para que los presos reincidentes por agresión sexual a menores de 13 años pudieran acceder a la libertad condicional), Florida, Georgia, Iowa, Oregón, Wisconsin, Texas, Luisiana y Montana. En el caso de Florida, el juez podrá aplicar la castración química desde que se comete el primer delito sexual, en tanto que a partir del momento en que el delincuente reincida, la medida se debe imponer obligatoriamente. En otros estados la medida sólo se impondrá obligatoriamente en caso de reincidencia en tanto que en otros estados es una medida discrecional del juez.

Por lo que respecta a Europa, en concreto en Alemania se regula la castración química voluntaria desde 1969, pero únicamente se aplica a agresores sexuales mayores de 25 años de edad, aquí algunos agresores sexuales ven este tipo de pena como una forma de alcanzar anticipadamente la libertad más que como un método de “curación”.

Por su parte Francia sólo permite la castración química de forma voluntaria, y así se ha comenzado un programa piloto administrando dos fármacos, iniciándose así lo que denominan como modernización del sistema penitenciario para combatir delitos sexuales reiterados y graves.

En Polonia se aplica la castración química desde el año 2009 como pena a aplicar en caso de delitos de violación a menores de 15 años, aplicando dicha medida como terapia previamente a obtener la libertad, para asegurar la no reincidencia.

Estos países que aplican la castración química como medida para evitar la reincidencia, desde mi punto de vista, lo que consiguen a todas luces es beneficiar a los agresores sexuales, puesto que en ocasiones estos ven la medida como una forma de obtener la libertad anticipadamente, siendo más dudoso que con estos tratamientos se consiga la finalidad que pretende la sociedad, que es evitar

la comisión de nuevos delitos sexuales.

En Moscú se permite la castración química como pena aplicable a autores de agresión sexual contra menores, medida que fue aprobada por la mayor parte de la sociedad rusa ya que en dicho país en el año 2010, más de 2.500 niños sufrieron abusos sexuales. Sin embargo, no puede obviarse que esta regulación legal se llevó a cabo en un momento en el que la sociedad estaba siendo especialmente sensible a la comisión de este tipo de delitos, lo que plantea si previamente a llevar a cabo una regulación legal de la materia, no sería necesario efectuar un estudio detallada de los resultados que a nivel de reincidencia se producirían tras la adopción de la medida de castración química a delincuentes sexuales.

La castración química como pena legalmente reconocida es aplicable en supuestos de delitos sexuales en otros países tales como Corea del Sur, Israel, Suecia, Noruega, Bulgaria, Estonia y Australia. Otros países como Suiza y Dinamarca sólo lo aplican de forma voluntaria, es decir previo consentimiento del agresor sexual, siguiendo el mismo criterio que sigue España, país en el que sólo se regula la castración química en las prisiones catalanas.

En los países Latinoamericanos existen, tanto en Argentina, como Chile, Colombia o México, diversos proyectos de ley que proponer regular la castración química como pena a imponer en los delitos de abuso sexual<sup>4</sup>.

Ahora bien, lo que debemos analizar es la eficacia que ha tenido la castración química en los países en lo que se ha llevado a cabo. La mayor parte de los estudios y análisis de resultado se han llevado a cabo en países extranjeros, pues en España no es frecuente el uso de la castración química salvo en la Comunidad Autónoma de Cataluña, donde como he indicado, se instauró como medida voluntaria en el año 2010, sin que existan datos que explique los resultados obtenidos en cuanto a su eficacia.

Para obtener unos resultados fiables es necesario partir de un grupo de control al que someter a estudio y examen de resultados, así los estudios que obtuvieron un resultado positivo y favorable a la castración química, partían de la comparación de sujetos que habían decidido someterse voluntariamente al

---

<sup>4</sup> CEVALLOS SCUDIN, J.A, La castración química como medida sancionadora para casos de delitos de abuso sexual. Informe temático, 10, 2016, pp. 8 y ss.

tratamiento de castración con sujetos que decidieron negarse al tratamiento, lo que nos hace de antemano, dudar del método de selección para obtener resultados fiables. Según algunos autores extranjeros la castración química ha sido eficaz para reducir las fantasías sexuales, pero no se puede decir lo mismo respecto de la eficacia de la modificación del comportamiento sexual.

Los resultados en muchas ocasiones han sido contradictorios, pues HANSEN y LYKKE-OLESEN en 1997 realizaron una muestra con 22 hombres ingresados en un hospital psiquiátrico, de estos, tres se sometieron voluntariamente a la castración química, dos de ellos reincidieron en delitos sexuales y de las 19 personas que no se sometieron a la castración química sólo dos habían reincidido<sup>5</sup> según indica GUIMÓN JOSÉ.

A la vista de estos estudios podemos concluir que la eficacia de los métodos de castración química es cuanto menos dudosa, pues la obtención de unos resultados positivos en determinados supuestos se ven contradichos por otros resultados en sentido contrario, lo que no permite una conclusión científica sobre la eficacia de la castración química como método para evitar la comisión de nuevos hechos delictivos de carácter sexual.

#### **IV. APLICACIÓN DEL TRATAMIENTO DE CASTRACIÓN QUÍMICA EN ESPAÑA.**

En España desde hace años se planteó el problema de la implantación de la castración química como método de prevención de la reincidencia sexual, así en las prisiones de Cataluña desde principios del año 2010 cuentan con la posibilidad de someter el delincuente sexual a tratamiento hormonal siempre que así lo desee aquel, por lo tanto, se trata de un tratamiento voluntario que requiere el consentimiento del penado. En el resto de España no es posible la llamada castración química, debiendo tener presente para su regulación el artículo 15 de la Constitución Española, que regula el derecho a la integridad física de todas las personas sin que estas puedan ser sometidas a tratos inhumanos o degradantes.

La castración química como hemos señalado presentó resultados positivos en algunos supuestos, por lo que en principio serviría para reducir la delincuencia

---

<sup>5</sup> GUIMÓN JOSÉ, Controversias en el tratamiento de los agresores sexuales, Editorial CR Academic, 2007, pp. 4 y ss.

sexual, lo que también supondría una reducción de los presos sexuales. Teniendo en cuenta que la castración química supone un coste entre 400 y 800 euros por persona y trimestre<sup>6</sup> si cada preso sexual se tuviera que someter al tratamiento durante seis meses el coste anual para el estado sería de aproximadamente 108.000 euros (teniendo en cuenta que en el año 2011 había 2709 presos) sin embargo si el tratamiento se tuviera que aplicar durante más de seis meses el gasto podría dispararse de forma exponencial por lo que debemos preguntarnos si el procedimiento es rentable para el estado desde el punto de vista económico. Es más no podemos olvidar que la terapia cognitivo-conductual aplicada en la prisión de Brians en Barcelona por SANTIAGO REDONDO<sup>7</sup> resultó eficaz y logró disminuir la reincidencia sexual en un 14,1% por lo que aún plantean más dudas la necesidad de aplicar la castración química a los delincuentes sexuales. En el mismo sentido fue el resultado obtenido en el centro penitenciario de Navacarnero (Madrid) en el estudio llevado a cabo por VALENCIA, ANDREU, MINGUEZ Y LABRADOR<sup>8</sup>.

El escaso éxito que está teniendo el tratamiento de castración química implementado en Cataluña está haciendo que dicha comunidad se plantee la idoneidad de mantener este programa, pues como se ha indicado este tratamiento sólo puede aplicarse en dicha comunidad si el condenado por agresión sexual lo solicita expresamente sin que se pueda imponer a ningún preso sexual el sometimiento a dicho tratamiento.

## V. CONCLUSIONES.

En España, en la legislación penal, la esterilización de los delincuentes sexuales no está considerada como pena, sin embargo, el ordenamiento penitenciario permite aplicarla en prisiones de Cataluña de forma voluntaria, es decir siempre que lo solicite el propio reo.

Son numerosos los países que regulan la castración química como pena, de tal forma que puede ser impuesta por el juez de forma obligatoria o discrecional bien se trata de delincuentes primarios o de delincuentes reincidentes.

---

<sup>6</sup> SÁNCHEZ HERRERO, N., Análisis criminológico del tratamiento con inhibidores del deseo sexual en pederastas, 2011, p. 1.

<sup>7</sup> REDONDO ILLESCAS, S., ¿Sirve el tratamiento para rehabilitar a los delincuentes sexuales?, Revista Española de Investigación Criminológica, Artículo 6, 4, 2006, pp. 15 y ss.

<sup>8</sup> VALENCIA OLGA, L/ANDREU JOSÉ, M/MINGUEZ PETRA/LABRADOR MINGUEL ANGEL, Nivel de reincidencia de agresores sexuales bajo tratamiento en programas de control de la Agresión Sexual, Revista Clínica Legal y Forense, 8, 2008, pp. 14 y ss.

Son numerosos los estudios que han puesto en duda su efectividad, por lo que muchos países la han descartado como método para anular la delincuencia sexual.

También las organizaciones de derechos humanos han criticado la medida por considerarla una medida degradante e inhumana por afectar a la integridad física del reo.

Lo realmente relevante es determinar si la esterilización de los delincuentes sexuales consigue evitar la reincidencia en este tipo de delitos. Los estudios llevados a cabo en la materia concluyen que la terapia hormonal no reduce la reincidencia sexual por lo que ninguna razón existe para implementar dicha medida o mantenerla en los países que ya la aplican.

Por otro lado, no podemos obviar que las agresiones sexuales no solo se producen utilizando el aparato reproductor, sino que se puede abusar sexualmente de las personas utilizando otros medios y métodos por lo que en estos casos la esterilización no vendría a solucionar el problema de forma absoluta. Por otro lado, no solo se trata de reducir el deseo o apetito sexual ya que a veces subyacen problemas psicológicos o psicóticos que la medicación no puede solucionar.

Estos tratamientos requieren una aplicación prolongada en el tiempo, lo que plantea el problema de quien controla la toma de la medicación si el delincuente ha salido de prisión, así como que sucede cuando se deja de tomar el tratamiento.

\* \* \* \* \*

## Joana Ruiz Sierra

Juez sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, y abogada no ejerciente del Ilustre Colegio de Abogados de Valencia. Socia de la FICP.

### ~Libertad vigilada y delincuentes sexuales~

**Resumen.-** La libertad vigilada como instrumento que nuestro derecho penal, ofrece a la sociedad ante aquellos delincuentes peligrosos sexuales, una vez han cumplido la pena impuesta. La superación de la aplicación de la libertad vigilada solo para inimputables y semi-imputable, y finalmente, su previsión especial y obligatoria para delincuentes sexuales y terroristas.

**Palabras Clave.-** Culpabilidad, peligrosidad, medidas de seguridad, libertad vigilada, delitos sexuales.

#### I. INTRODUCCIÓN.

La libertad vigilada como medida de seguridad para imputables peligrosos tras el cumplimiento de la pena privativa de libertad. Tergiversación del binomio culpabilidad *versus* peligrosidad, pena *versus* medida de seguridad.

La culpabilidad como elemento del delito, es también, uno de los fundamentos y límites de la pena. Cabe preguntarse si lo es también de las medidas de seguridad a aplicar a imputables peligrosos (o no peligrosos) una vez hayan cumplido su pena.

La peligrosidad criminal, es en nuestro sistema penal equivalente a la previsión o pronóstico razonable de que un reo pueda volver a cometer nuevos delitos, el artículo 95.1.2.º Código Penal (CP), alude a "*que del hecho y de las circunstancias personales del sujeto pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos*". Se pueden diferenciar dos tipos de peligrosidad<sup>1</sup>, siendo la primera crónica (o permanente), que se presenta por lo general en casos de psicopatía<sup>2</sup> y en otros delincuentes de difícil readaptación, mientras la segunda se refiere a la peligrosidad aguda, que es más bien episódica y que inclusive puede agotarse en el hecho mismo.

El presente estudio se va a abordar la respuesta que ofrece nuestro derecho a aquellos delincuentes peligrosos sexuales una vez han cumplido la pena impuesta, la

---

<sup>1</sup> OTERO GONZÁLEZ, M. P., Culpabilidad e inimputabilidad. Delincuentes peligrosos con trastornos de la personalidad y la aplicación de la libertad vigilada como respuesta, Cuadernos Digitales de Formación, CGPJ, núm. 33 año 2017, p.14

<sup>2</sup> La psicopatía se considera enfermedad mental desde 1977 por la Organización Mundial de la Salud. Se caracteriza, por la total falta de inhibición respecto de la realización de comportamientos socialmente desvalorados, constituyendo las causas de este modo de actuar, al igual que en los demás trastornos de la personalidad, además de una base fisiológica, diversos factores, tales como la historia vital (haber sido maltratados en la infancia, haber sufrido acoso escolar), el entorno, etc.

superación, tras la reforma de nuestro Código Penal del 2010, de la aplicación de la libertad vigilada solo para inimputables y semi-imputable, y finalmente, su previsión especial y obligatoria para delincuentes sexuales y terroristas.

## II. MEDIDAS DE SEGURIDAD: CONCEPTO.<sup>3</sup>

Las medidas de seguridad como las penas, están constituidas por privaciones de bienes jurídicos, pero se diferencian entre si tanto por sus presupuestos como por sus fines.

Para la imposición de una pena (presupuesto) es necesario la comisión de un hecho típico, definido como delito, las medidas de seguridad, por el contrario, se fundan en una condición subjetiva o personal del sometido a ella: su peligrosidad.

En cuanto a sus fines, la pena se basa en la retribución y se ordenan de modo predominante a la prevención general. Por el contrario, las medidas de seguridad buscan inocuización del delincuente y se orienta prevención especial.

Conforme al artículo 125.1 de nuestra Constitución no caben medidas de seguridad sobre quien no haya sido declarado culpable de la comisión de un ilícito penal.

El artículo 6<sup>4</sup> del Código Penal adopta el criterio de vincular la peligrosidad a la comisión de un delito (artículo 6.1 Código Penal) y responde al sistema vicarial<sup>5</sup> (artículo 6.2 Código Penal).

Por lo que las medidas de seguridad se basan en la peligrosidad futura y no en la culpabilidad por los hechos cometidos, pero para imponer la medida de seguridad es necesario la comisión de un delito.

## III. PELIGROSIDAD CRIMINAL.

Como ha quedado dicho las medidas de seguridad se aplican con fundamento en la peligrosidad, concepto ambiguo y difuso.

---

<sup>3</sup> CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., Contestaciones de Derecho Penal al programa de Judicatura, Parte General, 1ª edición, Editorial Colex, 1996, p.440

<sup>4</sup> 6.1. Las medidas de seguridad se fundamentan en la peligrosidad criminal del sujeto al que se impongan, exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito.

6.2. 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 de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor.

<sup>5</sup> El Juez o Tribunal, según el artículo 99 del CP, ordenará primero el cumplimiento de la medida de seguridad y después, una vezalzada la medida de seguridad, se cumplirá la pena

La peligrosidad supone la posibilidad o probabilidad de que se produzca un resultado; y el carácter dañoso o lesivo de dicho resultado<sup>6</sup>.

LANDECHO VELASCO distingue entre la peligrosidad social como inadaptación social, personas que padecen alteraciones o trastornos psíquicos o enfermedades infectocontagiosa y la peligrosidad criminal peligrosidad como condición interna del sujeto, cualidad de la persona en la que se aprecia, demuestra o revela, una alta probabilidad para cometer futuros hechos previstos en la ley como delitos<sup>7</sup>.

El mismo autor diferencia la peligrosidad predelictual de la postdelictual. La primera concurre cuando el sujeto todavía no ha sido condenado por delito alguno o cuando todavía no lo ha cometido, o que sí los haya cometido y que, no se haya podido demostrar o no haya sido objeto de fijación por parte de las autoridades de persecución de los delitos, ya que, con frecuencia, la habitualidad delictiva comienza a manifestarse a edades cortas y suele tardar en detectarse. La segunda, la peligrosidad postdelictual se desprende de la previa condena por un delito.

#### IV. LIBERTAD VIGILADA: CONCEPTO.

La libertad vigilada se introdujo en nuestro Código Penal tras la reforma de la Ley Orgánica 5/10 de 22 de junio<sup>8</sup>, siendo posteriormente modificada para ampliar su ámbito de aplicación por la Ley Orgánica 1/2015<sup>9</sup>. Se insertó en el Título IV del Libro Primero del Código Penal, relativo a las medidas de seguridad, en sus artículos 98, 105 y 106.

*La libertad vigilada pivota alrededor del concepto de peligrosidad. Esta medida resulta aplicable no solo cuando el pronóstico de peligrosidad del individuo se relaciona con estados patológicos que han determinado su inimputabilidad o semi-inimputabilidad concepto clásico y propio en España de la libertad vigilada, sino, y aquí reside la novedad de la reforma del Código Penal de 2010, también cuando “la*

---

<sup>6</sup> LANDECHO VELASCO, C.M., en COBO DEL ROSAL, M., (Dir.), Comentarios al Código penal. Tomo IV. Madrid, Edersa, 1999, p. 49

<sup>7</sup> LEAL MEDINA, J., Un estudio de las actuales medidas de seguridad y los interrogantes que plantean en la moderna dogmática del Derecho penal, Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal, núm. 20, Navarra, Thomson Aranzadi, 2008 pp. 216 a 226. Este autor distingue entre peligrosidad criminal propiamente y peligrosidad social, entendida como una probabilidad de realizar una conducta socialmente nociva que no llega a ser delictiva

<sup>8</sup> BOE núm.152, de 23 de junio de 2010 (comprobado 20.06.2019), [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2010-9953](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2010-9953)

<sup>9</sup> BOE núm.77, de 31 de marzo de 2015 (comprobado 20.06.2019), <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-3439>

*peligrosidad se deriva del específico pronóstico del sujeto imputable (responsable y capaz de culpabilidad) en relación con la naturaleza del delito cometido, esto es, en la peligrosidad del individuo una vez ya ha cometido un delito. Ya no estamos únicamente ante medidas alternativas a la pena de prisión o para cumplir con carácter previo a la pena, supuesto de inimputables o semi-inimputables, sino que se ejecutarán una vez cumplida ésta, es la modalidad post-penitenciaria”<sup>10</sup>.*

La libertad vigilada es una medida de seguridad no privativa de libertad (artículo 93.3 3ª Código Penal), no es una pena, y es el Tribunal o el Juez sentenciador el que la impone.

Su contenido se concreta en una serie de limitaciones, obligaciones, prohibiciones o reglas de conducta establecidas en el artículo 106.1 Código Penal. Es una lista tasada de medidas, aplicables separada o conjuntamente, y que consisten en el sometimiento del condenado a control judicial a través del cumplimiento por su parte de alguna o algunas de las medidas dentro de los márgenes de duración específicos que en su caso prevea la regulación de cada delito del Código Penal.

Duración es por un periodo de tiempo que no podrá ser superior a 5 años (artículo 105.1.a) Código Penal) aunque excepcionalmente frente a determinados sujetos imputables su duración podrá llegar hasta los 10 años (artículos 192.1 y 579 bis. 2 Código Penal).

Su objetivo, la protección a las víctimas, la rehabilitación y la reinserción social del delincuente<sup>11</sup>.

La libertad vigilada podemos considerarla como una medida <sup>12</sup> complementaria y acumulativa a la pena privativa de libertad. Complementaria en el sentido de accesoria, ya que puede ser impuesta junto a una pena principal, de manera que, sin mencionarse expresamente en el marco penal abstracto de la figura de delito, va unida a alguna de las

---

<sup>10</sup> LUACES GUTIÉRREZ, A.I., Cuestiones controvertidas en torno al procedimiento para decidir sobre la medida de libertad vigilada, en Los retos del Poder Judicial ante la sociedad globalizada: Actas del IV Congreso Gallego de Derecho Procesal (I Internacional), A Coruña, 2 y 3 de junio de 2011-2012 p. 549 [http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/9195/1/comunicacions\\_17\\_Luaces\\_Gutiérrez\\_543-555.pdf](http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/9195/1/comunicacions_17_Luaces_Gutiérrez_543-555.pdf)

<sup>11</sup> Véase concepto de las guías jurídicas de Wolters Kluwer que acoge lo expuesto en la exposición de motivos de la citada reforma de 2010 (verificado el 20.06.2019) [http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSBFljTAAAWNjI1NDtbLUouLM\\_DxbIwNDA0MjA2OOQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAwWS5UjUAAAA=WKE](http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSBFljTAAAWNjI1NDtbLUouLM_DxbIwNDA0MjA2OOQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAwWS5UjUAAAA=WKE)

<sup>12</sup> ZUGALDÍA ESPANAR, J.M., Medidas de seguridad complementarias y acumulativas para autores peligrosos tras el cumplimiento de la pena, Revista de Derecho Penal y Criminología, 3ª época, 1, 2009, pp 199-212

penas en él previstas, y acumulativa, por su aplicación conjunta de una pena y una medida de seguridad<sup>13</sup>.

Inicialmente, su ámbito de aplicación se reducía a los delitos contra la libertad e indemnidad sexual y los delitos relacionados con el terrorismo (artículos 192.1 y 579 bis Código Penal). Ahora también se podrá imponer en todos los delitos contra la vida, delitos de malos tratos y lesiones cuando se trate de víctimas de violencia de género y doméstica. Así se dispone en los artículos 140 bis, 156 ter, y 173.2 Código Penal, 468 introducidos por dicha Ley.

## **V. LIBERTAD VIGILADA PARA EL DELINCUENTE SEXUAL Y PELIGROSO.**

*La regulación de la libertad vigilada en la reforma de 2010 ha establecido una presunción iuris tantum de peligrosidad futura de la persona, en el momento de ser condenada atendiendo a un específico perfil deducido de la propia naturaleza de los delitos cometidos (contra la libertad o indemnidad sexuales o de terrorismo), y sin ser reincidente ("uno o varios delitos"<sup>14</sup>).*

La jurisprudencia suele calificar a los delincuentes sexuales como imputables.

Son delincuentes con altas tasas de reincidencia y en el que se constata que la peligrosidad subsiste tras el tratamiento recibido en prisión; la sensación de inseguridad que estos individuos producen en la sociedad ha venido generando una serie de reacciones en todos los países de nuestro entorno, aumentando la duración de las penas encaminadas a la inocuización, en programas de tratamiento<sup>15</sup>, en la aplicación de

---

<sup>13</sup> VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., Algunas cuestiones penales y criminológicas sobre la nueva medida de libertad vigilada, en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J./et al. (coord.), Libro homenaje al profesor Luis Rodríguez Ramos, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 190

<sup>14</sup> OTERO GONZÁLEZ, P., La libertad vigilada Post-penitenciaria, X Jornadas de ATIP ALMAGRO, 2018, pp. 143 y ss, (04.04.2020) <https://atip.es/wp-content/uploads/2019/06/LIBRO-X-JORNADAS.pdf>

<sup>15</sup> Véase a BALBUENA PÉREZ, D.E., en su tesis doctoral La libertad Vigilada en la Ley Orgánica 5/2010, de reforma del Código Penal de 1995, en su p.159 Conforme a nuestra constitucional de que toda persona condenada tiene derecho a que la pena se oriente hacia la reinserción mediante un plan individualizado, en el caso específico de la delincuencia sexual “*el sistema penitenciario español dispone de programas de orientación cognitivo, conductual dirigidos a educar a la persona en la capacidad de resolución de problemas, al fomento de la empatía, a la capacidad de control de sus impulsos y en la confrontación de las cogniciones que neutralizan la conducta delictiva*”, y que son programas que han demostrado ser eficaces y que en multitud de ocasiones arrojan pronósticos favorables de reinserción en los penados

medidas de seguridad de cumplimiento posterior a la pena privativa de libertad, en la creación de registros públicos<sup>16</sup> y en la castración química<sup>17</sup>.

## **VI. LA LIBERTAD VIGILADA PARA LOS DELINCUENTES SEXUALES: CUMPLIMIENTO.**

Artículo 192.1 Código Penal recoge que la libertad vigilada se aplicará, preceptivamente, a los condenados por uno o varios delitos contra la libertad e indemnidad sexuales contenidos en el Título VIII Código Penal<sup>18</sup>, y su duración dependerá en cada caso de la gravedad del delito que se haya cometido<sup>19</sup>.

La imposición de la libertad vigilada a este tipo de sujetos (imputables) implica que se les está confiriendo<sup>20</sup> un tratamiento próximo a los semi-imputables, pues se les aplica la pena conforme a la culpabilidad por el hecho, son considerados plenamente imputables con plena capacidad para comprender la ilicitud del acto y, por tanto, para comportarse conforme al mismo o de un modo distinto, aunque adolezcan de dificultad para controlar sus impulsos, y la medida de seguridad sobre la consideración de ser un sujeto peligroso, el cumplimiento es posterior al de la pena (artículo 106.2 Código

---

<sup>16</sup> Información obtenida en la página web del Ministerio de Justicia, verificado 28.06.2019. Los Registros públicos nos informan de la existencia de delincuentes sexuales que, a pesar de que están en libertad, son considerados peligrosos. En España se regula por el Real Decreto 1110/2015, de 11 de diciembre, el Registro Central de Delincuentes Sexuales. Este Registro se integra en el Sistema de registros administrativos de apoyo a la Administración de Justicia, en el que se incluyen los datos relativos a la identidad y perfil genético (ADN) de las personas condenadas mediante sentencia firme por los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales y trata de seres humanos con fines de explotación sexual, incluida la pornografía, con independencia de la edad de la víctima

<sup>17</sup> Véase a BALBUENA PÉREZ, D.E., en su tesis doctoral *La libertad Vigilada en la Ley Orgánica 5/2010, de reforma del Código Penal de 1995*, en su p.159 *La castración química o tratamiento hormonal reversible*. Consiste en la administración de una medicación antiandrogénica basada en compuestos químicos de acetato de medroxiprogesterona (MPA) comercializado bajo el nombre de “Depro—Provera”, y acetato de cyproterona (Código Penal), con la finalidad de suprimir en el sujeto la producción de testosterona e impedir con ello la aparición de impulsos sexuales. Se administra periódicamente y es de efectos reversibles, de forma que la mera interrupción de la dosificación periódica implica que vuelva a desencadenarse el comportamiento anterior. Esta reversibilidad es una de las causas que justifican su utilización frente a la castración médico—quirúrgica, que no es reversible y además es notablemente más cara que la química.

<sup>18</sup> Artículos 185 a 194 Código Penal, “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”. Rúbrica que contempla todas las figuras delictivas descritas en los seis capítulos de los que se compone el título, que son: Capítulo I, “De las agresiones sexuales”; Capítulo II, “De los abusos sexuales”; Capítulo II, Bis “De los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años”; Capítulo III, “Del acoso sexual”; Capítulo IV, “De los delitos de exhibicionismo y provocación sexual”; Capítulo V, “De los delitos relativos a la prostitución y la explotación sexual y corrupción de menores”; Capítulo VI, “Disposiciones comunes a los capítulos anteriores”

<sup>19</sup> Si el delito o delitos por los que el sujeto ha sido condenado, o al menos uno de ellos (cuando sean varios) es grave, la medida de seguridad será de entre cinco y diez años; y si el delito o delitos son menos graves, la medida tendrá una duración de entre uno y cinco años

<sup>20</sup> OTERO GONZÁLEZ, M. P., *Culpabilidad e inimputabilidad. Delincuentes peligrosos con trastornos de la personalidad y la aplicación de la libertad vigilada como respuesta*, Cuadernos Digitales de Formación, CGPJ, núm. 33 año 2017, p.15

Penal) a diferencia de la medida de seguridad no privativa de libertad impuesta a los semi-imputables que se ejecuta, de forma simultánea a la pena (artículo 105 Código Penal).

La libertad vigilada únicamente se impondrá si los delitos se castigan con pena de prisión, ya que algunos de ellos pueden castigarse con multa, en cuyo caso la libertad vigilada no será aplicable<sup>21</sup>.

Se impone en sentencia junto a la pena privativa de libertad para su cumplimiento posterior a la pena privativa de libertad, y se hará o no efectiva cuando se vuelva a actualizar ese pronóstico de peligrosidad<sup>22</sup>, en el momento de extinción de la pena, previa propuesta de mantenimiento, cese, sustitución o suspensión de la misma, elevada anualmente por el Juez de Vigilancia Penitenciaria (artículo 98.1 del Código Penal).

Por tanto, se cumple cuando ya se hayan extinguido todas las penas impuestas, incluida la última fase de libertad condicional.

Reviste forma de medida de seguridad post-penitenciaria.

El legislador no ha distinguido entre los diferentes tipos de delincuentes sexuales, véase el artículo 192 Código Penal (uno o varios delitos contra la libertad e indemnidad sexuales) y ciertamente a nadie se le escapa que “*no todos tienen la misma entidad, ni estadísticamente todos van acompañados del mismo índice de reincidencia*”<sup>23</sup>.

## **VII. LA LIBERTAD VIGILADA PARA LOS DELINCUENTES SEXUALES: CONTENIDO.**

El artículo 106 del Código Penal<sup>24</sup>, establece un catálogo de ellas. Unas tienden a vigilar la libertad del sometido a esta medida, sin que vaya acompañado de ningún fin rehabilitador, por ejemplo en a) y i)<sup>25</sup>.

---

<sup>21</sup> DEL CARPIO DELGADO, J., La medida de libertad vigilada para adultos, Revista de Derecho Penal, núm. 36, 2012, pp. 21 a 65

<sup>22</sup> FEJOO SÁNCHEZ, B., La libertad vigilada en el derecho penal de adultos, Estudios sobre las reformas del Código Penal: (operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero), DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. (dir.) Madrid, 2011, p. 219.

<sup>23</sup> OTERO GONZÁLEZ, P., La libertad vigilada Post-penitenciaria, X Jornadas de ATIP ALMAGRO, 2018, pp. 143 y ss, (04.04.2020) <https://atip.es/wp-content/uploads/2019/06/LIBRO-X-JORNADAS.pdf>

<sup>24</sup> Artículo 106.1. 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:

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.

El segundo grupo de medidas hacen hincapié en la protección de las víctimas, los números e), f), g) y h) coinciden con la pena accesoria de alejamiento.

Finalmente, la única con contenido rehabilitador es la prevista en la letra j).

De este catálogo hay solapamiento entre la pena accesoria de alejamiento (de mayor duración que la pena principal) y la libertad vigilada. A pesar de ello, la Sentencia del Tribunal Supremo 347/2013, de 9 de abril<sup>26</sup> (y otras posteriores), en un supuesto de abusos a menores, declara compatible la libertad vigilada con la pena accesoria de alejamiento. Así, *“indica que no existe esa invocada duplicidad entre las dos consecuencias que deben acarrear los delitos imputados, ya que no tienen por qué coincidir en el tiempo de cumplimiento. La libertad vigilada se cumplirá con posterioridad a la privación de libertad y la prohibición de aproximación se cumplirá de forma simultánea con la pena de prisión, según impone el artículo 57, por más que la duración de aquélla exceda la de ésta”*<sup>27</sup>.

La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 2.ª) 608/2015, de 20 de octubre<sup>28</sup>, consciente de la posible problemática que puede plantear la imposición conjunta de penas accesorias y la libertad vigilada textualmente establece: *“teniendo en cuenta que se ha impuesto una medida de libertad vigilada que puede ser concretada en prohibiciones de aproximación y comunicación con la víctima y que se ejecutará finalizado el cumplimiento de la pena, no parece necesario imponer una pena con similar contenido más allá de lo legalmente imprescindible, por lo que procede su reducción al mínimo legal de un año superior a la duración de la pena privativa de libertad, con cumplimiento simultáneo con ésta”*. En estos supuestos, empero, se

---

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.

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.

<sup>25</sup> OTERO GONZÁLEZ, P., La libertad vigilada Post-penitenciaria, X Jornadas de ATIP ALMAGRO, 2018, pp. 143 y ss, (04.04.2020) <https://atip.es/wp-content/uploads/2019/06/LIBRO-X-JORNADAS.pdf>

<sup>26</sup> Verificado 20.06.2019 <https://supremo.vlex.es/vid/-438314594>

<sup>27</sup> OTERO GONZÁLEZ, P., La libertad vigilada Post-penitenciaria, X Jornadas de ATIP ALMAGRO, 2018, pp. 143 y ss, (04.04.2020) <https://atip.es/wp-content/uploads/2019/06/LIBRO-X-JORNADAS.pdf>

<sup>28</sup> Verificado 20.06.2019 <https://supremo.vlex.es/vid/586102650>

*generará otro problema: el de las consecuencias de su incumplimiento, pues en el caso de ser configurada como pena accesoria cualquier incumplimiento supondrá el quebrantamiento de la pena y en cambio en sede de libertad vigilada sólo el incumplimiento reiterado o grave supondrá el quebrantamiento de la prohibición<sup>29</sup>.*

Para acabar la medida prevista en el apartado k): *"La obligación de seguir tratamiento médico externo, o de someterse a un control médico periódico"*. Esta obligación estaba prevista antes de la reforma de 2010 como medida de seguridad aplicable a inimputables o semi-imputables ahora es una de las obligaciones de la libertad vigilada, por ello aplicable a sujetos imputables. Ahora bien, todo tratamiento médico coactivo es contrario a la Ley 41/2002, reguladora de la autonomía del paciente, por ello el artículo 100.3 Código Penal recoge que la negativa del sujeto al tratamiento no es constitutiva del delito de quebrantamiento.

Este apartado k) admite la posibilidad de la castración química.

### **VIII. QUEBRANTAMIENTO DE LA MEDIDA DE LIBERTAD VIGILADA.**

El artículo 106.4 Código Penal, determina que el incumplimiento de la libertad vigilada permitirá al juez la modificación de las obligaciones o prohibiciones impuestas. En todo caso, añade que sólo el incumplimiento grave o reiterado dará lugar al delito de quebrantamiento.

El artículo 468.2 Código Penal prevé entonces un supuesto agravado, se castiga con penas de prisión.

Por último, el supuesto citado supra previsto en el artículo 100.3 Código Penal incumplimiento de la medida de sometimiento a tratamiento médico, su abandono o a su negativa a iniciarlo, que no será considerado quebrantamiento de condena por ir en contra de la autonomía del paciente, por lo que, en estos casos, deberá sustituirse la medida por otra de entre las previstas en el catalogo de obligaciones y prohibiciones para la libertad vigilada.

---

<sup>29</sup> LUACES GUTIÉRREZ, A.I., Cuestiones controvertidas en torno al procedimiento para decidir sobre la medida de libertad vigilada, en Los retos del Poder Judicial ante la sociedad globalizada: Actas del IV Congreso Gallego de Derecho Procesal (I Internacional), A Coruña, 2 y 3 de junio de 2011-2012 p. 549 y ss [http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/9195/1/comunicacions\\_17\\_Luaces\\_Gutiérrez\\_543-555.pdf](http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/9195/1/comunicacions_17_Luaces_Gutiérrez_543-555.pdf)

## IX. CONCLUSIONES.

En España sigue siendo una asignatura pendiente qué hacer con los individuos que una vez cumplida la pena (carácter retribucionista) siguen siendo peligrosos para ellos, para las víctimas y para la sociedad, esto es, presenta un pronóstico de peligrosidad.

La libertad vigilada es un instrumento que hasta la reforma del 2010 no resultaba aplicable a estos supuestos. Hoy, sí se permite para imputables. Pero esta figura plantea numerosos problemas en su configuración y ejecución, distanciándose del objetivo marcado por nuestra Constitución, la reinserción y resocialización del penado. La mayoría de las medidas en que consiste la libertad vigilada son de carácter asegurativo.

El problema de la delincuencia sexual es tratado por nuestro legislador, de una forma simplista, unitaria, se trata a todos los delincuentes como un grupo homogéneo, con idénticas medidas de intervención cuando la realidad es que cada tipo de delincuente sexual reviste características singulares que los diferencian, como por ejemplo los agresores sexuales violentos, los pedófilos, o los que actúan de forma que no llegan a mantener contacto sexual directo con sus víctimas, son solo un ejemplo.

El propio sistema es rígido en la aplicación de la medida de libertad vigilada no se basa, en la persistencia de la peligrosidad y en el riesgo de reincidencia. La libertad vigilada debería ser una medida más flexible, discrecional en su adopción, es decir, debería imponerse a aquel sujeto en que quédase acreditada su peligrosidad criminal y no encorsetada en unos delitos.

No debería acordarse, por esas mismas razones, obligatoriamente en sentencia, por cuanto si la medida de libertad vigilada debe iniciarse una vez cumplida la condena, cabe que el individuo no necesite esta medida, o sí.

*Debería atenderse al riesgo de comisión de nuevos delitos para determinar la duración máxima de la medida en cada caso concreto y no la gravedad del delito cometido<sup>30</sup>.*

Las medidas de libertad vigilada concurren en el sistema penal español con medidas cautelares y con penas de contenido coincidente.

---

<sup>30</sup> LUACES GUTIÉRREZ, A.I., Cuestiones controvertidas en torno al procedimiento para decidir sobre la medida de libertad vigilada, en Los retos del Poder Judicial ante la sociedad globalizada: Actas del IV Congreso Gallego de Derecho Procesal (I Internacional), A Coruña, 2 y 3 de junio de 2011-2012 p. 549 [http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/9195/1/comunicacions\\_17\\_Luaces\\_Gutiérrez\\_543-555.pdf](http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/9195/1/comunicacions_17_Luaces_Gutiérrez_543-555.pdf)

Finalmente, la ausencia de un profesional encargado de velar, de hacer un seguimiento de la libertad vigilada. Ello ayudaría a la rehabilitación del penado y a la víctima, al tener un contacto más directo.

## **X. BIBLIOGRAFÍA.**

BALBUENA PÉREZ, D.E., en su tesis doctoral La libertad Vigilada en la Ley Orgánica 5/2010, de reforma del Código Penal de 1995

CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., Contestaciones de Derecho Penal al programa de Judicatura, Parte General, 1.ª edición, Editorial Colex, 1996

DEL CARPIO DELGADO, J., La medida de libertad vigilada para adultos, Revista de Derecho Penal, núm. 36, 2012

FEIJOO SÁNCHEZ, B., La libertad vigilada en el derecho penal de adultos, Estudios sobre las reformas del Código Penal: (operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero), DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. (dir.) Madrid, 2011

LANDECHO VELASCO, C.M., en COBO DEL ROSAL, M., (Dir.), Comentarios al Código penal. Tomo IV. Madrid, Edersa, 1999

LEAL MEDINA, J., Un estudio de las actuales medidas de seguridad y los interrogantes que plantean en la moderna dogmática del Derecho penal, Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal, núm. 20, Navarra, Thomson Aranzadi, 2008

LUACES GUTIÉRREZ, A.I., Cuestiones controvertidas en torno al procedimiento para decidir sobre la medida de libertad vigilada, en Los retos del Poder Judicial ante la sociedad globalizada: Actas del IV Congreso Gallego de Derecho Procesal (I Internacional), A Coruña, 2 y 3 de junio de 2011-2012

OTERO GONZÁLEZ, M. P., Culpabilidad e inimputabilidad. Delincuentes peligrosos con trastornos de la personalidad y la aplicación de la libertad vigilada como respuesta, Cuadernos Digitales de Formación, CGPJ, núm. 33 año 2017

OTERO GONZÁLEZ, P., La libertad vigilada Post-penitenciaria, X Jornadas de ATIP ALMAGRO, 2018,

VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., Algunas cuestiones penales y criminológicas sobre la nueva medida de libertad vigilada, en Álvarez García, F. J./et al. (coord.), Libro homenaje al profesor Luis Rodríguez Ramos, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012

ZUGALDÍA ESPANAR, J.M., Medidas de seguridad complementarias y acumulativas para autores peligrosos tras el cumplimiento de la pena, Revista de Derecho Penal y Criminología, 3ª época, 1, 2009

[www.boe.es](http://www.boe.es)

<https://supremo.vlex.es>

<http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Inicio.aspx>

\* \* \* \* \*

## **Prof. Dra. Sonia Victoria Villa Sieiro**

Prof. Ayudante Dra. de Derecho Penal, Univ. de Oviedo, España. Socia de la FICP.

### **~Violencia de género: algunas similitudes y diferencias entre el sistema de justicia penal de adultos y menores~**

**Resumen.-** La violencia de género es un ejemplo de una lacra social muy arraigada en nuestro país y que da lugar a casos tremendamente trágicos. En estas páginas nos limitaremos a realizar algunas observaciones en relación con el sistema penal de adultos y menores en esta materia desde la perspectiva del agresor.

**Sumario.-** I. Introducción, II. ¿Qué es la violencia de género en nuestro ordenamiento jurídico?, III. Normativa aplicable en adultos y menores: delitos y sanciones, IV. Otras cuestiones de interés, V. Conclusiones.

#### **I. INTRODUCCIÓN**

La violencia de género, y también la doméstica, son ejemplo de una lacra social muy arraigada en nuestro país, entre otros, y que da lugar a casos absolutamente trágicos de los que muchas veces se hacen eco los medios de comunicación. Aunque nuestro ordenamiento ha ido tomando medidas cada vez más activas en la lucha para su erradicación desde, particularmente, la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género hasta, más recientemente, el Pacto de Estado contra la Violencia de Género, lo cierto es que, pese a los casi quince años que han pasado desde la aprobación de esta ley, este tipo de violencia, particularmente grave, sigue siendo un problema a muchos niveles jurídicos y no sólo en adultos, sino también, y mucho más llamativamente si cabe, en el caso de menores agresores. El caso de los menores como víctimas también es un asunto de gran interés al que, lamentablemente, no nos podremos acercar en esta breve comunicación pues en ella únicamente efectuaremos algunas breves observaciones en relación con el sistema de adultos y menores en los casos de violencia de género, abordándose la cuestión únicamente desde la perspectiva del agresor, lo que hace preciso, en primer término, después de delimitar qué se entiende en nuestro ordenamiento por violencia de género, señalar las diferencias y similitudes básicas entre ambos sistemas y su impacto en los supuestos de violencia de género.

## II. ¿QUÉ ES LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO?

La terminología “violencia de género” se incorporó a nuestro ordenamiento jurídico precisamente en la LO 1/2004, ya citada, y prácticamente en el último momento, pues incluso en los debates de la misma no se contemplaba tal denominación. Anteriormente se aludía a “violencia doméstica”, que incluía la violencia ejercida en el seno familiar. Curiosamente, en nuestro país, aunque la ley pretendió concretar y dar especial relevancia al problema de la violencia de género y así lo hizo constar en su Exposición de Motivos, refiriendo para ellos numerosos textos internacionales, finalmente optó, en su articulado, por hacer una definición de la misma que podríamos considerar “restringida” en relación con la que se mencionaba en los textos jurídicos en los que la propia ley se suponía que se inspiraba. Así pues, no se afronta el problema desde la perspectiva de cualquier tipo de violencia, pública o privada, ejercida sobre la mujer por el mero hecho de serlo (tema unido a la concepción patriarcal) sino que se circunscribe a determinado tipo de violencia ejercida sobre la mujer por determinado tipo de varones. Concretamente, el artículo 1.1 de la LO 1/2004, relativo al objeto de la ley, señala “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*”, y el apartado tercero del mismo artículo se limita a indicar que la 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*. Aunque la ley ha sufrido algunas modificaciones destacables (como por ejemplo en el art. 1.2), no se ha modificado ni el tipo de violencia que se trata de evitar (que no es toda violencia) ni el sujeto activo que podría cometerla (que no es cualquier hombre), lo que permitiría una serie de interesantes comentarios que no pueden ser objeto de la presente comunicación. No obstante, quisiéramos dejar constancia de las dificultades que entraña una definición de “violencia de género”, de la que se acusa la falta de mayor homogeneidad en los diferentes países de nuestro entorno.

## III. NORMATIVA APLICABLE EN ADULTOS Y MENORES

Como es sabido, y a pesar de su enorme número de reformas, nuestro actual

Código Penal data de 1995. Entonces resultó complicado llegar a un acuerdo en lo que respecta a la responsabilidad penal de los menores, por lo cual el texto dejó abierta la posibilidad de una ley específica al respecto en un futuro (art. 19 CP) e incluso la aplicación de la misma en la franja de edad de 18 a 21 años (art. 69 CP), concretándose el inicio de la responsabilidad penal como adultos, de acuerdo con el texto de 1995, en los 18 años.

La regulación de la responsabilidad penal de los menores se haría esperar, pues no llegaría hasta la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (LO de carácter formalmente penal pero materialmente sancionador- educativo, que fue modificada ya, incluso, antes de su entrada en vigor -aproximadamente un año más tarde-), en virtud de la cual, y pese a su redacción original de su artículo 4, la previsión del artículo 69 CP poco, o nada, estuvo en vigor. En ella, tras sucesivas reformas (en general tendentes al endurecimiento de la misma), según su primer artículo, la responsabilidad penal recae en los sujetos entre 14 y 18 años (computándose la edad *de momento a momento*) por los hechos cometidos por ellos que sean considerados, de acuerdo con el Código Penal o las leyes penales especiales, delitos. **Esta previsión marca un primer punto de encuentro**, y es que los hechos por los que se puede sancionar a un menor de esta franja de edad, son, *a priori*, los mismos previstos para los adultos, lo que incluye, pues, todos los previstos en relación con violencia de género (esto es, tanto los previstos en la LO 1/2004, incluidos en el CP, como las posteriores modificaciones en esta materia que han permitido incorporar otros delitos que, si bien tal vez no pueden ser considerados en puridad de violencia de género sí pueden relacionarse con la problemática del género). De hecho, tampoco existe ya ningún problema, en lo que respecta a estos delitos, por la edad de los sujetos a pesar de la cláusula del artículo 1.1 de la LO 1/2004. Y es que, pese a lo que interpretó, inicialmente, alguna sentencia, entre los 14 y los 18 años sí es posible cometer estos delitos, normalmente no por la vía del matrimonio, pero sí por la “análoga relación de afectividad”, tal y como la propia Fiscalía General del Estado indicó en su Circular 6/2011.

Ahora bien, a pesar de esa similitud básica como punto de partida, también existen algunas diferencias sustanciales, derivadas, en esencia, de los principales principios inspiradores específicos que están en la base de la LO 5/2000 (sin

perjuicio, por supuesto, de otros, como el de legalidad, presentes tanto en esta ley como en el CP). Así, en la LO 5/2000, que no sólo atiende al menor como agresor al que se ha de sancionar sino también como necesitado de protección, el principio inspirador fundamental es *el interés superior del menor*, principio no exento de problemas dado su carácter de norma jurídica indeterminada, pero también presente en otros textos como la Convención de Derechos del Niño. De este modo, en lo que respecta a la **consecuencia jurídica** que se derivaría en el caso de que el delito fuera cometido por un mayor de 18 años o un menor de 18 pero mayor de 14 (en cuyo caso también habría que atender a si tiene más o menos de 16 pues ello puede tener impacto en la consecuencia jurídica) **sí hay que señalar diferencias**.

En el caso de los adultos, como es sabido, el CP prevé en cada delito la sanción (o sanciones) correspondiente en función del hecho cometido (sin entrar aquí ahora en las modificaciones que ésta pueda sufrir por cuestiones varias, como, por ejemplo, la afectación de la capacidad de culpabilidad del sujeto en cuestión, o la aplicación de la agravante de género o la mixta de parentesco); sanción que en los casos que nos ocupa suele ser, como pena principal, la multa, prisión y trabajos en beneficio de la comunidad. Además, aunque curiosamente no se haya previsto como principal, es muy destacable la posible aplicación como pena accesoria *sui generis* alguna de las privaciones previstas en el artículo 48 CP (que conviene relacionar con lo dispuesto en el art. 57.2 CP); concretamente: privación del derecho a residir o acudir a los lugares donde se cometiera el delito o en los que resida la víctima o su familia (si fueran distintos), la prohibición de aproximarse a la víctima o a los familiares o personas que determine el juez o tribunal, y la prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos familiares u otras personas que determine el juez o tribunal.

En el caso de los menores (entiéndase, sujetos de entre 14 y 18 años), como se ha indicado, prima su superior interés, además de la prevención especial, de lo que se deriva, entre otros efectos, un diferente sistema de sanciones en el cual la sanción se denomina “medida” y no está directamente ligada al delito cometido. Las medidas están reguladas en el artículo 7 de la citada ley y son numerosas. Podrían agruparse en privativas de libertad, restrictivas de libertad, terapéuticas, educativas y privativas de otros derechos. En su aplicación destaca el hecho de que es el juez quien escoge dentro de ese elenco la que considere más adecuada atendiendo a las

circunstancias del menor, además de a las del hecho, pudiéndose así, aplicar una medida completamente diferente a dos sujetos que hayan cometido exactamente el mismo delito (lo que guarda relación con el principio de flexibilidad). Para la elección de la medida el juez cuenta con la colaboración del equipo técnico y, como sucede en los procesos de violencia de género de adultos, personal especialmente cualificado para la materia. En consecuencia, el menor respondería penalmente por un delito de violencia de género (o por el delito de que se tratare) pero la concreta medida dependería mucho de sus particulares circunstancias. Si pensamos concretamente en los delitos de violencia de género, es muy destacable la posible aplicación de la prestación en beneficio de la comunidad, la realización de tareas socioeducativas y el internamiento, aunque son especialmente destacables la medida de libertad vigilada (art. 7.1 h) y la de prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o con las personas o familiares que determine el juez art. 7.1. i). Sin adentrarnos aquí en los pormenores de cada una, sí queremos destacar (en la medida en que guarda cierta relación con las consecuencias jurídicas del art. 48 CP) que, la medida de libertad vigilada supone la aplicación de una o varias obligaciones enumeradas en el artículo, entre las que destaca la prohibición de acudir a determinados lugares y la obligación de residir en un determinado lugar o la prohibición de ausentarse del lugar de residencia sin autorización previa.

#### **IV. OTRAS CUESTIONES DE INTERÉS.**

Aunque avanzado de un modo muy breve, parece sencillo comprender que a las no pocas dificultades que, en general, la violencia de género presenta en relación con los adultos, en el caso de los menores se han de unir las particularidades derivadas de su propio sistema, dándose así problemas y peculiaridades no sólo sustantivas sino también de índole procesal. A modo de ejemplo, y entre otras, cabría citar: la falta de datos fiables en el campo de menores, las dudas sobre determinación de cuál es el órgano competente para el proceso penal de los menores en supuestos de violencia de género, la posible personación de la víctima como acusación particular, el papel, en su caso, de la mediación o lo que sucede con las órdenes de protección (art. 544 ter LECrim).

Aunque sería preciso un mayor desarrollo de éstas, entre otras, nos limitaremos a señalar que, en el sistema de menores, a pesar de la falta de datos lo suficientemente fiables, se está evidenciando, cada vez más, la incidencia de la

violencia de género, lo que resulta especialmente llamativo pues estamos ante personas que, prácticamente, han crecido bajo el amparo de la LO 1/2004 y un mayor conocimiento y sensibilidad social al respecto. En el caso de los adultos las cifras oscilan pero aún son demasiado elevadas.

Por otra parte, aunque, en principio, tratándose de un acto de violencia de género la competencia debería de ser asumida por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer, una de las particularidades de LO 5/2000 fue también la de la especialización en virtud de la cual, y según el artículo 16.1 de la misma, el enjuiciamiento de los menores entre catorce y dieciocho años corresponde al Juez de Menores sin que se haga ninguna distinción al respecto por razón de los actos a enjuiciar. Surge así un conflicto que parece se ha de resolver a favor de la atribución de competencia a los Fiscales de Menores y a los Jueces de Menores, pues las especiales características del menor así lo aconsejan para su futura reinserción y resocialización. Esta es, pues, también una diferencia entre adultos y menores.

El papel de la mediación ya es controvertido en adultos, así que en este punto se da una similitud con el caso de los menores. No obstante, hay un matiz diferenciador significativo. En el caso de adultos, aunque discutido, es posible afirmar aún la prohibición de la misma derivada de la propia LO 1/2004. Sin embargo, la LO 5/2000 cuenta, entre sus singularidades, una interpretación principio de oportunidad por la cual hay un proceso perfectamente reglado en el que se han fijado tanto los momentos procesales como los requisitos o presupuestos que han de darse para que sea factible, en general, la mediación y sus efectos. La pregunta, pues, sería, si ello se puede extender también a los supuestos de violencia de género en menores o a esos casos no sería posible.

Por su parte, la orden de protección del artículo 544 ter LECrim, que fue configurada para ser aplicada con el agresor adulto, no está prevista en la LO 5/2000, lo que hace que se cuestione si es posible adoptarla (como en adultos) o no. Algunos autores defienden que sí sería posible en virtud del carácter supletorio de la LECrim en la LO 5/2000. Sin embargo, la tesis mayoritaria niega esa posibilidad, entre otras razones, ya que la aplicación supletoria ha de excluirse cuando las materias tienen una regulación suficiente en la ley en cuestión o cuando sea incompatible con los principios informadores de ésta. En relación con ello cabe

destacar la Consulta 3/2004, de 26 de noviembre, de la FGE, que concluyó que no se ha de aplicar supletoriamente en el proceso de menores la orden de protección, aunque sí cabría imponer el alejamiento del menor agresor respecto de la víctima como regla de conducta de la medida cautelar de libertad vigilada.

## V. CONCLUSIÓN

Sin duda alguna la violencia de género es un problema que no sólo ha estado presente en nuestra durante muchas décadas, sino que, pese a los enormes avances en este campo, sigue estando presente, provocando situaciones muy dramáticas, no sólo directamente sino también indirectamente. La comisión de hechos delictivos relacionados con ella se produce no sólo por adultos sino también por menores, lo cual resulta aún más sorprendente y alarmante si cabe, ya que la ley integral creada para la lucha contra este fenómeno tiene ya casi quince años y muchos jóvenes han crecido con ella. No se puede negar, sin embargo, que se han ido produciendo avances, pese a las dudas que aún pueden estar presentes tanto en menores como en adultos (entre los cuales el sistema de sanciones es claramente diferente), como por ejemplo, la aplicación o no de la mediación o el papel de las órdenes de protección. Tampoco se puede negar que es un campo en el que aún queda mucho por hacer, y no sólo en el plano penal, como se ha puesto de manifiesto en los últimos tiempos, no sólo por la reiterada preocupación por este fenómeno por la doctrina y jurisprudencia, sino también a raíz de lo señalado en el Pacto de Estado contra la Violencia de Género, cuyo análisis merece un estudio por separado.

\* \* \* \* \*

## II. NOTICIAS DE LA FICP

### 1. Congresos, seminarios y cursos

#### (i) Suspensión del III Congreso Internacional de la FICP y homenaje al Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Diego-M. Luzón Peña

Como consecuencia de las medidas adoptadas por el Gobierno de España para la lucha contra el Coronavirus Covid-19, ha sido suspendido el III Congreso Internacional de la Fundación Internacional de Ciencias Penales (FICP) sobre “Problemas y retos de las ciencias penales” y el subsiguiente acto de homenaje al Prof. Dr. Luzón Peña por su 70.º aniversario, cuya celebración estaba prevista para el pasado día 17 de abril de 2020.

La organización está estudiando la posibilidad de celebrar dicho Congreso más adelante, sobre lo cual se informará en su momento por correo y a través de nuestra web [www.ficp.es](http://www.ficp.es).

### 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 [Publicaciones 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 [Publicaciones recientes de los miembros de la FICP](#), se indicarán los diversos artículos contenidos en la obra.

### **(iii) Próxima publicación: Libro-Homenaje a Diego-M. Luzón Peña**

Se anuncia la próxima publicación del Libro-Homenaje a Diego-M. Luzón Peña (dirs.: de Vicente Remesal/Díaz y García Conlledo/Paredes Castañón/Olaizola Nogales/Trapero Barreales/Roso Cañadillas/Lombana Villalba), Madrid, Reus / FICP, 2020 [en prensa].

### **(iv) 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)

## III. NOTICIAS DE LOS MIEMBROS DE LA FICP

### 1. Distinciones, galardones; grados académicos<sup>1</sup>

#### (i) Entrega al Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Luzón Peña\* del n.º monográfico de la revista *Goldammer's Archiv* en su honor

El pasado viernes 17 de abril de 2020, los Profs. Dres. Jürgen Wolter\* y Miguel Díaz y García Conlledo\* hicieron entrega por correo electrónico al Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Diego-M. Luzón Peña\* del n.º monográfico 2020-4 de la revista alemana *Goldammer's Archiv für Strafrecht* (GA), configurado como *Freundesgabe* o *Liber amicorum* por su 70.º aniversario. La entrega del ejemplar físico de la revista estaba prevista para el acto homenaje en honor a su persona con el que iba a clausurar el III Congreso Internacional de la FICP, suspendido por las medidas adoptadas por los Gobiernos de España con motivo de la crisis sanitaria provocada por la pandemia de Coronavirus Covid-19.

Aparte de las dos introducciones del Prof. Dr. Dres. h.c. Miguel Díaz y García Conlledo\* y del editor-director de la revista Prof. Dr. Jürgen Wolter\*, el volumen contiene artículos, en su mayoría de parte general, del maestro del homenajeado, Prof. Dr. Dr. h.c. mult. C. Roxin\*, y del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. B. Schünemann\*, Prof. Dr. J. Wolter\*, Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Santiago Mir Puig\*, Prof. Dr. Dr. h.c. Javier de Vicente Remesal\*, Prof. Dr. Dres. h.c. Miguel Díaz y García Conlledo\*, Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Jesús Silva Sánchez\*, Prof. Dr. M. Zöllner, Prof. Dr. Luís Greco\*, y amplias reseñas a cargo del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Robles Planas\* y Prof. Dr. Alair Leite\* de dos recientes Libros homenaje de la escuela del Prof. Luzón Peña a los Profs. Roxin\* y Wolter\*, que el homenajeado tuvo el honor de dirigir, el segundo junto con el Prof. Miguel Díaz\*.

El índice de la revista está disponible en nuestra página web, en la sección de [Noticias de los patronos](#) y en [Publicaciones destacadas de los miembros del Patronato](#).

---

<sup>1</sup> Los miembros de la FICP están identificados mediante un asterisco.



## (ii) Obtención por el Prof. Dr. Víctor Gómez Martín\* de una Cátedra de Derecho Penal en la Univ. de Barcelona

El pasado 15 de enero de 2020, el Prof. Dr. Víctor Gómez Martín\*, patrono de la FICP, y acreditado ya como Catedrático desde 2013, ganó el concurso-oposición para la obtención de una Cátedra de Derecho Penal en la Univ. de Barcelona. El Tribunal estuvo compuesto por el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Santiago Mir Puig\* (Catedrático de la Univ. de Barcelona, Presidente del tribunal y Presidente de honor de la FICP), el Prof. Dr. Dres. h.c. Miguel Díaz y García Conlledo\* (Catedrático de Derecho Penal de la Univ. de León y patrono de la FICP), el Prof. Dr. Enrique Peñaranda Ramos\* (Catedrático de Derecho Penal de la UAM y patrono de la FICP), la Prof. Dra. Mirentxu Corcoy Bidasolo\* (Catedrática de Derecho Penal de la Univ. de Barcelona y patrona de la FICP) y la Prof. Dra. Inés Olaizola Nogales\* (Catedrática de la Univ. Pública de Navarra, secretaria del tribunal y patrona de la FICP). Al acto asistieron, además de múltiples profesores de la Univ. de Barcelona y compañeros del Prof. Gómez\*, 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) y los Profs. Dres. Joan Josep Queralt\* (Catedrático de la Univ. de Barcelona y socio de la FICP) y María Ángeles Rueda Martín\* (Catedrática de la Univ. de Zaragoza y socia de la FICP).



El Prof. Dr. Gómez Martín\* ante el tribunal, compuesto, de izq. a dcha., por los Profs. Peñaranda\*, Díaz y García Conlledo\*, Mir\*, Corcoy\* y Olaizola\*.



Asistentes al acto, entre los que se encuentran el Prof. Luzón\* (foto de la izq., en el centro) y la Prof. Rueda\* (foto de la dcha., primera fila junto al pasillo).



Celebración posterior al acto. De izq. a dcha., los Profs. Olaizola\*, Rueda, Luzón\*, Gómez\*, Corcoy\*, Queralt y Peñaranda\*.

### **(iii) Obtención por la Prof. Dra. María A. Trapero Barreales\* de una Cátedra de Derecho Penal en la Univ. de León, España.**

El 21 de febrero de 2020 obtuvo una Cátedra de Derecho Penal en la Univ. de León, España, la Prof. Dra. María A. Trapero Barreales\*, Prof. Titular de la Univ. de León, acreditada como catedrática por la ANECA desde 2012, y patrona de la FICP. El tribunal del concurso, al que se presentó como candidata única, estuvo presidido por el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Diego-M. Luzón Peña\* y compuesto además por el Prof. Dr. Dr. h.c. Javier de Vicente Remesal\*, el Prof. Dr. Dres. h.c. Miguel Díaz y García Conlledo\*, la Prof. Dra. Mirentxu Corcoy Bidasolo\* y la Prof. Dra. Inés Olaizola Nogales\*, miembros todos ellos del Patronato de la FICP.

Al acto, que tuvo lugar en la Sala de Juntas de la Facultad de Derecho, Univ. de León, España, acudieron, además de múltiples profesores de la Univ. de León y compañeros de la Prof. Trapero\*, múltiples miembros de la Escuela del Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Diego-M. Luzón Peña\*.



La Prof. Dra. Trapero durante los ejercicios del concurso, ante el tribunal compuesto, de izq. a dcha., por los Profs. Dres. Corcoy\*, de Vicente\*, Luzón\*, Díaz\* y Olaizola\*.



Imagen de los asistentes al acto posando junto con la Prof. Dra. Trapero\* y los miembros del tribunal.

#### (iv) Obtención del Doctorado por la Prof. Dra. Beatriz Suárez López\*

El 14 de enero de 2020, a las 12:00 h., tuvo lugar en la Univ. de Alcalá el acto de defensa de la tesis doctoral de la Prof. Beatriz Suárez López\*, titulada “Los delitos contra el medio ambiente: estudio específico del art. 325 CP español” y dirigida por el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Diego-M. Luzón Peña, Catedrático de Derecho Penal de la Univ. de Alcalá y presidente de honor de la FICP, y la Prof. Dra. Raquel Roso Cañadillas, Prof. Titular de la Univ. de Alcalá y patrona de la FICP.

El tribunal estuvo conformado por el Prof. Dr. Dr. h. c. Javier de Vicente Remesal (Catedrático de Derecho Penal de la Univ. de Vigo, Presidente de la FICP y Presidente del tribunal), el Prof. Dr. Dres. h.c. Miguel Díaz y García Conlledo\* (Catedrático de Derecho Penal de la Univ. de León, patrono de la FICP y vocal del tribunal) y el Prof. Dr. José-Zamyr Vega Gutiérrez\* (Prof. Ayudante Doctor de la Univ. de Alcalá, socio de la FICP y secretario del tribunal). La tesis obtuvo la calificación de sobresaliente “cum laude”. Lugar: Salón de Grados de la Facultad de Derecho de la Univ. de Alcalá, Madrid, España.



Arriba: la Prof. Suárez López\* durante la defensa de su tesis doctoral. En el tribunal, de izq. a dcha., los Profs. Díaz y García Conlledo\*, de Vicente Remesal\* y Vega Gutiérrez\*. Enfrente, los directores Profs. Luzón\* y Roso\*. Abajo: la Prof. Dra. Suárez López\* posa junto a los miembros del tribunal (izq.) y junto a estos, sus directores y el Prof. Dr. Suárez Sánchez\*, patrono de la FICP.

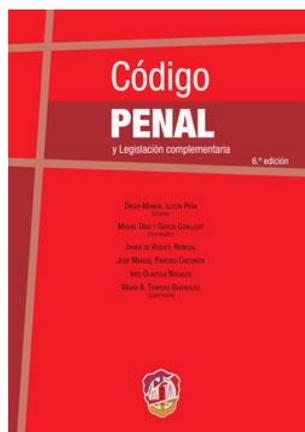


Imagen de algunos de los asistentes al evento, junto con la Prof. Dra. Suárez López, sus directores y los miembros del tribunal.

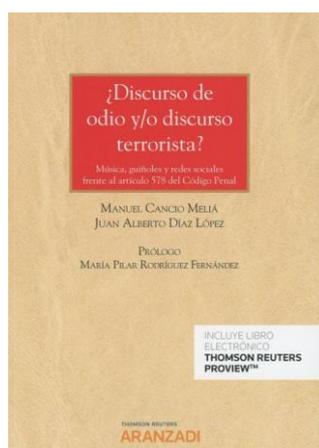
## 2. Publicaciones recientes de los miembros de la FICP

### (i) Miembros del Patronato (con asterisco los patronos y secretaria):

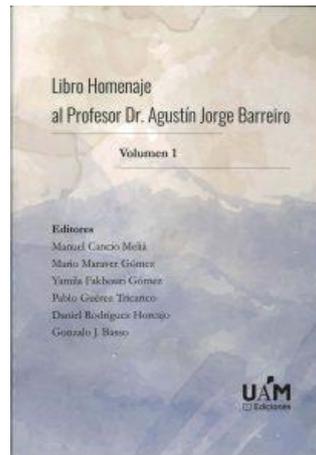
- Vicente Remesal, Javier de\*, Sonderfähigkeiten und objektive Sorgfaltspflichtverletzung, *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 4, 2020, *Freundesgabe für Diego-Manuel Luzón Peña zum 70. Geburtstag*, pp. 194-203.
- Vicente Remesal, Javier de\*, Aspectos esenciales del consentimiento presunto en la práctica quirúrgica, con especial referencia a la determinación del elemento subjetivo de justificación, en: Cancio Meliá\*/Maraver Gómez/Fakhouri Gómez/Guérez Tricario/Rodríguez Horcajo/Basso (dirs.), *Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, vol. I, Madrid, UAM Ediciones, 2019, pp. 401-414.
- 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.\*, Miedo insuperable: requisitos básicos, en: Cancio Meliá\*/Maraver Gómez/Fakhouri Gómez/Guérez Tricario/Rodríguez Horcajo/Basso (dirs.), Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro, vol. I, Madrid, UAM Ediciones, 2019, pp. 571-594.
- Mir Puig, Santiago\*, Die neuen „Strafen" für juristische Personen, eine Art von „Strafen" ohne Schuld, Goldammer's Archiv für Strafrecht, 4, 2020, Freundesgabe für Diego-Manuel Luzón Peña zum 70. Geburtstag, pp. 232-239.
- Barber Burusco, Soledad\*, Libertad vigilada para imputables y cumplimiento de la pena de prisión, en: Cancio Meliá\*/Maraver Gómez/Fakhouri Gómez/Guérez Tricario/Rodríguez Horcajo/Basso (dirs.), Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro, vol. II, Madrid, UAM Ediciones, 2019, pp. 1309-1322.
- Cancio Meliá, Manuel\*/Díaz López Juan Alberto, ¿Discurso del odio y/o discurso terrorista?, Pamplona, Thomson/Aranzadi, 2019.



- Cancio Meliá, Manuel\*/Maraver Gómez/Fakhouri Gómez/Guérez Tricario/Rodríguez Horcajo/Basso (dirs.), Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro, vols. I y II, Madrid, UAM Ediciones, 2019.



- Cancio Meliá, Manuel\*, Discurso terrorista y delito de enaltecimiento/humillación (art. 578 CP), en: Cancio Meliá\*/Maraver Gómez/Fakhouri Gómez/Guérez Tricario/Rodríguez Horcajo/Basso (dirs.), Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro, vol. II, Madrid, UAM Ediciones, 2019, pp. 925-946.
- Corcoy Bidasolo, Mirentxu\*, El consentimiento por representación en la actividad médico-quirúrgica, en: Cancio Meliá\*/Maraver Gómez/Fakhouri Gómez/Guérez Tricario/Rodríguez Horcajo/Basso (dirs.), Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro, vol. I, Madrid, UAM Ediciones, 2019, pp. 385-400.
- Díaz y García Conlledo, Miguel\*/Wolter, Jürgen (eds.), Goltdammer's Archiv für Strafrecht, 4, 2020, Freundesgabe für Diego-Manuel Luzón Peña zum 70. Geburtstag.



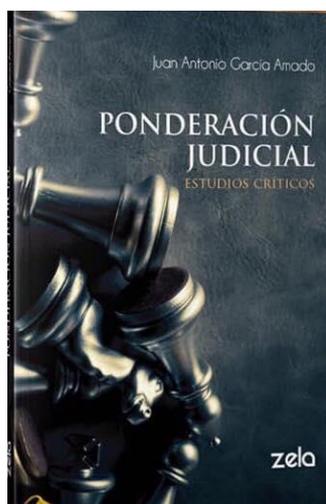
- Díaz y García Conlledo, Miguel\*, Diego-Manuel Luzón Peña: Dozent (Professor) und Akademiker, origineller Strafrechtler und Lehre: Zugleich eine Laudatio, Goltdammer's Archiv für Strafrecht, 4, 2020, Freundesgabe für Diego-Manuel Luzón Peña zum 70. Geburtstag, pp. 169-174.
- Díaz y García Conlledo, Miguel\*, Verteidigung der (guten) Dogmatik, Goltdammer's Archiv für Strafrecht, 4, 2020, Freundesgabe für Diego-Manuel

Luzón Peña zum 70. Geburtstag, pp. 204-211.

- Díaz y García Conlledo, Miguel\*/Trapero Barreales, María A.\*, La denominada inhabilitación profesional: una consecuencia jurídica híbrida, en: Cancio Meliá\*/Maraver Gómez/Fakhouri Gómez/Guérez Tricario/Rodríguez Horcajo/Basso (dirs.), Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro, vol. II, Madrid, UAM Ediciones, 2019, pp. 1589-1605.
- 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\*, Dogmática penal y Sociología jurídica: encuentros y desencuentros, en: Cancio Meliá\*/Maraver Gómez/Fakhouri Gómez/Guérez Tricario/Rodríguez Horcajo/Basso (dirs.), Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro, vol. I, Madrid, UAM Ediciones, 2019, pp. 165-180.
- Jericó Ojer, Leticia\*, El compromiso de abono de la responsabilidad civil como

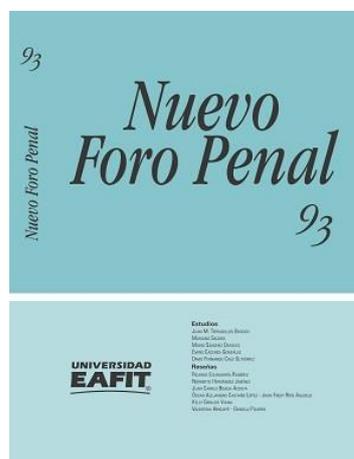
requisito para la suspensión de la pena privativa de libertad (art. 80.2.3ª CP): especial referencia a la interpretación del TC, en: Cancio Meliá\*/Maraver Gómez/Fakhouri Gómez/Guérez Tricario/Rodríguez Horcajo/Basso (dirs.), Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro, vol. II, Madrid, UAM Ediciones, 2019, pp. 1411-1424.

- Paredes Castañón, José Manuel\*, Recensión a Daniel Rodríguez Horcajo: Comportamiento humano y pena estatal: disuasión, cooperación y equidad, Marcial Pons, Madrid, 2016, 350 págs., Revista de Derecho Penal y Criminología, 21, 2019, pp. 379-384.
- Peñaranda Ramos, Enrique\*, El consentimiento en las lesiones y el tratamiento médico-quirúrgico, en: Cancio Meliá\*/Maraver Gómez/Fakhouri Gómez/Guérez Tricario/Rodríguez Horcajo/Basso (dirs.), Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro, vol. I, Madrid, UAM Ediciones, 2019, pp. 697-712.
- Pérez-Sauquillo Muñoz, Carmen\*, Legitimidad y técnicas de protección penal de bienes jurídicos supraindividuales, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019.



- Roso Cañadillas, Raquel\*, Los delitos polivalentes de autoría: entre el deber y el dominio, Indret: revista para el análisis del Derecho, 3, 2019.
- Roso Cañadillas, Raquel\*, ¿Las omisiones puras de socorro son absorbidas siempre por el delito comisivo precedente?, en: Cancio Meliá\*/Maraver Gómez/Fakhouri Gómez/Guérez Tricario/Rodríguez Horcajo/Basso (dirs.), Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro, vol. I, Madrid, UAM Ediciones, 2019, pp. 759-772.
- Sanz Morán, Ángel J.\*, Las medidas de corrección y de seguridad: un balance, en: Cancio Meliá\*/Maraver Gómez/Fakhouri Gómez/Guérez Tricario/Rodríguez Horcajo/Basso (dirs.), Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro, vol. II, Madrid, UAM Ediciones, 2019, pp. 1555-1574.

- 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, 93, 2019 (accesible [aquí](#)).



- Trapero Barreales, María A.\*, Comentario urgente sobre la reforma penal vial y otros aspectos controvertidos, RECPC, 21-11, 2019, pp. 1-61.
- Trapero Barreales, María A.\*/Díaz y García Conlledo, Miguel\*, La denominada inhabilitación profesional: una consecuencia jurídica híbrida, en: Cancio Meliá\*/Maraver Gómez/Fakhouri Gómez/Guérez Tricario/Rodríguez Horcajo/Basso (dirs.), Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro, vol. II, Madrid, UAM Ediciones, 2019, pp. 1589-1605.

**(ii) Socios (con asterisco los socios):**

- Roxin, Claus\*/Greco, Luís\*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre, 5.<sup>a</sup> ed., C.H. Beck, 2020.

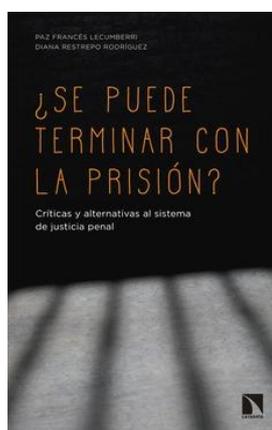


- Roxin, Claus\*, Nachträgliches Mitverschulden des Opfers, Goldammer's Archiv für Strafrecht, 4, 2020, Freundesgabe für Diego-Manuel Luzón Peña zum 70. Geburtstag, pp. 183-193.
- Acale Sánchez, María\*, Sobre la materialización del bien jurídico protegido en los delitos ecológicos, en: Cancio Meliá/Maraver Gómez/Fakhouri Gómez/Guérez Tricario/Rodríguez Horcajo\*/Basso (dirs.), Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro, vol. II, Madrid, UAM Ediciones, 2019, pp. 815-830.
- Bacigalupo Saggese\*, Los delitos en el ámbito de la administración concursal, en: Cancio Meliá/Maraver Gómez/Fakhouri Gómez/Guérez Tricario/Rodríguez Horcajo\*/Basso (dirs.), Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro, vol. II, Madrid, UAM Ediciones, 2019, pp. 849-864.
- Benítez Ortúzar, Ignacio F.\*, Estafas sobre bienes inmuebles. Especial referencia a las recaídas sobre vivienda, en: Cancio Meliá/Maraver Gómez/Fakhouri Gómez/Guérez Tricario/Rodríguez Horcajo\*/Basso (dirs.), Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro, vol. II, Madrid, UAM Ediciones, 2019, pp. 879-892.
- Boldova Pasamar, Miguel Ángel\*, Análisis de la aplicación jurisprudencial del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas, en: Cancio Meliá/Maraver Gómez/Fakhouri Gómez/Guérez Tricario/Rodríguez Horcajo\*/Basso (dirs.), Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro, vol. I, Madrid, UAM Ediciones, 2019, pp. 325-345.
- Busato, Paulo César\*, Tres tesis sobre la responsabilidad penal de personas jurídicas, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019.



- Cancio Meliá/Maraver Gómez/Fakhouri Gómez/Guérez Tricario/Rodríguez Horcajo\*/Basso (dirs.), Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro, Madrid, UAM Ediciones, 2019.

- Dopico Gómez-Aller, Jacobo\*, ¿Puede calificarse como delito de desobediencia grave a la autoridad el mero incumplimiento de la prohibición de circular por las vías públicas durante el período de confinamiento?, Guías sectoriales Covid-19, Sección de Derechos humanos, Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, 2020, pp. 9-11. Disponible [aquí](#).
- Dopico Gómez-Aller, Jacobo\*, Dos interpretaciones contra legem del régimen de exoneración de las personas jurídicas (art. 31 bis, apartados 2 y 4), en: Cancio Meliá/Maraver Gómez/Fakhouri Gómez/Guárez Tricario/Rodríguez Horcajo\*/Basso (dirs.), Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro, vol. I, Madrid, UAM Ediciones, 2019, pp. 415-430.
- Faraldo Cabana, Patricia\*, Traslado de la responsabilidad penal de las personas jurídicas por modificaciones estructurales. Algunas puntualizaciones sobre el art. 130.2 CP, en: Cancio Meliá/Maraver Gómez/Fakhouri Gómez/Guárez Tricario/Rodríguez Horcajo\*/Basso (dirs.), Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro, vol. I, Madrid, UAM Ediciones, 2019, pp. 431-444.
- Feijoo Sánchez, Bernardo\*, Las medidas educativas no privativas de libertad en la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, en: Cancio Meliá/Maraver Gómez/Fakhouri Gómez/Guárez Tricario/Rodríguez Horcajo\*/Basso (dirs.), Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro, vol. II, Madrid, UAM Ediciones, 2019, pp. 1353-1368.
- Figueiredo Dias, Jorge de\*, Sobre la crisis del paradigma penal, en: Cancio Meliá/Maraver Gómez/Fakhouri Gómez/Guárez Tricario/Rodríguez Horcajo\*/Basso (dirs.), Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro, vol. I, Madrid, UAM Ediciones, 2019, pp. 147-164.
- 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.



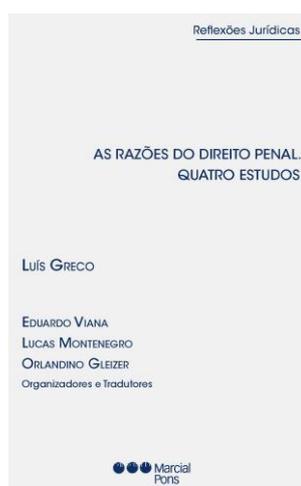
- Francés Lecumberri, Paz\*/Varona, Gema/Zuloaga, Lohitzune, Mitos sobre delincuentes y víctimas: argumentos contra la falsedad y la manipulación, Madrid, Libros de la catarata, 2019.



- García Mosquera, Marta\*, Breves apuntes sobre el concepto penal de secreto de empresa, en: Cancio Meliá/Maraver Gómez/Fakhouri Gómez/Guérez Tricario/Rodríguez Horcajo\*/Basso (dirs.), Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro, vol. II, Madrid, UAM Ediciones, 2019, pp. 1023-1034.
- González Cussac, José L.\*, El plano técnico-jurídico en la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en: Cancio Meliá/Maraver Gómez/Fakhouri Gómez/Guérez Tricario/Rodríguez Horcajo\*/Basso (dirs.), Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro, t. I, Madrid, UAM Ediciones, 2019, pp. 473-484.
- Gracia Martín, Luis\*, A vueltas con el concepto de consecuencias accesorias del delito, en: Cancio Meliá/Maraver Gómez/Fakhouri Gómez/Guérez Tricario/Rodríguez Horcajo\*/Basso (dirs.), Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro, vol. II, Madrid, UAM Ediciones, 2019, pp. 1395-1410.
- Roxin, Claus\*/Greco, Luís\*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre, 5.ª ed., C.H. Beck, 2020.



- Greco, Luís\*, Strafjurist mit gutem Gewissen - Kritik der opferorientierten Straftheorie, Goltdammer's Archiv für Strafrecht, 4, 2020, Freundesgabe für Diego-Manuel Luzón Peña zum 70. Geburtstag, pp. 258-264.
- Greco, Luis\*/Leite, Alair\*, Direito Penal, saúde pública e epidemia – Parte I, Notícia histórica sobre o art. 268 CP e caos regulatório no contexto da Covid-19, Jota, 15/04/2020, disponible [aquí](#).
- Greco, Luís\*, As razões do direito penal. Quatro estudos, Viana, E.\*/Montenegro, L./Glezer, O. (organizadores y trads.), São Paulo, Marcial Pons, 2019.



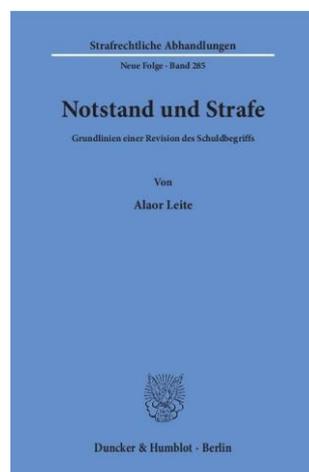
- Greco, Luís\*, Vehículos de motor autónomos y situaciones de colisión, en: Cancio Meliá\*/Maraver Gómez/Fakhouri Gómez/Guérez Tricario/Rodríguez Horcajo/Basso (dirs.), Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro, t. I, Madrid, UAM Ediciones, 2019, pp. 485-494.
- Hortal Ibarra, Juan Carlos\*, El estado de salud del Derecho penal del trabajo: o cómo instrumentalizarlo en el tratamiento ambulatorio de fines impropios, en: Cancio Meliá\*/Maraver Gómez/Fakhouri Gómez/Guérez Tricario//Rodríguez Horcajo\*/Basso (dirs.), Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro, vol. II, Madrid, UAM Ediciones, 2019, pp. 1049-1062.
- Künsemüller Loebenfelder, Carlos\*, El principio ‘societas delinquere non potest’ en la doctrina y legislación chilenas, Revista de Derecho Penal Económico, n.º monográfico sobre Responsabilidad de las personas jurídicas y ‘compliance’. La crisis de la imputación jurídico-penal, 2019-1, Rubinzal-Culzoni.
- Künsemüller Loebenfelder, Carlos\*, Las circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal en el Código Chileno. Doctrina, jurisprudencia, política criminal, derecho comparado, Chile, Editorial Tirant lo Blanch, 2019.



- Leite, Alaor\*, Der Kampf um die richtige Straf(prozess)rechtswissenschaft, Eine Besprechung des spanischen Liber Amicorum für Jürgen Wolter 2018 - Luzón Peña/ Díaz y García Conlledo (Dir.), Goltdammer's Archiv für Strafrecht, 4, 2020, Freundesgabe für Diego-Manuel Luzón Peña zum 70. Geburtstag, pp. 273 ss.
- Leite, Alaor\*/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.



- 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, 7ª 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, 2019.
- 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.



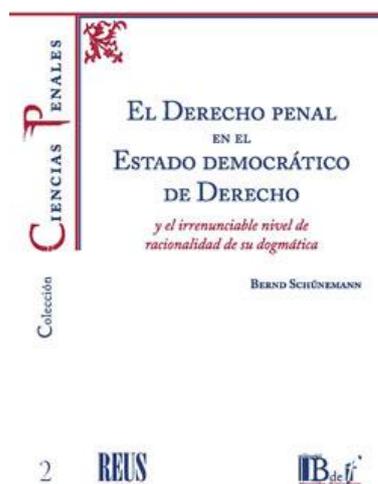
- Martínez-Buján Pérez, Carlos\*, Concepto lógico-gramatical de autor e imputación objetiva en sentido estricto (un estudio a la luz de la concepción significativa y del Código Penal español), en: Cancio Meliá/Maraver Gómez/Fakhouri Gómez/Guérez Tricario//Rodríguez Horcajo\*/Basso (dirs.), Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro, vol. I, Madrid, UAM Ediciones, 2019, pp. 609-622.
- Mendoza Buergo, Blanca\*, Autonomía, consentimiento y menores. La pretendida contrarreforma de 2015, en: Cancio Meliá\*/Maraver Gómez/Fakhouri Gómez/Guérez Tricario//Rodríguez Horcajo/Basso (dirs.), Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro, t. I, Madrid, UAM Ediciones, 2019, pp. 639-654.
- Miró Llinares, Fernando\*, Libertad de expresión ante el Covid-19, Guías sectoriales Covid-19, Sección de Derechos humanos, Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, 2020, pp. 12-14. Disponible [aquí](#).
- Miró Llinares, Fernando\*, Injuriar es ofender. Apuntes sobre la criminalización de los delitos contra el honor desde el enfoque teórico del daño/ofensa, en: Cancio

Meliá/Maraver Gómez/Fakhouri Gómez/Guérez Tricario//Rodríguez Horcajo\*/Basso (dirs.), Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro, vol. II, Madrid, UAM Ediciones, 2019, pp. 1161-1174.

- Ortiz Úrculo, Juan Cesáreo\*, La seguridad jurídica en Derecho penal, sustantivo y procesal, en: Cancio Meliá/Maraver Gómez/Fakhouri Gómez/Guérez Tricario/Rodríguez Horcajo\*/Basso (dirs.), Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro, vol. I, Madrid, UAM Ediciones, 2019, pp. 261-274.
- Pantaleón Díaz, Marta\*, Responsabilidad penal y civil médica por defectos de consentimiento informado, en: Cancio Meliá/Maraver Gómez/Fakhouri Gómez/Guérez Tricario//Rodríguez Horcajo\*/Basso (dirs.), Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro, t. I, Madrid, UAM Ediciones, 2019, pp. 683-696.
- Ragués i Vallès, Ramon\*, Responsabilidad penal corporativa e infracción de deberes de denuncia y reparación: ¿pueden las empresas lavar la ropa sucia en casa?, en: Cancio Meliá/Maraver Gómez/Fakhouri Gómez/Guérez Tricario//Rodríguez Horcajo\*/Basso (dirs.), Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro, vol. I, Madrid, UAM Ediciones, 2019, pp. 713-728.
- Robles Planas, Ricardo\*, Handeln aus Gewissensgründen, Zur spanischen Festschrift für Claus Roxin 2018 - Luzón Peña (Dir.), Goldammer's Archiv für Strafrecht, 4, 2020, Freundesgabe für Diego-Manuel Luzón Peña zum 70. Geburtstag, pp. 266-272.
- Rodríguez Horcajo, Daniel\*, ¿Límites consecuencialistas a una pena consecuencialista?, en: Cancio Meliá/Maraver Gómez/Fakhouri Gómez/Guérez Tricario/Rodríguez Horcajo\*/Basso (dirs.), Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro, vol. I, Madrid, UAM Ediciones, 2019, pp. 291-306.
- Rodríguez Vázquez, Virxilio\*/Torres Cadavid, Natalia\*, La responsabilidad penal médica por conductas imprudentes. Evolución de la jurisprudencia española en los últimos años, en: Cancio Meliá/Maraver Gómez/Fakhouri Gómez/Guérez Tricario/Rodríguez Horcajo\*/Basso (dirs.), Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro, vol. II, Madrid, UAM Ediciones, 2019, pp. 1205-1218.
- Roldán Barbero, Horacio\*, El sinuoso camino de los enfermos mentales en el sistema penal, en: Cancio Meliá/Maraver Gómez/Fakhouri Gómez/Guérez Tricario/Rodríguez Horcajo\*/Basso (dirs.), Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro, vol. II, Madrid, UAM Ediciones, 2019, pp. 1537-1554.
- Romeo Casabona, Carlos M.<sup>a</sup>\*/Urruela Mora, Asier\*, Aspectos éticos en situaciones de pandemia: el SARS-CoV-2, Informe del Ministerio de Sanidad

sobre los aspectos éticos en situaciones de pandemia: el SARS-CoV-2, 3 de abril 2020.

- Rueda Martín, M<sup>a</sup> Ángeles\*, Una reflexión sobre el desvalor de las acciones de los partícipes en un delito especial: partícipes intranei y extranei, en: Cancio Meliá/Maraver Gómez/Fakhouri Gómez/Guérez Tricario/Rodríguez Horcajo\*/Basso (dirs.), Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro, vol. I, Madrid, UAM Ediciones, 2019, pp. 773-784.
- Rusconi, Maximiliano\*, ¿Crisis de los principios de hecho y de acto en el Derecho penal?, en: Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro (dirs.: Cancio Meliá/Maraver Gómez/Fakhouri Gómez/Guérez Tricario/Rodríguez Horcajo\*/Basso), vol. I, Madrid, UAM Ediciones, 2019, pp. 307-324.
- Sánchez-Ostiz Gutiérrez, Pablo\*, El mito de la mecánica aplicación judicial de la ley, en: Cancio Meliá/Maraver Gómez/Fakhouri Gómez/Guérez Tricario/Rodríguez Horcajo\*/Basso (dirs.), Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro, vol. I, Madrid, UAM Ediciones, 2019, pp. 325-345.
- Schünemann, Bernd\*, Der Begriff der sog. Einheitstäterschaft im Strafrecht - Kritik eines dogmatischen Monstrums, *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 4, 2020, Freundesgabe für Diego-Manuel Luzón Peña zum 70. Geburtstag, pp. 224-231.
- 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\*, Ein Modell für die actio libera in causa. Die actio praecedens als strafbare Teilnahme an der actio posterior, *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 4, 2020, Freundesgabe für Diego-Manuel Luzón Peña zum 70.

Geburtstag, pp. 240-248.

- Silva Sánchez, Jesús-María\*, La legítima defensa que “recae sobre tercero”, en: Cancio Meliá/Maraver Gómez/Fakhouri Gómez/Guérez Tricario//Rodríguez Horcajo\*/Basso (dirs.), Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro, vol. I, Madrid, UAM Ediciones, 2019, pp. 785 ss.
- Torres Cadavid, Natalia\*, La responsabilidad penal del asesor fiscal, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019.



- Rodríguez Vázquez, Virxilio\*/Torres Cadavid, Natalia\*, La responsabilidad penal médica por conductas imprudentes. Evolución de la jurisprudencia española en los últimos años, en: Cancio Meliá/Maraver Gómez/Fakhouri Gómez/Guérez Tricario/Rodríguez Horcajo\*/Basso (dirs.), Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro, vol. II, Madrid, UAM Ediciones, 2019, pp. 1205-1218.
- Wolter, Jürgen\*/Díaz y García Conlledo, Miguel (eds.), Goldammer’s Archiv für Strafrecht, 4, 2020, Freundesgabe für Diego-Manuel Luzón Peña zum 70. Geburtstag.



- Wolter, Jürgen\*, Diego-Manuel Luzón Peña als Garant einer spanisch-deutschen Strafrechtsdogmatik auf Augenhöhe Plädoyer für eine rechtskreisbezogene internationale Strafrechtswissenschaft, *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 4, 2020, Freundesgabe für Diego-Manuel Luzón Peña zum 70. Geburtstag, pp. 175-181.
- Wolter, Jürgen\*, Objektive objektive Zurechnung in einem zweispurigen Straftatsystem, *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 4, 2020, Freundesgabe für Diego-Manuel Luzón Peña zum 70. Geburtstag, pp. 212-223.

### 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)*

- 29 de enero de 2020. Conferencia del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Luzón Peña\* sobre "Culpabilidad y libertad" en el acto de clausura del Curso de especialización en Derecho de la Univ. de Salamanca, España. La conferencia de clausura está grabada y disponible en vídeo, en el siguiente [enlace](#). Le acompañaron durante el acto el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Ignacio Berdugo Gómez de la Torre, Catedrático de Derecho Penal de la Univ. de Salamanca y socio de la FICP, y la Prof. Dra. Ana Pérez Cepeda, Prof. Titular de Derecho Penal y también socia de la FICP.



El Prof. Luzón durante su conferencia, acompañado por el Prof. Berdugo y la Prof. Pérez Cepeda.

- 6-15 de marzo. Impartición por el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Luzón Peña\* de un

módulo sobre "Acción y tipicidad como elementos del concepto general de delito" en la Maestría de Derecho Penal de la Universidad Central del Ecuador (UCE).



El Prof. Luzón\* imparte su curso sobre "Acción y tipo objetivo como elementos del delito" el jueves 6 de marzo.

- 12 de marzo. Conferencia del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Luzón Peña\* sobre "Culpabilidad y libertad" en la UCE, en un evento coorganizado por la Facultad de Jurisprudencia de la UCE y la Fiscalía General del Estado, Ecuador.



Posado inaugural. De izq. a dcha., la Prof. Beatriz Rodríguez Tapia (Directora de la Escuela de Fiscales), el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Luzón Peña\*, la Prof. Brenda Guerrero (Directora de la maestría en Derecho Penal), su asistente y el Prof. Miguel Á. Angulo (Coordinador de la Maestría).



Imágenes de la ponencia del Prof. Luzón\*, acompañado, de izq. a dcha. por el Prof. Miguel A. Gaona, la Prof. Brenda Guerrero y la Prof. Beatriz Rodríguez Tapia. Arriba a la dcha., esta última se dispone a entregar la placa de la Fiscalía en reconocimiento al Prof. Luzón\*; abajo a la izq., el Prof. Angulo le entrega igualmente la placa de la Maestría de Derecho Penal en su honor, tras lo cual el Prof. Luzón\* enuncia unas palabras de agradecimiento.



Imágenes de los dos reconocimientos entregados al Prof. Luzón\*.



El Prof. Luzón tras su curso con el primer grupo de la Maestría. En primera fila, de izq. a dcha., el Prof. Dr. García Falconí (Catedrático de Derecho Penal, Presidente de los Estudios de Posgrado, Vicedecano de la Facultad de Derecho, y Presidente del Colegio de Abogados de la provincia de Quito), el Prof. Dr. Luzón Peña, la Prof. Brenda Guerrero (directora del Instituto de Posgrado de la Facultad) y el Prof. Angulo (coordinador de la Maestría de Derecho Penal).

- 23 de marzo de 2020. Ponencia del Prof. Dr. Dres. h.c. Miguel Díaz y García Conlledo\* sobre "Autoría por dominio de organización", en: Debate Jurídico, programa del Colegio de Abogados de Pichincha, Quito, Ecuador.
- 11 de abril de 2020. Apertura del canal de youtube del Prof. Dr. Dr. h.c. Juan Antonio García Amado\* con intervenciones sobre diversos temas de teoría del Derecho y teoría de la argumentación jurídico. Vídeos disponibles en el siguiente [enlace](#).
- 23-25 de abril de 2020. Con motivo de la celebración del I Congreso Internacional de Derecho, sobre "Tendencias actuales en el Derecho: análisis de los cambios en el Sistema de Justicia en el contexto del COVID-19", organizado por la Escuela de Posgrado de Lima (Perú), y celebrado de manera virtual, han tenido lugar las intervenciones de los siguientes miembros del patronato de la FICP:
  - Ponencia del Prof. Dr. Dr. h.c. Juan Antonio García Amado\*: "Argumentación sobre los hechos y su prueba".
  - Ponencia de la Prof. Dra. Carmen Pérez-Sauquillo Muñoz\*: "Los delitos de peligro abstracto y su compatibilidad con el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos".



- 8 de mayo de 2020. Ponencia del Prof. Dr. Dr. h.c. Juan Antonio García Amado sobre “Teoría y práctica del Derecho: conversatorio & debate”, junto con el Prof. Dr. Manuel Atienza. Jornada académica organizada por el Centro de Continua de la Univ. Católica de Cuenca.



**b) Socios (con asterisco los socios)**

- 22 de abril de 2020. Ponencia del Prof. Dr. Jacobo Dopico Gómez-Aller sobre “Los delitos de expresión, especial incidencia en tiempos de confinamiento”,

Encuentros jurídicos en casa, organizados por el Consejo Nacional de Estudiantes de Derecho.

**ENCUENTROS JURÍDICOS EN CASA.**

JACOBO DOPICO GÓMEZ-ALLER  
 PROF. TITULAR ACRED.  
 CATEDRÁTICO DE DERECHO PENAL EN LA UC3M

**MIÉRCOLES 22 | 18:00**

**"LOS DELITOS DE EXPRESIÓN, ESPECIAL INCIDENCIA EN TIEMPOS DE CONFINAMIENTO"**

Logos: ISIE, Consejo Nacional de Estudiantes de Derecho, AJA, Santander, etc.

- 23 de abril de 2020. Ponencia del Prof. Dr. Luís Greco\* sobre “Questões atuais da Parte Geral do Direito Penal, por ocasião do lançamento da obra Direito Penal – Parte Geral escrita por Claus Roxin e Luís Greco”. Evento virtual organizado por el Grupo de Direito Penal Económico e da Empresa.

**QUESTÕES ATUAIS DA PARTE GERAL DO DIREITO PENAL**

POR OCASIÃO DO LANÇAMENTO DA OBRA DIREITO PENAL - PARTE GERAL ESCRITA POR CLAUD ROXIN E LUIS GRECO

CONVIDADO  
 PROF. DR. LUIS GRECO (UNIVERSIDADE HUMBOLDT DE BERLIN)

MEDIAÇÃO  
 PROF. DR. ADRIANO TEIXEIRA (POV DIREITO SP)

**17H**

**23/04**

e-SEMINÁRIOS | TRANSMISSÃO ONLINE VIA CANAL DO YOUTUBE DO G.D.P.E.E.

- 19 de abril de 2020. Invitación al Prof. Dr. Alaor Leite\* a la conversación jurídica Tirant lo Blanch dirigida por el Prof. Dr. Leonardo Rodrigues.



- 8 de abril de 2020. Con motivo de los encuentros virtuales organizados por el Instituto Brasileño de Direito Público (IDP), han tenido lugar las siguientes intervenciones de socios de la FICP:
  - 8 de abril: intervención del Prof. Dr. Alaor Leite\* en el encuentro virtual sobre “Tutela das liberdades: sanções coercitivas para observância de medidas restrictivas e o caso da execução penal”.
  - 20 de abril: moderación por el Prof. Dr. Alaor Leite\* del encuentro virtual sobre “Pandemia e toxicodependência: o Direito, la ciencia e a fragilidade da liberdade”.
  - 4 de mayo: ponencia del Prof. Dr. Luís Greco\* sobre “O futuro do Direito Penal brasileiro”, moderado, entre otros académicos, por el Prof. Dr. Alaor Leite\*.

AULA MAGNA | SEGUNDA-FEIRA, 04 DE MAIO ÀS 15h30  
**O FUTURO DO DIREITO PENAL BRASILEIRO** **idp**

▶ [YOUTUBE.COM/IDPONLINE](https://www.youtube.com/idponline) LINK ENVIADO POR E-MAIL AOS INSCRITOS

**Convidado**

  
**Luis Greco**  
Professor Catedrático de Direito Penal, Direito Processual Penal, Direito penal Estrangeiro e Teoria do Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade Humboldt, de Berlim; Doutor e LL. M. em Direito (LMU Munique)

**Mediadores**

  
**Rodrigo Mudrovitsch**  
Professor de Direito Constitucional do IDP

  
**Ney Bello**  
Professor do Mestrado do IDP

  
**Alaor Leite**  
Doutor e mestre em Direito pela Universidade Ludwig Maximilian de Munique

**Coordenação**

**Coordenadores-Gerais:**  
Professor Rodrigo Mudrovitsch  
Professor Ney Bello

**Coordenadores-Executivos:**  
Professor Felipe Carvalho  
Professor Guilherme Puppe

**(ii) Organización de seminarios y congresos:**

▪ **Congreso Internacional sobre aporofobia y Derecho Penal**

15 y 16 de octubre de 2020. Evento organizado por el Departamento de Derecho Penal de la Univ. de Salamanca (dir. Prof. Dra. Ana Isabel Pérez Cepeda). Lugar: Facultad de Derecho, Univ. de Salamanca, Salamanca, España. Más información, [aquí](#).