Fundación Internacional de Ciencias Penales

Foro FICP 2022-3

(Tribuna y Boletín de la FICP)

ForFICP
(abreviatura)

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 (emér.) de Derecho penal.
Universidad de Alcalá, Madrid. España.

Coordinadora General: Prof. Dra. D.ª Carmen Pérez-Sauquillo Muñoz.
Secretraria del Patronato de la FICP. Socia y coordinadora.
Prof. Ayudante Doctora, acred. Prof. Contratada 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. Dr. h. c. mult. 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. Prof. Contratado Doctor. Univ. de Alcalá, Madrid. España.

Coordinación técnica:
Prof. D. Enrique F. Luzón Campos.
Abogado. Máster en Derecho. Prof. de Derecho Penal en Master de Acceso a la Abogacía, Univ. Autónoma de Madrid. España.
D.ª Julieta Pellegrino Ruiz.
Investigadora de Derecho Penal y abogada. Buenos Aires, Argentina. Investigadora predoctoral en la Univ. de Alcalá, Madrid, España. Socia de la FICP.

Edición: Fundación Internacional de Ciencias Penales. Madrid (España). 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 otra revista predominantemente 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, y desde entonces viene funcionando como revista cuatrimestral, por tanto con tres números al año.

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, o de escritos profesionales suyos como sentencias, dictámenes o informes, 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* ***estudios o artículos, siempre ajustándose a nuestras Normas de Publicación, trabajos cortos de opinión, reflexión o debate y noticias****.*

En Foro FICP, como vínculo de relación entre socios penalistas de todo el mundo, pero especialmente de los países latinos de Europa y América, ***se admite la publicación en su idioma original*** *de trabajos redactados* ***tanto en español como en portugués o italiano****.*

Foro FICP es una revista ***abierta al acceso libre*** *por cualquiera que visite la web www.ficp.es.*

SUMARIO

I. TRIBUNA (para los miembros de la FICP) 9

1. Tribuna de debate 9

Prof. Dr. Bernardo del Rosal Blasco 9

El pecado original de la ley de Montero (Ley de garantía integral de la libertad sexual)

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Manuel Cancio Meliá 12

La revisión de condenas después de la reforma de los delitos sexuales

2. Estudios 14

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Diego-M. Luzón Peña 14

Derecho de corrección a menores

Prof. Dr. Manuel Lozano-Higuero Pinto 35

La sedicente mediación penal y el modelo procesal penal español en la crisis de los modelos procesales

Prof. Dr. Antonio Javato Martín 78

Sobre la reforma del delito de sedición

Prof. Dr. Julio E. Chiappini 89

Exclusión del hurto por obra de la divina caridad

Prof. Diego Olivera Zapiola 97

Arraigo como medida excepcional conculcadora de los derechos del ciudadano

Francesco de Angelis 114

L'origine del Pubblico Ministero Europeo (EPPO: *European Public Prosecutor Office*)

Prof. Carmen Buendía Rubio 134

Garantismo y Derecho penal

Ponencias invitadas presentadas en el III Congreso Internacional de la FICP, Alcalá de Henares, 15 y 16 de septiembre de 2022 146

Prof. Dra. Mirentxu Corcoy Bidasolo 146

¿Siguen vigentes los principios limitadores del Derecho penal?

Prof. Dr. Víctor Gómez Martín 159

Entre las incumbencias, la atipicidad y el sinsentido. Algunas reflexiones sobre la naturaleza jurídica de los modelos de prevención de delitos corporativos

Prof. Dr. Carlos Martínez-Buján Pérez 172

Un nuevo sistema penal: la concepción significativa de la acción

Prof. Dra. Raquel Roso Cañadillas 209

La necesidad de diferenciar entre autoría y participación imprudente y la cuestión de su punibilidad. Comentario a la STS 351/2020, de 25 de junio

Prof. Dr. Javier Augusto De Luca 220

Derecho penal y Derecho de los pueblos originarios o indígenas

Prof. Dr. Julio Armaza Galdós / Prof. Dr. Emilio José Armaza Armaza 231

Multiculturalidad y Derecho penal: aproximación al estudio del art. 15 del CP peruano
Prof. Dr. Dr. h.c. Maximiliano Rusconi 247
La legitimidad de la sanción al instigador- inductor: ¿una forma polémica de participación punible?
Prof. Dr. Dr. h.c. mult. E. Raúl Zaffaroni 267
Derecho penal integrado y desintegrado
Prof. Dr. Dr. h.c. Moisés Moreno Hernández 281
Problemas y retos de la dogmática jurídico-penal mexicana frente a los desencuentros de la política criminal
Prof. Dr. Jaime Náquira Riveros 295
¿Se debe incluir la "motivación" como elemento integrante del dolo? (resumen)
Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Manuel Cancio Meliá 299
Alguna breve consideración sobre la reforma de los delitos contra la libertad sexual
Prof. Dra. Maria Fernanda da Palma Pereira 314
Conflicto o contribución de la Inteligencia Artificial ante la teoría general de la infracción criminal
Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Bernd Schünemann 319
Unas observaciones sobre la doctrina penal del Estado de Derecho liberal en el siglo XXI
Prof. Dr. Andrea Castaldo 327
The noise (el rumor): el desafío de la A.I. (inteligencia artificial) entre predicción y manipulación de la realidad
Ponencias presentadas en el III Congreso Internacional de la FICP, Alcalá de Henares, 15 y 16 de septiembre de 2022 331
Eduardo Ariza Ugalde 331
Acerca de la nueva Ley Orgánica 4/2022, de 12 de abril, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, para penalizar el acoso a las mujeres que acuden a clínicas para la interrupción voluntaria del embarazo
Sergio de la Herrán Ruiz-Mateos 357
La delimitación de los delitos de medios determinados y el problema de la categoría del «medio» en la tipicidad
Prof. Dr. Alejandro L. de Pablo Serrano 357
Estado de Derecho ambiental y Derecho penal internacional del medio ambiente
Prof. Dra. Alejandra Pastrana Sánchez 389
La omisión en el artículo 28(a) del Estatuto de Roma: un análisis a propósito del caso Bemba Gombo
Prof. Dra. Natalia Torres Cadavid 424
El error sobre la obligación tributaria en el delito fiscal (según la teoría de la culpabilidad)
Comunicaciones presentadas en el III Congreso Internacional de la FICP, Alcalá de Henares, 15 y 16 de septiembre de 2022 453
Adoración Amigo Rodríguez 453

El consentimiento de la persona con discapacidad psíquica y el delito de abusos sexuales
Prof. Dr. Pedro Jesús Antequera Jiménez 464
La supresión del automatismo de la pena accesoria de alejamiento como forma de protección de la víctima
Dr. Enrique del Castillo Codes 473
Cuestiones fundamentales sobre la omisión de socorro
Prof. Dr. Julio E. Chiappini 487
La noción de verdad en el falso testimonio (art. 458 del Código Penal)
Prof. Bernardino Díaz Rodríguez 496
Comentario a la STS 617/2022, de 22 de junio de 2022. Interpretación del artículo 89.3 del Código Penal. Expulsión sustitutiva y juicio en ausencia~ 496
Consuelo Domingo Muñoz 504
El nuevo tipo delictivo del artículo 172 quater del Código Penal
Prof. Dr. Daniel Fernández Bermejo 518
Los tipos agravados en el delito fiscal. El artículo 305.1 bis del Código Penal
Prof. Dra. Regina Helena Fonseca Fortes-Furtado 533
¿"Solo sí es sí" en las empresas? El acoso sexual laboral y el compliance de género
Prof. Dr. Javier García Amez 555
El tipo básico del delito de contaminación ambiental del artículo 325.1 del Código Penal: principales problemas
Víctor-Hugo García 574
Sísifo en Baviera. La codificación civil y penal del Imperio Francés y su recepción por parte de Feuerbach
Ildefonso Manuel Gómez Padilla 583
"Solo sí es sí". Análisis jurídico penal comparado
Dr. Antonio Evaristo Gudín Rodríguez-Magariños 600
Formación del expediente y acceso a la documentación en el procedimiento de investigación ante la Fiscalía Europea
Dr. Javier Ijalba Pérez 632
Derecho penal de la seguridad social. Modelo constitucional
Maria di Maggio 660
Diritto all'oblio: presunzione d'innocenza e funzione rieducativa della pena
Prof. Dr. Dr. h.c. Daniel Montero Zendejas 673
Crisis y desafíos del Derecho penal ante la inteligencia artificial. Reto del Estado democrático de Derecho
M.ª Dolores Pardeza Nieto 682
El porqué de la reforma de los delitos sexuales
Dra. Yolanda Pardo González 686
Me too y la nueva regulación del delito de acoso sexual
Montserrat Vilà Roura 696

Análisis de la STS, Sala penal, 635/2022, de 23 de junio de 2022, referente a la consideración que tienen los patinetes eléctricos a efectos del delito de conducción sin licencia del art. 384 CP

II. LEGISLACIÓN Y PROYECTOS DE LEY 705

1. España 705

Ley Orgánica 6/2022, de 12 de julio, complementaria de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal..... 705

Ley Orgánica 9/2022, de 28 de julio, por la que se establecen normas que faciliten el uso de información financiera y de otro tipo para la prevención, detección, investigación o enjuiciamiento de infracciones penales, de modificación de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas y otras disposiciones conexas y de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. 708

Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual... 741

Ley Orgánica 11/2022, de 13 de septiembre, de modificación del Código Penal en materia de imprudencia en la conducción de vehículos a motor o ciclomotor. 819

Ley Orgánica 13/2022, de 20 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, para agravar las penas previstas para los delitos de trata de seres humanos desplazados por un conflicto armado o una catástrofe humanitaria. 823

Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre, de transposición de directivas europeas y otras disposiciones para la adaptación de la legislación penal al ordenamiento de la Unión Europea, y reforma de los delitos contra la integridad moral, desórdenes públicos y contrabando de armas de doble uso 825

2. Argentina 852

Ley Nacional de respuesta integral al VIH, hepatitis virales, otras infecciones de transmisión sexual -ITS- y tuberculosis -TBC- N° 27.675..... 852

Proyecto de reforma de la Ley N° 24.660 de Ejecución de la Pena Priv. de la Libertad.865

III. NOTICIAS DE LA FICP 866

1. Congresos, seminarios y cursos..... 866

(i) III Congreso Internacional de la FICP 866

(ii) Jornada en homenaje a la Prof. Dra. Mirentxu Corcoy Bidasolo: un modelo integral de Derecho Penal 870

(iii) XXI Seminario Internacional de Filosofía del Derecho y Derecho Penal..... 871

(iv) VII Congreso Nacional Penitenciario Legionense 872

(v) Taller "Stop a las violencias sexuales... También desde el Derecho penal" 872

(vi) Seminario permanente de metodología docente activa. Experiencia docente comparada..... 872

2. Publicaciones de la FICP..... 874

(i) Libro-Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario 874

(ii) Libro-Homenaje a Claus Roxin..... 874

(iii) *Liber-Amicorum* a Jürgen Wolter 875
(iv) Actas de Congresos y Seminarios con ISSN 876
3. Otras publicaciones sobre los patronos de la FICP 877
(i) Libro homenaje a la Prof. Dra. Mirentxu Corcoy Bidasolo 877
IV. NOTICIAS DE LOS MIEMBROS DE LA FICP 878
1. Distinciones, galardones; grados académicos 878
(i) Acto en homenaje al Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Luzón Peña. Entrega solemne, aplazada por la pandemia desde abril de 2020, del Libro-Homenaje al Profesor Diego-M. Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario, de su Festgabe alemana en la revista GA y del número de Libertas en su homenaje 878
(ii) Jornada en homenaje a la Prof. Dra. Mirentxu Corcoy Bidasolo 879
(iii) Seminario Internacional Homenaje al Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Ignacio Berdugo Gómez de la Torre 880
(iv) Investidura del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Díaz y García Conlledo como Prof. Honorario de la Univ. de Vigo 881
(v) Investidura de la Prof. Dra. Pilar Gutiérrez Santiago como Doctora *honoris causa* por la Univ. Católica de Cuenca, Ecuador 882
(vi) Investidura del Prof. Dr. Mario Caterini como Doctor *honoris causa* por la Univ. Nacional de Rosario, Argentina 882
(vii) Reconocimiento y conferencia inaugural del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Carlos M.ª Romeo Casabona en el Acto conmemorativo "25 años de legislación biomédica en España" 883
(viii) Nombramiento del Prof. Dr. José Luis González Cussac como Presidente de la Asociación de Profesorado de Derecho Penal de las Universidades Españolas (APDP) 884
(ix) Obtención de una plaza de Prof. Titular de Derecho Penal en la Univ. de Vigo por el Prof. Dr. Virxilio Rodríguez Vázquez 884
2. Publicaciones recientes de los miembros de la FICP 886
(i) Miembros del Patronato 886
(ii) Socios 895
3. Cursos, congresos y conferencias de los miembros de la FICP 915
(i) Ponencias y conferencias en seminarios, congresos o cursos 915
(ii) Organización de seminarios, congresos y otros proyectos 935

I. TRIBUNA
(para los miembros de la FICP)

1. Tribuna de debate

Prof. Dr. Bernardo del Rosal Blasco
Catedrático de Derecho Penal, Univ. de Alicante, Comunidad Valenciana, España.
Socio de la FICP.

~El pecado original de la ley de Montero (Ley de garantía integral de la libertad sexual)[*]~

La recientemente aprobada ley de garantía integral de la libertad sexual, la ley del «solo sí es sí», está provocando, aparte de una gran polvareda que impide un debate cuerdo y racional, algunas situaciones, como poco, desconcertantes.

La primera de ellas es que, al margen de los problemas de derecho transitorio, lo cierto es que el nuevo texto legal rebaja las penas de los delitos de agresión sexual, de modo que un delincuente que cometiera hoy una agresión sexual estaría, en abstracto, menos castigado que si no existiera esta nueva ley. Nadie de las promotoras de la ley ha explicado por qué se ha decidido esa rebaja de penas, a pesar de que pueda haber legítimos argumentos político-criminales a favor de una moderación de las penas para estos delitos. Pero lo cierto es que, si los hay, no los hemos escuchado. La segunda es que cuando, por obvia aplicación del principio constitucional de retroactividad favorable, la Ley ha surtido ese efecto –rebaja de penas a agresores sexuales condenados– las promotoras de la norma han reaccionado vehementemente, negando de forma tajante toda voluntad de provocar ese efecto de rebaja de las penas. Esto no es que sea desconcertante, es que es incomprensible: si no se querían rebajar las penas a los agresores sexuales, ¿por qué se han rebajado?

Aunque no sea el caso de las impulsoras de la Ley, hay quien ha argumentado a favor de esa rebaja de penas porque, dicen, los nuevos tipos de la agresión sexual recogen un elenco de conductas más amplio (antiguos abusos más agresiones sexuales), lo que obliga a construir marcos penales más extensos que permitan dar una respuesta justa a conductas cuyo daño es diferente. Pero esa explicación, desde la lógica de la Ley, no tiene sentido, porque si todo ataque a la libertad sexual es, ahora, agresión, porque lo que importa realmente, a la hora de enjuiciar los comportamientos, es la ausencia de consentimiento y no la concurrencia o no de violencia o

[*] Artículo publicado en la Razón con fecha de 4 de diciembre de 2022.

intimidación, ¿para qué moderar las penas si todas las conductas (abusos, agresiones) son igualmente reprobables?

La realidad es que, incluido el lío generado con el derecho transitorio, todos los problemas del nuevo Código Penal tienen que ver con su «pecado original», que no es otro que la indiferenciación que se produce entre los diferentes tipos de ataque a la libertad sexual. Esto, aparte de ir «contra natura» –porque en la valoración social y en las consecuencias para la víctima no es lo mismo atentar contra la libertad sexual mediando violencia o intimidación que no mediando–, infringe el principio constitucional de proporcionalidad, porque se aplican penas de igual gravedad a conductas de distinta gravedad, y, lo que es más peligroso, puede incentivar al delincuente a hacer lo más si, al final y al cabo, lo menos se va a castigar igual que lo más.

Por otra parte, los problemas de derecho transitorio han evidenciado la falta de altura técnica y rigor de cargos públicos que, sin embargo, deberían de destacar por todo lo contrario. Así, Victoria Rosell, magistrada de profesión y delegada del Gobierno para la Violencia de Género, ha señalado que la disposición transitoria quinta del Código penal de 1995 («no se considerará más favorable este Código cuando la duración de la pena anterior impuesta al hecho con sus circunstancias sea también imponible con arreglo al nuevo Código»), frente a otras disposiciones transitorias muy temporales (sic), sigue vigente y forma parte del cuerpo doctrinal y jurisprudencial. Esta afirmación es, jurídicamente, inaceptable. Todas las disposiciones transitorias de todas las leyes forman parte del derecho transitorio, que regula las relaciones jurídicas existentes al producirse un cambio legislativo y que tienen una vigencia limitada de duración finita y temporal, de modo que, llegado el momento, se agotan. Así lo establece, de hecho, la directriz 40 de las Directrices de técnica normativa, aprobadas por el gobierno el 22 de julio de 2005.

El decreto del fiscal general del Estado de 21 de noviembre de 2022, que no se atreve a decir que dicha disposición transitoria esté vigente, señala que su contenido resulta de aplicación por ofrecer una interpretación auténtica (la que hace el propio legislador en la norma) acerca de qué ley debe de considerarse siempre más favorable. Esto es, jurídicamente, incorrecto. La famosa disposición transitoria no es una norma interpretativa, que aclare los conceptos de retroactividad favorable o no favorable, sino que es una norma que restringe, de forma constitucionalmente discutible, el ámbito de la retroactividad favorable, excluyéndola en determinados supuestos.

Se puede discutir si la nueva ley debería haber reducido las penas para los delitos de agresión sexual –cosa que algunos defienden legítimamente–, se puede discutir la bondad o maldad de la nueva ley o su oportunidad. Pero no se puede, cuando la ley produce un efecto indeseado, consecuencia de su apresurado, torpe e irreflexivo proceso de elaboración, engañar a los ciudadanos, manipulando el contenido y la interpretación de los textos legales, tratando,

además, de forzar a los órganos jurisdiccionales a aplicar la ley de la forma apetecida por sus temerarias redactoras.

* * * * * *

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Manuel Cancio Meliá
Catedrático de Derecho Penal, Univ. Autónoma de Madrid, España. Patrono de la FICP.

~La revisión de condenas después de la reforma de los delitos sexuales*~

En derecho penal español rige el principio de retroactividad de las leyes penales favorables para el reo: el artículo 2.2 del Código Penal establece que "tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena." Este principio legal deriva de la idea de que resulta injusto seguir aplicando las valoraciones de ayer cuando la ley —esto es, la soberanía popular que expresa el Parlamento— hoy incorpora una nueva visión del delito en cuestión, menos severa para quien fue enjuiciado con la ley anterior. Esta regla no es sólo una decisión legal, sino que ha sido incorporada al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Tanto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como el Tribunal Constitucional español, consideran que se trata de un derecho de rango constitucional. En consecuencia, este principio no está a disposición del legislador ordinario; no hay reforma legal que pueda cambiarlo.

En estos últimos días se está produciendo lo que algunos medios presentan como una verdadera cascada de revisiones de condenas pronunciadas antes de la reforma de los delitos sexuales llevada a cabo por la Ley Orgánica 10/2022, conocida como "ley del sólo sí es sí". Se genera así la impresión de que la impericia del legislador ha dejado una laguna, un resquicio por el que pueden obtener una rebaja de sus penas autores de delitos gravísimos. Así, obtendrían un tratamiento penal menos severo en virtud de una ley cuyo objetivo declarado era justo el contrario: reforzar la protección penal a la libertad sexual, especialmente de aquel colectivo que sufre muy mayoritariamente estos delitos, las mujeres. Esto, sencillamente, no es cierto si se examina con un poco de detenimiento y calma la situación jurídica.

Con el objetivo de "poner en el centro" el consentimiento, esto es, la falta de consentimiento, como base de cualquier delito sexual, la reforma ha unificado en un solo precepto—como hacen otras muchas jurisdicciones en nuestro entorno político y constitucional— los antiguos delitos de "agresiones sexuales" (aquellos cometidos con

* Artículo publicado en El País con fecha de 17 de noviembre de 2022.

violencia o intimidación) y las anteriores infracciones de "abusos sexuales" (las que derivan de que no hay consentimiento válido, porque la persona atacada no está en condiciones de consentir —por ejemplo, por una intoxicación— o cuyo consentimiento se ha forzado porque el autor aprovecha una posición de superioridad social y paralela vulnerabilidad de la víctima). Todas las formas de delito sexual se llaman ahora "agresión sexual" ("violación" cuando hay penetración) y se tratan como modalidades de un mismo delito.

Esta unificación ha implicado reducir algunas penas mínimas si se las compara con las que se preveían antes para los delitos con coerción: de lo contrario, se habría producido una masiva subida de penas (ya muy elevadas en España) para los casos sin violencia e intimidación. Así, por ejemplo, la pena mínima para el nuevo delito de violación ha pasado de seis años de prisión a cuatro años.

Sin embargo, lo decisivo es que no es ya el mismo delito de violación: ahora incorpora casos sin violencia o intimidación, supuestos que, no siempre, pero sí por regla general, son menos graves que aquellos en los que sí hay violencia. Si mañana el legislador decidiera rebajar la pena para el robo, siendo el robo el mismo, con carácter general habría que proceder a la rebaja de las penas que se hubieran impuesto y fueran más severas que las que pudieran imponerse conforme a la nueva regulación. Esta cuestión transitoria ya se planteó con la entrada en vigor del nuevo Código Penal en 1996, y el legislador estableció en una disposición transitoria que esto debía hacerse "taxativamente", esto es, con el marco penal en abstracto, sin tener en cuenta el arbitrio del tribunal para medir la pena. No hay tal norma transitoria en la reforma de los delitos sexuales, pero es que la situación no es la misma: no hay una mera rebaja de la pena legal de un mismo delito, sino la fusión de dos delitos distintos en uno solo.

Una interpretación de buena fe y de buena técnica jurídica de cuál es la ley más favorable para decidir si procede la revisión no puede proceder mecánicamente. Debe examinar caso por caso qué pena correspondería conforme a la nueva regulación. Si conforme a la nueva ley es posible imponer la pena que se impuso, no procede la revisión. La pena mínima de un delito de violación con violencia e intimidación conforme a la antigua regulación no puede ser la pena mínima de un nuevo delito que conoce modalidades que son menos graves. Así deben proceder los tribunales, no en resoluciones de dos líneas que dicen que la pena ha bajado. Es de sentido común.

* * * * * *

2. Estudios

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Diego-M. Luzón Peña
Catedrático em. de Derecho Penal, Univ. de Alcalá, Madrid, España.
Presidente de honor de la FICP.

~Derecho de corrección a menores[**]~

Sumario.- I. *Cuestiones generales del ejercicio de un derecho*. 1. Clases y fuentes de los derechos. 2. Legitimidad del ejercicio. Exceso intensivo y extensivo. 3. Parte subjetiva: Elemento subjetivo de justificación en algunos derechos, como el de corrección. II. *Derecho de corrección en padres y tutores*. 1. Supuestos de hecho y requisitos. Admisibilidad o no del castigo físico mínimo. a) El castigo físico mínimo. Interpretaciones actuales. 1) Carácter delictivo o ilicitud penal. a') Posiciones que lo sostienen. b') Crítica. 2) Exclusión de la antijuridicidad o ilicitud e incluso atipicidad de entrada. a') Ejercicio de un derecho consuetudinario socialmente adecuado conforme al CC español y a la Constitución. b') Ejercicio de un derecho legal de corrección en algunos Derechos forales españoles. c') Ejercicio de derecho de corrección conforme a la ley civil y la Constitución alemanas. 3) Otras soluciones de impunidad (pero no de licitud), en especial la de la exclusión solamente de la tipicidad penal o de la antijuridicidad penal. a') Atipicidad. b') Causas de exclusión solamente de la tipicidad penal o del ilícito penal. c') Propuesta de Roxin de una causa personal de exclusión de la punibilidad *de lege ferenda*. b) Castigos no físicos. 2. Adecuación y necesidad de la intensidad de la corrección; exceso.

I. CUESTIONES GENERALES DEL EJERCICIO DE UN DERECHO

1. Clases y fuentes de los derechos

El ejercicio legítimo de un derecho reconocido por el ordenamiento jurídico autoriza a realizar una conducta en principio típica –que realiza la parte positiva de un tipo– y por tanto la justifica. A los efectos que aquí interesan es irrelevante si se trata de un derecho subjetivo, de una potestad o de una simple facultad (sin que sea preciso entrar en las arduas discusiones sobre caracterización y delimitación de dichas figuras), pues basta que el ciudadano tenga jurídicamente reconocido un poder para realizar tal conducta. Ahora bien, aquí no basta con remitirse simplemente al ámbito de lo no regulado o no prohibido, o sea, al principio de que todo lo no prohibido está permitido, puesto que la conducta encaja en un tipo penal y por tanto en principio está prohibida; por consiguiente, para la justificación es preciso un derecho de actuación jurídicamente reconocido. La norma que concede o reconoce el derecho puede estar en la legislación (leyes y reglamentos de Derecho interno, Derecho comunitario europeo), en tratados incorporados al Derecho interno o en normas del Derecho de gentes, pero también,

[**] Este trabajo se ha elaborado dentro del proyecto de investigación RTI2018-101401-B-I00, financiado por la AEI del Minist. de Ciencia, y que dirijo como investigador principal junto con la Prof. Dra. R. Roso en la Univ. de Alcalá, Madrid. Los arts. sin indicación del texto legal corresponden al actual CP español de 1995.

aunque excepcionalmente, en el Derecho consuetudinario o incluso en principios generales del Derecho (de estos dos últimos supuestos pueden derivarse p.ej. casos de riesgo permitido, de adecuación social y jurídica o de inexigibilidad jurídica general, que en definitiva se pueden reconducir a ejercicio de derechos).

2. Legitimidad del ejercicio. Exceso intensivo y extensivo[1]

El art. 20,7.º CP recalca que el ejercicio del derecho ha de ser "*legítimo*", es decir, la forma de ejercerlo o realizarlo ha de ser conforme al Derecho, sus principios y límites (como recuerdan COBO/VIVES, el art. 455 CP destaca que puede haber "realización arbitraria del propio derecho"[2]). En esta causa de justificación no se detalla expresamente sus límites mediante los correspondientes requisitos, ya que los límites serán diversos según el derecho de que se trate; pero la exigencia de ejercicio legítimo supone una remisión a las diversas condiciones y límites impuestos para la legitimidad del ejercicio de cada derecho. En ocasiones la norma autoriza expresamente la realización de una o varias conductas a elección y a veces detalla también la forma de su realización; pero en otros casos autoriza de modo más genérico la elección de diversos medios para conseguir un fin permitido y aquí generalmente regirán los límites impuestos por el principio de necesidad (de la actuación lesiva), y a veces se exigirá también un cierto grado de proporcionalidad, adecuación, moderación, etc. En este contexto cabe discutir también la cuestión de si la legitimidad del ejercicio del concreto derecho requiere el correspondiente ánimo o elemento subjetivo de justificación (v.gr. finalidad educativa en el derecho de corrección, ánimo de usar y no de abusar en el ejercicio de otros derechos[3]). El examen de estos requisitos corresponde al estudio de cada derecho en particular.

---

[1] Cfr. ya LUZÓN PEÑA, PG 2.ª/3.ª, 2012/2016, 25/12 s.

[2] COBO/VIVES, PG, 5.ª, 1999, 473. Del mismo modo, el art. 289 CP (sustracción de cosa propia a su utilidad social o cultural) pone de relieve que dañar, destruir o inutilizar una cosa propia, que en principio no es sino el ejercicio de facultades dominicales, de uso y disposición, se convierte en ejercicio ilegítimo del derecho de propiedad si la cosa es de utilidad social y cultural y se afecta por tanto a intereses comunitarios. Pero además, fuera del CP y con carácter más general (el del tít. preliminar del CC), el art. 7.2 CC prohíbe el "abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo".

[3] Como he expuesto en LUZÓN PEÑA, PG 3.ª, 2016, 21/26 ss.), no se puede compartir ni la posición que exige un elemento subjetivo de justificación en todas las causas de justificación ni la que lo niega en todas ellas, sino parece más correcto sostener que en principio no se requieren tales elementos subjetivos a no ser que de la regulación de alguna se desprenda lo contrario. Ahora bien, de la regulación del art. 7 CC tras su reforma por el texto articulado del D 31-5-1974 (desarrollando la Ley de Bases de 17-3-1973) se desprende la exigencia de buena fe y buena intención para el ejercicio legítimo de los derechos y que la mala intención, unida a otras circunstancias objetivas, da lugar a abuso del derecho. Ese art. 7 CC dispone: "1. Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe. 2. La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho,

Cuando la conducta siga manteniéndose dentro de los supuestos en que cabe ejercer el derecho (requisito esencial), pero se rebase los límites –p.ej. de necesidad, proporción o adecuación– impuestos a su ejercicio, éste se convierte en ilegítimo, pero hay un menor injusto, una causa de justificación incompleta (exceso intensivo: eximente incompleta del art. 21,1.ª con la atenuación especial del art. 68 CP); y, como he sostenido de modo general para las causas de justificación –y para la legítima defensa–[4], esa atenuación se da aunque tal exceso intensivo sea doloso, pero si fuera imprudente (consciente o inconsciente debido a un error vencible), la atenuación de la causa de justificación incompleta de ejercicio del derecho operará sobre la menor pena del tipo imprudente (de existir éste; en caso contrario, habría impunidad para esa conducta imprudente). Cuando el rebasar los límites del ejercicio legítimo suponga salirse ya totalmente fuera del ámbito del derecho, habrá un exceso extensivo y, al no concurrir el requisito esencial, no cabe siquiera eximente incompleta.

3. Parte subjetiva: Elemento subjetivo de justificación en algunos derechos, como el de corrección

La mayoría de las causas de justificación para la ausencia del desvalor de la acción precisan únicamente conocimiento de la situación justificante (pues de lo contrario habría tentativa inidónea) y no requieren como especial elemento subjetivo de justificación el ánimo o finalidad correspondiente que motive precisamente la actuación, a no ser que excepcionalmente ello se desprenda inequívocamente, de modo expreso o tácito, de la propia causa de justificación[5].

En la mayoría de supuestos de ejercicio de derechos no se requiere ese específico ánimo como motivación de la conducta, pero hay algunos supuestos que sí lo requieren. Así en el Derecho privado rige el principio de la buena fe, o sea la obligación de actuar de buena fe las partes en el ejercicio de los derechos según el art. 7.1 CC, y según otros

con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso". De todas maneras, como se ve, para el abuso del derecho no basta con la mala intención, sino que debe ir unida al manifiesto sobrepaso de los límites normales del ejercicio así como al daño para tercero. Y por otra parte, se plantea la cuestión de si este precepto, pese a estar contenido en el Tít. preliminar del CC, relativo a "las normas jurídicas, su aplicación y eficacia", afecta a todos los derechos, incluyendo los constitucionales y los públicos, o si su ámbito de aplicación es más bien el del Derecho privado.

[4] Cfr. al respecto LUZÓN PEÑA, PG 3.ª, 2016, 21/31 s., y respecto del exceso en la legítima defensa 22/73 s.

[5] Así lo he expuesto en otros lugares: LUZÓN PEÑA, Legítima defensa y estado de necesidad defensivo, en Cobo dir., ComLP, V, 1985, 251 ss.; PG, 2.ª/3.ª 2012/2016, 21/26 ss.

múltiples preceptos del CC, en los contratos y en general en las obligaciones y derechos de crédito; y por otra parte el art. 7.2 CC prohíbe expresamente el abuso del derecho; por ello si una parte ejerce su derecho con abuso del derecho, es decir, amparándose formalmente en los límites legales pero movido por la finalidad de causar perjuicio al otro y sobrepasando por eso los límites normales del ejercicio de ese derecho, habrá un ejercicio ilegítimo del correspondiente derecho y, si la actuación era típica, habrá por ello un exceso, que generalmente será intensivo por causarse más perjuicio del estrictamente necesario (causa de justificación incompleta con su atenuación de la responsabilidad penal: arts. 21, 1.ª y 68 CP), pero que puede llegar a ser exceso extensivo si la actuación se sale ya por completo del ámbito del correspondiente derecho. Y en el derecho de corrección se desprende implícitamente, pero inequívocamente, de su propio sentido y función que la actuación sancionadora de los padres o tutores ha de estar movida precisamente por *animus corrigendi* o *educandi*, porque si es perceptible que el castigo está guiado por odio, crueldad o en general ánimo de hacer sufrir al menor, no podrá cumplir su función educadora y será por tanto ejercicio ilegítimo de tal derecho[6].

II. DERECHO DE CORRECCIÓN EN PADRES Y TUTORES

1. Supuestos de hecho y requisitos. Admisibilidad o no del castigo físico mínimo

Antes de 2008 el CC español mencionaba en el art. 154 el derecho de corrección paterno y en el art. 268 el de los tutores, y en ambos reconocía expresamente el derecho de castigo de los padres o tutores sobre los hijos o pupilos, autorizando "corregirlos moderadamente": ello se interpretaba unánimemente en doctrina y jurisprudencia que justificaba el castigo físico al menor siempre que fuera proporcionado a la infracción y no causara lesiones, por tanto se justificaría, si estaba dentro de los límites de lo necesario y moderado, la falta de maltrato de obra del art. 617.2 CP (desde 2015 delito leve del 147.3 en general y delito menos grave del 153.2 frente al hijo y, si el menor fuera una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, delito cualificado del 153.1), y se discutía sólo si también cuando se causaba una lesión mínima constitutiva de falta del art. 617.1 (desde 2015 delito leve del 147.2)[7].

[6] Cfr. sobre ello LUZÓN PEÑA, PG 2.ª/3.ª, 2012/2016, 25/60 ss.

[7] Cfr. la exhaustiva y detalladísima exposición de doc. y jurispr. en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, La corrección de los padres a los hijos: consecuencias jurídico-penales de la reforma del art. 154 del CC, en: Luzón Peña (dir.), LH-Mir Puig por su doctorado *h.c.* por la Univ.Alcalá, Madrid, La Ley, 2010, (475 ss.), n. 2 pp. 478-483 (igual en LL 26 2010, 101 ss., n. 2 pp. 103-105); pero en LH-Mir 2010, n. 23 pp. 499-502; LL 26 2010, n. 23 pp. 113 s., también recoge opiniones anteriores a la reforma del CC en 2007 contrarias

La anterior versión del art. 154 CC disponía: "Los hijos no emancipados están bajo la potestad del padre y de la madre./La patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad y comprende los siguientes deberes y facultades:/1º. Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral./ 2º. Representarlos y administrar sus bienes./Si los hijos tuvieren suficiente juicio deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten./Los padres podrán en el ejercicio de su potestad recabar el auxilio de la autoridad. *Podrán también corregir razonable y moderadamente a los hijos*". Hasta 1981, el inciso final rezaba "corregir y castigar". Y el art. 268 CC preveía para los tutores lo mismo que el art. 154 en cuanto a la corrección.

Tras la reforma operada en el CC por la DF 1ª L 54/2007, de 28-12, debida a la voluntad declarada en su Expos. de Motivos de no contravenir el –un tanto difuso– art. 19.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas de 20-11-1989 y seguir las últimas tendencias pedagógicas contrarias al castigo físico en la educación, el nuevo art. 154 CC prevé: "Los hijos no emancipados están bajo la potestad de los padres./La patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad, *y con respeto a su integridad física y psicológica*./Esta potestad comprende los siguientes deberes y facultades:/1º. Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, *educarlos y procurarles una formación integral*.[...]". Y el art. 268, 1º reza ahora: "Los tutores ejercerán su cargo de acuerdo con la personalidad de sus pupilos, *respetando su integridad física y psicológica*", y el art. 269, 2º obliga asimismo al tutor "a educar al menor y procurarle una formación integral".

De modo paralelo y bastante similar en Alemania con cierta antelación, por reforma de 1998 se sustituyó la anterior redacción del § 1631 II de su BGB (Código Civil), que rezaba. "El padre puede emplear medios adecuados de corrección contra el hijo en virtud del derecho de educación", por un nuevo tenor que declaraba que "son inadmisibles las medidas degradantes de educación, especialmente los maltratos físicos y psíquicos"; y finalmente la Ley para la proscripción de la violencia en la familia, en vigor desde el 3-11-2000, la sustituyó por esta nueva redacción del § 1631 II BGB: "Los hijos tienen derecho a una educación sin violencia. Los castigos corporales, las lesiones psíquicas y

a la justificación del castigo físico por derecho de corrección aun moderado en doc. y jurispr. de diversas AP.

otras medidas degradantes (o contra la dignidad: *entwürdigende Massnahmen*, literalmente "*desdignificantes*") son inadmisibles".

Pues bien, pese a la reciente reforma del CC españ., igual que la del BGB, suprimiendo la mención expresa del derecho a castigar y corregir moderadamente a los hijos menores por parte de los padres que los tienen bajo su potestad, sigue habiendo derecho de corrección paterno. Veámoslo:

a) El castigo físico mínimo. Interpretaciones actuales

1) Carácter delictivo o ilicitud penal

a') Posiciones que lo sostienen

Tras las reformas indicadas del CC español y del BGB alemán hay numerosas opiniones que consideran que el castigo físico aunque sea mínimo y no cause lesión (y más si causa sólo una mínima lesión superficial y transitoria) es ***siempre penalmente antijurídico***, porque encaja en la tipificación penal del maltrato de obra leve sin lesión y ya no está amparado/justificado en el CC o en el BGB por la facultad de corregir moderada o adecuadamente al menor, antes al contrario dichos textos proscriben ahora los castigos físicos y en general las medidas que afectan a su integridad física o psicológica[8]. Esto lo mantienen estas opiniones tanto si comparten como si no comparten la nueva versión legal; y lo más que pueden admitir es una atenuación –en Derecho español por eximente incompleta por haber necesidad general de corrección pero ser

[8] Así opinan en España entre otros p. ej. ROMERO RODRÍGUEZ, AJMen (Anuario de Justicia de Menores) 4 2004, 237; DE TORRES PEREA, LL 2008-1, 1676 s.; BOLDOVA, RDPCr 5 2011, 63, y en Sánchez-Ostiz, Casos que hicieron doctrina, 2011, 964, aunque sigue admitiendo en general el derecho de corrección, lo rechaza para la violencia que cause cualquier lesión física o psíquica incluso muy leve como hematomas o arañazos; LACRUZ LÓPEZ, lecc 18, en GIL/LACRUZ/MELENDO/NÚÑEZ, DP PG, 2.ª 2016, 479: los castigos corporales, aun meros maltratos, afectan en todo caso a la integridad física, cuando no psíquica del menor; DÍEZ RIPOLLÉS, DP PG, 5.ª 2020, 335: al no estar justificados ya por el derecho de corrección los malos tratos incluso ocasionales al menor de los arts. 147.3 y 153, ello "convierte en antijurídico cualquier castigo físico, por nimio que sea, como un cachete, una bofetada, un zarandeo, o un empujón de escasa entidad" (aunque a continuación critica esta situación y dice que sólo podrá subsanarse en casos especialmente leves, negando la tipicidad de la conducta del maltrato, dada su adecuación social, su insignificancia o, mejor aún, una interpretación teleológica restrictiva, pero no aclara cómo puede haber casos especialmente leves atípicos si cualquier castigo físico por nimio que sea es típico y antijurídico). Menos contundente MORILLAS, Sistema DP, PG, 2.ª 2018, 587 s.: la reforma limita aún más "en una línea de casi inaplicabilidad", el ya limitado derecho de corrección, lo que le deja la puerta abierta para en n. 1284 p. 588 proponer una interpretación restrictiva de los malos tratos que convierta en atípicas "conductas de escasa significación" (y en esa n. p. 587 cita en esa línea de atipicidad por insignificancia, adecuación social o escasa relevancia a la SAP Cádiz secc. 7.ª 109/2013.

En la doc. alemana es tb. numerosa esta posición: v. *infra* n. 10.

ilícito el medio empleado– o un error de prohibición en los padres[9], que atenuará su culpabilidad y en casos extremos la excluirá si se considera error totalmente invencible.

En la doc. alemana quienes mantienen esta posición emplean no sólo esos mismos argumentos para negar un derecho de corrección que ampare un correctivo, sino además el específico de que la nueva regulación del § 1631, ap. 2 de su BGB declara inadmisibles sin distinguir (todos) los "castigos corporales" y añade "y otras medidas degradantes", lo que en su opinión significa que también el castigo físico es siempre degradante y por ello prohibido[10].

b') Crítica

No obstante, esta posición no es acertada ni mucho menos la más conveniente: Al considerar antijurídico, ilícito todo castigo físico mínimo necesario para esos padres, no sólo ignora las importantes razones existentes que expongo a continuación en 2) a favor de su licitud en principio como derecho de corrección y por ello es susceptible de las mismas objeciones y críticas, expuestas *infra* en 3), que cabe hacer a las soluciones que consideran ese castigo ilícito aunque impune: su incompatibilidad con la concepción social mayoritaria de licitud y adecuación social de tales castigos y sus consecuencias indeseables de exigir responsabilidad civil a la madre o padre que aplique el castigo y de admitir la reacción contra una agresión antijurídica de los padres (aquí además, como tal agresión ilícita sería penalmente típica, permitiría sin duda para todas las posiciones una reacción contraria en legítima defensa); sino que además, al considerar delictivos (típicos) siempre esos castigos mínimos tal solución entra aún en mayor contradicción con la convicción social mayoritaria, que además es acorde con la valoración jurídica, y

[9] Cfr. sobre que sólo a estas posibilidades se puede recurrir si se considera ahora siempre punible el castigo físico incluso mínimo DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, LH-Mir, 2010, 509-513. Destaca tb. la posibilidad de error de prohibición MIR, PG, 10.ª 2015/2016, 18/42, pero además, como admite el derecho de corrección en el castigo físico sin lesión (v. *infra* n. 17), añade para ese supuesto la posible atenuación de la eximente incompleta si hay algún exceso. Tb. en el numeroso sector de la doc. alemana, que considera que hoy tras la reforma del BGB es inadmisible y punible cualquier castigo físico aun sin lesión, se admite para los casos menores la posibilidad de atenuación de pena o de suspensión y archivo del procedimiento por razones de oportunidad previstas en su ley procesal penal: cfr. con citas sobre ese sector WESSELS/BEULKE/SATZGER, AT, 50.ª 2020, nm. 605 y n. 3.

[10] Así p. ej. MITSCH, JuS 1992, 290; BUSSMANN, Verbot familiärer Gewalt gegen Kinder, 2000, 379 SS.; HILLENKAMP, JuS 2001, 159 ss.; OTTO, Jura 2001, 670 s.; KARGL, NJ (Neue Justiz) 2003, (57 ss.), 59; ROXIN, Die strafrechtliche Beurteilung der elterlichen Züchtigung, JuS 2004, 179 ss. = La calificación jurídico-penal de la corrección paterna, RDPCr 16 2005, 240 ss.; AT I, 4.ª 2006, § 17/37 ss., 46 (pero exigiendo que el castigo físico rebase el umbral del maltrato físico requerido en el tipo de las lesiones); HENNES, Das elterliche Züchtigungsrecht – Ein derogierter Rechtfertigungsgrund?, 2010, passim; HERZBERG, JZ 2009, 333; B. HEINRICH, AT, 6.ª 2019, nm. 520 ss.; FRISTER, AT, 9.ª 2020, 13/8; ROXIN/GRECO, AT, 5.ª 2020, § 17/37 ss., 46. Para más citas cfr. M. HEINRICH, ZIS 2011, 431 ss.

convertiría innecesaria y absurdamente en delincuentes a millones de padres que en ocasiones recurren al correctivo físico mínimo, con una (sobre)criminalización aún más contraproducente de las relaciones familiares[11].

2) Exclusión de la antijuridicidad o ilicitud e incluso atipicidad de entrada

Creo que la corrección mediante el **castigo físico, no ya moderado, sino mínimo**, como un cachete, una bofetada, o uno o algunos pocos azotes con la mano, en alguna ocasión concreta en que queda evidente que se trata de una corrección o castigo debido y proporcionado ante una falta relevante o incluso reiterada del menor y cuando no han bastado anteriores reprensiones o advertencias, aunque ya no se pueda explicar como ejercicio de un derecho legal expreso, sí que es **ejercicio legítimo de un derecho consuetudinario de corrección**[12] (siempre que, insisto, dadas las circunstancias del caso concreto ese castigo físico mínimo sea necesario, proporcionado y adecuado a la infracción del menor, es decir, que no haya exceso: v. *infra* II.2). Y es más, en la medida en que *también* cae dentro del ámbito de la "**adecuación social**" (y ahora veremos que sin oposición jurídica), se puede entender que este derecho encaja ya en la **exclusión *ab initio* de la tipicidad**[13] no habiendo el menor indicio de cualquier ilicitud[14].

a') Ejercicio de un derecho consuetudinario socialmente adecuado conforme al CC español y a la Constitución

Sin la menor duda hoy en nuestro país, y en la mayoría de los países, a pesar de las opiniones en contra y de los reparos de quienes preferimos la educación y corrección sin castigo físico alguno, sigue habiendo en la población una costumbre absolutamente mayoritaria y con convicción de ser conforme a Derecho, de que ese tipo de pequeñas correcciones paternas son legítimas por resultarles a veces absolutamente indispensables

[11] Esta última crítica de la sobre-criminalización de las relaciones familiares la subrayan HOYER, FamRZ 2001, 522; BEULKE, FS-Schreiber, 2003, 36 s.; ROXIN, JuS 2004, 179 s. = RDPCr 16 2005, 241; AT I, 4.ª 2006, § 17/47 s.; ROXIN/GRECO, AT I, 5.ª 2020, § 17/47 s.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, LH-Mir, 2010, 509, 522 ss.

[12] Defiende tb. que es un derecho consuetudinario (y además derivado del derecho constitucional a la educación) SÁENZ DE PIPAÓN Y DEL ROSAL, RDP (españ., Lex Nova) 28 2009, 74 s. En contra DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, LH-Mir, 2010, 504 (503 s.): v. *infra* n. 18 y 17.

[13] Así me he pronunciado ya con ambas fundamentaciones, ejercicio de un derecho consuetudinario y adecuación social, en LUZÓN PEÑA, PG 2.ª/3.ª, 2012/2016, 25/52 s.

[14] Esa es la naturaleza, de causa ya de entrada de atipicidad por exclusión desde el principio de cualquier indicio de ilicitud, que debe atribuirse a la adecuación social cuando también es jurídica, es decir, si no está en contra de una regulación jurídica; mientras que si hubiera adecuación social, pero no jurídica por oponerse la conducta a una regulación jurídica, tal adecuación social será una causa de exclusión solamente de la tipicidad penal, pero no de la antijuridicidad. Cfr. sobre ello LUZÓN PEÑA, PG 3.ª, 2016, 20/16 ss., 45 s.

a los padres –a la gran mayoría de los padres, dada su formación, conceptos y preparación– para la corrección y adecuado encauzamiento de la educación del menor, sobre todo en su formación en la primera infancia. Hasta tal punto es así que tales reacciones se consideran de modo muy mayoritario, incluso como cotidianas, normales, jurídicamente irrelevantes y por ello socialmente adecuadas[15]. Y hay que advertir que para admitir adecuación social a mi juicio basta la convicción general muy mayoritaria, sin que sea necesaria la convicción unánime y sin que convicciones minoritarias en contra impidan la adecuación social de una conducta.

Dicha costumbre fundamento de la adecuación social no tiene base legal expresa al no reconocer ahora el CC expresamente la facultad de "corregir moderadamente" a los hijos, aunque en cambio puede tener base constitucional, como veremos después; pero a mi juicio no es una costumbre *contra legem*[16], porque la ley prohíbe ahora que el ejercicio de la potestad paterna afecte a la "integridad física" y a la "psicológica", pero los supuestos indicados de mínimo castigo físico (cachete, bofetada, azote, nalgada aislada o similar de modo no peligroso ni humillante) no lesionan la "integridad" física ni la psíquica. Aunque la voluntad declarada del legislador ha sido suprimir la autorización de todo castigo físico, no se ha hablado en el art. 268, 1.º CC de la "intangibilidad" sino de la "integridad física" del menor; y esos castigos físicos mínimos, que son en principio y sólo golpes o maltratos de obra del art. 147.3 (hasta la reforma de 2015 falta del 617.2) o del 153.2, **afectan ciertamente a la intangibilidad física, pero no menoscaban la integridad física (y**, siendo mínimos y ocasionales, **menos la psíquica**)[17], que no padece

[15] Así ya en LUZÓN PEÑA, PG 2.ª/3.ª, 2012/2016, 25/53.

[16] La argumentación que sigue de por qué el ejercicio de esa costumbre y adecuación social no son contrarias a la ley actual, por referirse a castigos físicos mínimos que sólo afectan a la intangibilidad física pero no a la integridad física o psíquica, la he expuesto en lo sustancial ya en LUZÓN PEÑA, PG 2.ª/3.ª, 2012/2016, 25/53 s.

[17] Igual ya MIR/GÓMEZ MARTÍN, en Corcoy/Mir, Coment, 2011, 93; 2ª 2015, 131, donde incluso creen que el derecho de corrección física (bofetadas u otros maltratos de obra) sin lesión física o psíquica es ejercicio del derecho de corrección legal de los arts. 154 y 268 CC; asimismo MIR, PG, 10.ª 2015/2016, 18/42; LUZÓN PEÑA, ya en Lecc 2.ª/3.ª 2012/2016, 25/54. Llega al mismo resultado de admitir derecho de corrección en el maltrato de obra ocasional, que no se afecta a la integridad física, pero sin destacar que por ello no contradice la prohibición de la nueva regulación del CC, HERNÁNDEZ PLASENCIA, Cap. 16, en Romeo/Sola/Boldova, DP PG, 2.ª 2016, 248 s. En contra DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, LH-Mir, 2010, 504: no puede contradecir una norma legal bastante clara como es la nueva redacción del art. 154 CC, que exige el respeto a la integridad física y psicológica de los hijos, pese a que líneas antes reconoce que se puede argumentar (ciertamente dice "en apariencia de modo excesivamente formalista") "que la integridad física sólo se menoscaba cuando hay una lesión en sentido estricto y no un mero maltrato de obra… El argumento no es baladí", pero lo rechaza dado que "también se suprime toda mención a la facultad de corrección razonable y moderada y que la finalidad del legislador parece tender a la proscripción de toda finalidad violenta; ello pese a que, tras haber citado págs. antes la exposic. de motivos en ese sentido de la ley

en absoluto ni sufre merma en su funcionamiento orgánico (que sí se verá afectado o menoscabado aunque sea temporalmente por heridas o cortes, hematomas, quemaduras o agresiones físicas o químicas con alteraciones corporales), ni menos en la subsistencia de las partes del cuerpo. Esa integridad física sólo se ve afectada y menoscabada por las lesiones corporales, aunque sean leves y constitutivas sólo de delito leve del art. 147.2 (hasta 2015 falta del art. 621.1) o de delito no grave del art. 153.2.

Siendo así, la costumbre no contraviene lo prohibido expresamente por la ley, **no es *contra legem***[18], y, si no tuviera ningún apoyo legal, se podrá decir que es *praeter legem*, al margen de la ley y que puede operar, como fuente de Derecho excluyendo la responsabilidad penal, lo que es admisible, como causa de justificación supralegal (o si se prefiere, extralegal) [19]. Pero creo que se puede afirmar aún más: que la admisión social muy mayoritaria de la corrección o castigo físico ocasional mínimo sin ninguna lesión al menor como socialmente adecuado **es costumbre *secundum legem***, siguiendo la ley, conforme a ley y que la desarrolla: en primer lugar es **conforme a la ley civil, a los arts. 154 y 268, 1.º CC**, puesto que se ajusta a la exigencia de éstos de "respeto a la integridad física y psíquica" del menor, que no se ve menoscabada ni afectada al no producir lesión alguna (posición que es la adoptada por la última jurisprudencia del TS, que incluso prescinde del recurso al derecho consuetudinario y considera dentro de estos límites el derecho de corrección paterno como derecho autónomo inherente a las facultades de la patria potestad[20]); **y además es conforme a la ley de leyes, a la Constitución**, como vamos a ver:

---

reformadora de ese art. 154 CC, en p. 503 admite que la voluntad del legislador, aun siendo indicativa, no es decisiva. De todos modos su postura es siempre con cautelas, pues en 508 interpreta nuevamente así el art. 154 "salvo que se quiera adoptar la interpretación restrictiva, antes señalada, basada en el término integridad".

[18] En contra DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, LH-Mir, 2010, 504: "Lo que no cabe es apelar al Derecho consuetudinario, pues éste no puede contradecir una norma legal bastante clara, si bien es cierto que menos rotunda que el … § 1631 II BGB", calificando por tanto de bastante clara la nueva dicción del art. 154 CC, pese a que líneas antes reconoce que se puede argumentar que la integridad física sólo se menoscaba cuando hay una lesión en sentido estricto y no un mero maltrato de obra: v. más detalles de esta posición suya *supra* n. anterior.

[19] Esa es la postura que he mantenido hasta ahora en LUZÓN PEÑA, PG 2.ª/3.ª, 2012/2016, 25/55; pero ahora creo que hay que dar un paso más y considerarla costumbre *secundum legem*, conforme a la ley, como expongo a continuación.

[20] Esta es también la posición que va adoptando el TS español. Así aun tras la reforma del 154 CC en la STS 578/2014, de 10-7: "La facultad que a los padres asiste para poder corregir a sus hijos, en cualquier caso queda integrada dentro del conjunto de derechos y obligaciones que surgen de la patria potestad y … tiene como *límite infranqueable la integridad física y moral* de éstos"; doctrina seguida en la STS 654/2019, de 8-1-2020, FD 5.º, a la que sigue y se remite la STS 448/2020, de 11-2, FD. 3.º.2, defendiendo la subsistencia de un moderado y proporcional "derecho de corrección", que "tras la reforma del art. 154.2 in

Los preceptos constitucionales que sirven de apoyo al indicado derecho consuetudinario de imponer correctivos paternos físicos mínimos son los relativos al derecho fundamental a la educación del menor y a los deberes paternos de asistencia y educación a los hijos. No sólo en una consagración tan rotunda como en el art. 6. II de la GG (Ley fundamental o Constitución) alemana de este tenor: "El cuidado y la educación de los hijos son el derecho natural de los padres y el primordial deber de su incumbencia. Por su ejercicio vela la comunidad estatal". Sin duda también en el art. 27.1 CE, que reconoce como derecho fundamental que "todos tienen derecho a la educación" (en concordancia con el art. 39.3: "los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos … durante su minoría de edad y…"), y no se refiere sólo al derecho pasivo a la educación que tienen los menores a recibirla[21], sino que el derecho a la educación, igual que el derecho de información (informar y ser informado), tiene a la vez vertiente pasiva, de los menores a ser educados, *y activa, de los padres a educar, como además lo prueba el propio art. 27 en su ap. 3, garantizando "el derecho que asiste a los padres* para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones". Y una parte del derecho a educar a los hijos desde pequeños sobre lo que está bien y lo que está mal incluye sin duda el derecho a corregirlos cuando se portan mal, ya veremos dentro de qué limites.

Parece rechazable por exagerada la posición de algunas voces han mantenido, especialmente en Alemania, que esa nueva versión del Código civil –allí el § 1631.2 BGB– es rotundamente inconstitucional y por tanto nula, de modo que seguiría plenamente vigente el derecho de corrección derivado del derecho constitucional de

---

fine C.Civil, sigue existiendo como necesario para la condición de la función de educar inherente a la patria potestad, contemplada en el art. 39 CE y como contrapartida al deber de obediencia de los hijos hacia sus padres, previsto en el art. 155 C.Civil, únicamente de este modo, los padres pueden, dentro de unos límites, actuar para corregir las conductas inadecuadas de sus hijos. Si consideráramos suprimido el derecho de corrección y bajo su amparo determinadas actuaciones de los padres tales como dar un leve cachete o castigar a los hijos sin salir un fin de semana, estos actos podrían integrar tipos penales tales como el maltrato o la detención ilegal./ Por lo tanto, tras la reforma del art. 154.2 C.Civil, el derecho de corrección es una facultad inherente a la patria potestad y no depende su existencia del reconocimiento legal expreso, sino de su carácter de derecho autónomo, por lo que sigue teniendo plena vigencia", y concluye: "los comportamientos *violentos que ocasionen lesiones -entendidas en el sentido jurídico-penal como aquellas que requieren una primera asistencia facultativa y que constituyan delito- no pueden encontrar amparo en el derecho de corrección*. En cuanto al *resto de las conductas*, deberán ser analizadas según las circunstancias de cada caso y si resulta *que no exceden los límites del derecho de corrección*, la actuación *no tendrá consecuencias penales ni civiles*" (subrayados añadidos); el límite es incluso más amplio que el aquí propuesto, ya que lo traza en la lesión que requiera una primera asistencia facultativa.

[21] Más inclinado en ese sentido DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, LH-Mir, 2010, 505: es dudoso en nuestra regulación constitucional, pero "el art. 27 CE parece más bien consagrar el derecho pasivo a la educación y no el de los padres", y el art. 39.2 (sic, es el ap. 3) sólo habla del deber de asistencia de padres a hijos, pero añade "si bien tal vez quepa incluir el deber y el derecho de educación de éstos en él".

educación al menor; según ellos el nuevo precepto civil vulnera frontalmente el derecho paterno de educación consagrado constitucionalmente[22]. Y no se puede compartir porque el derecho paterno de educación como los otros derechos fundamentales constitucionales pueden estar sujetos a límites legales (razonables y adecuados[23] y que no lo dejen sin contenido) y, dado que una parte del derecho de educación del menor lleva consigo el derecho a corregirlo y sancionarlo, la ley ciertamente debe admitir y no impedir con carácter general la corrección necesaria p. ej. con castigos no físicos, pero también puede establecer límites lícitos dentro de los correctivos corporales.

Ahora bien, a mi juicio la más sensata y adecuada resulta la posición que reclama una **interpretación de los nuevos preceptos civiles conforme a la Constitución y a la operatividad del derecho fundamental/deber constitucional de la educación paterna del menor**[24]. Para lograr adecuadamente la educación moral y social del menor desde niño inculcándole no sólo los conceptos de bien y mal, sino también la idea de responsabilidad cuando se actúa mal y se comete una infracción, es sin duda imprescindible aplicar castigos y sanciones al menor cuando se comporta mal o muy mal, es decir correctivos moderados aunque no sean físicos para enseñarle la responsabilidad por sus actos malos y corregirle para que no lo repita: luego el derecho legítimo de corrección es plenamente conforme al derecho/deber constitucional de educación de los menores y lo desarrolla. Ahora se trata de ver si ese derecho de corrección abarca también el de un moderado castigo físico mínimo al menor; y se suele decir en la doc. y jurispr que acude a esta fundamentación que para el ejercicio adecuado del derecho/deber de los padres de educar al menor y de la patria potestad es necesario recurrir a veces a un

[22] Defienden esa inconstitucionalidad del nuevo precepto civil ROELLECKE, NJW 1999, (337 ss.) 338; NOAK, JR 2002, (402 ss.), 406, 408; HENNES, Das elterliche Züchtigungsrecht, 2010, 143 ss.; MURMANN, Grundkurs Strafrecht, 5.ª 2019, § 25/153. Si fuera así, nada habría cambiado en la legislación civil alemana ni habría que discutir posibles consecuencias en lo penal.

[23] Así lo señalan ROXIN, JuS 2004, 178 = RDPCr 16 2005, 236; AT I, 4.ª 2006, § 17/37; ROXIN/GRECO, AT I, 5.ª 2020, § 17/37; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, LH-Mir, 2010, 505 s.

[24] Así la defienden –afirmando además de modo un tanto radical que una regulación de una ley ordinaria no puede eliminar el derecho de educación de los padres garantizado por el art. 6 GG– ROELLECKE, NJW 1999, 337; WESSELS/BEULKE, AT, 34.ª 2004, nm. 606, 607 (como *ultima ratio*); WESSELS/BEULKE/SATZGER, AT, 50.ª 2020, nm. 606 s.; DUTTGE, en Dölling/Duttge/König/Rössner, Handkommentar. Gesamtes Strafrecht (Nomos-Kommentare), 5.ª 2022, antes del § 32/23. En la jurispr. española tb. STS 654/2019, de 8-1-2020, FD 5.º, y siguiéndola STS 448/2020, de 11-2, FD. 3.º.2: el derecho de corrección "tras la reforma del art. 154.2 in fine C.Civil, sigue existiendo como necesario para la condición de la función de educar inherente a la patria potestad, contemplada en el art. 39 CE". Yendo aún más lejos, como ya hemos visto, ROELLECKE, NOAK, HENNES y MURMANN defienden la inconstitucionalidad del nuevo precepto civil: v. *supra* n. 22.

correctivo o castigo corporal mínimo[25]. Quizás objetivamente no sea necesario estrictamente recurrir a tal castigo físico para corregir y educar (así lo entendemos quienes no compartimos el uso de castigos físicos), pero lo que sí se puede afirmar es que para la gran mayoría de padres y madres que pese a las crecientes restricciones jurídicas siguen considerando totalmente legítimo y adecuado imponer alguna vez un castigo físico mínimo y no reiterado al menor que se porta mal y no saben hacerlo de otra manera, para esa mayoría social sí resulta necesario, imprescindible recurrir a veces a tal castigo mínimo para la educación y corrección del menor. Por ello es perfectamente adecuado y conforme al reconocimiento constitucional del derecho paterno a la educación y su correlativo deber de asistencia a los hijos interpretar la nueva regulación civil en el sentido de permitir un derecho de corrección incluyendo el recurso a veces a un castigo físico mínimo que en todo caso respete la integridad física y psíquica del menor conforme al nuevo art. 154 CC, es decir, sin lesiones, y ya veremos que también es posible interpretando el BGB alemán como prohibitivo solamente de los castigos físicos degradantes o contrarios a la dignidad humana.

b') Ejercicio de un derecho legal de corrección en algunos Derechos forales españoles

En alguna legislación foral incluso se ha dejado expresamente subsistente el "derecho de corrección", lo que, siendo legislación civil de territorios españoles, refuerza aún más lo correcto de la posición aquí mantenida para todo el Derecho español:

Así en el art. 65 d) Cód. de Derecho foral de Aragón, que permite corregir de forma proporcionada, razonable y moderada, sin imponer sanciones humillantes ni atentar contra sus derechos [26], y en el Derecho civil de Cataluña, donde su 236.17, 4º CC permite que: "los progenitores con finalidad educativa, pueden corregir a los hijos en potestad de forma proporcionada, razonable y moderada, con pleno respeto a su dignidad e integridad física y psíquica"[27]. En esos casos ya ni siquiera hace falta acudir primariamente a la adecuación social y a un derecho consuetudinario *secundum legem*, sino que se trata directamente de un derecho legal de corrección, al que únicamente hay que fijar sus límites.

---

[25] Así en los autores y sents. cits. en n. anterior. Sin citar el carácter constitucional del derecho de educación, tb. HERNÁNDEZ PLASENCIA, Cap. 16, en Romeo/Sola/Boldova, DP PG, 2.ª 2016, 249, considera necesario el recurso a la corrección física mínima para la educación: "una patria potestad que no contemplara el recurso a la mínima fuerza para la educación de los hijos estaría desvinculada de los fines que persigue".

[26] Lo destaca DÍEZ RIPOLLÉS, PG, 5.ª 2020, 334 s.

[27] Cfr. su cita como aplicable en la STS 654/2019, de 8-1-2020, FD 4.º.

c') Ejercicio de derecho de corrección conforme a la ley civil y la Constitución alemanas

En la doc. alemana bastantes opiniones han optado por interpretar restrictivamente el nuevo texto del BGB en el sentido de que no todos los castigos físicos son medidas degradantes o que atentan a la dignidad, sino que la prohibición de "otras medidas degradantes" tras mencionar los castigos físicos implica que igualmente se prohíben los castigos físicos degradantes y sólo si lo son, rechazando por tanto la interpretación antes expuesta (*supra* II.1 a 1) que entiende que todos los castigos físicos son degradantes igual que "otras medidas degradantes", y aplican esa interpretación restrictiva del BGB para seguir admitiendo la posible justificación del castigo físico no degradante por derecho de corrección[28]. Esta interpretación del nuevo precepto civil alemán es ciertamente no tan clara como en el caso del CC español que sólo pide que se respete la integridad física y psíquica, mientras que el BGB menciona como inadmisibles los castigos corporales físicos sin más y, al añadir al final "y otras medidas degradantes", a esta interpretación restrictiva de los castigos físicos únicamente a los que sean degradantes, cabe replicarle, como ha hecho ROXIN, que para el precepto civil todos los castigos físicos son "*entwürdigende*", degradantes o vulneratorios de la dignidad, ya que se cuentan entre otras medidas degradantes[29]. No obstante, creo que, aunque sea menos sencilla que en el CC español, es perfectamente posible y plausible una interpretación restrictiva teleológico-axiológica de la aparentemente ilimitada prohibición en el precepto civil de todo castigo corporal, aparentemente incluido como degradante entre todas las medidas degradantes: En primer lugar, porque para la concepción social muy mayoritaria –incluso de quienes se oponen ideológicamente al castigo físico– un correctivo paterno físico mínimo y no reiterado al menor infractor, como un cachete, un azote en el brazo o en el

[28] Así BEULKE, FS-Hanack, 1999, (539 ss.) 547 ss.; FS-Schreiber, 2003, (29 ss.) 37 ss., 40, aunque considera degradantes por regla general los castigos físicos; ROELLECKE, NJW 1999, 337; WESSELS/BEULKE, AT, 34.ª 2004, nm. 387; KÜHL, AT, desde 5.ª 2005, 266 ss.; en LACKNER/KÜHL, StGB, desde 25.ª 2004 a 29.ª 2018, § 223/11; siguiendo a Kühl, MARXEN, AT, 2003, 99, y KREY, en Krey/Heinrich, BT 1, 12.ª/13,ª 2002/2005, nm. 312; CHR. SCHMIDT, Grundrechte als verfassungsunmittelbare Strafbefreiungsgründe, 2008, 216; V. BOCK, Das elterliche Recht auf körperliche Züchtigung, 2011, passim; HEINRICH, ZIS 2011, 431 ss., 440 ss.; ENGLÄNDER, en MATT/RENZIKOWSKI, StGB, 2013, antes del § 32/36; MITSCH, Jura 2017, 792 ss.; KINDHÄUSER, AT, 8.ª 2017, § 20/18; KINDHÄUSER/ZIMMERMANN, AT, 9.ª 2019, § 20/18; MURMANN, Grundkurs Strafrecht, 5.ª 2019, § 25/153; WESSELS/BEULKE/SATZGER, AT, 50.ª 2020, nm. 606.

[29] ROXIN, JuS 2004, 178 = RDPCr 16 2005, 236 s.; AT I, 4.ª 2006, § 17/39; ROXIN/GRECO, AT I, 5.ª 2020, § 17/39. En el mismo sentido ya desde 2000 PESCHEL-GUTZEIT, HOYER, HILLENKAMP, KELLNER, LILIE, NOAK, BUSSMANN, JOECKS, KARGL, FISCHER o TRÖNDLE/FISCHER, cits. por ROXIN, AT I, 4.ª 2006, § 17 n. 61 y 63, y por DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, LH-Mir, 2010, 507 n. 38 s., quien en esa p. tb. sigue el argumento de ROXIN.

trasero, un coscorrón o una palmada en la cabeza o una bofetada no fuerte, no tiene en absoluto carácter degradante, indigno o atentatorio a la dignidad y por eso hay que partir, no de que la ley civil le atribuye en todo caso un carácter degradante que no posee, sino de que en el tenor legal va sobreentendido que se prohíbe el castigo físico que sea degradante, igual que otras medidas degradantes; en segundo término, porque esa interpretación permite concordar el precepto del BGB con la concepción social dominante de que sigue habiendo un derecho paterno a la corrección física mínima; y en tercer lugar, porque por las razones expuestas se hace concordar la regulación civil con el derecho constitucional de educación paterna de los hijos y sus necesidades mínimas para la mayoría social.

3) Otras soluciones de impunidad (pero no de licitud), en especial la de la exclusión solamente de la tipicidad penal o de la antijuridicidad penal

a') Atipicidad

Tanto en nuestra doc y jurispr. como también en la alemana hay bastantes posiciones que consideran preferible a la justificación la ***atipicidad*** de las correcciones físicas mínimas sin lesión: bien en virtud de interpretaciones restrictivas del tipo (excluyendo los correctivos físicos mínimos del tipo penal negando que sean "maltrato" o "mal trato" físico o corporal –o en Derecho alemán "*körperliche Misshandlung*" del § 223 StGB)–[30], y en el caso alemán interpretando tb. restrictivamente que lesiones o "maltratos" típicos serán sólo los de castigos físicos degradantes por entender que solamente esos están prohibidos en la nueva redacción de su Código civil[31]); o bien aplicando a dichas correcciones físicas no lesivas causas de atipicidad como la adecuación social, la insignificancia o la tolerancia social, que según estas posiciones se dará –o alternativamente o cumulativamente, según unas u otras posiciones– en los castigos físicos mínimos[32]. Se añade a veces expresamente que, si hay atipicidad, ello evita ya

[30] P.ej. en España HURTADO YELO, AJA 788, 2009, 9; en Alemania WESSELS/BEULKE/SATZGER, AT, 50.ª 2020, nm. 606.

[31] Así expresamente WESSELS/BEULKE/SATZGER, AT, 50.ª 2020, nm. 606; pero tb. esa interpretación restrictiva del tipo de las lesiones se puede derivar de la interpretación restrictiva del nuevo precepto del BGB por los autores cits. *supra* en n. 28.

[32] Cfr. la detallada exposición con citas de doc. y tb. jurispr. (hasta 2010) defendiendo aplicar esas causas de atipicidad en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, LH-Mir, 2010, 517-521. Con posterioridad, p. ej. en la doc. alemana KINDHÄUSER, AT, 8.ª 2017, § 20/19; o en la española MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, PG, 8.ª 2010, 340; 10.ª 2019, 322; MORILLAS, Sistema DP, PG, 2.ª 2018, n. 1284 p. 588 y citando en esa n. p. 587 cita en esa línea de atipicidad por insignificancia, adecuación social o escasa relevancia a la SAP Cádiz secc. 7.ª 109/2013; DÍEZ RIPOLLÉS, DP PG, 5.ª 2020, 335; en todos ellos indicando indistintamente la

tener que plantear una posible justificación o exclusión de la antijuridicidad[33]. El problema de la mayoría de estas posiciones es que no dejan claro si utilizan la interpretación restrictiva de los tipos de lesiones y maltratos o las aludidas posibles causas de atipicidad en el sentido de atipicidad ya de entrada por falta de toda relevancia jurídica y de cualquier indicio de ilicitud o por el contrario en el sentido de exclusión meramente de la tipicidad penal por falta de suficiente gravedad pero que deja subsistente un hecho ilícito, antijurídico extrapenal, pese a que sí que es preciso hacer esa distinción[34].

b´) Causas de exclusión solamente de la tipicidad penal o del ilícito penal

Otras posibles soluciones de este supuesto recurren, con mayor precisión que las soluciones anteriores, a interpretar que ese castigo físico mínimo es ilícito, antijurídico por contravenir la prohibición de la nueva ley civil, pero que carece de relevancia penal: o bien con la categoría de H.-L. GÜNTHER de las causas de exclusión de la antijuridicidad penal (o del ilícito penal, del injusto penal) considerando que, aun civilmente no admitidos, los correctivos paternos físicos mínimos no constituyen injusto penal por falta de merecimiento de pena, pues sería inoportuna la intromisión del Derecho penal en este campo familiar[35]; o bien como DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, para explicar la impunidad de estos castigos físicos mínimos y no excesivos tras la reforma legal del CC, recurriendo a las ***causas de exclusión solamente de la tipicidad penal***, fundamentalmente el principio de insignificancia, la tolerancia social o incluso la adecuación social pero no jurídica[36].

adecuación social y la insignificancia de los castigos físicos más leves, y vinculándolas a una interpretación restrictiva del tipo de lesiones.

[33] P.ej. DÍEZ RIPOLLÉS, DP PG, 5.ª 2020, 335.

[34] Así tb. las critica con razón DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, LH-Mir, 2010, 521, 523 ss. Como es sabido, he mantenido esa posición de distinguir entre esos dos tipos de causas de exclusión de la tipicidad desde LUZÓN PEÑA, Causas de atipicidad y causas de justificación, en Luzón Peña/Mir Puig (coords.), Causas de justificación y de atipicidad en DP, Pamplona, Aranzadi, 1995, 21 ss.; después en EJB, Civitas, 1995, 983 ss.; en Luzón Peña (dir.), EPB, Granada, Comares, 2002, 237 ss.; Curso PG I, 1996, 558 ss.; más desarrollado en Lecc PG, 2.ª/3.ª 2012/2016, 20/1 ss., 22/1 ss.

[35] GÜNTHER, Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluβ, 1983, 353 ss. (ya antes de la reforma del BGB); FS-H. Lange, 1992, 877 ss.; SK, 6.ª 1998, antes del § 32/63. Le siguen REICHERT-HAMMER, JZ 1988, 618 ss.; HORN, SK, 6.ª/7.ª 1997/2001, § 223/13; ENGLÄNDER, en MATT/RENZIKOWSKI, StGB, 2013, antes del § 32/36. Alabándolo en cuanto al fondo, pero rechazando esa solución por entender, aquí y en general, que esa categoría de causas de exclusión del ilícito penal o de lo injusto penal carece de base legal y vulnera el mandato de precisión y determinación de la pena, ROXIN, AT I, 4.ª 2006, § 17/41; ROXIN/GRECO, AT I, 5.ª 2020, § 17/41.

[36] Cfr. la excelente y detallada exposición de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, LH-Mir, 2010, (475 ss.), 523 ss. = LL 26 2010, (101 ss.) 125 ss.; tb. más reducido pero actualizado en LH-Schünemann, Lima, 2014, (207 ss.), 217 ss.; FS-Schünemann, 2014, (325 ss.), 334 ss,, siguiendo la categoría desarrollada por mí de causas de exclusión (sólo) de la tipicidad penal: v. *supra* n. 34 citas de mis obras sobre ello, en las que explico las diferencias de fondo con la categoría de causas de exclusión de lo injusto penal de GÜNTHER y por qué es preferible la terminología usada por mí.

La solución de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO o la materialmente coincidente de GÜNTHER (aunque con denominación menos adecuada) es claramente preferible, porque al menos no considera delictivo el castigo físico mínimo, a las numerosas interpretaciones tras la reforma que consideran que el castigo físico aunque sea mínimo es siempre penalmente antijurídico, posición que es claramente insatisfactoria, al considerar delictivos hechos que se producen cotidianamente de modo normal y son considerados muy mayoritariamente socialmente adecuados. No obstante, esta solución intermedia no es plenamente satisfactoria porque sigue considerando antijurídico como ilícito extrapenal tal castigo pese a que cabe considerar, como he expuesto, que al no afectar a la integridad física no encaja en la prohibición legal y que se puede considerar jurídico por ampararse en un derecho consuetudinario conforme a la propia ley civil y a la Constitución.

Al considerarlo un hecho extrapenalmente antijurídico, en primer lugar tiene en principio la **consecuencia**, a mi juicio **totalmente indeseable e inadecuada, de que generaría, no responsabilidad penal, pero sí responsabilidad civil *ex illicito***[37], es decir que los padres tendrían que indemnizar por daños y perjuicios morales a sus hijos cada vez que les apliquen un castigo mínimo así, cuando realmente tal corrección no sólo no causa un perjuicio moral, sino al contrario produce un beneficio moral para la educación del menor; la única manera de evitar esta consecuencia indeseable (que GÜNTHER o DÍAZ no plantean) sería considerar el castigo como un ilícito extrapenal sin perjuicio y por ello sin concreta responsabilidad jurídica extrapenal (ni civil ni administrativa, pues tampoco está legalmente previsto como infracción administrativa).

Pero además, **en segundo lugar, esta solución autoriza a una reacción o en legítima defensa o al menos en estado de necesidad defensivo contra la actuación de los padres imponiendo un castigo físico mínimo y proporcionado al menor** que se comporta mal o muy mal: Para la muy amplia posición doctrinal que se conforma como presupuesto de la legítima defensa con cualquier agresión antijurídica aunque no lo sea penalmente, aunque no sea penalmente típica (en Derecho español posición amplia pese a que la regulación legal del art. 20, 4.º CP permite interpretar restrictivamente que la agresión ha de ser además penalmente típica y posición absolutamente dominante en la mayoría de legislaciones de otros países que no contienen restricciones a la agresión

[37] Cfr. sobre esta crítica ya LUZÓN PEÑA, Lecc PG, 2.ª/3.ª 2012/2016, 25/56.

ilegítima), cualquier tercero y el propio menor podrán reaccionar en legítima defensa con un daño claramente superior si es necesario contra el padre o la madre que aplique un adecuado correctivo físico mínimo al menor. E incluso en Derecho español para la posición que comparto de que, en vista de las fuertes restricciones legales a la agresión ilegítima y a la morada, toda agresión ilegítima ha de ser no sólo antijurídica, sino además penalmente típica[38], ciertamente no será agresión ilegítima en sentido legal una corrección paterna física mínima si conforme a la solución de DÍAZ o GÜNTHER no es penalmente, sino sólo extrapenalmente antijurídica y por eso no cabrá legítima defensa frente a ella; pero como tal castigo sí constituiría un mal en sentido jurídico, sí cabría contra él una reacción lesiva de terceros o del menor justificada por estado de necesidad defensivo, que permite causar un mal superior a la fuente de peligro con tal de que no sea desproporcionadamente mayor[39]. ***Esta segunda consecuencia de esta solución es aún más insatisfactoria que la primera***, al permitir que se produjera aún más violencia con la intromisión lesiva y más grave injustificadamente lícita de terceros en el ámbito de una relación familiar, pero además frente a conductas de mínima entidad que no sólo hay poderosas razones para seguir considerándolas permitidas, sino que se dan de modo totalmente cotidiano y socialmente adecuado en la mayoría de las familias.

c') Propuesta de ROXIN de una causa personal de exclusión de la punibilidad de lege ferenda

En vista de la indeseable criminalización del ámbito familiar que se produce con la interpretación, que comparte, de que todos los castigos físicos aun mínimos son penalmente típicos e ilícitos, ROXIN ha propuesto introducir *de lege ferenda* una causa personal de exclusión de la punibilidad por ratones de política familiar para el padre o la madre que imponga un castigo corporal mínimo al menor[40]. No obstante, esta solución es aún más insatisfactoria que la anterior expuesta en b'): no sólo le son aplicables las mismas objeciones conceptuales y de consecuencias, sino que sus consecuencias son aún peores: las correcciones que vemos deben ser consideradas lícitas y socialmente

[38] Cfr. en este sentido y con más citas mi posición desde LUZÓN PEÑA, Aspectos esenciales de la legítima defensa, 1978, 512 ss., 2.ª 2002, 476 ss.; después en Leg. defensa y estado de necesidad defensivo, ComLP, V, 1985, 240, 269 s. (tb. en mis Estudios Penales, 1991, 129 ss.); EJB, Civitas, 1995, 3958; en Luzón Peña (dir.), EPB, 2002, 878; Curso PG I, 1996, 594 ss.; Lecc PG, 2.ª/3.ª 2012/2016, 23/28 ss.

[39] Así lo he sostenido desde LUZÓN PEÑA, Leg. defensa y estado de necesidad defensivo, ComLP, V, 1985, 239 ss. (tb. en mis Estudios Penales, 1991, 129, 157 ss.); EJB, Civitas, 1995, 2916, 3958; en Luzón Peña (dir.), EPB, 2002, 678 s., 878; Curso PG I, 1996, 595, 633; Lecc PG, 2.ª/3.ª 2012/2016, 23/30, 50 s.

[40] ROXIN, JuS 2004, 180. = RDPCr 16 2005, 241 s.; AT I, 4.ª 2006, § 17/50 s.; ROXIN/GRECO, AT I, 5.ª 2020, § 17/50 s.

adecuadas seguirían siendo penalmente típicas y la impunidad personal sólo beneficiaría al padre o la madre que las apliquen, pero injustificada e indeseablemente seguirían siendo típicas y punibles las conductas de participación de terceros[41] que induzcan o apoyen, sobre todo moralmente a los padres –defecto que al menos no aqueja a las posiciones que excluyen la tipicidad penal o el ilícito penal–.

b) Castigos no físicos

Fuera del castigo físico, en todos los demás campos de los **castigos no físicos** sigue habiendo derecho legal de corrección, basado en el derecho/deber de educación paterna o tutelar del Código civil: arts. 154 y 268 s. (pero también derivado del derecho fundamental a la educación y del papel y responsabilidad esencial que en el art. 27 CE se reconoce a los padres en cuanto a la educación de sus hijos) y también en el art. 155 CC que, ahora como antes, establece: "Los hijos deben:/1º. *Obedecer a sus padres mientras permanezcan bajo su potestad*, y respetarles siempre."; es decir, un derecho con base legal pero evidentemente también consuetudinaria (de modo clarísimo y unánimemente aceptado). Ello justifica la imposición de castigos no físicos, igualmente necesarios, proporcionados a la entidad de la falta y moderados y por supuesto respetando siempre la dignidad e integridad moral y psíquica del menor, de tal manera que sea patente la finalidad educativa y correctora y no movida por venganza, ira o pérdida control, consistentes en la prohibición de salir de casa o de su habitación, las amenazas, la reprensión o descalificación, la prohibición de ciertas actividades, distracciones o golosinas, etc., que son las que justificarán (dando nuevamente lugar a adecuación social si se mueven dentro de la moderación) comportamientos paternos que de otro modo podrían encajar en las detenciones ilegales o en los delitos [o faltas, antes de la derogación de éstas] de coacciones, amenazas o injurias.

No se puede olvidar esto: que el derecho de corrección paterno incluye otros muchos recursos distintos del castigo físico, porque si se quisiera tomar literalmente la supresión de las palabras legales "podrán también corregir razonable y moderadamente a los hijos" como prohibición de toda corrección paterna, se llegaría al absurdo de no permitir ningún tipo de castigo, incluso la privación o restricción temporal de premios o

[41] Por esta razón tb. la critica DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, LH-Mir, 2010, 523.

de muestra de cariño, y se imposibilitaría totalmente el derecho-deber de educación de los hijos menores[42].

2. Adecuación y necesidad de la intensidad de la corrección; exceso

El ejercicio del derecho de corrección al menor, para ser ejercicio "legítimo" y por tanto causa de justificación completa, ha de ser, en cualquiera de los castigos impuestos, *adecuado, proporcionado* a la entidad de la infracción y comedido, un "corregir moderadamente" como acertadamente lo formulaba la anterior redacción de los arts. 154 y 268 CC y se deriva del principio constitucional de proporcionalidad (emanación de los valores de justicia e igualdad, art. 1 CE). Y en segundo lugar, para ser ejercicio legítimo, en virtud del principio de necesidad, también de base constitucional (emanación directa del valor libertad del art. 1 CE), la aplicación de la sanción ha de ser *estrictamente necesaria* para la finalidad educativa y correctora del menor o pupilo, y no lo será cuando se imponga directamente una sanción de cierta dureza sin haber probado antes la eficacia de advertencias o de sanciones más leves. En caso de una corrección inadecuada, inmoderada o innecesaria faltará este requisito inesencial de la causa de justificación/atipicidad y habrá un exceso intensivo, o sea, una eximente incompleta de ejercicio (no plenamente legítimo) del derecho de corrección, con su atenuación de la responsabilidad penal (arts. 21, 1.ª y 68 CP[43].

Bibliografía: BEULKE, Züchtigungsrecht – Erziehungsrecht, FS-Hanack, 1999, 539 ss.; Neufassung des § 1631 II BGB und Strafbarkeit gem. § 223 StGB, FS-Schreiber, 2003, 29 ss.; V. BOCK, Das elterliche Recht auf körperliche Züchtigung, Frankfurt, Lang, 2011; BOLDOVA PASAMAR, ¿Queda algo del derecho de corrección de los padres a los hijos en el ámbito penal?, RDPCr 5 2011, 55 ss.; Caso de la ¿bofetada educativa?. en Sánchez-Ostiz, Casos que hicieron doctrina, Navarra, La Ley, 2011, 953 ss.; BUSSMANN, Verbot familiärer Gewalt gegen Kinder. Zur Einführung rechtlicher Regelungen sowie zum (Straf-)Recht als Kommunikationsmedium, Köln, Heymanns, 2000; COBO/VIVES, Derecho Penal, PG, 5.ª, Valencia, Tirant, 1999, 473 ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, La corrección de los padres a los hijos: consecuencias jurídico-penales de la reforma del art. 154 del CC, en: Luzón Peña (dir.), LH-Mir Puig por su doctorado *h.c.* por la Univ.Alcalá, Madrid, La Ley, 2010, 475 ss.; En España, como en Alemania, no existe ya un derecho de corrección paterna violenta. Pero no cualquier corrección violenta es punible, LH-Schünemann (Libro Homenaje a Bernd Schünemann), Lima, Gaceta Penal, 2014, 207 ss.; Zum elterlichen Züchtigungsrecht, FS-Schünemann: Festschrift für Bernd Schünemann, Berlin-Boston, de Gruyter, 2014, 325 ss.; DÍEZ RIPOLLÉS, DP PG, 5.ª 2020, 334 ss.; DUTTGE, en Dölling/Duttge/König/Rössner, Handkommentar. Gesamtes Strafrecht (Nomos-Kommentare), 5.ª, Baden-Baden, Nomos 2022, antes del § 32/2 ss.; ENGLÄNDER, en MATT/RENZIKOWSKI, StGB, Kommentar, München, Vahlen, 2013, antes del § 32/36 ss.; FRISTER, Strafrecht, AT, 9.ª, München, Beck, 2020, 13/6-8; GÜNTHER, Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluβ,

[42] En este sentido ya en LUZÓN PEÑA, Lecc PG, 2.ª/3.ª 2012/2016, 25/57 s. Asimismo STS 654/2019, de 8-1-2020, FD 5.º, seguida por STS 448/2020, de 11-2, FD. 3.º.2.

[43] Todo ello lo he anticipado ya en LUZÓN PEÑA, Lecc PG, 2.ª/3.ª 2012/2016, 25/59-61.

Köln, Berlin, etc., Heymanns, 1983, (353 ss.); Die Auswirkungen familienrechtlicher Verbote auf das Strafrecht, FS-H. Lange, 1992, 877 ss.; SK (Systematischer Kommentar), StGB, Köln, Heymanns, 6.ª 1998, antes del § 32/63; B. HEINRICH, Strafrecht AT, 6.ª, Stuttgart, Kohlhammer, 2019, nm. 520 ss.; M. HEINRICH, Elterliche Züchtigung und Strafrecht, ZIS 2011, 431 ss. HENNES, Das elterliche Züchtigungsrecht – Ein derogierter Rechtfertigungsgrund?, 2010; HERNÁNDEZ PLASENCIA, Cap. 16, en Romeo/Sola/Boldova, DP PG, 2.ª 2016, 247 ss.; HERZBERG, JZ 2009, 333; HILLENKAMP, JuS 2001, 159 ss.; HOYER, Im Strafrecht nichts Neues? Zur strafrechtlichen Bedeutung der Neufassung des § 1631 II BGB, FamRZ 2001, 521 ss.; HORN, SK. StGB, 1.ª 1975 a 7.ª 2000-03, § 223/13 s.; HURTADO YELO, Entre el derecho de corrección y el delito de malos tratos. Hacia la búsqueda de una solución intermedia, AJA (Actualidad Jurídica Aranzadi) 788, 2009, 1 ss.; KARGL, Das Strafunrecht der elterlichen Züchtigung, NJ (Neue Justiz) 2003, 57 ss.; KINDHÄUSER, Strafrecht, AT, Baden-Baden, Nomos, 8.ª 2017, § 20/18 ss.; KINDHÄUSER/ZIMMERMANN, Strafrecht, AT, Baden-Baden, Nomos, 9.ª 2019, § 20/18 ss.; KREY, en Krey/Heinrich, Strafrecht, BT, t. 1, Stuttgart, Kohlhammer, 12.ª/13,ª 2002/2005, nm. 312; LACKNER/KÜHL, StGB. Kommentar, München, Beck, desde 25.ª 2004 a 29.ª 2018, § 223/11 ss.; LACRUZ LÓPEZ, Lecc. 18, en Gil/Lacruz/Melendo/Núñez, DP, PG, Madrid, Dykinson, 2.ª 2016, 477 ss.; LUZÓN PEÑA, Lecciones de Derecho Penal, PG, Valencia, Tirant [= Derecho penal, PG, 3.ª, Buenos Aires-Montevideo, BdeF, 2016], 2.ª/3.ª, 2012/2016, 25/12 s., 48 ss.; Aspectos esenciales de la legítima defensa, Barcelona, Bosch, 1978, 512 ss., 2.ª, Buenos Aires-Montevideo, BdeF, 2002, 476 ss.; Legítima defensa y estado de necesidad defensivo, en Cobo dir., ComLP: Comentarios a la Legislación Penal, V, Madrid, Edersa 1985, 251 ss.; Causas de atipicidad y causas de justificación, en Luzón Peña/Mir Puig (coords.), Causas de justificación y de atipicidad en DP, Pamplona, Aranzadi, 1995, 21 ss.; Causas de atipicidad, EJB, Civitas, 1995, 983 ss.; Causas de atipicidad, en Luzón Peña (dir.), EPB (Encicl. Penal Básica), Granada, Comares, 2002, 237 ss.; Curso de DP, PG I, madrid, Universitas, 1996, 558 ss.; MARXEN, Strafrecht, AT, München, Beck, 2003, 99 s.; MORILLAS, Sistema de DP, PG, Madrid, Dykinson, 2018, 583 ss.; MIR PUIG, PG, 10.ª 2015/16, 18/41 ss.; MIR/GÓMEZ MARTÍN, Art. 20, en Corcoy/Mir, Comentarios al CP, 2011, 93; 2.ª 2015, 131; MITSCH, Rechtfertigung einer Ohrfeige (BayObLG, NJW 1991, 2031), JuS 1992, 289 ss.; Kinder und Strafrecht, Jura 2017, 792 ss.; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, PG, 8.ª 2010, 340; 10.ª 2019, 322; MURMANN, Grundkurs Strafrecht, 5.ª, München, Beck, 2019, § 25/152 ss.; NOAK, Zur "Abschaffung" des elterlichen Züchtigungsrechts aus strafrechtlicher Sicht, JR 2002, 402 ss.; OTTO, Rechtfertigung einer Körperverletzung durch das elterliche Züchtigungsrecht, Jura 2001, 670 s.; REICHERT-HAMMER, Anmerkung zu StGB § 223a: Zu den Grenzen der elterlichen Züchtigungsbefugnis, JZ 1988, 617 ss.; ROELLECKE, Keine Hiebe - und die Liebe? - Zur Gewalt als Erziehungsmittel, NJW 1999, (337 ss.) 338;; ROMERO RODRÍGUEZ, El delito de malos tratos habituales, el derecho de corrección: ¿una causa de justificación?, AJMen (Anuario de Justicia de Menores) 4 2004, 237; ROXIN, Die strafrechtliche Beurteilung der elterlichen Züchtigung, JuS 2004, 179 ss. = La calificación jurídico-penal de la corrección paterna, RDPCr 16 2005, 240 ss.; AT I, 4.ª 2006, § 17/37 ss.; ROXIN/GRECO, AT, 5.ª 2020, § 17/37 ss.; SÁENZ DE PIPAÓN Y DEL ROSAL, Derecho de corrección de los padres y Derecho Penal, RDP (españ., Lex Nova) 28 2009, 73 ss.; CHR. SCHMIDT, Grundrechte als verfassungsunmittelbare Strafbefreiungsgründe. Zu Methode und Praxis der Verfassungseinwirkung auf das materielle Strafrecht, Baden-Baden, Nomos, 2008; DE TORRES PEREA, Reforma de los arts. 154 y 268 Cc: el derecho del menor a una educación libre de toda medida de fuerza o violencia, LL 2008-1, 1676 ss.; WESSELS/BEULKE, Strafrecht, AT, Heidelberg, Müller, 34.ª 2004, nm. 603 ss.; WESSELS/BEULKE/SATZGER, Strafrecht, AT, Heidelberg, Müller, 50.ª 2020, nm. 603 ss.

* * * * * *

Prof. Dr. Manuel Lozano-Higuero Pinto

Catedrático de Derecho Procesal de la Univ. de Cantabria, España. Socio de la FICP.

~La sedicente mediación penal y el modelo procesal penal español en la crisis de los modelos procesales*~

Sumario.- I.- Preliminar: digresión sobre el principio acusatorio y su correcto entendimiento y alcance. La supuesta equivalencia entre atribución de la investigación y llevanza de la etapa preliminar al Ministerio Fiscal y el carácter genuino del principio acusatorio. Superior entidad garantista en la llevanza por el juez de la instrucción. Posiciones de J. Goldschmidt y Gómez Orbaneja. Principio acusatorio, principio de controversia, principio dispositivo. Enfoque o aspectos de lo acusatorio: técnico-dogmático (principio); filosófico-jurídico-político (sistema); político-social (modelo). Reflexión conclusiva respecto al alcance de los principios acusatorio, dispositivo, de la demanda y de controversia. Los modelos civiles de Taruffo. El método-sistema controversial neogarantista razonable. Iniciativas probatorias oficiales en la LEC. **II.-** El principio acusatorio en el Anteproyecto de Código Procesal Penal de 2013 (ACPP 2013) y en el de 2011. Sus deficiencias gramaticales, dogmáticas e institucionales. La injusticia de sus críticas al juez instructor. **III.-** Encaje institucional de la mediación penal en los sistemas y modelos procesales penales y su ubicación en el fundamento y fines de la pena. La mediación como proyección de una concepción subjetivista y coexistencial de la tutela jurídica y del proceso. **IV.-** Los fines de la tutela procesal penal. Su evolución y reordenación axiológica: punicionismo, tutela de la inocencia del imputado, victimología. La potenciación de los derechos de la víctima. La máxima consideración y realce de la víctima en el proceso penal: el derecho de acción o acusación particular del ofendido. La acción como servicio que el ciudadano presta al Estado. **V.-** Desarrollo legislativo reciente sobre el papel de la víctima en el proceso penal. El principio de mínima lesividad de las víctimas (Ley 29/2011 de 22 de septiembre) como proyección del principio de indemnidad de la tutela (Chiovenda, Lozano-Higuero) y de la penosidad del proceso penal (Carnelutti). **VI.-** La mediación penal. Sus perfiles institucionales. Concepto legal de mediación penal. **VII.-** Una perspectiva económica de la tutela a través de la mediación. *Excursus* sobre los sistemas y soluciones de carácter económico tributario de disminución de la litigiosidad y de las controversias. La Ley 10/2012, su posible inconstitucionalidad. **VIII.-** La Recomendación R (99) 19 del Comité de Ministros del Consejo de Europa relativa a la mediación en materia penal. Los principios de la mediación penal en su visión transnacional **IX.-** La mediación penal en el sistema del ACPP de 2013. Pretendida necesidad de la instauración de la mediación penal. Concepto (contenido) de la mediación penal. Efectos de la mediación. **X.-** En especial sobre la teoría y doctrina de la mediación penal, con algunas referencias legales y comparadas. **XI.-** Concepto doctrinal de mediación penal. **XII.-** Naturaleza. Carácter, notas y límites: dogmáticos, constitucionales. Ventajas e inconvenientes de la mediación penal. **XIII.-** Conclusiones. La mediación en el ACPP de 2013. **XIV**.-Epílogo laudatorio de Diego-Manuel Luzón Peña. Volver a los 17. El joven Diego.

I. PRELIMINAR: DIGRESIÓN SOBRE EL PRINCIPIO ACUSATORIO Y SU CORRECTO ENTENDIMIENTO Y ALCANCE

La situación actual en el Ordenamiento y tratamiento, doctrinal y jurisprudencial, españoles dista de ser clara respecto al cabal entendimiento de los términos *sistema*, *principio y modelo* acusatorio, así como de su alcance, naturaleza y virtualidad. La jurisprudencia, que se ha ocupado intermitentemente de este asunto, ha confundido no solo lo que sean el principio y el sistema, sino lo que debe entenderse por el principio de

* Artículo publicado previamente en Libertas 9, 2020, n.° monográfico en homenaje al Prof. Luzón Peña. Ahora que ya está publicado, el autor desea que también se publique en ForFICP, de contenido accesible a todo el público, para que sea conocido por todos su largo Epílogo final dedicado a Diego Luzón y al recuerdo del joven Diego Luzón.

contradicción y defensa y lo que estrictamente sea y cubra el principio acusatorio. La confusión se incrementa cuando se atribuye, con ligera autosuficiencia las más de las veces, un carácter y notas genuinos del principio acusatorio al hecho de que la llevanza de la etapa preliminar se confiera al fiscal; lo cual, en su caso, de ser cierto, solo se referiría al sistema, que no al principio, pero, ni mucho menos, la observación debe tomarse como un dogma.

En la vocación de los legisladores continentales por incorporarse al modelo vigente en los Estados Unidos, de una u otra forma, en un avanzar zigzagueante, basculan casi todos hacia un etapa preliminar atribuida al Ministerio Público, pero en modo alguno quiere decirse que establecer un modelo acusatorio, o si que quiere adversarial o, mejor aún, controversial, suponga que la investigación se tenga que atribuir, como *conditio sine qua non* para adquirir tal carácter, al menos en España, al Ministerio Público. En tal sentido, se trata de asentar estas afirmaciones, de la ecuación investigación preliminar a cargo del Ministerio Público = acusatorio, investigación preliminar atribuida a un Juez de Instrucción = inquisitivo. Estas son falacias que no se tienen en pie. El confusionismo es constante. A ello contribuyen precedentes en que, por motivos corporativos espurios o interesados, o un mimetismo ridículo y acomplejado hacia lo exterior, así como una ignorancia crasa de los fundamentos institucionales, la historia y los tecnicismos del proceso penal, conducen a sentar criterios equivocados y afirmaciones y descalificaciones injustas hacia el Juez de Instrucción.

De este modo se dice, fatuamente, nos homologamos con la mayoría de países de nuestro entorno, que han atribuido la investigación al Ministerio Fiscal. Al parecer, Bélgica, Portugal o Francia, en que el modelo del juez instructor pervive, no son países de nuestro entorno. Y, si es por seguir tendencias mayoritarias ¿por qué no ir hacia la forma republicana en la jefatura del Estado? No les bastó con el cargarse el procesamiento, en vez de adaptarlo y aprovechar lo valioso de la institución, igual pretenden hacer con el Juez de Instrucción y la acción popular. Siempre, desde luego, optando por la solución menos garantista. Para muestra de nuestras prevenciones, véase el desenlace, a finales de junio de 2014, del conocido como *Caso Nóos* y el texto del recurso del Ministerio Público, de 26 de junio de 2014, que culmina con una alegación Decimotercera, la cual muestra un desconocimiento importante de las instituciones que integran el principio y el sistema acusatorio, en su pasado y en su presente, todo ello iluminado por y con cita textual del Fiscal D. (*sic*) Pedro CRESPO BARQUERO y la teoría

de los "controles cruzados" (*sic*)[1]: «Basta aplicar la regla democrática por excelencia: controles cruzados. Sobran las exclusividades y la profesión de fe en el carisma personal o corporativo. La autonomía del Fiscal y la independencia del Juez ayudan —ni más ni menos— en igual medida, pero ni una ni otra, ni las dos Juntas, bastan. Lo que hace falta son instrumentos pensados para que la imparcialidad no dependa de la improbable perfección de Juez y partes, sino que sea regla y resultado del propio sistema procesal»[2]. Para que seguir con la cita del inefable D. Pedro CRESPO, que nada nos aclara respecto al recto entendimiento del principio acusatorio, la vigencia, o no, del sistema acusatorio en el actual proceso penal español y la deriva o evolución que, la actual ordenación del proceso penal español, puede seguir respecto a las ideas de *acusatoriedad*, igualdad de armas y de partes, contradictoriedad y defensa, así como inteligencia y alcance del debido proceso penal con todas las garantías (art. 24.2 CE, 111 Constitución Italiana, o V Enmienda de la Constitución de Estados Unidos). El recurso del Ministerio Fiscal en el *Caso Nóos*, contra el denominado auto de transformación es, a nuestro ver, técnicamente deficiente y literariamente lamentable, sin prejuicio de su falta de prudencia.

La CE, a diferencia de la Constitución Portuguesa de 1976 (art. 32.5: «O processo criminal tem estrutura acusatória, estando a audiência de julgamento e os actos instrutórios que a lei determinar subordinados ao princípio do contraditório»), nada dice,

[1] Con esta curiosa terminología, quizá el fiscal CRESPO BARQUERO traduzca, muy libérrimamente, la *doctrine of checks and balances*, propia de un sistema de *separation of powers*, pero nunca de uno continental de división de poderes y con una desviada operación de *legal transplant*. *Vid.* DE FRANCHIS, F., Dizionario Giuridico-Law Dictionary, Milano, 1984, pp. 452-527 y 944. Sobre la doctrina de los *checks and balances* y su significado, cfr. BORJA, R., División de poderes, en Enciclopedia de la política, México DF, 1997, p. 311: «es casi un axioma político que la concentración de poderes conduce al despotismo mientras que su fraccionamiento precautela los intereses de la libertad. Aquí está la médula y la razón de ser de esta teoría. Ella entraña un sistema de frenos y contrapesos, pesos y contrapesos –*chek* [sic] *and balances*, según la clásica expresión de los constitucionalistas norteamericanos— que mantiene a cada poder en su órbita constitucional y detiene los abusos de autoridad».

Que, en propiedad, la doctrina de los frenos y contrapesos o controles y equilibrios, no es susceptible de aplicarse mecánicamente al proceso penal, nos lo explicó GOLDSCHMIDT, J., Principios generales del proceso, II: Problemas jurídicos y políticos del proceso penal, Buenos Aires, 1961, pp. 51, 97 y 98, pues más allá de la propia existencia del art. 306 LECrim, que confiere al Ministerio Público la inspección del sumario, es lo cierto que la creación del Ministerio Fiscal no ha tenido otro fin sino dispensar al juez, es decir, privarle del derecho de penar, cuyo ejercicio es una función específica de la Justicia.

La operatividad en la práctica de estos controles cruzados la tenemos en ese mismo *Caso Nóos* en el sorprendente escrito confeccionado el día 7 de julio por el imputado, Sr. Tejeiro, inculpando a los Sres. Torres y Urdangarin, y exculpando a las Sras. Tejeiro y de Borbón, que lo presenta al Ministerio Fiscal y traslada al juez, para, luego, requerido al efecto, negarse a ratificarlo *coram iudice* (¡menudo control cruzado de la fiscalía!). Por lo tanto, a nuestro ver, acertadamente, el instructor no dio valor, en esta etapa procesal, a dicho escrito.

[2] Página 60 del recurso del Fiscal HORRACH de 26 de Julio de 2014. Disponible para su consulta en http://ep00.epimg.net/descargables/2014/06/26/ce85c2d938fbb9b9da88a3d86940b839.doc [último acceso, 9 de julio de 2014].

explícitamente, del principio, o del procedimiento, acusatorio. La Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, en su Disposición Final Cuarta, que lleva por rubro *futuras reformas procesales*, dice de establecer en el plazo de un año un procedimiento fundado en los principios acusatorio y de contradicción previstos en la CE. A nuestro ver, esa previsión constitucional es inexistente, y la afirmación carente de todo fundamento. Cosa distinta es que el legislador constitucional pensara establecer un sistema de garantías en el proceso penal (proceso público con todas las garantías, art. 24.2 CE), pero con indefinición institucional expresiva y no mucho rigor técnico. Posteriormente, otras regulaciones, como la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, en su art. 8, define el principio acusatorio del siguiente modo: «El Juez de Menores no podrá imponer una medida que suponga una mayor restricción de derechos ni por un tiempo superior a la medida solicitada por el Ministerio Fiscal o por el acusador particular». Pero, a nuestro ver, se refiere, más bien, al aspecto vinculativo del principio acusatorio, atinente a la congruencia o correlación entre lo pedido y lo resuelto, pero no a la vertiente de iniciativa. El acusatorio, cual principio actorio, tiene, básicamente, dos proyecciones: 1) relativa a la iniciativa; *nemo iudex sine actore, ne procedat iudex ex officio*; 2) a la vinculación, a la congruencia con lo pedido por la parte, *ne eat iudex ultra petita partium*, a la correlación entre lo pedido y lo decidido.

Las zonas fronterizas y equívocas con el principio dispositivo son, pues, evidentes[3]. El error de equiparar –y derivado de ello, minusvalorar, cuando no menospreciar, al Juez de Instrucción— investigación del Ministerio Fiscal con pureza y expresión genuina del acusatorio, nos lleva a consecuencias rectamente inasumibles. Tanto el ACPP de 2011 como el ACPP de 2013, aun obedientes a inspiraciones políticas diversas, concurren en que, atribuir la investigación al Ministerio Fiscal, ineludible e inescindiblemente, es equivalente a lo acusatorio. Sólo con someter las opciones en presencia a los básicos criterios de calidad normativa, desde una perspectiva institucional, se nos ofrece, por cierto, la claridad de la respuesta. Así: ¿es más garantista que investigue, y tenga atribuida la llevanza de toda una fase, con relevancia jurídica procesal, un órgano independiente, inamovible, e imparcial por esencia; o bien que se le confiera a un órgano dependiente, sujeto a una línea jerárquica, con unidad de actuación y del cual, decir de su pretendida

[3] Vid. GOLDSCHMIDT, J, Principios, II, 1961, p. 97; MASSA, Il principio dispositivo nel proceso penale, RItDPP: Rivista italiana di Diritto e procedura penale, 1961, p. 361; NAPPI, Il diritto alla prova. Modello accusatorio e principio dispositivo. Poteri di integrazione officiosa, en La prova penale. Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura, 1997, pp. 3, 6, 13.

imparcialidad (art. 124.2 CE; art. 2.1 y art. 7 Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal; esquizofrenia orgánica y funcional, principios de unidad de actuación, dependencia, jerarquía, autonomía funcional, independencia e imparcialidad) es, como enseñó James Goldschmidt[4], un error psicológico?. La exigencia o condición de imparcialidad, atribuida a la parte acusadora, cae en el mismo error. Aun matizando lo que se quiera y atemperando el garantismo, como a nuestro ver ha de hacerse siempre, con el *logos* de lo razonable, lo cierto es que desde esta perspectiva de las garantías, la superioridad axiológica, la supremacía estimativa de la atribución de la investigación o instrucción al juez, no ofrece dudas. Ciertamente, hay una posible tendencia a que, si la instrucción se confiere a un juez, mentalmente, otro juez piense o considere así, la etapa de investigación, como una pseudoprimera instancia, pero en acertada configuración legal, bastará, por ejemplo, con lo que se dice en materia probatoria por la Ley del Jurado (art. 46.5.II: «Las declaraciones efectuadas en la fase de instrucción, salvo las resultantes de prueba anticipada, no tendrán valor probatorio de los hechos en ellas afirmados»). Así como la clara idea que impera en la doctrina procesal penal italiano, y en su jurisprudencia, interpretando el nuevo Código de 1988, respecto a la formación privilegiada y exclusiva de la prueba en el debate[5]. Una interpretación garantista razonable, repetimos, aboga por la mayor entidad axiológica de la instrucción por un juez que la investigación por el fiscal. Si en el germen de lo acusatorio, si en su savia vivificadora, está la concepción de un proceso con las máxima garantías posibles, más garantista, y razonable, parece que la etapa preparatoria sea encomendada a un órgano independiente, inamovible e imparcial que a un fiscal, por esencia dependiente, sometido legal y prácticamente al principio de unidad de actuación y dependencia jerárquica, aunque dotada, en abstracto de la autonomía funcional que se quiera. Parte acusadora, al

[4] Cfr. GOLDSCHMIDT, J, Principios, II, 1961, p. 51: «La exigencia de imparcialidad, dirigida a una parte acusadora, cae en el mismo error psicológico que ha desacreditado al proceso inquisitivo, pues, en todo caso, la creación del Ministerio Fiscal no ha tenido otro fin que dispensar al juez de la iniciativa de la persecución penal, nunca de desnaturalizar su función esencial, eso es, privarla del derecho de penar, cuyo ejercicio es una función específica de la Justicia».

Abundando, el maestro berlinés, con su peculiar clarividencia, señaló que «el Pueblo […] nunca se ha tragado el falso cuento de que el acusador público, a pesar de todos los sinceros esfuerzos, sea imparcial. Pero, probablemente tampoco se lo ha creído el Tribunal, y aquí reside su gran peligro. Naturalmente ningún Fiscal sensato dejará descuidados los elementos del descargo, pues esto le expondría al riesgo de perder el caso, lo que para él sería tanto más desagradable, cuanto –como se ha sugerido— el auto de apertura básicamente no tiene lugar y, por tanto, le cae encima toda la responsabilidad por una acusación infundada»: Goldschmidt, J., Sobre la reforma del proceso penal, en Derecho, Derecho Penal y Proceso, vol. I, ed. López Barja de Quiroga, Madrid, 2010, p. 694.

[5] En este sentido, BETTIOL G./BETTIOL, R, Instituzioni di Diritto e procedura penale, 7ª ed., Padova, 2000, pp. 166 ss.

fin y al cabo, y, por tanto aunque sometida al principio de objetividad y defensa material (art. 2 LECrim), parte en último extremo. El propio James GOLDSCHIMDT, a veces tan poco conocido, leído y, en muchos casos, olvidado, alabó no solo los fundamentos inspiradores de nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal[6], a la que calificó como la mejor de su clase en el mundo, sino que, a nuestro ver, alumbró, interpretó, fijó y comprendió rectamente el alcance e inteligencia del principio acusatorio en nuestro Código Procesal Penal[7]. Para James Goldschmidt, este principio predomina en el sistema español, en virtud de las siguientes notas, que lo caracterizan: 1) si no hay acusación no hay juicio: *nemo iudicio sine accusatio*, *nemo iudex sine actore*, *ne eat iudex ultra petita partium (*este último, en cuanto a la capacidad vinculativa de las partes respecto a los poderes del tribunal, en particular, conforme a lo establecido en los arts. 732, 733 y 737 LECrim). Ya James GOLDSCHMIDT destaca, no obstante, la facultad del tribunal de apartarse de la calificación de la parte acusadora que, sin embargo, queda menguada por el hecho de que, pedida la absolución por las partes acusadoras, el tribunal no puede condenar al procesado. 2) Además de estos principios, condensados en los apotegmas latinos antes citados, recalca el maestro berlinés la regla de que incumbe solo a las partes, no solo la proposición, sino también, la producción de las pruebas (*nemo probatio sine petitio partis*) 3) como indicio más característico del predominio del principio acusatorio lo encuentra en la regla contenida en los art. 655 y 694 LECrim, «por la que se dispone que… concordes las partes, sobre la calificación más grave de las propuestas, el tribunal dictará, sin más trámite, la sentencia que proceda», lo que, a su vez, es una manifestación del principio dispositivo. 4) El dominio aparente que corresponde al principio inquisitivo en el sumario no puede perjudicar al predominio del principio acusatorio, toda vez que el art. 306 LECrim establece que, el Juez de Instrucción, tiene que formar el sumario bajo la inspección del fiscal, por lo tanto, el sumario es, en último término, una inquisición al acusador. Ello se refuerza, en cuanto a este predominio del acusatorio, en la prohibición de que el juez que instruye después intervenga en el fallo de la causa.

James GOLDSCHMIDT hace referencia al hecho de que las tendencias que llevan a cabo el principio acusatorio, y que culminan en la propuesta de sustituir el sumario del Juez de Instrucción por una información propia del fiscal. Y así, un proyecto alemán de 1920 de reforma de la StPO, elaborado por el propio GOLDSCHMIDT, impuso esa regla,

[6] Vid. ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, N., Estudios de Teoría General e Historia del proceso, t. I, México D. F., 1974 (reimpr. 1992), pp. 261, 417 n. 8 y 482 n. 9.

[7] Cfr. GOLDSCHMIDT, J, Principios, II, 1961, pp. 94 ss.

aunque estimaba el maestro berlinés que el poder de intervención que el art. 306 LECrim otorga al fiscal, hacía innecesaria una reforma como la propuesta, puesto que envuelve ya una realización del principio acusatorio con respecto al sumario, aunque supone solo un mantenimiento formal del principio acusatorio. Es lo cierto, que esta matización se corresponde en la realidad con la escasa efectividad práctica de la regla, incluso debe añadirse que, en puridad dogmática, nuestro sistema, como apunta el propio James GOLDSCHMIDT[8], en algún caso, contiene una exageración del principio acusatorio, como sucede en el art. 732, con la vinculación del tribunal a la calificación definitiva del querellante, lo que, en el fondo, desconoce que el objeto del proceso es el derecho de penar, no un tipo delictivo, *titulus condemnationis*, sino un hecho justiciable, cuya ponderación corresponde al juez.

Los ejes del pensamiento de James GOLDSCHMIDT respecto al alcance del principio acusatorio y su regulación en la LECrim son corroborados por GÓMEZ ORBANEJA, la mejor doctrina hispana, representada por nuestro máximo procesalista, quien entiende que, en cuanto al sistema, el acusatorio se asienta en las siguientes proyecciones: a) acusación por persona distinta del sujeto y órgano que ha de juzgar; b) sin acusación no puede haber juicio, en particular, al respecto, es relevante la regla del art. 644 LECrim; c) el sumario puede iniciarse sin necesidad de acción; d) el acusatorio no es equivalente al dispositivo ni al de aportación de parte; e) el juicio oral se rige por los principios de contradicción oralidad, inmediación y publicidad; f) la prueba ha de practicarse, a instancia de parte, y estar sujeta al principio de libre apreciación; g) instancia única[9]. Insiste, además, GÓMEZ ORBANEJA que el punto de gravitación del principio acusatorio está en el hecho calificado, no en la calificación jurídica[10].

En suma, principio acusatorio, principio dispositivo y principio de la demanda, tienen puntos de confluencia, y, a veces, es difícil diferenciarlos, incluso encontrar su ubicación exacta en los textos legales. Arrancan todos de la idea actora. Se supone que el juez no procede y no juzga sino en virtud de excitación de parte, y en los límites de ella (arts. 99 y 112 del Código Procesal Civil Italiano)[11]. En definitiva, tanto el *nemo iudex sine actore*, y también el *nemo eat iudex ultra, extra, petita partium*, envuelven el poder

[8] Cfr. GOLDSCHMIDT, J, Principios, II, 1961, p. 116.
[9] Vid. GÓMEZ ORBANEJA, E., Derecho procesal penal, Madrid, 1984, 67-68, 121-155.
[10] Así, GÓMEZ ORBANEJA, E., Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, vol. II, Barcelona, 1951, p. 290.
[11] Cfr. LIEBMAN, E. T., Manual de Derecho Procesal Civil, trad. Sentís Melendo, Buenos Aires, 1980, p. 8.

de a) **excitar** (poner en marcha la actividad judicial); b) **investir** (de la potestad de juzgar en el caso concreto); c) **determinar** (el campo de cognición del juez y limitarlo o vincularlo a él). Estas precisiones sirven tanto para el civil dispositivo como para el penal acusatorio. No así para las variantes inquisitorias. Esta difícil separación entre acusatorio y el dispositivo[12] hace que las jurisprudencias respectivas no sean consecuentes y sí, a veces, difusas, al distinguir uno de otro. Así, como se ha anticipado, por ejemplo, en Italia, donde a raíz del Código de 1988, tras la reforma por la Novela de 1999 del art. 111 de la Constitución, aunque expresamente, a diferencia del Código portugués de 1976, no se refiere al principio acusatorio, sí se habla de justo proceso y del contradictorio entre la partes en condiciones de paridad ante un juez tercero e imparcial. Por esa razón, en la línea precedente de MASSA y PISANI, aunque desde una perspectiva epistemológica (Taruffo), algunos como NAPPI sostienen una presunción de admisibilidad y completitud de las pruebas suministradas por las partes, exacerbando la regla del art. 190 del Codice de Procedura Penale, lo que hace argumentar a quienes lo hacen como AMODIO, que dicho Código ha diseñado un proceso de partes o dispositivo, frente a la opinión contraria de CONTI-MACCHIA e ILLUMINATI.

Los límites de los principios, el ámbito de los sistemas y el contenido de los modelos tornan borrosos, como en una suerte retorno a tipos y tiempos en que las formas procesales y los cauces eran indiscriminados. El principio actorio se transformó en acusatorio[13]. Se separaron los tipos procedimentales, por razón de la materia y el ámbito objetivo en que se encuadraba la *res in iudicium deducta*. En el Derecho angloamericano, hacia el que tanto se mira, particularmente en el ámbito procesal penal, pero también en punto a las soluciones alternativas al proceso judicial, el enfoque ideológico-político es casi intercambiable y se habla de una concurrencia de perspectivas o confluencia de modelos. Alguno de los más relevantes procesalistas de la hora presente, TARUFFO[14] ha reducido (con vasos comunicantes entre el proceso civil y el penal, partiendo de una

[12] Para mayores detalles, vid. LOZANO-HIGUERO PINTO, M., Principio dispositivo, de controversia y acusatorio: origen histórico, diferencias, significado actual, en Estudios Procesales en honor de Adolfo Gelsi Bidart, Montevideo, 1999, especialmente pp. 285-288, donde creemos demostrar que obedecen a fundamentos filosóficos diversos, y tutelan bienes distintos, por un lado, la libertad personal y por otro la libertad económica, aunque ambos obedientes a un mismo nexo común; la autonomía individual, por un lado proyectada en lo personal y por otro en lo patrimonial. De ahí que lo controversial, que tiene su raíz filosófica en el pensamiento kantiano, sea preferido por nosotros como término y concepción del proceso que abarca lo que quiere decirse o comprenderse, mutatis mutandis, en lo civil con lo adversarial y en lo penal con lo acusatorio.

[13] Cfr. GOLDSCHMIDT, J, Principios, II, 1961, p. 112.

[14] Vid. TARUFFO, M., Consideraciones sobre el proceso civil acusatorio, Revista Uruguaya de Derecho Procesal, 2008, 3-4, pp. 293-302.

visión comparatista, con especial referencia a la evolución doctrinal y legislativa de los Estados Unidos) a esquemas los tres modelos posibles: a) modelo acusatorio puros; b) modelo acusatorio de las garantías; c) modelo acusatorio para la verdad. Señala TARUFFO cómo, en los propios EEUU, se ha evolucionado en el entendimiento adversarial civil, de un *passive umpire* a un *managerial judge*; se ha potenciado el papel del juez, disminuyendo el de las partes. El jurado debe orientarse a soluciones justas y esta es la concepción que debe primar. El descubrimiento y declaración de la verdad de los hechos se configura como uno de los fines fundamentales del proceso civil. En particular, critica que el principio dispositivo sobre las pruebas pueda dificultar el logro de la obtención de una decisión justa basada en la averiguación y acertamiento de la verdad, con poderes de iniciativa probatoria a cargo del juez[15] y no por el mero juego dialéctico de las alegaciones y proposiciones probatorias de las partes. Nosotros no creemos que deban oponerse y sean incompatibles el modelo el "modelo acusatorio de las garantías" y el "modelo acusatorio para la realidad". Desde un **neogarantismo razonable**, que postulamos, estimamos compatible un entendimiento neogarantista del proceso civil y penal, pero al que se subordinen *valores* como la eficacia y la eficiencia. Así ha sido en el proceso penal y, *mutatis mutandis*, debe serlo en el civil. ¿Por qué si en el ámbito penal, la solución justa es la que respeta las garantías y no la que se ajusta estrictamente a la verdad histórica, en el civil la solución justa no es la que equivale a la garantista? Obviamente, la materia deducida u objeto de la tutela no son las mismas, pero ¿por qué lo que vale para lo más no vale para lo menos? El garantismo en lo penal siempre es justo, formalmente justo. Y, desde un garantismo razonable, desde luego. El **neogarantismo razonable** postula que la búsqueda de la verdad en el proceso civil también se atempere a un equilibrio entre las necesarias facultades de dirección judicial y el poder de disposición material y procesal de las partes.

Aunque se ha criticado, muchas veces injustamente a nuestro ver, el *Maximenmethode*, creemos que el balance es netamente favorable al mismo y, en el fondo, con todas las salvedades, ideológicas, filosóficas y políticas que se quieran[16],

[15] TARUFFO, M., Revista Uruguaya de Derecho Procesal, 2008, 3-4, p. 300. Sobre el *adversary system of litigation* y el *inquisitor system of litigation* y lo que debe entenderse por cada uno de ellos en relación con el propio concepto de inquisitoriedad, vid. CAPPELLETTI, M., El proceso civil en el Derecho comparado, trad. Sentís Melendo, Buenos Aires, 1973, pp. 37-39, en especial, n. 32.

[16] Vid. LOZANO-HIGUERO PINTO, M., Estudios Procesales en honor de A. Gelsi Bidart, Montevideo, 1999, p. 277. La influencia filosófica de Kant en GÖNNER, padre de las *maximen* es indiscutible y la idea de la primacía de la autonomía individual, del principio de autonomía, tan kantiana, subyace al

método o principio, controversial, adversarial o de parte, son términos próximos. La propia génesis y evolución histórica de los conceptos en presencia nos lo muestran. Así la obra de GÖNNER[17] y su método, son criticados (especialmente por Martin[18]), pero, particularmente, es objeto de recepción y acuerdo por los penalistas y tratadistas del proceso penal, como MITTERMAIER en 1810, y, especialmente, por ORTLOFF[19], quien acuña el concepto de *Dispositionmaxime*, al lado de la *Verhandlungmaxime*, y la opone a la *Officialmaxime*, y construye la idea de un proceso acusatorio, tomando en cuenta las aportaciones de GÖNNER. De ahí que nosotros, partiendo de la evolución histórica, doctrinal y comparatística, nos permitamos hablar de un **neogarantismo razonable**[20] y un proceso **controversial neogarantista**, adaptable, como principio de partes[21], a ambas variedades: proceso penal y proceso civil, que estarían informadas por una misma idea de

entendimiento adversarial estadounidense. GÖNNER, Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses, I, Erlangen, 1804, p. 183; CAPPELLETTI, El testimonio de parte en el sistema de la oralidad, trad. Banzhaf, La Plata, 2002 (1962), I, p. 301, y esp. II, pp. 250-254; STÜRNER, El triunfo de la disposición de las partes, Ius et Praxis, 13-1, 2007, pp. 435-462.

[17] Cfr. GÖNNER, N. T., Erörterungen über den gemeinen Prozeß. Ein Zusatz zu den Grundsätzen des Herrn Prof. Danz, Bamberg, 1799, pp. 48 ss; id., Handbuch, I, 1864, p. 180, para la máxima *wo kein Kläger, da kein Richter*.

[18] Vid. MARTIN, C., Lehrbuch des Teutschen gemeinen bürgerlichen Processes, Göttingen, 1800, pp. 38, 50, 163, 186, 259 ss.

[19] Cfr. ORTLOFF, H., Der Strafverfahren in seinen leitenden. Grundsatzen und Hauptformen, Jena, 1858, pp. 61 ss.

[20] Sostenido por nosotros, ya en nuestra memoria de oposiciones, desde 1985 y, más expresamente, en Constitución y Proceso. El principio de imposición de costas, León, 1987, pp. 15, 19-21 (donde se acuña, por primera vez, y con denominación que nos corresponde, el principio de indemnidad de la tutela), 33, 34 (n. 45), 159 ss. También en Introducción al Derecho Procesal, Madrid, 1990, pp. 77-84, 87, 157-159, 176, 177-1180, 190-191, 206-209.

Es cierto que, a pesar de su discusión y utilización en los ámbitos doctrinal, jurisprudencias y forense de los términos *garantismo* y *neogarantista*, el DRAE no recoge estas acepciones. Empero, a nuestro ver, ningún inconveniente de orden gramatical existe para la validez y utilización de los mismos en la lengua española. Así, nos permitimos proponer, si quiera sea convencionalmente, las siguientes definiciones:

Garantismo: movimiento, doctrina o tendencia jurídico-política que propugna una visión, interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico en general, y de las normas jurídicas en particular, en que se potencien y primen las garantías y derechos fundamentales de las personas, grupos y entes sociales por encima, y preferentemente, a otros valores y principios jurídico y sociales, singularmente, en cuanto a su tutela procesal y procedimental.

Garantista: 1.: practicante o seguidor del garantismo. 2. Adj.: visión o aplicación del garantismo.

Neogarantismo: Movimiento o concepción jurídico-política que propugna una visión renovada y ampliada del garantismo, en el sentido de aumentar, progresivamente, el elenco de los derechos fundamentales, particularmente, acentuando su proyección social-liberal y haciendo hincapié en la nota de efectividad o eficacia de los mismos, singularmente, potenciando su protección jurisdiccional y la apertura a nuevas formas de tutela procesal, más profundas, enérgicas, rápidas y eficaces, en lo jurídico, en lo social y económico.

[21] Vid. GÓMEZ ORBANEJA, E., Derecho procesal penal, Madrid, 1984, pp. 67-68, para un apreciable entendimiento del proceso de partes; también GOLDSCHMIDT, J., Principios, II, 1961, pp. 112-114; GÓMEZ ORBANEJA, Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, I, Barcelona, 1947, pp. 112-113.

autonomía de la voluntad, libertad y garantías de las partes[22], con las necesarias adaptaciones a las diversas materias y objetos justiciables. Pero, desde luego, sin que lo "justo" en el resultado suponga un salto metodológico y epistemológico abismal y una cesura garantista de uno a otro proceso.

En cualquier caso, a nuestro ver, cuando se habla de esos modelos (o paradigmas, para seguir con el mimetismo anglicista) y de la superior justicia de unos frente a otros, se olvidan dos aspectos fundamentales: 1) La evolución histórica y comparatista. Ella nos muestra el origen común y el trasvase de categorías de un principio procesal civil y las cristalizaciones metodológico-conceptuales correspondientes (máximas, principios, así la *Verhandlungmaxime* - máxima de la controversia) de un proceso: civil al penal y viceversa; en una suerte de vasos comunicantes. Las obras de GÖNNER, MITTERMAIER y ORTLOFF nos lo muestran. Por otra parte, cómo modernamente se van incluyendo categorías del sistema acusatorio en el campo del principio acusatorio; primero el de contradicción, defensa y audiencia; luego, el de correlación, basculando hacia la congruencia dispositiva. 2) La observación y muestra empírica del uso práctico, en la realidad forense, que hacen los jueces civiles de sus convenientes iniciativas probatorias, más que de su *iura novit curia*, que, normalmente, no suele crear problemas. Así, en el panorama del proceso civil dispositivo español, dentro de la panoplia que constituyen, esencialmente, en la LEC, los artículos 306.1.II, 347.2, 372.2, 426.6, 429.1, 435.2.

Nuestra experiencia práctica nos muestra que el ejercicio de una facultad oficiosa o inquisitiva no suele guardar el equilibrio entre las partes, ni practicarse de modo bipolar y razonable, p. ej., para solicitar la aclaraciones o adiciones. Se solicitan a una parte y, pareciendo razonable, prudente y conveniente hacerlo a la otra, no se realiza así, lo que muestra la dificultad de mantener la ponderación y paridad de oportunidades entre ambas.

II. EL PRINCIPIO ACUSATORIO EN EL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PROCESAL PENAL DE 2013 (ACPP 2013) Y EN EL DE 2011

El ACPP de 2013 se ocupa del principio acusatorio, *nominatim*, y con más extensión que el ACPP de 2011, que solo lo trata en la Exposición de Motivos, de manera difusa en su apartado segundo, párrafos 1, 3 y 4, con el sorprendente desprecio,

[22] El propio James GOLDSCHMIDT es rotundo e inequívoco cuando se reafirma en el ideal democrático del proceso de partes en Sobre la reforma del proceso penal, en Derecho, Derecho Penal y Proceso, I, 2010, pp. 684, 692 y 693, afirmando que «a la democracia, consecuentemente, le corresponde un proceso entre partes desarrollado ante un Tribunal popular» (p. 684).

desconocimiento o mala fe de succionar la cita del texto, idea y concepción del gran James GOLDSCHMIDT, sin mencionarlo. El legislador de 2013, como se ha indicado, en el Título preliminar, regula, bajo este rubro, dicho principio acusatorio, en el art. 3, disponiendo «la adopción por el Tribunal de medidas restrictivas de derechos con finalidad investigadora o cautelar, el enjuiciamiento y la condena requieren previa solicitud de alguna acusación. La retirada de la petición por todas las acusaciones impedirá al Tribunal mantener la restricción del derecho, realizar el enjuiciamiento o dictar sentencia condenatoria». Dicho precepto, a nuestro ver, establece una concepción exterior, valga aquí parafrasear el sintagma *chiovendiano*, más bien orientada hacia el principio de instancia de parte. La redacción del precepto es, como con frecuencia ocurre en este pretexto legislativo, no muy afortunada. Así, cuando dice «el enjuiciamiento y la condena requieren petición previa», debería añadir, "al efecto". El segundo inciso supone, más bien, *prima facie*, una exageración del principio acusatorio[23]. En los arts. 95 y 96 de este texto se contienen, también, proyecciones del mismo principio. El art. 95 se refiere, según reza su rubro, a la «inmutabilidad subjetiva, posibilidad de mutación objetiva y cambio de calificación por la acusación»[24]. Por su parte, el art. 429, sobre el auto de apertura el juicio oral, en sus dos primeros párrafos, regula también manifestaciones del principio acusatorio.

En cualquier caso, la Exposición de Motivos que venimos glosando contiene afirmaciones que no podemos, en absoluto, compartir, de desconsideración que supone respecto a la LECrim y a la figura del juez instructor. Por ejemplo, cuando dice, sin citar la autoría en el párrafo segundo del apartado primero (*Introducción*), que se ha calificado al juez de instrucción como el heredero del inquisidor. Dicho párrafo segundo, con tan mal comienzo, revela, como se ha demostrado más arriba, con las enseñanzas del egregio

[23] Vid. GOLDSCHMIDT, J, Principios, II, 1961, pp. 116 y 117. Como hemos dicho *supra* con cita del maestro berlinés, envolviendo un entendimiento técnico-dogmático de lo acusatorio (que gira alrededor de un principio procesal: el principio acusatorio); frente al entendimiento filosófico o político, que se desenvuelve sobre la idea de sistema: el acusatorio o adversarial, o mejor dicho, controversial o de partes, como hemos preferido. Una tercera perspectiva, político-sociológica, sería que se sea asienta en la idea de modelo.

[24] En el apartado 3, del propio art. 95 se emplea la expresión "línea de ataque". Semejante terminología es desconocida en texto normativo alguno, y parece situarse en una corriente procesal novedosa, que podría intitularse como "concepción bélico-formalista del proceso penal". Superaría, así, a la clásica de raíz civilista: medios de ataque y de defensa (acciones y excepciones), con clara vocación y origen material, propia de una concepción exterior del proceso. Posiblemente, más propiamente fiscalista, vid. ORTLOFF, H., Der fiscalische Strafprozess oder ein Officialverfahren in der Form des contradictorischen Untersuchungsprozesses; eine historisch-practische Abhandlung, Leipzig, 1859, pp. 13 ss., donde este autor traslada el *maximenmethode* al proceso penal y acuña los conceptos *dispositionmaxime* y *officialmaxime* (p. 2). El salto metodológico a "línea de ataque" es, simple y llanamente, procedimentalista, y propio de prácticos. Cfr. GÓMEZ ORBANEJA, E., Derecho procesal civil, Madrid, 1976, pp. 225-280.

profesor berlinés, un desconocimiento de los tecnicismos y del alcance institucional de los principios que informan el proceso penal, adobado de una prosa, con frecuencia, censurable, con expresiones tales como «la solución estriba en la comprensión de los sesgos cognitivos a los que todo ser humano se expone en la investigación de los hechos para la construcción de hipótesis» (I. pár. 2, *in fine*).La terminología "sesgos cognitivos", quizá muy valiosa en el campo de la psicología, es un crudo anglicismo, traído al caso, inadmisible gramaticalmente y, menos aún, en el seno de una Exposición de Motivos. Todo el párrafo es, dicho con todos los respetos, una calamidad lingüística, y absolutamente extraño al preámbulo de un cuerpo normativo procesal penal. No hace falta tener muchos conocimientos jurídico-literarios para extraer las debidas conclusiones de la comparación entre el menospreciado, en el fondo y en las formas, texto de 1882 y las propuestas de los Anteproyectos de 2011 y 2013. La superioridad literaria de aquél, sobre estos, cuya Exposición de Motivos fue debida, posiblemente, a la pluma de Moreno Nieto, aunque con defectos, resulta palmaria en comparación con los lamentables textos de 2011 y 2013.

III. ENCAJE INSTITUCIONAL DE LA MEDIACIÓN PENAL EN LOS SISTEMAS Y MODELOS PROCESALES PENALES Y SU UBICACIÓN EN EL FUNDAMENTO Y FINES DE LA PENA

Una de las más arduas cuestiones que se suscitan dogmáticamente *ab initio* estriba en tratar de conciliar o encajar institucionalmente la mediación no solo en el sistema de la tutela procesal penal, y por tanto en los modelos o formas o, como comúnmente se denomina, sistemas procesales penales, y, en particular, relacionarla y ubicarla no solo en la crisis de los mismos, sino también en los cimientos institucionales de la dogmática penal, en concreto, en el fundamento y teoría de la pena. Sin que sea preciso aquí profundizar mucho, es cierto que la irrupción de la mediación penal, como característica o proyección destacada de la denominada Justicia Reparadora, Derecho Colaborativo, etc., y denominaciones semejantes supone un vuelco o giro copernicano de perspectivas en la persecución penal, tanto en el Derecho material o sustantivo, como en el procesal. Así la escala o graduación de fines a los que tiende la pena, como la escala de fines a los que atiende el proceso para hacerla efectiva.

Modernamente, las teorías de la pena, como consecuencia lógica y necesaria de la declaración de existencia del delito, han basculado, dentro de las postulaciones absolutas, que atienden esencialmente a las ideas retribucionistas, hacia posiciones relativas que

combinan la prevención general con acentuado prevencionismo especial y que se asienta constitucionalmente en el art. 25.2 CE.

Pero es lo cierto, que el enfoque hacia soluciones privatizadoras, de las cuales es una versión destacada la mediación penal, tiende hacia las teorías absolutas del fundamento de la pena, no tanto en su vertiente retribucionista, como en la reconciliadora, que tiene su asiento en la teoría del contrato social (GROCIO, ROUSSEAU, HOBBES, FICHTE). Así, enfoca y combina la perspectiva de que la pena es un mal y, al mismo tiempo, un medio de tutela jurídica[25]. De este modo, la mediación atenderá a dos fines combinados, por un lado de conciliación, por otro de prevención especial. Desde la perspectiva de la tutela jurídica *stricto sensu* stricto, esto es, a través del proceso, supondría la reordenación de los fines del proceso penal, para, añadir otro junto al primigenio, y durante mucho tiempo absorbente, puramente retributivo de satisfacción del *ius puniendi*; al que así luego se empareja la tutela de la inocencia y libertad del encausado. Elevar, y casi equiparar el papel de la víctima (la victimología) supone tanto, en cierto modo, atemperar postulados clásicos e ínsitos a la tutela como el de la inexistencia de derechos subjetivos penales, de índole material y, por entre los intersticios del procedimiento, configurar posiciones jurídicas de ventaja a favor de la víctima. Así, junto a los intereses clásicos que son objeto de tutela en la persecución penal (interés del Estado, público, en la represión; privado, condicionado en la represión y subordinadamente en la venganza) se potenciaría el privado en el exclusivo resarcimiento. El auge de la justicia reparadora o la potenciación de la mediación supondrían, desde luego, en la medida en que la veta sociológica, tan importante en la mediación, aflora y está presente, un entendimiento del proceso, en la línea subjetivista, como mecanismo de solución de las controversias o de tutela de derechos subjetivos y resolución de conflictos intersubjetivos. En fin, se trasladaría a lo penal, *mutatis mutandis*, el esquema y concepción de la denominada justicia coexistencial postulado por CAPPELLETTI[26].

IV. LOS FINES DE LA TUTELA PROCESAL PENAL. SU EVOLUCIÓN Y REORDENACIÓN AXIOLÓGICA: PUNICIONISMO, TUTELA DE LA INOCENCIA DEL IMPUTADO, VICTIMOLOGÍA

[25] Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, L., La ley y el delito, Buenos Aires, 1976, p. 46; GOLDSCHMIDT, J., Principios, II, 1961, p. 24.

[26] Vid. CAPELLETTI, M., Appunti su conciliatore e conciliazione, Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 1981, núm.1, pp. 55 ss.; EUSEBI, L., Dibatti sulla teorie della pena e mediazione, RItDPP, 1997, pp. 836 ss.

Una de las causas, como se ha anticipado, que ha servido de cuña de apoyo para la introducción y ascensión de los mecanismos compositivos sustitutivos eventualmente del proceso penal es, a nuestro ver, la irrupción potenciada de la víctima en la ordenación de los fines de la persecución penal. Acertadamente, BINDER[27] afirma que, en los últimos años ha pasado a ocupar el lugar de privilegio que tenía anteriormente el imputado. Esta ha producido grandes avances dentro del proceso penal; tomó conciencia de que el ofendido, además de ser víctima del delito era *víctima del proceso*, y que esa doble victimización era inadmisible en un Estado de Derecho.

En efecto, se ha producido un deslizamiento de los objetivos de la persecución penal. Así, desde el siempre presente y absorbente punicionismo, se ha ido de la perspectiva puramente retributiva al efectismo (efectividad de la tutela, *crime control model*) hasta, modernamente, girar hacia el eficientismo (eficiencia de la tutela, visión economicista y deflacionista de la tutela penal). Por otra parte, del garantismo, polo opuesto al punicionismo, se ha llegado hasta casi equiparar con el mismo, a una "maxivictimología". Por ello, partiendo de las proyecciones del principio de indemnidad de la tutela, en que se embebe en una de sus vertientes la penosidad y estigmatización del proceso penal, se ha rebasado una consideración unilateral pasiva, referida al inculpado y, desde luego, obvia, pues él era el más dañado y concernido, aunque esta regla de normalidad, *id quod plerumque accidit*, en que el inculpado es el más dañado, se rompe en los casos más extremos. De esta forma, de esa indemnidad unilateral pasiva (inculpado), se ha pasado a la indemnidad unilateral criptoactiva: la víctima. Decimos criptoactiva toda vez que en nuestro Derecho puede asumir la condición de acusación particular, por tanto con una tutela más reforzada que la configurada en ordenamientos comparados próximos. No cabe mayor participación y tutela pues, en el ámbito del proceso, que le otorga la figura y posibilidad de "acción" que, con todas las limitaciones que se quiera respecto a la configuración de la acción en el proceso penal –en suma, un derecho meramente formal de acusar, sin derechos subjetivos penales en presencia, a salvo del *ius puniendi* del Estado y el derecho de libertad del encausado— se delinea como un **servicio que el ciudadano presta al Estado**[28]. Así, si se nos permite la paráfrasis de Machado, trasladándola al campo que nos ocupa, respecto a la sedicente

[27] Cfr. BINDER, A. M., Introducción al Derecho Procesal Penal, Buenos Aires, 2ª ed., 1999, pp. 123 ss.; ídem, Justicia Penal y Estado de Derecho, Buenos Aires, 1993, 1993, p. 61.

[28] CALAMANDREI, La relatividad del concepto de acción, en Estudios sobre el proceso civil, trad. Sentís Melendo, Buenos Aires 1945 (reimp. 1961), p. 36.

eclosión e incremento de los derechos de la víctima en el ámbito comparado y, en particular en el europeo, cuando Juan DE MAIRENA dice que "por mucho que valga un hombre, nunca tendrá más valor que ser hombre"; transmutaremos en este caso: "por muchos derechos que se den a la víctima, nunca serán más trascendentes que el de ser titular del derecho de acción". Todos los demás, por muy detallados y minuciosos que se establezcan, siempre girarán alrededor, serán satélites, sucedáneos, subrogados o adyacentes del astro rey del firmamento procesal: **el derecho de acción**. Por todo ello, se puede hablar, entre los fines actuales del proceso penal, de una trilogía: 1) punición o satisfacción del *ius puniendi*; 2) tutela de la inocencia del encausado; 3) tutela de los derechos de la víctima. Esta trilogía equilibrada y esencial de fines, a la cual se pueden añadir otros subordinados, debe ser entreverada con el principio de indemnidad de la tutela, de suerte que se predique una indemnidad plurilateral, para todas las partes implicadas en el proceso: inculpado, víctima y, subordinadamente, pero también relevante, testigos, peritos y otros sujetos procesales análogos.

V. DESARROLLO LEGISLATIVO RECIENTE SOBRE EL PAPEL DE LA VÍCTIMA EN EL PROCESO PENAL

El decurso de la tutela de la víctima en el proceso penal ha tenido un brioso desarrollo legislativo en los últimos años, tanto en el ámbito interno como en el trasnacional. Hitos destacados son los siguientes:

- Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayuda y asistencia a las víctimas del delito. Abrió el camino por el que después ha seguido el legislador en esa estela de orientación victimológica y de entronización del papel de la víctima en el proceso penal.
- Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo. Hito destacadísimo, dirigido a una categoría de sujetos especialmente afectados y merecedores de atención específica y reforzada. En esta norma se consagra, con carácter informador de la legislación y, además se disciplina normativamente, el **principio de mínima lesividad de las víctimas**. Así, en la Exposición de Motivos, apartado II, destaca el objeto y finalidad, pero, en su párrafo II.19, establece que «se consagra el denominado principio de mínima lesividad en el desarrollo del proceso penal, de manera que no se vean obligadas a mantener contacto directo visual con los imputados o acusados y se eviten las

manifestaciones, signos o declaraciones que puedan denigrarlas u ofenderlas, para prevenir una victimización secundaria». Así pues, no es más que pura y simplemente la consagración del principio de indemnidad de la tutela en su vertiente de penosidad (CARNELUTTI). En el art. 49, ya en el articulado de la norma, sienta positivamente este principio, al decir «Los Tribunales velarán por que toda declaración o intervención de alguna de las personas previstas en el artículo 4 de la presente Ley, en sus apartados 1 y 2, se realice de forma que les suponga las mínimas incomodidades y perjuicios». A nuestro entender, ello supone, con las imperfecciones técnicas que se quieran y la falta de fuste y referencias al hontanar doctrinal y jurisprudencial, un avance considerable.

- Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo. Ofrece en su artículo 2 una serie de definiciones, técnica legislativa deficiente sobre la que ya tuvimos ocasión de manifestar nuestro rechazo[29]. En el caso que nos ocupa, la utilización de definiciones viene impuesta por las características propias de las normas europeas, pero queda aquí dicho que, como técnica legislativa, no es en absoluto recomendable, siendo un efugio más bien propio de normas reglamentarias de carácter científico-técnico o bien, desde otra perspectiva, genuino de normas estrictamente punitivas. Ciertamente, la técnica deficiente, repetimos, salvo excepciones, supone un plus evidente de seguridad jurídica, pero los inconvenientes y riesgos, sin perjuicio de la inelegancia jurídico-literaria, son evidentes.

[29] Cfr. LOZANO-HIGUERO PINTO, M., Terminología y eficiencia en la reforma concursal, inédito, pp. 10 y 11: «el lenguaje jurídico ha de tener además de exigencias, sus funciones, más generales, que serían, a decir de OLIVENCIA diferenciadora y la identificadora, y otras particulares, a nuestro ver, repetimos, vinculadas o derivadas de esa triple proyección: científica, artística y técnica; pero, quizá, la más relevante, sobre todo tratándose de normas, la materia en que se condensa, por excelencia, el Derecho, sea la definidora, que, en determinadas ramas jurídicas, y desde luego en la enseñanza universitaria, aparece como primordial (ej. en las normas punitivas, ej. C. Penal, L.O. 10/1995 de 23 de noviembre: arts. 10, 13, 16, 17, 21, 22, 23; L. Concursal: art. 2-2, 22-1, y 2. Muchas veces la definición, como en los casos citados, está explícita y es ineludible, en otros, subyace a la norma). Pero la dificultad de la definición no sólo está en que, en muchos textos legales, no es conveniente, por razones incluso estilísticas, sino en la tensión bipolar problema-sistema que, aunque teorizada en la obra de VIEHWEG, Tópica y Jurisprudencia, trad. Díez-Picazo, Madrid, 1964, p. 196, ya se mostraba en el Derecho Romano: "omnis definitio in iure civili periculosa est: parum est enim, ut non subverti posset" (JAVOLENO, libro undécimo epistolarum)».

- El Capítulo III de esta Directiva, se refiere a la participación en el proceso penal de la víctima. Es, desde luego, minucioso, y quizá muy avanzado para sistemas externos al nuestro, pero, ineludiblemente, inferiores en profundidad y más cortos en altura garantista que el sistema español que reconoce el derecho de acción a las víctimas. Ocioso es repetir lo dicho y la paráfrasis machadiana. La comparación aquí con Walt WITHMAN sería oportuna[30].

  El Capítulo IV, artículos 18 a 24, se refiere a la protección de las víctimas y víctimas con necesidades especiales. En general loable, pero vale también lo anteriormente dicho sobre el sistema español.

- Otro hito sería el Anteproyecto de Ley Orgánica de Estatuto de la Víctima, de 24 de octubre de 2013. La Exposición de motivos de este pretexto legislativo, en su apartado IX, señala su intención, al establecer que «esta Ley se convierte, por lo **tanto**, en un instrumento de mejora global de nuestro proceso penal, **tanto** desde el punto de vista de la víctima (núcleo central de la regulación), como desde el punto de vista del acusado o imputado, incidiendo en aspectos esenciales del derecho a la defensa». Como se ve, este párrafo es, en cierto modo, pretencioso, en cuanto a que se refiere a reforzar las garantías del proceso penal y demás. Ya entrando en el texto, el art. 2 proporciona un concepto de la víctima, distinguiendo entre directa e indirecta, determinando el art. 3 sus derechos («Toda víctima tiene derecho a la protección, información, apoyo, asistencia y atención, así como a la participación activa en el proceso penal y a recibir un trato respetuoso, profesional, individualizado y no discriminatorio desde su primer contacto con la autoridad, durante la actuación de los servicios de asistencia y apoyo a las víctimas y de justicia restaurativa, y a lo largo de todo el proceso penal, con independencia de que se conozca o no la identidad del infractor y del resultado del mismo»). El Título II, participación de la víctima en el proceso penal, toma en cuenta la peculiaridad de nuestro sistema, integrando, por ello, el papel del derecho de acción, que corresponde, también, a la víctima, y el art. 11 trata, en su razón, de la participación activa de la misma en el proceso penal, estableciendo que «toda víctima tiene derecho a ejercer la acción penal conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal». Además, se reconocen la «revisión del sobreseimiento

[30] Vid. Canto de mí mismo, ed. Mauro Armiño, Madrid, 2009, p. 31: «Compañero, esto no es un libro,/ quien toca esto toca un hombre».

de la investigación a instancia de la víctima» (art. 12), la «participación de la víctima en la ejecución» (art. 13), el reembolso de gastos (art. 14) y el servicio de justicia restaurativa (art. 15).

Como resultas de esta reproducción, el anteproyecto, al tener en cuenta las peculiaridades del sistema español supone un plus respecto a la Directiva, que queda, en su virtud, debidamente traspuesta.

VI. LA MEDIACIÓN PENAL: EN ESPECIAL, SUS PERFILES INSTITUCIONALES. CONCEPTO LEGAL DE MEDIACIÓN PENAL

Sentadas estas premisas, estamos en disposición de fijar un concepto de mediación penal, siempre teniendo presente que mediación y penal son términos antagónicos, toda vez que la **mediación** es un fenómeno autocompositivo y de raíz dispositiva, mientras que **penal** atiende a referencias de carácter cogente, algo sobre lo que obviamente no se puede, en sentido estricto, ni disponer ni negociar respecto a la materia que comprende. De ahí que nos refiramos a la misma, en el frontispicio con el adjetivo de sedicente.

Concepto legal de mediación penal.- Desde la perspectiva civil o general el art, 1 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, dice que «se entiende por mediación aquel medio de solución de controversias, cualquiera que sea su denominación, en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador». El concepto que da el legislado no es muy afortunado. Desde la tautología cacofónica de «mediación aquel medio», pasando porque no indica que controversias son las afectadas, y debería añadir que son las de materia jurídica privada, que tengan relevancia legal, hasta la indicación de las partes, que, obviamente, han de estar interesadas en la contienda. Estas deficiencias nos muestran que el concepto puede sernos útil, pero solo limitadamente.

Desde la perspectiva penal, el art. 143 ACPPP/2013 tiene un epígrafe que se intitula ‘contenido de la mediación penal’, pero, una vez más, este desafortunado anteproyecto, especialmente en el uso del lenguaje, erróneo empleo de tecnicismos y falta de precisión en las soluciones institucionales, se refiere, más bien, al concepto que al contenido mismo, encarnado en una visión *exterior*, en el sentido chiovendiano. En particular, el último término del precepto, referido al acuerdo que se intenta alcanzar, no dice respecto a qué, si a todos o algunos de los extremos, jurídicamente disponibles de dicho conflicto.

- El Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre (BOE de 27 de diciembre) desarrolla esta Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles, en relación con la formación y alcance de la obligación de aseguramiento de la responsabilidad civil de los mediadores, y el procedimiento simplificado de mediación por medios electrónicos. Pero como casi toda nueva norma, más que a dibujar el concepto, señalar los caracteres y perfiles institucionales de esta figura, atiende a cuestiones más bien corporativas, como la creación de un registro de mediadores, e instituciones de mediación y los elementos tabulares y administrativos consecuentes, así como la creación de un seguro de responsabilidad civil para dichos mediadores. En fin, la nueva disposición, tiende a algo que, a nuestro ver, es censurable en todo este fenómeno de desjudicialización o parajudicialización de las controversias, al crear órganos e instituciones, potenciando una oferta que excede, desde luego, a la débil demanda existente al respecto. Bien está tratar de descongestionar la sobrecargada Administración de Justicia, pero siempre que se haga de modo razonable y respetando las garantías y, particularmente, además, tratando de que el coste no abrume a las sobrecargadas espaldas de los justiciables, en una época de crisis como la actual en la que la política del Ministerio de Justicia, singularmente, desde la nueva Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia, afectan gravemente a nuestro ver, al libre acceso a la jurisdicción, incurriendo en inconstitucionalidad. Las reflexiones de BENTHAM[31] al respecto, están en muchos aspectos totalmente vigentes. Ciertamente, en esta desaforada voracidad que trata de desanimar al justiciable en sus ansias de justicia que ha constituido la llamada Ley de Tasas, son menores en el ámbito penal, pero sería ingenuo suponer que la mediación penal no va a ser retribuida.

VII. UNA PERSPECTIVA ECONÓMICA DE LA TUTELA A TRAVÉS DE LA MEDIACIÓN. EXCURSUS SOBRE LOS SISTEMAS Y SOLUCIONES DE CARÁCTER ECONÓMICO-TRIBUTARIO DE DISMINUCIÓN DE LA LITIGIOSIDAD Y DE LAS CONTROVERSIAS

En particular, la fórmula tributarista, por la forma del mecanismo de la tasa, no solamente es técnicamente errónea, sino, como nos muestra la propia Ley 10/2012 (con

[31] Cfr. BENTHAM, J., Una protesta contra las tasas judiciales, trad. Rubio de Urquía, ed. De la Oliva Santos, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, *passim*.

su telar normativo de Penélope y las vicisitudes tributarias de los propios formularios de autoliquidación), política e institucionalmente obsoleta, pues ya el propio CALAMANDREI señalaba que es una ingenuidad de teóricos el pensar que se puede frenar la litigiosidad elevando el tipo de la tasa judicial[32]. Por nuestra parte, entendemos que no es una ingenuidad de teóricos, sino de ignorantes y deficientes teóricos respecto a cómo funciona la Administración de Justicia y de los perfiles y donde están las fibras institucionales y constitucionales del derecho de acceso a la jurisdicción. Fórmula, pues, recaudatoria, quizás. Desincentivadora del acceso a la jurisdicción, transitoriamente. Descongestionadora de la Administración de Justicia, a corto plazo. Poco garantista, e inconstitucional en cuanto resulte desproporcionado el gravamen. No corresponde aquí abundar en la auténtica naturaleza de la tasa judicial, por falta de espacio, tiempo, capacitación o especialización para entrar en ello, pero ofrece serias dudas que el gravamen sobre actividades judiciales constituya, técnicamente, una auténtica tasa, pues sería verlo como un servicio prestado a los litigantes, que deben de soportar de su peculio. Si se llega a la conclusión de que el costo de la Administración de Justicia debe ser satisfecho, en su mayor parte, por la comunidad, no habría tasa en el sentido técnico del vocablo, sino distribución de la carga mediante el impuesto; si, por el contrario, debe serlo por los litigantes, entonces, lógicamente, hay un servicio que el Estado presta a los mismos y que exige una retribución correlativa; la Justicia no puede concebirse sino en función del interés público. Hasta el siglo XVIII predominaba el concepto de que estaba instituida en servicio de los particulares. Lógico era, entonces, que fuera costeada por quienes recurrían a la jurisdicción, pero en el Estado contemporáneo no puede sino considerarse al Poder Judicial como organizado en beneficio de la colectividad, y no únicamente, de los litigantes, como elemento esencial de la efectividad del Derecho. Esta visión, de raíz tributarista[33], concuerda con la concepción objetiva de la jurisdicción predominante en el proceso civil y análogos, desde la postulación de WACH y CHIOVENDA[34]. Desde luego, desde el punto de visión histórica y técnica, y aún de filosofía política, parece ayuno en la forma y en la idea de combatir (supuestamente) un sedicente exceso de litigiosidad a través de las tasas. Se olvida que el Estado atrajo para sí el monopolio de la violencia y de la impartición de la justicia, renunciando los asociados a

[32] Cfr. CALAMANDREI, P., El Proceso civil bajo el peso del fisco, en Estudios sobre el proceso civil, 1945 (1961), p. 312.

[33] Cfr. GIULIANI FONROUGE, C./NAVARRINE, S. C., Tasas judiciales. Ley 21859, comentada y anotada con doctrina y jurisprudencia, Buenos Aires, 1982, *passim.*

[34] En este sentido, LOZANO-HIGUERO PINTO, Introducción al Derecho Procesal, 1990, pp. 86 ss.

la autotutela y a la adjudicación del derecho, supuestamente violado, por la fuerza y mano propias. Si el ciudadano no tiene más remedio que acudir al Estado para conseguir justicia, no es lógico, si el Estado mantiene el monopolio, que se le cobre por ello. Si el Estado tiene en esencia el monopolio de la policía de seguridad ciudadana, no sería lógico que el Estado cobre una tasa cada vez que haya que acudirse a las fuerzas de seguridad. Otro tanto podría decirse respecto al monopolio de las Fuerzas Armadas, y la pretensión de cobrar una tasa cada vez que se utilizasen estas, como en el caso de la Unidad Militar de Emergencias (UME), que es un supuesto fronterizo. Pero también es más cierto que la Jurisdicción no es solo un servicio que el Estado presta al ciudadano, sino que el propio ciudadano, a su vez presta al Estado, como agudamente enseñó CALAMANDREI[35]. En efecto, siendo la jurisdicción una actividad requerida en virtud del principio *nemo iudex sine actore*, no puede el juez actuar jurisdiccionalmente *motu proprio* (*ne procedat iudex ex officio*). Desde la perspectiva sociológica, un freno o desincentivación, vía tributaria, a la litigiosidad podría suponer, como efecto rebote, un retorno al pasado, en cuanto fomentaría, quizá, que los ciudadanos acudieran a la autotutela, en fin, se tomaran la justicia por su mano, ante los obstáculos económicos, excesivos y desproporcionados, puestos para ejercer su derecho a la jurisdicción. Esta solución de las tasas resulta, pues, gravemente discriminatoria, para, en conclusión, configurar una justicia solo accesible a los más pudientes, en detrimento de los menos afortunados económicamente.

VIII. LA RECOMENDACIÓN R (99) 19 DEL COMITÉ DE MINISTROS DEL CONSEJO DE EUROPA RELATIVA A LA MEDIACIÓN EN MATERIA PENAL. LOS PRINCIPIOS DE LA MEDIACIÓN PENAL EN SU VISIÓN TRANSNACIONAL

La Recomendación n° R(99) 19 del Comité de Ministros del Consejo de Europa relativa a la mediación en materia penal establece unos principios que deben tener en cuenta los Estados miembros al desarrollar esta institución en dicha materia. Entiende, pues, ya dentro de este ámbito penal que nos incumbe aquí, por mediación «el procedimiento donde la víctima y el ofensor pueden participar voluntaria y activamente en la resolución de un conflicto producto de un delito a través de la ayuda de una tercera parte imparcial o mediador». En este mismo campo trasnacional europeo, se desenvuelve la Decisión Marco del Consejo de Europa, de 15 de marzo de 2001, relativa al Estatuto

[35] Vid. CALAMANDREI, P., La relatividad del concepto de acción, en Estudios sobre el proceso civil, 1945 (1961), p. 136.

de la víctima en el proceso penal, cuyo artículo 1.e) la entiende como «la búsqueda antes o durante el proceso penal de una solución negociada entre la víctima y el autor de la infracción, en la que media una persona competente».

Como se observa, las soluciones legales trasnacionales son de una gran pobreza dogmática.

IX. LA MEDIACIÓN PENAL EN EL SISTEMA DEL ACPP/2013

Este anteproyecto, más propiamente borrador, pues en esa fase está, dedica a la mediación, aunque de un modo circunspecto y escaso, también si se le compara con el ACPP de 22 de julio de 2011, ciertos preceptos y una parva regulación. Así, en la Exposición de Motivos, ordinal IV, apartados 5, 6 y 7, así como en el Libro II, Título VI, art. 136 a 146, sobre actuaciones procesales y mediación penal. En relación con la víctima, cuyo estatuto está profundamente conectado con la mediación, se ocupa, en la Exposición de Motivos, ordinal III, apartado 8, y en el Título Preliminar, art. 14, así como en el Libro I, Capítulo IV, Estatuto Procesal de la Víctima, arts. 59 a 68.

Por lo que se refiere a la arquitectura y encuadre sistemático de la mediación en este ACPP, debemos decir que nos parece errónea, desacertada, minusvaloradora y poco garantista, su agrupación junto a las actuaciones procesales. Aquí no es preciso insistir más. La Exposición de Motivos en su apartado V, se refiere al **objetivo** de la mediación penal, entendiendo que lo que pretende es posibilitar la utilización, siempre voluntaria, de un mecanismo de solución de conflictos entre infractor y víctima, que satisfaga las expectativas de la víctima y obtenga una explicación del hecho, la petición del perdón y la pronta reparación. Para el infractor, solo tendrá las consecuencias favorables, procesales o materiales, que del acuerdo se deriven, en su caso.

Menester resulta aquí hacer algunas matizaciones respecto a este texto, no ya indigestible, sino erróneo e inoportuno en el uso de los tecnicismos. Cuando se dicen expectativas, debe entenderse, razonables, convenía haberlo añadido en el texto. En general, la terminología está teñida de una visión punicionista y de anticipación de la pena. Las referencias al infractor se debían haber adjetivado con “el supuesto”, pues la presunción de inocencia permanece y no ha sido, por lo menos hasta la sentencia definitiva, enervada. Respecto a las consecuencias, debía haberse empleado mejor el término “efectos”.

Necesidad de la instauración de la mediación penal.- El párrafo sexto de este ordinal IV de la Exposición de Motivos dedica unas líneas a justificar la que estima como necesidad de la instauración de la mediación penal, que, a su vez, viene impuesta por obligaciones internacionales, en concreto, por la Decisión Marco de 15 de marzo de 2007, así como la Directiva 2012/29/UE, que sustituye a la citada Decisión Marco, y que, a su vez, aunque se trate de una regulación escasa en preceptos, es única en lo que supone de introducción de una nueva perspectiva en el Derecho Procesal penal. Se refiere a la denominada Justicia restaurativa. Anteriormente, también en cuanto a la necesidad de la instauración de la mediación penal, el autor de la Exposición de Motivos la enraíza, según dice, en algo sentido y reclamado en la práctica, en la que se habían dado ya experiencias alentadoras y fructíferas. No es lugar aquí de comentar esas experiencias o ensayos que, efectivamente, se han producido en el marco de algunas circunscripciones judiciales e institucionales. Pero nos permitimos dudar muy mucho de, y reiterar lo anticipado respecto a, que la práctica demande, el establecimiento de la mediación penal. Aquí hay un voluntarismo excesivo, a nuestro ver. Para seguir la metáfora orteguiana, hay, en la introducción de la mediación, más de espuela pública que de estribo justiciable. En esto, pues, reiteramos lo dicho respecto a la creación del Registro de mediadores y reglamento de la profesión como hace el Real Decreto de 980/2013, respecto de la mediación civil.

En sus últimas líneas, este párrafo de la Exposición de motivos realiza ciertas digresiones respecto a la justicia restaurativa como nueva perspectiva en el Derecho procesal penal. Subraya algo en lo que pone insistencia: que esta justicia restaurativa (mejor lingüísticamente, para no caer en un mimetismo anglicista, hubiera sido denominada "reparadora") no supone una sustitución de los fines tradicionales del proceso y de la justicia penal, sino un complemento necesario que pretender rebasar, y no vincularlo exactamente, al principio de oportunidad, cual instituto (*sic*) de la conformidad o de la delincuencia menor (creemos que quiere referirse a los denominados delitos bagatelares o microdelincuencia). Incide en que no toda mediación debe acabar en la aplicación del principio de oportunidad o una conformidad, ni estos reclaman necesariamente una mediación previa. En la justicia restaurativa, la víctima, siempre voluntariamente, adquiere un singular protagonismo.

En el párrafo VII de dicha Exposición de Motivos se ocupa el autor de ciertos aspectos atinentes a la naturaleza, significado y alcance de la mediación como expresión de la justicia restaurativa. Así indica que no significa limitar el fin del Derecho Penal al

indemnizatorio o reparador (satisfacer a la víctima), sino redescubrir que la reparación puede tener efectos preventivos importantes. A continuación, da un concepto, que no es ni descriptivo ni exterior, en el sentido *chiovendiano* de la expresión, sino más bien didáctico, concibiéndolo como «sistema [en sentido vulgar] de gestión [término que revela influencia anglicista] de conflictos [debería añadir, jurídico- penalmente relevantes] en que una parte neutral [entiéndase mediador; que este sea una "parte neutral" no se le ocurre ni al que asó la manteca, contradicción en sus propios términos, pues ¿cómo el mediador, que no puede tener interés en el asunto, puede ser parte?], con carácter técnico y en posesión de conocimientos adecuados, independiente [luego no es parte] de los actores institucionales del proceso penal [esto ¿de qué va?, en el proceso penal hay una parte actora, que si es institucional, es el Ministerio Público, y si no, es el acusador popular o particular; la otra parte, se llama reo o encausado, o, depende el devenir y momento procesal, adopta otra denominación] e imparcial ayuda a las personas implicadas en la infracción penal en calidad de víctima e infractor [léase "supuesto", para respetar la presunción de inocencia] a comprender el origen del conflicto, sus causas y consecuencias, a confrontar [*sic*, quiere decir enfrentar] sus puntos de vista y a elaborar acuerdos sobre modos de reparación tanto material como simbólica». Como se puede apreciar, la definición parece más bien redactada por un sociólogo, politólogo, etc. que por un jurista.

Se refiere la Exposición de Motivos al *modus operandi* y alcance de la mediación penal, indicando que se lleva a cabo de forma paralela al proceso jurisdiccional, aunque podría llegar a condicionarlo o influir en él.

Dedica un cierto *excursus* al modelo que introduce, el restaurativo, aunque respetando, como advierte, los principios de legalidad y de monopolio jurisdiccional. Expresa que supone, únicamente, la posibilidad de insertar, sin explicar cómo, en el proceso penal, un mecanismo autocompositivo, indicando así, por tanto, su naturaleza. Preciso es aquí anotar que no nos expresa dicho preámbulo cómo se inserta en el proceso penal el mecanismo autocompositivo. ¿Genera un incidente procesal? Evidentemente, se le denomine como se quiera, la incidencia surge. Respecto a ese mecanismo autocompositivo, del que sí dice de su naturaleza, añadiendo que es voluntario (carácter para las partes), con todas las garantías procesales, y con unas consecuencias (otra vez la terminología de aroma punicionista, dígase, mejor, efectos) predeterminados legalmente, pero que no se anudan necesariamente a la mediación y que pueden ser muy dispares

(desde el archivo por razones de oportunidad, hasta la suspensión de condena, apreciación de alguna atenuante o, incluso, sin repercusión sustantiva alguna).

Termina con una digresión sobre el carácter secundario o subordinado de la institución, señalando que la mediación penal no es un fin, sino un instrumento para alcanzar ciertos fines en los que ocupan un primer lugar los intereses de la víctima. Lo primero resulta una obviedad de Perogrullo, pues todos los mecanismos de tutela –el proceso el primero– son medios, instrumentos, no fines, al servicio del derecho material. De ahí la designación del Derecho Procesal como adjetivo, por contraposición al sustantivo, al que sirve y del que es instrumento y, en cierto modo, desde la visión neogarantista razonable, que postulamos ennoblece. Se trata, pues, en cuanto a lo procesal, de una tutela de segundo grado. Una tutela de la tutela[36]. La mediación penal, vendría a ser, así una tutela terciaria, subordinada, por tanto, a los fines del derecho material primario y, en segundo orden, a los del Derecho Procesal. La referencia al primer lugar que deben ocupar, para la mediación, los intereses de la víctima, no expresa bien claro que, aquí, la mediación parece, en cuanto al espacio y el tiempo que nos ocupa, una secreción de la denominada victimología. La mediación penal, cierto es, tiene un origen anterior en la teoría de los instrumentos de tutela, pero ha adquirido nueva relevancia al calor de la victimología y la potenciación del papel de la víctima en el proceso penal, en particular en los sistemas comparados europeos, pero que, no se olvide, desconocen la relevancia que tiene en nuestro sistema la acusación particular.

En el art. 143 el ACPP se ocupa del concepto exterior o descriptivo, como se había dicho, que da de la mediación penal, aunque bajo el rubro, imperfecto, de *contenido*. Así, dice, «se entiende por mediación penal, a los efectos previstos en este título al procedimiento [aquí la designación es correcta, pues, en rigor, se trata de un procedimiento, y no como el ACPP de 2011, que hablaba de proceso de mediación en sus arts. 175.4, 158.1.II y 159.1; designación impropia la del proceso porque cuando a) no existe contienda, en esa vía, que se haya de resolver por un tercero imparcial, esto es heterocomposición, sino autocomposición; b) no existe relación jurídico-pública, relación jurídico-procesal de alcance triangular; c) no se pretende ni se puede alcanzar cosa

[36] Vid. CARNELUTTI, F., El Derecho Procesal en el pasado, en el presente y en el porvenir, Revista de Derecho procesal, 1950, p. 172: «los alemanes descubrieron que el proceso era un derecho para el derecho». Ser o constituir una tutela de tutela no supone pleonasmo, tautología o reduplicación, pues la tutela que es el proceso es de diferente naturaleza y entidad que la tutela del Derecho material. Al respecto, vid. DE LA OLIVA SANTOS, A., Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional, Barcelona, 1980, p. 13.

juzgada, sino cosa consensuada, conciliada o mediada] de solución del conflicto entre el encausado y la víctima libre y voluntariamente asumido por ambos en el que un tercero interviene para facilitar que alcancen un acuerdo».

A continuación, el art. 144 ACPP ofrece una regulación de la mediación institucionalizada o profesional. Entiende por tal la realizada por instituciones de mediación o profesionales de esta, siendo aplicables las normas establecidas en los arts. 6.1, 6.3, 7, 8, 10.1, 10.3, 11, 12, 13, 14, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 25 y 26 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. El origen de la misma está en la voluntad de someter el conflicto con la víctima a mediación por el infractor, lo que se comunicará a la víctima por el Ministerio Fiscal, cuando no lo considere inadecuado en razón de la naturaleza del hecho.

Sin levantar mano, el art. 145 establece una posibilidad, ¿discrecional? para el Ministerio Fiscal, de suspender las diligencias de investigación, cuando este tenga conocimiento de la existencia de una mediación penal, en cuyo caso puede suspender las diligencias mediante decreto, si lo considera oportuno.

Sobre los efectos de la mediación, la regulación del art. 146 es parca, ambigua y poco motivadora, pues no ofrece ventajas para incentivarla, remite y reenvía a la ley penal y procesal, lo cual es hacerlo *ad kalendas graecas*. Taxativamente dice que «ni el Ministerio Fiscal ni los Tribunales ofrecerán ventajas al encausado por el hecho de someterse a un procedimiento de mediación, sin perjuicio de los efectos procesales o materiales que puedan derivarse conforme a la Ley del acuerdo con la víctima si se alcanza».

Aquí, la comparación con algún Código de avanzada, como el Procesal Penal de Nicaragua de 2001 (arts. 56, 57 y 58) es notoriamente desfavorable para el ACPP de 2013.

X. EN ESPECIAL SOBRE LA TEORÍA Y DOCTRINA DE LA MEDIACIÓN PENAL, CON ALGUNAS REFERENCIAS LEGALES Y COMPARADAS

Concepto legal civil o general.- Conforme al art. 1 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, se entiende por mediación aquel medio [excelente redundancia][37] de solución de controversias [matícese, jurídico-privadamente relevantes y de naturaleza disponible], cualquiera que sea su denominación, en la que dos

[37] Lo adicionado entre corchetes nos pertenece, como, en general, en todos los casos semejantes en este trabajo.

o más partes [interesadas o afectadas por el contenido], intentan alcanzar voluntariamente por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador.

Concepto legal penal.- Ya nos hemos referido al que da el art. 143 del ACPP de 2013. Aquí, añadiremos que el acuerdo que pretende lograrse y que se ha de facilitar por el mediador no se dice sobre qué ámbito ni extremos, obviamente, jurídicamente disponibles, del conflicto en cuestión.

Concepto trasnacional penal.- En primer lugar, la Recomendación R(99) 19, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 15 de septiembre de 1999, lo considera como un procedimiento donde la víctima y el ofensor pueden participar voluntaria y activamente en la resolución del conflicto producto de un delito a través de la ayuda de una tercera *parte imparcial* (*sic*) o mediador.

En segundo lugar, la Decisión Marco del Consejo, de 15 de marzo de 2011, relativa al estatuto de la víctima en el Proceso Penal, en su art. 1.e) lo entiende como la búsqueda, antes o durante el proceso penal, de una solución negociada entre la víctima y el autor en la que medie una persona competente.

XI. CONCEPTO DOCTRINAL DE MEDIACIÓN PENAL

La doctrina más autorizada y especializada jurídicamente en la materia[38] entiende por tal «un sistema [entendido como la segunda acepción del DRAE, esto es, conjunto de cosas que, relacionadas ordenadamente contribuyen a determinado objeto] de resolución [jurídico-social] de un delito o falta en el cual las partes, agresor [*rectius* ofensor] y víctima, acuerdan la reparación de los daños causados, tanto morales como materiales, a consecuencia de la asunción de responsabilidad del hecho delictivo por parte de agresor [*rectius* ofensor] la manifestación de su arrepentimiento a la víctima, así como la propuesta de rehabilitación de sus conducta». Hasta aquí el concepto de MARTÍN DIZ, que, a nuestro ver es de los más elaborados que pueden encontrarse. Por nuestra parte, proponemos el siguiente concepto de carácter analítico y, en lo posible, estrictamente jurídico: "procedimiento autocompositivo, para la resolución de la controversia surgida de un hipotético ilícito penal, en el que las partes privadas (víctima y supuesto ofensor)más afectadas por el mismo establecen, voluntaria y coordinadamente, dentro de su competencia y disponibilidad jurídicas, su delimitación del hecho justiciable, en lo

[38] Vid. MARTÍN DIZ, F., Resolución alternativa de conflictos penales, p. 9, disponibles en http://www.criminologia.org.es/aportaciones/primero/conflictos.pdf [último acceso, 14 de julio de 2014]..

pertinente, y en las hipótesis en que proceda, y su alcance material (penal y civil), comprometiéndose a reparar los efectos jurídico- patrimoniales de dicho conflicto y, en su caso, interesando la reparación moral, por medio de su retractación, y de la solicitud de perdón a la víctima.

XII. NATURALEZA. CARÁCTER, NOTAS Y LÍMITES: DOGMÁTICOS, CONSTITUCIONALES. VENTAJAS E INCONVENIENTES DE LA MEDIACIÓN PENAL

Naturaleza.- Procedimiento autocompositivo y complementario, nota esta última muy correctamente acentuada por MARTÍN DIZ[39], de la justicia judicial para la solución de conflictos jurídico-penalmente relevantes con la cooperación e intervención de un tercero imparcial, situado equidistante y al mismo nivel que las partes, que abarca virtualidades y extremos materiales (penales y civiles) disponible, procesales y ético-sociales.

Carácter.- Tiene un carácter mixto o complejo, pues se proyecta en diversos ámbitos u órdenes materiales, de índole jurídico y extrajurídico:

- Material civil.
- Material penal.
- Administrativo:
- Procedimiento administrativo (en la medida en Material civil.
- Material penal.
- Administrativo:
    - Procedimiento administrativo (en la medida en que el mediador es funcionario o la Administración mediadora tiene carácter público)
    - Penitenciaria, en su caso.
- Procesal (limitadamente).
- Ético-social.
- Está encuadrado en la justicia denominada reparadora y es una expresión de los ADR40.

[39] Cfr. MARTÍN DIZ, F., La mediación. Sistema complementario de Administración de Justicia, Madrid, 2010, *passim*.

[40] Vid. BUJOSA VADELL, L., *De iudicio.* Variaciones en torno a la potestad y al acto de juzgar, Salamanca, 2014, pp. 36 y 37; con apertura a soluciones informatizadas o automatizadas, BUENO DE MATA, F., Mediación *online* ¿la mediación del futuro?, en La mediación en materia de familia y Derecho penal, Santiago de Compostela, 2011, pp. 25 ss.

- No tiene un carácter jurisdiccional, pues aunque hay contienda, no existe jurisdicción, en sentido estricto, pues no concurre la nota de heteronomía.
- Desde el punto de vista procedimental, pese a lo sostenido por algún sector de la doctrina italiana, no constituye condición u óbice de procedibilidad.
- Supone una manifestación del principio de oportunidad, tal y como pone de relieve, acertadamente, el ACPP de 2013 en su Exposición de motivos.

Notas y caracteres.- De la mediación penal puede predicarse las siguientes notas y caracteres:

a. Procedimental, no procesal: no existe una relación jurídico-pública procesal de carácter triangular y complejo entre el mediador y las partes actuantes.

b. Extrajudicial.

c. Complemento del proceso, ni obligatorio ni obstaculizador del libre acceso a la jurisdicción penal, pues devendría inconstitucional. Obviamente, tampoco constituiría un caso de jurisdicción condicionada, en el sentido establecido por la doctrina italiana (N. Trocker).

d. Vocación de generalidad.

e. Especialidad y limitación normativa.

f. Tendencialmente coexistencial (en el sentido de CAPPELLETTI).

Principios.- De la mediación penal, podemos afirmar que se encuentra regida o informada por los siguientes principios:

a. Voluntariedad generadora. No se puede imponer con carácter obligatorio, ni condicionante del acceso a la tutela jurisdiccional.

b. Equilibrio, paridad e igualdad de las partes.

c. Carácter personalísimo.

d. Confidencialidad y secreto.

e. Sencillez, flexibilidad, antiformalismo, oralidad, inmediación y elasticidad (ausencia de rigidez preclusiva).

f. Buena fe, interpretada conforme al logos de lo razonable, pues debe ser atemperada y matizada por las garantías, fundamentales en el ámbito procesal penal, del *nemo se detegere*, *privilege against self incrimination*, en fin, derecho

constitucional a no colaborar, que asisten al supuesto ofensor, cuya presunción de inocencia debe garantizarse y respetarse durante todo el procedimiento de mediación, incluso aunque el mismo se confiese culpable (art. 406 LECrim, *mutatis mutandis*).

g. Legalidad: sujeción a las normas cogentes e imperativas.

h. Limitación objetiva: solo abarca determinados delitos y acciones punitivas y en singularizados supuestos.

i. Restricción de efectos: aunque el acuerdo resultante se proyecte en diversos órdenes, incluso extrajudiciales, conforme al principio de legalidad y a la titularidad estatal y monopolio del *ius puniendi*, los efectos son limitados y condicionados.

j. Asistencia técnico-causídica facultativa u optativa: la asistencia de letrado o profesionales forenses no puede ser imperativamente establecida.

Funciones.- Las principales funciones de la mediación son las siguientes:

a. Conflictual decisoria (sociológica y jurídica).

b. Complementariedad de la justicia profesional.

c. Procedimentalmente descongestionadora, o drenaje del volumen de causas judiciales.

d. Materialmente deflactiva.

e. Éticamente lenitiva.

Ámbito.- Como se ha anticipado, este es limitado, incluso se veda normativamente su aplicación a diversas infracciones. El derecho positivo establece muy precisamente la extensión objetiva. Así, el art. 2 de la Ley de Mediación Civil y Mercantil. En el ámbito penal, *de lege ferenda*, un campo aceptado comúnmente suele ser el de la denominada microdelincuencia y el de las faltas.

Algunas referencias normativas.- En el Derecho Comparado existen experiencias valiosas en los Estados Unidos de América, Italia, Portugal e Iberoamérica, aunque en algunos países como Argentina, ha sido declarada judicialmente la inconstitucionalidad de algunos de sus extremos.

En España, en la justicia de menores, la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, en su art. 19 prevé el

sobreseimiento del expediente por reconciliación o reparación entre el menor y la víctima. Por otra parte, se han producido algunas experiencias y ensayos con carácter piloto y aproximatorio, unos auspiciados por el Consejo General del Poder Judicial, y otros en el seno de algunas Audiencias Provinciales o demarcaciones territoriales. La Ley Orgánica del Poder Judicial, art. 87.ter.5, en materia de competencia de juzgados de violencia sobre la mujer, establece que, en estos casos, está vedada la mediación.

Límites.- Existen una serie de límites de carácter constitucional y otros de perfil dogmático. Los constitucionales vienen dados por las propias características de las garantías que entreveran el proceso penal, que van desde el derecho de acceso a la jurisdicción hasta la titularidad estatal del *ius puniendi*, pasando por la imperatividad del modelo acusatorio y las garantías anejas a la posición jurídica del encausado, todas entrañadas en el modelo de debido proceso, razonables, pero con tendencia a la ampliación de garantías dentro de la corriente de los nuevos derechos constitucionales y nuestro particular enfoque neogarantista razonable (ya formalmente desde 1987)[41].

Los límites dogmáticos vienen dados por las características propias y de índole pública de la justicia penal. En primer orden, por la propia concepción técnico-jurídica del derecho de acción y la inexistencia de derechos subjetivos penales que se ventilen en la contienda procesal penal. Aspecto este no menor para atemperar ansias irracionales de autotutela que subyacen a la expansión victimológica. También están los propios principios e instituciones del proceso penal: así la concepción acusatoria, adversarial o, mejor, controversial del proceso penal. La misma consideración subyacente al proceso penal liberal de que este siempre es propio de una jurisdicción requerida, y que la acción es un servicio que el ciudadano presta al Estado (CALAMANDREI). En fin, que el objeto del proceso penal – hecho justiciable, o un hecho individualizado considerado como delito o falta- es construido y moldeado a base de la acción y de un mecanismo razonablemente controversial.

Enumerados pues de manera sucinta y esquemática, los límites que encontramos son los siguientes:

- Dogmáticos:
  - Carácter público y oficial de la justicia penal

[41] LOZANO-HIGUERO PINTO, M., Constitución y proceso, el principio de imposición de costas, 1987, pp. 19 ss. y *passim*; *id.*, Introducción al Derecho Procesal, 1990, pp. 87-88, 157-159 y *passim*.

- Concepción teórico-jurídica del derecho de acción, de la relación jurídica procesal y la *res in iudicium deducta*.
- Inconvenientes y dificultades de los *legal transplants*. De las categorías anglosajonas a las categorías de la concepción continental del proceso: *common law adversus civil law*.
- La difusión de la garantía procesal y la tesis de FAZZALARI sobre la expansión de las garantías procedimentales.
- Principios institucionales del proceso penal.
- Acusatorio/adversary/controversial razonable.
- El derecho de promoción de la justicia penal como servicio que el ciudadano presta al Estado (CALAMANDREI).
- El objeto del proceso, deducido, a su vez, del de acción y concepto técnico-jurídico del mismo.

– Constitucionales:

- Principio de indemnidad de la tutela.
- Garantía del juicio previo (*nulla poena sine praevio iudicio*: art. 1 LECrim, art. 6 CEDH).
- Garantía de la persecución penal única, *ne bis in idem*, y *double jeopardy*: bipolaridad de iniciativa. Esto eso, si iniciado el proceso penal, este se suspenda, se intente la mediación, esta resulte infructuosa y luego se vuelva otra vez al proceso penal, ¿se concilia esto con la prescripción de la persecución penal múltiple –*double jeopardy*–?
- Garantía del contradictorio, estructurada acusatoriamente (art. 24.2 CE; DF 3ª LOTJ).
- Principio de obligatoriedad de la acción penal (art. 111 CPP Italia).
- Presunción de inocencia y *nemo se detegere*. Principio de no autoincriminación y derecho constitucional del imputado a no colaborar.
- Derecho de impugnación.
- Derecho de legitimación, ampliada y combinada (acción popular y acción particular. Art. 24.2 y 125 CE).
- Principio de reinserción social (art. 25.2 CE)

- Eventual discrecionalidad del juez en la posible sanción adecuada al caso concreto, y su colisión con los principios de legalidad penal y de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE).

Ventajas de la mediación.- Hipotéticamente se puede hablar de una optimización de la justicia penal:

a. Menor duración, aunque cabe configurarlo más como un pío deseo pues, en algunos casos, el colapso de la justicia judicial se ha reproducido miméticamente en el arbitraje y en la mediación, llegándose a experiencias de duración indebida e irrazonable en la denominada justicia alternativa.

b. Menor costo. Esto, en principio, obvio resulta para el Estado. No está tan claro para los justiciables, si la mediación no es gratuita.

c. Menor rigidez formal-procedimental.

d. Mayor acercamiento y comprensión intelectiva, de la justicia al pueblo y a los justiciables.

Inconvenientes de la mediación penal.- Como ya se ha ido adelantando a lo largo de estas líneas, cabe señalar como principales inconvenientes de la mediación penal, los siguientes:

a. Laminación posible y disminución de las garantías constitucionales del encausado.

b. Choque con el principio de legalidad y la función institucional del Ministerio Fiscal (sustitución, innovadora, del principio de legalidad por el principio de oportunidad).

c. Limitación objetiva y prohibiciones sectoriales (v.g., art. 87.ter.5 LOPJ en materia de violencia sexista).

d. Retroceso sensible de la lucha contra la violencia sexista (bagatelización de los delitos en esta materia).

e. Limitación de la acusación particular, por supuestas razones operativas prácticas.

f. Eventual coacción psicológica (incitación indirecta oficiosa: por el juez, por el Ministerio Fiscal, o por ambas, a la mediación).

g. Desigualdad entre víctima y ofensor (mecanismos de igualación por compensación de una de las partes).

h. Económicos: justicia indemnizatoria o justicia para ricos, coste del mediador y de la mediación, hiperprofesionalización, hiperinstitucionalismo, burocratización, exceso de oferta y posible creación artificial de la demanda, por espurios motivos corporativos o económicos.

XIII. CONCLUSIONES. LA MEDIACIÓN EN EL ACPP 2013

1. La regulación del ACPP de 2013 es inferior en extensión, profundidad y calidad técnica (redaccional e institucional, utilización de tecnicismos y altura dogmática) a la del ACPP de 2011.

2. El legislador, en sentido lato, de 2013, a pesar de ser más partidario (en lo político-social) que el de 2011 de soluciones privatistas en lo socioeconómico, mira con más recelo, suspicacia y limitadamente, en cuanto a su concepción, regulación, extensión y efectos, a la mediación penal; lo hace, pues, a regañadientes, forzado y a impulsos de las que él cree obligaciones internacionales y con cierta emulación (por no ser menos) respecto al legislador de 2011.

3. El ACPP de 2013 no regula, dentro de su arquitectura normativa, la mediación en un lugar adecuado y correcto sistemáticamente:

a. Debería haberlo hecho, si quería darle verdadera importancia y virtualidad, en el Título Preliminar, sentando un principio general sobre la mediación, La referencia a la tutela de la víctima en el art. 14 es diversa a la concreta para la mediación penal, aunque relacionada y relacionable con dicha mediación penal, y tiene un carácter específico para las víctimas.

b. Su ubicación, en su *totum revolutum* de materias de dispares, dentro de un libro II, *disposiciones generales sobre las actuaciones procesales*, es un error sistemático y conceptual grave, no tan solo de arquitectura normativa. La mediación penal no es, propiamente, un acto, ni de las partes, ni del juez, ni tan siquiera entra dentro de la clásica tripartición *guaspiana*: lugar, tiempo y forma, ni encaja en las categorías de HELLWIG o James GOLDSCHMIDT (peticiones, afirmaciones de parte, actos de postulación, actos de causación, actos de obtención). ¿Qué clase, según el legislador de 2013, dentro de la teoría general de los actos puramente procesal-penales,

constituye o integra la mediación penal? El legislador la ha recogido a regañadientes y encajado al buen "tun tun".

4. Falta, se repite, una mención normativa, y su correspondiente expresión y detalle, a los principios informadores de la institución, así:

a. General, en el título preliminar, sobre su conveniencia, impulso y favorecimiento.

b. Sobre las garantías de las partes en el procedimiento.

c. A la figura del mediador, su posición, estructura y funciones.

d. El de voluntariedad.

e. El de los sistemas o modalidades posibles.

f. El de su gratuidad, o en su caso, régimen económico.

g. Confidencialidad y secreto.

h. Delimitación objetiva, siquiera genérica, en vía de principios: infracciones mediables, límites y condiciones del resarcimiento económico.

i. Antiformalismo, oralidad, simplicidad, economía, abreviación temporal, elasticidad (no preclusiones, al menos rígidas), inmediación y concentración temporal y objetiva.

j. Determinaciones sobre lugar, tiempo y forma.

XIV. EPÍLOGO LAUDATORIO DE DIEGO-MANUEL LUZÓN PEÑA. VOLVER A LOS 17. EL JOVEN DIEGO

Acertaba el maestro Borges cuando en trance análogo, que no semejante, al que hoy me ocupa afirmaba que no existía ni se había formulado una teoría del prólogo. Lo mismo he de decir en lo concerniente a una teoría del epílogo, sobre todo cuando este se enmarca en una obra de homenaje y el homenajeado es un amigo del alma de quien se lo dedica. Ahora bien, sentado que no existe una teoría del prólogo, obvio resulta que no concurren pautas a su ordenación, sistema, contenido y entidad e intensidad del tono encomiástico, que puede derivar desde lo encomiástico a lo sarcástico –el no me elogies o no me defiendas, compadre o amigo–. En mi caso huelgan ambos, por exceso o por defecto, y adaptando el popular verso entono preliminarmente: "A veces son inmerecidos los homenajes/ mas en el caso de Diego LUZÓN, él sobresale". En efecto, como jurista, y en nuestro supuesto obligadamente, voy a tomar a préstamo algunas referencias literarias (lo

que no es tradición es plagio, E. D'ORS) aquí sublimadas por el cariño que aflora en mi pluma y enmarca mi escritura.

Es cierto que (tal como señalaban KIPLING y BORGES) como todos los grandes hombres Diego ha sido y es muchos hombres, y en alguna de sus metamorfosis lo ha sido en grado excelso, le cumple a otros, con más autoridad y legitimación que la mía delimitar y glosar las respectivas efemérides. A mí sólo acudir a la relación humana y de amistad que nos une y para ello debo "***volver a los 17***" (tomo prestado el título de la canción de Violeta PARRA, la payadora chilena de actualidad en el año 1966, que es al que retrocedo) para fijar temporalmente mi relación con ***el Joven Diego*** (el préstamo aquí lo tomo del insigne poeta Jorge GUILLÉN[42]). Vuelvo, pues, a los 17, ahí me encuentro, en octubre de 1966, con el Joven Diego, en la Facultad de Derecho de la hoy Universidad Complutense, cuando empezamos a cursar nuestros estudios de Licenciatura en Derecho (promoción 1966-1971). El primer y segundo curso, por razones numéricas y de aforo, se hallaban divididos en primero en tres y en segundo en dos grupos y, a tenor del primer apellido (LOZANO – LUZÓN), coincidimos pues en el mismo grupo. Entre nosotros surgió una especial química que aglutinó a otros compañeros: Nicolás GONZÁLEZ-DELEITO, José-María GARCÍA-ALBERTOS PÉREZ, principalmente. Sí me importa matizar aquí ese Volver a los 17, en el sentido propio de que, en el caso de Diego, eran 16 los años, pues él es del 3 de noviembre de 1949; por mi parte el 14 de junio, una pequeña diferencia temporal.

El acceso a la Universidad supuso un cambio copernicano en mi vida y un impacto decisivo en mi alma joven (H. HESSE, Demian). Con independencia de los maestros académicos, otros compañeros, en diversos niveles y proyecciones, lanzaron la piedra y movieron las ondas en mi pozo interno: José María MÉNDEZ-CASTRILLÓN (Pipo), que recientemente se ha jubilado como Registrador de la Propiedad de Madrid y que, además de su fino instinto y preparación jurídicos, tenía, y mantiene acrecentada, una cultura histórica notable; Carlos MARTÍNEZ GARCÍA, luego Inspector Financiero y Tributario, dotado de una sensibilidad y profundidad psicológicas poco comunes, dominador de una cultura literaria exquisita que me descubrió a HESSE y su obra Demian, la novela de juventud que tanto me ha influido; Fernando DE LA CUESTA, luego Inspector de Trabajo e Inspector Financiero y Tributario, tan organizado, minucioso e imperturbable; Paco SALVADOR, Registrador de la Propiedad; el malogrado Teodoro GRANADOS, etc., que me

[42] GUILLÉN, Semblanza, en Homenaje a Emilio Gómez Orbaneja, Madrid, Moneda y Crédito, 1977; y en Derecho y proceso, Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pp. 507-509.

disculpe alguno de los queridos compañeros si mi memoria le omite involuntariamente, en una promoción que ha contado con personajes destacados en nuestro país: María Emilia CASAS (presidente del TC y Catedrática de Derecho del Trabajo), José AMÉRIGO (Notario de Madrid), Santiago CARDELÚS (Notario de Madrid), Dámaso RUIZ-JARABO, Miguel CUENCA VALDIBIA, etc., y particularmente Santiago MUÑOZ MACHADO, que se incorporó tardíamente a nuestra promoción (en 3.er curso), brillante Catedrático de Derecho Administrativo y, singularmente, en este nuestro país, reino del oxímoron, Director de la RAE; además en la proyección política: Rodrigo RATO (vicepresidente del Gobierno), Isabel TOCINO BISCAROLASAGA (profesora titular de Derecho Civil y autoproclamada doctora en sedicente Derecho nuclear (sic) además de ministra), o Javier BORREGO (Abogado General en Luxemburgo y conspicuo magistrado en la Sala 3.ª del Tribunal Supremo).

Otros compañeros de promoción (1966-1981) quizás merecerían ser mentados: algunos mantuvieron con nosotros, durante la carrera, un contacto de mayor intensidad, así Javier García Fernández, que alcanzó la cátedra de Derecho Constitucional, hoy en la Complutense, pero que entonces se dedicaba más a la política que al Político. Hago gracia de algún otro que ha obtenido cátedra universitaria en Derecho. Durante la carrera no mostró especial inclinación ni preparación para la legislación y la ciencia del Derecho. Sí me gustaría destacar un caso singular, el de una delicada y admirable compañera, que no necesitó brillar con especiales inclinaciones jurídicas entonces, puesto que el destino le tenía reservado un lugar especial en el firmamento de los ungidos: Evangelina SOBREDO GALANES (la exquisita y malograda cantautora CECILIA), quien, junto con su hermano, cursó coetáneamente con nosotros. Estoy seguro de que el Dios de su fe la acogió entre sus estrellas y la tierra le ha sido leve.

Nunca se lo dije, pero Diego fue mi primer maestro jurídico, el espejo en que me miré para transitar el itinerario de la Ciencia del Derecho. Me explico, cuando accedía a la Universidad, en octubre de 1966 mi bagaje cultural era muy limitado. En mi familia no existía tradición universitaria, mucho menos jurídica obviamente. No tenía en casa ninguna biblioteca, ni familiar que dispusiera de ella. Diego, hijo de un ilustre y sobresaliente Fiscal y también doctor, publicista y profesor universitario (Manuel LUZÓN DOMINGO) y de una saga de fiscales renombrada, entraba en la Universidad provisto de un equipaje jurídico apreciable y habiendo bebido en las fuentes jurídicas sin necesidad de salir del domicilio familiar. A su lado me ponía constantemente en una posición

esponjosa, empapándome de sus diálogos, y no sólo jurídicos. Así recuerdo que, por su medio, conocí la escuela filosófica de Francfort: ADORNO, BENJAMIN, MARCUSE, HABERMAS, FROMM, etc., que entonces me deslumbraron – mis conocimientos del pensamiento filosófico apenas pasaban de los libros de texto de bachillerato y esos autores (que puso a nuestro alcance la excelente colección El libro de bolsillo de Alianza Editorial, cuyo conocimiento también debo a Diego) me parecían entonces la cumbre del pensamiento y la modernidad, en particular esa mezcla y adaptación del neohegelianismo, marxismo y psicología freudiana, que fue la papilla ideológico filosófica que degustábamos con fruición entonces. Hoy me resultan un pastiche indigestible de charlatanería hegeliana, totalismo y pseudociencias psicológicas insoportable. Pero cierto es que, entonces, eran el no va más.

Mis charlas con Diego sobre cuestiones de las asignaturas eran, pues, constantes y así yo bebía y bebía conocimientos jurídicos tamizados por el filtro de su consejo y su experiencia. Resultó, pues, impagable su compañía en el curso 1966-1967. En aquel año 1967 apareció en su vida Julita, y en la nuestra obviamente también, pues acudía con frecuencia a esperar a Diego a la salida de las clases. Desde entonces, su luego fiel esposa y compañera le ha dado dos espléndidos hijos, Enrique y Ana Cristina, y una vida de entrega y compañía, en los momentos buenos y en los no tan buenos. Impulsando y fomentando su carrera universitaria, en España y singularmente en Alemania, regando y cultivando ese jardín de vivencias comunes en senderos que jamás se bifurcaron. No puedo dejar de mencionar aquí una anécdota con Diego que, si de perfiles borrosos por el paso del tiempo, el núcleo ha permanecido inmarcesible en mi memoria, acaeció en el curso (2.º) 1967-1968, se trataba de la asignatura de Derecho Civil I, de la que era titular el profesor Federico DE CASTRO, quizás el civilista más insigne que ha dado España, pero lamentable docente, de difícil carácter y políticamente deleznable por su notable filonazismo o fascismo. En una clase preguntó por el texto de un artículo del Código Civil, y nadie supo penetrar en el texto ni en el contexto, salvo Diego, que apuntó que el problema era una coma mal colocada.

En segundo curso, para mí difícil debido a una enfermedad que padecí y que me hizo ausentarme varios meses del devenir académico, conocimos a Jorge de Esteban, Profesor de Derecho Político II, que sustituyó al Catedrático Luis SÁNCHEZ AGESTA y que tuvo una importancia decisiva en la carrera ulterior de Diego y de la mía. En efecto, J. DE ESTEBAN, a raíz de un examen parcial que puso en la asignatura, al leer mi examen

y calificarlo, quedó gratamente sorprendido por el nivel de mi exposición y a través del Delegado de Curso, José Luis HERCE, me hizo llamar a su despacho y me felicitó. Ahí se inició una relación que no tuvo continuidad, en aquel momento, académicamente, pues por mi situación familiar yo necesitaba ganar dinero con premura y no podía irme al extranjero a ampliar conocimientos (concretamente a París) como pretendía J. DE ESTEBAN, pero nuestra relación continuó. Un día le comenté a J. DE ESTEBAN que tenía un compañero y amigo que estaba muy interesado por el D. Penal, Jorge me dijo que su mejor amigo era el prof. E. GIMBERNAT, quien, sin pasión de amigo desde el bachillerato, era para él el más brillante penalista español y con un brillante curriculum en Alemania. Le pedí que si podía presentarle a Diego. Así se hizo y yo pedí encarecidamente a GIMBERNAT, con atrevimiento infinito, que apoyase y orientase a Diego en su carrera universitaria. De la ulterior relación de maestro y discípulo, como así lo fueron desde aquel día, hago gracia y declino en plumas mejor informadas. En 2.º curso el Derecho penal, Parte General, nos fue explicado por José CEREZO MIR, gran penalista, brillante docente y mejor persona, que había sustituido al prestigioso y admirado, personal, política y científicamente, ejemplo de sobriedad y elegancia humana, José ANTÓN ONECA. En tercer curso acaeció la relación relatada entre E. GIMBERNAT y Diego. En ese curso accedió a la Cátedra para impartirnos clase de Penal, Parte Especial el laborioso, pero chusco y plano, José M.ª RODRÍGUEZ DEVESA, con quien, por defender la brillantez de GIMBERNAT en unas oposiciones a cátedra que no obtuvo (coincidió con la muerte de su insigne maestro Antonio Quintano Ripollés), tuve un roce que motivó que R. DEVESA me enfilara y me calificara con un escueto notable.

Diego empezó, pues, a labrar su futuro como penalista y a orientar su vocación germanista (Goethe-Institut, aprendizaje de la lengua alemana, etc.), y ello supuso que tuviese que alternar y repartir su asistencia a las clases de la Facultad y las de lengua alemana. Pero nuestra amistad seguía indeleble, aunque la coincidencia en clase fuera más ocasional; cuarto y quinto curso se desenvolvieron, pues, de forma más intermitente en nuestra coexistencia en la Facultad, aunque sí recuerdo anécdotas concretas notables: En cuarto curso, con un brillante elenco de profesores, diezmado por el funcional, pero antipedagógico troceamiento en grupos de alumnos, nos sucedieron anécdotas jugosas, de algunas de las cuales hago gracia. Así la coincidencia en clases fastuosas de Procesal impartidas por Jaime GUASP, con su oratoria profesoral inigualable y sus ejercicios de pirotecnia intelectual sorprendentes, con aquel torrente dialéctico y multidisciplinar de

GUASP, al que los filo marxistas "oficiales" quisieron "trincar" y debatir con él respecto a la entonces idolatrada, y hoy nefanda, doctrina marxista. Pujas dialécticas en las que sólo Diego llegó a aproximarse a las cumbres guaspianas. Pero quiero aquí detenerme en Derecho del Trabajo, donde Gaspar BAYÓN nos deparó un lugar especial entre el alumnado. Omito por qué a mí, pero sí menciono el caso de Diego. Se abordaba en clase a principios del curso, en octubre, el papel de los convenios colectivos en el sistema de fuentes, BAYÓN pidió un voluntario para que lo explicara a los restantes compañeros. Se levantó Diego e hiló un desarrollo *pari passu* entre lo armonioso, lo sistemático y lo multidisciplinar. Bayón, entre sorprendido y admirado, tras felicitar a Diego y ponerlo como ejemplo, aseveró que, en 40 años de experiencia docente, no había escuchado una exposición semejante de brillantez y profundidad y anticipó que Diego se había ganado ya la matrícula de honor como nota final de la asignatura. La anécdota de la coma civilística castriana, quedó sublimada por la exposición por Diego de la ubicación y papel de los Convenios colectivos en el sistema de fuentes. El genial CARNELUTTI nos legó aquella caracterización del Convenio como alma de ley y cuerpo de contrato. Permítaseme, para coronar la anécdota, parafrasearla ahora diciendo que allí, en esa fausta ocasión, Diego demostró que tenía cuerpo de alumno y alma de catedrático.

En el quinto y último año de la licenciatura recuerdo, particularmente, que yo le acompañé a una entrevista con José ALMAGRO (entonces recién llegado como Prof. Agregado a la Facultad y que años después –10– sería mi maestro) a fin de que le permitiera sustituir por un trabajo ciertas obligaciones discentes en los inminentes cursos de doctorado mientras Diego desarrollaba una estancia en Alemania. Terminamos la carrera en el verano de 1971 y, mientras que Diego había cursado las milicias universitarias en los dos veranos anteriores, yo inicié en ese verano la mili normal. Quiero recordar que aquí sucedió la anécdota de nuestro examen de Licenciatura, en que ambos obtuvimos sobresaliente, y luego el de premio extraordinario

A la sazón yo estaba cumpliendo el servicio militar ordinario en el regimiento Wad-Ras 55, sito en Campamento (Madrid), División Acorazada Brunete 1. Era un regimiento de intervención inmediata, para la fecha del examen de premio extraordinario se habían programado unas maniobras del regimiento, y gracias a los buenos oficios de un teniente del regimiento, Fulgencio COLL BUCHER (que luego ha tenido una relevante carrera militar: teniente general, Jefe de la UME, la Unidad Militar de Emergencias, Jefe del Estado Mayor del Ejército de Tierra), pude quedarme en el cuartel de retén. El día del

examen, por la mañana temprano Diego fue a buscarme en mi propio coche (un Seat 600) al cuartel y de tapadillo, me cambié en el coche la ropa militar por la civil y nos fuimos al examen. El examen consistía en una preselección de temas, de los cuales se sorteaban para seleccionar 2; los temas fueron: "Derecho Mercantil y Derecho Fiscal, influencia de aquel sobre este", y "El subcontrato". Dos temas, pues, de marcado corte privatístico. Nos "encerraron" a los candidatos, creo que no llegábamos a la decena, para desarrollar el ejercicio. Habida cuenta de mi mayor formación e inclinación privatística en aquel entonces, Diego se apoyó en mí, mientras observábamos cómo funcionarias de la Biblioteca de la Facultad entraban y pasaban libros y revistas a María Emilia CASAS, consorte del profesor de la Facultad Jesús LEGUINA VILLA. Concluyó el examen, yo volvía a mis menesteres militares y Diego a su preparación germánica. Días después salieron las notas y creo recordar que se otorgaron 3 premios extraordinarios: a Diego, M.ª Emilia CASAS y José M.ª RODRÍGUEZ PIÑERO. Un par de días después Jorge de Esteban me dio la explicación de las calificaciones: que el examen más brillante era el de Diego y el mío, pero que se había decidido premiar a los que iban a desarrollar carrera universitaria y, como quiera que yo no me iba a dedicar a la Universidad, se primó a los otros; le pregunté el caso del alumno RODRÍGUEZ PIÑERO (al parecer sin relación con el laboralista) y me dijo que a este lo había apoyado intensamente el catedrático de la Facultad profesor Jesús RUBIO GARCÍA-MINA. Resultado: Diego y María Emilia se han dedicado a la Universidad, donde han desarrollado una brillante carrera universitaria, el Sr. RODRÍGUEZ PIÑERO, no, y su mentor el prof. RUBIO está emparentado con la familia de mi esposa.

Transcurrieron unos años en que nuestros caminos se apartaron. Diego en Alemania y luego en España. Yo preparé unas oposiciones a la Administración Pública, trabajé como Letrado urbanista en el Ministerio de la Vivienda y después fui a León, me casé y ejercí como letrado asesor de empresas. En un determinado momento me pudo mi conexión docente e investigadora y decidí realizar los cursos de doctorado y la tesis doctoral, y no en Derecho Político/Constitucional sino, por una carambola del destino, en la UNED obligado por mi residencia en León, aunque viajaba a Madrid casi todas las semanas. Y en la UNED trabé relación con José ALMAGRO, que me pidió que me vinculase a su magisterio y a la UNED. Así lo hice, primero como profesor ayudante y luego como adjunto contratado. Presiones de mi entonces esposa en su afán de vivir en León, su tierra, me forzaron a querer volver a León y abandonar Madrid. Y ahí surgió

otra vez Diego, quien ocupaba el puesto de Vicerrector de Profesorado en la Univ. de León y tiró de mí, promoviéndome a una plaza en la Facultad de Derecho de esta Universidad. Allí, Diego me recibió con los brazos abiertos y, por su impulso, ocupé además el cargo de asesor jurídico y *de facto* el de vicesecretario a sus órdenes. Nuestra amistad se intensificó, pero ulteriormente, en mi afán de ascender en el *cursus honorum*, opositè a diversas plazas, obteniendo la cátedra de la Universidad de Cantabria. Pero ya vinculados y unidos en el bucle académico y vital que se inició en la Universidad y en ella nos jubilamos, con diversas vicisitudes profesionales y familiares.

Por ello, con inmenso placer y desbordada gratitud, acudo gustoso a contribuir a tu merecidísimo homenaje, querido Diego, mi sincero amigo y coetáneo maestro. Dos veces lanzaste piedras al pozo de mi alma joven. En un 1966 para que se expandieran las ondas jurídicas a quien lo ignoraba todo del Derecho y de los hombres y los tiempos que lo forjaron. En 1983, apoyándome y llevándome junto a ti a la Universidad de León, en un momento crítico de mi estabilidad familiar. El estigma de Caín, que signa a los elegidos, yo siempre lo avizoré y lo hallé en ti desde 1966. Y hoy sigue perdurando desde tu frente a la sien para recordarnos que 54 años no son nada y a la vez son todo y que la mirada febril siempre resplandece en tu ejemplo, tu enseñanza y tu amistad. Gracias eternas.

* * * * * *

Prof. Dr. Antonio Javato Martín

Prof. Titular de Derecho Penal, Univ. de Valladolid, Castilla y León, España. Socio de la FICP.

~Sobre la reforma del delito de sedición*~

La reforma del delito de sedición, junto con el de rebelión, estaba prevista en el Plan Anual Normativo de la Administración General del Estado para el año 2020. Su modificación se justificaba en la finalidad de adaptar estas figuras a "los textos nacionales de otras legislaciones nacionales europeas y al marco normativo de la Unión Europea, así como a los actuales parámetros doctrinales, políticos y constitucionales". Ahora bien, a nadie se le escapa que tras ella subyacía la intención del Gobierno y de sus socios parlamentarios de mitigar las severas penas impuestas a los políticos catalanes condenados por la Sentencia del TS 459/2019, de 14 de octubre de 2019, así como de mejorar la situación procesal de aquellos encausados por el TS que se encuentran fugados. La minoración de las penas del delito podía favorecer una más rápida excarcelación de los condenados y facilitar la vuelta a España de los que se encontraban en el extranjero. Paralelamente, el gobierno barajó la posibilidad de conceder un indulto a los condenados. Indulto, que como es bien sabido, les fue otorgado mediante una serie de Reales Decretos[1], publicados en el BOE de 23 de junio de 2021, produciéndose su puesta en libertad.

Una vez concedidos los indultos, la reforma del delito de sedición deja de ser una prioridad para el Gobierno. Tanto la nueva ministra de Justicia Pilar Llop[2] como el ministro de la Presidencia, Felix Bolaños[3] de manera pública descartaron que se fuera a impulsar la modificación del delito, fundamentalmente porque no existía una mayoría parlamentaria suficiente que posibilitara la reforma del Código Penal en este sentido.

Sin embargo, en octubre de 2022 el tema vuelve a estar presente en la agenda legislativa del Gobierno que públicamente se muestra receptivo a rebajar las penas del

---

* Artículo publicado previamente en Diario La Ley, 10179, Sección Tribuna, 28 de noviembre de 2022.

[1] En concreto, son nueve Reales Decretos, de 22 de junio de 2021 por los que se indulta a Dolors Bassa i Coll, Jordi Cuixart i Navarro, Carme Forcadell i Lluís, Joaquim Form i Chiarello, Oriol Junqueras i Vies, Raül Romeva i Rueda, Josep Rull i Andreu, Jordi Sánchez i Picanyol, Jordi Turull i Negre. Se les concede un indulto parcial condicionado al requisito de no volver a cometer un delito grave durante un plazo determinado. El Gobierno fundamentó su concesión en "razones de utilidad pública".

[2] Vid la información publicada el 20-12- 2022 en www.europapress.es/nacional/noticia-llop-descarta-reforma-delito-sedicion-falta-mayoria-parlamentaria-20211220122604.html (Consulta: 28-10-2022).

[3] La Vanguardia 11-12-22, www.lavanguardia.com/politica/20220111/7980152/gobierno-descarta-reforma-delitos-rebelion-sedicion-e-injurias-corona.html (Consulta: 28-10-2022)

delito previsto en los arts. 544 y ss. CP[4]. Ello se traduce en la presentación en el Congreso, el día 11 de noviembre, por parte del Grupo Parlamentario Socialista y del Grupo Parlamentario Confederal de Unidas Podemos, en Comú Podem y Galicia en Común de una proposición de ley orgánica de modificación el Código Penal[5] en la que se elimina el delito de sedición y se sustituye por una modalidad agravada de desorden público consiste en su comisión "por una multitud cuyo número, organización y propósito sean idóneos para afectar gravemente el orden público". Para justificar la misma se vuelve a apelar en la exposición de motivos de la norma al reiterado mantra de la necesidad de "homologar el castigo previsto para estas conductas al resto de países europeos".

Pues bien, para ver si esta afirmación que sustenta la renovada iniciativa reformista del Ejecutivo es válida habrá que examinar si existen delitos equivalentes a nuestro delito de sedición, y en caso afirmativo analizar cuál es su conformación y penalidad.

Aunque es difícil establecer comparaciones dada la singularidad de los sistemas jurídico-penales europeos, entiendo que sí que es posible detectar delitos asimilables en los Códigos penales de los principales países de nuestro entorno. En bastantes de ellos la sedición de configura como una agravante del delito de resistencia a la autoridad –equivalente a nuestro delito de atentado, arts. 550 y ss. CP-. Se castigaría mediante ella la resistencia cometida por una pluralidad de personas con violencia o intimidación y con la finalidad de impedir u obstaculizar el cumplimiento de las leyes, resoluciones administrativas o judiciales[6]. Sin embargo, dicha agravante es extraña a otros ordenamientos que se decantan por reconducir estos comportamientos a figuras similares a nuestros desórdenes públicos.

En Alemania la figura semejante a la sedición seria el *Aufruhr (lit*. tumulto). Mediante el *Aufruhr* se castigaba el alzamiento público y multitudinario en el que se resistía (con violencia o amenaza de violencia) a un funcionario configurándose como un tipo agravado del delito de "resistencia a funcionario ejecutor" del §113 del Código Penal alemán (en adelante CPa). La pena oscilaba entre los seis meses en el caso de los meros

[4] Vid. la Información publicada en el Diario El Mundo de 24-10-2022, "El Gobierno calienta la reforma del delito de sedición: Es un compromiso adquirido hace tiempo" www.elmundo.es/espana/2022/10/24/63566aa0fdddff59548b45ad.html (Consulta: 28-10-2022)

[5] Proposición de Ley Orgánica de transposición de Directivas Europeas y otras disposiciones para la adaptación de la legislación penal al ordenamiento de la Unión Europea, y reforma de los delitos contra la integridad moral, desórdenes públicos y contrabando de armas de doble uso. Como se puede colegir de su título esta Proposición no se ciñe al delito de sedición, sino que modifica otras zonas delictivas.

[6] Sobre aspectos de Derecho comparado, ampliamente, JAVATO MARTÍN, A. Mª., El delito de sedición. Un enfoque político criminal y de derecho comparado, CPC, 126, 2018, pp. 53 y ss.

participantes y los diez años en el caso de los cabecillas y de aquellos sediciosos que cometían efectivamente actos de resistencia y agresión. Dicha infracción estuvo presente en el § 115 CPa hasta 1970 en que se suprime tras la Tercera Ley de Reforma Penal de 20 de mayo de 1970 (*3.StrÄG).* Hoy en día, estas conductas de resistencia colectiva pueden ser castigadas a través del delito de desórdenes públicos del §125-II CPa[7] en conexión con el actual tipo agravado de resistencia del §113-II-3 CPa[8] que castiga con una pena de prisión de seis meses a cinco años cuando "el hecho es cometido conjuntamente con otros partícipes" [9]. La simbiosis entre ambos preceptos se produce mediante la inclusión en el §125-II de una cláusula de extensión de las específicas reglas del error del § 113-IV ("En la medida en que las acciones descritas en el inciso 1 número 1 y 2 [desórdenes públicos] están amenazadas con castigo en el § 113, rigen los números 3 y 4 del § 113"); cláusula que también se contempla respecto al delito de "agresión a funcionario ejecutor" del § 114 CPa.

La destipificación del delito de *Aufruhr* producida en Alemania no ha tenido lugar en Suiza, que lo regula en el art. 285-2 CP suizo como una modalidad del delito de

---

[7] § 125 *1) El que como autor o partícipe intervenga en:*
1. acciones violentas contra personas o cosas o
2. amenazas a personas con violencia
las cuales son cometidas por una multitud de personas que unen sus fuerzas de manera que se ponga en peligro la seguridad pública o quien influya sobre una multitud de personas para fomentar su disposición a tales acciones, será castigado con pena privativa de libertad de hasta tres años o con multa.
(2) En la medida en que las acciones descritas en el inciso 1 número 1 y 2 están amenazadas con castigo en el § 113, rigen los números 3 y 4 del § 113. Esto también es válido en el caso del § 114 en la medida en que la acción del cargo sea una acción de ejecución en el sentido del § 113.1".

[8] §113 *Resistencia contra funcionario ejecutor.* (1) *El que resiste con violencia o amenaza de violencia a un funcionario o soldado del ejército federal destinado a la ejecución de las leyes, reglamentos, sentencias, autos, providencias o actos administrativos en la ejecución de una tal acción del servicio, será castigado con pena de prisión de hasta tres años o con pena de multa.*
(2) En casos especialmente graves la pena de prisión será de seis meses hasta cinco años. Existe un caso especialmente grave, por regla general, cuando:
1. el autor u otro partícipe llevan un arma u otro medio peligroso consigo, o
2. el autor, a través de una acción violenta, sitúa en peligro de muerte o de una grave lesión al agredido.
3. El hecho es cometido conjuntamente con otros partícipes.
(3) El hecho no será punible conforme a este precepto si la acción del servicio no es conforme a derecho. Esto también será válido si el autor supone erróneamente que dicha acción es conforme a derecho.
(4) Si el autor supone erróneamente, en la perpetración del hecho, que la acción del servicio no era conforme a derecho, y pudo evitar su error, puede el tribunal atenuar la pena según su arbitrio (§49,2) o prescindir de ella con arreglo a este precepto por su mínima culpabilidad. Si el autor no podía evitar el error y no le era exigible tampoco según las circunstancias conocidas por él, defenderse con medios legales contra la supuesta acción del servicio antijurídica, el hecho no es punible según este precepto. Si le era exigible, puede el tribunal atenuar la pena según su arbitrio (§ 49,2) o prescindir de ella.

[9] En lo concerniente a la relación concursal entre el §§ 113 y 125 CPa vid. STERNBERG-LIEBEN-SCHITTENHELM, § 125, en: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 30 Aufl, Beck, München, 2019, autores que estiman que nos hallamos ante un concurso ideal de delitos.

"violencia y amenaza contra autoridades y funcionarios". En él se establece que si el citado delito se comete por una muchedumbre alzada se castigará con pena de prisión de hasta tres años o multa a los que participen en el alzamiento.

En el Código Penal francés (en adelante CPf) y el belga (en adelante CPb) la sedición constituye un tipo agravado del delito de rebelión. Esta infracción, a pesar de su denominación, nada tiene que ver con el delito de rebelión español contenido en el art. 472 y ss. de nuestro Código penal. Los ordenamientos jurídicos francés y belga emplea el citado término para designar la resistencia violenta opuesta por un particular a un oficial o agente de la autoridad con el objeto de impedir u obstaculizar el cumplimiento de sus funciones. El primero de los códigos penales citados regula la "rebelión en reunión" en su artículo 433-7, estableciendo para ella una pena de prisión de tres años y de multa de 45.000 euros. Si se comete además con armas la pena se eleva a los 10 años de prisión y 150.000 euros de multa. Por su parte, el CPb regula esta modalidad de rebelión en su art. 272 distinguiendo a la hora de fijar la pena si existe o no concierto previo en los rebeldes y si portan o no armas. Sin concierto previo se impone una pena de prisión de tres meses a dos años si la rebelión tiene lugar sin armas, y de uno a cinco años si tiene lugar con ellas. Con concierto previo, la pena oscila entre uno y cinco años y cinco a diez años, en función de que concurra o no el porte de armas.

Siguiendo la tónica del Derecho comparado, en Italia la infracción análoga a la sedición española habría que situarla en los delitos de violencia y resistencia a un funcionario efectuados por una pluralidad de personas reunidas. La misma encuentra acomodo en el art. 339 del Código Penal italiano (en adelante CPi). En él se establece una escala de penas en función del número de personas reunidas y del empleo de armas. Si la violencia o la amenaza es cometida por más de cinco personas reunidas mediante el uso de armas aunque solo las utilice una de ellas, o bien por más de diez personas sin uso de armas, la pena será la de prisión de tres a quince años si se trata de los comportamientos delictivos previstos en los arts. 337 CPi (Resistencia a un funcionario), 338CPi (violencia o amenaza a un cuerpo político, administrativo o judicial o a sus miembros) y en la primera parte del art. 336 CPi (constreñir a un funcionario a hacer un acto contrario a los propios deberes u omitir un acto de oficio o servicio). Para la modalidad prevista en la segunda parte del art. 336 (constreñir a hacer un acto del propio oficio o servicio) se establece una pena de prisión de dos a ocho años.

El art. 339 CPi va a ser modificado por el Decreto Ley de 14 de junio de 2019 sobre "Disposiciones urgentes en materia de orden y seguridad pública" (convertido posteriormente en Ley de 8 de agosto de 2019, núm. 77) que introduce como circunstancia calificadora del delito su comisión "en el curso de una manifestación en lugar público o abierto al público"[10].

Entre los sistemas jurídicos que prescinden de la tipificación de una específica infracción de resistencia colectiva se encontrarían los de Portugal e Inglaterra. En ellos las acciones de corte sedicioso se subsumirían en su correspondiente "delito de motín o tumulto" que se asemejaría al delito de desórdenes públicos del art. 557 del CP español. En el art. 302 del CP portugués (en adelante CPp) se sanciona la "participación en un motín", en el que fueran cometidos colectivamente actos de violencia contra las personas o contra las propiedades, estableciéndose para el que tome parte en él una pena de un año de prisión o multa. La pena se eleva hasta los tres años de prisión para el que haya provocado o dirigido el motín. El art. 303 del CPp contempla un tipo agravado para el supuesto de que nos hallemos ante un motín armado. En este supuesto se prevé la elevación al doble de las penas del artículo 302. Curiosamente en el CPp de 1886 existía un delito de sedición (art. 179) que castigaba la reunión de personas dirigida a impedir a las autoridades públicas el ejercicio de sus funciones[11].

En Inglaterra el delito de *riot*, está regulado en la *Public Order Act 1986*[12]. El *riot* se comete cuando doce o más personas ejercen violencia ilegalmente o amenazan con ella para un propósito común y su comportamiento es tal que haría que una persona razonable presente en el lugar temiera por su seguridad personal. Al culpable de esta infracción se le impone una pena de hasta 10 años de prisión o/y multa.

Hay que destacar que en el informe contrario al indulto[13] a los políticos catalanes emitido por el TS se citan una serie de delitos de otros países europeos que, en palabras de nuestro alto tribunal, criminalizan hechos de similar naturaleza a los declarados

[10] Asimismo, dicha circunstancia se introduce por el citado decreto en el delito de "interrupción de un servicio público" del art. 340 CPi y en el delito de "devastación y saqueo" del art. 419 CPi.

[11] Véase TAIPA DE CARBALHO, A., Arts 302 y 303, en Comentário conimbricense do código penal. Parte Especial. Tomo II, Volume II, 2ª ed., Gestlegal, Coimbra 2022, pp. 850 y ss. y PINTO DE ALBUQUERQUE, P., Arts 302 y 303, en Comentário do Código Penal, 5.ª ed., Universidade Catolica Editora, Lisboa 2022, pp. 1145 y ss.

[12] El texto de esta ley se ha consultado en www.legislation.gov.uk/ukpga/1986/64. Sobre este delito de *riot y* su homólogo escocés, el delito de *mobbing and rioting*, véase, JAVATO MARTÍN, A.Mª., La sedición en el Derecho escocés, Almacén de Derecho, 15 de noviembre de 2019, pp. 1 y ss.

[13] Informe de indulto de la Sala Penal del Tribunal Supremo emitido en el expediente tramitado con ocasión de la ejecutoria correspondiente a la causa especial núm. 3/20907/2017.

probados en su Sentencia 459/2019 de 14 de octubre. Así se alude al delito de alta traición alemán del § 81 CPa; al delito de movimiento insurreccional francés del art. 412.3 CPf que supone un ataque a la integridad territorial de la nación; al delito del art 241 CPi que sanciona los ataques violentos contra la integridad, independencia o unidad del Estado; al delito belga de atentado contra la forma de gobierno; y finalmente al art. 308 CP portugués en el que se castiga como delito de traición intentar separar de la Patria una parte del territorio portugués. Aduce el TS a la hora de efectuar semejante comparación que el delito de sedición es algo más que un ataque al orden público, es un ataque "a los pilares sobre los que se asienta la convivencia democrática". Se estaría dando por bueno, por tanto, que en la sedición tendría cabida acciones que atentan contra nuestro sistema constitucional suscribiendo la clásica tesis que la identificaba con una "rebelión en pequeño". Intelección que viene avalada por "la cláusula de subsidiariedad" ("los que, sin estar comprendidos en el delito de rebelión…") que aparece en el art. 544 CP[14].

No estoy de acuerdo con esta interpretación. Entiendo que es posible diferenciar ambas figuras delictivas[15] y que la sedición presenta unas características propias que la aproximan a las infracciones del derecho comparado anteriormente citadas en las que se pretende castigar, básicamente, una especie de resistencia colectiva. En este sentido estimo que los delitos invocados por el TS no se pueden asimilar a la sedición española (art. 544 y ss. del Código Penal), sino más bien serían homologables al delito de rebelión (art. 472 y ss. del CP). A mi juicio existe una serie de argumentos de peso que fundamentarían este planteamiento.

En primer lugar, se podría aludir a razones de naturaleza sistemática. El Código de 1995 ubicó el delito entre los "Delitos contra el orden público", T. XXII, rompiendo la histórica conexión sistemática con el delito de rebelión que aparece residenciado dentro de los "Delitos contra la Constitución" T. XXI. Por tanto, el legislador de 1995 ha querido otorgarle esa pátina de infracción contra el orden público alejándolo del núcleo duro de los delitos contra el Estado. Pero es que además el hecho de que se haya situado el delito, dentro del T. XXII, justo al lado del delito de atentado constituye un sólido indicio de su

[14] Sobre ella SANDOVAL, J.C., La relación entre los delitos de sedición y rebelión. A propósito de la función de recogida del art. 544 CP, en: Alonso Rimo (dir.), Derecho penal preventivo, orden público y seguridad ciudadana, Thomson Reuters/Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2019, pp. 271 y ss.

[15] De la misma opinión, QUINTERO OLIVARES, G., La tormenta catalana y la capacidad del Derecho Penal: sobre la Sentencia 495/2019, de 14 de octubre, El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho, 82-83, 2019, pp. 68 y ss. y LEÓN ALAPONT, J., La convocatoria y celebración de referéndums y consultas ilegales: ¿delito?, RP, 49, 2022, pp., 38 y ss. especialmente p. 46.

interconexión. Ello da píe a que se pueda defender que el bien jurídico protegido por precepto sería, el normal ejercicio de las funciones públicas. Nos hallamos, por consiguiente, ante un objeto de tutela autónomo del del delito de rebelión.

En segundo lugar, estaría la redacción de la conducta típica del art. 544 CP, que a mi juicio neutralizaría la perturbadora "cláusula de subsidiariedad". Basta una lectura reposada del precepto para darse cuenta de que ni los medios comisivos ni las finalidades pretendidas son las mismas que en el delito de rebelión; y que su tenor literal presenta un parecido razonable con aquellas infracciones homólogas –a nuestro entender- del Derecho comparado.

Por último, permítase esgrimir, de cara a reforzar la solidez de mis equivalencias de Derecho comparado, un argumento que podríamos denominar "de autoridad". Si uno busca el término *Aufruhr* en el *Diccionario de Derecho Comparado, T. I Aleman-Español* de QUINTANO RIPOLLES[16] se encuentra con la traducción al español de "sedición". Por lo que para este insigne penalista el *Aufruhr*, que como ya hemos apuntado constituiría una variante agravada del delito de resistencia, sería homologable al delito de sedición español. Y si se consulta la traducción francesa del *Tratado de Derecho Penal alemán* de V. LISZT[17] se descubre que el *Aufruhr* se equipara a la *"rebellion avec attroupement"* (rebelión con tumulto). A la vista de lo cual se podría establecer la siguiente ecuación: sedición= *Aufruhr*= *"rebellion avec attroupement"*.

De todo lo anteriormente expuesto se desprende que en destacados ordenamientos jurídicos europeos la sedición aparece concebida como un delito contra el orden o autoridad pública, contra la autoridad del Estado o contra la Administración Pública. En cuanto a las penas son inferiores a las del art. 544 y ss. del CP, si bien en algunos países se contempla un máximo elevado cuando al elemento típico de la reunión o del sujeto plural se le amalgama la circunstancia de empleo de armas. Mención aparte merece el art. 339 CPi que establece una pena de hasta 15 años (mismo límite máximo que nuestro delito de sedición) en caso de que la resistencia a un funcionario o la violencia o amenaza a un cuerpo político, administrativo o judicial sean perpetradas por más de diez personas sin uso de armas.

[16] Diccionario de Derecho Comparado I. Alemán-Español, (en colaboración con Johanna HEILPERN DE QUINTANO), Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1951, p. 37.

[17] *Traité de Droit Pénal Allemand*, traduit sur la 17ª édition allemande (1908) par René LOBSTEIN, T. II, partie spéciale, Paris, 1913, p. 401.

Por tanto, a mi juicio la reforma sí que podría estar justificada teniendo en cuenta además los problemas de taxatividad y de vulneración del principio de proporcionalidad que presenta el tipo. Otra cosa distinta es que sea controvertido el momento para acometerla, sus motivaciones y el procedimiento elegido- de urgencia-, con elusión de informes tan relevantes como los del CGPJ y el Consejo de Estado y de una tramitación y debate parlamentario sosegado, necesario en una reforma de calado.

Descendiendo ya a el análisis de la proposición de ley orgánica presentada al Congreso, hay que destacar que en ella se deroga el delito de sedición. En su lugar se crea *ex novo* una modalidad agravada del delito de desórdenes públicos del art. 557 CP que exige que este sea cometido por "una multitud cuyo número, organización y propósito sean idóneos para afectar gravemente el orden público[18]". La pena es de prisión de tres a cinco años y de inhabilitación especial para empleo o cargo público por el mismo tiempo, elevándose el marco de la inhabilitación- de seis a ocho años- en el caso de que los autores se hallen constituidos en autoridad. Pudiendo imponerse ambas penas bien en su mitad superior si los intervinientes portaran instrumentos peligrosos o llevaran a cabo actos de pillaje, bien en un grado superior cuando se portarán armas de fuego –prisión de cinco a 7 años y 6 meses-.

Con la implementación de esta variante de desórdenes públicos se prescinde del elemento característico de la sedición consistente en el impedimento del cumplimiento de las leyes resoluciones administrativas o judiciales. Se ha optado, por consiguiente, por la creación de un nudo delito de desórdenes públicos en sintonía con lo establecido por los ordenamientos jurídicos inglés y portugués, y más matizadamente por el alemán, dejando expedita la vía del concurso con los delitos de atentado y resistencia (art. 550 y ss. CP) en caso de que se produzcan, en el seno de este desorden multitudinario, concretos actos de resistencia o agresión a servidores públicos. Ahora bien, en la exposición de motivos de la citada Proposición se hace referencia al bien jurídico protegido en esta modalidad de desórdenes públicos, identificándolo con "el orden público, entendido como el normal funcionamiento de las instituciones y servicios públicos".

[18] Respecto a la nueva configuración de los delitos de desórdenes públicos pergeñada en la meritada Propuesta, véase COLOMER BEA, Comentario sucinto sobre la reciente propuesta de reforma de los delitos contra el orden público, Diario La Ley, 10171, Sección Tribuna, 16 de noviembre de 2022, p. 1 y ss.

Esta apreciación en mi opinión es errónea. Como bien ha destacado COLOMER BEA[19] este bien jurídico se corresponde con el objeto de tutela de los delitos de sedición, y de atentado, resistencia y desobediencia, mientras que en el tipo de desórdenes públicos del art. 557 CP se protege la paz pública concebida como el legítimo uso y disfrute de un espacio por parte de una pluralidad indeterminada de personas. Y entiendo que tal como está redactada la agravante, la paz pública sería el único objeto de tutela, no resultando amenazado el correcto funcionamiento de las instituciones y la capacidad prestacional de servicios públicos al prescindirse de cualquier referencia a la orientación de la violencia o intimidación al impedimento de las funciones efectuadas y de los servicios prestados por los servidores públicos. Así pues, malamente se cohonesta lo declarado en la exposición de motivos con la naturaleza de la nueva infracción.

En mi trabajo sobre el delito de sedición publicado en el año 2018[20] proponía su derogación y la introducción de una agravante en el delito de atentado[21], a imagen y semejanza de la mayoría de los ordenamientos jurídicos analizados. Esta vía me parece más convincente que la adoptada por la proposición analizada. Entiendo que a través de ella se articularía un tipo más concreto y mejor perfilado contribuyéndose a identificar adecuadamente el bien jurídico primario subyacente en esta clase de ilícitos penales. En este sentido, se trataría de introducir en el art. 551 CP[22] una cualificación del tipo básico del art. 550 CP cuyo fundamento descansaría en la realización de los diversos comportamientos típicos por un sujeto activo plural, preferentemente multitudinario, cualificación que se podría conjugar con la de empleo de armas con el correspondiente incremento de la pena base del art. 551 CP.

Ahora bien, quizá paralelamente habría que plantearse la modificación de los delitos contra la Constitución. Está claro que los tipos clásicos como la rebelión no son idóneos para dar respuesta a ataques contra el sistema constitucional como los acontecidos en Cataluña en el año 2017. Acaso sería conveniente introducir en el seno de

[19] COLOMER BEA, D. El tratamiento penal de los desórdenes públicos, Tirant lo Blanch, Valencia, 221, p. 285.

[20] Citado *supra*,

[21] En el mismo sentido se pronuncia COLOMER BEA, D., Consideraciones sobre algunas propuestas del delito de sedición, en Temas Clave de Derecho Penal, Bosch Editor, Barcelona, 2021, pp. 247 y ss.

[22] Soy de la opinión de que sería conveniente rebajar la pena del máximo del art. 551 CP fijándola en cinco años, debiéndose proceder asimismo a eliminar los atentados cualificados del artículo 550-3 y a unificar el tope punitivo del tipo básico en tres años con independencia de la cualidad de la víctima.

este grupo delictivo una infracción que captara los supuestos en que el orden constitucional es puesto seriamente en entredicho por medios no violentos.

Se ha planteado por determinados grupos políticos la recuperación del delito de referéndums ilegales. De esta propuesta se ha hecho eco LEÓN ALAPONT. No obstante, este autor procede a una reformulación restrictiva del delito que en su opinión "respeta y pone en valor los principios de proporcionalidad e intervención mínima que debe regir la intervención penal". En base a la cual solo la celebración de referéndums o consultas populares debería ser constitutiva de delito. Se trataría así pues de configurar un delito de resultado, de forma que el bien jurídico sería atacado cuando el referéndum o consulta se llevase a cabo[23].

El problema de esta fundamentada propuesta es que solo cubriría un segmento del espectro de posibles conductas que pueden ser merecedoras de reproche penal. Piénsese, por ejemplo, en que un Parlamento regional decida declarar la independencia de su territorio del resto del Estado y lo haga sin previa realización de un referéndum amparándose en la existencia de una mayoría de parlamentarios que se muestra favorable a la misma. En un contexto convulso, semejante declaración sí ofrece un *quantum* de riesgo para el bien jurídico, suficiente para justificar la intervención penal. Entra dentro de lo posible que dicha declaración pueda ir seguida de un reconocimiento de terceros países lo que puede tener graves efectos o que se produzca una escalada que desemboque en altercados violentos transitándose a un cuadro característico de una clásica rebelión. Con apoyo en este razonamiento considero que tendría sentido la tipificación de una modalidad agravada de desobediencia a las resoluciones del Tribunal Constitucional u otros tribunales que castigara a la autoridad y funcionario público que desobedeciendo las mismas quebrantara la legalidad vigente y pusiera en peligro el orden constitucional y la integridad territorial del Estado. La pena a imponer sería de inhabilitación y de prisión, estableciendo para esta última un límite máximo de cinco años. Considérese esto como un esbozo de marco punitivo, sobre el que habría que reflexionar a la vista de la necesaria revisión de los correspondientes delitos contra la Constitución. Entiendo que desde la óptica de la prevención general este delito pluriofensivo podría contribuir a disuadir de la realización de la panoplia de conductas a las que hemos asistido en Cataluña en el momento álgido del "procés", principalmente la celebración de un referéndum, la

[23] LEÓN ALAPONT, J., RP, 49, 2022, pp. 38 y ss.

aprobación de una legalidad paralela y la declaración de independencia, evitando un tensionamiento extremo de nuestro sistema constitucional[24].

* * * * * *

[24] A este objetivo parece orientarse la propuesta del Grupo de Estudios de Política Criminal que plantea el traslado del delito de sedición a los delitos contra la Constitución, concretamente al art. 477, en el que se castigaría a los que se alcen públicamente no solo con violencia y grave intimidación sino por vías de hecho y este alzamiento sea idóneo para impedir u obstruir la aplicación de las leyes, de resoluciones judiciales o administrativas, o el ejercicio legítimo de sus funciones por cualquier autoridad o funcionario público siempre que se produzca una afectación grave al funcionamiento del orden constitucional democrático. Da cuenta de la misma COLOMER BEA, D., en Temas Clave de Derecho Penal, 2021, pp. 247 y ss. Por su parte QUINTERO OLIVARES en un artículo publicado en el Diario El Mundo, el 13 de noviembre de 2022 defiende que la supresión de la sedición debería ir acompañada, en aras a ofrecer una robusta protección del orden constitucional, de la creación de algunos delitos de deslealtad constitucional, en donde tendrían cabida buena parte de las decisiones adoptadas en Cataluña orientadas al fomento y consecución de la independencia.

Prof. Dr. Julio E. Chiappini
Doctor en Derecho. Prof. Titular de Alemán Jurídico, Universidad Nacional de Rosario (Argentina). Socio de la FICP.

~Exclusión del hurto por obra de la divina caridad~

I. LOS CASOS

Son varios, todos ellos de tradición española, con el salero que le añade la picardía y *fulería* andaluzas. Por eso más que casos tal vez se trate de anécdotas, del griego *cosas nuevas*, en el sentido de la curiosidad o de lo inédito.

El erudito español VICENTE VEGA recoge[1] varios episodios que con diferencias circunstanciales coinciden en lo esencial: un feligrés que solo en la iglesia y frente a esculturas sacras aprovecha la ocasión para hurtar algún ornamento de valor. A veces, según cada relato, lo sustraído es un collar de oro de la Virgen de las Angustias en Valencia; otras, un zapato de plata del Niño Jesús en el templo de Atocha en Madrid. Y sendos hurtos más en Córdoba o Sevilla. En todos los casos, el impío ladrón es descubierto y enjuiciado.

Según los cuentos, que adolecen de lo inexacto o exagerado de la ficción, el hurto sacrílego se castigaba entonces con pena de muerte. Todo un *thriller*. Pero si bien es cierto que en esas épocas se ejercía especial protección a lo reverencial[2], para nada la legislación llegaba a tal severidad.

El proceso se desenvuelve probando acabadamente el apoderamiento por parte del acusado; quien a su turno se defiende arguyendo que la escultura, conmovida por su pobreza y devoción, cobró vida, se despojó por sí misma del collar o zapato, y lo extendió como obsequio. De modo que la cosa no fue sustraída, sino libremente ofrecida y aceptada. El encuadramiento no cabría entonces en el hurto del Código Penal, sino en la donación del derecho civil. Y desde la teología moral, en la limosna como forma de la caridad: "la limosna es la acción de dar alguna cosa al necesitado por amor de Dios y propia compasión. No se refiere propiamente a la *cosa dada*, sino a la *acción* de darla. Es un acto de caridad a través de la misericordia, o sea, un acto elícito de la misericordia

[1] VEGA, Vicente, Diccionario ilustrado de anécdotas, Bacerlona, Gili, 1940, p. 614.

[2] La parte especial del Código Penal de 1848 principiaba con los "delitos contra la religión" y el art. 439, inc. 1 agravaba el hurto que recae sobre "cosas destinadas al culto y se cometiere en lugar sagrado o en acto religioso".

imperado por la caridad"[3].

Ante semejantes alegaciones cargadas de misticismo, los jueces (según algunas historias, incluso el rey) consultaron a varios cardenales y obispos, derechohabientes de la propiedad hurtada, los cuales fueron contestes: "efectivamente, es posible el milagro de que la Virgen o Cristo se hayan encarnado en la imagen para realizar una obra de caridad". El juicio termina en la absolución del imaginativo ladrón y el dictado de la siguiente ley: "Prohíbese en lo sucesivo, bajo pena de muerte, recibir regalo alguno de una divinidad, virgen o santo".

II. EL HURTO SACRÍLEGO

Esta figura, antes presente en casi todos los códigos penales y "uno de los delitos que más noble prosapia de antigüedad puede ostentar"[4], se reduce hoy a unos pocos ordenamientos, entre los cuales algunos europeos donde el Estado se reconoce laico o cuya población no conserva un alto sentido religioso. Por ejemplo, el art. 625, inc. 7 del *Codice Penale*, al que nos referiremos en lo sucesivo, agrava el hurto "commesso su cose... destinate a pubblica reverenza". En el caso de Italia, la disposición se justifica por la gran cantidad de objetos religiosos en el país, desde el Sagrario de Turín hasta la reliquia con la sangre de san Gennaro en Nápoles; y, ciertamente, multitud de otros objetos eclesiásticos que sin ser históricos o únicos, cuentan con alto valor por sus materiales de confección.

MANZINI interpretaba que "lo spirito dell'aggravante (...) è l'offesa alla coscienza dei credenti che si unisce alla lesione del diritto patrimoniale"[5]. Para QUINTANO, concurren en pos de la calificación "elementos humanos susceptibles de valoración moral y psicológica"[6]. Sin perjuicio de ello, actualmente aparece como motivo principal el que la cosa queda librada, en mayor o menor medida, a la confianza pública, por su destino de reverencia. A mayor desprotección material, correspondería una mayor protección legal a fines principalmente de prevención general.

En la calificación se unen, pues, dos circunstancias: la naturaleza del objeto y su ubicación. Deben concurrir, por ende, la *religiosità della cosa* con la *religiosità del luogo*.

---

3 ROYO MARÍN, Antonio, Teología moral para seglares, Madrid, BAC, 1979, t. I, p. 395.

4 QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, Comentarios al Código Penal, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1946, t. II, p. 418.

5 MANZINI, Vincenzo, Trattato del furto, t. 4, Turín, UTET, 1926, p. 467.

6 QUINTANO RIPOLLÉS, Comentarios al Código Penal, t. II, 1946, p. 417.

Respecto a la religiosidad de la cosa, no se trata bajo la actual redacción de la ley italiana, de cosas que sirvan o que sean destinadas al culto[7], sino de cosas destinadas a la pública reverencia. El concepto es distinto. Por ejemplo, las campanas, aunque cumplan una función litúrgica, no son objeto de reverencia[8]. Tampoco lo es el dinero contenido en los receptáculos de limosnas, ni las lámparas de un altar, aspersorios, cirios, bancos, sillas, reclinatorios, alfombras. Son objetos de reverencia, en cambio, las imágenes sagradas, pinturas o esculturas, los cálices, cruces, reliquias. Hay religiones más propensas a la veneración de íconos u objetos materiales; dentro del cristianismo, el catolicismo lo practica en mayor medida que las denominaciones protestantes[9]. Los musulmanes, salvo por la Piedra Negra, carecen de ídolos. Los libros sagrados, como la Biblia, la Torá o el Corán, aunque sean tratados con respeto, no constituyen cosas de pública reverencia.

En ese sentido, la agravación obedece a una formulación conceptual de las cosas que, por lo que ellas mismas representan o por su condicionamiento, quedan comprendidas en ese especial respeto que se rinde a las cosas materiales vinculadas inmediatamente a lo divino. FONTÁN BALESTRA define la reverencia como "el sentimiento de respeto que el hombre experimenta y demuestra ante aquellas cosas que representan el objeto de su fe"[10]. Para MAGGIORE, en tanto, ese sentimiento de respeto, para constituir reverencia, debe estar "acompañado de signos externos de honor"[11].

Es innecesario que la cosa pertenezca a una iglesia o comunidad religiosa. Puede ser propiedad de un laico, que por ejemplo la ha prestado para su veneración en un templo abierto al público. Tampoco es relevante el valor material del objeto: se incurre en la calificación independientemente de ello: *unabhängig von ihrem materiellen Wert*[12].

Acerca de la religiosidad del lugar, debe ser un sitio público, es decir, accesible libremente a un número indeterminado de personas; y donde se exponga el objeto con fines de reverencia. Un museo que exhibe una obra sacra (por ejemplo, la *Ognissanti*

---

7 Como era el caso en el *Codice Zanardelli*, art. 403, n. 3: "sopra cose che servano o che siano destinate al culto in luoghi dedicati all'esercizio di esso".

8 MANZINI, Trattato del furto, v. 4, p. 469.

9 Aunque se aclara que "el honor tributado a las imágenes sagradas es una *veneración respetuosa*, no una adoración, que sólo corresponde a Dios": Catecismo de la Iglesia Católica, tercera parte, secc. II, cap. I, art. 1, IV, Nº 2132.

10 FONTÁN BALESTRA, Carlos, Tratado de derecho penal. Parte especial, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1980, t. 4, p. 524.

11 MAGGIORE, Giuseppe, Derecho penal. Parte especial, Bogotá, Temis, t. 5, p. 66, trad. al español de José J. Ortega Torres.

12 BIRKLBAUER, Alois/HILF, Marianne Johanna/TIPOLD, Alexander, Strafrecht. Besonderer Teil, t. 1, Viena, Facultas, 2015, p. 312.

Madonna del GIOTTO, expuesta en la Galleria degli Uffizi), no es lugar apto para cometer este hurto calificado, pues la cosa se destina allí, no a la reverencia religiosa, sino a la contemplación artística[13]. Tampoco lo es un oratorio privado, por incumplir la exigencia de su apertura al público, tal como ha resuelto la *Corte de Cassazione* en repetidas ocasiones, ni lo sería una sacristía por no ser dependencia de acceso general, contra el antiguo y extensivo criterio del TS según el cual "la sacristía forma parte integrante de la iglesia y, por tanto, es lugar destinado -más o menos directamente- a la celebración de los actos de culto (15 de nobiembre de 1875)"[14]. Menos aún la imagen religiosa que guarda un coleccionista en su casa: "la casa di abitazione non può mai dirsi *destinata* alla custodia di cose sacre, essendo l'abitazione prevalente come destinazione"[15]. Y "para el ladrón, el cáliz en una casa particular no representaba más que una forma dada a la plata con la cual deseaba enriquecerse"[16].

El lugar más frecuente para la comisión de este delito es el templo; pero la cosa puede también exponerse fuera de él e incluso en una procesión. Se cumple en todos esos casos la destinación de pública reverencia.

Agente de este delito puede ser cualquiera, incluso "no impide la agravante el que el culpable estuviere adscrito al servicio de la iglesia, ni siquiera su condición de sacerdote"[17].

Por fin, acerca del dolo, RODRÍGUEZ DEVESA halla que "el sujeto ha de conocer el carácter sagrado de la cosa o por lo menos ha de presumir que lo tiene (dolo eventual), si no, sería un hurto simple"[18].

III. EL CONSENTIMIENTO DEL OFENDIDO

El consentimiento del ofendido, o del *avente diritto* como dice el art. 50 del Código Penal italiano, excluye en algunos casos la antijuridicidad y en otros la tipicidad de la

[13] Aunque se plantea la duda de "la sustracción de objetos de tal naturaleza exhibidos en museos catedralicios, que estando generalmente en lugares aparte de los destinados al culto, aunque anejos a los mismos, puede originar dudas sobre la procedencia de la calificación": QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, Tratado de la parte especial del derecho penal, Revista de derecho privado, t. 2, Madrid, 1964, p. 293.

[14] PUIG PEÑA, Federico, Derecho penal. Parte especial, Madrid, Revista de Derecho Privado, t. IV, 1955, p. 218.

[15] GIURIATI, Giovanni, Trattato di diritto penale. Dei delitti contro la proprietà, t. VIII, Milán, Vallardi, p. 152.

[16] CARRARA, Francesco, Programa de derecho criminal. Parte especial, Depalma, Buenos Aires, t. 4, p. 86, § 2072, trad. de Sebastián SOLER, Ernesto R. GAVIER y Ricardo C. NÚÑEZ.

[17] QUINTANO RIPOLLÉS, Tratado de la parte especial del derecho penal, t. 2, p. 293.

[18] RODRÍGUEZ DEVESA, José María, Derecho penal español. Parte especial, Madrid, Madrid, 1971, p. 361.

conducta[19]. En el hurto ocurre esto último: "lo que se da no se roba". La estructura misma de la figura implica que el apoderamiento se produce sin consentimiento: "tomare las cosas muebles ajenas sin la voluntad de su dueño" (art. 234 del Código Penal español). Afirmar lo contrario, incluso, movería a risa: "sería cómicamente ridículo que cuando yo permito que otro tome una cosa mía como regalo, se diga que hay un hurto justificado por el consentimiento. El permiso del propietario ha hecho surgir una figura jurídica bien distinta al delito contra el patrimonio: en ese caso nos hallamos en presencia de una donación"[20].

La principal virtualidad de la propiedad, al menos en los regímenes liberales de respeto al individuo, es su libre disponibilidad. El patrimonio económico es el derecho disponible por excelencia.

Pocos debates se suscitaron al respecto; al menos desde que CARRARA enseñó que "siendo la propiedad derecho alienable, es evidente que el consentimiento del propietario a la contrectación que otro ejecute de la cosa suya, siempre que sea libre y espontáneamente prestado, elimina el título de hurto; y lo elimina de modo tal que cuando aquél ha sido prestado a consecuencia de un engaño, siempre desaparece el título de hurto, aunque el hecho resulte punible bajo otro título"[21]. En tanto que de acuerdo a SOLER, "la esfera en que la eficacia del consentimiento es la regla está constituida por los derechos patrimoniales"[22]. Y NÚÑEZ: "toda especie de propiedad es un bien esencialmente enajenable. Su provación, aunque ocurra mediante una de las acciones previstas como delito, no es criminal si es hecha con la anuencia del propietario que tiene capacidad para

---

19 De nuestra autoría, El consentimiento del ofendido en el derecho penal, Bogotá, Leyer, 2020, p. 24.

20 JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, Tratado de derecho penal, t. IV, Buenos Aires, Losada, 1976, p. 630.

21 CARRARA, Programa, t. 4, p. 35, § 2034. Y reseña a continuación un caso en el que se combinan consentimiento y delito experimental: "la incompatibilidad del hurto con el consentimiento del propietario dio ocasión a viva polémica entre los juristas de Alemania en un caso práctico acerca del cual disertó el doctísimo Abegg, profesor en Breslau, en el *Gerichtssaal* de 1861. Informado un almacenero de que se quería cometer un hurto en su perjuicio, en vez de impedirlo, procuró facilitarlo, y después de su consumación sorprendió a los ladrones y los denunció. Los tribunales de primera instancia condenaron por hurto; pero la tercera instancia encontró que estaba mal aplicado el título de hurto, y absolvió, porque el ladrón se apoderaba de las cosas ajenas mientras el propietario quería que así ocurriera. A mí no me persuade esta sutil aplicación de la teoría del consentimiento. Es verdad que, en el momento del hurto, el propietario quería que uno de los ladrones robara. Pero lo quería para poder denunciar al otro, hacerlo juzgar y recuperar las cosas suyas; por lo tanto, en él no había ánimo de abandonar la posesión, y se confunde la voluntad de arrastrar al ladrón a la pena con el consentimiento a la substracción de la posesión y del dominio. Por lo tanto, no faltaban los extremos *objetivos* del hurto. Tampoco faltaban los extremos *subjetivos*, porque el ladrón no sabía que el dueño toleraba el robo para después denunciarlo".

22 SOLER, Sebastián, Derecho penal argentino, t. 1, Buenos Aires, TEA, 1992, p. 426, actualizado por Manuel A. BAYALA BASOMBRÍO.

darla. Por esto, el *perjuicio debe ser invito domino*"[23].

ROXIN halla, con acertado análisis, que lo que la ley ampara es en rigor "la facultad del portador del bien jurídico de aprovechar la cosa que le pertenece de modo que sirva para el libre desarrollo de su personalidad, con la cual él pueda *proceder... a su antojo* (§ 903 BGB). Si el propietario, en virtud de una decisión libre, consiente en el menoscabo o la destrucción de su cosa, o incluso la solicita, no existe en ello ninguna lesión de la posición de propietario, sino una cooperación en su ejercicio libremente tolerado"[24].

Sin perjuicio del reseñado principio general de libre disposición, caben todavía algunas disquisiciones y excepciones. Pues aunque en la materia "alcanza mayor relieve la facultad de *disposición* del titular" de manera que "se interpreta que en los delitos de hurto, apropiación indebida, daño en las cosas, etc., se excluye la anitjuridicidad si se consiente la apropiación o la destrucción"[25], entre las infracciones contra la propiedad se alistan otras susceptibles de algunas observaciones y tiquismiquis.

En el hurto, el consentimiento del titular puede patentizarse tanto por la entrega voluntaria de la cosa, como por su abandono. Lo primero, pues "la voluntad contraria del dueño a la entrega de la cosa es también un elemento implícito del hurto. El empleo del término *apoderar* así lo pone de manifiesto, pues, en rigor, solo puede calificarse de esa forma el tomar lo que otro no quiere dar"[26]. Lo segundo, desde que la ajenidad de la cosa es un requisito típico del hurto, de modo que los bienes mostrencos o las cosas abandonadas pueden adquirirse legalmente por ocupación.

El robo con violencia sobre las personas, en cambio, es inapto de consentirse[27]. La extorsión, que también conlleva el empleo de violencia (aunque sea moral), también resulta inconciliable con el consentimiento.

Entretanto, el delito de estafa se erige sobre el consentimiento de la víctima a la entrega de la cosa, el cual supone viciado por dolo, induciendo o manteniendo por medio del ardid del autor. Por ello, "en materia de estafa, el consentimiento es ineficaz en cuanto

---

[23] NÚÑEZ, Ricardo C., Delitos contra la propiedad, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1951, p. 28.

[24] ROXIN, Claus, Derecho penal. Parte general, t. I, Madrid, Civitas, 1997, p. 517, trad. de Diego-Manuel LUZÓN PEÑA, Miguel DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO y Javier DE VICENTE REMESAL.

[25] CABALLERO, José Severo, El consentimiento del ofendido (o del interesado) en el derecho penal argentino, Córdoba, Lerner, 1967, p. 25.

[26] DONNA, Edgardo Alberto, Delitos contra la propiedad, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2001, p. 113.

[27] De nuestra autoría, El hurto con violencia sobre las personas, Bogotá, Leyer, 2018, p. 31.

es fruto de error de la víctima"[28]. También en la usura se presenta la aquiescencia del desplumado como elemento del reproche típico, desde que la contratación notablemente desventajosa es consentida por ambas partes. De modo que en ambos delitos, si bien existe un acto de consentimiento, no tiene virtud justificante sino que por lo contrario forma parte del injusto.

En los casos anteriores, todo consentimiento que se preste, como lo establecen justamente los tipos respectivos, se encuentra viciado sea por violencia o por dolo (en el sentido del vicio civil del consentimiento, consistente en el engaño). Es que "estos vicios privan de toda eficacia al acto de voluntad dispositiva"[29].

En tanto, el delito de usurpación de aguas, en caso de consentimiento, puede identificarse en algunos casos con el instituto civil de la servidumbre de aguas.

Para el delito de daño vale también una aclaración especial, en cuanto "en ciertas circunstancias bien puede que no sólo sea interesado o afectado por el delito el propietario de la cosa, sino que también la sociedad. La colectividad tiene, tratándose de bienes muy valiosos o de reconocida escasez, interés en su conservación por la calidad de riqueza social que ellos representan. En estos casos excepcionales, el interés colectivo puede llegar a proporciones que impidan la validez justificante de un consentimiento del particular propietario"[30]. Por ende, si bien el daño sobre objetos privados es por regla pasible de consentimiento, como ejemplifica REYES ECHANDÍA en el caso del "dueño de casa que autoriza a sus amigos con quienes ingiere licor para que destruyan su equipo de sonido que está funcionando mal"[31], cuando sobre el bien recaiga algún interés público o peligro general, el consentimiento del particular es inapto de excluir la antijuridicidad. Tales los casos de los daños que puedan causar infección o contagio en plantas o animales; o sobre objetos de interés científico, histórico, asistencial, educativo, cultural, artístico, de uso público o de utilidad social.

En el anecdotario que da motivo a estas breves notas, y si pensamos que la divinidad es dueña de disponer de los bienes materiales que la Iglesia le consagra, la supuesta y milagrosa entrega genera la atipicidad de la conducta. Concurriría también un ejercicio

---

[28] SANTORO, Arturo, Manuale de diritto penale, t. I, Turín, UTET, 1959, p. 207.

[29] CABALLERO, El consentimiento del ofendido (o del interesado) en el derecho penal argentino, p. 65.

[30] NOVOA MONREAL, Eduardo, Teoría del consentimiento de la víctima, Santiago de Chile, La Nación, 1939, p. 103.

[31] REYES ECHANDÍA, Alfonso, Antijuridicidad, en Obras completas, t. II, Bogotá, Temis, 1998, p. 256.

legítimo de un derecho, tanto por parte de quien dispone, como de quien recibe. Así es que el protagonista, lejos de pecar por ladrón, sería un recipiendario de la gracia divina... Bien que las causas de justificación deben invocarse y probarse por parte del interesado. Pero al menos en premio al ingenio le vale la frase de BENEDETTO CROCE: "non è vero, ma ci credo". ¿La fe produce los milagros, o los milagros producen la fe?

* * * * * *

Prof. Diego Olivera Zapiola

Juez de Garantías de la provincia de Buenos Aires. Profesor Titular de Derecho Penal y Procesal Penal de la Univ. Atlántida Argentina y de la Univ. del Museo Social Argentino (UMSA). Socio de la FICP.

~Arraigo como medida excepcional conculcadora de los derechos del ciudadano~

Resumen.- El presente trabajo aborda la situación de la medida excepcional de "arraigo", que como instituto cautelar personal y de restricción de la libertad en los albores de la investigación de un hecho criminal ha proliferado como respuesta punitiva del Estado frente a ciertas formas de delito organizado. Particularmente se consideran los estándares internacionales y las garantías en juego que operan críticamente en el marco de los Estados republicanos de Derecho.

> "…parece que en el presente sistema criminal, según la opinión de los hombres, prevalece la idea de la fuerza y de la prepotencia a la justicia; porque se arrojan confundidos en una misma caverna los acusados y los convictos; porque la prisión es más bien un castigo que una custodia del reo…" Cesare BECCARIA 1764[1].-

I. INTRODUCCIÓN

Importantes ensayos han disertado en torno a la necesidad de dotar al sistema penal de herramientas eficaces para una adecuada persecución del delito al tiempo que se ha predicado la presencia de una permanente tensión con las garantías del ciudadano[2], en particular en los tiempos actuales en los que el ser humano se encuentra inmerso en una sociedad que ha sido definida también como la sociedad del riesgo[3], de la cual la delincuencia organizada forma parte como un verdadero contrapeso a los esfuerzos ingentes por propender al bienestar general mediante el diseño de la ley que logre conjurar sus acciones criminales.

---

* Abogado (UAJFK 1994). Especialista en Derecho Penal (USAL), Especialista en Criminalidad Económica (U. Castilla La Mancha), Especialista en Derecho Penal Parte Especial (U. Salamanca). Magister en Magistratura y Derecho Judicial (U. Austral). Magister en Derecho Penal (U. Austral). Autor de libros y artículos de la temática Penal y Procesal Penal.

[1] BECCARIA, Cesare. De los delitos y de las penas, Ed. Altaya, 1997, pág. 82

[2] CAFFERATA NORES, José Eficacia del sistema penal y garantías constitucionales, Ed. Mediterránea, 2002.

[3] Término fue postulado por el sociólogo alemán Ulrich BECK en 1986, como forma sistemática de lidiar con peligros e inseguridades inducidos e introducidos por la propia modernización entendida como proceso socioeconómico de industrialización y tecnificación que alcanza al hombre y a los Estados.

¿Cabe traer a colación el dilema moral que plantea si es que el fin justifica los medios?, ¿es que el Estado ha retrocedido tanto frente a la delincuencia organizada que no cuenta con herramientas o mecanismos que ajustándose a criterios racionales y sin perforar el contorno legal construido en torno al respeto de las garantías individuales del ciudadano, le permita esclarecer los hechos y someter a juzgamiento a sus responsables?

Sin duda alguna la etapa de la ilustración ha lidiado con esos acertijos y ha intentado humanizar el derecho penal para adaptarlo a una realidad en donde el Estado ya no puede fagocitar al ciudadano y someterlo a sus designios, ya que el individuo es reconocido a partir de entonces en un rol preponderante tanto en el plano político como en el social.

Puntualmente el trabajo está inspirado en poner de relieve estos planos y describir algunas reflexiones sobre el poder del Estado y las tensiones que se generan cuando éste avanza sobre las garantías individuales apartándose de aquellas premisas fundamentales que hacen al propio Estado de Derecho, en caso de este último concepto no atado simplemente al sistema interno de derecho -normas constitucionales de aplicación endógena-, sino a las referidas a la órbita internacional y sistematizadas en función de la protección integral del hombre cualquiera sea su pertenencia nacional (de aplicación tanto endógena como exógena).

II. APRECIACIÓN COMO MEDIDA DE CAUTELA

Opinaba CHIOVENDA[4] que mientras en el juicio de naturaleza civil se atiende la consecución de un bien garantizado por la voluntad de ley originaria o derivada, mediante la actuación de ésta, en el juicio penal se tiende al castigo del particular que ha violado una ley -nótese este aspecto que ciñe su aplicación a un cierto grado de certeza respecto de la alteración del puntual del ordenamiento punitivo-, agrega el autor en cita que pueden

[4] CHIOVENDA, Giuseppe. Principios de Derecho Procesal Civil, t. I. Ed. Cárdenas México, 2001, p. 400. En el capítulo dedicado a la acción civil y penal.

aplicarse medidas identificadas como "aflictivas", en el campo del patrimonio o en la libertad personal, siendo ellos utilizados como medios en puridad coercitivos para la obtención del cumplimiento de obligaciones inherentes al proceso, aunque en este caso las mismas son únicamente tributarias del proceso civil. La diversa naturaleza permite en una clase de proceso avanzar sobre un grupo de derecho respecto de los cuales resulta impensado avanzar cuando se hace referencia al sistema penal. La relación de instrumentalidad que señala CALAMANDREI[5] por otra parte liga a la providencia principal a la de cautela. Unido ello al arraigado principio del derecho penal acuñado por FEUERBACH, *nullum crimen nulla poena sine lege*[6] el cual de un sentido lógico imprime a necesidad de una comprobación de una materialidad delictiva que se encuentre establecida previamente en un dispositivo legal apto, tal circunstancia compromete seriamente el instituto propuesto por el sistema legal del país centroamericano. Se deja de lado para este análisis el denominado principio de legalidad procesal que hace referencia al modo en que se efectúa la persecución penal estatal[7].

La presencia del hecho constituye la base de cualquier persecución corriéndose el oscuro riesgo virar hacia un derecho penal de autor, ya que se pretende punir por lo que el delincuente potencialmente és y no verdaderamente por aquello que efectivamente hizo. Gran parte de los ordenamientos constitucionales lo proscriben por el principio de reserva legal, que salvaguarda de la acción de Estado al pensamiento no exteriorizado en modo alguno.

III. LA INJERENCIA DEL SISTEMA DE DERECHOS HUMANOS

[5] CALAMANDREI, Piero. Introducción al estudio sistemático de las Providencia Cautelares, Ed. El Foro, pág. 135.

[6] FEUERBACH, Anselm. Tratado de Derecho penal (traducción de la 14.ª edición alemana de Eugenio Zaffaroni e Irma Hagemeier), Ed. Hammurabi, 2007, pág. 55. Allí de seguido puntualiza el autor: "*Por ende, sólo la conminación del mal por la ley es lo que fundamenta el concepto y la posibilidad jurídica de la pena…".*

[7] CAFFERATA NORES, José. Eficacia…, 2002, pág. 5 en el artículo que corresponde a la autoría de Hugo Antolín ALMIRÓN.

Hoy día y a partir de la globalización que imprimen las convenciones internacionales no sólo se debe analizar el sistema jurídico interno, debe recalarse en el derecho internacional y en el caso el interamericano, ya que desde allí se proponen las reglas legales, debiendo el orden interno adecuarse a sus mandas de modo tal de no afectar los umbrales mínimos que establecen las convenciones de derechos humanos dirigidos a poner coto a cualquier intento de coartar los derechos y garantías del ciudadano más allá de lo estrictamente razonable.

Pero centralmente corresponde establecer que el arraigo[8] opera como medida excepcional o extraordinaria del derecho a precaucionar y visualizar al mismo tiempo como se lo institucionaliza. Para ello es necesario concentrarnos en uno de los casos más desatacados de esta regulación exorbitante la cual pertenece al ámbito del derecho mexicano.

El arraigo permite al Estado retener a una persona -privarlo de su libertad- sin existir otra causa que la presunción de pertenencia[9] a una organización criminal, no distinguiéndose grado de participación alguna ni mención de la clase de delitos a los que se sindica la mentada actividad, violándose de este modo varias garantías arraigadas en lo más profundo de las reglas básicas del derecho criminal en el marco de un Estado de Derecho.

La no existencia de un delito puntual que motive la mentada injerencia estatal pone en severa crisis también cualquier atisbo de función cautelar que pueda otorgársele. Se ha traído antes de ahora a CHIOVENDA, el autor explica de modo simple como frente a la naturaleza diversa de los procesos civil y penal se deben articular procesos que sean

[8] Difiere sustancialmente dicha noción de las que abordan por lo general nociones relativas a estancia a derecho de la persona imputada y como garantía de su estancia a derecho. Ejemplo de ello lo tratado en Código Procesal de la Provincia de Buenos Aires Comentado ELÍA/OLIVERA ZAPIOLA, Ed El Foro, 2017 -ver en particular comentario al art. 171 inciso 1º-.

[9] Parece operar una grave afectación del principio de inocencia el cual es trocado por el de pertenencia.

funcionales a la finalidad que cada uno de ellos propone. En tal sentido sólo podrá operar un castigo respecto de aquello que sea verificado ab initio, el desempeño cautelar deberá obedecer consecuencialmente a esta premisa claramente limitadora de exceso en el poder punitivo Estatal.

Señala ALVARADO VELLOSO[10] las características comunes para otorgar cautelas, la necesidad de que, al tiempo de decretar la misma, exista para el juez una clara verosimilitud del derecho pretendido y que se acredite inicialmente la existencia de urgencia en la obtención de la medida, debido a que se halla justificado que la demora frustre el derecho que da origen al conflicto. Tal requerimiento parece hato devaluado en el tipus analizado.

IV. SU APLICACIÓN EN EL ÁMBITO DEL DERECHO AMERICANO

Contextualmente la figura del arraigo en México ha sido incorporada al sistema penal por primera vez en 1983 tras la reforma al Código Federal de Procedimientos Penales en donde se introdujo como una medida preventiva para garantizar la disponibilidad de los acusados durante la investigación preliminar y durante el proceso penal. Ello en el marco de la denominada "guerra contra la delincuencia organizada[11]", emprendida por el Gobierno Federal desde el año 2006, no obstante ello, el contexto de inseguridad y violencia en ámbito mexicano se ha agravado. En particular la violencia estatal se ha incrementado de manera sensible en los últimos años y una de sus causas y manifestaciones más notorias es la militarización de la seguridad pública.

[10] ALVARADO VELLOSO, Adolfo. Sistema procesal (garantía de la libertad), tomo II y ss., Ed. Rubinzal Culzoni, 2009, pág. 500. Para el autor resulta verosímil aquello que tiene apariencia de ser verdadero y resulta creíble. En punto al peligro de demora proporciona más datos en favor de la tesis sostenida en estas líneas al decir que el cautelante debe convencer al juez con variados argumentos y medios prueba que hay peligro y derecho verosímil. Cuestión en franca crisis cuando no se conoce ni tan siquiera que delito de persigue.

[11] Se trata de otro fenómeno de carácter global que hace al crimen organizado, destacándose los altos niveles de profesionalismo y organización que los mismos ostentan.

Este instrumento era aplicado a solicitud del Ministerio Público, aun cuando la naturaleza del delito o la pena no requiriera de prisión preventiva y existiera una base bien fundada para suponer que el acusado podría evadir la acción de la justicia. Esta forma de detención pre preventiva podría aplicarse hasta por 30 días y permitía su renovación por un juez a petición del Ministerio Público. Sin embargo, el Código no especificaba el lugar en dónde debía llevarse a cabo la detención, lo que podía permitir que la misma se llevara a cabo en instalaciones especiales, hoteles u hogares privados, práctica que anunciaba de manera clara su apartamiento de los caminos de la constitucionalidad.

En 1984, el arraigo fue incorporado al sistema penal dentro del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y Territorios Federales como un mecanismo para jueces que les permitiera retener a personas que pudiesen declarar acerca de un delito.

Debido a diversos reclamos la Suprema Corte se ha pronunciado en la acción de inconstitucionalidad 20/2003 estudió el artículo 122 bis del Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua[12], que preveía la existencia del arraigo, sin embargo, la Corte estableció que ésta era violatoria del derecho a la libertad personal, así como de los principios de legalidad y proporcionalidad, al no constituir una de las formas de restricción o suspensión de la libertad de las personas expresamente consagradas en la Constitución, por lo que concluyó que era inconstitucional.

La reacción a dicho temperamento por parte de las autoridades a cargo del gobierno central del país fue un férreo impulso a lo largo de los años 2006 y 2007, de proyectos de implantación en la propia constitución, las que confluyeron finalmente en un dictamen de Comisiones Unidas en la Cámara de Diputados del 10 de diciembre de 2007. Dentro de

[12] Texto derogado merced al Decreto 611/06 del P.O.

la iniciativa aprobada por el Pleno tan sólo tres días después de su aprobación en Comisiones, incluyó una reforma al artículo 16 consagrando la figura del arraigo a nivel constitucional.

A partir de su aprobación constitucional e incorporación al sistema de justicia penal ha permitido la aplicación regular de este cuestionable instituto no sólo cuando existe un riesgo fundado de que el indiciado pueda escapar de la justicia, sino también para todos los casos en que haya sospechas de delincuencia organizada, donde las autoridades han sostenido que es necesario para el éxito de las investigaciones.

Puntualmente el art. 16 de la Constitución del Estado Mexicano[13] en su apartado octavo -incluido por la reforma constitucional operada en el año 2008-, dispone: La autoridad judicial, a petición del Ministerio Público y tratándose de delitos de delincuencia organizada, podrá decretar el arraigo de una persona, con las modalidades de lugar y tiempo que la ley señale, sin que pueda exceder de cuarenta días, siempre que sea necesario para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia. Este plazo podrá prorrogarse, siempre y cuando el Ministerio Público acredite que subsisten las causas que le dieron origen. En todo caso, la duración total del arraigo no podrá exceder los ochenta días.

La vaguedad de algunos postulados tales como: éxito de la investigación (cualquier clase ella), protección de personas (cuales), o el mismo riesgo -fundado- de que el encartado se sustraiga de la investigación merecen especiales cuidados a la hora de su interpretación y concreta aplicación.

[13] Texto reformado, D.O.F. 18 de junio del año 2008.

La duración total del estado excepcional no puede superar los ochenta días contados desde la intervención del Estado, se trata de un período verdaderamente prolongado ya que la suspensión de garantías resulta evidentemente arbitraria, sin embargo, también preocupa la vaguedad del término delincuencia organizada que és determinado en el párrafo siguiente tal y como se verá a continuación, no resulta posible.

Pues, aclara el apartado siguiente (9º) el concepto central a la imposición de la medida que es el de la clase de delincuencia a, la que podrán aplicarse las medidas señaladas: "Por delincuencia organizada se entiende una organización de hecho de tres o más personas, para cometer delitos en forma permanente o reiterada, en los términos de la ley de la materia"[14].

Dicha definición aparece cuanto menos como vaga y abierta, probablemente diseñada de tal modo que nadie pueda eludir una imputación por delincuencia organizada, remedando la caza de brujas inquisitorial. Esta redacción señala la mera asociación delictiva como un delito cualquiera -sin importar la gravedad de afectación en concreto-, sin especificar qué estándares probatorios habrían de dar cuerpo a una acusación por este delito, adelantando la punibilidad sobre aquello que ni se conoce. Adunado a ello, conforme a su texto: "serán sancionadas... como miembros de la delincuencia organizada", lo cual indica no una conducta, sino un tratamiento especial. En este sentido basta el señalamiento, muchas veces a través de testigos protegidos o víctimas de tortura, de que personas pertenecen a grupos de delincuencia organizada, para que las autoridades ordenen el arraigo de los inculpados, sin habérseles acreditado ninguna conducta delictiva en particular más que su supuesta pertenencia a una presunta delincuencia organizada. El

[14] Texto reformado, D.O.F. 18 de junio del año 2008.

extremadamente bajo estándar probatorio en la definición de delincuencia organizada[15] en la legislación de referencia prueba además que no se encuentra adecuada a la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Convención de Palermo[16]).

En el año 2013, la Suprema Corte de Justicia de México[17] emitió una resolución denominada contradicción de tesis 293/2011, la cual, entre otros temas, señaló que las normas de Derechos Humanos establecidas en tratados internacionales tenían la misma jerarquía normativa que la Constitución Federal, empero, si el texto constitucional establecía una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos se debía estar a lo dispuesto en la disposición de derecho interno.

Robert ALEXY ha pregonado con tenaz insistencia el concepto que deriva de la frase "la injusticia extrema no es derecho"[18], a lo que no cuesta adicionarle que en tal caso de derecho tiene tan sólo una apariencia ya que evidentemente la cuerda que vibra al referirse a aquello que resulta injusto devela -aún desde el más craso sentido común- que se opone al concepto de justicia, enarbolado como una verdadera virtud esencial al sistema de gobierno desde el atalaya de un pueblo que reconoce un grupo de reglas mínimas a

[15] El Departamento contra la Delincuencia Organizada Transnacional (DDOT) fue creado en 2016 y tiene como propósito principal proveer asistencia técnica y legislativa a los Estados Miembros de la OEA para enfrentar y responder a la Delincuencia Organizada Transnacional (DOT). En particular, el DDOT apoya a aquellos Estados Miembros que lo requieran para dar cumplimiento a la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus tres Protocolos (trata de personas; tráfico ilícito de migrantes; y tráficos ilícitos de armas de fuego), al Plan de Acción Contra la DOT, y el Consenso de Chapultepec.

[16] En su prefacio señala: "Los grupos delictivos no han perdido el tiempo en sacar partido de la economía mundializada actual y de la tecnología sofisticada que la acompaña. En cambio, nuestros esfuerzos por combatirlos han sido hasta ahora muy fragmentarios y nuestras armas casi obsoletas. La Convención nos facilita un nuevo instrumento para hacer frente al flagelo de la delincuencia como problema mundial. Fortaleciendo la cooperación internacional podremos socavar verdaderamente la capacidad de los delincuentes internacionales para actuar con eficacia y ayudaremos a los ciudadanos en su a menudo ardua lucha por salvaguardar la seguridad y la dignidad de sus hogares y comunidades". Claramente la solución que promueve el consenso interestatal es contrario al uso arbitrario de la violencia en cualquiera de sus formas.

[17] Tal y como lo señala la Comisión Mexicana de defensa y promoción de los Derecho Humanos en: https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CAT/Shared%20Documents/MEX/INT_CAT_NGO_MEX_12965_S.pdf

[18] VIGO, Rodolfo. La injusticia extrema no es derecho (de Radbruch a Alexy), Ed. Fontamara, 2008.

respetar para lograr la convivencia social. Esta postura de corte no positivista ha permitido interpretar como previo a la incorporación de los tratados internacionales a los sistemas locales su apreciación en torno a la preeminencia de los Derechos Humanos en relación con los contextos locales que se aplican en los distintos países.

Una pregunta que estimo trascendente es que, si el Estado le impone a quienes encuadran en las mandas de estas disposiciones y los somete a una situación del todo excepcional hasta 80 días, ¿no altera con ello su situación habitual de arraigo?, ¿y cómo impactaría ello en lo sucesivo tanto en la personalidad como en las relaciones del individuo sometido al mismo? Si el cuadro de arraigo que tradicionalmente se plantea en cuanto a la vinculación del ciudadano a un medio y su situación relacional, es natural que la misma se vea severamente afectada por la medida -pérdida de trabajo, desvinculación de ciertos estamentos sociales que previamente frecuentaba, tales como clubes o circuitos de referencia-. por cuanto la nueva posición del agente debe ser valorada con extremo cuidado y sin perder de vista las negativas influencias del propio instituto del arraigo en su marco previo convivencial. El concepto de sus pares seguramente mutará luego del posible descrédito que acompaña la situación de privación de libertad que aquí se analiza.

Además se verifica una unión en desmedro de las garantías fundamentales de los ciudadanos de los sistemas de justicia penal y de seguridad pública, en el que la justicia se vuelve una herramienta a disposición del sistema de seguridad y se ha configurado como un subsistema de excepción -aunque de corriente aplicación- consistente en la implementación de una pena pre-condenatoria, que flexibiliza las garantías judiciales de las personas y las coloca en una suerte de limbo jurídico en el que no son ni indiciadas ni inculpadas. En la mayoría de los casos, una persona es detenida con base en “deposiciones fantasma” de “testigos anónimos”, que a menudo se obtienen mediante apremios, tortura o son producto de procedimiento absolutamente irregulares.

Es importante señalar que el arraigo en el sistema mexicano es abordado como una medida cautelar y no procesal, pues es previo al inicio del proceso penal, incluso es utilizado para continuar con la investigación. ¿Funciona como un anticipo pretensional en orden a esta afirmación? Esta primera incógnita requiere mencionar la fórmula innovativa de los adelantos pretensionales o tutelares anticipadas, las cuales se orientan a adelantar el resultado de la estimación de la pretensión -en el caso de la pretensión punitiva estatal-, ya que tienen por objetivo la evitación o morigeración del daño que habría de producirse como consecuencia de la demora en resolverse aquello que hará al proceso. Podría también pensarse en una acción preventiva, cuya característica principal es que reviste un proceso autónomo y que procede ante un acto u omisión antijurídica que permite avizorar la producción de un daño. Aún frente a este último supuesto clasificatorio se presentan las objeciones que se revelan a lo largo del presente trabajo, siendo esencial que el derecho penal pone únicamente en marcha los mecanismos tendientes a proteger los intereses que le son propios frente a la presencia de un delito o al menos frente al inicio concreto de un acto que devela su inicio de ejecución.

A esta altura de mi relato, parece ocioso maquillar mediante cualquier formulación lo que se desprende por maduro: que el arraigo es pasible de ser considerado violatorio de derechos humanos, pues se estima que vulnera el debido proceso, el principio de presunción de inocencia y constituye una pena anticipada de la libertad, ya que es impuesta de forma previa a un proceso penal, por lo tanto, aún no existen pruebas que presuman la probable responsabilidad del detenido en la comisión de un delito y tampoco se ha formulado cargo alguno en su contra. Además, la característica del delito por el cual se acusa a una persona (en este caso, delitos de delincuencia organizada) no justifica su aplicación.

V. LOS FRENTES DE OPOSICIÓN CONCRETOS A LA MEDIDA DE ARRAIGO

En el concierto internacional el Subcomité de las Naciones Unidas para la Prevención de la Tortura y Otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes, tras su visita a México en 2009, postuló que el uso del arraigo dejaba a los detenidos por el alcanzados en una situación de mayor vulnerabilidad sin un estatus jurídico definido para ejercer su derecho a la defensa. Asimismo, han señalado que la poca vigilancia sobre la práctica del arraigo amplía las posibilidades de incidencia en casos de tortura, atestiguando que cerca del 50% de las personas que entrevistaron durante su visita al Centro de Arraigos Federales en la Ciudad de México presentaban evidentes signos de tortura y malos tratos. Por tal motivo, recomendó la inmediata adopción de medidas legislativas y administrativas para prevenir casos de tortura u otros tratos degradantes bajo arraigo (párr. 238).

Debe destacarse que en el informe practicado por la Relatora Especial de la ONU sobre la Independencia de Jueces y Abogados agrego a este preocupante cuadro situacional, al culminar su misión oficial a México en el mes de octubre de 2010, que llevar a cabo una detención para investigar –cuando lo apropiado debiera ser investigar de manera rápida y eficazmente para detener – son muestra de un mal funcionamiento del sistema de procuración de justicia y constituye una palmaria violación a la presunción de inocencia. Consideró que la figura constituye una violación a los derechos humanos y debe ser eliminada (párr. 92-94).

Aparece evidente que mediante el uso del arraigo se ha invertido el principio de presunción de inocencia, estipulada en la reforma constitucional de 2008 generando una posible contradicción intra sistémica. Así, mediante el uso del arraigo, la privación de la libertad supera y trasciende la culpabilidad de una persona, por lo que no hay equilibrio

entre la privación de libertad prematuramente adoptada y el supuesto acto ilegal. Dentro del panorama que presenta su aplicación, una persona que sirve de testigo en determinado caso puede ser arraigado bajo diversos argumentos, hasta llegado el caso so pretexto de su propia protección frente a eventuales "venganzas privadas" o el de evitar que evada participar en el procedimiento. El testimonio resulta de este modo forzoso y la presunción de inocencia se única en un plano absolutamente secundario y en la práctica irrelevante.

Con posterioridad a la reforma Constitucional que abrigó al arraigo la Suprema Corte local señaló que, no obstante los diversos precedentes en los que había señalado la inconstitucionalidad del arraigo, tras la reforma que lo constitucionalizó y tras una nueva reflexión, podía establecerse que el texto constitucional permitía limitar el derecho a la libertad, bajo las reglas y condiciones señaladas en el artículo 16 constitucional.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos aún no ha realizado de manera específica pronunciamientos sobre la figura del arraigo, o por lo menos no como el ordenamiento jurídico mexicano entiende dicha figura.

El único pronunciamiento en el cual se han establecido criterios que podrían orientar una aproximación es en el caso *Andrade Salmón vs. Bolivia*[19] (Corte IDH, 2016a), no obstante lo cual, el ordenamiento jurídico boliviano tiene un entendimiento distinto del arraigo, pues prevé que consiste en la prohibición de salir del país, aunque ambos pueden orientarse al ámbito precautorio, no son idénticos sus objetivos alcances ni intereses en juego.

La situación señalada puede deberse a que la Corte Interamericana entiende la violación de la libertad personal de manera amplia, pues si bien la Convención Americana sobre Derechos Humanos permite limitar el ejercicio de dicha libertad, no establece

[19] https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_330_esp.pdf

explícitamente los casos que serán considerados legítimos o no, lo cual torna imperativo que los casos deban ser analizados uno por uno (Corte IDH, 2010).

En este sentido, la Convención Interamericana prohíbe que la normativa interna de los Estados en su aspecto formal permita violaciones a la libertad personal (tal y como se verifica en la figura del arraigo) o incluso en su aspecto material, cuando la detención o encarcelamiento se realice con métodos que pueden ser legales, pero que en la práctica resultan irrazonables o carentes de proporcionalidad (por ejemplo, violaciones a derechos durante una detención en flagrancia) (Corte IDH, 2012).

En otras palabras, la Convención Americana permite límites a la libertad personal por parte de los Estados y con independencia de su denominación o particularidades (ya sea prisión preventiva, alojamiento, detención en flagrancia, prohibición de salir del país, entre otros) siempre y cuando se cumplan ciertos estándares protectores de derechos humanos.

La Corte Interamericana ha desplegado una importante línea jurisprudencial sobre el tema, especialmente ha emitido criterios en relación con la prisión preventiva y a partir de ella ha establecido los estándares mínimos que se deben cumplir para que las distintas formas de limitar la libertad personal establecidas por los Estados sean consideradas convencionales.

Como piso fundamental se ha establecido y de manera general que al imponer una medida privativa de la libertad tienen que observarse los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad (con los elementos de convicción para dictarla y los hechos que se investigan) (Corte IDH, 2016b).

Las disposiciones que coartan la libertad son excepcionales, se justifican en la medida en que el detenido no pueda impedir el desarrollo de las investigaciones, ni eludir

la acción de la justicia (Corte IDH, 2009). Además, deben tener una temporalidad limitada y ser sometidas a revisión periódica (Corte IDH, 2014a), a partir de ello, cuando el plazo sobrepase lo razonable, debe limitarse la libertad con otras medidas menos lesivas (Corte IDH, 2015).

De manera reiterada se ha señalado que las características personales del supuesto autor y la gravedad del delito del que se le acusa no operan como justificación suficiente para la aplicación de las medidas, es decir, el Estado no debe detener para luego investigar, por el contrario, sólo está autorizado a privar de la libertad a una persona cuando alcance el conocimiento suficiente para poder llevarla a juicio (Corte IDH, 2014b). Este último elemento de exégesis liga de manera terminal las cuestiones inherentes a un encarcelamiento adelantado a la verificación de delito tal y como se viene examinando.

En particular el Estado mexicano ha conocido de la obligatoriedad de los fallos de la Corte Interamericana cuando la misma resolvió en el conocido caso "*Campo algodonero"*[20], allí el Estado intentó dejar de lado la aplicación de la Convención de Belém Do Pará ya que no se había suscripto, entendiendo contrariamente la Corte que la responsabilidad surgía en orden a los restantes compromisos internacionales asumidos, condenando en tal sentido por las inobservancias verificadas a lo largo del proceso.

El caso *García Rodriguez y Reyes Alpizar vs. Mexico*[21], se relaciona centralmente con el aludido instituto del arraigo, se alega la responsabilidad internacional de México por las torturas, violaciones al debido proceso y a la libertad personal en contra de los prenombrados, quienes permanecieron detenidos en prisión preventiva por más de 17

[20] Caso González y otras vs. México. Cuya sentencia fue dictada en fecha 16 de noviembre de 2009.
[21] Audiencia de la Corte Interamericana realizada el 26 de agosto próximo pasado en la ciudad de Brasilia, república de Brasil.

años. Se postula que las presuntas víctimas habrían sido detenidas sin que se les presentara una orden judicial expedida con anterioridad a su detención y sin cumplir con las condiciones establecidas en el Código de Procedimientos Penales. Al respecto, la Comisión concluyó que los señores Daniel García y Reyes Alpízar solo conocieron formalmente las razones de la detención y los cargos formulados cuando fueron puestos a disposición de un juez, 45 y 34 días luego de su privación de libertad, lapso que estuvieron detenidos bajo arraigo. La Comisión estableció que la aplicación de la figura del arraigo constituyó una medida de carácter punitivo y no cautelar y, por lo tanto, una privación de la libertad arbitraria y violatoria del principio de presunción de inocencia. Asimismo, concluyó que la prisión preventiva posterior al arraigo, la cual se extendió por 17 años, resultó arbitraria. Concluyó, que se violó el derecho de defensa dado que, entre otros, las presuntas víctimas no lograron presentar las pruebas de descargo ofrecidas como esenciales en el proceso y el juez de la causa no tomó medidas para asegurar el envío de información[22].

VI. A MODO DE CONCLUSIÓN

El arraigo en el catálogo de violaciones a los derechos del ciudadano viene de la mano de utilizar una herramienta de precaución que no permite sustentarse sobre ninguna base justa, ello debido a la que no admite posibilidad de verificar la presencia de una razón que le de origen más allá de la mera mención a mono de cliché de “delincuencia organizada” concepto vacío en sí mismo y fácil de completar mediante el uso de discursos tributarios del pragmatismo punitivista, alejado de la esencia democrática por ser carente de real fundamentación, quedando en claro que avanza de manera desmedida sobre los derechos de los ciudadanos.

[22] Ver en lo particular las disposiciones de CADH sobre libertad personal: 7 puntos 1, 3, 4, 5; y de garantías judiciales: 8 puntos 1, 2, 3.

Se conculcan derechos fundamentales al aplicar medidas extraordinarias que en la práctica restringen de manera severa las garantías constitucionales tributarias de los Estados de Derecho y no escapa a esta visión el instituto bajo examen. La discrecionalidad que caracteriza en la práctica al mismo ha derivado en puntuales denuncias ante organismos de Derechos Humanos en procura de su abolición.

Las instituciones que pretendan dar respuesta al grave problema de la delincuencia organizada deben ajustar necesariamente las herramientas a imponer con que el orden jurídico teniendo en cuenta en forma particular a las directrices emanadas del derecho Internacional de los Derechos Humanos, ya que éstas señalan el norte que conduce a la actuación del Estado dentro de los carriles del sistema democrático de derecho. Tampoco puede construirse a espaldas de las básicas reglas de garantía que ofrece el derecho penal ni las directrices aplicables en materia de prevención procesal establecidas a partir de un estudio analítico de sus formulaciones.

BIBLIOGRAFÍA Y FUENTES DE INFORMACIÓN

BECCARIA, Cesare. De los delitos y de las penas, Ed. Altaya, 1997.

CALAMANDREI, Piero. Introducción al estudio sistemático de las Providencia Cautelares, Ed. El Foro, 2018.

CAFFERATA NORES, José Eficacia del sistema penal y garantías constitucionales, Ed. Mediterránea, 2002.

CHIOVENDA, Giuseppe Principios de Derecho Procesal Civil, tomo I, Ed. Cárdenas México, 2001.

ELIA/OLIVERA ZAPIOLA. Código Procesal Penal de la provincia de Buenos Aires Comentado, Ed. El Foro, 2017.

FEUERBACH, Anselm. Tratado de Derecho penal (traducción de la 14.ª edición alemana de Eugenio Zaffaroni e Irma Hagemeier), Ed. Hammurabi, 2007.

VIGO, Rodolfo. La injusticia extrema no es derecho (de Radbruch a Alexy), Ed. Fontamara, 2008.

Comisión Mexicana de defensa y promoción de los Derecho Humanos en: https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CAT/Shared%20Documents/MEX/INT_CAT_NGO_MEX_12965_S.pdf

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_330_esp.pdf

* * * * * *

Francesco de Angelis
Abogado inscrito en el Colegio de Abogados de Nápoles, Italia. Socio de la FICP.

~L'origine del Pubblico Ministero Europeo (EPPO: *European Public Prosecutor Office*)~

I. INTRODUZIONE

Si era alla fine del 1989, l'OLAF (Office lutte anti fraudes), servizio della Commissione attualmente incaricato della lotta antifrode a danno dei fondi dell'Unione Europea, non era ancora stato creato. Ogni servizio di gestione della Commissione nei settori agricolo, sociale, regionale, ecc., aveva una propria unità per condurre la lotta contro le frodi a danno del bilancio comunitario. In qualità di direttore della Direzione generale per il controllo finanziario, ero incaricato di rappresentare la Commissione dinanzi al Parlamento europeo coordinando dette unità. Il Parlamento era molto critico nei confronti della Commissione sul modo in cui essa affrontava la lotta contro le frodi. Anche la stampa nazionale formulava seri rimproveri nei confronti delle istituzioni europee. Di fatto non esisteva una strategia globale né a livello degli Stati membri responsabili della gestione dei fondi sul proprio territorio, né a livello europeo. La Commissione non aveva una visione complessiva dei diversi aspetti relativi al fenomeno dei reati finanziari.

Al fine di gettare maggiore luce sul fenomeno, la Direzione generale del Controllo finanziario decise di organizzare nel novembre 1989 a Bruxelles, un seminario di tre giorni, che riunì più di duecento rappresentanti degli Stati membri interessati alla gestione e al controllo dei fondi comunitari, nonché membri del mondo giudiziario e accademico nazionale ed europeo.

Contemporaneamente lo stesso servizio della Commissione intraprendeva iniziative di formazione per le magistrature nazionali nel campo della tutela penale degli interessi finanziari della Comunità europea e ciò nonostante l'opinione dominante di allora in seno alla Commissione, secondo la quale la formazione dei giudici nazionali era responsabilità esclusiva degli Stati membri**.**

Le iniziative di formazione erano dettate a suo tempo dalla constatazione di una situazione allarmante. Durante i controlli sul territorio degli Stati membri, si era constatato che l'applicazione del diritto comunitario nel settore della tutela degli interessi finanziari della Comunità europea, incontrava ostacoli significativi, non solo a livello

delle amministrazioni nazionali responsabili della gestione e del controllo dei fondi, ma anche e soprattutto, dell'autorità giudiziaria.

Per quanto riguarda queste ultime, era emerso che i casi di frode a scapito dei fondi comunitari non erano considerati una priorità per i pubblici ministeri nazionali. Le ragioni addotte riguardavano la complessità della legislazione europea, la mancanza di assistenza tecnica da parte dei servizi nazionali responsabili della gestione e del controllo dei fondi europei e la difficoltà di cooperare con i colleghi in altri Stati membri in caso di frodi transnazionali. 'Bruxelles' era percepita come un concetto molto vago... Il denaro europeo era considerato *res nullius* e non come avrebbe dovuto, *res* omnium.

Pertanto, i pubblici ministeri nazionali non davano agli interessi pubblici comunitari lo stesso livello di priorità di quando i danni riguardavano i fondi nazionali. L'enorme difficoltà di indagare sui casi di frode comunitaria, il basso livello di interesse pubblico, il tempo eccessivo impiegato per istruire i casi fraudolenti e la bassa probabilità di portarli a termine, conducevano ad un tasso di condanna estremamente esiguo.

Emergeva con chiarezza che l'importanza del bilancio europeo, bene comune dei cittadini della Comunità europea, richiedeva una risposta più efficace che tenesse conto delle caratteristiche specifiche della criminalità finanziaria che colpiva i fondi comunitari. Per altro, dalle constatazioni effettuate, relative ad importanti casi di frode, emergeva che le tecniche utilizzate e la complessità degli ingranaggi messi in atto, rivelavano il coinvolgimento di organizzazioni criminali.

L'eterogeneità delle legislazioni e delle procedure amministrative nazionali, nonché le carenze degli strumenti di cooperazione transnazionale esistenti, costituivano i principali ostacoli alla lotta contro tale criminalità organizzata a livello multinazionale. L'apertura delle frontiere fisiche avrebbe potuto accentuare il fenomeno se i confini giudiziari fossero rimasti.

Infatti, da un lato, la scomparsa dei controlli alle frontiere riduceva la possibilità per le autorità nazionali competenti di individuare i criminali quando attraversavano le frontiere, dall'altro, il mantenimento del dogma della territorialità del diritto penale perpetuava i confini giuridici. Tale situazione impediva quindi le autorità di uno Stato membro di perseguire, senza ricorrere a una complessa procedura di estradizione, la persona che aveva commesso un reato sul suo territorio e poi si era rifugiata in un altro.

Le istituzioni comunitarie avevano di certo lavorato per diversi anni per sviluppare un sistema di sanzioni, in collaborazione con gli Stati membri. Tuttavia, le soluzioni individuate apparivano insoddisfacenti. Tra questi, il ricorso al cosiddetto principio di «assimilazione» che per le finanze comunitarie era stato sancito dall'articolo 209 A del trattato di Maastricht, dopo una sentenza della Corte di giustizia delle Comunità europee, e con il quale veniva estesa l'applicazione delle sanzioni penali nazionali ai reati previsti dalle norme comunitarie. Questo approccio non garantiva una repressione efficace, poiché non superava l'ostacolo derivante dall'estrema eterogeneità delle sanzioni nazionali.

Tale constatazione rendeva anche scettici circa l'attuazione dei vari strumenti già in vigore volti a promuovere la cooperazione tra gli Stati membri. Si trattava certamente di atti giuridici che compivano progressi rispetto alla precedente situazione di cooperazione amministrativa e giudiziaria classica, dimostrando così uno sforzo da parte degli Stati membri di conseguire una cooperazione giudiziaria rafforzata. Tuttavia, si trattava di testi del terzo pilastro che richiedevano per entrare in vigore la ratifica da parte degli Stati membri, così come i testi precedentemente adottati nel quadro della cooperazione politica europea. Pertanto, l'efficacia della repressione non era garantita. L'idea di una giurisdizione estesa a tutto il territorio della Comunità non si rifletteva in questi atti giuridici. Ciò faceva sì che, nel campo della cooperazione giudiziaria, lo strumento obsoleto e inadeguato della rogatoria internazionale rimanesse sovrano.

Era quindi necessario arrendersi all'evidenza che le differenze esistenti tra gli ordinamenti giuridici nazionali costituivano ostacoli quasi insormontabili alla cooperazione interstatale in grado di far fronte alla nuova situazione di uno spazio economico integrato. I giudici nazionali potevano solo opporre un muro di carta al crescente crimine, che approfittava della scomparsa delle frontiere fisiche e beneficiava del loro mantenimento a livello penale, per garantirsi l'immunità.

La soluzione veramente efficace era quindi quella di realizzare il passaggio dal concetto di assimilazione e armonizzazione delle legislazioni nazionali al concetto di unificazione del diritto, che portasse alla creazione di uno spazio giudiziario europeo, unica soluzione coerente con il processo di integrazione. Non si trattava di ignorare la diversità nazionali, ma di superarne le differenze quando esse impedivano una collaborazione efficace.

Questo fu l'obiettivo del mio servizio in quanto responsabile del controllo dei fondi europei, benché nell'ambito della Commissione vi fosse molta reticenza al riguardo. Di fatto la Commissione aveva più volte dichiarato che il diritto penale non era di competenza della Comunità europea e quindi le altre direzioni generali coinvolte erano contrari a qualsiasi iniziativa in materia penale riguardante il settore PIF (Protezione interessi finanziari). Un esempio è dato dal fatto che, dopo uno studio comparato approfondito sulle norme del settore in vigore negli Stati membri, la Commissione propose al Consiglio un progetto di convenzione anziché di una direttiva nonostante la posizione in tal senso dell'OLAF e della Direzione generale del controllo finanziario.

II. VERSO IL CAMMINO DEL CORPUS JURIS: UN TESTO UNIFICATORE

1. Le associazioni di giuristi penalisti europei nel settore della PIF

Alla luce di quanto sopra, mi ero convinto che invece di procedere passo dopo passo, la proposta più ambiziosa dovesse essere messa sul tavolo al fine di affrontare un dibattito globale sulle questioni di diritto penale europeo. Così lanciai lo studio noto come "Corpus Juris".

Il Corpus Juris nasce sulla scia delle attività delle associazioni di giuristi europei per la tutela degli interessi finanziari dell'Unione Europea, create a seguito del grande seminario di tre giorni a Bruxelles nel novembre 1989, sopra citato.

Dette associazioni hanno istituito una rete estesa su tutto il territorio dell'Unione europea, comprendente rappresentanti di organi giudiziari, dogane, ministeri finanziari, organismi di controllo interni ed esterni, polizia economica, mondo accademico, avvocati e altre professioni legali. Le associazioni hanno pubblicato un bollettino trimestrale con il nome di '*Agon',* evocativo di "impegno", "lotta", "coinvolgimento totale" nell'apprensione di un fenomeno che coinvolge il diritto finanziario (penale, civile, amministrativo, materiale e processuale), le istituzioni nazionali ed europee, nonché l'opinione pubblica e i media. AGON fu concepito come uno spazio di scambio di informazioni e di collegamento tra le associazioni. AGON è stata sostituito nel 2009 da EUCRIM, una pubblicazione diretta dall'Istituto Max Planck di Friburgo (Germania) molto apprezzata nel mondo accademico e istituzionale degli Stati membri e dell'Unione.

Il dinamismo delle associazioni e il ritmo della loro costituzione negli Stati membri e nei paesi candidati sono stati la prova del grande interesse suscitato da questa forma di

integrazione delle diverse professioni nel processo evolutivo che porta all'Europa della sicurezza e della giustizia.

2. Lo studio del Corpus Juris

Nel 1994, i Presidenti delle associazioni per la tutela penale degli Interessi finanziari dell'Unione Europea si riunirono, su mia iniziativa, presso l'Università di Urbino (Italia) per celebrare, in una cerimonia solenne, l'assegnazione della *Laurea honoris causa* in Scienze politiche alla Sig.ra Diemut Theato, Presidente della commissione per il controllo del bilancio del Parlamento europeo. La signora Theato dava un notevole contributo alla promozione del diritto penale europeo nel campo della PIF e sosteneva con determinazione le attività delle associazioni. Con la sua presenza regolare ai seminari iniettava lo slancio vitale per il loro successo.

Colsi dunque l'occasione per sottoporre ai Presidenti delle associazioni l'idea di una ricerca che godeva del sostegno del Parlamento europeo, circa uno spazio giudiziario europeo unificato. Dopo mesi di intensi dibattiti, Mireille Delmas-Marty, Professoressa all'Università della Sorbona redasse il rapporto finale col titolo *"Corpus Juris contenenti disposizioni penali per la protezione degli interessi finanziari dell'Unione europea*" sintetizzando le proposte elaborate da un gruppo di esperti in materia di diritto sostanziale e procedurale.

Attingendo ai principi guida sanciti dalla tradizione giuridica comune degli Stati membri, le proposte contenute nel Corpus Juris miravano a garantire, in uno spazio ampiamente unificato, una protezione più equa, più semplice e più efficace del bilancio europeo.

Il gruppo di esperti ha dovuto affrontare il dibattito molto complesso circa la scelta tra l'armonizzazione delle legislazioni nazionali e l'unificazione del diritto, essendo stata esclusa fin dall'inizio la via dell'assimilazione della protezione del diritto europeo ai diversi diritti nazionali, in quanto non idonea a realizzare una tutela efficace degli interessi comunitari.

Va da sé che ho spinto con determinazione verso l'unificazione, poiché nemmeno l'armonizzazione poteva garantire una protezione omogenea delle finanze europee a causa dell'eccessivo margine lasciato al legislatore nel recepimento dei testi comunitari negli ordinamenti giuridici nazionali. Gli esperti, anche se provenienti da mondi giuridici diversi, hanno potuto proporre, senza troppe tensioni tra loro, reati e sanzioni comuni,

nonché principi generali comuni, che si ricollegano ai principi fondamentali del diritto penale in vigore negli Stati membri.

Le discussioni sono state molto intense quando si è trattato di elaborare le proposte relative alla parte procedurale. Era necessario dimostrare una reale capacità di immaginazione per progettare strumenti idonei a creare uno spazio giuridico unico, consentendo al pubblico ministero, responsabile dell'indagine, di muoversi liberamente in tutta Europa. Le categorie della cooperazione intergovernativa convenzionali dovevano essere abbandonate.

La soluzione proposta trova il giusto equilibrio tra l'idea della creazione di una nuova autorità europea che coordina le indagini e la designazione di autorità nazionali che persegue i reati a danno degli interessi finanziari europei.

Il Corpus Juris si compone di due parti che seguono la tradizionale distinzione tra diritto penale sostanziale (articoli da 1 a 17) e procedura penale (articoli 18-35). Per quanto riguarda il diritto materiale, le proposte si basano su tre principi fondamentali: il principio della legalità dei reati e delle pene, il principio di colpevolezza e il principio di proporzionalità delle pene. La constatazione di disparità tra gli Stati membri per quanto riguarda i comportamenti illeciti finanziari ha indotto gli esperti a prendere in considerazione una definizione specifica comune dei reati più frequenti.

Mentre per alcuni di questi reati le proposte del Corpus Juris si basano sui documenti europei già adottati nel settore, il resto del testo rappresenta un notevole passo avanti su alcuni reati per i quali propone, per la prima volta, una vera e propria definizione specifica comune.

Le proposte più innovative, tuttavia, emergono dalla parte procedurale. È qui che troviamo l'idea fondamentale del rapporto finale secondo cui *"ai fini dell'indagine, dell'azione penale, del giudizio e dell'esecuzione delle sentenze, tutti i territori degli Stati membri dell'Unione costituiscono uno spazio giudiziario unico"*. Il secondo elemento innovativo è la proposta di creare una Procura europea, indipendente dalle autorità nazionali e dagli organismi europei e competente per l'intera Europa. Secondo gli esperti, doveva consistere in una struttura leggera in cui la maggior parte delle attività sarebbe stata svolta da procuratori itineranti, i procuratori europei delegati, nominati da ciascuno Stato membro tra i propri procuratori nazionali. Il procuratore europeo è abilitato a spostarsi da uno Stato membro all'altro, mentre un procuratore generale europeo, con sede

a Bruxelles, coordinerebbe le procedure di indagine. L'efficacia di questo ufficio del pubblico ministero sarebbe garantita anche dal principio di indivisibilità e solidarietà e da un obbligo di assistenza imposto a tutti i procuratori nazionali nei confronti dei membri dello stesso ufficio del procuratore. È il principio della legalità dell'azione penale, con alcune flessibilità, che caratterizza l'attività della procura, tenuta ad esercitare l'azione pubblica quando viene commesso uno dei reati previsti dal testo.

Il Corpus Juris stabilisce inoltre una serie di principi relativi allo svolgimento della procedura. Per quanto riguarda la fase preparatoria della sentenza, essa propone essenzialmente una sintesi tra tradizioni inquisitorie e accusatorie, in quanto coniuga l'elemento del monopolio dell'autorità pubblica per le indagini e le azioni penali, tipico della tradizione inquisitoria, e il rafforzamento della garanzia giudiziaria, inerente al modello del contraddittorio. Si propone inoltre di creare una "Camera preliminare europea", formula ispirata dallo Statuto della Corte penale internazionale, che ha il compito di autorizzare tutti gli atti suscettibili di violare le libertà individuali dei testimoni o degli imputati, dopo averne controllato la legalità e la regolarità, nonché il rispetto dei principi di necessità e proporzionalità. Detta proposta, che riguarda la fase preparatoria, diventa tanto più interessante se si considera che è per quanto riguarda la fase preliminare al giudizio che sono state rilevate le maggiori disparità tra gli ordinamenti giuridici nazionali.

Proposte importanti e innovative vengono fatte anche per quanto riguarda i vari mezzi di prova. Si tratta di un campo che richiede norme minime comuni, in quanto l'eterogeneità può portare a disparità significative tra le parti in causa. Pertanto, pur specificando che le norme proposte non escludono l'ammissibilità di altre forme di prova conformemente alla legge dello Stato in cui il caso è trattato, si prevede oltre alla testimonianza diretta, l'ammissibilità dell'audizione mediante trasmissione audiovisiva dei testimoni in un altro Stato membro e la redazione di un verbale europeo dell'udienza che garantisca che sia stato fatto dinanzi a un giudice e in presenza della difesa e che l'operazione sia registrata mediante video.

Per quanto riguarda la fase processuale, si prevede che essa si svolga secondo le norme nazionali dello Stato in cui si trovi il giudice competente, in presenza del Procuratore europeo al fine garantire la continuità della procedura e la parità di trattamento delle persone perseguite nonostante le differenze nei procedimenti giudiziari nazionali.

Una proposta importante è quella relativa all'intervento della Corte di Giustizia, la cui competenza è stabilita sia per quanto riguarda l'interpretazione dei testi sia per la risoluzione di eventuali controversie relative alla loro applicazione e di conflitti di giurisdizione che potrebbero sorgere nei confronti della Procura europea.

3. Il Corpus Juris 2000 (versione di Firenze)

A seguito delle osservazioni di molti penalisti europei che sostenevano che le proposte del Corpus Juris avrebbero richiesto riforme molto profonde delle costituzioni nazionali, dei codici penali e dei codici di procedura penale, nonché delle norme relative all'organizzazione giudiziaria, la Commissione lanciò un nuovo studio, con il sostegno del Parlamento europeo, noto come "Follow-up del Corpus Juris" circa le condizioni di fattibilità delle raccomandazioni ivi contenute, volte a conseguire, conformemente al trattato, gli obiettivi di una tutela efficace, dissuasiva e proporzionata degli interessi finanziari della Comunità, negli ordinamenti giuridici nazionali.

Le proposte contenute nel Corpus furono ampiamente discusse nel corso di un incontro presso la sede dell'Università di Firenze dai ricercatori, dai rappresentanti delle associazioni dei giuristi europei e dai rappresentanti del 'Defense Rights Group', creato a tal proposito dai servizi competenti della Commissione.

La versione del 2000 fa quindi seguito al progetto del 1997, realizzato analizzando il Corpus Juris, il quadro giuridico globale e la compatibilità con gli ordinamenti giuridici nazionali. Il documento finale si compone di quattro volumi e di una relazione di sintesi che apporta una serie di adattamenti al Corpus Juris del 1997 sulla base di una valutazione critica delle proposte, sia nella loro coerenza interna che nella loro rilevanza esterna, elucidandole, integrandole o modificandole. La struttura originale dei 35 articoli rimane tuttavia invariata.

4. I dibattiti intorno al Corpus Juris.

In occasione di numerose conferenze di esperti, nella stampa e negli ambienti politici, fu prestata grande attenzione alle proposte contenute nel testo, negli Stati membri ed in ambito europeo. Il Corpus Juris ha certamente assolto una funzione: tenere un dibattito pubblico sul ruolo del diritto penale e della procedura penale nell'integrazione europea. Quali sono gli interessi europei meritevoli di protezione penale e come può essere organizzata tale protezione in modo tale che la sua efficacia sia garantita nello spazio europeo?

È proprio necessario adottare un progetto suscettibile di stravolgere le tradizioni giuridiche nazionali e che sembra andare contro una moderna politica di prevenzione e depenalizzazione? Il Corpus Juris è fattibile, conoscendo la diversità dei sistemi di diritto penale e processuale nazionali inidonei dunque ad essere armonizzati, ancora meno unificati?

Il Corpus Juris e in particolare la configurazione di una Procura europea sono stati, per diversi anni, oggetto di un intenso dibattito nel Parlamento europeo e negli Stati membri, a livello dei parlamenti nazionali, dei rappresentanti di governi e università. Esso ha suscitato grande interesse da parte di accademici in America Latina e in Cina. I ricercatori dei paesi candidati dell'Europa centrale e orientale l'hanno tradotto nella loro lingua e utilizzato per promuovere le appropriate riforme prima dell'adesione all'Unione europea.

III. IL LIBRO VERDE

Nel dicembre 2001 la Commissione europea, su iniziativa dell'OLAF, compie un passo importante verso la creazione della Procura europea con il 'Libro verde sulla tutela penale degli interessi finanziari dell'Unione europea e la creazione della procura europea'. Il Libro verde ricerca soluzioni pratiche per l'attuazione del progetto ambizioso e innovativo della Procura europea. La Commissione osserva che gli autori del Corpus Juris hanno proposto un elevato livello di armonizzazione del diritto penale materiale. Essa ritiene che l'armonizzazione debba essere proporzionata agli obiettivi specifici della tutela degli interessi finanziari dell'Unione. Pertanto la Commissione concentra il dibattito circa i requisiti minimi perché la Procura europea possa operare in modo efficace.

IV. IL CAMMINO VERSO LA DECISIONE FINALE

Dopo che il Consiglio europeo aveva respinto l'idea di inserire il progetto del procuratore europeo nel trattato di Nizza, la riforma dei trattati del 2007 ne fornisce la base giuridica. Ai sensi dell'articolo 86 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (trattato di Lisbona), il Consiglio può istituire all'unanimità, previa approvazione del Parlamento europeo, la Procura europea a partire da Eurojust. L'articolo prevede la possibilità per un gruppo di almeno nove Stati membri di chiedere una decisione del Consiglio per la creazione di una Procura europea attraverso una cooperazione rafforzata.

Nonostante i dibattiti controversi negli Stati membri sulla necessità di un procuratore europeo dopo l'entrata in vigore del trattato, la Commissione continuerà a

sostenere il progetto. Sotto l'egida dell'OLAF e della Direzione generale «Giustizia» , condurrà ulteriori lavori di preparazione, riunioni di esperti, consultazioni web, e ricerca scientifica.

Nel luglio 2013 la Commissione presenta una proposta di regolamento per l'istituzione di una procura europea. Quest'ultima è concepita sotto forma di un organo dell'UE competente a dirigere, coordinare le indagini penali e perseguire gli indagati dinanzi ai tribunali nazionali, conformemente a una politica comune in materia di azione penale negli Stati membri.

V. LA DECISIONE DEL CONSIGLIO DEL 2017

Il testo del Consiglio, adottato col Regolamento (CE) n. 2017/1939 "Regolamento EPPO", attraverso una cooperazione rafforzata, si distacca dalla proposta della Commissione, in quanto il modello monocratico è trasformato in una struttura articolata. E' giocoforza rilevare che il principio guida del legislatore è stato ispirato dalla preoccupazione che i sistemi giuridici e le tradizioni degli Stati membri siano rappresentati nella Procura europea al fine di mantenerla sotto la loro stretta supervisione e la giurisdizione nazionale sotto il loro controllo. In effetti, il processo di indagine spetta alle autorità nazionali. Tuttavia, il concetto di Procura europea operante sul territorio degli Stati membri partecipanti è salvaguardato, sebbene sia associato a meccanismi operativi complessi.

Va tenuto presente, tuttavia, che la Procura europea non ha ricevuto l'accordo di tutti gli Stati membri. Oltre alla Danimarca, all'Irlanda e che godono di un regime speciale nei settori della libertà, della sicurezza e della giustizia, la Svezia, la Polonia e l'Ungheria non hanno aderito alla Procura europea. Nello stesso tempo, i parlamenti di dodici Stati membri hanno espresso perplessità avviando la procedura del "cartellino giallo" nei confronti della proposta della Commissione. In sostanza, le obiezioni più importanti riguardano il rispetto del principio di proporzionalità (articolo 5 TUE).

VI. NUOVE COMPETENZE PER LA PROCURA EUROPEA?

Si pone quindi la questione se la creazione della Procura europea non ecceda quanto necessario per conseguire gli obiettivi dei Trattati, qualora il campo d'azione rimanga limitato alla tutela del bilancio. Il rispetto del principio di proporzionalità potrebbe essere rimesso in discussione poiché quello che è stato creato è un meccanismo complesso, lontano dalla linearità del Corpus Juris e dalla sobrietà della proposta della Commissione.

Il conferimento di nuove responsabilità appare quindi auspicabile per corroborare la «ragion d'essere» di questo nuovo organismo.

La tutela del diritto ambientale europeo sembra essere un campo adeguato di estensione dei poteri. A questo proposito, è significativo notare che dal 2005 in poi il consolidamento della politica penale dell'Unione europea ha avuto luogo principalmente in materia di diritto dell'ambiente.

Il diritto ambientale europeo rappresenta un corpus legislativo imponente ed è uno straordinario laboratorio per l'integrazione europea. Concepito in assenza di una base giuridica, l'intervento delle istituzioni europee copre quasi l'intero spazio giuridico. Si tratta di una legislazione ampia, complessa e coinvolgente. Il concetto di ambiente si riferisce all'intero spettro di elementi naturali e artificiali che circondano la vita. Per legge ambientale si intende tutta la legislazione volta a combattere l'inquinamento atmosferico, la proliferazione dei rifiuti, l'inquinamento delle acque e i cambiamenti climatici. Essa contribuisce alla protezione della biodiversità. La legislazione europea sostiene la democrazia ambientale e la ripartizione delle responsabilità in caso di danni. Se all'inizio può essere stata concepita in una visione antropocentrica, oggi è la natura che viene protetta come tale. La legislazione dell'Unione europea è composta di oltre 700 atti legislativi, settoriali e trasversali. Essa Interagisce con il diritto nazionale e internazionale. Il diritto dell'Unione funge da motore per lo sviluppo delle norme internazionali.

Come nel settore della tutela degli interessi finanziari dell'Unione, i reati ambientali sono puniti dalla legislazione nazionale. Ispirata alla giurisprudenza della Corte di giustizia, la direttiva 2008/99/CE sulla protezione dell'ambiente mediante il diritto penale, mira a conseguire l'armonizzazione del diritto penale nazionale. Come nel campo della PIF, il legislatore europeo si è limitato ad un intervento minimalista. I reati ambientali sono normalmente crimini gravi, spesso transfrontalieri, perpetrati da reti di criminali che operano nei 27 territori degli Stati membri i cui strumenti giuridici e operativi variano da uno all'altro. Europol ed Eurojust hanno poteri limitati e non esiste un organismo come l'OLAF (l'Ufficio per la lotta antifrode della PIF) con l'autorità di agire nel settore. Come la PIF, la lotta contro la delinquenza ambientale non sembra essere una priorità per le autorità giudiziarie nazionali. Come nel campo della PIF, i crimini contro la natura sembrano essere considerate 'senza vittime'.

E' quindi giunto il momento di avviare un dibattito per ampliare i poteri della Procura europea al fine di proteggere l'ambiente nel territorio dell'Unione europea.

L'ambiente, come il bilancio dell'Unione, può essere considerato un "bene europeo". Senza dubbio i reati ambientali sono paragonabili ai reati elencati nella sezione 83 del TFUE.

Vi è consenso negli ambienti competenti in materia sul fatto che i reati ambientali dovrebbero essere considerati tra i settori da promuovere nel contesto di una futura estensione dei poteri della Procura europea, sia per la loro natura che per l'importanza della protezione ambientale nelle politiche dell'Unione europea. La Corte di giustizia europea ritiene che l'ambiente sia una questione di interesse generale per l'Unione, un obiettivo essenziale dell'ordine europeo. Inoltre, gli accademici ritengono che, in casi concreti, quando un reato ambientale è collegato ad un reato PIF, la Procura europea è già competente per indagare, perseguire e portare in giudizio sospetti criminali.

Questa iniziativa potrebbe essere collegata al dibattito in corso all'interno delle istituzioni delle Nazioni Unite, su iniziativa della società civile in Europa e nel mondo, sul crimine di ecocidio. Questo concetto si riferisce all'impatto distruttivo dell'umanità sul suo ambiente naturale e all'enorme danno agli ecosistemi. L'obiettivo è quello di aggiungere il reato di ecocidio a quelli previsti dallo Statuto di Roma, consentendo così alla Corte penale internazionale di avviare azioni penali.

VII. RAFFORZARE GLI STRUMENTI A DISPOSIZIONE DELLA PROCURA EUROPEA

1. Unificazione del diritto penale materiale

La Procura europea costituirà una componente importante dell'attuale architettura giuridica per la tutela degli interessi finanziari dell'Unione europea.

Essa è istituita a livello centrale e decentralizzato. La struttura comprende il procuratore generale europeo e un procuratore europeo per Stato membro, che formano il Collegio, organizzato in camere permanenti, che lavorano presso la sede centrale, situata a Lussemburgo. L'ufficio centrale dirige e supervisiona i procuratori europei delegati che operano negli Stati membri partecipanti e porterà in giudizio i casi dinanzi ai tribunali nazionali competenti.

La *"ratio materiae" della* Procura europea è definita con riferimento alla direttiva (UE) 2017/1371 del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione (direttiva PIF), quale attuata dalla legislazione nazionale.

Si tratta di reati relativi alle frodi che ledono gli interessi finanziari dell'UE: appalti e spese non connesse agli appalti, entrate diverse dall'IVA, entrate provenienti da risorse proprie IVA, riciclaggio di denaro, corruzione passiva e attiva, appropriazione indebita. Le società possono essere ritenute responsabili per i suddetti reati penali.

Sono previste sanzioni, che giungono fino alla reclusione per le persone fisiche e alla chiusura permanente della struttura per le società. Il congelamento e la confisca dei beni sono ammessi. La direttiva PIF comprende anche norme sulla definizione del tribunale competente e sulla prescrizione dei reati.

La Procura europea sembra quindi, a prima vista, essere una risposta adeguata ai problemi della frammentazione e dell'eterogeneità dello spazio giudiziario europeo nel settore della PIF. Tuttavia, l'architettura ibrida della Procura della Repubblica (il Procuratore generale, il Collegio dei procuratori europei, le Camere permanenti, i Procuratori europei delegati) rischia di rendere il suo funzionamento assai complesso, poiché la ripartizione delle funzioni tra i vari attori che, per quanto riguarda i procuratori nazionali delegati applicheranno fondamentalmente il rispettivo diritto nazionale , rappresenterà una vera e propria sfida, a scapito della qualità e della rapidità dei procedimenti. Pertanto, è essenziale prendere in considerazione "strumenti di convergenza" per l'EPPO che possano semplificare e rendere efficiente il loro funzionamento

L'obiettivo dichiarato della direttiva PIF è quello di ravvicinare le leggi penali degli Stati membri razionalizzando la tutela degli interessi finanziari dell'Unione offerta dal diritto amministrativo e civile contro i tipi più gravi di atti connessi alla frode, evitando nel contempo incoerenze tra questi settori giuridici. Tuttavia, questo obiettivo della direttiva PIF, così come attuato dalle legislazioni nazionali, combinato con le inesattezze e il carattere vago di alcune disposizioni, non migliorerà in modo significativo la coerenza del quadro giuridico in cui dovrà lavorare la Procura. A causa del margine di discrezionalità concesso agli Stati membri, il modo in cui viene attuato il recepimento della direttiva può compromettere gravemente l'efficacia dell'azione del procuratore.

L'armonizzazione auspicata dalla direttiva PIF non è quindi sufficiente. Naturalmente ci saranno elementi di confluenza delle legislazioni nazionali. Tuttavia, permarranno disparità significative. Solo un diritto unificato di sintesi può superarli. Solo un regolamento può raggiungere l'obiettivo desiderato. La Procura europea sarà così in grado di operare in modo più efficace nel quadro di disposizioni materiali unificate.

L'unificazione garantirà, per definizione, l'equivalenza della protezione in tutta l'Unione. Ciò è richiesto dal Trattato. Inoltre, per quanto riguarda gli attori del processo, l'unificazione fornirà maggiori garanzie in merito alla legge applicabile ed eviterà disuguaglianze tra gli operatori economici nonché il rischio di *forum shopping*.

In altri settori della legislazione dell'UE in cui è stato utilizzato lo strumento della direttiva, gli studi effettuati hanno dimostrato che dopo il recepimento permangono differenze significative tra le legislazioni nazionali. Diversi legislatori nazionali hanno gravemente affievolito le esigenze delle direttive, compromettendo così la chiarezza e la possibilità di applicare sanzioni armonizzate nello spazio giudiziario europeo. Inoltre, le conclusioni delle relazioni degli studi evidenziano il fatto che la realizzazione dell'obbligo degli Stati membri di stabilire sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive nel contesto del recepimento delle direttive, è difficile da valutare. Ne risulta che i sistemi sanzionatori nazionali sono deficitari rispetto alla necessità di una risposta reale alla criminalità transnazionale.

Appare dunque evidente che nel settore della PIF le condizioni siano riunite per giudicare che lo strumento del regolamento è l'unico in grado di consentire l'applicazione efficace e uniforme delle sanzioni negli Stati membri. È tempo che i rappresentanti degli Stati e la Commissione diano prova di coraggio e ambizione per adottare strumenti che ne garantiscano l' effetto utile. Soluzioni minimaliste dettate da un'errata interpretazione del concetto di "identità nazionale" conducono ad uno spreco di tempo ed energie a scapito dell'efficacia dell'azione europea.

Un regolamento che fornisca uno strumento legislativo unificante può trovare la base giuridica, individualmente o congiuntamente, nell'articolo 83, nell'articolo 86, paragrafo 3, nell'articolo 325 e nell'articolo 82, paragrafo 1 (cooperazione giudiziaria penale necessaria per la Procura europea) del Trattato.

2. Unificazione del diritto penale processuale

Ai sensi dei regolamenti EPPO, gli atti investigativi si basano sul diritto nazionale. Negli affari transfrontalieri, il procuratore europeo delegato dovrà chiedere al suo omologo nel rispettivo Stato membro di svolgere le indagini necessarie sulla base del suo diritto procedurale nazionale. Si pone la questione se l'EPPO costituirà un reale valore aggiunto se sarà obbligato a svolgere le sue funzioni in un quadro giuridico così articolato.

È pertanto opportuno fare riferimento alle proposte di un gruppo di accademici, sotto la responsabilità dell'Università del Lussemburgo, in merito alle "*norme modello europee* 'applicabili alle indagini della Procura europea. Dette norme procedurali forniscono una sintesi delle varie tradizioni giuridiche degli Stati membri. Esse possono essere prese in considerazione per una proposta volta a unificare il diritto penale della procedura applicabile alla Procura europea. Queste '*norme modello'* rappresentano un sistema autosufficiente di integrazione verticale della giustizia penale, un processo da promuovere quando, come in questo caso, offre un valore aggiunto. Ancora una volta, si tratta di superare i falsi concetti di identità nazionale per evitare sprechi di risorse finanziarie e umane, dando priorità all'efficacia dell'azione.

3. La formazione: un ulteriore strumento di convergenza per la Procura europea

Dopo il trattato di Lisbona, il concetto secondo cui la cooperazione giudiziaria in materia penale nell'Unione si basa sul riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie, ha acquisito uno status costituzionale.

Nel programma dell'Aia del 2004, il Consiglio europeo rileva che, affinché il principio del riconoscimento diventi effettivo, è necessario rafforzare la fiducia reciproca. A sua volta, il programma quinquennale di Stoccolma adottato nel 2009 afferma chiaramente che *"garantire la fiducia reciproca e la ricerca di nuovi modi per raggiungerla, nonché la comprensione reciproca dei vari sistemi negli Stati membri, rappresentano le sfide più importanti in* futuro".

Le istituzioni europee riconoscono che un'adeguata formazione dei giudici, dei pubblici ministeri e del personale giudiziario su una base europea comune svolge un ruolo essenziale nella promozione e nel consolidamento del riconoscimento reciproco, elemento chiave per la costruzione di un autentico spazio di libertà, sicurezza e giustizia. La promozione di una cultura giuridica europea è considerata fondamentale.

Purtroppo, la cultura giuridica in Europa è dominata dal principio che il diritto nazionale è la base della formazione giuridica. I curricula accademici considerano sacrosanti gli elementi specifici della dottrina penale nazionale ed evidenziano l'orgoglio per concetti giuridici basati esclusivamente sul diritto nazionale. Persiste in Europa un sentimento di nazionalismo esasperato.

La ristrettezza della formazione giuridica è aggravata dall'enfasi posta su sottili dogmi e distinzioni dottrinali tipicamente nazionali, mentre il diritto comparato, il diritto

europeo e il diritto internazionale sono generalmente relegati al livello di corsi introduttivi marginali o seminari specializzati.

Pertanto, i giuristi europei sono formati principalmente nel quadro di dottrine e schemi concettuali specifici alle leggi del proprio paese. L'Europa ha tante scienze giuridiche quante sono i sistemi giuridici nazionali. Gli studi universitari sono caratterizzati da una ristrettezza sconosciuta in altre aree dell'istruzione superiore. I curricula *studiorum* tendono a promuovere un atteggiamento da parte dei giovani giuristi fondamentalmente sospettoso nei confronti di altri sistemi nazionali e dell'ordinamento giuridico europeo. Ne consegue che la comprensione reciproca e la fiducia tra gli operatori chiamati ad interagire in Europa, in particolare nel campo della cooperazione criminale, richiedono sforzi estenuanti.

È tempo di elaborare piani di studio che presentino il diritto nazionale nel contesto di concetti giuridici presenti in tutti gli ordinamenti delle nazioni europee, cioè sulla base di principi e istituti giuridici che queste hanno in comune.

Uno 'jus commune' esisteva in Europa fino al movimento di codificazione della fine del diciottesimo secolo quale sintesi di diritto romano e diritto canonico . Questo ‘ius commune’ era una realtà giuridica, un vero sistema normativo comune che sigillava l'unità giuridica dell'Europa. Aveva un tessuto unificato e unitario, un vocabolario comune e un sistema di idee condivise, che faceva sentire ogni giurista europeo in patria ovunque egli si trovasse.

La scienza giuridica europea era un mondo intellettuale unificato dall'uso dello stesso linguaggio giuridico, dello stesso approccio giuridico, della stessa tradizione educativa, a tal punto che accademici formati in una università potevano insegnare nelle università di altri Paesi.

Oggi potrebbe essere più agevole creare una consapevolezza culturale europea nella coscienza dei giuristi, se gli studi iniziassero nei primi due anni con temi transnazionali ed europei. I giovani giuristi apprenderebbero in primo luogo, cosa vi è di comune in Europa e per poi proseguire con lo studio delle peculiarità del diritto nazionale. Gli studenti prenderebbero così coscienza della cultura giuridica europea sviluppatasi nel corso dei secoli come risultato di influenze reciproche.

A livello degli operatori del diritto penale c'è un urgente bisogno di agire. È quindi impellente elaborare un programma europeo di formazione giuridica basato sulle basi sopra delineate, in particolare nel settore della tutela degli interessi finanziari dell'Unione.

Lo sviluppo di tale programma di formazione può basarsi su ricerche già svolte in materia di diritto penale, come quelle effettuate nel quadro del Corpus Juris, della preparazione della proposta della Commissione per la creazione della procura europea e di altre ricerche che hanno avuto luogo negli ultimi decenni da parte di istituti europei e nazionali di diritto penale.

L'obiettivo è quello di estrapolare gli aspetti comuni più rilevanti degli ordinamenti giuridici nazionali riguardanti le parti generali e speciali del diritto penale materiale e processuale e, alla luce dei testi esistenti di diritto penale europeo e della giurisprudenza delle due Corti europee, elaborare un nucleo di principi e norme comuni agli Stati membri europei. E' auspicabile altresì sviluppare una documentazione adeguata di letteratura giuridica comune.

Se gli attori del diritto penale degli Stati membri vengono formati nel quadro dei concetti sviluppati sopra e non sulla base di programmi di formazione tradizionali, la comprensione reciproca ne sarà notevolmente facilitata, nonostante le addotte differenze dei sistemi nazionali nei loro sviluppi storici, nella struttura dei concetti, nello stile operativo delle istituzioni nazionali. Il principio di sussidiarietà sarebbe rispettato, poiché verrebbe insegnato solo il diritto nazionale ed europeo in vigore.

Ciò contribuirà notevolmente a creare le condizioni propizie perché la Procura europea agisca in quanto struttura collegiale grazie ad una visione globale e unitaria del quadro giuridico europeo.

VIII. ALTERNATIVE AL CARCERE: UNA DIMENSIONE DELL'ATTIVITÀ DELLA PROCURA EUROPEA

Un aspetto particolare della competenza della Procura europea riguarda le misure alternative all'azione penale.

Il considerando 82 del regolamento sulla Procura europea recita *"i sistemi giuridici nazionali prevedono vari tipi di procedure semplificate di azione penale, che possono includere o meno* il *coinvolgimento di un tribunale, ad esempio sotto forma di transazioni con l'indagato o l'imputato. Se tali procedure esistono, il* procuratore europeo *delegato dovrebbe avere il potere di applicarle alle condizioni previste dal diritto nazionale e nelle*

situazioni previste dal presente regolamento. Tali situazioni dovrebbero includere i casi in cui il danno finale del reato, dopo l'eventuale recupero di un importo corrispondente a tale danno, non è significativo. Tenendo conto *dell'interesse di una politica penale coerente ed efficace dell'EPPO, la Camera permanente* competente dell'EPPO *dovrebbe sempre essere chiamata a dare il proprio consenso all'uso di tali procedure. Quando la procedura semplificata è stata applicata con successo, il caso dovrebbe essere definitivamente risolto".*

L'articolo 40 del regolamento è la disposizione di attuazione di detto considerando.

Le politiche dell'UE nel settore delle modalità alternative di risoluzione dei conflitti e di mediazione in particolare, risalgono a diversi anni fa. Nel 1999, per facilitare l'accesso alla giustizia, il Consiglio europeo di Tampere chiese la creazione di una procedura alternativa di risoluzione extragiudiziale delle controversie negli Stati membri.

In risposta a questa richiesta, il Libro verde sui modi alternativi di risoluzione delle controversie civili e commerciali fu adottato dalla Commissione europea nel 2002, a seguito di un'ampia consultazione delle parti interessate sul modo migliore per promuoverli.

I modi alternativi di soluzione delle controversie penali, in particolare la mediazione, sono un settore relativamente nuovo nei sistemi giuridici europei. Il concetto di giustizia riparativa si basa sull'idea di porre rimedio al danno coinvolgendo la vittima e l'indagato nel processo decisionale, spesso con l'intervento imparziale di un terzo. Le parti possono chiedere la mediazione, prima e durante il procedimento.

La mediazione ha dimostrato la sua efficacia, come gli altri mezzi di risoluzione dei conflitti (negoziazione, conciliazione, arbitrato, ecc.). È riconosciuto che la mediazione offre un approccio flessibile e autodeterminato. È in grado di sollevare i giudici dall'onere soffocante di risolvere i molteplici e complessi casi quando entrano in aula.

La giustizia negoziata, nelle sue varie forme, trasforma le categorie tradizionali del diritto penale. La distinzione tra diritto pubblico e diritto privato tende ad attenuarsi. Tradizionalmente considerata come la *summa divisio*, questa distinzione radicale tra diritto pubblico e privato, basata sulla considerazione che il diritto penale riguarda lo Stato per definizione, è messa in discussione dallo sviluppo di un diritto contemporaneo in cui interessi privati e pubblici per la punizione degli illeciti si sovrappongono. Il diritto

di punire deve essere rivendicato come mezzo per collegare la volontà dell'individuo al benessere della società in modo diverso dallo strumento della privazione della libertà.

Il modello di diritto penale come intervento autoritario e unilaterale nella difesa dei valori sociali cede gradualmente il passo a un modello maggiormente orientato verso la riparazione del danno causato.

Come risultato delle procedure negoziate, il modello puro del giudice che cerca la verità, determina la responsabilità e condanna a seguito di un dibattito contraddittorio e pubblico sul merito del caso si è eroso. D'altra parte, i reati commessi in campo economico e finanziario sono combattuti in modo più efficace imponendo sanzioni che colpiscono la *res* piuttosto che la persona. Colpire la proprietà o la vita professionale può essere più efficace e punitivo di una misura di detenzione.

Il Regolamento EPPO attribuisce la responsabilità finale alla camera permanente, che deve acconsentire all'uso di modalità alternative di risoluzione dei conflitti.

A tal fine, è da notare che il Parlamento ha chiesto alla Commissione di valutare la necessità di sviluppare standards minimi europei da mettere a disposizione dei servizi di mediazione nazionali, che assicurino una coerenza globale, pur tenendo conto del diritto fondamentale di ricorso alla giustizia nonché delle differenze nazionali nella cultura della mediazione. Si tratta di promuovere con determinazione in Europa il ricorso a questo modo alternativo di soluzione dei conflitti.

Nell'agenda finale dell'UE per il 2020 (COM) 144, la Commissione, al fine di facilitare la risoluzione delle controversie nell'Unione europea, invita gli Stati membri a promuovere altri tipi di soluzioni extragiudiziali che possano offrire un contributo efficace e meno costoso alla risoluzione delle controversie, come la mediazione.

La Commissione dichiara che continuerà a cofinanziare progetti relativi alla mediazione attraverso il "programma giustizia" [COM(2016) 542 finale]. Essa è disposta a fornire finanziamenti per lo sviluppo di progetti a livello europeo, incentrati su standard di qualità.

Alla luce di quanto procede è di particolare importanza fare riferimento ai dibattiti dei Ministri della Giustizia del 19 luglio 2019 a Helsinki, sul ruolo delle sanzioni alternative al carcere nella politica penale degli Stati membri. I ministri ritengono che un accordo politico su tale questione fornirebbe almeno una soluzione parziale al problema del sovraffollamento carcerario, che incide sulla fiducia reciproca e compromette la

cooperazione giudiziaria tra gli Stati membri. Il Consiglio prende atto delle misure alternative già in vigore, ma rileva che occorre colmare significative lacune. Una soluzione operativa va ricercata in collaborazione con il Consiglio d'Europa e altre organizzazioni.

Spetta quindi a tutti gli interessati intraprendere utili iniziative per mettere a disposizione dei componenti della Procura europea una panoramica delle misure alternative all'azione penale, e in particolare della mediazione nelle cause che si svolgono negli Stati membri. Sarebbe auspicabile elaborare proposte normative che stabiliscano un insieme di principi europei che riflettano esperienze e procedimenti comuni agli ordinamenti giuridici degli Stati membri.

Alcune università europee sono già al lavoro sul tema.

* * * * *

Prof. Carmen Buendía Rubio

Fiscal sustituta del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha. Prof. Tutora de la Univ. Nacional de Educación a Distancia (UNED), España. Socia de la FICP.

~Garantismo y Derecho penal~

Sumario.- I. Política criminal. Concepto. II. Tendencias político-criminales en relación con la víctima. III. Fundamentos teóricos de la política criminal. IV. Prevención especial. V. Prevención general.

Resumen.- En la presente comunicación se ha pretendido realizar un análisis de lo que se considera como Política Criminal, partiendo de su concepto, límites y finalidad, analizando las tendencias político criminales en relación con la víctima y las teorías que fundamentan la Política Criminal, tanto las teorías preventivas en su vertiente especial y general, como las teorías retributivas.

Palabras clave.- Política Criminal, prevención especial, prevención general.

I. POLÍTICA CRIMINAL. CONCEPTO

El saber normativo tiene como objeto de referencia el Derecho Penal, tanto en su aspecto material que se ocupa de los delitos, de sus consecuencias jurídicas y de su aplicación, como el Derecho Procesal penal que se ocupa de la forma, autoridades competentes y procedimientos para hacer efectivo aquél. El Derecho Penal es obra del legislador y todos, jueces y ciudadanos están vinculados al mismo.

La Criminología se ocupa del saber empírico sobre la criminalidad, de los factores que la determinan y del control formal e informal de la misma, de tal manera que su objeto es más amplio que el del Derecho Penal.

La Política Criminal se encuentra a caballo entre las anteriores disciplinas, consiste en el conjunto de directrices y decisiones que, a la vista de los conocimientos y concepciones existentes en la sociedad en un momento dado sobre la criminalidad y su control, determinan la creación de instrumentos jurídicos para controlarla, reprimirla y prevenirla[*]. Es una tarea que corresponde tanto al poder ejecutivo como al legislativo, si bien, indirectamente, toda la sociedad a través de los medios de comunicación o formando asociaciones, han creado movimientos o grupos de presión a favor o en contra de determinadas opciones político criminales que, en ocasiones, tienen más peso en las decisiones políticas que los propios conocimientos criminológicos, forzando que la

[*] HASSEMER,W./MUÑOZ CONDE, F. Introducción a la Criminología y a la Política Criminal, Valencia, Edit. Tirant lo Blanch, 2012, p. 26.

Política Criminal se convierta en una Política Criminal de carácter electoralista, como ocurre en la incorporación al Código Penal de la pena de prisión permanente revisable[†].

En todo caso, la Política Criminal tiene como límite un determinado sistema jurídico basado en el respeto y la garantía de los derechos fundamentales que constituyen el fundamento del Estado de Derecho, de tal manera es así, que la Política Criminal ejercida fuera de este marco se convierte en una Política Criminal de un Estado totalitario.

De otra parte, la Política Criminal no ha de recurrir siempre al Derecho Penal para combatir eficazmente la criminalidad, siempre se ha afirmado que la mejor Política Criminal, al menos en el aspecto preventivo, es la Política social, es decir, la llevada a cabo a través de la mejora del nivel cultural, educativo y económico de los ciudadanos y, en el aspecto represivo, ha de tener en cuenta que junto a criterios de Justicia como el de proporcionalidad, han de tenerse en consideración otras razones prácticas o alternativas a la pena de prisión, tales como la pena de multa o la de trabajos en beneficio de la comunidad y resarcimiento del daño ocasionado.

Los dos grandes criterios que han de inspirar la Política Criminal a la hora de adoptar decisiones sobre el control de la criminalidad, sobre la creación de nuevas figuras delictivas o la determinación de las medidas penológicas más adecuadas son en definitiva, por un lado la idea de justicia traducida en el principio de proporcionalidad entre la gravedad de la pena y el delito cometido o la individualización de la responsabilidad penal, y de otro lado, la utilidad o eficacia de las medidas adoptadas que vengan a satisfacer los intereses de la comunidad.

II. TENDENCIAS POLÍTICO-CRIMINALES EN RELACIÓN CON LA VÍCTIMA.

Como ya hemos reseñado anteriormente, la sociedad no es inmune ni permanece pasiva respecto de los delitos y conductas delictivas perpetrados, creando en ocasiones movimientos y manifestaciones en su contra alentados por los medios de comunicación, tal y como ocurrió en el caso de Sandra Palo[‡]. Estas demandas sociales a favor de la víctima se han traducido en una determinada política criminal, de tal manera que han provocado una serie de reformas legislativas que de alguna forma están modificando la imagen tradicional del Derecho penal entendido como un Derecho garantista de los

[†] LO 1/2015 de 30 de marzo que reforma la LO 10/1995 de 23 de noviembre del Código Penal.

[‡] POZUELO PÉREZ, L., La política criminal mediática, génesis, desarrollo y costes, Madrid, Marcial Pons, 2013, p. 117.

derechos del autor del delito, inclinando la balanza en favor de un Derecho orientado hacia la protección de las víctimas[§].

A consecuencia de estos movimientos sociales han surgido nuevas tendencias político criminales que se traducen en fomentar en los medios de comunicación, campañas de sensibilización con las víctimas y rechazo hacia el autor del delito, poniendo en entredicho sentencias judiciales que no se ajusten a los parámetros que la sociedad tenga sobre la punibilidad de los hechos[**]; en otorgar mayor credibilidad a la declaración de la víctima, concretamente a la mujer, en detrimento de la declaración del hombre que sea o haya sido su esposo o pareja o expareja sentimental aun sin convivencia, en los supuestos de violencia de género, el cual puede ser condenado únicamente en base a la declaración de aquélla; en la concesión al juez de mayores facilidades para acordar la prisión preventiva como es el supuesto de reiterado quebrantamiento de la medida cautelar de prohibición de aproximación a su esposa, compañera o expareja sentimental, para acordar el abandono del domicilio conyugal por el hombre en supuestos de violencia de género o acordar la privación de la guarda y custodia de los hijos en común. También en el ámbito de aplicación y ejecución de las penas, en especial las penas de prisión, se insiste en la prevención general intimidatoria dejando de lado la finalidad de reinserción social del delincuente, instando la aplicación de la pena perpetua -en el caso de España, la pena de prisión permanente revisable- para el autor del delito o que, en cualquier caso, cumpla la integridad de la pena de prisión impuesta sin reducción de su duración; solicitando mayor dureza en las penas a imponer en determinados delitos tales como los abusos sexuales a menores o en supuestos de violencia de género; reinstaurando el ejercicio de la acción penal por parte de las víctimas, en materia de menores[††], o la renuncia a la misma mediante acuerdos con el acusado que, a cambio de un reconocimiento de los hechos consigue alcanzar una "conformidad" con rebaja de la pena inicialmente solicitada para el mismo; fomentando la ayuda y asistencia a las víctimas por parte de las Instituciones Públicas, incluso en ocasiones, con cargo al erario público, así, las oficinas de asistencia a las víctimas de violencia de género o respecto de los supuestos de delitos de terrorismo.

[§] LO 1/2004 de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género.
[**] Supuesto de la sentencia recaída en el caso de "la manada".
[††] LO 5/2000 de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores.

Cada una de estas tendencias se van materializando en preceptos del Derecho Penal positivo de buena parte de los países de nuestra área cultural[‡‡], sin embargo no todas merecen la misma valoración, así, no hay nada que oponer a las medidas que no interfieren en los derechos fundamentales y garantías del investigado, como la de fomentar la ayuda material y psicológica a las víctimas, indemnizar los daños y perjuicios ocasionados por el delito, la participación de las víctimas en el proceso penal, la conformidad del acusado con la pena que solicita la acusación, incluso la conciliación entre delincuente y víctima en determinados supuestos y la exculpación de aquél por el perdón del ofendido en los delitos seguidos únicamente a instancia de parte, sí en cambio, debemos oponernos a las medidas que cercenan los derechos y garantías del investigado, debiendo en todo caso, facilitar la reinserción social en el supuesto en que el mismo sea condenado. No podemos perder de vista el hecho de que el incremento en la duración de las penas a imponer no resuelve en sí misma el problema ocasionado a la víctima con el delito y, en cambio, sí puede conculcar principios elementales de proporcionalidad en la determinación de la pena a imponer. En definitiva, la protección de la víctima no debe dejar de lado los principios que dieron origen al Derecho Penal del Estado de Derecho, no sólo como protector de bienes jurídicos sino también garantista y respetuoso con los derechos humanos consagrados constitucionalmente y en tratados internacionales.

De otra parte, no debe olvidarse que la intervención de la víctima en el proceso penal supone una victimización más, no solo porque se le obliga a declarar varias veces sobre cuestiones relativas a su intimidad y, sobre todo, cuando se trata de un delito de naturaleza sexual, tiene que someterse a pruebas de reconocimiento corporal, comparecer en el acto de la vista e identificar al autor de la agresión, por ello, los efectos negativos de esta "victimización secundaria" deben ser reducidos al máximo, habiéndose creado en el caso de la investigación de determinados delitos como son los sexuales o de malos tratos, secciones especiales en los cuerpos de policía para atender a las mujeres víctimas de los mismos. También se han adoptado medidas para evitar el contacto visual directo entre la víctima y el autor del delito, permitiendo que, por ejemplo, aquélla declare tras un biombo o, en el caso de niños, ante el tribunal constituido de manera informal en un

[‡‡] MIR PUIG, S./CORCOY BIDASOLO, M. La política Criminal en Europa, Barcelona, Atelier, 2004, p. 77-78.

despacho sin vestir sus miembros la toga u otros como la preservación de la identidad del testigo[§§].

III. FUNDAMENTOS TEÓRICOS DE LA POLÍTICA CRIMINAL.

A través de los siglos se han ido dando respuestas desde el ámbito del Derecho Penal, la Filosofía, la Sociología incluso desde la Moral y la Ética, a la cuestión de cómo solucionar la criminalidad. Las diversas soluciones propuestas a lo largo de la Historia se denominan "teorías de la pena", que se traducen en opiniones científicas respecto de la pena, que es la principal forma de reacción frente al delito.

Entre dichas teorías se hallan las "teorías preventivas de las penas" cuya función es evitar que en el futuro se cometan más delitos, es decir, la de prevención de los mismos; estas teorías tienen a su vez, dos vertientes, la "preventiva especial" que va dirigida al delincuente concreto, confiando en que la pena tenga en el mismo un efecto resocializador o, al menos, de aseguramiento y de otra parte, la "preventiva general" que se dirige a la generalidad de los ciudadanos, confiando en que la amenaza de imposición de una pena o su ejecución sirvan para intimidar a los potenciales delincuentes, configurando así la concepción negativa de la prevención general y, por otro lado, sirvan para fortalecer la conciencia jurídica de los ciudadanos y su confianza en el Derecho, configurando de esta forma la concepción positiva de la prevención general.

Junto a las teorías preventivas de la pena, existe la "teoría retributiva" que considera que la pena no tiene otra finalidad que la reacción punitiva en sí misma, a modo de retribución por el delito cometido, de ahí que se la denomine o trate como teoría absoluta frente a las teorías relativas o preventivas de la pena.

Hay una diferencia fundamental entre la teorías retributiva y la teoría preventiva y es que ésta admite la idea de que la Criminología, la Política Criminal y el Derecho Penal deben ocuparse de dar una solución al problema de la criminalidad, en cambio, la teoría retributiva no pretende un fin real, se agota en sí misma sin preocuparse de las consecuencias que la pena pueda tener respecto del penado ni de los demás ciudadanos, no obstante ello, podemos afirmar que las teorías retributivas no sólo tuvieron auge en el pasado sino que en la actualidad han resurgido con fuerza. Igualmente podemos afirmar que las teorías preventivas constituyen una hipótesis de trabajo que permite el análisis y

[§§] HASSEMER, W./MUÑOZ CONDE, F. Introducción a la Criminología y a la Política Criminal, 2012, p. 156.

crítica de las sanciones penales y por tanto, constituyen un presupuesto indispensable para la elección de una determinada Política Criminal.

IV. PREVENCIÓN ESPECIAL

La prevención especial o individual en su vertiente positiva, como ya hemos reseñado, viene a decir que la finalidad última de las sanciones penales, tanto en la modalidad de imposición de penas como de medidas de seguridad, debe ser la reinserción social o resocialización del delincuente, evitando que vuelva a delinquir una vez cumplida la pena impuesta al mismo; también existe una vertiente negativa de la prevención especial, según la cual, la pena debe pretender la inocuización o neutralidad del delincuente.

La prevención especial entendida como resocialización del delincuente, ha tenido y sigue teniendo una gran influencia no sólo en el pensamiento penal en el que destacó la Escuela correccionalista española -Concepción ARENAL, SILVELA, DORADO MONTERO-[***], sino también en la configuración legal de nuestro Ordenamiento Jurídico, así, la misma se halla recogida en el artículo 25,2 de nuestra Constitución de 1978, al referir: "*Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados*", de igual forma la Ley Orgánica General Penitenciaria, 1/1979 de 26 de septiembre, en su artículo primero, refiere:

> "*Las Instituciones penitenciarias reguladas en la presente Ley tienen como fin primordial la reeducación y la reinserción social de los sentenciados a penas y medidas penales privativas de libertad, así como la retención y custodia de detenidos, presos y penados*".

La reinserción social es útil tanto para la comunidad que puede ver reducida la tasa de reincidencia y con ello la de criminalidad, como para el propio penado que, una vez cumplida o ejecutada la pena impuesta al mismo, puede volver a vivir en libertad en condiciones de igualdad con el resto de ciudadanos. En la actualidad, el status jurídico del preso se ha modificado completamente en relación con épocas anteriores, cualquier Ley Penitenciaria moderna vincula el sistema penitenciario con esta finalidad de resocialización, procurando que el tiempo que el penado esté privado de libertad, no sea un tiempo baldío sino que sea productivo para el mismo y para la sociedad.

[***] HASSEMER, W./MUÑOZ CONDE, F. Introducción a la Criminología y a la Política Criminal, 2012, p. 171.

Si bien queda claro cuál es el objetivo final de la reinserción social del penado, no obstante, la pretendida resocialización del mismo tiene objeciones, derivadas de los propios preceptos del Derecho Penal material, de los que se desprende que para el legislador, la meta de la misma es evitar la reincidencia en la comisión de nuevos delitos ya que en caso contrario, devengaría en la situación de reincidente, siendo susceptible de aplicársele esta circunstancia agravante, lo que conllevaría un aumento de pena o, peor todavía, podría incurrir en la circunstancia de habitualidad penal que aumentaría todavía más la pena a imponer, con la posibilidad de que no pudiera aplicársele el beneficio de suspensión de ejecución de la pena impuesta inicialmente, teniendo que ingresar en prisión tras cometer un nuevo delito. Este concepto de resocialización tan escasamente ambicioso no satisface plenamente la idea de prevención especial, por ello, los partidarios de la resocialización abogan por llevar a cabo una "terapia social emancipadora" que ayude al penado no sólo a no delinquir una vez se halle en situación de libertad sino también, a resolver los problemas que le llevaron a delinquir. En lo que sí existe acuerdo es en la necesidad de buscar alternativas a la pena de prisión por los efectos contrarios de la misma para con la resocialización, de tal manera es así que resulta muy difícil educar para la libertad a través de la privación de libertad.

Uno de los efectos de la prisionización y enculturación lo constituye el posible contagio criminal del sujeto a través del contacto con otros internos, pudiendo dar lugar al efecto contrario al perseguido, es decir, que al final de su estancia en prisión se haya producido una desocialización y estigmación del penado que le impidan o dificulten llevar a cabo una vida en libertad semejante a la de los demás ciudadanos, No es menos cierto que las leyes penitenciarias más avanzadas permiten de diversas formas facilitar el paso a la libertad de los penados, concediendo permisos de salida, aplicando un régimen de semilibertad en los sistemas abiertos antes de conceder la libertad condicional y posteriormente la definitiva, pero esto no es suficiente si no se modifican las causas exógenas que lo llevaron a delinquir. Por todo ello y a pesar de que la resocialización se considera como la meta ideal del sistema penitenciario, lo que al menos se pretende es la no desocialización del penado, es decir, evitar que el penado que ha estado un tiempo en prisión no salga de ella peor de lo que entró, en caso de que esto se consiguiera, sería un primer paso para la resocialización del mismo. De otra parte, la resocialización del penado depende de la duración de la pena impuesta al mismo y con ello, la posibilidad de aplicación o no del tratamiento penitenciario al recluso, que puede no llegar a aplicarse

cuando la pena privativa de libertad es demasiado corta o, por el contrario, en el caso en que la pena de prisión sea demasiado larga, cabe la posibilidad de que no sea necesario que el penado sea resocializado o pueda ser tratado en el ámbito penitenciario en menos tiempo del que dure la condena; en ambos casos debe atenderse a la duración de la pena impuesta cuyos límites se hallan fijados en sentido formal, legalmente, y en sentido material, judicialmente.

De otra parte y en atención a los efectos criminógenos que supone la pena de prisión aun cuando la misma sea de corta duración, se aboga por sustituirla, en los supuestos que el Código Penal prevé, por otras penas alternativas como son la multa y los trabajos en beneficio de la comunidad.

En los supuestos en que la pena de prisión, por la gravedad del delito o la culpabilidad de su autor, implique una duración de cinco, diez o quince años de prisión, esta larga duración puede suponer de por sí efectos desocializadores en la persona del recluso, y negativos desde el punto de vista de su reinserción social. Se aboga por limitar el tiempo de estancia en prisión, incluso en la pena de prisión permanente revisable, la misma será precisamente revisable en el plazo de dieciocho años, por dividir la duración de la privación de libertad en grados, desde un régimen cerrado a un régimen en semilibertad en centro abierto y finalmente la libertad condicional.

En cuanto a la prevención especial negativa, las tendencias actuales de la Política Criminal y de la Criminología, al menos para los delitos graves, van cada vez más en dirección contraria a la finalidad preventivo especial positiva de buscar a través de la pena de prisión la resocialización o reinserción social del delincuente, sino más bien a convertir el sistema penitenciario en un sistema de aseguramiento y neutralización del autor de determinado tipo de delitos, ignorando o admitiendo como un fin secundario su resocialización, estableciendo la prisión perpetua o, al menos, la prisión de larga duración, junto a la pena de muerte en los países en que la misma está todavía vigente, en atención al fin retributivo de la pena, rayano en la venganza. El efecto preventivo especial negativo de este tipo de condenas provoca un estado de desocialización y deterioro en la personalidad del recluso incompatible con el efecto resocializador que también se le confiere a la pena de prisión, de ahí que sean los propios penitenciaristas quienes consideren que al menos en las penas de prisión de larga duración de que se dé al recluso la posibilidad de que acorte su duración por buen comportamiento en prisión y por su voluntad de reinserción, de tal forma que pueda progresar de grado penitenciario, obtener

permisos de salida, ser trasladado a un centro en régimen abierto, etc. En cualquier caso, tratándose de penas de prisión de larga duración o en su caso, de la prisión permanente revisable, debería tenerse en consideración si el efecto político criminal que pretende alcanzarse con ella, que no puede ser otro que la intimidación y una mayor eficacia en la lucha contra el delito, es compatible con los derechos fundamentales o si no se trata de una decisión política que se adopta para aquietar la sensación de impunidad e ineficacia que a veces se produce tras la comisión de un delito grave que al sentir de la opinión pública, no se castiga de forma suficiente. Actualmente, no solo en la opinión pública sino también en las actuales corrientes político-criminales existe una tendencia a considerar la prisión de larga duración como un instrumento de mera custodia del penado que se prolongue durante toda la vida del mismo, pero ello no ha impedido que se reduzcan las tasas de criminalidad violenta, consiguiendo, en cambio, un aumento de la población reclusa y una mayor conflictividad en los establecimientos penitenciarios[†††]. Igual efecto que las penas de larga duración, produce la acumulación de diversas penas de prisión en los casos de concurso de delitos, así, el artículo 78,1 del Código Penal, refiere:

> "*…si la pena a cumplir resultase inferior a la mitad de la suma total de las impuestas, el juez o tribunal sentenciador podrá acordar que los beneficios penitenciarios, los permisos de salida, la clasificación en tercer grado y el cómputo de tiempo para la libertad condicional se refieran a la totalidad de las penas impuestas en las sentencias*".

Por su parte, el artículo 78 bis del Código Penal referente a la prisión permanente revisable, establece unos plazos para conseguir el tercer grado penitenciario y la suspensión de ejecución de la pena impuesta, reseñando:

> "*1.Cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y al menos uno de ellos esté castigado con la pena de prisión permanente revisable, la progresión a tercer grado requerirá el cumplimiento de a) un mínimo de dieciocho años de prisión, cuando el penado haya sido condenado por varios delitos, uno de ellos castigado con pena de prisión permanente revisable y el resto de las penas impuestas sumen un total que exceda de cinco años, b) un mínimo de veinte años de prisión, cuando el penado lo haya sido por varios delitos, uno de ellos castigado con pena de prisión permanente revisable y el resto de las penas impuestas sumen un total que exceda de quince años, c) un mínimo de veintidós años de prisión, cuando el penado lo haya sido por varios delitos y dos o más de ellos estén castigados con pena de prisión permanente revisable, o bien, uno de ellos esté castigado con esta pena y el resto de las penas impuestas sumen un total de veinticinco años o más. 2. En estos casos, la suspensión de la ejecución del resto de la pena, requerirá que el penado haya extinguido: a) un mínimo de veinticinco años de prisión en los supuestos de las letras a) y b) del apartado anterior, b) un mínimo de treinta años de prisión en el supuesto de la letra c) del apartado anterior. 3. Si se tratase de delitos referentes a*

[†††] HASSEMER, W./MUÑOZ CONDE, F. Introducción a la Criminología y a la Política Criminal, 2012, p. 190.

organizaciones y grupos terroristas o cometidos en el seno de organizaciones criminales, los límites mínimos de cumplimiento para el acceso al tercer grado de clasificación serán de veinticuatro años de prisión en los supuestos previstos en las letras a) y b) del apartado primero y de treinta y dos años de prisión en el supuesto de la letra c) del apartado primero. En estos casos la suspensión de ejecución del resto de la pena requerirá que el penado haya cumplido un mínimo de veintiocho años de prisión en los supuestos a) y b) del apartado primero y de treinta y cinco años de prisión en el supuesto previsto en la letra c) del apartado primero".

V. PREVENCIÓN GENERAL.

La tesis que oficialmente se ofrece al menos en una buena parte de la doctrina y sobre todo en el legislador al tiempo de establecer la penalidad de determinados delitos graves o muy graves, es el hecho de que la conminación al público en general, de la imposición de una pena, posiblemente de larga duración, provoca en el mismo la no comisión de dichos delitos, este efecto es el que conforma el carácter preventivo general de la pena.

A la prevención de la criminalidad a través de la amenaza abstracta de la imposición de una pena que tipifique los hechos delictivos, se le llama prevención general, o lo que es lo mismo, el efecto inhibidor de la criminalidad que pueden tener las normas penales en la generalidad de los ciudadanos, sobre éstos hay que incidir para evitar que cometan delitos, el sujeto de referencia de la prevención general es la colectividad anónima de todos los ciudadanos que potencialmente puedan llegar a cometer algún delito, actuando la posibilidad de imposición de una pena a modo de coacción psicológica que sirve para prevenir la delincuencia en la mayoría de las personas. No obstante, si bien las normas legales condicionan el comportamiento de los ciudadanos, no es menos cierto que las normas sociales, el control social es fundamental en dicho comportamiento, a través de la educación del individuo en el seno familiar, en la escuela, en el lugar de trabajo, a través de los medios de comunicación, etc. Las posibilidades que tiene el sistema penal de alcanzar las metas preventivo-generales residen en gran parte en la relación que tiene con otros procesos y sectores del control social. El sistema penal, a través de la conminación penal y de la ejecución de la pena, afirma y asegura las normas que en cada sociedad se consideran indispensables, afirmándolas y asegurándolas de un modo especialmente enérgico, de tal manera que desde este punto de vista, la meta preventivo general del sistema penal no se basa en la simple intimidación sino que va más allá, confirmando y asegurando las normas básicas que regulan el comportamiento humano en sociedad, fortaleciendo al mismo tiempo la confianza de los ciudadanos en el sistema penal, esto conforma la prevención general positiva.

De otra parte, no siempre la conminación penal es un factor inhibidor de la criminalidad, en ocasiones, la irracionalidad de la conducta de las personas se halla por encima de aquélla, de tal forma que puede derivarse que dichas personas tienen motivos más poderosos para delinquir que la propia conminación de la pena a imponer por el delito cometido, como ocurre en los supuestos de terrorismo yijadista o en violencia de género. Por tanto, podemos afirmar que los motivos reales por los que se comete un delito, son de diverso origen, dependiendo de la personalidad del sujeto, de las oportunidades de cometerlo, de la facilidad y de los medios de que disponga, de la posibilidad de ser o no descubierto y, en última instancia, de la conminación penal asignada al delito cometido.

Una de las tareas más importante de la Criminología actual en esta materia es verificar empíricamente no sólo los pretendidos efectos preventivos generales que las reformas penales han tenido en la prevención de la criminalidad, sino también si los presupuestos teóricos en los que se apoyan tienen algún tipo de validez científica y se pueden adoptar como hipótesis válida para llevar a cabo una adecuada Política Criminal.

El principal problema de la teoría preventivo general es la dificultad de su verificación empírica, no obstante, el mejor efecto preventivo general que pueden tener las normas penales es el que se deriva de su rapidez y certeza en la aplicación de la sanción penal, de la prontitud en el esclarecimiento de los delitos y el castigo de sus autores depende mucho que las normas penales puedan motivar el comportamiento de los ciudadanos y fortalecer su confianza y respeto en el Derecho Penal como forma de solucionar conflictos. Ello ha dado lugar a lo que podemos llamar “Criminología de la vida cotidiana” bajo la cual se engloban una serie de teorías sobre la criminalidad y las formas de reacción a la misma que se caracterizan por un gran pragmatismo y por la preocupación de reducir las tasas de la criminalidad que más inquieta a los ciudadanos, como la delincuencia menor, o simplemente las conductas socialmente molestas que ni siquiera llegan a la categoría de delitos o, en todo caso serían delitos de escasa gravedad, haciendo resurgir teorías como las de “tolerancia cero” de gran auge en los EEUU, si bien, dicha teoría llevada hasta sus últimas consecuencias, puede chocar con los principios liberales del Derecho Penal, así, el principio de intervención mínima y de proporcionalidad de la pena.

Otra forma de prevenir la criminalidad es la llamada “prevención situacional de la criminalidad” que procura reducirla evitando las situaciones de peligro que son más

proclives a la comisión de algunos delitos o, en definitiva, reduciendo las oportunidades de su comisión.

En definitiva, tras las teorías de la pena y de la Criminología de la reacción social, se esconde un problema de Política Criminal, mientras que el debate sobre las causas de la criminalidad puede mantenerse en un plano teórico, el debate sobre la reacción social frente a aquélla tiene inmediatas consecuencias prácticas, intentando resolver el problema de lo que debe hacerse y en qué medida, si bien, todavía no se ha resuelto de forma satisfactoria el dilema entre utilidad y Justicia.

* * * * *

Ponencias invitadas presentadas en el III Congreso Internacional de la FICP, Alcalá de Henares, 15 y 16 de septiembre de 2022*

Prof. Dra. Mirentxu Corcoy Bidasolo

Catedrática de Derecho Penal. Univ. de Barcelona, Cataluña (España). Patrona de la FICP.

~¿Siguen vigentes los principios limitadores del Derecho penal?~

Sumario.- I. Introducción. II. Función y finalidad del derecho penal. III. Protección de bienes jurídico-penales. IV. Teoría del delito y principio de responsabilidad por el hecho. V. Conclusiones

I. INTRODUCCIÓN

1. Parece una quimera que sea posible conciliar los principios limitadores del Derecho penal y la actual política criminal ya que, como reiteradamente se ha afirmado, el Derecho penal en la actualidad es *prima ratio* y olvida, entre otros muchos principios, el principio de lesividad. No obstante, es necesario encontrar vías factibles para que la actual expansión del Derecho penal, tan criticada por la doctrina, pero con réditos para los políticos y, aparentemente, apoyada por la mayoría de la sociedad, sea algo menos punitivista. Esas vías son de diversa índole. Se trata de tomar en consideración, tanto en la legislación como, muy especialmente, en la aplicación judicial, la finalidad que se atribuye al Derecho penal, la vinculación entre la teoría del delito –parte general- y la parte especial del Derecho penal y la interpretación teleológica de los tipos. En último término, una vuelta a la dogmática –Parte general- y la indispensable interpretación de los tipos a la luz de los límites del Derecho penal, en particular, de la exclusiva protección de bienes jurídicos, huyendo de una aplicación formal, en cierta medida propiciada por determinadas posturas funcionalistas relacionadas con la vigencia de la norma y también por la administrativización de la ley penal. Ambos posicionamientos obvian el principio de lesividad, vinculado a la antijuridicidad material, fundamentando la tipicidad en la infracción de determinada normativa extra-penal, a través de presunciones *iuris et de iure*.

* Organizado por la FICP y el Área de Derecho Penal de la Univ. de Alcalá (dirs. Profs. Dres. Dres. h.c. Diego-M. Luzón Peña, Javier de Vicente Remesal y Miguel Díaz y García Conlledo). Lugar: Facultad de Derecho de la Univ. de Alcalá, Alcalá de Henares, Madrid. En esta sección se publican la mayoría de las ponencias (o sus resúmenes) presentadas en el Congreso, pero solamente aquellas cuyo texto escrito nos ha sido entregado por los ponentes hasta este momento. **Figuran en el orden en que fueron expuestas en las sesiones del Congreso**. Véanse igualmente las Actas del III Congreso, con ISSN 2695-3986, disponibles en nuestra página web, en la sección de Actas de los Congresos Internacionales de la FICP.

En consecuencia, los principios limitadores deben respetarse tanto en el momento legislativo como en el judicial, a la hora de interpretar los tipos para ser aplicados.

2. En definitiva, la expansión del derecho penal no se debe exclusivamente a la inflación de tipos delictivos sino también al abandono de la teoría del delito, especialmente por el legislador, pero también por los aplicadores, así como a determinadas teorías sobre ella, y al olvido de los principios limitadores del derecho penal. Entre otros los de *ultima ratio*, de proporcionalidad, en sus tres vertientes (necesidad, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto) y de lesividad, obviando la función esencial del derecho penal que no es otra que la protección de bienes jurídico-penales. Por ello la crítica a la expansión no puede centrarse en limitar el Derecho penal en la protección de derechos subjetivos, de bienes jurídicos individuales sino en concretar qué conductas se deben proteger -únicamente la más graves- y cómo, evitando castigar actos preparatorios, complicidades como autoría… Así mismo, hay que limitar el alcance de la Victimología, evitando que la venganza pase a ser la finalidad del Derecho penal y que la víctima sea quien dirige el proceso.

II. FUNCIÓN Y FINALIDAD DEL DERECHO PENAL

1. Muchas de las críticas a la expansión se extienden al concepto de bien jurídico, considerando que no tiene capacidad para limitar la intervención del derecho penal y tratan de sustituirlo por la vigencia de la norma, por el "daño" o por la Constitución. En ese sentido, los posicionamientos de los defensores de las teorías retribucionistas, junto con determinadas teorías acerca de la función del Derecho penal, afectan a la crisis de los principios limitadores. El problema que plantean las teorías retribucionistas no puede solucionarse, como pretenden, especialmente los neo-retribucionistas, estableciendo límites porque el fallo está en la propia fundamentación ya que, negando efectos preventivos a la pena, tratan de atribuirle funciones que son ajenas a la retribución. Un Estado social y democrático de Derecho y laico no puede considerar como función del derecho penal castigar sino, exclusivamente, prevenir la lesión de bienes jurídico-penales, es decir, de valores esenciales de una determinada comunidad[1]. La finalidad de la pena como castigo es característica de las religiones, muy especialmente en las de raíz judeo-

[1] ROBINSON, The Proper Role of the Community in Determining Criminal Liability and Punishment, Faculty Scholarship. University of Pennsylvania Law School, 2014, pp. 54 ss.

cristiana, y de los Estados absolutos, pero no puede serlo en un Estado moderno[2]. Infligir un sufrimiento a un ciudadano, titular de derechos fundamentales, no constituye una función del Estado y ello no se solventa cuando, desde el neo-retribucionismo, en línea muy cercana a KANT[3], se afirma que infligir el sufrimiento es una exigencia de la justicia. En esa línea LESCH ha definido la pena como "un mal que se causa a una persona en un procedimiento público-general, llevado a cabo por el Estado, formal y querido, en tanto en cuanto se ha producido la lesión de una regla jurídica, si esta lesión se tiene que imputar a esa persona a modo de reproche"[4]. Siendo cierto que la pena conceptualmente es y debe ser un castigo, tal y como acertadamente señaló MIR PUIG[5], ello no implica que castigar a un ciudadano sea la función que debe ejercer un Estado social y democrático de Derecho[6].

2. Esta idea de justicia en ciertos neo-retribucionistas, más cercanos a Hegel, se asemeja a las teorías de la pena entendidas como confirmación de la vigencia de la norma o el restablecimiento del derecho, aun cuando, en general, se considere que estas últimas defienden la prevención general positiva[7]. En Alemania, en el siglo pasado, especialmente a partir de JAKOBS, adquieren una gran relevancia las teorías relacionadas con el restablecimiento de la vigencia de la norma[8]. Concebir la finalidad de la pena como afirmación de la vigencia de la norma es una teoría formal que únicamente podría ser legítima y constitucional si se considerará que esa norma responde a los valores esenciales de una determinada sociedad[9]. Ciertamente, si partimos de la ficción de que en un Estado democrático las normas emanadas del poder legislativo responden a esos intereses prioritarios de los ciudadanos y de que se ha seguido una correcta técnica legislativa, podría deducirse lógicamente que esa norma es legítima y constitucional. No obstante,

[2] ROBINSON, The Proper Role of the Community…, 2014, pp. 10-11, señala que desde las teorías retribucionistas en aras de la justicia la responsabilidad moral del delincuente se define por los filósofos morales.

[3] KANT, Die Metaphysik der Sitten, 2ª, Königsberg, 1798 (formato Kindle), pp. 227-230.

[4] LESCH, La función de la pena, Ed. Dykinson, Madrid, 1999, p. 4.

[5] MIR PUIG, Derecho Penal. Parte General, 11ª ed., Ed. Reppertor, 2017, p. 102.

[6] En otro sentido, LUZÓN PEÑA, Entre la protección de los ciudadanos y los límites y garantías, en: Un modelo integral de Derecho penal. LH a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo, Ed. BOE, 2022, pp. 685-699, con un posicionamiento matizado y realmente convincente, defendiendo una teoría mixta, considerando que las normas penales, junto a la prevención cumplen una función de realización restablecimiento de la justicia.

[7] WELZEL, Das deutsche Strafrecht, De Gruyter Lehrbuch, 11ª ed., 1969, p. 240, relaciona la teoría retributiva con la vigencia de la norma, llegando a lo que sería una forma de retribución que también se advierte en los neo-retribucionistas.

[8] FRISCH, Pena, delito y sistema del delito en transformación, InDret 3/2014, pp. 11-12, se muestra muy crítico con las tradicionales teorías de la pena y entiende que la única finalidad legítima de la pena es garantizar un determinado estado del derecho, su vigencia y su carácter inquebrantable.

[9] ROBINSON, The Proper Role of the Community…, 2014, pp. 32-46.

incluso desde ese punto de partida, ello no puede implicar que la norma deba aplicarse formalmente, sin necesidad de ser interpretada, en atención al bien jurídico-penal que pretende proteger o/y a los principios constitucionales, conforme a las posturas que derivan el Derecho penal directamente de la Constitución. Como se ha señalado, la afirmación de la vigencia de la norma como finalidad de la pena, fundamentando su legitimidad, aun cuando se sitúa en la prevención general positiva nos conduce a la retribución porque, de no limitarse con contenidos materiales[10], las consecuencias son idénticas a las que se llegaría defendiendo una teoría retribucionista[11]. En la teoría de la vigencia de la norma, aun cuando se elimina la referencia expresa a "infligir un mal", ello se sustituye por la idea de que respecto de cualquier norma que se infrinja hay que responder con una pena, lo que implica un "mal". Materialmente es otra forma de la realización o la exigencia de justicia. Al contrario que las teorías retribucionistas, las preventivas son utilitaristas, al igual que el principio de *ultima ratio*, en el sentido de que debe buscarse el mayor bienestar con el menor coste individual y social.

3. Los principios limitadores, partiendo del concepto de pena como castigo[12], deberían de respetarse no sólo en la creación de los tipos, sino también en la cantidad de pena y en la clase de pena que se prevé para los diferentes delitos y, especialmente, en su determinación. Es decir, la pena debe determinarse en atención a sus finalidades preventivas pero sin olvidar que, precisamente para cumplir esas finalidades debe de suponer efectivamente un castigo, atendiendo al tipo de delito y el perfil criminológico de sus autores, respetando siempre el principio de proporcionalidad, en sentido amplio –necesidad, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto-. Así, por ejemplo, en los delitos socioeconómicos la pena de multa, en muchos casos, puede no ser idónea al no significar un castigo, máxime cuando respecto de la ejecución de la pena de multa, al menos en España, se olvida el principio de responsabilidad personal y es habitual que el pago de la multa sea asumido por terceros o por la empresa. Ello implica que los presuntos autores pueden realizar un análisis coste-beneficio para concluir si les "compensa" correr el riesgo de ser castigados. Por consiguiente, no puede ser una solución para limitar la expansión del Derecho penal y respetar, aparentemente, los principios, en particular el de

[10] FRISCH, InDret 3/2014, p. 12, defiende la teoría de la vigencia de la norma como única válida, pero, como veremos, lo complementa introduciendo requisitos cercanos al merecimiento y necesidad de pena.

[11] HÖRNLE/VON HIRSCH, Positive Generalprävention und Tadel, GA 1995, pp. 261 ss., discuten que el sentimiento de justicia de la sociedad pueda ser influenciado por el derecho penal, y ponen de relieve que esa teoría se basa en premisas de la teoría de la retribución.

[12] MIR PUIG, Derecho penal…, 11.ª, 2017, p 43.

ultima ratio, prever la pena privativa de libertad únicamente respecto del llamado Derecho penal nuclear[13].

4. Precisamente, en base al fundamento utilitarista del principio de *ultima ratio*, el Derecho penal debe de intervenir cuando sea estrictamente necesario en términos de utilidad social general y ello no puede alcanzarse, al menos en la actual sociedad compleja, limitando el Derecho penal a la protección de derechos subjetivos. Para concretar cuándo es estrictamente necesaria la intervención habrá que partir, por consiguiente, de que nos encontramos en un Estado social y democrático de Derecho y, en ese sentido, la Constitución será el marco máximo para determinar qué se debe de proteger. Ello no supone sustituir el bien jurídico por la Constitución, ya que ésta es únicamente programática y, por ello, no ofrece criterios concretos sobre qué y, especialmente, cómo deben protegerse los derechos y principios en ella establecidos. Así, por ejemplo, cuando, en el art. 15, se afirma que "Todos tienen derecho a la vida" no se determina si se protege sólo la vida humana independiente (problemática del aborto) o si ese derecho excluye la posibilidad de regular la eutanasia y cuando, en el art. 45, se señala que "Todos tienen derecho a un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona así como el deber de conservarlo", muy poco aporta respecto de cómo debe de protegerse el medio ambiente.

III. PROTECCIÓN DE BIENES JURÍDICO-PENALES

1. Las teorías preventivas siguen siendo válidas siempre que se respeten los principios limitadores del derecho penal y no se utilicen para legitimar su intervención. Ninguna de las teorías de la pena ofrece una respuesta completa sino que son complementarias y es necesario ponerlas en relación con el núcleo de la cuestión la obligación del Estado de proteger los bienes jurídico-penales, como finalidad última de la pena[14], y la necesaria legitimación para su imposición, en el caso concreto, a partir del injusto como fundamento y de la responsabilidad personal como límite. La idea del bien jurídico, con la terminología que se quiera utilizar, pese a las críticas que se han vertido

[13] En otro sentido, SILVA SÁNCHEZ, La expansión del Derecho Penal, 3ª ed., Ed. B de F, 2011, pp. 50 ss., en aras a limitar la expansión del Derecho penal, propone que en los delitos socioeconómicos no se impongan penas privativas de libertad.

[14] PÉREZ MANZANO, Culpabilidad y prevención: las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena, Ed. UAM, 1990, pp. 221 ss., distingue correctamente entre la protección de bienes jurídicos como finalidad última de la pena y las finalidades mediatas o intermedias que se corresponden con los fines de la pena.

en su contra[15], es indispensable para un Derecho penal no autoritario, para un Derecho penal propio de una sociedad democrática y respetuoso con el principio de *ultima ratio*. Las referidas críticas se centran en que el bien jurídico no tiene capacidad de limitar la intervención del Derecho penal, fundamentando dicha critica a partir de la actual expansión del Derecho penal. No obstante, esos mismos autores critican determinados delitos en base a que en ellos no se protege ningún bien jurídico, con lo que, implícitamente, están aceptando su utilidad. Siendo la expansión innegable y criticable, no puede atribuirse sólo al bien jurídico, sino a que éste no es tomado en consideración, ni en la creación de nuevos tipos ni en la aplicación de los tipos a través de una interpretación teleológica, a que se infringen los principios limitadores y a una técnica legislativa que desconoce la existencia de la Parte general del Derecho penal, se sirve del casuismo y administrativiza el Derecho penal. La llamada administrativización del Derecho penal no se produce por la intervención en nuevos ámbitos sino por no saber introducir criterios que delimiten cualitativa y cuantitativamente la infracción administrativa, mercantil, tributaria, laboral… de la penal. Cuando existe una duplicidad sancionatoria es indispensable que el Derecho penal se limite a intervenir respecto de aquellas modalidades de conducta especialmente lesivas, respetando el principio de proporcionalidad, *ad extram* y *ad intra*.

2. Por ello son especialmente relevantes los principios de *ultima ratio* y subsidiariedad en los nuevos ámbitos en los que interviene el Derecho penal. Sin necesidad de defender un Derecho penal mínimo es posible un Derecho penal que castigue conductas especialmente graves en ámbitos en los que ya existe una regulación administrativa, civil, mercantil, laboral…. Y esto no es algo tan nuevo como se pretende puesto que esta duplicidad sancionatoria ya existía en los delitos contra la Administración Pública o de Justicia y, especialmente, en materia de Orden Público. Por consiguiente, tanto en los nuevos tipos delictivos como en los tradicionales la solución no pasa porque no intervenga el Derecho penal sino porque se limite en mayor medida en estos casos, respetando el principio de subsidiariedad y teniendo también en consideración que, en principio, no se producirán lagunas de punibilidad.

[15] Entre otros, APPEL, Rechtsgüterschutz durch Strafrecht, KritV 99, pp. 297 ss.; FEIJOO SÁNCHEZ, Funcionalismo y teoría del delito, en: Mir Puig/Queralt Jiménez (dirs.), Constitución y Principios del Derecho Penal: Algunas bases constitucionales, Ed. Tirant lo Blanch 2010, 161 ss.

3. El olvido del principio de lesividad implica que se estén creando delitos respecto de los que es difícil saber en qué consisten, no sólo por la ausencia, en algunos casos, de un presunto bien jurídico-penal (delito de fuga), sino porque también infringen el Derecho penal del hecho, como requisito del principio de culpabilidad, castigando ideas (delitos de odio), así mismo tipificando conductas inidóneas para lesionar el bien jurídico que se pretende proteger (tenencia de pornografía virtual de menores) o se castigan conductas a partir del peligro estadístico –presunto- (seguridad vial) o infracciones meramente formales como la conducción sin carnet, sin necesidad de probar la afectación del bien jurídico-penal protegido en el caso concreto. Esta inaceptable situación no sólo no demuestra la ineficacia del bien jurídico para limitar la intervención penal, tanto en el momento legislativo como en el judicial, sino por el contrario su importancia y pone de manifiesto la relevancia de respetar el principio de lesividad a la hora de introducir nuevos tipos penales o de agravar los existentes.

IV. TEORÍA DEL DELITO Y PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD POR EL HECHO

1. El abandono de las teorías de la retribución y la adopción de teorías preventivas, conllevó el abandono del concepto fáctico-objetivo del delito por lo que, independientemente de la teoría de la pena que se adopte, la conminación penal sólo será legítima cuando se cumplan dos condiciones. La primera que el hecho, en cuanto injusto típico, suponga una injerencia relevante por afectar a bienes jurídico-penales, es decir, especialmente relevantes –tipo objetivo- siempre que el sujeto haya debido ser motivado por la norma –tipo subjetivo-. La segunda condición es que se determine la pena en el caso concreto atendiendo a las circunstancias personales del sujeto. La pena no se legitima por la confirmación de la vigencia de la norma o el restablecimiento del derecho sino por la posibilidad de motivar a los ciudadanos para no lesionar bienes jurídico-penales. Las diferencias esenciales, entre la confirmación de la vigencia de la norma y la función de protección de bienes jurídico-penales, estriban en que la norma debe de responder a la necesidad e idoneidad de su creación para proteger un determinado bien jurídico-penal y, además, esa norma debe de ser interpretada teleológicamente de forma que se compruebe, en el caso concreto, que los hechos, desde una perspectiva *ex ante*, son idóneos *ex post* para lesionar/afectar los bienes jurídico-penales que esa norma pretende proteger, incluso en los denominados delitos de peligro o en los de mera actividad. En definitiva, la vigencia de la norma propicia una concepción formal de la antijuridicidad mientras que

la referencia expresa al bien jurídico-penal respeta la antijuridicidad material –principio de lesividad-.

2. Consecuencia lógica de lo anterior es que el castigo se deba fundamentar en la conducta no en el resultado. No se trata de castigar para restablecer la situación previa a la lesión del derecho subjetivo de una persona, o para reparar el "daño", sino de castigar conductas que sean idóneas, *ex ante-post facto*, para afectar bienes jurídico-penales, sean individuales o supraindividuales. La reparación del derecho subjetivo o del "daño" es propia del Derecho civil y, en esa dirección, está prevista la responsabilidad civil derivada de delito. La finalidad de la norma es motivar al ciudadano a no realizar esas conductas lesivas, ello con independencia de que se haya producido o no un resultado lesivo. El injusto típico se consuma cuando *ex post*, atendiendo a todas las circunstancias concurrentes *ex ante*, se prueba que la conducta era idónea para lesionar/afectar el bien jurídico-penal protegido en ese caso concreto. Este planteamiento no obsta a que, por razones político-criminales y de necesidad de pena[16], se castigue menos cuando no se ha producido un resultado imputable objetivamente a esa conducta o que en esos casos no se castigue, en atención a la menor capacidad de motivación de la norma, como sucede en los delitos imprudentes. Lo que es inadmisible es que se aumente o se fundamente la pena exclusivamente en razón de la gravedad del resultado, algo que desde la retribución o desde el "daño", podría justificarse y que, en definitiva, se trata de cualificación por el resultado como forma de responsabilidad objetiva.

3. El planteamiento anterior refuerza la importancia de seguir defendiendo teorías preventivas y no retributivas. El arraigo social de la visión retributiva, a lo que actualmente se suma el auge de la Victimología, no sólo conlleva que los ciudadanos comprendan el castigo como respuesta justa a un resultado lesivo, sino que lleva al legislador a castigar atendiendo a la magnitud del resultado material. Tras décadas de auge de teorías preventivas siguen existiendo delitos cualificados por el resultado y se discute si el castigo de la tentativa y de los llamados delitos de peligro está justificado. En definitiva si no hay una víctima directa parece que ya no sea necesaria la intervención del Derecho penal, cuando la conducta puedes ser especialmente grave por ser lesiva para toda la sociedad (corrupción, delito fiscal, delito medioambiental…). Análoga

[16] Cfr. LUZÓN PEÑA, La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito, ADPCP, T. 46, 1993, pp. 21- 33, ampliamente sobre el origen y desarrollo en la doctrina de los principios de merecimiento y necesidad de pena y de su relación con la teoría del delito.

problemática se suscita en relación con la responsabilidad subjetiva, ya que se tiende a una objetivización del delito que, en la práctica, supone una presunción de la concurrencia de dolo o imprudencia. En este sentido no puede confundirse la objetivización del dolo, concibiéndolo como un hecho, que debe probarse a partir de indicios objetivos, con la presunción de dolo. No es lo mismo una concepción normativa del dolo, que excluya valoraciones psicologicistas -estados mentales- en la prueba del conocimiento, que obviar la existencia de dolo, considerando suficiente, al menos para la apertura del proceso penal, la causación de un resultado.

4. Aun cuando el principio de *ultima ratio* está estrechamente ligado al principio de intervención mínima no puede confundirse con éste, especialmente si se concibe la intervención mínima conforme a los parámetros del llamado Derecho penal mínimo. El respeto al principio de *ultima ratio* no supone afirmar que el Derecho penal sólo debe proteger derechos subjetivos (vida, salud, libertad y propiedad privada) sino que implica una ponderación acerca de la lesividad de la conducta que se pretende tipificar. Afirmar que no debe formar parte del Derecho penal la delincuencia socioeconómica, en sentido amplio, no está justificado ya que se está olvidando que su lesividad es mayor que una gran parte de la clásica delincuencia patrimonial. En la misma línea, su critica a partir de que son delitos de acumulación, porque con una única conducta no se lesiona el bien jurídico protegido, supone un entendimiento discutible de lo que es la lesión del bien jurídico ya que, al igual que con un delito fiscal no se "destruye" la Hacienda Pública, con un hurto tampoco se "destruye" el patrimonio de una persona. Ello no excluye que en el Código penal encontramos muchos tipos superfluos y contrarios al principio de *ultima ratio*. Así por ejemplo, en el ámbito de la seguridad vial, hay una inflación de tipos innecesarios y contrarios al principio de lesividad –como la presunción *iuris et de iure* de la relevancia penal de la conducción a determinada velocidad o con determinado grado de impregnación alcohólica (art. 379)- o al principio de exclusiva protección de bienes jurídico-penales como la conducción sin carnet (art. 384) o el llamado "delito de fuga" (art. 382 bis), introducido en la penúltima reforma. En definitiva, no se trata de excluir del Derecho penal los llamados delitos de riesgo o de "acumulación" sino de tipificar únicamente aquellas conductas especialmente lesivas. Así mismo, la critica acerca del carácter simbólico de estos delitos sólo es asumible cuando tienen exclusivamente esa función simbólica, por el contrario, cuando ésta concurre con la protección de bienes jurídico-penales no sólo no es rechazable sino que es adecuada –prevención general

positiva-. Esa función simbólica es especialmente relevante en los supuestos en que una parte de la sociedad no es totalmente consciente de su importancia, como sucede (o sucedía), por ejemplo, en el delito fiscal (art. 305) o en el delito medioambiental (art. 325). Adecuada siempre que se castiguen únicamente los hechos más graves y que no estén suficientemente sancionados en la vía extrapenal, lo que sí sucede, por ejemplo, en el ámbito fiscal con el delito contable (art. 310) o en el medioambiental con el de depósitos y residuos (art. 326).

5. Por consiguiente, al tipificar una determinada conducta es imprescindible tomar en consideración su lesividad, así como también la regulación que pueda existir en otras áreas del ordenamiento jurídico y la eficacia que puede poseer ese nuevo delito, en contraposición con la que tienen las normas extra-penales. No obstante, la valoración acerca de la eficacia no puede hacerse en términos exclusivamente economicistas, sino que deben tomarse en consideración también otros parámetros relacionados con la lesividad. Así mismo, la eficacia no puede analizarse únicamente a partir, por ejemplo, de que la jurisprudencia en ese ámbito sólo castiga delitos bagatela, como se ha afirmado respecto de los delitos contra el medio ambiente, o de que no se aplican, como sucedía hace años con el delito fiscal. La correcta aplicación de determinados tipos o su no aplicación no es una explicación válida, por si misma, de la ineficacia de ese delito ya que depende en gran medida de la voluntad política de poner los medios para perseguir esas modalidades delictiva de forma idónea. Así, por ejemplo, la creación de fiscalías especializadas, que cuenten con medios para investigar, puede ser un paso en la buena dirección, como también lo sería la existencia de juzgados especializados en delitos socioeconómicos.

5. El principio de subsidiariedad, estrechamente ligado al de *ultima ratio*, debe interpretarse en el sentido de que la conducta con relevancia penal debe de ser más grave que la prevista en el ámbito extra-penal. Del mismo modo, la sanción penal debería de ser más gravosa que la extra-penal, lo que no siempre sucede. Por su parte, el principio de fragmentariedad, como sub-principio del de *ultima ratio*, tiene su ámbito de aplicación cuando se valora qué conductas, de entre las que son idóneas para afectar un determinado bien jurídico-penal, es necesario castigar. Así, por ejemplo, analizar si, respecto de un determinado delito, atendiendo a la relevancia del bien jurídico y/o a la existencia de sanciones extrapenales, es idóneo sancionar también la tentativa, la imprudencia o la complicidad. Estos principios también deben de ser tomados en consideración por el juez

en el momento de la aplicación, en particular, respetando el principio *non bis in ídem*, ya que el legislador en su afán punitivista duplica, triplica… las agravantes. Agravantes que tienen un mismo fundamento o, incluso, que tienen el mismo fundamento que el tipo básico. En este contexto, desde una perspectiva procesal, es necesario que se regulara en la LECrim. el principio de oportunidad y se mejorara la regulación de la conformidad.

6. En este punto, hay que poner de manifiesto que, aun cuando no siempre, la jurisprudencia es en ocasiones más respetuosa que el legislador con los principios de *ultima ratio*, subsidiariedad y fragmentariedad. Esta afirmación se refleja claramente en la STS 434/2014, de 3 de junio[17], en relación con un delito de apropiación indebida, delimitando la que sería una conducta con relevancia penal y una mercantil. En esa misma dirección, hay dos ejemplos muy relevantes en los que la jurisprudencia ha restringido de forma relevante el ámbito de aplicación de los tipos: el tráfico de drogas, al entender que la cantidad debe de valorarse respecto del principio activo o que no se castiga el consumo compartido, y la tenencia ilícita de armas, en el sentido de que no debe castigarse por ese delito cuando, atendiendo a las circunstancias, no concurre peligro para el orden público[18]. En los delitos de pornografía infantil virtual, incluso la Circular de la FGE 2/2015, trata

[17] "*Se ha dicho reiteradamente por la jurisprudencia y la doctrina, hasta el punto de convertir en dogma que la apelación al derecho penal como instrumento para resolver los conflictos, es la última razón a la que debe acudir el legislador que tiene que actuar, en todo momento, inspirado en el principio de intervención mínima de los instrumentos punitivos. Principio de intervención mínima que forma parte del principio de proporcionalidad o de prohibición del exceso, cuya exigencia descansa en el doble carácter que ofrece el derecho penal:*

a) Al ser un derecho fragmentario en cuanto no se protege todos los bienes jurídicos, sino solo aquellos que son más importantes para la convivencia social, limitándose, además, esta tutela a aquellas conductas que atacan de manera más intensa a aquellos bienes.

b) Al ser un derecho subsidiario que como última ratio, la de operar únicamente cuando el orden jurídico no puede ser preservado y restaurado eficazmente mediante otras soluciones menos drásticas que la sanción penal.

Ahora bien, reducir la intervención del derecho penal, como última "ratio", al mínimo indispensable para el control social, es un postulado razonable de política criminal que debe ser tenido en cuenta primordialmente por el legislador, pero que en la praxis judicial, aun pudiendo servir de orientación, tropieza sin remedio con las exigencias del principio de legalidad por cuanto no es al juez sino al legislador a quien incumbe decidir, mediante la fijación de los tipos y las penas, cuáles deben ser los límites de la intervención del derecho penal.

Por otra parte, el principio de intervención mínima sólo se entiende cabalmente si se le integra en un contexto de cambio social en el que se produce una tendencia a la descriminalización de ciertos actos -los llamados "delitos bagatelas" o las conductas que han dejado de recibir un significativo reproche social- pero también una tendencia de sentido contrario que criminaliza atentados contra bienes jurídicos que la mutación acaecida en el plano axiológico convierte en especialmente valiosos."

[18] Cfr. CORCOY BIDASOLO, Repercusiones de la doctrina del Tribunal Supremo en la doctrina penal, en Jurisprudencia penal (2005-2007), Análisis crítico (Saavedra Ruiz, Dir,), Estudios de Derecho Judicial nº 120, 2007, pp. 155-197.

de limitar el alcance del tipo[19].

V. CONCLUSIONES

1. Las finalidades preventivas de la pena deben de ser puestas en relación con los diversos principios limitadores del Derecho penal, esenciales en un Estado democrático de Derecho, e indispensables para respetar los derechos fundamentales de las personas. No obstante, estos principios, y especialmente los de lesividad y de *ultima ratio*, son habitualmente infringidos, tanto en el momento legislativo como en el judicial y, en algunos casos, incluso por la doctrina que desarrolla teorías que, siendo coherentes e incluso brillantes, las consecuencias de su aplicación son contrarias a un Derecho penal respetuoso con el principio de intervención mínima. Previo, y junto a los límites que establecen los principios, es indispensable que la política criminal se fundamente en estudios criminológicos y en un análisis coste-beneficio, que no debe interpretarse en términos puramente economicistas. Ello implica que no debe legislarse irracionalmente cada vez que surge un caso que llama la atención de la opinión pública. En el Código penal tenemos demasiados delitos y agravantes con "nombre y apellido", algunos de los cuales ni tan siquiera se han aplicado nunca, así, por ejemplo, entre otros muchos, el art. 350 que se introdujo con motivo de la rotura de la presa de Tous, hace ya 40 años, y que nunca se ha aplicado.

2. Siendo innegable la expansión del Derecho penal y difícilmente reconducible, junto a proponer reformas legislativas que reduzcan el ámbito de conductas penalmente relevantes, deben de adoptarse otros medios que posibiliten una menor intervención en la esfera de libertad de los ciudadanos. En esa dirección, en el momento de la aplicación –ámbito judicial- es relevante tomar en consideración la función de protección de bienes jurídico-penales en orden a llevar a efecto una interpretación teleológica de los tipos. Con ello se pretende negar la relevancia penal de una conducta cuando ésta, aunque formalmente realice la literalidad del tipo, no es idónea *ex post* para afectar/lesionar el bien jurídico-penal protegido. De esa forma, la exigencia de antijuridicidad material –principio de lesividad-, posibilita reducir la intervención penal.

3. Tanto en el momento legislativo como en el judicial la teoría del delito cumple una función relevante aportando seguridad jurídica y, especialmente, asegurando el

[19] En la misma línea, el Acuerdo del TS de 27 de octubre de 2009, requiere que no se aplique automáticamente el acceso a programas informáticos de intercambio de archivos P2P, exigiendo siempre la concurrencia de dolo.

respeto del principio de culpabilidad, en sus tres aspectos de responsabilidad por el hecho, responsabilidad subjetiva y culpabilidad en sentido estricto. La teoría del delito es útil igualmente para facilitar el respeto a los principios de proporcionalidad y los sub-principios del principio de *ultima ratio*: subsidiariedad y fragmentariedad, en cuanto establece categorías que permiten distinguir entre conductas de autoría y participación, entre actos preparatorios, tentativa y consumación, entre dolo e imprudencia…. Así mismo, la perspectiva *ex ante* en el análisis de los hechos, que responde a la función preventiva del Derecho penal, posibilita que el operador jurídico no esté condicionado por el resultado y atienda a la gravedad de la conducta. Es cierto que la teoría del delito no aporta soluciones acerca de qué conductas deben de castigarse y con qué pena pero no es menos cierto que sin la teoría del delito la técnica legislativa que se sigue en la Parte especial es desproporcionada e irracional y las soluciones en el caso concreto tienden a ser arbitrarias.

4. No cabe olvidar, por último, dos aspectos esenciales para el buen funcionamiento del Derecho penal y para evitar que el legislador no se vea tan presionado por la opinión pública para aumentar penas y/o introducir nuevos tipos penales. Se trata de que la justicia sea eficaz y para ello, en primer lugar, se requiere de un proceso penal en el que se conjuguen rapidez –eficiencia- con garantías y de unos operadores jurídicos, jueces y fiscales, que sean buenos juristas, estén dotados de medios y no estén mediatizados por la política. En segundo lugar, es necesario asegurar la ejecución efectiva de las penas y que su cumplimiento esté orientado a la reinserción. Si, como se ha señalado, la eficacia preventiva de la pena no depende tanto de la dureza de las penas como de la seguridad en que van a ser aplicadas, el proceso y la ejecución cumplen una función esencial en la legitimación del Derecho penal.

* * * * * *

Prof. Dr. Víctor Gómez Martín
Catedrático de Derecho Penal. Univ. de Barcelona, Cataluña (España). Patrono de la FICP.

~Entre las incumbencias, la atipicidad y el sinsentido. Algunas reflexiones sobre la naturaleza jurídica de los modelos de prevención de delitos corporativos~

I.

Como es sabido, la LO 1/2015 incorporó al Código penal la llamada "eximente de Compliance", por virtud de la cual la empresa que ponga en marcha un modelo de prevención de delitos eficaz podría quedar exenta de responsabilidad penal. Desde entonces se discute la naturaleza jurídica de dicha eximente[1]. A juicio de un sector de la doctrina, esta cuestión debe resolverse con base en la teoría de las normas.[2] Frente a esta postura, es preciso recordar que las personas jurídicas ni son ni pueden ser destinatarias idóneas de normas de determinación. Entendido el delito como infracción de normas de determinación, puesto que tal clase de normas sólo pueden ser dirigidas a las personas físicas, y no a las jurídicas, sólo las primeras, y no las segundas, podrán cometer delitos. Las personas jurídicas podrán ser, a lo sumo, objeto de normas de valoración, pero nunca pueden constituir destinatarios objetivamente adecuados de normas de determinación. Es ya un lugar común en la doctrina la afirmación de que esta clase de normas presuponen la concurrencia en su destinatario de una serie de presupuestos (autoconsciencia, libertad, racionalidad, etc.) que de ninguna manera podrían llegar a concurrir en una sociedad. Partiendo de esta constatación, si se sigue afirmando que las sociedades pueden cometer delitos, entonces quienes así procedan deben ser conscientes de que los mismos ya no podrán seguir siendo definidos como infracciones de normas de determinación, sino, a lo sumo, como comportamientos desvalorados o merecedores de un juicio de desvalor. No es éste, sin embargo, la concepción del delito que aquí se considera preferible. En un Estado social en el que el Derecho penal cumpla una función de protección de la sociedad mediante la prevención de la comisión de delitos, el Estado no puede limitarse a valorar

[1] Sobre el tema vid., recientemente, RODRÍGUEZ-VÁZQUEZ, Democracia, sistemas de control y Derecho penal. Aproximación al fenómeno del *soft law* y de la externalización de los deberes estatales de control a través de los *compliance programs*, RECPC 22-11, 2020; PASTOR MUÑOZ, Programas de cumplimiento y normas de conducta jurídico-penales. Una reflexión desde la perspectiva de la responsabilidad penal de las personas físicas, La Ley compliance penal 5, 2021; BOLDOVA PASAMAR, Naturaleza jurídica de los programas de cumplimiento, RGDP 37, 2022.

[2] PASTOR MUÑOZ, La Ley compliance penal 5, 2021.

negativamente los hechos ya cometidos lesivos o peligrosos para bienes jurídicos, sino que debe tratar de evitarlos. Para ello, habrá de dirigirse a los ciudadanos mediante normas de determinación de la conducta, que sólo podrán ser atendidas por sujetos con capacidad de autoconsciencia, racionalidad y libertad. Desde esta perspectiva, tales presupuestos sólo podrán concurrir en la persona física, nunca, en cambio, en la persona jurídica.[3]

II.

Una parte de la doctrina trata de salvar los inconvenientes dogmáticos que plantea la responsabilidad penal de las personas jurídicas defendiendo la posibilidad de construir una teoría del delito para sociedades. De acuerdo con la misma, la acción vendría representada, recuérdese, por la capacidad de organización de la persona jurídica; la tipicidad objetiva por el "defecto de organización"; la tipicidad subjetiva por el conocimiento organizativo del riesgo empresarial; y, por fin, la culpabilidad por una determinada cultura empresarial de infidelidad al Derecho o, más concretamente, de incumplimiento de la legalidad.[4] En correspondencia con ello, para este sector doctrinal, los programas de cumplimiento eficaces funcionarían como causas de exclusión de la tipicidad de la persona jurídica, consistente en un defecto de organización que por definición no concurriría. Esta postura tampoco puede ser compartida, ya que presupone la asunción de una premisa altamente discutible: la responsabilidad por hecho propio de la empresa, consistente en un defecto de organización. Las mismas razones por las que no puede ser compartida la tesis que fundamenta la pena para personas jurídicas en la autorresponsabilidad por defecto de organización.

Entendido el delito como infracción de normas de determinación, puesto que tal clase de normas sólo pueden ser dirigidas a las personas físicas, y no a las jurídicas, sólo las primeras, y no las segundas, podrán cometer delitos. Las personas jurídicas podrán ser, a lo sumo, objeto de normas de valoración, pero nunca pueden constituir destinatarios objetivamente adecuados de normas de determinación. Es ya un lugar común en la doctrina la afirmación de que esta clase de normas presuponen la concurrencia en su

3 SILVA SÁNCHEZ, La responsabilidad penal de las personas jurídicas y las consecuencias accesorias del art. 129 del Código penal, en: VV.AA., Derecho penal económico, Manuales de Formación Continuada CGPJ 14, 2001, p. 331.

4 Vid., entre otros, GÓMEZ-JARA DÍEZ, Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en: BANACLOCHE PALAO/ ZARZALEJOS NIETO / GÓMEZ-JARA DÍEZ, Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales, 2011, p. 41; BACIGALUPO ZAPATER, La prevención…, en EL MISMO, Compliance y Derecho penal, 2011, p. 100.

destinatario de una serie de presupuestos (autoconsciencia, libertad, racionalidad, etc.) que de ninguna manera podrían llegar a concurrir en una sociedad. Partiendo de esta constatación, si se sigue afirmando que las sociedades pueden cometer delitos, entonces quienes así procedan deben ser conscientes de que los mismos ya no podrán seguir siendo definidos como infracciones de normas de determinación, sino, a lo sumo, como comportamientos desvalorados o merecedores de un juicio de desvalor. No es éste, sin embargo, la concepción del delito que aquí se considera preferible. En un Estado social en el que el Derecho penal cumpla una función de protección de la sociedad mediante la prevención de la comisión de delitos, el Estado no puede limitarse a valorar negativamente los hechos ya cometidos lesivos o peligrosos para bienes jurídicos, sino que debe tratar de evitarlos. Para ello, habrá de dirigirse a los ciudadanos mediante normas de determinación de la conducta, que sólo podrán ser atendidas por sujetos con capacidad de autoconsciencia, racionalidad y libertad. Desde esta perspectiva, tales presupuestos sólo podrán concurrir en la persona física, nunca, en cambio, en la persona jurídica.

Como es obvio, en un sistema dogmático abierto a la política criminal como el que aquí se considera preferible, los presupuestos político-criminales que acaban de ser expuestos condicionarán de forma decisiva el contenido de la teoría del delito. En cuanto a la acción, entendida la persona jurídica como una realidad compleja formada por una pluralidad de persona físicas, es posible afirmar que el comportamiento de una sociedad es, en realidad, una ficción, ya que detrás del mismo se encuentra, necesariamente, el comportamiento humano de las personas físicas que la integran. Las personas jurídicas no son nada sin las personas físicas que las integran. Tampoco la acción de una sociedad sin los concretos comportamientos concretos de los individuos que las componen.[5]

No obstante, algunas ramas del ordenamiento jurídico parten de dicha ficción para acabar concluyendo, por ejemplo, que las sociedades pueden contratar o celebrar negocios jurídicos de toda suerte, y que si pueden hacerlo lícitamente también tendrán capacidad para hacerlo de manera fraudulenta. Que ello sea posible desde una perspectiva jurídico-civil o mercantil, o, incluso, jurídico-administrativa, no significa, sin embargo, que una sociedad tenga capacidad de acción jurídico-penal. Debe recordarse, a tal efecto, que dos son los modos en que la Dogmática jurídico-penal puede afrontar el análisis de

[5] ROBLES PLANAS, Pena y persona jurídica: crítica del art. 31 bis CP, Diario La Ley, 7705, 29-09-2011, pp. 4 s.

la estructura del delito:[6] prescindir de la construcción de un concepto general de acción e iniciar el análisis del delito directamente por la categoría de la tipicidad; o intentar dilucidar con carácter general, y antes de discutir los propios elementos del delito, qué debe entenderse por acción en Derecho penal, por considerarse que es posible una definición general de acción previa a las categorías jurídicas del delito. En apoyo de la primera postura suelen esgrimirse dos razones: la imposibilidad de encontrar una definición general de acción previa a las categorías jurídicas, y la ausencia de todo valor sistemático, por su excesiva generalidad, de una tal definición, en el supuesto de que fuera posible encontrarla.[7] Por contra, quienes consideran preferible la segunda opción, suelen argumentar en su favor que el concepto general de acción es un concepto útil para el Derecho penal, debido al interés que para éste tienen las distintas funciones que dicho concepto desempeña.

Desde mi punto de vista, de las dos perspectivas expuestas merece ser ampliamente compartida la *primera* de ellas. Tal y como acertadamente señala MIR PUIG, en el análisis de los casos prácticos, los tipos penales constituyen la *"puerta de entrada en el Derecho penal"*, de modo que la exigencia de un comportamiento humano no tiene naturaleza pre-jurídica, sino que es un requisito general exigido por todo tipo penal. Para MIR, resolver satisfactoriamente la cuestión relativa a si una conducta es o no constitutiva de delito requiere una doble comprobación. Por una parte, la concerniente a si se ha producido o no alguno de los resultados (entendido este término en un sentido amplio que permita abarcar tanto resultados en sentido estricto —separados de la acción— como situaciones de mera actividad) que el derecho pretende evitar. Por otra, y en caso de verificarse respuesta afirmativa en la primera comprobación, debe analizarse si concurren o no aquellas condiciones que permiten tratar de evitar dicho resultado (*ex ante*) o imputarlo a un sujeto en caso de confirmarse su concurrencia (*ex post*). La primera de estas condiciones de posibilidad de evitación o imputación del resultado es la acción, entendida como *comportamiento humano voluntario y externo*. MIR distingue, sin embargo, entre

[6] *Vid*. JESCHECK, Tratado de Derecho Penal, PG, I (traducción, adiciones y notas de Derecho penal español a cargo de S. Mir Puig y F. Muñoz Conde), 1981, pp. 290 s.

[7] Defienden este punto de vista, entre otros, GÓMEZ BENÍTEZ, Teoría Jurídica del delito, pp. 91 ss.; MIR PUIG, Derecho penal, PG, 9ª ed., 2004, 7/24 s.; OCTAVIO DE TOLEDO / HUERTA TOCILDO, Derecho Penal, PG, Teoría Jurídica del delito, 2ª ed., 1996, pp. 21 ss. En un sentido similar JAKOBS, La imputación objetiva en Derecho penal, 1996, pp. 99 s. Aunque en la concepción de JAKOBS no hay un concepto unitario de acción, lo cierto es que en algunas de sus formulaciones este autor ha llevado la idea de la inexistencia de un concepto pre-jurídico de acción jurídico-penal a sus últimas consecuencias, llegando a afirmar que sólo concurre una acción jurídico-penal cuando se trata de una acción objetivamente imputable.

la acción como elemento general de (no previo a) los tipos penales y la exigencia por parte de cada tipo en concreto de una acción determinada que reúna una serie de características específicas. El motivo de que la acción sea un elemento genérico de todo tipo y no una mera realidad ontológica de naturaleza pre-jurídica hay que verla en que, según el autor, la delimitación del concepto de acción en Derecho penal no puede realizarse partiendo únicamente de la esencia ontológica de los hechos humanos, sino de los *"condicionamientos de la función de las normas penales"*. Y ello porque *"no todos los hechos del hombre interesan al derecho penal, sino sólo aquellos que pueden ser desvalorados como penalmente antijurídicos por falta de desvalor intersubjetivo de la conducta"*. Por de pronto, la exigencia de que la acción constituya un comportamiento humano voluntario y externo ya debe derivarse necesariamente de la función del Derecho penal, el cual sólo puede y al cual sólo le es lícito prohibir dicha clase de conductas. Esto es, los comportamientos *humanos* voluntarios y externos.[8]

Negada la existencia de capacidad de acción jurídico-penalmente relevante a la persona jurídica, decaen por su propio peso el resto de elementos de la definición de delito que ahora se somete a consideración. No en vano, se encuentra comúnmente aceptada en la doctrina la idea de que la acción cumple una función de enlace de las diferentes categorías del delito: tipicidad, antijuricidad, culpabilidad o imputación personal y, en su caso, la punibilidad. Según ello, la función de definición de la acción obligaría a partir de un concepto de acción con el suficiente contenido material como para que del mismo puedan predicarse las especificaciones propias de las categorías conceptuales que configuran la teoría del delito como características de la propia acción, pero sin adelantar el análisis de estas cuestiones al comportamiento humano, sino sólo enlazando o coordinando aquellas categorías.[9]

Ello no obstante, debe apuntarse, a mayor abundamiento, que tampoco el criterio del defecto de organización de la persona jurídica resulta aceptable como equivalente funcional de la creación de un riesgo típicamente relevante y su realización en el resultado, que integra la relación de riesgo entre la acción y el resultado en la teoría del

[8] *Vid*. MIR PUIG, Derecho penal, PG, 9ª ed., 2004, 6/24 s.

[9] Vid. en este sentido, por ejemplo, OCTAVIO DE TOLEDO / HUERTA TOCILDO, Derecho penal, PG, 2ª ed., 1996, p. 22, para quienes en virtud de esta función, un concepto general de acción debería constituirse, por su contenido material, en "punto de engarce de los demás elementos del delito para lograr una definición del mismo".

delito de las personas físicas.[10]

Por una parte, del mismo modo que sucede con la acción de la persona jurídica, que requiere necesariamente de un comportamiento humano, en el caso del defecto de organización también se precisará que sea una persona física, y no una jurídica, la que incurra en dicho defecto organizativo[11] Así, por ejemplo, si —como entienden algunos autores— la comprobación si un delito trae o no causa de un defecto organizativo empresarial resulta necesario analizar si en la empresa se ha implementado o no un programa de cumplimiento penal, o si el programa implementado es o no eficaz en la prevención de la comisión de delitos, ocurra lo que ocurra siempre será imputable a una o varias personas físicas que actúen en nombre o representación de la compañía. Así, la decisión de no adoptar protocolo de cumplimiento alguno, la de implementar uno completamente insuficiente como operación de maquillaje publicitario, la de implantarlo formalmente y no cumplirlo materialmente, o la falta de control suficiente del órgano encargado de velar por su efectivo cumplimiento (*Compliance Officer*) siempre será imputable a alguna persona física con capacidad de decisión en la empresa. Las sociedades no se organizan o desorganizan solas: las organizan o desorganizan algunas de las personas físicas que actúan en su nombre o representación.[12] No en vano, incluso algún autor partidario de la responsabilidad penal de la persona jurídica reconoce abiertamente que en el sistema penal español, el injusto imputado a la persona jurídica equivale, en realidad, al injusto de la persona física que actúa en su nombre o representación.[13]

Pero es que incluso aunque se creyera —como si de un dogma de fe se tratase— que son las propias personas jurídicas, y no las personas físicas que las administran o que actúan en su nombre o representación, las que incurren en defectos de organización, resulta extremadamente discutible que dichos defectos puedan equivaler, por sí mismos, a la creación de riesgos típicamente relevantes para los bienes jurídicos protegidos en los delitos para los que está prevista la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Por seguir con el ejemplo de los protocolos de cumplimiento: admitiendo la existencia de un deber técnico general de cuidado consistente en que la empresa debe tener cubiertos los

[10] GÓMEZ TOMILLO, Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español, 2010, p. 52.
[11] GÓMEZ TOMILLO, Introducción, 2010, p. 52.
[12] En un sentido parecido ROBLES PLANAS, Diario La Ley 7705, 29-09-2011, p. 6.
[13] GÓMEZ TOMILLO, Introducción, 2010, pp. 51 ss.

riesgos penales que razonablemente puedan derivar en alguno de los delitos para los que está prevista la responsabilidad penal de las personas jurídicas, ¿es realmente aceptable que la simple inobservancia de tal supuesto deber (por ejemplo, mediante la completa omisión de todo protocolo o la implementación de un protocolo insuficiente) constituya un riesgo típicamente relevante de estafa, insolvencias punibles, daños informáticos, delitos contra la propiedad intelectual e industrial, el mercado y los consumidores, delito de blanqueo de capitales, delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social, delitos urbanísticos, delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros o delitos contra el medio ambiente? ¿Se trata de una relación de riesgo suficiente (por ejemplo, desde la perspectiva de la teoría de la adecuación)? Y en el (negado) supuesto de que así fuera: ¿será siempre posible acreditar la existencia de una relación de causalidad entre el defecto organizativo y el resultado lesivo del bien jurídico? Desde mi punto de vista, es obvio que la respuesta a estas preguntas debe ser, necesariamente, negativa.[14]

En cuanto a la tipicidad subjetiva, en el caso de las personas jurídicas se afirma que la misma reside en el conocimiento organizativo del riesgo empresarial. Pero, ¿en qué consiste exactamente dicho conocimiento? ¿Puede una empresa conocer algo? Nuevamente aquí debe dejarse meridianamente claro que una persona jurídica ni conoce ni quiere: sólo pueden hacerlo, a lo sumo, las personas físicas que forman parte de la misma.[15] De nuevo en el tipo subjetivo, el equivalente funcional del dolo adquiere un contenido radicalmente normativizado difícilmente asumible por un Derecho penal respetuoso con el principio de culpabilidad.

Tampoco desde los modelos de responsabilidad por transferencia es posible fundamentar la responsabilidad subjetiva de la empresa. Ningún inconveniente especial representa, como es lógico, la responsabilidad subjetiva de la persona física que comete el delito en provecho de la sociedad. Sin embargo, tal y como afirma SILVA SÁNCHEZ, *"no parece fácil fundamentar una "transferencia" de los elementos subjetivos de las personas físicas a la persona jurídica, que compense los déficits subjetivos de esta última"*.[16] No parece descabellado, por ello, concluir que, a falta de posible transferencia

[14] GÓMEZ TOMILLO, Introducción, 2010, p. 52; ROBLES PLANAS, InDret, 2/2006, pp. 7 y 15 S.; EL MISMO, Diario La Ley 7705, 29-09-2011, p. 6.

[15] En idéntico sentido PASTOR MUÑOZ, ¿Organizaciones culpables? Recensión a Carlos Gómez-Jara, La culpabilidad penal de la empresa, Marcial Pons, Madrid, 2005, InDret, 2/2006, p. 16.

[16] SILVA SÁNCHEZ, en CGPJ 14, 2001, p. 329.

de la responsabilidad subjetiva de la persona física a la sociedad, la responsabilidad penal de esta última es puramente objetiva.[17]

Precisamente en lo que a culpabilidad se refiere, la tesis de que en la teoría del delito para la persona jurídica tal elemento reside en su participación en una cultura empresarial de infidelidad al Derecho o, más concretamente, de incumplimiento de la legalidad es, en parte, heredera de un concepto constructivista de culpabilidad como el defendido por Günther JAKOBS.[18] De acuerdo con el mismo, la culpabilidad se corresponde por completo con el fin de la pena como medida tendente a garantizar la fidelidad o confianza en la norma, o, mejor, la estabilización contrafáctica de las normas como expectativas normativas institucionalizadas.[19] Un comportamiento es culpable para JAKOBS cuando produce una perturbación definitiva de la norma.[20] Desde el punto de vista de su comprensión de la sociedad como contexto comunicativo, el comportamiento de un individuo sólo puede expresar dos cosas: o bien tiene un significado comunicativamente relevante, o bien es simple naturaleza. Esto último ocurre, por ejemplo, con los comportamientos realizados por inimputables.[21] En suma: la función de la categoría de la culpabilidad consiste para JAKOBS, en la estabilización de las normas ante contradicciones de las mismas con sentido del tipo "la norma carece de validez", y tales contradicciones sólo están al alcance de aquellos sujetos que no sean inimputables, menores de edad, etc.[22] Todo esto es coherente con el concepto de persona defendido por JAKOBS desde su perspectiva sociológico-funcionalista, de acuerdo con el cual la persona no es un sistema "psico-físico" prejurídico, sino un sistema social, un constructo social.[23]

Frente a todo ello, debe afirmarse, en primer lugar, que un tal concepto de culpabilidad se encuentra completamente vacío de contenido. Puesto que JAKOBS define

[17] SILVA SÁNCHEZ, en CGPJ 14, 2001, p. 329; ROBLES PLANAS, Diario La Ley 7705, 29-09-2011, pp. 8 y 11.

[18] Acogido, entre otros, por GÓMEZ-JARA DÍEZ, La culpabilidad penal de la empresa, 2005, pp. 210 ss. Curiosamente, a pesar de que el concepto de culpabilidad que a continuación se expondrá y valorará críticamente en el texto condujo a JAKOBS a defender inicialmente la responsabilidad penal de las personas jurídicas, con posterioridad ha alcanzado la conclusión contraria. Vid., a este respecto, JAKOBS, Strafbarkeit juristischer Personen, en LH-Lüderssen, 2002, pp. 559 ss.

[19] También establece esta conexión SILVA SÁNCHEZ, en CGPJ 14, 2001, p. 335.

[20] JAKOBS, Culpabilidad y prevención (trad. de SUÁREZ GONZÁLEZ), en EL MISMO, Estudios de Derecho penal, 1997, p. 77. *Vid*, también PEÑARANDA RAMOS / SUÁREZ GONZÁLEZ / CANCIO MELIÁ, Estudio preliminar a JAKOBS, Estudios de Derecho penal, 1997, pp. 48 ss. y 56 s.

[21] JAKOBS, Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional (trad. de M. CANCIO MELIÁ y B. FEIJOO SÁNCHEZ), 1996, pp. 60 ss.

[22] JAKOBS, Sociedad, norma y persona, 1996, pp. 63 ss.

[23] JAKOBS, La omisión: Estado de la cuestión, en SILVA SÁNCHEZ (ed.), Sobre el estado de la teoría del delito (Seminario en la Universitat Pompeu Fabra), 2000, p. 150.

el delito mismo como quebrantamiento de la norma o infracción de un deber, su concepto de culpabilidad conduce, en definitiva, a una argumentación circular: es culpable el comportamiento que quebranta la norma, esto es, el comportamiento constitutivo de delito, y para que esto último ocurra es necesario que se trate de un comportamiento culpable.[24] En segundo lugar, debe destacarse que en JAKOBS, la culpabilidad pierde, como el propio autor reconoce,[25] su característico sentido limitador del *ius puniendi*, al quedar restringida al ámbito de lo que resulte *funcional* o *disfuncional* para el sistema penal. La culpabilidad debe ser contemplada, esencialmente, como un límite a la pena cuando los principios de dignidad humana y de igualdad real ante la Ley harían ilícita una pena que tuviera por destinatario, por ejemplo, un enfermo mental.[26] Por lo demás, la consideración de la persona como un constructo social, como el resultado de un proceso de comunicación, resulta sencillamente intolerable. Porque una cosa es admitir que el individuo también encuentra su identidad a través de procesos de interacción social, y otra radicalmente distinta, inadmisible, que la sociedad defina por completo al individuo hasta el punto de que a quien carezca de capacidad para comunicarse con sentido social (como, por ejemplo, los inimputables) deba serle negado el *status* de persona.[27]

Huelga decir, además, que una tal concepción de la culpabilidad no se compadece en absoluto con la que resulta preferible en el Derecho penal de un Estado democrático: la infracción personal de una norma de determinación por un sujeto penalmente responsable.[28] Para que el comportamiento del sujeto consista en la infracción personal de una norma de determinación es necesario, como señala MIR PUIG, que concurran dos requisitos: la capacidad personal de evitar el hecho y la capacidad de conocer la antijuricidad de la conducta. La primera queda excluida en los casos de imposibilidad

[24] Este círculo vicioso ha intentado ser explicado por algunos autores destacando la importancia central que para la definición general de delito tiene en el sistema de JAKOBS el concepto de culpabilidad como ámbito de lo penalmente relevante. En esta línea SUÁREZ GONZÁLEZ / CANCIO MELIÁ, Estudio preliminar a JAKOBS, Sociedad, norma y persona, 1996, pp. 82 s. Tampoco este intento puede fructificar, porque, de lo contrario, los planos de la tipicidad objetiva y la culpabilidad se confundirían de tal modo que prácticamente carecería de sentido seguir distinguiendo entre ambas categorías, con lo que el efecto limitador y garantista de la culpabilidad acabaría desapareciendo de todos modos.

[25] JAKOBS, Estudios de Derecho penal, 1997, p. 77.

[26] *Vid.* PEÑARANDA RAMOS / SUÁREZ GONZÁLEZ / CANCIO MELIÁ, Estudio preliminar a JAKOBS, Estudios de Derecho penal, 1997, p. 48; SCHÜNEMANN, La culpabilidad: estado de la cuestión, en SILVA SÁNCHEZ (ed.), Sobre el estado, 2000, pp. 95 ss.

[27] En este sentido crítico *vid.* MIR PUIG, Recensión a JAKOBS, Sociedad, norma y persona…, RDPC, 2ª Época, 1998 (2), pp. 454 s.

[28] MIR PUIG, Derecho penal, PG, 9ª ed., 2004, 20/23 ss. En este contexto, SILVA SÁNCHEZ llega a plantearse, muy razonablemente, si *"la* extensio *de un concepto como el de culpabilidad puede abarcar realidades tan distintas, sin perder prácticamente toda* intensio*"*: SILVA SÁNCHEZ, en CGPJ 14, 2001, p. 336.

absoluta de evitar materialmente el hecho. Ello ocurre, por ejemplo, en los supuestos de enfermedad mental profunda. Por lo que respecta a la capacidad de conocer la antijuricidad de la conducta, ésta deberá entenderse ausente cuando el sujeto incurra en un error de prohibición objetiva o personalmente invencible.[29] En segundo lugar, MIR entiende que en un Estado democrático no es lícito castigar con pena a aquellos sujetos que no puedan ser calificados como penalmente responsables. No lo serán quienes no tengan capacidad para ser motivados por la norma de determinación con normalidad. No se trata, por tanto, de quienes no puedan ser motivados por la norma en absoluto (ello puede suceder, por ejemplo, en el caso de oligofrénicos profundos), en cuyo caso faltaría ya la infracción personal de la norma; sino de sujetos que, pese a ser motivables, no lo son con normalidad, esto es, como las restantes personas. La anormalidad motivacional de un sujeto puede deberse a dos clases de causas: las relativas a la "anormalidad" del sujeto; y las relativas a la "anormalidad" de ciertas situaciones en las que no es lícito exigir al sujeto el cumplimiento de la norma de motivación. Las primeras son las causas de inimputabilidad. Las segundas, las causas de "no exigibilidad".[30] Definida de este modo, es evidente que sólo puede ser culpable o no culpable una persona física, nunca una persona jurídica. Tal concepto de culpabilidad presupone la concurrencia en el sujeto de dos elementos que difícilmente concurrirán en una persona jurídica: autoconciencia y libertad.[31] Por lo demás, una concepción de la culpabilidad como la que acaba de ser criticada, al identificar la culpabilidad con la instalación en la empresa de una cultura de la infidelidad o el incumplimiento de la legalidad, transita de forma peligrosa por la senda de la culpabilidad por la conducción de vida, una de las más (justamente) denostada formas de Derecho penal de autor que ha conocido la historia de la teoría del delito.[32] Como apunta SILVA SÁNCHEZ, *"en última instancia esa culpabilidad por la conducción de la vida de un sujeto no autoconsciente constituye algo no muy distinto de otra forma de designar a la peligrosidad"*.[33]

---

[29] MIR PUIG, Derecho penal, PG, 9ª ed., 2004, 20/28 ss.

[30] MIR PUIG, Derecho penal, PG, 9ª ed., 2004, 20/36 ss.

[31] SILVA SÁNCHEZ, en CGPJ 14, 2001, p. 335; NIETO MARTÍN, La responsabilidad penal de las personas jurídicas, 2008, pp. 155 ss.; PASTOR MUÑOZ, InDret, 2/2006, pp. 12 ss.; ROBLES PLANAS, InDret, 2/2006, p. 7; EL MISMO, Diario La Ley, 7705, 29-09-2011, p. 4: *"En realidad, la permanencia en el tiempo de la persona jurídica, con sus características, no ofrece ningún contenido positivo de su voluntad en relación con las normas y valores jurídico-penales, sino sólo de la de quienes la integran o la han integrado (…) Desde el punto de vista determinante para el Derecho penal, la persona jurídica no es libre independientemente de las personas físicas que las componen. Carece de autoconciencia y, por ello, de posibilidad de autodeterminación".*

[32] En este sentido, por ejemplo, SILVA SÁNCHEZ, en CGPJ 14, 2001, p. 338.

[33] SILVA SÁNCHEZ, en CGPJ 14, 2001, p. 338.

III.

Ciertamente, los enormes problemas dogmáticos que plantea la defensa de un concepto de delito distinto para la persona jurídico construido con apoyo en equivalentes funcionales parecen desaparecer cuando lo que se sostiene es que las personas jurídicas no responden por lo que ellas mismas hacen, sino por lo que hacen las personas físicas que actúan en su nombre o representación. Desde esta perspectiva, el hecho delictivo cometido por el representante o administrador no es ni más ni menos que una acción típica, antijurídica y culpable, tal y como tradicionalmente ha venido sosteniéndose desde la teoría del delito de la responsabilidad individual. Es opinión dominante que el art. 31 bis CP consagra un modelo de heterorresponsabilidad penal de la persona jurídica. Parece poco discutible que, en cualquiera de las dos vías de atribución de responsabilidad penal a la empresa, el precepto exige que el delito no sea cometido por la propia persona jurídica, sino por la física que la representa. De este modo, el artículo vendría a declarar, en realidad, que sólo la persona física y no la persona jurídica, puede cometer el delito. Aunque político-criminalmente ello resulta sin duda cuestionable, el precepto declara que la persona jurídica puede responder con una pena (*societas puniri potest*), pero lo hará por un *hecho ajeno*, el cometido por la persona física que la representa: *societas delinquere non potest*. El objeto de discusión se encuentra, entonces, en si el elemento que conecta el hecho de la persona física y el de la persona jurídica (poder de administración o representación de la persona jurídica, actuación en su provecho, etc.) puede constituir base suficiente para entender que el principio de personalidad de las penas (responsabilidad por el hecho propio) queda intacto. En mi opinión, esta pregunta debe ser contestada negativamente.[34]

IV.

Un sector de la doctrina se muestra partidario de entender que, aunque formalmente el legislador español ha incorporado al catálogo de penas las imponibles a personas jurídicas, desde una perspectiva material tales penas no son, en realidad, auténticas penas y, por tanto, tampoco el principio *societas puniri potest* ha sido realmente derogado. De acuerdo con este planteamiento, las penas previstas para personas jurídicas en el actual Código penal pueden dividirse en pecuniarias (art. 33.7 a) CP) e interdictivas (art. 33.7

[34] Comparte este punto de vista, aunque defendiendo la responsabilidad penal de la persona jurídica desde el modelo de la autorresponsabilidad, GÓMEZ JARA, La culpabilidad penal de la empresa, 2005, pp. 159, 163, 166, 169 s. y 174 s.

b-g CP). Las primeras tendrían por objeto el restablecimiento de una situación económica de enriquecimiento injusto de la persona jurídica como consecuencia de la comisión del delito por parte de una persona física que la representa *"en provecho propio"* (de la persona jurídica). Las segundas, las medidas interdictivas, tendrían más bien la naturaleza propia de medidas de seguridad previstas para controlar la probabilidad de reiteración delictiva inherente a sociedades peligrosas.

Desde mi punto de vista, este planteamiento es merecedor de ser ampliamente atendido. En un Derecho penal respetuoso con los límites derivados de un Estado democrático, las penas deben atender a una doble racionalidad: la instrumental, o consecuencialista, y la valorativa, o principialista. En un tal Derecho penal consecuencialista y, al mismo tiempo, principialista, la pena debe servir para algo, pero con la limitación de la observancia de determinados principios o valores.[35] Con otras palabras: las penas deben servir para proteger a la sociedad mediante la prevención de la comisión de delitos, pero con el sometimiento a los límites del *ius puniendi* derivados del carácter social y democrático de Derecho. En el caso de las penas a personas jurídicas, se trata, de forma evidente, de consecuencias jurídicas derivadas de una política criminal eminentemente pragmática y consecuencialista sustraída a límites tan fundamentales como el de *non bis in idem*, personalidad de las penas, responsabilidad por el hecho, imputación subjetiva, imputación personal o proporcionalidad de las penas. Además, se afirma —con toda razón— que por la especial naturaleza del hecho delictivo y la especial gravedad que entraña la pena, la imposición de ésta al autor de una infracción penal implica la realización de un juicio de reproche ético-social que difícilmente puede tener como destinatario a una persona jurídica.[36] Nada de ello obsta, sin embargo, la imposición a la persona jurídica de medidas de seguridad, consecuencias jurídicas interdictivas o reglas de restablecimiento de situaciones económicas de enriquecimiento injusto.[37] Existen razones para creer que bajo la piel de lobo de la pena, la LO 5/2010 oculta, en realidad, en parte la oveja de una suerte de responsabilidad civil derivada de delito y, en parte, la de una especie de sistema de medidas de seguridad interdictivas para sociedades

[35] ALCÁCER GUIRAO, Facticidad y normatividad. Notas sobre la relación entre ciencias sociales y Derecho penal, AP 13, 2001, pp. 184 ss.

[36] SILVA SÁNCHEZ, en CGPJ 14, 2001, p. 331; MIR PUIG, Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas, RECPC**,** 06-01, 2004, p. 10; PASTOR MUÑOZ, InDret, 2/2006, p. 14; ROBLES PLANAS, InDret, 2/2006, p. 7; EL MISMO, Diario La Ley 7705, 29-09-2011, p. 5.

[37] PASTOR MUÑOZ, InDret, 2/2006, p. 13.

peligrosas.[38]

V.

En este contexto, puede concluirse que las normas de Compliance se concretarían en deberes de prevención (código de conducta, protocolos sustantivos, etc.), detección (canal de denuncias, investigaciones internas, etc.) y reacción (responsabilidad disciplinaria, reparación del daño, etc.) que recaerían sobre el órgano de administración (art. 225 LSC). El incumplimiento del deber de institucionalizar y poner en marcha un modelo de prevención de delitos eficaz daría lugar, así, a un doble sistema de responsabilidad: mercantil de las personas físicas integrantes del órgano de administración por infracción de sus deberes de administración leal y diligente (art. 367,1 LSC) y multa o medida interdictiva para la empresa prevista en el CP. Con respecto a los delitos no evitados como consecuencia de la no implementación de un sistema de prevención, detección y reacción del delito, para las personas físicas legalmente obligadas a tal efecto las normas de Compliance revestirían la naturaleza de exigencias de cautela, deberes de precaución, reglas de cuidado, incumbencias (*Obliegenheiten*), normas de flanqueo o de preparación de condiciones de evitación de delitos. En el caso de que el hecho delictivo se produzca en el ámbito de dominio propio la responsabilidad penal se imputaría a título de autoría y en caso contrario, y a lo sumo, como participación.[39]

* * * * * *

[38] MIR PUIG, Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas, RECPC**,** 06-01, 2004, pp. 16 ss.; ROBLES PLANAS, Diario La Ley 7705, 29-09-2011, pp. 8 ss. y 12 ss.

[39] SILVA SÁNCHEZ, Bases de la responsabilidad penal de los administradores de sociedades mercantiles, en EL MISMO, Fundamentos del Derecho penal de la empresa, 2013, pp. 82 y 110 s.

Prof. Dr. Carlos Martínez-Buján Pérez
Catedrático de Derecho Penal. Univ. de A Coruña/La Coruña, Galicia, España.
Socio de la FICP.

~Un nuevo sistema penal: la concepción significativa de la acción~

I. INTRODUCCIÓN: LA CONCEPCIÓN SIGNIFICATIVA DE LA ACCIÓN Y LAS PRETENSIONES DE VALIDEZ DE LA NORMA PENAL

La concepción significativa de la acción, elaborada para el Derecho penal por VIVES ANTÓN (sobre la base de la filosofía de WITTGENSTEIN y HABERMAS), constituye la aportación más reciente para comprender y ordenar las diferentes categorías de la teoría jurídica del delito[1].

Esta concepción se construye sobre la base de dos operaciones intelectuales: la primera es determinar el concepto de acción; la segunda es contemplar la acción desde la regla del Derecho, con el fin de elaborar una construcción guiada ante todo por la idea de justicia, concebida como valor fundamental de todo el Ordenamiento jurídico. De ello se colige ya, por de pronto, que no es posible analizar el concepto de antijuridicidad sin abordar previamente el concepto de norma.

Sentado lo que antecede, la concepción significativa parte de la premisa de que las normas jurídicas poseen una doble esencia[2]: son decisiones del poder, pero son también determinaciones de la razón. Las normas jurídicas deben ser concebidas como directivas de conducta (sean prohibiciones, mandatos o permisos), pero ello no implica que tengan que ser consideradas *solo* meras decisiones de poder (meros imperativos respaldados, sin más, por una sanción), ajenas a la racionalidad práctica, sin referencia alguna a las razones que justifican la imposición de esos imperativos[3].

---

[1] Vid. VIVES, 1996, pp. 483 ss. y 2011, pp. 491 ss., cuya exposición resumo en el texto. Vid., además, con ulteriores indicaciones: MARTÍNEZ-BUJÁN, RECPC, 01-13, 1999 (= en: LH-Marino Barbero, 2001, pp. 1154 ss.), Antijuridicidad, 2013, pp. 15 ss. y P.G., 5ª ed., 2016, pp. 65 ss.; ORTS/GONZÁLEZ CUSSAC, P.G., 2017, pp. 228 ss.; GONZÁLEZ CUSSAC/MATALLÍN/ORTS/ROIG, Esquemas, 2010, pp. 66 ss.; RAMOS VÁZQUEZ, Concepción significativa, 2008, *passim*.

[2] Evidentemente, que se hable de una *doble esencia* en la norma penal no significa un retorno a la vieja discusión acerca de si la norma es un imperativo o es un juicio de valor, ni, más concretamente, comporta acoger la denominada teoría de la *doble función de la norma*, de progenie neokantiana, según la tradicional formulación de MEZGER (vid. MARTÍNEZ-BUJÁN, P.G., 5ª ed. 2016, pp. 45 ss.).

[3] Conviene aclarar que en la moderna doctrina en la que se confiesa mantener una concepción *estrictamente* imperativa de la norma se matiza que dicha concepción no se caracteriza únicamente como orden de la autoridad a sus subordinados: se resalta que el imperativo no es una pura arbitrariedad, sino que se apoya –lo que sería un *prius* lógico- en una selección y valoración de las conductas que se pretenden

Así, la dimensión directiva inherente a las normas va acompañada -en virtud de su misma *gramática*- de una pretensión de validez, que nada tiene que ver con una búsqueda o pretensión de verdad, sino que ha de ser enjuiciada en el marco de un proceso de argumentación racional, esto es, una pretensión que permite justificar e interpretar las normas como determinaciones de la razón. La norma no se agota en un imperativo, sino que lleva necesariamente aparejada una pretensión de validez, que es una pretensión de rectitud o corrección (pretensión de justicia).

Ahora bien, esa pretensión general de justicia ofrece dos vertientes: una, en la que se dilucida si la norma está racionalmente fundada, o sea, si es legítima (vertiente de la que no me voy a ocupar en el presente trabajo); otra, en la que se examina si la norma está correctamente aplicada al caso concreto, a cuyo efecto la aludida pretensión general de justicia se descompone, a su vez, en diversas pretensiones de validez *parciales* más concretas.

Desde esta segunda perspectiva surgen así las pretensiones de validez *específicas* de la norma (pretensiones de relevancia, ilicitud, reproche y necesidad de pena), a través de las cuales se analiza si en la norma penal puede encajar una acción humana relevante (típica), ilícita (antijurídica), reprochable (culpable) y necesitada de pena (punible).

De este modo, en fin, cabe hablar de tres categorías *esenciales* para la exposición de la teoría jurídica del delito y una cuarta categoría que podemos calificar de *accidental*.

Finalmente, baste con señalar que VIVES adopta, además, como punto de partida de su construcción el reconocimiento de la libertad de acción como presupuesto básico del sistema penal, y, en particular, como punto de unión entre la doctrina de la acción y la de la norma. Caracterizada como uno de los postulados esenciales para la identificación de los fundamentos del sistema penal, la libertad de acción se concibe como una *condición de posibilidad* para poder hablar de *acciones humanas* reguladas mediante *normas*, o, si se prefiere, se concibe como una capacidad de autodeterminarse por razones[4]. Así, la originalidad de este planteamiento reside en entender la libertad de acción como el *fundamento* del principio de culpabilidad, conceptuado como principio garantístico

prohibir. Vid. por todos LUZÓN PEÑA, Curso, P.G., I, 1996, pp. 64 ss., Lecciones, P.G., 3ª ed., 2016, L. 1/42 s.; MIR, P.G., 10ª ed., 2015, L.2/34 ss.; OCTAVIO DE TOLEDO, Concepto de DP, 1981, pp. 86 s. Singularmente reveladora es la reformulación propuesta por MIR (vid. ya Estado social y democrático de Derecho, 1994, pp. 225 ss.), quien, manteniendo una concepción imperativa de la norma, acoge un concepto objetivo de la antijuridicidad, caracterizado esencialmente como lesión o puesta en peligro de un bien jurídico.

[4] Vid. VIVES ANTÓN, Fundamentos, 1996, pp. 313 ss., y Fundamentos, 2ª, 2011, pp. 325 ss.

básico de todo el sistema penal con anclaje constitucional, que opera con anterioridad a todas las categorías del delito y, en su caso, a los principios concretos que informan esas categorías[5]. En definitiva, frente a otras concepciones que también parten de la premisa de que el hombre es libre para realizar acciones, la peculiaridad de la concepción de VIVES radica en que la libertad no es entendida en el sentido escolástico (y metafísico) del libre albedrío, sino que es concebida desde la propia filosofía de la acción[6].

II. LA PRETENSIÓN DE RELEVANCIA: EL TIPO DE ACCIÓN Y LA ANTIJURIDICIDAD MATERIAL U OBJETIVA

1. Ubicación sistemática y contenido

La *primera categoría* aparece representada por el *tipo de acción*, que se deriva de la pretensión de relevancia. Dentro de ella se incluyen dos elementos: de un lado, la tipicidad en sentido estricto (pretensión puramente conceptual) que contiene la vertiente fáctica, limitándose a abarcar aquellos presupuestos de la acción punible que cumplan una función definitoria de la clase de acción de que se trate, y que, por tanto, no incluye necesariamente la intención, salvo que la definición de la acción exija recurrir a momentos subjetivos (es lo que sucede en los tradicionalmente denominados *elementos subjetivos del injusto*); de otro lado, la antijuridicidad material u objetiva o desvalor de resultado (pretensión de ofensividad), que contiene la vertiente valorativa. Así concebido, el tipo de acción cumple la función de reflejar la valoración jurídica del hecho con efectos generales (con alcance intersubjetivo), o sea, el desvalor material del hecho desde el punto de vista del Ordenamiento jurídico de cara a terceros.

La *vertiente fáctica* contiene, en concreto, el desvalor objetivo de la conducta: modos de comisión, elementos personales del autor y relación de causalidad e imputación objetiva; pero también comprende, en su caso, el elemento subjetivo del tipo de acción, en la medida en que este representa un criterio conceptual más para valorar la acción (o

[5] En el mismo sentido vid. MARTÍNEZ GARAY, Imputabilidad, 2005, pp. 167 ss. En un sentido próximo vid. LASCURAÍN SÁNCHEZ, en: LH-Huerta Tocildo, 2020, pp. 108 ss. Se trata, pues, de un principio que opera asimismo con anterioridad al principio de imputación subjetiva (no hay pena sin dolo o imprudencia), aunque algunos penalistas los identifiquen, o consideren que aquel principio va embebido en este.

[6] El principio de culpabilidad se vincula, pues, a la acción. Si el determinismo fuese verdadero, no existiría ya acción: o podemos reprocharle a una persona que podía actuar de otro modo o todo carece de sentido; hay libertad en el sentido de que *necesitamos* que haya libertad (tenemos, por así decirlo, *derecho* a que haya libertad), y todo nuestro *lenguaje* se funda en la idea de que somos libres. Cfr. VIVES, Fundamentos, 2ª, 2011, p. 865. Vid. además VIVES, t&d, 2012, pp. 169 ss.; RAMOS, Ciencia, 2013, *passim*, especialmente pp. 67 ss., con referencia al determinismo neurocientífico.

Sobre el postulado de la libertad de acción (así como sobre una de sus consecuencias, la incapacidad de acción de las personas jurídicas) vid. ampliamente MARTÍNEZ-BUJÁN, en: LH-Queralt, 2021, pp. 293 ss.

sea, cumple una función definitoria de un determinado tipo)[7]. No incluye, en cambio, el desvalor subjetivo de la conducta (dolo e imprudencia).

La *vertiente valorativa*, la antijuridicidad material u objetiva, se corresponde con la llamada *pretensión de ofensividad*, que es una pretensión *sustantiva* de incorrección que acompaña inevitablemente ya a la primera pretensión de validez de la norma penal (la pretensión de relevancia), en la medida en que únicamente son relevantes para el Derecho penal aquellas acciones que lesionan o ponen en peligro bienes jurídicamente protegidos. Por tanto, la antijuridicidad material queda incardinada en la pretensión de relevancia, que se halla vinculada a la concurrencia de un *tipo de acción*, desde el momento en que se trata de una pretensión que tiene por objeto afirmar que la acción realizada por el ser humano es una de las que interesan al Derecho penal[8].

De esta caracterización del tipo de acción y de la antijuridicidad material, conforme a la concepción significativa, se deriva una serie de consecuencias dogmáticas que paso a enumerar.

En primer lugar, dicha caracterización conduce a una concepción básicamente formal y objetiva de la autoría, según explicaré en un epígrafe independiente al final de este trabajo.

En segundo lugar, hay que concluir que la tentativa *absolutamente* inidónea (esto es, cuando el *medio* empleado no habría podido producir el resultado delictivo en ningún caso o cuando no existe el *objeto* material sobre el que recae la acción) no conlleva responsabilidad penal porque falta la antijuridicidad material. En tales casos el bien jurídico no ha sufrido peligro alguno[9]. Por tanto, únicamente será punible la tentativa *relativamente* inidónea (cuando el *medio* utilizado fuese inidóneo o insuficiente en el caso concreto, pero podría no haberlo sido si hubiesen concurrido otras circunstancias, o cuando el *objeto* existe realmente, aunque ocasionalmente no se halle presente en el lugar del delito), en la medida en que en esta clase de tentativa concurre la antijuridicidad material. En otras palabras, a diferencia de lo que sucede en la tentativa *absolutamente*

[7] Cfr. ya VIVES, Fundamentos, 1996, p. 274, y 2011, p. 287. Sobre los elementos subjetivos del tipo de acción, vid. ampliamente MARTÍNEZ-BUJÁN, t&d, 13, 2013, pp. 233 ss., y Elementos subjetivos, 2021, pp. 58 ss. (con amplias referencias). Su ausencia convierte en conceptualmente irrelevante para el Derecho penal la conducta del autor (así como para los demás intervinientes), porque no existe ya un tipo de acción.

[8] Vid. VIVES, Fundamentos, 2ª, 2011, p. 491.

[9] Vid. ya VIVES, Libertad de prensa, 1977, p. 160; COBO/VIVES, P.G., 5ª ed, 1999, p. 718. Vid. además especialmente BUSATO, Tentativa, 2011, pp. 317 ss., quien, a partir de las premisas de la concepción significativa de la acción, considera que el aspecto objetivo de la tentativa se fundamenta en el *sentido* del peligro para el bien jurídico.

inidónea, en la tentativa *relativamente* inidónea hay antijuridicidad material porque, a la vista de todos los elementos constitutivos de la infracción (la materialidad del hecho, el contenido de injusto y el conjunto de datos típico-formales que la individualizan), se utilizan medios que poseen una idoneidad general (abstracta) para llegar a producir el resultado típico de lesión o puesta en efectivo peligro, por más que no consigan cobrar virtualidad suficiente para causarlo en el caso concreto, debido a las circunstancias concurrentes, sea porque los medios se revelaron por sí mismos inidóneos, sea porque el objeto material no pudo llegar a verse efectivamente agredido[10].

En tercer lugar, la concepción significativa del tipo de acción, a diferencia de las tesis dominantes, comporta una caracterización estrictamente objetiva de la causalidad (y de la imputación objetiva).

En efecto, las dominantes teorías basadas en la idea de la *adecuación* (consecuentemente, también la denominada "moderna teoría de la imputación objetiva") desembocan ineluctablemente en una *subjetivización* de la causalidad, en la medida en que esta se hace depender de los conocimientos del autor. Al recurrir al criterio del *pronóstico posterior objetivo*, esto es, al del espectador imparcial dotado de los conocimientos de la experiencia común y de los conocimientos especiales que eventualmente el autor pudiera tener, superiores a los del ciudadano medio, la previsibilidad se configura normativamente (lo que debió ser previsto), coincidiendo con un paradigma de "prudencia", que, si bien resulta apto para operar como elemento configurador de la culpa o imprudencia, no lo es, empero, para definir la relación causal[11].

Frente a tales premisas, la concepción significativa del delito propone una concepción estrictamente *objetiva* de la causalidad, según la cual la comprobación de la causalidad de una conducta requerirá demostrar que dicha conducta podía producir el resultado que efectivamente produjo y que tal cosa era "*predecible según leyes generales*" (la fórmula es de POPPER). Y para evitar la subjetivización de la causalidad propone utilizar un criterio general, alejado de toda imagen normativa, que necesariamente tendrá que ser situado en el nivel más alto posible de conocimientos teóricos y prácticos hasta un punto que pueda ser común a todos los posibles espectadores objetivos, a saber, todos aquellos conocimientos que estuviesen al alcance de la sociedad en el instante de la

[10] Sobre la tesis de la inidoneidad relativa vid. por todos COBO/VIVES, P.G., 5ª ed., 1999, pp. 718 y 728 s.; MARTÍNEZ-BUJÁN, t&d, 13, 2013, pp. 39 ss., y bibliografía citada.

[11] Vid. ya COBO/VIVES, P.G., 5ª ed., 1999, pp. 408 ss. En la actualidad vid. VIVES, Fundamentos, 2.ª ed., 2011, pp. 312 ss.

realización de la acción, de tal manera que a nadie pueda exigírsele dicho nivel, dado que ninguna persona puede poseer la totalidad del saber social. En concreto, la fórmula descriptiva del criterio de la *predecibilidad general* que hay que emplear para acreditar la causalidad es aquella que reza así: "existe causalidad cuando las consecuencias de la conducta pueden ser previstas por un espectador imaginario, situado en el momento de la acción y provisto del conocimiento del autor y de todo el saber público de la humanidad". Repárese, por lo demás, en que este criterio se revela como el más adecuado, tanto desde una perspectiva dogmática material (porque suministra un criterio estrictamente objetivo), cuanto desde un punto de vista *procesal* (porque es el que permite ofrecer un mejor rendimiento en la práctica de la prueba, que será pericial en los casos más complejos)[12]. Asimismo, en lo que concierne al aspecto valorativo (o sea, a la adecuación a tipo propiamente dicha o imputación del desvalor de resultado), cabe añadir, obviamente, que la afirmación de la relación de causalidad debe adecuarse al mismo paradigma: únicamente cuando sea *generalmente predecible* que la conducta lesionará o pondrá en peligro un bien jurídico protegido por una norma penal, podrá ser imputada objetivamente tal consecuencia. Y solo en este caso podrá haber infracción del deber objetivo de no causarla, y por tanto tipicidad[13].

2. Ausencia de tipo de acción

Partiendo de la premisa que se acaba de apuntar, interesa aclarar a continuación, ante todo, cuáles son los supuestos en los que falta la causalidad (o imputación objetiva en el sentido estricto que acabo de señalar)[14].

En primer término, ello sucede en el caso de las acciones *absolutamente inadecuadas*, como señaladamente en el supuesto de la denominada tentativa irreal (supuesto al que, a mi juicio, hay que equiparar el de la tentativa absolutamente inidónea) ante el cual cualquier espectador habría descartado que el resultado fuese predecible según leyes generales, dado que no hay riesgo alguno de vulneración del bien jurídico penalmente protegido y, por ende, la conducta del agente es *objetivamente* adecuada a Derecho y por ello no es ya, de entrada, *relevante* para el Derecho penal. No hay

[12] Vid. ya COBO/VIVES, P.G., 5.ª ed., 1999, pp. 424 s. De acuerdo con este criterio, vid. también: CARBONELL, en: LH-Ruiz Antón, 2004, p. 145; MARTÍNEZ-BUJÁN, t&d, 13, 2013, pp. 33 ss. y bibliografía citada.

[13] Cfr. CARBONELL, en: LH-Ruiz Antón, 2004, p. 145.

[14] Sobre ello vid. ampliamente MARTÍNEZ-BUJÁN, Autoría, 2019, pp. 114 ss.

inconveniente en afirmar, pues, que, en una consideración *ex ante*, la acción no era en absoluto *peligrosa* de cara a la producción del resultado típico[15].

En segundo lugar, algo similar a lo que se acaba de apuntar acontece en los casos de inadecuación del curso causal productor del resultado, esto es, el caso de los denominados *cursos causales irregulares*. La razón por la cual no existe ya, v. gr., el tipo de acción del homicidio en el supuesto en que la muerte se produce por un accidente de la ambulancia que llevaba al herido al hospital tras haber sufrido una lesión no mortal por parte del agente estriba en que el accidente de la ambulancia no era *predecible según leyes generales* para cualquier ciudadano en el momento de causar la lesión, toda vez que depende de la actuación libre de un tercero.

En tercer lugar, análogo razonamiento cabe seguir en los supuestos de *favorecimiento de una autopuesta en peligro* (en los que la víctima asume el peligro, pero no la lesión) aceptada o consentida por la propia víctima, que ocasiona un resultado lesivo, supuestos que, en cambio, son incluidos por la opinión dominante en la moderna teoría de la imputación objetiva en sentido amplio. En dichos supuestos, el hecho de que sea la víctima la que mantenga un control pleno del curso peligroso[16] determina que el resultado no pueda ser predecible según leyes generales para nadie, porque en última

[15] Afirmación que, obviamente, puede ser suscrita también a partir de otras concepciones sistemáticas y que encuentra respaldo en el CP español. Vid. por todos DÍEZ RIPOLLÉS, P.G., 4ª ed., 2016, p. 179, subrayando acertadamente que el criterio de la peligrosidad de la acción productora del resultado, concebido como el primer criterio de restricción de la imputación objetiva de resultados, se halla plasmado inequívocamente en los arts. 16-1 y 62 CP español, al exigir para la tentativa la peligrosidad objetiva de los actos ejecutivos. En sentido similar, vid. MIR, P.G., 10ª ed, 2015, L.10/49 ss., para quien en tales casos falta ya la creación de un riesgo típicamente relevante (o riesgo jurídicamente desaprobado), concebido como el primer requisito de la imputación objetiva, esto es, la imputación de la conducta a la parte objetiva del tipo, exigible en toda clase de delitos, sean, o no, de resultado (incluyendo, pues, los de mera actividad); vid. además L.13/87 ss., aludiendo al citado art 16. También LUZÓN, Lecciones, P.G., 3ª ed., 2016, L.15/47, para quien la adecuación o previsibilidad objetiva es el primer criterio de imputación objetiva.

[16] Recurriendo a este criterio, vid. LUZÓN PEÑA, Lecciones, P.G., 3ª ed., 2016, L.15/87, quien, partiendo de una concepción sistemática diferente a la que aquí asumo, subraya que en este caso no rige el principio de la alteridad, sino el de la identidad entre autor y víctima de la puesta en peligro, con la consiguiente imputación del resultado al propio sujeto pasivo y no a la conducta del tercero favorecedor. Y lo mismo cabe predicar de la mera participación de un tercero en una autolesión (en la que la víctima acepta la propia lesión), con independencia, claro es, de que excepcionalmente la ley pueda castigar dicha participación, *per se*, como delito autónomo (ibid., L.15/88).

En sentido similar vid. DÍEZ RIPOLLÉS, P.G., 4.ª ed., 2016, p. 182, para quien no habrá imputación objetiva del resultado en los casos de cooperaciones dolosas a autopuestas en peligro voluntarias (pero no descuidadas) de la víctima a su vida o integridad personal y en los casos de puestas en peligro de la vida o la integridad personal de la víctima que consiente dolosamente, con la particularidad de que, a su juicio, lo que faltará será, no el criterio del ámbito de protección de la norma, sino el criterio de la inobservancia del cuidado objetivamente debido (en la línea apuntada ya por ROXIN), que es un criterio de imputación objetiva identificable con la ausencia de riesgo permitido y aplicable también, por tanto, a los delitos dolosos. Por lo demás, añade este penalista que en el resto de los casos caben diversas soluciones condicionadas por el reconocimiento de la disponibilidad limitada de la propia vida e integridad personal de su titular.

instancia, y por mucho que el favorecedor contribuya a ello, su efectiva causación dependerá exclusivamente de la decisión de la víctima. Y por esta misma razón, en este tercer grupo hay que incluir algunos casos de heteropuesta en peligro consentida que axiológicamente son equiparables a la participación en una autopuesta en peligro, en la medida en que la víctima tenga el mismo grado de control objetivo del peligro que el otro agente, esto es, el mismo grado de control que permitiría fundamentar una coautoría, lo cual hace que, de los dos coautores, prevalezca y predomine la autoría de la propia víctima sobre la puesta en peligro y no la autoría ajena[17].

En fin, a todos los supuestos anteriores pueden añadirse, con carácter general, otros casos en los que el resultado concretamente causado no encaje en el *fin de protección (o evitación) de la norma*, si es que este se considera como un criterio autónomo más de imputación objetiva del resultado, así como todos aquellos casos en los que existe un *riesgo permitido*. Y es que comparto la opinión de que, más que dos nuevos *topoi*, estamos antes dos principios o criterios interpretativos teleológicos[18], genéricos o rectores, de la imputación objetiva del resultado, que pueden permitir fundamentar también la ausencia de imputación en algunos de los supuestos ya anteriormente reseñados.

Ahora bien, más allá de estos supuestos concretos de ausencia de imputación objetiva, sobre la base de alguno de los criterios examinados, el tipo de acción puede quedar excluido por otras razones.

---

[17] Vid. en este sentido también LUZÓN PEÑA, Lecciones P.G., 3ª ed., 2016, L.15/89 ss., subrayando, acertadamente, que en estos casos la víctima no deja en manos del otro el control del hecho y la puesta en peligro, sino que interviene activamente controlando su propia puesta en peligro, de tal manera que asume aquí el papel primario y decisivo en su autopuesta en peligro, por mucho que comparta el control del riesgo con un tercero. A la misma conclusión llega GIMBERNAT (Comportamiento típico, 2017, p. 591), operando con el ejemplo de la persona que acepta mantener relaciones sexuales con otra que es portadora del virus del SIDA, siempre que esta le hubiese revelado a aquella su enfermedad.

[18] En referencia al fin de protección de la norma, LUZÓN (Lecciones P.G., 3ª ed., 2016, L.15/60) lo califica de criterio de interpretación teleológica del tipo. También DÍEZ RIPOLLÉS lo concibe como un *criterio general* que permite restringir la imputación objetiva del resultado, al lado de los criterios de la peligrosidad de la acción productora del resultado y de la inobservancia del cuidado objetivamente debido, tanto en los delitos dolosos (Lecciones P.G., 3.ª ed. 2016, pp. 179 s.) como en los imprudentes (Lecciones P.G., 3.ª ed. 2016, pp. 214 s.). Asimismo, MIR lo concibe como un criterio general aplicable a los delitos de resultado para poder acreditar la relación de riesgo entre conducta y resultado, tanto en delitos dolosos (P.G., 10ª ed., 2015, L.10/58 ss.) como en los imprudentes (L.11/56 ss.), que estudia separadamente.

Sin embargo, GIMBERNAT (Comportamiento típico, 2017, p. 591) sigue considerando que el fin de protección de la norma es un criterio más de imputación objetiva que permite aglutinar un grupo de casos que posee la peculiaridad de que (al igual que, a su juicio, sucedería con el grupo de los cursos causales irregulares o el del comportamiento alternativo conforme a Derecho) en estos no se puede emitir un juicio definitivo sobre la tipicidad si no tenemos en cuenta cómo se ha producido la causación del resultado.

Así, por una parte, el tipo de acción puede quedar excluido por la presencia de un *error objetivamente invencible sobre el tipo*. En efecto, en consonancia con lo que se expuso *supra* con respecto a la concepción estrictamente *objetiva* de la causalidad en el marco del tipo de acción, hay que extraer la consecuencia de que cuando el error sobre el tipo sea *objetivamente* invencible no cabrá afirmar ya la predecibilidad general: en el momento de realización de la conducta no resulta objetivamente predecible que se vaya a desarrollar el nexo causal que desemboque en el resultado. En tal caso no hay infracción del deber ser ideal, es decir, del deber objetivo, trátese de un deber de abstención (en las conductas dolosas), trátese de un deber de cuidado (en las imprudentes). Faltará ya, pues, en todo caso la causalidad (o imputación objetiva) y consiguientemente no existe ya una acción relevante para el Derecho penal, al no cumplirse la primera pretensión de validez de la norma penal, la pretensión de relevancia.

Por otra parte, la concepción significativa del delito aboca coherentemente a diferenciar nítidamente los supuestos en los que concurre una causa de exclusión de la antijuridicidad material de aquellos otros casos en los que concurre una causa de exclusión de la antijuridicidad formal (o de ilicitud). Los primeros quedan incardinados aquí, en la básica pretensión de relevancia, con lo cual cabe afirmar que falta ya el tipo de acción, en la medida en que la antijuridicidad material se revela como la dimensión valorativa del tipo de acción. En cambio, las causas de exclusión de la antijuridicidad formal se hallan regidas por una pretensión de validez de la norma distinta (la pretensión de ilicitud o de antijuridicidad formal).

Aunque VIVES no aluda expresamente a ello, tal conclusión es evidente[19]. En efecto, la categoría del tipo de acción, regida por la pretensión conceptual de relevancia y por la pretensión de ofensividad, conlleva necesariamente la asignación de una función autónoma a las causas de exclusión de dicho tipo de acción frente a las tradicionalmente denominadas causas de justificación y, en su caso, frente a otras "causas de exclusión del injusto penal"[20].

[19] Cfr. ya MARTÍNEZ-BUJÁN, en: LH-Marino Barbero, 2001, p. 1162; de acuerdo, GÓRRIZ, Proyecto, 2005, pp. 364 s.

[20] Por lo demás, merece ser destacado el paralelismo que (en el plano de las consecuencias sistemáticas) puede establecerse entre la concepción significativa del delito y algunas concepciones que militan en la corriente teleológico-funcional, en lo concerniente a las funciones de un concepto negativo de acción. Así sucede señaladamente con la propuesta por SILVA (Aproximación, 1992, p. 399).

Pues bien, de conformidad con lo expuesto, dentro del tipo de acción (y de la pretensión general de relevancia) cabe diferenciar en rigor, a su vez, entre causas de atipicidad en sentido estricto (pretensión conceptual de relevancia) y genuinas causas de exclusión de la antijuridicidad material (pretensión de ofensividad).

Las primeras son aquellas que en el seno del pensamiento teleológico modernamente vienen denominándose *"causas de exclusión del tipo indiciario"*, caracterizadas por el dato de que excluyen el tipo legal, de tal suerte que no hace falta ya seguir buscando circunstancias materiales de justificación, dado que la conducta no es de entrada jurídicamente (y, por tanto, tampoco jurídico-penalmente) relevante[21].

Las segundas son aquellas que pueden ser identificadas con los supuestos usualmente incluidos entre las denominadas *causas de exclusión de la tipicidad penal (o del injusto penal)***,** reconocidas en la moderna doctrina penalista. Entre el elenco de causas de esta índole usualmente mencionadas por la doctrina[22] hay que efectuar unas puntualizaciones con respecto a dos de ellas, desde la perspectiva de la concepción aquí mantenida.

La primera puntualización es que la aplicación del principio de insignificancia (así como incluso la de los criterios de tolerancia social y de adecuación social), no representa sino una manifestación particular de la idea general de ausencia de ofensividad jurídico-penal, que enerva la antijuridicidad material.

La segunda puntualización va referida a la *inexigibilidad penal general*: la opinión mayoritaria diferencia esta situación de la denominada inexigibilidad *jurídica general* (calificada como una causa de exclusión de la antijuridicidad en sentido estricto). Así pues, la inexigibilidad que se incluye en el ámbito de la antijuridicidad material es únicamente la concerniente a aquellos supuestos en que, aunque la conducta sea jurídicamente ilícita con arreglo a otros sectores del Ordenamiento jurídico, se considera que no puede ser *penalmente* exigible a nadie tal comportamiento. De ahí, en fin, que se

[21] Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN, en: LH-Marino Barbero, 2001, pp. 1162 s. De acuerdo con ello vid., GÓRRIZ, Proyecto, 2005, p. 365, n. 1289.

En general, sobre las denominadas *causas de exclusión del tipo indiciario*, vid. por todos en nuestra doctrina LUZÓN, en: Luzón/Mir (eds.), Causas de justificación, 1995, pp. 21 y ss.; vid. también Curso P.G., I, 1996, pp. 558 ss. Por lo demás, sobre las causas de ausencia del tipo de acción en el marco de la concepción significativa del delito, vid. MARTÍNEZ-BUJÁN, P.G., 2011, p. 298.

[22] En nuestra doctrina LUZÓN (Curso, P.G., I, 1996, pp. 565 ss.) menciona, "quizá sin carácter exhaustivo" las siguientes: el principio de insignificancia, la tolerancia social, algunos casos de adecuación social, ciertos casos de consentimiento no plenamente válido jurídicamente y la inexigibilidad penal general.

afirme que en tal caso quede excluida únicamente la *tipicidad penal o antijuridicidad material*, pero no la responsabilidad jurídica extrapenal[23].

Con todo, desde la perspectiva de la concepción significativa del delito (y, asimismo, con arreglo a la concepción que aquí se mantiene sobre la justificación) ambas clases de inexigibilidad (la general y la penal general) deben ser incluidas en el seno de la pretensión de relevancia (como causas excluyentes de la antijuridicidad material), sin que ello suponga desconocer la aludida diferencia que media entre ellas. En efecto, lo que pretendo indicar con ello es que lo decisivo, a los efectos sistemáticos que aquí me interesan, es que la conducta realizada en situación de inexigibilidad general no es ya una conducta relevante y, por ende, no comporta la realización de un tipo de acción, en virtud de lo cual no puede representar ya la infracción de una norma con carácter objetivo general y con alcance intersubjetivo, que sirva de base a los comportamientos de terceros.

III. LA PRETENSIÓN DE ILICITUD: LA ANTIJURIDICIDAD FORMAL O SUBJETIVA

1. Ubicación sistemática y contenido

La *segunda categoría* del delito viene integrada por la *antijuridicidad formal o subjetiva* (consecuencia de la pretensión de *ilicitud*), que presupone la previa existencia de una antijuridicidad material (un tipo de acción relevante y ofensivo).

De conformidad con los postulados de la concepción significativa, una vez que se ha constatado la pretensión de relevancia (en la que hay que incluir la pretensión de ofensividad, que encierra la antijuridicidad material), hay que verificar una segunda pretensión de validez que toda norma penal encierra, esto es, la pretensión de ilicitud (en la que se asienta la antijuridicidad formal), según la cual habrá de acreditarse que la acción -aparte de ser una de aquellas que se describen en la ley penal como ofensivas para bienes jurídicos- consiste en una realización de lo prohibido o en una no realización de lo mandado, o, dicho de otro modo, que la acción relevante ejecutada por el sujeto infringe la norma, concebida como directiva de conducta.

Ahora bien, a mi juicio, la infracción de la norma personal de conducta requiere necesariamente un presupuesto, a saber: el autor del hecho relevante y ofensivo ha de ser

[23] Tal exigibilidad o no exigibilidad *penal* general se decide con arreglo a criterios sociales y jurídicos (que en este caso son específicamente jurídico-penales), que pueden hallarse plasmados expresamente en la ley o pueden derivarse de principios generales del Derecho penal. Vid. LUZÓN, Curso, P.G., I, 1996, p. 569.

imputable[24] Con ello rectifico mi anterior opinión, en la que, siguiendo la sistemática de VIVES -compartida por los restantes seguidores de la concepción significativa-, situaba la imputabilidad como presupuesto de la categoría de la culpabilidad (pretensión de reproche).

Frente a ello me interesa subrayar que añado aquí la imputabilidad como un elemento más de la ilicitud, el cual debe ser, por tanto, previo a la constatación de las formas de ilicitud (dolo e imprudencia). Creo que le asiste toda la razón a MOLINA cuando afirma que, "se ubique donde se ubique, (scil., el dolo) siempre debe ser situado *después* de la imputabilidad", so pena -de no hacerlo así- de generar una importante distorsión sistemática, puesto que, si esta se define (como de forma unánime se hace) como el conjunto de circunstancias que permiten conocer el significado y alcance de los propios actos y ejercer un control sobre ellos, entonces la imputabilidad será, en rigor, "*el resumen de toda la imputación subjetiva*" por más que "finalmente el término en sentido estricto se vincula sólo a ciertas causas que permiten acotar con certeza casos claros de falta de control. Pero lo remarcable es que estas causas pueden producir, y de hecho normalmente producen, *ambos efectos*", de tal manera que los inimputables "no tienen el control exigible de sus actos, pero a la vez perciben la realidad con esquemas frecuentemente erróneos, así que cuando actúan incurren a la vez en error (de tipo o de prohibición) y en inimputabilidad por falta de control" [25]. Y es que, en efecto, si prescindimos de la menor edad, es claro que el sujeto que obra en las situaciones descritas en el art. 20, números 1,2 y 3, no puede haber obrado *previamente* con dolo, porque actúa en situación de error *personal o subjetivamente* invencible sobre el tipo; y si el sujeto es menor de edad carece de sentido preguntarse si obró con dolo, dado que su comportamiento queda ya *ab initio* al margen del Código penal (art. 19 CP).

Entiendo que esta conclusión tiene perfecto acomodo en el marco de la concepción significativa del delito (y sin provocar distorsión sistemática alguna), desde el momento en que en ella el dolo ya no se incluye en el tipo de acción (en el seno de la antijuridicidad material), sino en la segunda pretensión de validez de la norma penal, destinada a comprobar la infracción de la norma personal de conducta. Y es obvio que el inimputable no infringe esta norma, al no poseer el control exigible de sus actos, por lo que carece de

[24] Sobre la ubicación de la imputabilidad en la teoría jurídica del delito, vid. lo que expongo, más ampliamente, en MARTÍNEZ-BUJÁN, en: LH-Luzón Peña, 2020, pp. 819 ss., y 2021, pp. 47 ss.

[25] MOLINA, en: LH-Mir, 2017, pp. 736 ss., todas las cursivas son del original.

sentido preguntarse si ha obrado con dolo, con imprudencia o en situación de caso fortuito.

Ciertamente, esta ubicación sistemática de la inimputabilidad podría tener un inconveniente si adoptásemos el criterio de la accesoriedad limitada para admitir la participación (o las actuaciones defensivas de terceros), porque en dicha tesitura el inimputable no habría realizado una conducta ilícita (o formalmente antijurídica) y consecuentemente no se podría castigar a los partícipes, pero ese inconveniente se desvanece si se parte de la base de que la regla intersubjetiva que debe regir de cara a terceros (así como para la imposición de medidas de seguridad) es la realización de un tipo de acción relevante y ofensivo (accesoriedad mínima objetiva)[26].

Por lo demás, sentado lo que antecede, cuestión diferente (cuyo tratamiento excedería ya con mucho los límites de este trabajo) es valorar las restantes propuestas de MOLINA[27], a saber: situar "la imputabilidad *al lado* del conocimiento de la prohibición" en la categoría de la culpabilidad, en la que también se incluirían el dolo y la imprudencia, en la línea de la sistemática neoclásica, con la consiguiente equiparación ("*intercambiabilidad*") entre el error sobre el tipo y el error sobre la prohibición.

Esta última equiparación no se ajusta a la regulación del CP español, que prevé un diferente tratamiento del error, y no resulta, a mi juicio, materialmente adecuada. Ciertamente, debe otorgarse relevancia al "cualificado" argumento de la "*intercambiabilidad"* en los casos en que la descripción del hecho objetivo típico contiene una referencia jurídica que deba conocerse[28], pero entiendo que las insatisfactorias consecuencias que (acertadamente) observa MOLINA pueden ser obviadas tratando siempre como error sobre el tipo todas las clases de errores sobre términos normativos (y supuestos afines) y sobre los presupuestos objetivos de las causas de exclusión de la ilicitud y de inexigibilidad[29].

En resumen, si bien debe aceptarse la anteposición de la imputabilidad a la constatación del dolo o la imprudencia, estos últimos elementos deben ser incardinados

[26] Y repárese en que la aplicación de esta regla intersubjetiva permite eludir la objeción de MOLINA (ibid., p. 750), dirigida al planteamiento de la doctrina dominante, relativa a que "la teoría de la culpabilidad convierte lo que no es más que un error, que deja intacta la lesividad, en una circunstancia que excluye el injusto": frente a ello hay que matizar que, en rigor, no es la teoría de la culpabilidad, en sí misma, la causante de esa conversión, sino la inclusión del dolo en el tipo.

[27] *Ibid*., pp. 739 ss.

[28] MOLINA, *Ibid*. p. 741.

[29] Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN, Error, 2017, *passim*, especialmente, pp. 81 ss., 117 ss. y 140 ss.

en la categoría de la ilicitud. En cambio, el conocimiento de la prohibición y la exigibilidad individual (y sus reversos, el error sobre la prohibición y las causas de inexigibilidad) deben permanecer en la categoría de la culpabilidad.

Una vez determinada la existencia de un sujeto penalmente imputable, estamos en condiciones de indagar cuál es el grado de infracción de la norma personal de conducta. Por tanto, lo que usualmente viene conociéndose por la doctrina dominante como *tipo subjetivo*, integrado por el dolo y la imprudencia, no queda incluido en el tipo de acción, pero tampoco pasa a formar parte del juicio de reproche como una forma de "culpabilidad" o una forma de imputar subjetivamente el hecho antijurídico al autor, sino que, como lógica consecuencia de la concepción de la norma como directiva de conducta, pasa a incardinarse en la antijuridicidad, configurándose sus integrantes (dolo e imprudencia) como *instancias de imputación o formas de ilicitud*[30].

De este modo, se produce un apartamiento de la concepción neoclásica del delito y, en cambio, se opera una mayor aproximación a las sistemáticas posteriores (a raíz de la concepción finalista del delito) y en particular a las teleológicas. Eso sí, con la importante particularidad de que, a diferencia de estas últimas, en la construcción de la concepción significativa no hay una sobrecarga del primer elemento categorial del delito, dado que el contenido del sedicente "tipo subjetivo" no es una vertiente más (o una subcategoría) del tipo de acción, sino un elemento integrado en una categoría diferente, inspirada por una pretensión de validez de la norma también distinta[31].

De ahí, en fin, que las diferencias con las sistemáticas nacidas a raíz de la aparición del finalismo sean también nítidas. Y es que, en efecto, como ha subrayado VIVES, tales sistemáticas incurren en una confusión entre lo conceptual, que atañe a criterios de *sentido* (y que, en consecuencia, debe ser incluido en el primer elemento categorial del delito, inspirado en la pretensión de relevancia) y lo sustantivo, que concierne a criterios de *responsabilidad* (y que, por tanto, debe ser abordado en una categoría diferente): el primer

[30] Además de VIVES (Fundamentos, 2ª ed., 2011, p. 492) consideran también que, a partir de las premisas de la concepción significativa del delito, el dolo y la imprudencia deben ser ubicados en el seno de la pretensión de ilicitud: MARTÍNEZ-BUJÁN, ORTS/G. CUSSAC, GÓRRIZ, RAMOS. Vid. indicaciones en MARTÍNEZ-BUJÁN, t&d, 13, 2013, pp. 53 ss.

[31] Cfr. ya MARTÍNEZ-BUJÁN, en: LH-Marino Barbero, 2001, p. 1164; de acuerdo, cfr. GÓRRIZ, Proyecto, 2005, p. 370. En suma, como escribe VIVES, ni el dolo ni la imprudencia desempeñan necesariamente una función conceptual o definitoria de la acción: "en principio, y salvo que el significado objetivo (social) de la acción los integre como momentos constitutivos del concepto de la acción de que se trate, dolo e imprudencia representan instancias de imputación de la antinormatividad de una acción o de una omisión previamente entendidas como tales" (p. 244).

plano es el de la denominada intencionalidad objetiva, que cumple una función conceptual o definitoria; el segundo, el de la intencionalidad subjetiva, que es la intención propiamente dicha, aquella que consiste en la atribución concreta de intenciones al sujeto y que no desempeña necesariamente un papel definitorio en la delimitación conceptual de la acción, sino que despliega la función *sustantiva* de posibilitar el enjuiciamiento de la conducta realizada por el sujeto, esto es, permitir atribuirle un *compromiso* con la acción ofensiva realizada. En otras palabras, si bien es cierto que la intención se expresa en la acción (y que cabe afirmar que intención y acción forman una unidad), aquella no puede constituir una nota definitoria de esta, puesto que, dada la "exterioridad" de las reglas utilizadas para caracterizar la intención, no toda acción es intencional[32].

Ahora bien, situados en este nivel de la teoría del delito, cabe precisar que esta atribución o imputación del hecho al sujeto ya no será en rigor *exclusivamente objetiva* (no será una imputación objetiva en el sentido estricto que hemos visto en el epígrafe anterior), dado que incorpora aspectos subjetivos[33].

Así sucede, obviamente, en lo que concierne al concepto de autor del *hecho doloso*[34]; pero también acontece en lo que atañe al concepto de autor del *hecho imprudente*, dado que en este la caracterización de la autoría tiene que incluir necesariamente los concretos conocimientos del autor. De ahí que, cuando, de acuerdo con la concepción significativa, hablamos de imputación del hecho imprudente a su autor en el ámbito de la segunda pretensión de validez de la norma penal, se trata también en rigor de una imputación (objetivo-) *subjetiva*, en la medida en que se asienta en un paradigma de "prudencia", conforme al cual la medida del riesgo deja de basarse en un criterio estrictamente objetivo y se hace depender de los concretos conocimientos del autor que lo ha realizado, con arreglo al ya citado criterio del *pronóstico posterior objetivo*, esto es, un juicio *ex ante* que, ciertamente, tiene en cuenta el criterio del espectador medio ideal o diligente, dotado de los conocimientos de la experiencia común

[32] Vid. VIVES, Fundamentos, 2ª ed., 2011, pp. 232 ss., especialmente 237 s. Sobre la "gramática" de la intención vid. VIVES, Fundamentos, 2ª ed., 2011, pp. 223 ss. y 626 ss.; vid. además ampliamente RAMOS, Concepción significativa, 2008, II.2.2. sobre el significado del *querer*.

[33] Sobre lo que se expone a continuación en el texto, vid. ampliamente MARTÍNEZ-BUJÁN, Autoría, 2019, pp. 129 ss.

[34] De hecho, aquí reside uno de los aspectos de crítica a la dominante teoría de la imputación objetiva por parte de FRISCH, quien arguye acertadamente que esta teoría se revela innecesaria e incorrecta en la esfera de los delitos dolosos ante la imposibilidad de llevar a cabo un juicio de peligro puramente objetivo; crítica construida a lo largo de sucesivas publicaciones (vid. señaladamente, Vorsatz, 1983, Zurechnung, 1988 y en: Frisch/Robles, Desvalorar, 2004, y el comentario de ROBLES a esta última, pp. 71 ss.). Sobre la validez de la crítica de FRISCH, vid. MARTÍNEZ-BUJÁN, t&d, 13, 2013, p. 35 y n. 38.

(en el caso de actividades profesionales será el profesional medio ideal), pero que a esos conocimientos añade los especiales que eventualmente pudiera tener el autor, superiores a los del ciudadano medio[35]. Por tanto, situados en la esfera de la segunda pretensión de validez de la norma penal, se parte de la base de que el hecho era *objetivamente predecible* según leyes generales y de que, por ende, al haber actuado, el agente infringió el deber objetivo general[36]; ello no obstante, para llegar a considerarlo autor de un hecho (ilícito) por imprudencia, habrá que acreditar la infracción del deber objetivo-subjetivo de cuidado (que presupone una previsibilidad objetivo-subjetiva).

A tal efecto, subrayo que prefiero utilizar la expresión de deber "objetivo-subjetivo" (y previsibilidad objetivo-subjetiva), porque, por una parte, si bien es cierto que –según indiqué- dicho deber opera con el criterio del pronóstico posterior objetivo (infracción del deber *objetivamente* exigible en el tráfico), no se trata de una previsibilidad estrictamente objetiva, desde el momento en que tiene en cuenta los conocimientos específicos del agente; pero, por otra parte, dicha infracción del deber tampoco es una previsibilidad estrictamente subjetiva o individual, en la medida en que la menor capacidad o los menores conocimientos del agente concreto no se toman en consideración para fijar el baremo de la "persona media ideal", sin perjuicio de que, obviamente, esa menor cultura o inteligencia del sujeto, o su concreto estado motivacional, sea tenida en cuenta en la pretensión de reproche (culpabilidad), que es el lugar sistemático en el que se analiza el *poder individual* del autor de cumplir el referido deber[37].

Este planteamiento se constata bien a las claras, por de pronto, en lo que concierne al *primer criterio de imputación objetiva* que se expuso anteriormente, a saber, el de las conductas *absolutamente inadecuadas*. Con respecto a este, llegaba a la conclusión de

[35] En cambio, la opinión dominante considera que la infracción del deber de cuidado no incluye las *facultades* especiales del autor. Vid. por todos MIR, P.G., 10ª ed., 2015, L. 11/35, quien, no obstante, matiza, a mi juicio acertadamente, que tales facultades tienen que ser incluidas cuando el autor, que conoce sus aptitudes especiales, deja de utilizarlas *conscientemente* (aunque sin intención de causar el resultado lesivo, ni aceptando su posibilidad, ya que de lo contrario habría dolo), porque en este caso no aplicó el cuidado debido desde el prima de un observador objetivo que conocía la posibilidad de utilizar unas facultades excepcionales (ibid., NM 41 ss.).

[36] Vid. ya COBO/VIVES, P.G., 5ª ed., 1999, pp. 408 ss. En la actualidad vid. VIVES, Fundamentos, 2ª ed., 2011, pp. 312 ss. Vid. además MARTÍNEZ-BUJÁN, t&d, 13, 2013, pp. 33 ss. y p. 59, con ulteriores indicaciones.

[37] La opinión dominante (vid. por todos LUZÓN, Lecciones P.G., 3ª ed., 2016, L. 15/47 ss.) emplea usualmente, empero, la expresión "previsibilidad objetiva" (que aquí también podría mantenerse, dado que, para el básico concepto de autor en sentido lógico-gramatical, lo que se requiere es la "*predecibilidad* objetiva"), pero me parece más adecuada la expresión que utilizo en el texto, habida cuenta de que –reitero- en dicha previsibilidad objetiva la doctrina dominante incluye los *especiales conocimientos* que pueda tener el sujeto concreto para determinar lo que objetivamente era posible prever al actuar.

que, merced a la fórmula de la *predecibilidad general*, la imputación estrictamente objetiva quedaba ya excluida si la conducta del agente era absolutamente inadecuada para causar el resultado, pero no podía quedar excluida allí donde existiese una posibilidad *real* de producción del resultado por muy pequeña que esta fuese, y sin que a tal efecto cobrase relevancia determinar el grado de infracción de la norma personal del sujeto.

Pues bien, es ahora cuando estamos en condiciones de examinar esta cuestión, indagando cuál fue dicho grado de infracción de la norma personal.

La primera posibilidad es la de que el agente *hubiese obrado con dolo* de producir el resultado, que es la hipótesis que usualmente se plantea en la doctrina, recurriendo a casos como el ya citado Thyren, o similares. En tal caso, me inclino a pensar que, en principio, la conducta *ex ante* objetivamente peligrosa (aunque fuera mínimamente peligrosa) debería ser imputable también subjetivamente al agente *en todo caso* y, por tanto, habría que afirmar la *ilicitud* de su conducta, que ya solo podría quedar enervada por la presencia de alguna causa eximente de exclusión de la ilicitud[38], sin perjuicio de que la responsabilidad mereciese una pena atenuada en atención a la menor peligrosidad *ex ante* de la acción, derivada de la menor probabilidad de producción del resultado[39]. Y para entenderlo así creo que resulta plenamente convincente el razonamiento empleado por MIR[40] (que, si prescindimos de la diferente sistemática que él adopta, es perfectamente asumible desde la perspectiva de la concepción significativa), sin perjuicio de efectuar algunas matizaciones[41].

La segunda posibilidad que cabe plantear en las referidas hipótesis en las que exista una mínima posibilidad de producir el resultado lesivo es aquella en la que el agente

[38] Posición mantenida ya por GIMBERNAT, Delitos cualificados por el resultado, 1966, pp. 139, 150 y 155 s., TORÍO, ADPCP, 1986, pp. 39 s. y 42, LUZÓN, Curso, PG, I, 1996, p. 380.

[39] Como ha sugerido SILVA, en: LH-Fernández Albor, 1989, pp. 684 s., n. 26, sobre la base de entender que el hecho es menos antijurídico (menos peligroso) que los casos "standard" de homicidio, y dejando abierta la decisión de si esa atenuación (tanto en casos de consumación como en los de tentativa) debe tener lugar dentro o fuera de los márgenes típicos.

[40] MIR, P.G., 10ª ed., 2015, L. 10/55. Este planteamiento, que ya estaba expuesto en MIR, Función, 1982, pp. 66 s., ha sido asumido por SILVA (en: LH-Fernández Albor, 1989, p. 685, n. 26), para quien es "la presencia de dolo la que determina que, pese a la escasa probabilidad *ex ante* de producción del resultado, concluyamos que se trata de riesgos penalmente relevantes (y, por tanto, no meras tentativas irreales impunes)".

[41] La primera es la de que, desde la óptica de la concepción significativa, nunca será ya conceptualmente imaginable el dolo del sujeto si la finalidad de vulnerar el bien jurídico no se *revela externamente*. La segunda, es la de que el referido planteamiento no pertenece al ámbito de la imputación objetiva en sentido estricto (que es la que se dilucida en el tipo de acción) sino a la esfera de la imputación subjetiva; de ahí que podrá resultar factible que en el ejemplo planteado, realizando el mismo tipo de acción, se afirme la *ilicitud dolosa* de la conducta del autor, y no se constate, empero, esa ilicitud en la conducta de otros intervinientes.

hubiese obrado solo con imprudencia. En tal caso parece político-criminalmente razonable poder llegar a rechazar la responsabilidad penal del sujeto, y concretamente sobre la base del apuntado argumento proporcionado por MIR, a saber: que supondría paralizar la vida social prohibir bajo pena conductas meramente imprudentes cuando estas entrañasen un riesgo mínimo de vulneración del bien jurídico, había cuenta de que muchas de las actividades que se consideran socialmente útiles entrañan algún riesgo, incluso en el caso de que el sujeto fuese *consciente* de ese mínimo peligro[42]. Ahora bien, la exclusión de la responsabilidad penal no se basará en la falta de imputación objetiva (que ciertamente concurre), sino en la ausencia de *ilicitud* personal, lo cual nos remite necesariamente al caso particular y a la actividad concreta de que se trate. En otras palabras, la ausencia de responsabilidad penal deberá fundamentarse en la inexistencia de la infracción del deber objetivo-subjetivo de cuidado (en el sentido que apunté más arriba), por existir un riesgo permitido: en efecto, comparto la idea de que la superación del riesgo permitido (o peligrosidad excesiva) es un requisito de la infracción del deber de cuidado en los delitos imprudentes. Se trata de un requisito que va más allá de la mera previsibilidad objetivo-subjetiva y que exige que el sujeto realice una conducta con un nivel de peligro que rebase el riesgo permitido[43].

Por otra parte, hay *un segundo grupo de casos* que debe ser examinado siempre en la segunda pretensión de validez de la norma penal: me refiero al *topos* del denominado *comportamiento alternativo conforme a Derecho* (casos denominados también como *cursos causales hipotéticos*)[44], partiendo, pues, de la premisa de que estamos ante casos en los que concurre la *predecibilidad* general, o sea, casos en los que existe un tipo de acción objetivamente relevante y ofensivo[45], y que lo que se trata de dilucidar es si el resultado puede ser imputado a la concreta acción *imprudente* del autor.

---

[42] De nuevo me parece atinado el razonamiento de MIR (P.G., 10ª ed., 2015, L.10/55) para descartar la responsabilidad penal en el supuesto de que el sujeto "advirtiera" ese mínimo peligro: "ello dificultaría enormemente la vida de las personas extremadamente previsoras, a quienes resultarían prohibidas penalmente gran número de actividades sociales más comunes y con ello se les privaría de la posibilidad de perseguir las metas lícitas que las mismas permiten".

[43] Vid. por todos LUZÓN, Lecciones P.G., 3ª ed., 2016, L.18/33 ss., con la citada particularidad de que para él la previsibilidad (y consecuentemente la infracción del deber de cuidado) ha de ser estrictamente objetiva.

[44] En el seno de la opinión dominante es, v. gr., paradigmática al respecto la posición de MIR (P.G., 10ª ed., 2015, L.11/60 ss.), quien estudia los casos de *comportamiento alternativo correcto* al analizar la imputación objetiva del resultado del *hecho imprudente*, imputación que se estudia separadamente de la concerniente al hecho doloso (L.10/49 ss.).

[45] Por tanto, concurre la infracción del deber ser objetivo ideal, porque un espectador imaginario colocado en la situación del autor y contando con todo el saber público de la humanidad habría podido

Y hay que insistir en que en este grupo de casos parto de la base de que no solo existe *predecibilidad* general de que pueda producirse un resultado típico, sino que además hay también una conducta negligente por parte de un sujeto, infractora del deber de cuidado que personalmente le incumbe (de acuerdo con el criterio del espectador medio ideal dotado de los conocimientos de la experiencia común y de los especiales que eventualmente pudiera tener el sujeto que actúa); sin embargo, a esa conducta infractora del deber personal de cuidado puede no llegar a serle imputable el resultado producido en aquellos casos en que se considere que ese resultado efectivamente causado no fue precisamente realización del peligro creado con la acción imprudente o que se trataba de un resultado que no era uno de aquellos que trataba de evitar la norma de cuidado infringida.

En *tercer lugar*, también habrá que incluir aquí los (más arriba apuntados) casos informados por el *criterio de la disminución del riesgo existente* (propuesto por ROXIN), conforme al cual no deberá imputarse a una acción peligrosa el resultado causado si el agente llevó a cabo su acción con el fin de disminuir el riesgo de producción del resultado inicialmente previsto y consiguió causar, efectivamente, un resultado menos lesivo que el que se habría producido sin su intervención[46].

Según esbocé más arriba, el criterio de la disminución del riesgo comporta determinar la existencia de la imputación objetiva partiendo de momentos subjetivos, puesto que (aparte de exigir el elemento objetivo de la efectiva consecución de un menor riesgo) requiere constatar la intención en el agente de disminuir ese riesgo[47], en virtud de lo cual no hay duda de que, con arreglo a la perspectiva de la concepción significativa, la posible exclusión de la responsabilidad por el (menor) resultado efectivamente producido no puede resolverse en el tipo de acción, en el que se dilucida exclusivamente la relevancia y ofensividad de la acción, siendo así que resulta incuestionable que en los casos examinados la conducta del agente realiza un tipo de acción (por más que, ciertamente, sea de menor entidad que el inicialmente previsto) relevante y ofensivo para un bien jurídico-penal. A mayor abundamiento, repárese en que, en rigor, en las hipótesis prototípicas de disminución del riesgo estamos ante un resultado lesivo que resulta

prever la causación del resultado típico. No estamos, pues, ante un supuesto de conducta absolutamente inadecuada para la producción del resultado ni tampoco ante un curso causal irregular.

[46] Vid. ROXIN, A.T., I, 4ª ed., 2006, § 11/43.

[47] Vid. por todos DÍEZ RIPOLLÉS, P.G., 4ª ed., 2016, p. 182. Es más, podrían incluso imaginarse supuestos en los que el agente hubiese obrado con la intención de disminuir el riesgo inicial pero manteniendo el dolo de producir el resultado de menor entidad (cfr. CEREZO, P.G., 6ª ed., 1998, II, p. 109).

amparado por un estado de necesidad excluyente de la ilicitud por conflicto de bienes desiguales[48], por lo que (además de lo expuesto) resolver los casos de disminución del riesgo en el tipo supondría trasladar indebidamente a esta categoría sistemática conflictos de intereses (o, mejor dicho, de derechos) cuyo lugar adecuado es el correspondiente a las causas específicas de exclusión de la ilicitud[49].

Por último, *en cuarto lugar*, recuérdese que, por supuesto, en el seno de la segunda pretensión de validez de la norma penal (pretensión de ilicitud o antijuridicidad formal), habrá que analizar si en el comportamiento del autor falta, a su vez, la previsión o previsibilidad de la realización de los elementos objetivos[50] del tipo de acción, esto es, si existe un error personal o subjetivo sobre el tipo que excluya la imputación personal (atribución de responsabilidad) al autor. De ello me ocupo en el apartado siguiente.

2. Ausencia de antijuridicidad formal o ilicitud

Además de lo que se acaba de indicar en relación con los criterios que determinan la ausencia de previsibilidad objetivo-subjetiva, la categoría de la antijuridicidad formal o ilicitud puede quedar excluida bien por la ausencia de imputabilidad, bien por la ausencia de dolo o imprudencia, bien, en fin, por la concurrencia de alguna de las causas de exención de la antijuridicidad formal o ilicitud, concebidas como leyes permisivas personales, basadas en el principio de la libertad de actuar.

En lo que atañe a la ausencia de imputabilidad, esta se producirá cuando exista alguna de las eximentes basadas en la inimputabilidad del sujeto (causas de inimputabilidad).

En lo que concierne a la ausencia de dolo o imprudencia, esta se producirá por la presencia de un *error sobre el tipo de acción*, que excluye el dolo (y, en caso de ser

[48] Vid. por todos DÍEZ RIPOLLÉS, *ibid*.; vid. anteriormente ya CEREZO, *ibid*., y n. 28, señalando que normalmente se tratará de casos de legítima defensa en los que al agente actúa con ánimo de defender al injustamente agredido, pero, obviamente, esta eximente únicamente cubrirá la lesión de los bienes jurídicos del injusto agresor.

[49] Vid. ya certeramente TORÍO, EPC, X, 1987, pp. 391 ss., arguyendo que el principio de la disminución del riesgo es una concreción del estado de necesidad y que la aplicación de esta eximente no sólo está condicionada por el sacrificio del interés de menor valor, sino por notas adicionales que circunscriben su funcionamiento, notas que no se toman en consideración, empero, con el criterio de imputación objetiva de la disminución del riesgo, que "parece funcionar sin limitación alguna"; en sentido similar, vid. DÍEZ RIPOLLÉS, ADPCP, 1991, pp. 753 s.

[50] Entre tales elementos hay que incluir tanto la inobservancia del cuidado objetivamente debido como la producción del resultado y la relación de causalidad entre acción y resultado, en los delitos de resultado. Para la opinión dominante ello integraría el denominado *tipo subjetivo* de los delitos imprudentes. Vid. por todos DÍEZ RIPOLLÉS, P.G., 4ª ed., 2016, p. 215.

invencible, también la imprudencia) y que, por tanto, recibe un tratamiento diferente al que merecerá el error sobre la prohibición (ubicado sistemáticamente en la esfera de la pretensión de reproche o culpabilidad), el cual deja subsistente el tipo doloso y no excluye la *intención lesiva*, sino que simplemente excluye el conocimiento de la ilicitud en cuanto requisito autónomo de la culpabilidad separado del dolo.

En el error sobre el tipo de acción hay un error por defecto de conocimiento sobre cualquier requisito integrante del tipo penal, habida cuenta de que no existe coincidencia entre el conocimiento del autor y la realización de la conducta descrita en el tipo[51]. Por tanto, para apreciar esta clase de error, habrá que comprobar que el autor no sabía o no podía calcular exactamente las consecuencias de su actuación, de tal manera que se produjo una ausencia de *compromiso* con la acción.

Consecuentemente, cuando el error sobre el tipo de acción sea (*subjetiva* o *personalmente*) *invencible*[52] (que es el error al que se refiere el art. 14-1, inciso 1º CP español), no podrá existir ni dolo ni imprudencia: la impunidad se fundamentará en la ausencia de la infracción del deber subjetivo de cuidado (*intencionalidad subjetiva*). En este supuesto concurre la predecibilidad general (infracción del deber objetivo de cuidado) y, por ende, cabe afirmar la causalidad, con lo cual la conducta es típica (y, en principio, relevante para el Derecho penal). Sin embargo, no existirá ni dolo ni imprudencia (no habrá infracción del contenido directivo de la norma o antijuridicidad formal), al no poder ser acreditada la infracción del deber subjetivo de cuidado, la cual requiere un error subjetivamente *vencible*[53]. Así pues, y recapitulando, cabe asegurar que si el autor no actúa con dolo ni con imprudencia, no infringe ya el contenido

[51] Cfr. CARBONELL, en: LH-Ruiz Antón, 2004, p. 151. En el texto se alude obviamente al error *directo* sobre el tipo de acción, puesto que, como es sabido, existe asimismo el denominado error *inverso* o error *al revés* (al que no me voy a referir en el presente trabajo) que consiste precisamente en el caso opuesto al del error directo, es decir, en la creencia errónea del sujeto de que concurre un elemento típico que realmente no se da en el momento de realizar la conducta.

[52] Me interesa precisar que, aunque aquí yo siga utilizando (y así lo haré en lo sucesivo) la terminología tradicional de error "vencible o invencible" (reconocida en nuestro CP) o, lo que es lo mismo, "evitable o inevitable", lo cierto es que, de conformidad con los postulados de la concepción significativa de la acción (en concreto con la *gramática* de la *intención subjetiva*, concebida como compromiso del sujeto de llevar a cabo la acción correspondiente y la vulneración del bien jurídico), tal terminología no resulta en rigor adecuada, porque nunca podremos penetrar en la mente del agente para averiguar si le habría resultado factible vencer o no vencer el error. Consecuentemente, sería preferible recurrir a otra terminología, como, v. gr., la de error *censurable* y error *no censurable*, usada por el propio VIVES en diversos Seminarios y Conferencias.

[53] En efecto, cuando el error sobre el tipo objetivamente vencible sea también *subjetivamente* vencible (esto es, "atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor", como indica el art. 14-1, inciso 2º CP), la infracción será castigada como imprudente, siempre que el delito de que se trate admita esta forma de imputación; y si el delito únicamente prevé la versión dolosa, el hecho permanecerá impune.

directivo de la norma (ausencia de *intención subjetiva)*[54]. En tal hipótesis estaríamos ante lo que usualmente se conoce como *caso fortuito***,** que en el marco de la concepción significativa de la acción constituye, pues, un supuesto de *exclusión* de la *ilicitud*, o antijuridicidad formal, dado que el sujeto no infringe el contenido directivo de la norma[55].

Por lo que respecta, en fin, a las *causas de exclusión de la ilicitud (causas de justificación y excusas o causas de exclusión de la responsabilidad por el hecho)*, hay que subrayar que, aun concurriendo dolo o imprudencia, la antijuridicidad formal puede quedar enervada por la presencia de supuestos contemplados en *leyes permisivas*, que son autorizaciones que, en concreto, según la caracterización propuesta por VIVES, pueden otorgar un derecho o "permiso fuerte" (*causas de justificación*) o un "permiso débil" (*excusas o causas de exclusión de la responsabilidad por el hecho*)[56].

El concepto de *permisos* se basa en la idea de las llamadas (en expresión de HART) reglas "elusivas" de la responsabilidad, que se caracterizan por tratarse de eximentes que no suponen una negación de las premisas fácticas y normativas (relevancia y ofensa), esto es, no comportan una negación (ni una compensación ni una aminoración) de la antijuridicidad material, sino que eliminan simplemente la antijuridicidad formal. En síntesis, excluyen la ilicitud de una acción que es relevante y ofensiva.

El fundamento de la autorización otorgada por leyes permisivas se basa en la fuerza que el legislador ha decidido dar a la *libertad de actuar*, sin que en tal caso sea posible recurrir a la idea de la ponderación de concretos intereses materiales. En otras palabras, su fundamento reside en la idea del "mal menor" (supremacía de un interés colectivo), en el seno de la cual se tiene en cuenta el principio del derecho individual y la propia idea de Derecho, sin perjuicio de que se tomen en consideración también criterios utilitaristas. En definitiva, el concepto de *permisos* presupone que el Ordenamiento jurídico conceda una especial relevancia a ciertas situaciones en el marco de su función general de configuración de la libertad de acción en determinadas circunstancias, con lo cual cabe asegurar que su razón última hunde sus raíces en la propia estructura genérica del

[54] En el CP español la ausencia de responsabilidad penal en este caso se reconoce explícitamente en el art. 5 y, *a contrario sensu*, en el art. 10.

[55] Cfr. ya MARTÍNEZ-BUJÁN, en: LH-Marino Barbero, 2001, p. 1163, n. 62.

[56] Vid. VIVES, Fundamentos, 2.ª ed., 2011, pp. 493 s., n. 73, quien, si bien afirma que la distinción entre permisos *fuertes* y permisos *débiles* es tomada de VON WRIGHT, subraya que su clasificación no coincide exactamente con la propuesta por aquel, dado que en la de VON WRIGHT no se reconoce la identificación entre permisos débiles y excusas, desde el momento en que, para este autor, la acción "débilmente" permitida sería la acción "aún no" típica.

Ordenamiento en su conjunto, dado que es este el que regula los términos de la libertad general de acción de los ciudadanos, por lo que los permisos no proceden privativamente del Derecho penal, sino que dimanan también de otras ramas del Derecho y singularmente de la Constitución[57].

En consonancia con lo que se acaba de exponer y con la premisa básica de diferenciar los aspectos material y formal de la antijuridicidad, hay que llegar a la conclusión de que, frente a las tesis propugnadas por las sistemáticas usuales (que conciben la antijuridicidad como una especie de objeto unitario y la justificación como una especie de *sombra chinesca* de la tipicidad), debe desvincularse la justificación de la tipicidad y, en concreto, debe desterrarse la idea de que aquélla acompañe a esta, la excluya o la "vuelva del revés". De ahí se infiere, en suma, que la justificación no puede eliminar ni compensar la ofensa producida ni, mucho menos, puede ser catalogada como un elemento negativo del tipo[58].

Téngase en cuenta, en fin, que, de acuerdo con los postulados de la concepción significativa del delito, los citados *permisos* no se rigen por la pretensión de relevancia y, en consecuencia, no pueden afectar ni a la tipicidad en sentido estricto ni a la ofensividad (o antijuridicidad material); conciernen exclusivamente a la pretensión de ilicitud (o antijuridicidad formal).

Así las cosas, interesa recalcar, pues, que el fundamento expuesto supone un apartamiento de las fundamentaciones doctrinales dominantes en el ámbito de la justificación, inspiradas en el criterio de la ponderación de intereses, y, por otra parte, se opone también radicalmente a la controvertida teoría de los elementos negativos del tipo, puesto que la teoría de los elementos negativos del tipo carece aquí ya por definición de todo sentido, ya que (según veremos posteriormente) en el marco de la concepción significativa del delito las causas de exclusión de la ilicitud poseen una naturaleza estrictamente personal y son contempladas desde la óptica de una pretensión de validez de la norma (pretensión de ilicitud) diferente a la que inspira el tipo de acción (pretensión

[57] Frente a la idea de la ponderación de intereses (criterio del interés preponderante), objeta VIVES (Fundamentos, 2.ª ed., 2011, pp. 494 n. 73) que el interés del Ordenamiento en la configuración de la libertad no puede "ponderarse" al lado, v. gr., del interés del Ordenamiento en la vida humana, porque este último es un interés que versa sobre un "objeto" mientras que el primero es un interés del Ordenamiento que recae sobre sí mismo. Vid. además MARTÍNEZ-BUJÁN, t&d, 13, 2013, pp. 72 ss. y bibliografía que se cita.

[58] Cfr. VIVES, Fundamentos, 2ª ed., 2011, p. 494, n. 72.

de relevancia), con la consiguiente atribución de significados y funciones en cada caso diversos[59].

Eso sí, en mi opinión, el hecho de que no se acoja dicha teoría no es obstáculo para que (según indicaré después) a partir de los postulados de la concepción significativa pueda llegarse a una coincidencia en lo tocante a la principal consecuencia dogmática a la que aboca la teoría de los elementos negativos del tipo, a saber, la de que el *error sobre los presupuestos objetivos o fácticos* de las causas de justificación deba recibir el tratamiento previsto para el error sobre el tipo, y no el previsto para el error sobre la prohibición, consecuencia que, como es sabido, la opinión mayoritaria considera deseable.

IV. LA PRETENSIÓN DE REPROCHE: LA CULPABILIDAD

Tras la pretensión de ilicitud, la siguiente pretensión de validez de la norma penal aparece representada por la pretensión de reproche, que recae sobre el autor que ha realizado un hecho típico y ofensivo para un bien jurídico penal (antijuridicidad material u objetiva) y que además es ilícito (antijuridicidad formal o subjetiva). Tal pretensión da lugar a la tercera categoría dogmática del delito, la categoría de la culpabilidad[60].

Según indiqué más arriba en el epígrafe 1, la categoría de la culpabilidad presupone la libertad de acción (que es el fundamento del denominado principio de culpabilidad).

Sin embargo esta libertad de acción no es el fundamento de la categoría dogmática de la culpabilidad[61]. Dicho de modo sintético, tal fundamento reside en la *normalidad del proceso motivador*, concebido simplemente como el conjunto de fuerzas causales motivadoras percibidas por el sujeto. Por tanto, la inclusión de la referencia a la *motivabilidad normal* (o a expresiones equivalentes como "asequibilidad o accesibilidad

[59] Vid. sobre ello ya MARTÍNEZ-BUJÁN, en: LH-Marino Barbero, 2001, p. 1168. De acuerdo, GÓRRIZ, Proyecto, 2005, p. 384.

[60] Cfr. VIVES, Fundamentos, 1996, p. 486. Evidentemente, cuando en el marco de la concepción significativa se habla de *reproche*, no se trata de un reproche *moral* en el sentido tradicional, vinculado además al dato de fundamentar el reproche en el libre albedrío. Conviene insistir aquí en que dicha pretensión de reproche es (como escribe VIVES, Fundamentos, 1996, p. 487) una consecuencia inevitable de dos premisas. Por una parte, es consecuencia de postular la validez de la norma (en la medida en que el reproche va referido a la infracción de la norma, concebida como directiva de conducta y de determinación de la razón). Por otra parte, es consecuencia de situarse ante el presunto infractor en una actitud *participativa*, esto es, de no considerarlo meramente como un objeto de manipulación, sino como persona: es precisamente el *reproche* -no la pena- el que restituye al delincuente su dignidad de ser racional, porque se dirige a él como persona y le trata como sujeto, no como objeto (vid. posteriormente VIVES, Fundamentos, 2ª ed., 2011, pp. 863 ss.; vid. además RAMOS, Ciencia, 2013, *passim*).

[61] Sobre la distinción entre el principio de culpabilidad y la categoría dogmática de la culpabilidad, vid. más ampliamente MARTÍNEZ-BUJÁN, en: LH-Corcoy, 2022, pp. 709 ss., y RP, 50, 2022.

normativa") posee exclusivamente la virtualidad de introducir en el juicio de reproche un elemento *normativo* esencial en un Derecho penal respetuoso con los postulados de un Estado social y democrático de Derecho: no se considera *justo* (singularmente con base en el principio de igualdad real o material ante la ley) seguir exigiendo el comportamiento debido a quien actúa sin una capacidad normal de ser motivado por la norma. En otras palabras, se trata de introducir el "criterio valorativo de que se ha de tratar lo desigual como desigual", atendiendo a las particularidades que permiten distinguir entre sí los casos concretos y posibilitando, consiguientemente, una personalización del juicio de atribución del hecho típico a un sujeto que actuó en unas circunstancias determinadas. En definitiva, la culpabilidad es, ante todo y con carácter general, exigibilidad de una conducta conforme al Derecho a la vista de las circunstancias personales del autor en la situación concreta, sin perjuicio de que esta caracterización general pueda perfilarse o concretarse según cuál sea el elemento de la culpabilidad que se analice.

Dada la naturaleza jurídica (y ubicación sistemática) que aquí atribuyo a la imputabilidad (como presupuesto de la ilicitud), la fundamentación de los elementos de la culpabilidad que permanecen en esta categoría poseerá, por lo pronto, un rasgo común añadido al fundamento genérico de la desigualdad relevante, esto es: tanto en la conciencia de la antijuridicidad (y su reverso, el error sobre la prohibición) como en la exigibilidad en sentido estricto (y su reverso, las excusas o causas de inexigibilidad en sentido estricto) no se trata ya de determinar si existe, o no, una alteración en la propia *estructura* (o constitución) de los procesos psíquicos (cognitivos y afectivos) de motivación, en virtud de lo cual el fundamento material *específico* de la desigualdad relevante debe buscarse en otro criterio ajeno a dicha alteración estructural psíquica. Y ese criterio viene dado por el *contenido* (y no en la estructura o constitución) de la motivación de un sujeto que, por tanto, no sufre una alteración o anomalía psíquica constitutiva[62].

Según anticipé más arriba en el epígrafe 3.1., dado que, a mi juicio, la imputabilidad deberá ser incluida en la pretensión de ilicitud, en la pretensión de reproche solo permanecen dos elementos la conciencia de la ilicitud y la exigibilidad individual.

[62] Sobre el fundamento genérico de la categoría dogmática de la culpabilidad y sobre el fundamento específico de sus elementos, vid. más ampliamente MARTÍNEZ-BUJÁN, RP, 50, 2022, epígrafes II y III.

1. La conciencia de la ilicitud y su reverso

En lo que atañe al *primer elemento*, hay que acreditar que el sujeto obró sabiendo que su conducta era contraria a las normas, o al menos actuó considerando probable conocer que lo era. Dicho de otra forma, para poder afirmar que la conducta es culpable, será necesario que el sujeto posea un conocimiento *actual* del significado antijurídico de la conducta, aunque basta con un conocimiento *eventual*[63]. El conocimiento *actual* incluye no sólo los conocimientos seguros, sino también las situaciones en las que el autor no está totalmente seguro del carácter prohibido de su hecho (supuestos de duda). En otras palabras, basta con que el sujeto considere *probable* que su acción u omisión es contraria a las exigencias del Ordenamiento. En suma, cabe afirmar que el conocimiento *actual* engloba también un *conocimiento eventual* de la antijuridicidad, de forma análoga a lo que sucede con la figura del dolo eventual.

Así las cosas, el reverso del conocimiento de la ilicitud viene integrado por el *error sobre la prohibición*, al cual se reconducen los supuestos en los que el sujeto realizó el hecho con un conocimiento equivocado acerca de su significado ilícito, esto es, pensó erróneamente que su conducta no era contraria a Derecho.

Por consiguiente, ante todo hay que recordar que la incardinación de esta clase de error en el marco del juicio de reproche (desligado del error sobre el tipo de acción) conduce a adoptar las consecuencias de la denominada *teoría de la culpabilidad*, la cual se caracteriza por tratar el conocimiento de la antijuridicidad no como elemento del dolo, sino exclusivamente como característica de la culpabilidad separada del dolo.

De este modo, la concepción significativa viene a coincidir, en cuanto a sus resultados, con la regulación legal del error contenida en el art. 14 del CP español vigente, que prevé esta clase de error en su apartado 3[64], y viene a coincidir también con la opinión doctrinal mayoritaria que, a partir de diferentes enfoques, acoge la mencionada teoría en materia de error.

[63] Cfr. VIVES, Fundamentos, 1996, p. 487; COBO/VIVES, P.G., 5ª ed., 1999, p. 623. Por lo demás, hay acuerdo en entender que el conocimiento actual no implica exigir un proceso de reflexión o nítida representación, bastando, por el contrario, una co-consciencia de realizar algo injusto (vid. por todos FELIP, 2000, pp. 153 ss.).

[64] Y lo hace con un tratamiento diferente al reservado para el error sobre el tipo: "si el error fuera vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados".

2. La exigibilidad individual y su ausencia

En lo que concierne al *segundo elemento*, es preciso aclarar, ante todo, que, para VIVES (al igual que para un importante sector doctrinal), el núcleo del concepto material de culpabilidad es la conciencia de la ilicitud, y no la exigibilidad, de manera que la culpabilidad queda reducida, prácticamente, a la capacidad de actuar conforme a Derecho. Asimismo, es necesario recordar que -como lógica consecuencia de la caracterización que ofrece VIVES de los *permisos*- las denominadas "excusas" o "causas de exclusión de la responsabilidad por el hecho" (tradicionalmente incardinadas en la esfera de la culpabilidad como causas de inexigibilidad) quedan situadas en la categoría de la exclusión de la ilicitud. De ahí que, llegado el momento de exponer el contenido del juicio de reproche, este autor se limite a indicar que "para ser sujeto de reproche no basta haber realizado dolosa o culposamente la acción típica, sin que concurran causas de justificación ni excusas: es preciso, además, que el sujeto sea capaz de reproche (imputable) y que haya obrado conociendo o pudiendo conocer la ilicitud de su acción"[65].

Ello no obstante, entiendo que tales afirmaciones no se oponen a la posibilidad de tener en cuenta consideraciones de inexigibilidad (obviamente, inexigibilidad individual) en el ámbito sistemático del juicio de reproche o culpabilidad, si bien con una función secundaria y subordinada, en la línea propuesta ya por HENKEL[66], esto es, concibiendo la inexigibilidad como principio regulativo general, que posibilita su aplicación en las diversas categorías del delito. Por consiguiente, aunque no se trate de un principio normativo o constitutivo para una decisión y nos remita simplemente al caso concreto y a sus circunstancias, hay que admitir que la no exigibilidad pueda cumplir una función en el ámbito de la culpabilidad[67].

Así concebida, comparto la opinión de que en la exigibilidad individual lo que se valora es el *contenido* de los motivos o razones que dan lugar al comportamiento delictivo. Y ello se *fundamenta* en la idea de que en un Estado democrático de Derecho, que reconoce como valor fundamental la individualidad y autonomía de las personas, ha

[65] VIVES, Fundamentos, 1996, p. 487.
[66] HENKEL, en: FS-Mezger, 1954, pp. 249 ss.
[67] Por lo demás, es obvio que el reconocimiento de una inexigibilidad general, que va referida a aquellos supuestos en que no se puede o no se quiere exigir a nadie en ciertas circunstancias que se abstenga de realizar una conducta, no es óbice para reconocer la existencia de una inexigibilidad individual, vinculada a circunstancias particulares de un individuo concreto. Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN, P.G., 5ª ed., 2016, epígrafes IV.4.7. y V.5.5. Sobre la doctrina de la inexigibilidad, vid. por todos ROBLES Estudios, 2014, pp. 165 ss., y, en particular, sobre la exclusión del injusto en virtud de la inexigibilidad, pp. 193 ss.

de otorgarse también relevancia a la valoración parcial que los sujetos efectúan, cuando se encuentran en situaciones de conflicto, en las que se ven involucrados bienes personales de gran importancia para el individuo y ante las cuales el sujeto afectado por la situación puede llevar a cabo una valoración distinta a la que realiza la sociedad y preferir la salvación de su bienes o intereses vitales (o de la personas estrechamente vinculadas a él) en detrimento de otras personas[68].

Cuestión diferente es la relativa al *alcance* de la inexigibilidad, esto es, la de determinar cuáles son los concretos supuestos en los que el CP español permite reconocer relevancia a la inexigibilidad individual.

Descartada la tesis de que la no exigibilidad pueda operar como causa supralegal de exculpación (algo reconocido por la doctrina dominante, en la medida en que supone situaciones de *menor intensidad* que las exigidas por la ley para exculpar en el estado de necesidad o en el miedo insuperable), su eficacia debe limitarse entonces a explicar el fundamento de aquellas causas de exculpación que deban reconducirse a esta idea. En lo que atañe a los supuestos legales regulados en la Parte general del CP español, la opinión mayoritaria señala dos: el estado de necesidad excusante (por conflicto entre bienes de igual valor)[69] y el miedo insuperable. A ellas se suele añadir, en el ámbito de la Parte especial, la exención de parientes próximos en el delito de encubrimiento, prevista en el art. 454 CP.

Si atendemos a los presupuestos de la concepción significativa, entiendo asimismo que no hay obstáculo para que estas excusas puedan operar como causas de exclusión de la culpabilidad, sobre la base de la idea de la inexigibilidad individual. Y es que, en efecto, una cosa es que no exista una diferencia ontológica, por razón de la materia, entre causas de justificación y excusas y que quepa afirmar que con el mismo fundamento material (v. g., la no exigibilidad) el legislador puede otorgar un permiso fuerte (una causa de justificación) o uno débil (una excusa), y otra cosa diferente es que deba deducirse de esta

[68] Vid. MARTÍNEZ GARAY, Proyecto, 2005, pp. 172 s., e Imputabilidad, 2005, pp. 432 ss., desarrollando la construcción elaborada en la doctrina alemana por FRISTER (Voluntativen Schuldelements, 1993, pp. 147 ss.). En sentido similar, con respecto a la eximente de miedo insuperable, vid. VARONA, Miedo insuperable, 2000, pp. 56 ss.; vid. además en esta línea MELENDO, Culpabilidad, 2002, pp. 489 ss. y 609 ss., 2002-a, pp. 876 ss.

[69] Ello no obstante, dentro de esta opinión mayoritaria, que admite causas de inexigibilidad excluyentes de la culpabilidad, algunos penalistas entienden que el estado de necesidad sería en todo caso una causa de justificación, sin perjuicio de que los casos de conflicto entre bienes iguales se resuelvan acudiendo a la eximente de miedo insuperable (art. 20-6º CP), o, cuando esta resultase insuficiente, a una eximente analógica de estado de necesidad exculpante (así, vid. MIR, P.G., 10ª ed., 2015, L.20/16 ss.).

idea que todas las excusas deban ya automáticamente quedar situadas en la esfera de la pretensión de ilicitud[70].

V. LA PRETENSIÓN DE NECESIDAD DE PENA: LA PUNIBILIDAD

A las tres categorías *esenciales* examinadas en los epígrafes precedentes, que agotan el contenido *material* de la infracción, hay que añadir una *cuarta categoría* (accidental)**,** constituida por la *pretensión de necesidad de pena*, que debe ser concebida como un momento del principio constitucional de proporcionalidad y que debe ser acreditada *en el caso concreto.* De este modo se admite que, al margen de las categorías del tipo de acción, de la ilicitud y de la culpabilidad, existe una ulterior categoría que vendría a identificarse con lo que tradicionalmente la doctrina mayoritaria ha venido llamando "punibilidad", y, en concreto, con un concepto amplio de punibilidad que, además de aquellos elementos que concurren en el momento de la realización del delito (condiciones objetivas de punibilidad y causas personales de exclusión de la pena, que conforman el *concepto estricto* de punibilidad), integraría también las instituciones que concurren con posterioridad a la ejecución de la acción ilícita por el autor (causas personales de anulación o levantamiento de la pena, así como todas las medidas de gracia previstas en el Ordenamiento)[71].

VI. CONSECUENCIAS EN MATERIA DE AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

1. Autoría

Según expuse en un trabajo específicamente dedicado al tema[72], si bien es cierto que cabe hablar de *autoría* en sentidos diversos, hay, ante todo, un plano básico, esto es, el plano *lógico* (no valorativo) de la determinación de quién lleva a cabo el hecho definido

[70] Con respecto a ello, habrá que estar al caso concreto para determinar los supuestos en que la inexigibilidad excluye ya la ilicitud (e incluso la ofensividad porque la inexigibilidad general excluye la antijuridicidad material) y aquellos otros en que excluye la culpabilidad. En vía de principio, tal determinación deberá apoyarse en la idea del carácter general del primer caso y el carácter personalizado o individual del segundo.

Este criterio vendría a coincidir *mutatis mutandis* con el que propone MIR, con base en sus premisas metodológicas. Vid. MIR, P.G., 10ª ed., 2015, L. 20/46 ss., quien, partiendo de que la culpabilidad presupone "motivabilidad normal" y que la inculpabilidad se basa en la "anormalidad de la motivación", distingue ahora, de acuerdo con su nueva configuración de la estructura del delito, entre los supuestos de imposibilidad *absoluta* de motivación normativa que afectan a todo ser humano o al hombre medio ideal, en los que falta ya la antijuridicidad, y los que afectan al sujeto concreto, en los que no falta la antijuridicidad sino el primer requisito de la culpabilidad, o sea, la concreta prohibición al sujeto.

[71] Con todo, sobre la categoría de la punibilidad, vid. las ulteriores matizaciones que recojo en MARTÍNEZ-BUJÁN, PG, 6ª ed., 2022, epígrafe VIII.8.1. (en prensa)

[72] Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN, Autoría, 2019, pp. 26 ss., donde expongo con amplitud las tesis que de forma resumida incluyo en este epígrafe y donde pueden hallarse todas las referencias bibliográficas, que aquí omito, especialmente las de VIVES.

en un tipo penal, que es lo único que es *susceptible de hacerse*: en otras palabras, se trata de un problema que, en el seno de la teoría jurídica del delito, va vinculado exclusivamente a la acción.

Así pues, el punto de partida (idea rectora) para la determinación del concepto de autor desde la perspectiva de la concepción significativa únicamente puede venir dado por una perspectiva *objetivo-formal*, que se caracteriza por delimitar la autoría a partir del significado del verbo (o, en su caso, verbos) típico y que es la perspectiva que también adopta inequívocamente el legislador español en su definición de autor en el párrafo primero del art. 28 CP español, en el que se indica que la conducta propia del autor es *realizar* el hecho. Por lo demás, este verbo debe entenderse como equivalente a *ejecutar*, en el sentido que sirve para caracterizar la tentativa a tenor del art. 16 CP, entendimiento que, obviamente, aportará criterios materiales (en el sentido que se expuso más arriba) que posibilitarán restringir el concepto de autor.

Se produce, así, una superposición parcial entre la problemática de la autoría y la de la tentativa, desde el momento en que existe una identificación entre realización del hecho y actos ejecutivos en sentido estricto, de tal manera que el principio de ejecución que da lugar a la tentativa coincide en su contenido con los aspectos propios de la autoría, con lo cual, a su vez, actos preparatorios y actos de participación coinciden en la característica de que no alcanzan el nivel de realización o ejecución del tipo.

En síntesis, el concepto lógico-gramatical de autor presupone la realización de una acción *objetivamente* constitutiva de –cuando menos- una tentativa, y la realización de esta acción no exige, pues, la comprobación de la infracción de la norma personal de conducta.

No obstante, lo que sí pertenece al tipo de acción de la tentativa es *la intención de consumar el hecho típico*, puesto que este elemento subjetivo no se identifica con el dolo sino que es un genuino elemento definitorio del propio tipo de acción, que pertenece a la pretensión de relevancia[73].

Asimismo, lo que también pertenece al tipo de acción es, en su caso, el especial elemento subjetivo que resulte imprescindible para conceptuar la acción. En consecuencia, ni que decir tiene que si en el comportamiento del agente no existe dicho elemento subjetivo, no puede realizarse (ni siquiera intentar realizarse) ya el tipo penal

[73] Vid. ampliamente MARTÍNEZ-BUJÁN, Elementos subjetivos, 2021, pp. 80 ss.

de que se trate, por más que concurran todos los elementos objetivos del tipo y un (sedicente) dolo referido a estos. Así, entre otras consecuencias, ello supone que desde la perspectiva de la concepción significativa sea ya conceptualmente incorrecto hablar de un "instrumento doloso sin intención", figura reconocida, empero, por la opinión dominante al caracterizar la autoría mediata: si el agente obra sin el específico elemento subjetivo del tipo de acción, no hay tipo, y, por tanto, carece de todo sentido afirmar que obra con dolo, por mucho que conozca y quiera realizar los elementos objetivos del tipo[74].

El concepto de autor que se deriva de la concepción significativa, aparte de ser un concepto esencialmente formal, es además un concepto *puramente objetivo*, en el sentido de que no incluye la infracción de la norma personal de conducta. En efecto, en su caracterización más básica la autoría es un elemento del *tipo de acción*, que se inscribe en la primera pretensión de validez de la norma penal, la pretensión de relevancia, y que, por tanto, no incluye entre sus elementos el dolo y la imprudencia, habida cuenta de que estos quedan incardinados en la antijuridicidad formal, correspondiente a otra pretensión diferente de validez de la norma penal, la pretensión de ilicitud. Se trata, pues, de un concepto *común* a delitos dolosos e imprudentes.

Por tanto, a partir de este postulado la delimitación del concepto de autor deberá llevarse a cabo merced a un proceso de *interpretación* de los diversos verbos típicos, conforme al uso común del lenguaje. Una vez aprehendido el sentido de las diferentes conductas que se describen en los tipos penales, podrá averiguarse quién es la persona que realiza el sentido de la acción, o, dicho con más precisión, quién es el sujeto que realiza, parcial o totalmente, el sustrato de la conducta (activa u omisiva) a la que quepa atribuir el significado del comportamiento que se describe en el tipo de acción descrito en la ley.

A tal efecto, habrá que partir de la zona indudable de significado del concreto tipo de acción de que se trate (si se quiere, de su núcleo), atendiendo al uso común de los términos del lenguaje y al contexto de uso en el que se aplican (y a la vista también del grado de ofensa al bien jurídico protegido y del plan del sujeto expresado en la acción), con el fin de determinar a partir de qué momento se da comienzo a la ejecución y quién

[74] Si, v. gr., en el conocido ejemplo de los gansos el criado obra sin ánimo de lucro (o ánimo de apropiación definitiva de la cosa), no realiza ya el tipo del hurto, por más que sepa que los gansos de los que se apodera son de propiedad ajena. De ahí se infiere que no exista problema alguno para calificar como autor mediato al señor (sujeto de atrás), que sí actúa con el ánimo de lucro. Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN, Autoría, 2019, pp. 246 ss.

realiza el sentido inherente a dicha ejecución, y, en su caso, qué conductas más alejadas de dicho núcleo comparten también su significado. En suma, al vincularse a la tentativa, la caracterización de la autoría nos remite necesariamente a ulteriores criterios materiales (de imputación objetiva) propios del tipo de acción específico de que se trate: téngase en cuenta, una vez más, que el autor ha de realizar un concreto *tipo de acción*, o sea, una conducta típicamente relevante y ofensiva para un bien jurídico penal.

2. Participación

Según anticipé más arriba, la caracterización objetivo-formal de la autoría y la identificación entre los binomios *autoría/realización* y *tentativa/ejecución* (derivada de la concepción significativa) van anudadas al criterio de la *accesoriedad cualitativa mínima objetiva* para el castigo de la participación: por tanto, la norma que sirve de referencia para el castigo de la participación (así como para las actuaciones defensivas de terceros y para la imposición de medidas de seguridad) es la norma que refleja la antijuridicidad material, o sea, la realización de un tipo de acción materialmente u objetivamente antijurídico, sin que deba tomarse en consideración la infracción de la norma personal de conducta (que se integra en el pretensión de ilicitud o antijuridicidad formal)[75]. De este modo, las posibles lagunas de punibilidad se reducirán significativamente con relación a la tesis mayoritaria, que acoge el criterio de la accesoriedad limitada.

Así, en el caso de que el autor obre con error subjetivamente (o personalmente) invencible sobre el tipo (y por ello no realice una acción ilícita o formalmente antijurídica, porque actúa en caso fortuito) no existirá obstáculo para castigar al partícipe que tiene un conocimiento correcto de los hechos; y lo mismo cabe predicar del error subjetivamente invencible sobre los presupuestos objetivos o materiales de una causa de justificación[76], habida cuenta de que, como ya señalé, su tratamiento debe ser equiparado al del error sobre el tipo.

---

[75] Vid. ya MARTÍNEZ-BUJÁN, t&d, 13, 2013, pp. 92 ss., y, con mayor amplitud, EPC, XL, 2020, pp. 855 ss. Se ha adherido a este planteamiento sobre la base también de la concepción significativa: GÓRRIZ ROYO, en: González Cussac (coord.), Lenguaje, 2019, pp. 110 ss.

[76] Cuestión diferente es que el autor obre con un error subjetivamente invencible sobre *la existencia o los límites jurídicos* de una causa de justificación, dado que en este caso se trataría de un error sobre la prohibición. Con todo, en este supuesto no hay, obviamente, duda alguna acerca de la efectiva responsabilidad del partícipe que posee un conocimiento correcto de la prohibición, puesto que el autor realiza una acción que ya es ilícita o formalmente antijurídica. Asimismo, a esta última conclusión llegarán, evidentemente, quienes consideran que el error sobre los presupuestos objetivos o materiales de una causa de justificación es un supuesto de error sobre la prohibición (vid. por todos BOLDOVA, Comunicabilidad, 1995, pp. 171 s.).

La conclusión que se acaba de obtener permite solventar satisfactoriamente y con sencillez el conocido y discutido problema que plantea el usualmente denominado caso del "testaferro" en delitos especiales que se construyen sobre la base de elementos personales en el autor (si se prefiere: sobre la base de la infracción de un deber personal), trátese de elementos altamente personales o limitadamente personales (si se prefiere: delitos puros de infracción de deber o delitos mixtos con un componente de dominio y un componente de infracción de deber). Como es sabido, el caso del testaferro se caracteriza por que el administrador fáctico utiliza como administrador de derecho a una persona que desconoce completamente sus obligaciones jurídicas y que, por ello, actúa en una situación de error (subjetivamente invencible) sobre el tipo. Obviamente, en tal supuesto no podrá serle imputado el hecho delictivo al referido administrador de derecho, pero sucede entonces que (descartada por la opinión dominante en jurisprudencia y doctrina la solución de acudir a la autoría mediata, porque el hombre de atrás es un *extraneus*, que carece del *status* requerido por el tipo especial) tampoco podría castigarse al administrador de hecho como partícipe, al no realizar el ejecutor directo una conducta dolosa (de conformidad con el criterio de la accesoriedad mínima subjetiva[77]) ni, por supuesto, antijurídica (criterio de la accesoriedad limitada). Pues bien, esta impunidad puede sortearse sin inconveniente alguno si se acoge el criterio de la accesoriedad *mínima objetiva* para castigar la participación y se adopta el esquema teórico derivado de la concepción significativa. De este modo, se puede castigar, pues, penalmente al administrador de hecho que se vale del administrador de derecho: no ciertamente como autor, pero sí como partícipe.

Asimismo, en el caso de los denominados *delitos de propia mano*, en los que el legislador vincula la cualidad de autor a la ejecución inmediata y personal de la acción definida en el tipo penal, hay también una amplia coincidencia (por más que algunos penalistas discutan la propia existencia de esta categoría) a la hora de entender que no es posible la autoría mediata[78], por lo que el sistema derivado de la concepción significativa permitirá eludir las posibles lagunas de punición.

[77] Partiendo de la accesoriedad mínima subjetivamente concebida, el castigo de la participación presupone que el autor haya realizado completamente el tipo, tanto el denominado tipo objetivo como el subjetivo.

[78] Vid. por todos GIMBERNAT, Autor y cómplice, 1966, pp. 242 ss.; COBO/VIVES, P.G., 5ª ed., 1999, p. 750; MIR, P.G., 10ª ed., 2015, L.14/78; LUZÓN, Lecciones P.G., 3ª ed., 2016, L.12/33; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, LL, 3.984, 1996, p. 1285, DocPCrim, 1, 2001, p. 51, y en DPyCrim, 76, 2004, p. 53; DÍEZ RIPOLLÉS, P.G., 4ª ed., p. 372.

También, algo similar, *mutatis mutandis*, cabe predicar del caso de los *delitos con medios legalmente determinados* (o, mejor, con modalidades tasadas o limitadas de acción) en los que, según un importante sector doctrinal[79], tampoco cabe la autoría mediata, so pena de vulnerar el principio de legalidad[80]. Ahora bien, de nuevo ello no significa que la exclusión de la autoría mediata nos aboque a una laguna de punibilidad. En efecto, con arreglo al sistema de la concepción significativa, bastará con que la persona de delante realice un tipo de acción *objetivamente* relevante y ofensivo (v. gr., el del robo con fuerza en las cosas del art. 238 CP) para que la persona de atrás pueda ser castigada como partícipe en dicha conducta, con independencia de que la persona que realiza inmediatamente el tipo pueda quedar exenta de responsabilidad penal por incurrir en una situación de error personal sobre el tipo.

Otra consecuencia lógica que se deriva de la caracterización de la accesoriedad que aquí se acoge en el marco de la concepción significativa del delito es que no existirá obstáculo alguno para admitir la *participación dolosa*[81], en cuanto tal, *en delitos imprudentes*, en la medida en que la conducta del partícipe debe tomar como base únicamente la realización de un tipo de acción ofensivo para un bien jurídico penal (pretensión de relevancia); y ello con independencia de la intención subjetiva que rige la conducta del autor, puesto que esta pertenece a una pretensión diferente (la pretensión de ilicitud) en la que se dilucida el momento de la infracción de la directiva de conducta contenida en la norma.

Por último, baste con dejar constancia de que las consecuencias en materia de participación que aquí se han obtenido son trasladables *mutatis mutandis* a las llamadas *actuaciones defensivas de terceros*[82].

---

[79] Vid. por todos ya GIMBERNAT, Autor y cómplice, 1966, pp. 224 ss.; vid. también DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, LL, 3.984, 1996, p. 1285, y DPyCrim, 76, 2004, p. 53. No obstante, hay que reconocer que otro sector no descarta tal posibilidad: vid. por todos COBO/VIVES, P.G., 5ª ed., 1999, p. 751, QUINTERO, Delitos especiales, 1974, p. 110.

[80] En sentido coincidente con lo que expongo, vid., DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, DocPCrim, 1, 2001, p. 51, quien considera además como similares los supuestos de delitos de propia mano y delitos con modalidades limitadas de acción.

Por lo demás, de nuevo hay que añadir aquí que, con arreglo a la concepción significativa, habrá que descartar todas aquellas fundamentaciones de la autoría mediata que se basan en la idea básica del dominio del hecho y arguyen que la autoría mediata del sujeto de atrás se fundamenta en el dominio sobre la realización de los medios o modalidades limitadas de acción.

[81] Aludo a la participación dolosa porque, a mi juicio, la participación imprudente es impune en nuestro Derecho. Vid. por todos LUZÓN, Curso, P.G., I., 1996, p. 507; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Autoría, 1991, p. 283; ROSO, Autoría, 2002, p. 397.

[82] Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN, t&d, 13, 2013, pp. 112 ss.

BIBLIOGRAFÍA

BOLDOVA PASAMAR, M. A., La **comunicabilidad** en las circunstancias y la participación delictiva, Madrid 1995

BUSATO, P., La **tentativa** del delito. Análisis a partir del concepto significativo de acción, Curitiba 2011

CARBONELL MATEU, J.C., Sobre tipicidad e imputación: reflexiones básicas en torno a la imputación de dolo e imprudencia, en Libro Homenaje a Ruiz Antón ("**LH-Ruiz Antón**"), Valencia 2004

CEREZO MIR, J., Curso de Derecho penal español. **Parte general**, II, Teoría jurídica del delito, 6ª ed., Madrid 1998 (con adendas de 2004, 2006 y 2007)

COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T., Derecho penal. **Parte general**, 5ª ed., Valencia 1999

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., La **autoría** en Derecho penal, Barcelona 1991

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., Autoría y participación (en el nuevo Código penal de 1995), en La Ley (LL), España, nº 3.984, 1996

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., La autoría mediata. Con una especial referencia a los delitos socioeconómicos y contra el medio ambiente**,** en Documentos Penales y Criminológicos (DocPCrim), Colombia, vol. 1, 2001

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., La autoría en Derecho penal. Caracterización general y especial atención al Código Penal colombiano, en Derecho penal y Criminología: Revista del Instituto de ciencias penales y criminológicas de la Universidad externado de Colombia (DPyCrim), nº 76, 2004

DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., La categoría de la antijuridicidad en Derecho penal, en Anuario de Derecho penal y Ciencias penales (ADPCP), España, 1991

DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., Derecho penal español. **Parte general** en esquemas, 4ª ed., Valencia 2016

FRISCH, W., **Vorsatz** und Risiko, Köln 1983

FRISCH, W., Tatbestandsmässiges Verhalten und **Zurechnung** des Erfolgs, Heidelberg 1988

FRISCH, W., La teoría de la imputación objetiva del resultado: lo fascinante, lo acertado y lo problemático, en FRISCH/ROBLES, **Desvalorar** e imputar, Barcelona 2004

FRISTER, H., Die Struktur des "**voluntativen Schuldelements**": zugleich eine Analyse des Verhältnisses von Schuld und Generalprävention**,** Berlin 1993

GIMBERNAT ORDEIG, E., **Autor y cómplice** en Derecho penal, Madrid 1966

GIMBERNAT ORDEIG, E., **Delitos cualificados por el resultado** y causalidad, Madrid 1966-a

GIMBERNAT ORDEIG, E., **Comportamiento típico** e imputación del resultado, en Libro Homenaje Mir Puig, Madrid 2017

GONZÁLEZ CUSSAC/MATALLÍN/ORTS/ROIG, **Esquemas** de Derecho penal. Parte General, Valencia 2010

GÓRRIZ ROYO, E., **Proyecto** docente e investigador (inédito), Castellón 2005

GÓRRIZ ROYO, E., El **concepto de autor** en Derecho penal, Valencia 2008

GÓRRIZ ROYO, E., Autoría y participación a la luz de la acción significativa: algunas consecuencias derivadas de adoptar el criterio de la accesoriedad mínima, en J.L. GONZÁLEZ CUSSAC (coord..), **Lenguaje** y dogmática penal, Valencia 2019

HENKEL, H., Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als regulatives Rechtsprinzip, en **FS-Mezger**, München-Berlin 1954

LASCURAÍN SÁNCHEZ, El principio de culpabilidad, en **LH-Huerta Tocildo**, Madrid 2020

LUZÓN PEÑA, D., Causas de atipicidad y causas de justificación, en: Luzón/Mir (eds.), **Causas de justificación** y de atipicidad en Derecho penal, (Elcano 1995

LUZÓN PEÑA, D., **Curso** de Derecho penal. Parte general, I, Madrid 1996

LUZÓN PEÑA, D., **Lecciones** de Derecho penal. Parte General, 3ª ed., Valencia 2016

MARTÍNEZ GARAY, L., **Proyecto** docente, (inédito), Valencia 2005

MARTÍNEZ GARAY, L., La **imputabilidad** penal, Valencia 2005

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., La concepción significativa de la acción de T.S. Vives y sus correspondencias sistemáticas con las concepciones teleológico-funcionales del delito, en Revista electrónica de Ciencia penal y Criminología, España, Granada Nº.01-13,1999, http://criminet.ugr.es/recpc/recpc, y en Libro Homenaje al Prof. Marino Barbero Santos ("**LH-Marino Barbero**"), Vol. I, Salamanca 2001 (se cita por este último)

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., El contenido de la **antijuridicidad** (Un estudio a partir de la concepción significativa del delito), Valencia 2013

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., Los elementos subjetivos del tipo de acción, en teoría & derecho (t&d), nº13, España, 2013

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., Derecho penal económico y de la empresa. **Parte General**, 5ª ed., Valencia 2016 (la 6ª edición de 2022 se halla en prensa)

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., El **error** en la teoría jurídica del delito (Un estudio a la luz de la concepción significativa), Valencia 2017

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., La **autoría** en Derecho penal. Un estudio a la luz de la concepción significativa (y del Código penal español), Valencia, 2019

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., La accesoriedad cualitativa de la participación, en Estudios Penales y Criminológicos (EPC), vol. XL, (2020), https://doi.org/10.15304/epc.40.6695

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., La ubicación de la imputabilidad en la teoría jurídica del delito, en Libro Homenaje al Prof. Dr. Diego-M. Luzón Peña ("**LH-Luzón Peña**"), Madrid 2020-a

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., Los **elementos subjetivos** en la antijuridicidad. Un estudio a la luz de la concepción significativa (y del Código penal español), Valencia 2021

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., El postulado de la libertad de acción y la incapacidad de acción de las personas jurídicas, en Libro Homenaje al Prof. Dr. Joan J. Queralt Jiménez ("**LH-Queralt**"), Barcelona 2021-a

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., El principio de culpabilidad y su fundamento, en Libro Homenaje a la Prof. Dra. M. Corcoy Bidasolo ("**LH-Corcoy**"), Madrid 2022

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., El fundamento de la categoría dogmática de la culpabilidad (Un estudio a la luz de la concepción significativa de la acción), en Revista Penal (RP), nº 50, 2022 (en prensa)

MELENDO PARDOS, M.J., El concepto material de **culpabilidad** y el principio de inexigibilidad, Granada 2002

MIR PUIG, S., **Función** de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho, 2ª ed., Barcelona 1982

MIR PUIG, S., Antijuridicidad objetiva y antinormatividad en Derecho penal, en S. Mir Puig, El Derecho penal en el **Estado social y democrático de Derecho**, Barcelona 1994

MIR PUIG, S., Derecho penal. **Parte general**, 10ª ed., (con la colaboración de Gómez Martín, Víctor/Valiente Iváñez, Vicente), Barcelona 2015

MOLINA FERNÁNDEZ, F., El razonable 'regreso' del dolo a la culpabilidad, en Libro Homenaje Mir Puig ("**LH-Mir**"), Madrid 2017

OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., Sobre el **concepto de Derecho penal**, Madrid 1981

QUINTERO OLIVARES, G., Los **delitos especiales** y la teoría de la participación, Barcelona 1974

RAMOS VÁZQUEZ, J.A., **Concepción significativa** de la acción y teoría jurídica del delito, Valencia 2008

RAMOS VÁZQUEZ**,** J.A., **Ciencia**, libertad y Derecho penal, Valencia 2013

ROBLES PLANAS, R., **Estudios** de dogmática jurídico-penal. Fundamentos, teoría del delito y Derecho penal económico, Buenos Aires 2014

ROSO CAÑADILLAS, R., **Autoría** y participación imprudente, Granada 2002

ROXIN, C., Strafrecht. **Allgemeiner Teil**, Band I, 4. Aufl., München 2006 (hay trad. española a la 2ª ed. alemana y notas por D.-M. Luzón Peña, dir., M. Díaz García-Conlledo y J. de Vicente Remesal) Madrid 1997

ROXIN, C., Strafrecht. **Allgemeiner Teil**, Band II, München, 2003 (hay trad. española y notas por D.-M. Luzón Peña, dir., J. M. Paredes Castañón, M. Díaz García-Conlledo, J. de Vicente Remesal y otros), Madrid 2014

SILVA SÁNCHEZ, J. Mª., Sobre la relevancia jurídico-penal de la no inmediatez en la producción del resultado, en Libro Homenaje Fernández Albor ("**LH-Fernández Albor**"), Santiago de Compostela, 1989

SILVA SÁNCHEZ, J. Mª., **Aproximación** al Derecho penal contemporáneo, Barcelona 1992

TORÍO LÓPEZ, A., Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva, en Anuario de Derecho penal y Ciencias penales (ADPCP), España, 1986

TORÍO LÓPEZ, A., Fin de protección y ámbito de prohibición de la norma, en Estudios Penales y Criminológicos (EPC), X, España, Santiago de Compostela, 1987

VARONA GÓMEZ, D., El **miedo insuperable**: una reconstrucción de la eximente desde una teoría de la justicia, Granada 2000

VIVES ANTÓN, T., **Libertad de prensa** y responsabilidad criminal, Madrid 1977

VIVES ANTÓN, T., **Fundamentos** del sistema penal, Valencia 1996

VIVES ANTÓN, T., Comentarios al código penal de 1995, tomos I y II, (T. Vives, coord.), Valencia 1996-a

VIVES ANTÓN, T., Principios penales y dogmática penal, en VIVES/MANZANARES (dir.) **Estudios** sobre el Código penal de 1995, Madrid 1996-b

VIVES ANTÓN, T., Derecho penal. Parte general, en COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, 5ª ed., Valencia 1999.

VIVES ANTÓN, T., **Fundamentos** del sistema penal (Acción Significativa y Derechos constitucionales), 2ª edición, Valencia 2011

VIVES ANTÓN, T., Ley, lenguaje y libertad (sobre determinismo, libertades constitucionales y Derecho penal), en teoría & derecho (t&d), España, 11/2012

* * * * * *

Prof. Dra. Raquel Roso Cañadillas
Prof. Titular de Derecho Penal. Univ. de Alcalá, Madrid, España. Patrona de la FICP.

~La necesidad de diferenciar entre autoría y participación imprudente y la cuestión de su punibilidad. Comentario a la STS 351/2020, de 25 de junio~

I. HECHOS PROBADOS

"Se declara probado que los procesados en la mañana del 6 de julio de 2013, después de estar toda la noche de juerga, se dirigieron con un vehículo conducido por Clemencia a un establecimiento comercial. Se bajaron del vehículo dos de los procesados, Rómulo y Raúl. Ambos entraron en el centro comercial, "donde el primero coge una botella de ron y el segundo una bolsa de patatas fritas, abandonando precipitadamente dicho comercio sin abonar el precio de las mismas, por lo cual el encargado del local, Aureliano, sale corriendo detrás de ellos". Los procesados se introducen en el vehículo y al cerrar la puerta de este, "Aureliano se agarra al vehículo, en concreto al bastidor del mismo, introduciendo el brazo izquierdo por la ventanilla derecha que estaba abierta al igual que la trasera. Al percatarse de ello Rómulo y Raúl golpean reiteradamente a Aureliano a fin de que el mismo se soltase y poder abandonar el lugar con su botín. En esta situación, a los gritos de 'arranca, arranca' proferidos por Rómulo, Clemencia acelera e inicia la marcha a pesar de que Aureliano se encontraba enganchado al vehículo (…), siendo arrastrado aproximadamente unos cuarenta metros y, al reducir la marcha la conductora del vehículo, ante la presencia de varios peatones en un paso de cebra, Aureliano se suelta cayendo violentamente al suelo. En su caída se golpea contra el vehículo Ford (…), y cae junto al vehículo en que circulaban los procesados de manera que, al no detener este su marcha, su rueda trasera izquierda pasa parcialmente por encima de la cabeza de Aureliano". Como consecuencia de lo relatado la víctima sufre lesiones que determinan su fallecimiento".

II. DESARROLLO DE LAS CUESTIONES PLANTEADAS Y OBJETO DE ANÁLISIS

El caso llega a la AP de Málaga por la gravedad de los delitos imputados, y la Audiencia condena entre otros delitos por un homicidio imprudente a la conductora, a Raúl y a Rómulo, que es el que le animó a arrancar el vehículo.

La sentencia de la AP es recurrida en casación ante el TS. El Alto Tribunal emite una estudiada y ponderada resolución y con motivo del recurso de Rómulo entra de lleno en la cuestión de si cabe conceptualmente una participación imprudente y si de ser así debe castigarse.

El ponente de la sentencia profundiza en el tema y recoge la dicotomía existente entre la doctrina alemana y española, que se presentan como antagónicas, pues la doctrina alemana niega la existencia conceptual de la participación imprudente y fundamentándose en un concepto unitario de autor, afirma que todos los intervinientes son autores. A esta conclusión se llega, en mi opinión, por un error metodológico, al aplicar herramientas dogmáticas y conceptuales del delito doloso al imprudente, sin tener en cuenta las características propias de este.

Por el contrario, la doctrina española, que en este punto no va al socaire de la doctrina alemana, construye y admite un concepto restrictivo de autor imprudente, por lo que las figuras de la participación pasan a ser causas de extensión de la punibilidad.

Después de esta inmersión doctrinal, la sentencia confirma la condena por homicidio imprudente en el caso de Rómulo y explica que ya se defienda un concepto unitario de autor o ya se defienda un concepto restrictivo, el aspecto punitivo no sufre variaciones, y ello se debe a que en el CP español no hay diferencia de pena entre autores, cooperadores necesarios e inductores.

Mi posición dista de esta afirmación. Voy a empezar por decir una obviedad: esta misma estructura punitiva del art. 28 CP es aplicable al delito doloso y no por ello se ha renunciado a realizar un esfuerzo dogmático para sentar las bases de un concepto restrictivo de autor y señalar sus ventajas, de tal modo que la doctrina y la jurisprudencia española casi sin fisuras defienden un concepto restrictivo de autor para el delito doloso.

Pero también encuentro razones terminológicas, dogmáticas, político-criminales y prácticas para no aludir la elección entre un concepto unitario o un concepto restrictivo de autor, tanto en el delito doloso como en el imprudente, pese a que las consecuencias penológicas nos conduzcan al mismo lugar, lo que, insisto, no debe disuadirnos de ofrecer una fundamentación dogmática elaborada y político-criminalmente justa, proporcional y eficaz.

Para no excederme del tiempo he de dejar de lado algunos de estos argumentos, pero es inevitable hacer, primero, una alusión mínima a uno de los principios del sistema

restrictivo de autor, el principio de accesoriedad, que rige las relaciones entre autores y partícipes y dota de contenido al principio de autorresponsabilidad, siendo, de este modo, el partícipe responsable de su propio hecho; no obstante, para terminar de configurar su responsabilidad penal se debe tener en cuenta el hecho realizado por el autor, atendiendo a elementos como la tipicidad y la antijuridicidad (accesoriedad cualitativa) y al grado de ejecución alcanzado por el autor (accesoriedad cuantitativa).

Y en segundo lugar, la existencia de una participación imprudente solo es posible plantearla desde las premisas de un concepto restrictivo de autor. Y solo desde allí, se puede discutir sobre la cuestión de la punibilidad o no de la participación imprudente.

Pasando a esta cuestión, encontramos un encendido debate en la doctrina que acoge el concepto restrictivo de autor en el delito imprudente y no tanto, sin embargo, en la jurisprudencia, en la que se opta normalmente por el castigo, como es ejemplo de ello, la sentencia que les comento hoy.

Así un sector importante de la doctrina defiende la no punición de la participación imprudente, atendiendo primero y sobre todo al menor desvalor subjetivo de la imprudencia; segundo a que la participación es una causa de ampliación de la punibilidad; tercero, a que el art. 12 del CP 1995 implanta el sistema del *numerus clausus* en la imprudencia; y cuarto a que la participación por su naturaleza requiere el dolo, aunque no se recoja expresamente en la ley.

Otra parte de la doctrina, tan autorizada como la anterior, defiende su punición, ofreciendo los siguientes argumentos: 1) del texto de la ley no se deriva ningún dato determinante para negar la punición de la participación imprudente. Las definiciones legales de la participación no están formuladas en términos subjetivistas, como sí ocurre en el StGB; 2) desde razones de ponderación del injusto, se afirma que la gravedad de este depende tanto de aspectos objetivos como subjetivos; 3) si se hace una interpretación sistemática de los preceptos de la parte general, se comprueba que la tentativa, que suele ser la categoría sistemática que mide el grado de subjetividad de una regulación, no está solo definida desde elementos subjetivos en el CP español, y 4) y último, cuando existían las faltas en el CP se castigaba sin duda la participación dolosa en este tipo de ilícitos, resultando mucho más leve, sin embargo, que la realización de los tipos imprudentes por participación. Actualmente se puede considerar tal argumento haciendo la comparación con los delitos leves.

III. CONCLUSIÓN

Expuesta sintéticamente la situación, les paso a explicar mi posición y mis propuestas al hilo del análisis del caso de la sentencia:

- Como sostuve ya en anteriores trabajos considero que la cuestión de la punibilidad de la participación imprudente es una opción político-criminal, cuando la regulación no es determinante.
- Actualmente, es evidente que se ha producido y se sigue produciendo un cambio de paradigma propiciado e impulsado, como suele suceder, por la organización, estructuras y contexto sociales. La complejidad de las interrelaciones sociales en una sociedad adjetivada como del riesgo necesita de categorías del delito, que anteriormente tenían una aplicación relativa o residual; categorías como la imputación objetiva, la imprudencia, la posición de garante, la concurrencia de imprudencias, el principio de autorresponsabilidad, el principio de confianza, la participación imprudente, por señalar algunas, se presentan actualmente como elementos necesarios para dar una fundamentación dogmática a la necesaria imposición de una pena a formas delictivas que descontrolan altamente el riesgo y que, en algunos casos, pueden alcanzar amplios niveles de sofisticación.
- Ello ha conducido a su vez a que la concepción del injusto personal cambie y no esté dominado por concepciones subjetivistas entroncadas en el finalismo, configurando un injusto típico en primer término objetivo (sin renunciar por ello a la parte subjetiva), tornándose de carácter normativo, incluso cuando se trata de elementos subjetivos como el dolo y la imprudencia, que se han despojado de un enfoque ontológico, como estructuras lógico-reales, o psicológico.
- Centrándonos en esta perspectiva objetiva del injusto, el inductor, crea un riesgo de generación de la idea delictiva en el autor desde su yo consciente e individual, por lo que está sabiendo lo que dice y a quien se lo dice, y cuando se inserta esta actuación en todo el contexto delictivo concreto también se analiza, atendiendo a la interrelación con otros sujetos y sus conductas, si su participación ha sido además imprudente, por no perseguir con su favorecimiento la producción de un resultado lesivo típico.
- Desde este enfoque objetivo del tipo filtrado a través del análisis del criterio de la creación de un riesgo, ateniéndonos a los hechos enjuiciados en la sentencia,

Rómulo con su frase está induciendo a crear un riesgo jurídico-penalmente relevante, al poner en peligro un bien jurídico de la manera que se ha tipificado y prohibido en la norma, estando de acuerdo con la sentencia de que se trata de una inducción, pero como forma de participación y no de autoría. Una inducción, que si fuera dolosa, se castigaría sin ninguna duda. Hago el inciso de que esta hubiera podido ser una posible fundamentación para llegar a la condena en el caso de la sentencia, ya que aplicando la teoría del consentimiento restringida, se podría haber sostenido que el inductor no tenía bases racionalmente fundadas, para no haber considerado que uno de los resultados probables en esas circunstancias concretas del caso pudieron ser las lesiones o la muerte de una persona, que estaba cogida al vehículo, poniéndose este en marcha.

- Volviendo a la cuestión de la punibilidad de la participación imprudente, el análisis de esta sentencia, el caso que plantea y la concienciación social sobre el riesgo me han hecho replantearme mi propia posición y los argumentos que manejaba. Anteriormente solo había defendido la punibilidad de la participación imprudente en los contextos delictivos en los que había intervinientes con especiales responsabilidades y con posiciones de garante, en delitos de deber (infracción de deber) o de dominio. Sin embargo, después de cuestionarme mi propia posición, he pasado a engrosar la lista de los autores que defienden la punibilidad de la participación imprudente.
- La imprudencia representa un injusto personal de menor entidad, ello es evidente e indiscutible, pero esta premisa no es lo suficientemente determinante para afirmar que en el fenómeno delictivo imprudente solo se debe castigar cuando exista consumación y cuando el interviniente sea autor. Hay contextos peligrosos imprudentes de tal magnitud que merecen una respuesta penal y que de no hacerlo se llega al callejón sin salida de las lagunas de punibilidad, poniendo en entredicho la eficacia del Derecho penal. De ello es consciente el legislador, por ejemplo, cuando ha tipificado delitos de peligro en los que tiene cabida la imprudencia. Y para el caso de la participación, como ya he dejado apuntado anteriormente, del sistema del *numerus clausus* y de los preceptos que regulan la autoría y la participación no se extraen argumentos decisivos y claves para la no punición de la participación imprudente, más bien la regulación tiene una semántica anfibológica.

- Por otro lado, si nos enfocamos en el concepto de participación, dejando a un lado esa parte subjetiva, que en ocasiones entorpece el análisis, cuando la participación adquiere las formas de la inducción y de cooperación necesaria, el legislador ha considerado que este tipo de favorecimientos tienen una gravedad consustancial y propia, por lo que merecen la misma pena que el autor, quedando fuera de esta equivalencia punitiva solo y exclusivamente la complicidad.
- Por lo que tenemos dos conclusiones: 1) la imprudencia es menos grave que el dolo; 2) la inducción y la cooperación necesaria son formas de intervención graves que merecen la misma pena que la del autor desde un punto vista puramente objetivo y neutro, y ello tanto si la participación es dolosa como imprudente.
- Llegados a esta síntesis, considero que hay que interpretar la ley teniendo a la vista estas conclusiones e interconectarlas, siendo conscientes además de que entre bambalinas está en tensión por este enfrentamiento entre lo objetivo y lo subjetivo toda la estructura del injusto típico, pesando tanto la interpretación teleológica y los argumentos político-criminales, como la eficacia aplicativa de la regulación, para darle mayor protagonismo en unos casos o en otros a elementos subjetivos u objetivos del tipo.
- De *lege ferenda*, considero que se debe revisar la regulación de la participación en la parte general del CP. En una hipotética reforma de la participación se debería plasmar con claridad la opción legal decidida: si castigar o no castigar la participación imprudente. Como he dicho anteriormente, me inclino por su castigo, y con la misma pena que la del autor imprudente.
- No obstante, matizo esta afirmación, ya que un sistema de flexibilización de la punición de la participación en el delito imprudente puede formar parte de esta opción regulativa, de tal modo que atendiendo al menor desvalor del injusto imprudente, a los partícipes en el mismo se les pudiese imponer una pena igual, pero también menor que la del autor, ateniendo a determinados factores del supuesto concreto. En el caso del cómplice imprudente, por el principio de insignificancia, opto claramente por su impunidad.
- Además, se debe seguir manteniendo el sistema cerrado de punibilidad del delito imprudente, el cual, al estar presente como principio sistematizador en toda la regulación penal de la imprudencia, limita el castigo de la autoría imprudente y

ofrece seguridad jurídica; y ello, aunque las opciones de castigar la participación imprudente se incrementen, porque también es posible la participación imprudente en un delito doloso.

- En el caso de la sentencia comentada, el inductor realiza una conducta integrada en un contexto que es del que debemos partir: induce a una conductora a poner el vehículo en marcha con una persona agarrada a la ventanilla; está incitando de este modo a un tercero a que eleve un foco de riesgo potencialmente muy peligroso. Las probabilidades de lesión o muerte son muy altas en este contexto concreto y la frase del inductor se inserta en él mismo, por lo que el inductor imprudente, en mi opinión y estando de acuerdo con la sentencia del TS en este punto, realiza un hecho grave que merece una sanción penal.
- Por último, y por ofrecer un enfoque de continuación de la investigación y análisis de este supuesto concreto, esta sanción penal se podía haber atenuado en el caso concreto evaluando la culpabilidad de los intervinientes en el hecho: estos rondaban los dieciocho años de edad, y no solo porque en el caso de nuestro protagonista, Rómulo, este hubiera ingerido sustancias estupefacientes, sino por la propia capacidad «de aprehender la totalidad del contenido (social) del comportamiento», que se sostiene que no es la misma en un joven que en un adulto, ya que el cerebro (la corteza prefrontal) termina de desarrollarse entre los 25 a 30 años. Esta parte del cerebro es el área responsable de ciertas habilidades como planificar, establecer prioridades y controlar impulsos, por ello un adolescente, por regla general, es más propenso a participar en comportamientos arriesgados sin haber reflexionado sobre las consecuencias de su toma de decisiones. No obstante, estas cuestiones ya entran de lleno en el ámbito de otro campo de investigación, que son las neurociencias.

IV. ACLARACIONES Y REFLEXIONES POSTERIORES AL DEBATE

Como expliqué a lo largo de mi exposición, no existe en el CP español una regulación clara y determinante sobre la punición de la participación imprudente, por lo que cabe defender varias hipótesis, entre ellas la punibilidad de algunas de sus figuras, como la cooperación necesaria y la inducción, en determinados contextos y estructuras. Una de ellas, como he defendido desde el inicio de mis trabajos, es el castigo del garante como partícipe imprudente, cuando no ha tenido el dominio del hecho y no ha atendido labores tan importantes de vigilancia y control del riesgo para la contención de este.

Por otro lado, a través del estudio y análisis de esta sentencia, he considerado otro posible ámbito para sostener la punibilidad de la participación imprudente. Me refiero a los supuestos de actuaciones muy peligrosas, con las que se crea un elevado riesgo de producción del resultado por la concreta conducta elegida y ejecutada, pero por las determinadas circunstancias del caso y de los factores que acontecen, en el momento del análisis de la parte subjetiva no se llega al convencimiento de la existencia de dolo eventual, incluso afluyen argumentos para no inclinarse por esta solución, aunque se pudiera también proponer, como ocurre en el caso de la sentencia comentada. La cooperación necesaria y la inducción imprudente se castigarían en estos supuestos, en mi opinión, y a falta de un mayor desarrollo de esta posición, basándose en dos puntales: por un lado, afirmando indubitadamente la gravedad de la imprudencia en todos estos casos, precisamente por la dificultad en su delimitación con el dolo eventual, que nos orienta hacia una infracción muy grave de la norma de cuidado y hacia una representación consciente del peligro por parte del sujeto o sujetos implicados; por otro lado, esa gravedad de la infracción de la norma consigue materializarse en un elevado peligro, el cual lleva adherido un gran porcentaje de éxito rayano en la seguridad de producción del resultado lesivo.

En el caso de la sentencia se llega a la convicción de que la imprudencia es grave y consciente o normativizando el elemento subjetivo: cualquier sujeto en esa situación se hubiera representado el alto peligro de realización de la actuación. Gozaría de poca credibilidad, por parte de un sujeto que arranca con alguien encaramado a la ventana de su vehículo, el negar la representación y consciencia del peligro de lesión o muerte. También en el caso de autos, la inducción imprudente provoca directamente que la autora elija realizar la conducta que en el contexto concreto conduce el peligro originado hasta una producción casi segura de un resultado lesivo.

Estas situaciones con tan elevado peligro de producción de resultado y con representación, pero sin poder probar el dolo eventual, no pueden quedar, en mi opinión, sin una respuesta penal, si además se ha producido un resultado contra bienes jurídicos esenciales como la vida o la integridad física, por lo que, en mi opinión, sí que existe necesidad y merecimiento de pena y ello para evitar una respuesta disonante del ordenamiento jurídico penal atendiendo al desvalor de la conducta.

En efecto, la regulación actual permite movernos en dos puntos muy extremos: o bien la punición de estas conductas si se admite el dolo eventual, o bien la impunidad, si

no se afirma el dolo eventual y se opta además por la impunidad de la participación imprudente. Ese salto cualitativo, al que aludí en el coloquio, lo encuentro llamativamente desproporcionado y así lo sigo manteniendo, incluso después de reflexionar en el contraargumento del Prof. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en el que me apuntaba que esa diferencia de pena, ese salto penológico entre la imprudencia y el dolo tan notable, hay que tenerlo entonces muy en cuenta para decidir qué castigamos y qué no, porque está poniendo en evidencia el menor desvalor del delito imprudente frente al dolo.

No es discutible, como opción político-criminal basada en argumentos dogmáticos, el menor desvalor de la imprudencia frente al delito doloso derivado claramente de su regulación y de su punición; no obstante, precisamente ese salto cualitativo, que abre un espacio enorme en blanco de punibilidad entre la imprudencia consciente y el dolo eventual, debería cuestionarse, porque no se corresponde con la realidad de dos categorías subjetivas que están en contacto y en constante fricción: La imprudencia grave y consciente está al otro lado de la línea roja del dolo eventual, con lo que el injusto desde su dimensión subjetiva sigue siendo grave, pero es que desde su dimensión objetiva y tomando como ejemplo el supuesto de hecho de la sentencia, el peligro creado y sus posibilidades de éxito lesivo es el mismo tanto si hay dolo como imprudencia. Por ello, se podría establecer un sistema de graduación que permitiese elevar proporcionalmente las penas del delito imprudente en supuestos muy graves y cercanos al dolo eventual, ya que contemplan el mismo desvalor objetivo del injusto que en el dolo e incluso el mismo desvalor del resultado. Esta posibilidad se puede plantear, pero no es aplicable con la regulación actual. Lo que sin embargo sí es posible con la regulación actual es la punición de la cooperación necesaria y la inducción imprudente en casos de una elevada gravedad objetiva con una imprudencia muy grave. Así en el supuesto de hecho de la sentencia es el inductor imprudente el que origina y provoca la situación de elevada peligrosidad.

En conclusión, me inclino por no castigar todas las participaciones imprudentes en todo caso y automáticamente, pero sí por castigar la cooperación necesaria y la inducción, en las situaciones en las que se hayan originado riesgos insoportables y graves con una alta probabilidad de éxito de producción del resultado, en que se hayan puesto en peligro bienes jurídicos como la vida o la integridad física y en los que se haya barajado la posibilidad de una calificación por dolo eventual, pero no se pueda lograr probar el elemento volitivo o incluso una representación absolutamente plena del peligro.

Otro aspecto que presenta el caso de la sentencia es la forma de participación y al que se aludió también en el coloquio. En mis trabajos, siguiendo a la doctrina mayoritaria, y entre ellos a LUZÓN PEÑA o MIR PUIG, he defendido que caben las mismas formas de participación en el dolo que en la imprudencia. Considero además que se ha instalado un prejuicio dogmático que concibe las formas de participación como patrimonio exclusivo del delito doloso y ello no debe ser así. Ninguna forma de participación por su naturaleza, incluso la inducción, es incompatible con la imprudencia. La parte objetiva de una conducta es la base inicial de la que se debe partir, de tal modo que es una inducción el que otro le diga al conductor arranca el vehículo cuando está sujeto al bastidor un tercero o, siguiendo un ejemplo de MIR, es inductor el que determina a otro a conducir de modo imprudente y atropella por ello a un tercero. Esta parte objetiva del tipo de participación se adapta posteriormente a los aspectos subjetivos del supuesto. Evidentemente si nos movemos en el terreno de la imprudencia, ninguno de los intervinientes en el hecho querrá que se produzca el resultado: ni el autor, ni los partícipes, pero ello no debe confundir los planos objetivos y subjetivos. Los elementos subjetivos (conocimiento, finalidad…) de una inducción son distintos cuando media dolo y cuando media imprudencia, pero la conducta objetiva permanece intacta. El inductor, como en el caso de la sentencia, provoca *ex novo* la idea delictiva de forma directa en el autor y también a aquel se le puede imputar objetivamente la creación del peligro, que se materializa en la realización plena del resultado lesivo.

Y siguiendo con el plano objetivo y subjetivo, pero tomando como punto de referencia el elemento subjetivo del acuerdo, al igual que en el ámbito del dolo, las conductas imprudentes pueden desarrollarse en el contexto de un acuerdo expreso o tácito: todos agarran la viga para tirarla por la ventana sin poner medidas de seguridad y sin cerciorarse de la existencia de transeúntes, o también sirva como ejemplo el propio caso de la sentencia, en la que inductor y autor se han puesto de acuerdo de modo tácito e instantáneo en poner el vehículo en marcha con un señor agarrado por fuera a la ventanilla. En el primer caso hay coautoría imprudente si se lesiona a un viandante; en el segundo caso existe una inducción imprudente, que constituye una participación imprudente subjetiva al haber acuerdo. No obstante, el acuerdo puede faltar entre los varios intervinientes imprudentes, lo que nos coloca en el ámbito de la concurrencia de imprudencias, que pese a su denominación las distintas conductas imprudentes pueden ser coincidentes en el espacio-tiempo o no. Estas imprudencias realizadas por varios

sujetos sin acuerdo necesitan de un análisis para dilucidar si se trata de autorías accesorias o alguna de ellas constituye una participación accesoria u objetiva. La falta de acuerdo en ningún caso convierte a todas las intervenciones imprudentes en autorías accesorias, ya que si alguna de ellas no codetermina el hecho, no puede ser más que participación imprudente objetiva, la mayoría de las veces cooperación necesaria o no necesaria (más complicada la posibilidad de una inducción imprudente objetiva), como ocurre en el caso de que alguien se deje de manera descuidada un revolver encima de una mesa y un tercero visitante llevado por la curiosidad lo coja y empiece a manipularlo, se escape una bala y alcance a un tercero; o una enfermera llene imprudentemente una jeringuilla con una dosis mortal de un medicamento y el médico se la inyecte al paciente sin darse cuenta tampoco de la cantidad de contenido: o un ciclista, infringiendo las reglas de tráfico, marche en paralelo a otro ciclista, ocupando así a velocidad lenta buena parte de la mitad derecha de la calzada, y entonces un automovilista que llegue por detrás a fuerte velocidad, en vez de reducirla, para adelantar al ciclista que va más a la izquierda, rebase la línea continua e invada bastante la mitad izquierda de la calzada en una curva sin visibilidad, chocando frontalmente con otro vehículo que circulaba correctamente por el lado de la carretera que el primero ha invadido, muriendo a consecuencia de ello el conductor del coche que circulaba correctamente.

* * * * * *

Prof. Dr. Javier Augusto De Luca

Catedrático de Derecho Penal y Procesal Penal, Universidad de Buenos Aires. Ex presidente de la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal. Presidente del Grupo Argentino de la Asociación Internacional de Derecho Penal. Fiscal General ante la Cámara Federal de Casación Penal. Socio de la FICP.

~Derecho penal y Derecho de los pueblos originarios o indígenas~

I. INTRODUCCIÓN.

En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) y la Carta de la Organización de Estados Americanos (1948) son los principales instrumentos de reconocimiento de derechos de los pueblos indígenas y, a su vez, de obligaciones por parte de los Estados miembros de promover, proteger y garantizar tales derechos.[1]

En este marco normativo regional, quedaron tutelados: el derecho de profesar libremente sus ideas y creencias religiosas, de manifestarlas y practicarlas pública y privadamente; el derecho a la preservación de la salud y el bienestar; a los beneficios de la cultura; al reconocimiento de su personalidad jurídica y de los derechos civiles; a participar y ser electo para cargos gubernamentales y públicos; el derecho a la honra y la dignidad; el derecho de asociación para promover ejercer y proteger sus derechos de cualquier naturaleza y a las garantías judiciales y debido proceso[2].

Por ejemplo, la Constitución Argentina desde 1994 reconoce la preexistencia étnica y cultural de los pueblos originarios (art. 75 inc. 17). La diversidad cultural tiene jerarquía constitucional en casi todos los países de la región, y algunas legislaciones establecieron diferencias en el tratamiento por la justicia penal conforme al origen de las personas involucradas en el marco del respeto a la igualdad ante la ley y la no discriminación[3].

[1] CIDH. Informe N° 62, 20 octubre 2000, Original: en Español, disponible en internet: http://www.cidh.org.

[2] Idem. Otros instrumentos que conforman el plexo normativo regional son: El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 1 y 27, PIDCP); la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (art. 5 y ss., CERD) y el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (arts. 11 y 12 PIDESC). También el Convenio 169 de la OIT, en Argentina por ley 24071.

[3] AA.VV., La justicia penal en las comunidades originarias, Da Rocha, J. / De Luca, J. (Coordinadores), Ad. Hoc., Bs.As., 2010, pp. 11-12.

No hace mucho tiempo los colonizadores de América se preguntaban si los aborígenes, a quienes llamaban indios, eran personas[4]. Después, en todo el mundo vino el tratamiento jurídico moderno de la esclavitud y situaciones análogas[5]. Pero en la práctica, estas cuestiones están vigentes, aunque bajo otras formas. En muchas situaciones confluyen los dos universos, el del derecho penal como lo conocemos aquí y el de las expresiones de la cultura de los pueblos originarios y también de otras minorías.

Latinoamérica se ha regido desde la colonización europea por las normas de ese origen, con escasa atención de la experiencia y antecedentes de las culturas de las comunidades originarias. Esta situación nos obliga a hacer un replanteo de su conocimiento y eventual aplicación a la problemática penal actual. Curiosamente, algunas de las formas alternativas a la pena para la resolución de casos, como la reparación, la conciliación, el principio de oportunidad, los trabajos para la comunidad, etcétera, que hoy aparecen como novedades, ya eran practicadas cientos de años atrás por los habitantes originales de estas latitudes, con la enorme ventaja de evitar la reproducción del conflicto.

Nos decimos democráticos y que, por ello, reconocemos constitucionalmente otras culturas preexistentes y/o coexistentes, ¿pero, no implica ya eso una toma de posición de superioridad ética, de quien tiene el poder de reconocer/prohibir/tolerar algunos comportamientos a los grupos minoritarios? Hablamos de "nuestros derechos humanos", producto de la cultura dominante, pero poco sabemos de los derechos de los otros. A fines del siglo pasado, pensadores calificados como posmodernistas observaron la falacia de hablar de superioridad ética de nuestras culturas, porque desde nuestro lugar se han producido las más grandes masacres de la historia, no menores que las que hemos podido conocer de aquellos pueblos que muchas veces fueron considerados inferiores o bárbaros.

II. ASPECTOS PROBLEMÁTICOS.

Específicamente, la Constitución Argentina reconoce la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas; garantiza el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconoce la personería Jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regula

[4] La "Junta de Valladolid" fue un debate que se llevó a cabo entre los años 1550-1551, en la ciudad de Valladolid, España. A consecuencia de la llegada de los españoles a tierras americanas, se discutía acerca de qué trato se le debía dar a los indios que estaban sometidos al dominio hispánico. Los principales contendientes en aquella controversia fueron Bartolomé de las Casas y Ginés de Sepúlveda.

[5] En 1948 la Organización de Naciones Unidas tuvo la necesidad de expresarlo en su famosa Declaración Universal de Derechos Humanos Art. 4: "Nadie estará sometido a esclavitud ni a servidumbre; la esclavitud y la trata de esclavos están prohibidas en todas sus formas".

la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegura su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten (art. 75 incisos 17 y 22).

Pero ese reconocimiento normativo supralegal no resolvió de manera automática todos los problemas reales que trae la diversidad cultural[6].

Los modos de vida de las comunidades originarias, pueden colisionar con el orden jurídico vigente en el territorio del Estado Nación. Para colmo, no están establecidos con claridad cuáles son esos valores y principios de normas escritas o consuetudinarias que rigen la vida de estos pueblos, de modo de poder respetarlos en los hechos, y evitar fraudes de etiquetas.

Por esa razón, creo que las normas de reconocimiento de las culturas de los pueblos originarios funcionan como meras autolimitaciones del Estado Nación, es decir, dirigidas a los miembros de nuestra cultura dominante que las establecieron.

Es que hay muchos problemas de los que los juristas penalistas casi no hablan, que se consideran "cosas de los antropólogos", pese a que su incidencia en el ámbito penal es determinante. En cada caso deberíamos preguntarnos si un determinado corpus normativo es el producto de una evolución interna de ese pueblo originario: si rigen las mismas costumbres a través de los siglos; o si conviven distintas concepciones dentro de los mismos grupos; si las reglas son aceptadas por todos los miembros de una comunidad o si existen grupos minoritarios, disidentes, etc.

Por ejemplo, la protección del derecho de propiedad de las comunidades aborígenes tiene especial relevancia, porque la relación de ellas con la tierra, no sólo es un asunto de derechos reales, o una cuestión de unidad económica productiva, sino que implica una relación cultural[7]. Pero ¿qué se puede o debe hacer y quién, cuando existen conflictos,

[6] DEGANUT, C., El sistema punitivo frente a los pueblos originarios, en AA.VV., La justicia penal en las comunidades originarias, cit., 2010, pp. 120-128.

[7] Tanto la Corte como la Comisión Interamericanas de DD.HH. consideran que la garantía del derecho de propiedad comunitaria de los pueblos indígenas debe abordar que la tierra está estrechamente relacionada con sus tradiciones y expresiones orales, sus costumbres y lenguas, sus artes y rituales, sus conocimientos y usos relacionados con la naturaleza, sus artes culinarias y el derecho consuetudinario. Entienden, por tanto, que su protección es imprescindible para la supervivencia de las comunidades aborígenes. El Convenio N° 169 de la OIT y la Declaración de Naciones Unidas, expresamente prevén el deber estatal de salvaguardar el derecho de los pueblos indígenas de utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia.

que pueden ser muy graves, sobre el mismo territorio entre distintas ramas de un mismo pueblo originario?

Más grave es el asunto cuando de producen conflictos a partir de la interacción entre miembros de una cultura y de la otra. Un miembro del Estado Nación que es víctima o victimario de un delito cometido por o contra un miembro de un pueblo originario. Si se produce un hecho que no es "delito" (entiéndase, censurable) para esa comunidad o que tiene consecuencias distintas con juzgamientos distintos, ¿quién debe entender en el caso?; si lo hace una comunidad, ¿rige la prohibición de doble juzgamiento?

Los problemas procesales son infinitos. ¿Cómo se prueba en cada caso concreto que un determinado territorio pertenece o corresponde a una determinada comunidad? Se establece un sistema de estudio de los antecedentes, que incluye prueba documental, antropológica, histórica, etc., pero no siempre hay buena información al respecto, y puede ocurrir que algunas comunidades no reconozcan esa actividad oficial del Estado Nación.

III. CÓMO ENCARAR LA MIRADA PENAL.

Para encarar el tratamiento del Derecho Penal de estos asuntos, debemos despojarnos de todo prejuicio acerca de que un universo es mejor o más desarrollado que el otro. Cuando se habla de una sociedad más desarrollada que otra, siempre se lo hace desde un lugar, y debemos tener en cuenta que ello no necesariamente será compartido. Por ejemplo, hoy en día está ocurriendo algo similar con la protección del ambiente, y la diferente visión del asunto entre los países desarrollados y los que están en vías de desarrollo.

En la moderna teoría internacional de los derechos humanos existe el paradigma de *la diversidad cultural,* cuyo principio es que cada cultura tiene un valor en sí misma y que no hay una superior a otra. Es decir, se debe respetar la cosmovisión de los pueblos indígenas y sus sistemas normativos; así como el desarrollo de mecanismos de interacción entre distintas culturas (interculturalidad)[8].

La organización del Estado-Nación, se basa en la idea de un modelo idealizado de polis, en el que los ciudadanos que tienen el poder de decidir los rumbos de una sociedad

[8] MPF Cuadernillo N° 8, "Derechos de los pueblos indígenas, Dictámenes del Ministerio Público Fiscal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación (2012 - 2017)", pág. 14. Paradigma que quedó cristalizado en la "Declaración Americana de los Pueblos Indígenas", aprobada por la OEA, el 15 de junio de 2016. Este instrumento es de aplicación a los pueblos indígenas de las Américas y garantiza su libertad de autodeterminación política, económica, social y cultural.

comparten unos ancestros, un lenguaje y una cultura comunes. Sin embargo, no es posible aseverar que esto haya existido así en algún tiempo y lugar, de forma pura. La evidencia histórica demuestra que para alcanzar homogeneidad los grupos minoritarios que no se sincretizaban fueron desplazados o eliminados o se los forzó a asimilarse a la cultura de la mayoría[9]. En el plano jurídico, teórico diría yo, quedaron reguladas bajo el axioma que TARELLO definió como "la unidad del sujeto de derecho" en el cual todos los sujetos del ordenamiento tienen los mismos derechos, las mismas obligaciones, las mismas libertades, las mismas prerrogativas y son iguales ante la ley penal[10].

Lo curioso es que en ninguno de estos instrumentos existe una definición precisa de "pueblo indígena". Eso puede estar muy bien desde el punto de vista político, para evitar obstáculos en la protección de los derechos de todos ellos, pero desde la mirada de derecho penal la indefinición puede traer muchos problemas y desigualdades. Algunas pautas para su identificación surgen de Convenio 169 OIT, en cuanto establece que "a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas" (Art. 1.1). En el artículo 1.2 establece que "[l]a conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio"[11].

El multiculturalismo también puede referir al hecho social en sí mismo de coexistencia de distintas culturas en un mismo territorio o sociedad; o a una ideología que predica la convivencia o coexistencia de la sociedad pluralista que promueve el sueño de una convivencia marcada y enriquecida por las diferencias de cada grupo[12]. Sin embargo,

[9] KYMLICKA WILL, Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías, Barcelona, Paidós, 1996.

[10] DE MAGLIE, CRISTINA, Los delitos culturalmente motivados. Ideologías y modelos penales, Madrid, Marcial Pons, 2012, pág. 47 y sus citas.

[11] La Argentina, además, dictó la ley n° 23.302 sobre Política Indígena y apoyo a las Comunidades, en la que reconoció personería jurídica a las comunidades indígenas radicadas en el país; y, luego, la ley n° 26.160 (y sus sucesivas prórrogas), en la que declaró la emergencia en materia de posesión y propiedad de las tierras tradicionalmente ocupadas por comunidades indígenas.

[12] DE MAGLIE, Los delitos culturalmente motivados. Ideologías y modelos penales, 2012.

en las sociedades actuales, bajo el concepto de Estado Nación, se sigue promoviendo una homogenización cultural que diluye las diferencias y anula las distintas culturas[13].

Desde la moderna concepción de las democracias y de los DD.HH. el problema es cómo lograr en los actuales Estado-Nación la representación, la libre determinación y el desarrollo económico-social de comunidades que antes de una conquista y su colonización gozaban de autogobierno[14].

Por eso se observa que el camino de la universalización de los DD.HH. no proporciona una solución definitiva. Unos derechos terminan chocando con otros como, por ejemplo, algunas prácticas religiosas con la vida e integridad corporal[15] o sexual, y su prevalencia debe decidirse en cada caso en concreto. Así, la prohibición de portar el velo que rige en las escuelas públicas de Francia. Ello equivale a la imposición de una cultura (por medio del Derecho), al igual que lo sería la obligación de llevarlo, que es contraria a la libertad y al derecho de cada persona de vestirse como decida. En el caso francés, la prohibición es el establecimiento de una concepción, una ética y una cultura laica, impuesta por medio del derecho.

Lamentablemente, entre nosotros no existe un sistema que permita la coexistencia con una justicia indígena y su catálogo de derechos o normas consuetudinarias[16].

---

[13] CIDH informe 56/09, 30 diciembre 2009, "Derecho de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales", en http://www.cidh.org. En definitiva, se verifica a través de elementos objetivos que incluyen: 1.) la continuidad histórica; 2) la conexión territorial, en el sentido de que sus antepasados habitaban el país o la región; 3) instituciones sociales, económicas, culturales y políticas distintivas y específicas, que son propias y se retienen en todo o en parte y subjetivo, el que corresponde a la auto-identificación colectiva en tanto pueblo indígena.

[14] Art. 1.1 PIDESC.

[15] A modo de ejemplo, en el interior de la selva Amazonas, la tribu Sateré-Mawé practica un ritual de iniciación milenario que conlleva la picadura de decenas de hormigas bala. Es la prueba final que deben pasar todos los varones para "convertirse en hombres", en línea:
https://culturacolectiva.com/historia/ritual-de-las-hormigas-bala-mas-cruel-y-doloroso-del-mundo, consultado el 12/08/2020.

[16] En Costa Rica, en cambio, en el artículo 339 del CPP prevé que "cuando el juzgamiento del caso o la individualización de la pena requieran un tratamiento especial, por tratarse de hechos cometidos dentro de un grupo social con normas culturales particulares o cuando por la personalidad o vida del imputado sea necesario conocer con mayor detalle sus normas culturales de referencia, el tribunal podrá ordenar un peritaje especial, dividir el juicio en dos fases y, de ser necesario trasladar la celebración de la audiencia a la comunidad en que ocurrió el hecho, para permitir una mejor defensa y facilitar la valoración de la prueba".

El Código de procedimiento del Estado Plurinacional de Bolivia, en el artículo 391, establece que "cuando un miembro de un pueblo indígena o comunidad indígena o campesina sea imputado de la comisión de un delito y se lo deba procesar en la jurisdicción ordinaria, se observaran las normas ordinarias de este código y las siguientes reglas especiales: 1) el fiscal durante la etapa preparatoria y el juez o tribunal durante el juicio serán asistidos por un perito especializado en cuestiones indígenas; el mismo podrá participar en el debate; 2) antes de dictarse sentencia, el perito elaborará un dictamen que permita conocer

Por otra parte, cabe relevar que las personas interactuamos, y que no nacemos y permanecemos estancados en una sola cultura. Muchos supuestos del derecho internacional parecen estar pensados para miembros de comunidades aborígenes sin contacto con el derecho del Estado Nacional. En estos casos, cuando existen conflictos que involucran al derecho penal, es más sencillo analizar si a los actores les es exigible la realización de otra conducta, distinta de la considerada delictiva para la ley oficial[17]

En tal sentido, el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo en su artículo 10 dice: "1. Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos[18] deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales. 2. Deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento."

En nuestra región tenemos ejemplos modernos, más complejos que los tradicionales del indígena que en el territorio tradicionalmente habitado por su gente realiza una conducta ancestral que constituye un delito contra la vida o integridad corporal o sexual para la ley del Estado Nación[19].

---

con mayor profundidad los patrones de comportamiento referenciales del imputado a los efectos de fundamentar, atenuar o extinguir su responsabilidad penal; este dictamen deberá ser sustentado oralmente en el debate". En cuanto a la extinción de la acción penal, en el caso de aplicación del derecho indígena el artículo 28 dispone: "se extinguirá la acción penal cuando el delito o la falta se cometa dentro de una comunidad indígena o campesina, por uno de sus miembros en contra de otro y sus autoridades naturales haya resuelto el conflicto conforme a su derecho consuetudinario indígena, siempre que dicha resolución no sea contraria a los derechos fundamentales y garantías de las personas establecidos por la constitución política del Estado".

[17] ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, Derecho Penal. Parte General, Ediar, Bs. As., 2000, p. 237. Sobre la culpabilidad de los indígenas, remiten a la problemática del error de comprensión sobre el que se fundamenta la inexigibilidad de la comprensión de la criminalidad, cuando el error es invencible. Ello, importa que exista el error de comprensión cuando el sujeto que realiza una conducta típica conoce la norma prohibitiva, pero por encontrarse inmerso en un grupo de diversidad cultural, no puede exigírsele la comprensión de la norma, no se le puede enrostrar la introyección de los valores y su internalización.

[18] El art. 1 del Convenio de la OIT establece que será aplicable: *a) a los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distingan de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial; b) a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas. 2. La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio. 3. La utilización del término pueblos en este Convenio no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional.*

[19] CIDH, Audiencia sobre la Situación de los derechos humanos de los pueblos indígenas en Argentina, 144° Período de Sesiones, 23/03/2012.

Así, en la actividad empresarial dedicada a las industrias extractivas, que afectan los DD.HH. de los pueblos originarios que habitan las zonas donde aquellas se desarrollan[20]. También los grandes emprendimientos que implican el desplazamiento de poblaciones enteras en algunas regiones, encuadra perfectamente en el delito internacional de genocidio.

En ese contexto se producen todo tipo de delitos menores como usurpación, desacato a la autoridad, instigación, delitos relacionados al terrorismo, rebelión, delitos contra la seguridad del Estado, invasión de propiedad privada, secuestro, asociación ilícita para delinquir, etc.[21]

Y allí aparece también la criminalización de las protestas.

La CIDH también señaló que con frecuencia se ha hecho uso indebido del derecho penal para criminalizar las acciones de manifestación y protesta social de los pueblos indígenas y tribales[22].

La CIDH observa que la criminalización favorece la estigmatización de los procesos de defensa de estos pueblos, al ser calificados como "grupos criminales" o "desestabilizadores" cuando buscan defender sus territorios de los impactos causados por los proyectos extractivos o de desarrollo[23].

[20] La Comisión y la Corte Interamericana de DDHH han desarrollado numerosos informes y jurisprudencia relativos a la tutela del derecho a la propiedad de los pueblos indígenas y tribales frente a planes y proyectos de industrias extractivas Vid. Informe de la Comisión Interamericana de DDHH, *Pueblos indígenas, Comunidades afrodescendientes, Industrias extractivas*, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 47/15, 31/12/2015. La Comisión Interamericana observó que en contextos en que estos planes o proyectos se llevan a cabo en oposición a los pueblos indígenas y tribales y comunidades afrodescendientes afectados, han tenido lugar actos de hostigamiento, amenazas y agresiones. Tales actos se dirigen principalmente contra sus dirigentes u otras personas involucradas en los procesos de defensa de sus derechos. Por ejemplo, el uso de mecanismos del sistema de persecución penal en contra de autoridades, líderes y miembros de comunidades indígenas; así como su estigmatización. Ello en un contexto marcado por la falta de acceso efectivo de los pueblos indígenas y tribales a los órganos de administración de justicia.

[21] CIDH. Audiencia sobre la Situación de los derechos humanos de los pueblos indígenas en Argentina, 144° Período de Sesiones, 23 de marzo de 2012.

[22] En particular, el Relator Especial sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación, afirmó con preocupación que "sigue aumentando el número de detenciones y causas abiertas por delitos presuntamente cometidos en el transcurso del ejercicio legítimo de los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación". Además, advirtió que los recursos jurídicos más utilizados son "los mandatos judiciales, las demandas por daños y perjuicios y las denuncias por allanamiento y difamación para coartar la labor de las organizaciones de la sociedad civil y de quienes defienden los derechos en el contexto de la explotación de los recursos naturales. ONU. Informe del Relator Especial sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación, Maina Kiai, 28 de abril de 2015, A/HRC/29/25.

[23] CIDH. Audiencia sobre la Situación de derechos económicos, sociales y culturales de campesinos en América Latina, 149° Período de Sesiones, 29 de octubre de 2013.

IV. LAS SOLUCIONES PROPUESTAS.

El marco en el que tradicionalmente se han tratado los delitos cometidos por miembros de los pueblos originarios en el ejercicio de alguna práctica ancestral, es el de los delitos culturalmente motivados o condicionados. Es una idea bienintencionada. En esa categoría entran los comportamientos de sujetos que pertenecen a grupos étnicos minoritarios, que en el grupo al que pertenece el autor son perdonados, aceptados como normales, aprobados, impuestos, o sujetos a composición, reparación, conciliación, acuerdos, etc.

Sin embargo, como indica DE MAGLIE[24], modelos como el de la "*cultural evidence*" adoptado por los tribunales estadounidenses, tan solo aparentan ser tolerantes con las diferencias culturales. En realidad, no solucionan los choques ideológicos, y las motivaciones culturales suelen ser tratadas como patologías y elementos estigmatizantes.

En cualquier caso, el art. 10 del Convenio 169 de la OIT dice que: "1. Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos[25] deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales. 2. Deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento".

Pero nuestra legislación penal no estableció diferencias en el tratamiento por el origen de las personas involucradas en un conflicto y la naturaleza de esos actos.

Generalmente las conductas individuales de los miembros de un grupo originario se analizan en la culpabilidad porque se trata de sujetos que experimentan como deber la necesidad de realizar una conducta que constituye un delito para la cultura oficial y, por ello, seguramente deberá realizar un esfuerzo mucho mayor para evitarlo que aquel que comete el injusto sin experimentar esa vivencia[26]. Se lo trata como un supuesto de

[24] DE MAGLIE, Los delitos culturalmente motivados. Ideologías y modelos penales, 2012, p.133.

[25] El art. 1 del Convenio de la OIT establece que será aplicable: a) a los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distingan de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial; b) a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas. 2. La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio. 3. La utilización del término pueblos en este Convenio no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional.

[26] OUVIÑA, Guillermo. El orgasmo como bien jurídicamente protegido. Revista La Ley, Buenos Aires, Tomo 110, pág. 602, se refiere a un caso real de ablación del glande del clítoris, de clitoroctomía. Pero nos

conciencia disidente que disminuye la culpabilidad[27].

Aparece la problemática del error de comprensión sobre el que se fundamenta la inexigibilidad de la comprensión de la criminalidad, cuando el error es invencible. Ello ocurre cuando el sujeto conoce la norma prohibitiva, pero por encontrarse inmerso en un grupo de diversidad cultural, no se le puede exigir que comprenda la norma, no se le puede enrostrar la introyección de los valores y su internalización[28].

Cabe aclarar que no se trata de desconocimiento de la antijuridicidad de la prohibición, sino de falta de introyección de los valores sociales que ella informa. Y tampoco se trata de inimputables. Es otra cosa. La solución es cómoda, porque deja con valor y efecto ambos universos jurídicos y el tema es derivado a un plano individual, conformado por el contexto y antecedentes del autor del hecho.

Pero en realidad, un verdadero reconocimiento sería tratar los casos como una causal de atipicidad, cuando la conducta responda a un orden jurídico donde el comportamiento no esté prohibida o directamente esté ordenada, y que ese orden jurídico esté reconocido por el Estado en pie de igualdad con el dominante. Quizás no estemos preparados para ello. Pero nosotros tampoco somos perfectos y "de este lado" existen muchas conductas cuyo tratamiento es dilemático y ponen en evidencia que siempre hay un costo que pagar. Por ejemplo, el castigo o la impunidad del aborto.

Otros autores defienden la tesis de que estos casos deben tratarse como una causa de justificación, específicamente el legítimo ejercicio de un derecho, como consecuencia de que un orden jurídico no prevalece sobre el otro[29].

---

recuerda sobre la clitoroctomía como pauta cultural. Los antropólogos nos dieron a conocer mutilaciones colectivas practicadas en comunidades enteras del África y del Asia. Son pautas reales que persiguen finalidades perceptibles para el observador científico, pero que seguramente responden a la internalización individual de pautas sociales transmitidas por tradición. También son conocidos los usos sociales destinados a formalizar la iniciación sexual de los adolescentes, rodeados de ceremonias rituales y religiosas de cada sociedad. La castración. La circuncisión del prepucio en el hombre y la ablación del mamelón. Hay una suerte de paralelo cultural con respecto a las niñas. Al llegar a la pubertad se realiza una ceremonia destinada a extirpar el clítoris. No se percibe con claridad el sentido o significado social de esta cirugía colectiva. Son simbolismos irracionales. Ahí entra la cuestión de la relatividad de los valores jurídicos. Aquí es delito, pero en esas comunidades es una obligación jurídica. África. Abisinios. Somalíes. Concepciones teocráticas.

En nuestra sociedad occidental actual, tal ablación no es simplemente un daño en el cuerpo, el de un órgano, doloso o culposo, sino de la privación de la posibilidad de satisfacción sexual, que va más allá de la posibilidad de un goce menos intenso y de la capacidad de reproducir.

El médico ginecólogo congolés Denis MUKWEGE, al que llaman "el reparador" por reparar esas mutilaciones del clítoris, ganó el premio Nobel de la Paz en 2018, junto con y Nadia Murad.

[27] ZAFFARONI,/ALAGIA/SLOKAR, Derecho Penal. Parte General, Buenos Aires, Ediar, 2000, p.237.

[28] ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, ob. Cit.

[29] Recuerdo la concepción del fallecido profesor Enrique GARCÍA VITOR.

Y también hay propuestas de que no se haga una aplicación absoluta de la justicia indígena, de sus procedimientos del sistema de usos y costumbres, sino una aplicación limitada, acotada por criterios democráticos, de respeto a los derechos humanos y a las garantías individuales[30].

El reconocimiento de la justicia comunitaria e indígena puede ser visto también como una forma de reparación. El doble sistema de juzgamiento en un mismo territorio no es algo novedoso. Recuérdese que el Fuero Juzgo regía para los visigodos, mientras que los romanos se regían por el derecho romano, y los dos supieron convivir y resolver sus conflictos.

V. CONCLUSIÓN.

Es necesario adecuar los sistemas penales para dar respuesta a los conflictos que surgen en sociedades multiculturales.

Un sistema penal que sea verdaderamente sensible a las diferencias culturales, no puede permanecer inalterado. Por el contrario, debe diseñar e incorporar formas de reconocimiento específicas de los elementos culturales. De esta manera, se lograría un sistema judicial más justo en el cual los eximentes culturales en vez de estar sujetos a la discrecionalidad de los jueces, estén disponibles para todas aquellas personas que actuaron en sintonía con lo que establece su cultura.

De esta manera, el sistema penal estará verdaderamente adecuado a las necesidades de una sociedad multicultural, en la que se exige el reconocimiento de la diversidad cultural y sus sistemas de justicia en los casos concretos.

* * * * * *

[30] Como la de Moisés MORENO HERNÁNDEZ.

Prof. Dr. Julio Armaza Galdós

Prof. principal de Derecho Penal. Univ. San Agustín. Abogado, Arequipa, Perú.
Socio de la FICP.

Prof. Dr. Emilio José Armaza Armaza

Prof. de Derecho penal e investigador Ramón y Cajal. Univ. de Deusto, España.
Socio de la FICP.

~ Multiculturalidad y Derecho penal: aproximación al estudio del art. 15 del CP peruano[1]~

En torno a la determinación culturalmente condicionada, se han encendido las más vivas discusiones doctrinarias y casi todos los autores de obras sistemáticas y monográficas nacionales, participaron en ellas. Aunque un buen sector del penalismo estima plausible la adopción del instituto en el Código peruano[2], no falta quien considere que la inclusión del mismo constituye un verdadero «desatino»[3] o, en el mejor de los casos, una medida «contraproducente»[4]. La Corte Suprema de la República, a su turno, le ha dedicado pormenorizada atención.

I. Constituye la eximente, según *concepto* ampliamente extendido en la doctrina peruana, un elemento negativo de la culpabilidad que tiene como fundamento la imposibilidad de comprender el carácter delictuoso del acto realizado por quien, conociendo la prohibición de la norma, no entiende por qué debe acatarla. En efecto, no comprende la antijuridicidad de su comportamiento el íncola chiclayano que queriendo curar la incontinencia urinaria de su menor hijo, le arroja al ombligo hojas de *chamana* en combustión, produciéndole, casi siempre, una merma en su salud[5]; tampoco lo hace, sin duda, el que deseando curar la viruela, hace ingerir al enfermo pústulas o costras de otros infectados —entiéndase, con la misma enfermedad—[6]. Como fuere, he aquí el contenido del art. 15 en el que se recoge la eximente: «El que por su cultura o costumbres comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o

[1] Reproducción de la Ponencia presentada en el III Congreso Internacional de la FICP honrando la invitación cursada por los señores Profesores Doctores Diego-Manuel LUZÓN PEÑA, Javier DE VICENTE REMESAL y Miguel DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO.

[2] José Luis GUZMÁN DÁLBORA, por ejemplo, asume que está entre las disposiciones adelantadas y progresistas. Cfr. El nuevo Código penal del Perú, Revista Doctrina Penal de Buenos Aires, año 14, núms. 55/56, julio-diciembre de 1991, p. 641.

[3] Francisco CHIRINOS SOTO, Código Penal, segunda edición, Editorial Rodhas, Lima, 2004, p. 75.

[4] Marcial CHALCO REYES, Código Penal. La gran estafa, Ediciones Fuego, Arequipa, 2000, p. 169.

[5] La vieja práctica —de la que por cierto hay testimonio escrito— estuvo hasta no hace mucho enraizada en la mentalidad de un sector del pueblo lambayecano.

[6] Según se hacía en Arequipa, por lo menos, durante buena parte del siglo XX.

determinarse de acuerdo a esa comprensión, será eximido de responsabilidad. Cuando por igual razón, esa posibilidad se halla disminuida, se atenuará la pena».

II. Aunque el instituto es de reciente data —teniendo, por lo tanto, una breve *historia*—, interesa advertir lo siguiente: con idénticos términos ha sido recogido tanto en el Proyecto de 1991 (art. 15) como en el actual Código; la propuesta legislativa de 1990 (art. 20), en cambio, lleva una parte final que la distingue de los textos en cita, al establecer que cuando ha de aplicarse una pena atenuada —por no operar la eximente plena— debe la misma ser impuesta *por debajo del mínimo legal*. En su momento[7], tuvimos ocasión de proponer un texto diferente; helo aquí: «La determinación cultural invencible de un hecho jurídico penalmente prohibido, exime de responsabilidad; siendo vencible, la atenúa».

El Proyecto de Código Penal de Víctor Manuel MAÚRTUA de 1916 (art. 68) y el de Ángel Gustavo CORNEJO/Plácido JIMÉNEZ de 1928 (art. 148, inc. 2), preceptuaban la aplicación de una pena atenuada, cuando el autor del delito fuese indígena semicivilizado o, como decía el Código de 1924 (art. 44), salvaje; como tales, en fin, reputaban los estudiosos[8] a los habitantes de las montañas, ayllus, selvas o bosques alejados de los centros civilizados. Ha de advertirse, empero, que el indígena semicivilizado y el salvaje (*silvēstres homines*) diferían. El primero, era un hombre en tránsito y a medio camino de ser civilizado; el segundo, en cambio, era la expresión misma de la ineptitud —y, añadiría Cesare LOMBROSO en *Los anarquistas* (p. 73), un ser malo e indecente—. Francisco BALLÓN AGUIRRE, en su magnífico ensayo *Etnia y represión penal*, ha destacado las características que según el Código de MAÚRTUA (arts. 44 y 45) tendría el salvaje infractor: condición especial, inepto para conducirse, no asimilado a la vida civilizada, inadaptado al mundo jurídico, no desarrollado mentalmente e inculto[9].

III. Entre las *denominaciones* que ha recibido, prevalece la de «error de comprensión culturalmente condicionado»[10] y, en menor medida, las de «error de

[7] Así figura en las Actas de la Comisión de Reforma del Código Penal creada por Ley núm. 28891.

[8] Así, entre otros, Juan José CALLE, Código Penal, Librería e Imprenta Gil, Lima, 1924, p. 35; Ángel Gustavo CORNEJO, Comentario al nuevo Código Penal, Prólogo de J. Guillermo Romero, Librería Francesa Científica y Casa Editorial E. Rosay, Lima, 1926, p. 135 y, Germán D. ZEVALLOS, Código Penal, Imprenta B. Sánchez Muñoz, Huancayo, 1935, p. 16.

[9] Centro de Investigación y Promoción Amazónica, Lima, 1980, p. 72.

[10] Por todos, Jorge Luis SALAS ARENAS, Indemnidad sexual, IDEMSA, Lima, 2013, p. 48.

prohibición por comprensión»[11], «error culturalmente condicionado»[12] (esta última utilizada en la sentencia de 29 de octubre de 2003 dictada en el expediente núm. 2001-1575 que expidió la Segunda Sala Penal de Lima-Cono Norte), «error de prohibición culturalmente condicionado»[13], «error por incultura y costumbre»[14] o, como se prefiere en el texto, «determinación culturalmente condicionada».

IV. En cuanto al *fundamento* de la eximente, es preciso acotar que no existe uniformidad. Para un sector de la doctrina, se funda el instituto en la carencia de *capacidad* con que obra el agente, aunque no por ello deba pensarse que esa falta de capacidad está referida a la inimputabilidad penal, sino, más bien, a algo completamente distinto[15]. No falta quien crea, como lo hace Luis ROY FREYRE[16], que la razón por la que debe quedar liberado de responsabilidad el agente tiene que ver con el principio de coculpabilidad que en este caso ha de compartir el Estado, pues desatendió su obligación de instruir a todos los ciudadanos en lo tocante al «respeto» que han de tener por «las normas jurídicas»[17]. Desde otro ámbito, es mayoritario el criterio que toma como fundamento la imposibilidad en que se halla el agente de comprender el carácter delictuoso de su acto ya que, más bien, se siente y se encuentra determinado a realizarlo.

V. La *naturaleza jurídica* que se asigna a la figura oscila entre quienes ven en ella una causa de inimputabilidad[18] (según puede constatarse leyendo las sentencias de la Corte Suprema de 10 de agosto de 2006, 24 de septiembre de 2007 y 28 de febrero de 2017 derivadas, respectivamente, de los Recursos de nulidad númrs. 2786-2006-Ucayali, 1598-2007-Lima y 3039-2015-Puno) o un elemento negativo de la culpabilidad[19]. Ahora bien, dado que para los primeros esa inimputabilidad no es producida por factores

[11] Luis Miguel BRAMONT-ARIAS TORRES, Lecciones de la Parte general y el Código penal, Editorial San Marcos, Lima, 1997, p. 141.

[12] Percy GARCÍA CAVERO, Lecciones de Derecho Penal, Parte general, Grijley, Lima, 2008, p. 536.

[13] Felipe VILLAVICENCIO TERREROS, Error de prohibición culturalmente condicionado en Código Penal Comentado, tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, 2004, p. 492.

[14] Marcial CHALCO REYES, Código Penal, cit., 2000, p. 167.

[15] A Javier VILLA STEIN pertenece el párrafo siguiente: «no es capaz de determinarse con arreglo a esa comprensión». Cfr. Derecho penal, Parte general, Editorial San Marcos, Lima, 1998, p. 420.

[16] En su Responsabilidad penal y causas de inculpabilidad incluida en el libro colectivo Una visión moderna de la Teoría del Delito, Ministerio de Justicia, Lima, 1998, pp. 91 a 101.

[17] ROY, Responsabilidad penal y causas de inculpabilidad, en el libro colectivo Una visión moderna de la Teoría del Delito, Ministerio de Justicia, Lima, 1998, p. 98.

[18] En ese sentido, por ejemplo, Iván MEINI, Imputación y responsabilidad penal. Ensayos de Derecho Penal, ARA Editores, Lima, 2009; insiste sobre lo mismo en sus Lecciones de Derecho penal, Parte general. Teoría jurídica del delito, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2014, p. 156.

[19] Luis Miguel BRAMONT-ARIAS TORRES, Lecciones, cits., 1997, p. 141; Eugenio Raúl ZAFFARONI, La Parte general del Proyecto del Código penal peruano de abril de 1986, en el libro colectivo Política Criminal, segunda edición, AFA Editores, Lima, 1988, p. 30.

patológicos o por inmadurez psicológica, desestiman la posibilidad de imponer al agente una medida de seguridad. Aunque el Proyecto de 1986 (art. 21) la incluía entre las eximentes por inimputabilidad, la práctica judicial se inclina a favor de la tesis de la exculpación[20]. A pesar de lo señalado, no siempre ha sido el instituto insertado entre las causas que eliminan la culpabilidad, pues en alguna obra lo vimos fugazmente estudiado entre los elementos negativos de la tipicidad, junto al *error in persona vel in objecto* y la *aberratio ictus*[21].

VI. Como cualquier otra eximente, precisa de algunos *requisitos*. Debe en principio 6.1) *cometerse un hecho que según el modo de vida del agente tenga finalidad y sentido* o, mejor aún, que pertenezca al sistema de valores adoptado por él y por los integrantes de la comunidad en la que se desenvuelve. En Huánuco y Junín, hasta no hace mucho, se lanzaba intempestivamente al palúdico a un río o acequia a fin de que al recibir la ingrata impresión de estarse ahogando, le sea procurado un restablecimiento inmediato. Obligar al enfermo a hacer lo que no quiere —sumergirse a un río y, además, causarle una traumática impresión— no tendrá sentido para nosotros, pero en el ámbito arriba señalado sí. La práctica con finalidad y significado, de otro lado, 6.2) *debe ser compartida por los integrantes de la comunidad a la que pertenece el agente*, pues si únicamente él la realiza, no sería expresión de una costumbre[22]. La ventaja que reporta incluir el requisito de que tratamos, es que permite excluir al llamado delincuente por convicción del ámbito del art. 15. Para que opere la exculpante, a su turno, 6.3) ha de ser *imposible que el agente comprenda el carácter delictuoso de su comportamiento*; es claro, por consiguiente, que puede conocer la índole prohibida de su conducta, sin comprender, luego, las razones por las que es reputada ilícita. Casos hay, en fin, en los que el sujeto comprende el carácter delictuoso de su acto pero 6.4) *no puede determinar su conducta de acuerdo a dicha comprensión*.

1. *Conducta realizada que, según el modo de vida del agente, tenga finalidad y sentido.* Ha de comprobarse, en principio, que los hechos que realiza el agente son manifestaciones de lo que en el ámbito social en el que vive se valoran positivamente. En la comunidad tribal amuesha de Santa Herminia (distrito de Chanchamayo, provincia de

[20] Como se puede apreciar de la lectura de las sentencias parcialmente transcritas en José URQUIZO OLAECHEA, Código Penal, tomo I, IDEMSA, Lima, 2010, p. 108.

[21] Véase al respecto el trabajo colectivo que bajo el título de *Teoría General del Delito* dirigió el profesor Demetrio MASÍAS ZAVALETA y que se publicó con los auspicios de la Universidad Nacional San Antonio Abad del Cusco, 1998 (pp. 119 y 120).

[22] La sobredicha costumbre ha de ser inveterada, de formación despaciosa y de autor ignoto.

Tarma, departamento de Junín), por ejemplo, no genera reprobación alguna la práctica de la poligamia, aunque sepan los amuesha que conforme a las leyes de la República es delito la bigamia; en efecto, desde tiempos no fácilmente precisados, los evangelizadores se encargaron de instruir en tal aspecto a los también llamados arawak o amuesha. Un informe antropológico suscrito dentro de un proceso penal que por homicidio se siguió ante la Corte Superior de Justicia de Junín (expediente núm. 507, correspondiente al año de 1971), confirma lo acotado: «Como en la mayoría de las sociedades tribales de la selva —indica el documento en cita—, entre los amuesha está institucionalizado el matrimonio poligínico (un hombre puede tener dos o más esposas). Generalmente las esposas son parientes entre ellas»[23].

El significado y la finalidad que otorgan los amuesha a la poligamia no va con la cultura occidental de nuestros tiempos, costándonos, por lo mismo, comprender los beneficios que ella reporta.

Tiene sentido para los comuneros de Amaru[24] ingresar a la casa de los padres de la recién casada y, casi a viva fuerza, arrebatarles la mayor cantidad de bienes muebles que luego colocarán en poder de los flamantes esposos con la esperanza de que dicho respaldo patrimonial pueda servirles para sobrellevar las dificultades propias del connubio (tal y como lo indica Abel Adrián Ambía en su *El ayllu en el Perú actual*, pp. 86, 87 y 88).

2. La práctica con finalidad y significado *debe ser compartida por los integrantes de la comunidad a la que pertenece el agente —unis moribus vivēre—*. De hecho, únicamente obra determinado culturalmente quien realiza un acto que, de sólito, otros miembros de su comunidad también lo hacen. No beneficia la eximente, por lo tanto, si queriendo imponer el agente una nueva costumbre, rapta a una muchacha menor de edad y sostiene con ella relaciones íntimas. En aquellos lugares del país en los que tal práctica todavía está extendida, en cambio, cubre el comportamiento del agente la eximente, pues además de tener para él sentido el sirvinakuy[25], un número indeterminado de co-comuneros suyos lo adoptan como recurso previo al matrimonio. Ahora bien, a esa habitualidad que caracteriza la conducta, debe añadirse el que además sea inveterada e, incluso, de autor desconocido. Cerrando estas páginas (*infra* 18), consignaremos la

[23] Cfr. Francisco BALLÓN AGUIRRE, Etnia y Represión penal, cit., 1980, p. 135.
[24] Dicha comunidad se encuentra ubicada en el distrito de Pisac, de la provincia de Calca (Cusco).
[25] Véase, en lo tocante a dicha práctica, Alfonsina BARRIONUEVO, Sirvinkuy. El matrimonio de prueba, Lima, 1973, y Julio A. VIZCARRA, La ley penal y el indio, Tipografía Americana, Cusco, 1948, p. 85. En otro sentido, el Proyecto de Ley 2402/2017 del que se dará cuenta *infra* XVIII.

postura asumida por los integrantes de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso de la República en lo referente a tan delicado asunto.

3. *Ausencia de comprensión del carácter delictuoso del comportamiento*. En el siguiente apartado (6.4) se verán los supuestos en los que el sujeto conoce y comprende que su comportamiento es delictuoso, pero no puede determinar su conducta de acuerdo a esa comprensión; el presente, en cambio, tiene que ver con otra situación. Lo que específicamente ha de exigirse, de querer que opere la eximente, es que el agente sepa que su conducta se halla prohibida y que, al propio tiempo, no comprenda la razón por la que lo está. Así las cosas, hay que desestimar todos aquellos casos en los que desconozca la prohibición de su conducta —que tendrían que ser resueltos como lo indica el segundo párrafo del art. 14, al ser claros supuestos de error de prohibición— e incluir, únicamente, los que tengan que ver con la situación en la que habiendo conocimiento, falte únicamente la comprensión[26]. De lo dicho, surge palmariamente la diferencia entre la eximente del art. 14 del CP (error de prohibición) y la del art. 15 (determinación culturalmente condicionada): en la primera, el error recae sobre el conocimiento y afecta la conciencia de la antijuridicidad; en la segunda, la determinación cultural recae sobre la comprensión y, simultáneamente, sobre la imposibilidad de obrar de modo distinto a como lo hizo el agente (no siendo correcta, por lo tanto, la denominación de *error de prohibición culturalmente condicionado* utilizada por la Corte Suprema para referirse a la institución en las sentencias de 17 de junio de 2004 y 16 de julio de 2015 derivadas, respectivamente, de los Recursos de nulidad núms. 755-2004-Cusco y 1289-2014-Apurímac).

Si a un mashco piro, en su dialecto, le fuesen leidos treinta veces los artículos 214, 296, 324, 344, 382 y 393 del Código penal o, incluso, el art. 7 de la Ley núm. 30096 y el 2 del Decreto Legislalivo núm. 1106, no llegaría a comprender porqué son delitos la usura, la elaboración de heroína, la clonación, el menosprecio a los símbolos de la Patria, la concusión, el soborno internacional pasivo, la interceptación de datos informáticos y el lavado de activos.

4. *Imposibilidad de determinar la conducta de acuerdo a la comprensión*. Se da este requisisto en los casos en que el agente conozca y comprenda que la conducta a punto

[26] O, para citar al profesor ZAFFARONI, introyeccción de lo conocido. Precisamente, sobre la distinción entre conocimiento y comprensión cfr. Eugenio Raúl ZAFFARONI/José Herique PIERANGELI, Manual de Direito penal brasileiro, Parte geral, Revista dos Tribunais, Sâo Paulo, 1999, p. 638 y, más recientemente, Raúl ZAFFARONI/Nilo BATISTA/A. ALAGIA/A. SLOKAR, Direito penal brasileiro, segundo volume, tomo II, Editora Revan, Rio de Janeiro, 2017, pp. 402 y ss.

de realizar es una de las que en nuestra disciplina se reputa como antijurídica y, a pesar de ello, no pueda dirigir su actuar según esa comprensión. En Juli, capital de la provincia de Chucuito (Puno), el 15 de septiembre de cada año puede todavía constatarse cómo dos grupos de agricultores de la comunidad de Huaylluni se acometen y se lesionan brutalmente con el designio de pronosticar si las cosechas favorecerán a unos o a otros de los encrespados corrilleros que, devotamente, participan en dicho acto. La creencia de que el grupo vencedor ha de verse favorecido por la madre naturaleza, hace que cada campesino ponga el empeño debido para que los latigazos y proyectiles lanzados con sus hondas vulneren efectivamente la integridad física de sus oponentes. No está demás decir que son bastante conocidas, entre los contrincantes, las normas que prohíben el delito de lesiones; a pesar de ello, jamás han dejado de cumplir con el ritual (*orko* fiesta) ofrendado a favor de la madre tierra (*Pacha Mama*). Con seguridad, en la práctica de la que se da cuenta, es claro que no puede el comunero determinar su comportamiento de acuerdo a la comprensión que tiene de la norma que prohíbe lesionar, pues más bien la realiza bajo el dominio de una costumbre[27] que a todas luces le impide obrar de manera diferente.

En cualquier caso ha de destacarse que el comportamiento observado en la comunidad de Huaylluni no es parte de una conducta aislada, pues hay documentos que prueban que actualmente se hace lo propio en las provincias cusqueñas de Chumbivilcas[28] y Canas e, incluso, en el distrito de Asillo (Puno)[29] y que con tal propósito se utilizan los letales *liwisis* (boleadores), *warakas* (hondas) y zurriagos.

El requisito del que se da razón en el presente apartado, parece no admitir ni cubrir al delincuente por convicción[30], pues la conducta que este realiza no constituye una práctica (costumbre) más o menos generalizada en el medio en el que vive sino, más bien,

[27] "(…) actúa conscientemente, dice Manuel CATACORA GONZÁLES, pero sobre todo impelido por la fuerza de la costumbre". Cfr. Del Folklore al Delito, Editora de la Universidad de San Agustín, Arequipa, 1968, p. 12.

[28] El *takanakuy* es practicado el 25 de diciembre. Véase el diario La República (El Gran Sur), del 27 dediciembre del 2015, pp. 24 y 25.

[29] Como palmariamente lo han demostrado Máximo CAMA TTITO/Alejandra TTITO TICA/Abraham VALENCIA ESPINOZA/Tatiana A. VALENCIA BECRERRA en Ritos de competición en los Andes. Luchas y contiendas en el Cuzco, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2003 (un volumen de 130 pp.)

[30] Divergen Felipe VILLAVICENCIO TERREROS, Error de prohibición culturalmente condicionado en Código Penal Comentado, tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, 2004, p. 512 y, Luis BRAMONT ARIAS/Luis BRAMONT-ARIAS TORRES, Código Penal Anotado, Editorial San Marcos, Lima, 1995, p. 149. Valiosa información sobre el autor por convicción puede verse en J. L. GUZMÁN DÁLBORA, El significado de Gustav Radbruch para el Derecho penal contemporáneo, en Revista de Ciencias Sociales, número 69, pp. 69 a 75.

un hecho exclusivo y compatible con su ideario personal[31]. No ha de favorecer la eximente, por lo tanto, a quien de acuerdo a sus particulares convicciones le resulta repulsivo participar en proyectos bélicos y, por ello, se rehúsa a prestar servicio militar obligatorio; en igual situación se hallaría la persona que no desea saludar a la bandera, jurar y/o pagar impuestos si, de antemano, sabe que los mismos han de servir para comprar armas de guerra. En los supuestos indicados, existe un deber moral impuesto a sí mismo por el propio sujeto[32] y, además, un deber jurídico de servir a la patria, de saludar a los símbolos patrios, de prestar juramento y, finalmente, de pagar impuestos. En esta colisión de deberes, según parece, debe darse preeminencia a las convicciones personales y no, como ocurriría en los estados y gobiernos totalitarios, a las obligaciones jurídicas implicadas[33].

VII. *Determinación éticamente condicionada*. Queda cubierta por la eximente en estudio la liberación de animales enjaulados —capturados y criados por terceros—, cuando es efectuada para impedir que dichos seres sigan padeciendo sufrimientos innecesarios y si, por añadidura, tal conducta tuvo como base la circunstancia de encontrarse aherrojado éticamente el agente a la idea de que ningún ser puede padecer sufrimientos innecesarios y, menos, cuando de antemano sabe que tras el encierro ha de producirse el sacrificio de los mismos (tal situación se daría, por ejemplo, en el rescate o sustracción de un toro de lidia, si de ese modo se le evita una muerte segura en el ruedo).

VIII. *Hacia un entendimiento objetivo de la eximente*. Cerramos el punto 6.4 haciendo hincapié en lo que a partir de las reflexiones de Freudenthal se dio en llamar «no exigibilidad de otra conducta», figura esta que contribuyó al desarrollo del concepto normativo de culpabilidad y que, simultáneamente, sirvió para superar el viejo concepto psicológico que desde LISZT se manejó con soltura[34].

---

[31] El autor por convicción aprendió a conducirse del modo en que lo hace a través de la lectura de obras escritas en papel o en medios electrónicos; el sujeto al que beneficia el art. 15 del CP, en cambio, adoptó las costumbres y la cultura que le fue transmitida por medio de la tradición oral que, de generación en generación, viajó desde tiempos remotos e indeterminados.

[32] Quien por cierto no obra *ut solet*, es decir, según sus costumbres.

[33] Siendo por ello supuestos de no exigibilidad de otra conducta supralegales. Sobre la objeción de conciencia, en general, consúltese el magnífico trabajo de Fátima FLORES MENDOZA insertado en la Enciclopedia de Bioderecho y Bioética publicado en dos volúmenes por la Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano que dirige el profesor Carlos María ROMEO CASABONA, Editorial Comares, Granada, 2011, pp. 1189 a 1196.

[34] En Perú, si cabe el término, fueron *psicologistas* Ángel Gustavo CORNEJO, Santiago BENITES SÁNCHEZ, Luis Guillermo CORNEJO CUADROS, Abraham TALAVERA y Julio César MORRIBERÓN PORTOCARRERO. Sobre ello cfr. Julio Armaza Galdos, Del concepto psicológico al concepto normativo de

Ahora bien, alguna compatibilidad parece existir entre el concepto psicológico de culpabilidad y la ausencia de conocimiento (comprensión) de la antijuridicidad que suele exigirse para que opere la eximente; similar analogía se produce, según todo indica, entre el concepto normativo de culpabilidad y la no exigibilidad de otra conducta. En efecto, acaso la cultura sea lo que va a determinar que el sujeto obre como obró y eso, en rigor, implicaría objetivar el instituto (lo dicho, sin embargo, únicamente vale como mera propuesta, pues el art. 15 expresamente consigna el sintagma siguiente: «sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto». En todo caso, las sobredichas palabras no figuran en la redacción que se propuso en el seno de la Comisión de Reforma del Código Penal de la que se dio cuenta *supra* 1, nota 6).

IX. *Error sobre el nexo causal culturalmente condicionado*. Incurre en error sobre el nexo causal el habitante de Chucuito —en el departamento de Puno— que aplica múltiples azotainas a su menor hijo o a su perro para alejar el espíritu malo del granizo que, según sus creencias, raería toda forma de vida de no tomarse esas precauciones[35]; también, lo hace el incriminado judicialmente que para lograr una parcialización a su favor de parte del magistrado que está a punto de condenarlo, lanza a la casa de este, de noche, un huevo podrido[36] o, para citar un último ejemplo, la mujer interesada en mantener a su lado al hombre amado, al que le hace beber subrepticiamente el líquido catemial que, con religiosidad y esperanza, previamente recibió en una olluela de barro[37]. No cabe confundir, pese a todo, el error sobre el nexo causal culturalmente condicionado y el que suelen estudiar los juristas junto al error de tipo bajo la denominación de *dolus generalis*. El primero, es un problema de culpabilidad que precisamente impide al juez formular un juicio de reproche; el *dolus generalis*, en cambio, se vincula a la tipicidad —aunque muy pocas veces la excluya—.

El que yerra en sus cálculos, por hallarse culturalmente determinado a pensar que curará el alcoholismo de sus coterráneos haciéndolos beber ratones y fetos de gallina

culpabilidad, en el libro Cen Anos de Reprovação. Uma contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade, Editora Revan, Rio de Janeiro, 2011, pp. 153 y ss.

[35] Sobre ello cfr. Harry TSCHOPIK, Jr., Magia en Chucuito. Los aymara del Perú, traducción de Rosalía ÁVALOS DE MATOS, Instituto Indigenista Interamericano, Ediciones Especiales: 50, Mexico, 1968, p. 129.

[36] Práctica extendida, según Efraín MOROTE BEST, en la provincia cusqueña de Acomayo.

[37] Habrá nexo causal entre la indigestión producida al novio y la ingesta del fluido catemial, pero no entre el consumo de la sustancia y el que permanezca el hombre deseado junto a la mujer que le da de beber el líquido. Sobre tal práctica véase Carlos CAMINO CALDERÓN, Diccionario folklorico del Perú, Compañía de Impresiones y Publicidad, Lima, 1945, p. 9.

molidos y macerados en alcohol[38], ha de beneficiarse con la eximente —de causar una septicemia— no porque falte nexo causal entre el método del que se vale para curar la dipsomanía y el efectivo restablecimiento del beodo sino, más bien, porque se encuentra culturalmente determinado a pensar que de esa forma sacará al etilómano de su vicio. En cada uno de los ejemplos puestos en el presente apartado, hay error sobre el nexo causal y, por lo mismo, aciertan los juristas cuando denominan al instituto error de comprensión culturalmente condicionado (no hay error, en cambio, en el abigeo de la comunidad de Chijmo[39] que desde niño fue destinado a ejercer el oficio de robar ganado y a quien iniciaron en una ceremonia rigurosamente desarrollada bajo la supervisión de dos consumados ladrones que, en calidad de padrinos, frente a una imagen divina, proporcionaron al infante el cuchillo y el lazo con los que más tarde habría de realizar sus fechorías[40]. Tal abigeo, sin duda, estará culturalmente determinado a delinquir, aunque al hacerlo, no incurriese en ningún tipo de error).

1. *La madre tierra*. Se consignaron algunos hechos (*supra* 6.4 y 9) en los que el aborigen peruano se vio forzado a sacrificar bienes ajenos para satisfacer a la madre tierra, al sentirse vinculado, por profundos lazos de amistad y afecto, a ella. La visión occidental del mundo —que nos fue impuesta por los conquistadores españoles—, difiere sustancialmente, ya que, la tierra, no es más que una despensa que podemos saquear, sin miramientos ni delicadezas.

X. *Aplicación personal: incluidos que hay que excluir y excluidos que hay que incluir*. El simple hecho de pertenecer a una cultura diferente, no meritúa que se incluya dentro de los alcances de la eximente al agente, pues si su educación le permitió comprender el carácter delictuoso de su acto y, además, tener la posibilidad de actuar conforme a tal comprensión, sin más, debe ser sancionado. Así las cosas, ha de excluirse de la eximente a estos aparentes incluidos. Interesa destacar lo afirmado, porque más de una resolución judicial ha fundamentado la aplicación del instituto en la pertenencia del incriminado a una cultura nativa.

---

[38] Como era común hacerlo en la provincia de Jauja, en Lima, Arequipa, Lambayeque y Cajamarca. Al respecto cfr. Hermilio VALDIZÁN/Ángel MALDONADO, La Medicina Popular Peruana (Contribución al Folklore Médico del Perú), tomo I, Imprenta Torres Aguirre, Lima, 1922, p. 392.

[39] Provincia de Andahuaylas, departamento de Apurímac.

[40] Los bandoleros de las ciudades costeñas de Cañete, Chincha, Pisco e Ica, si ha de darse crédito a Carlos CAMINO CALDERÓN, se iniciaban por medio de la ceremonia denominada *curación* que dirigía el jefe de la banda y en la que se ofrecía al iniciado un brebaje compuesto con «agua bendita, aceite robado de laslámparas de alguna iglesia, tres granos de sal, polvo de huesos de muerto y polvo de piedra de ara». Diccionario folklorico del Perú, cit., 1945, pp. 79 y 80.

De otro lado, muchas personas que aparentemente deberían quedar excluidas del beneficio que reporta la eximente, al haberse formado dentro de los cánones de la cultura occidental, tendrían que gozar de los alcances del artículo 15 si, por razones culturales, no comprenden que la actitud que adoptan constituye un verdadero injusto penal. Dos buenos ejemplos de lo dicho son la participación activa en la riña de gallos o en la sangrienta corrida de toros (que exculpan a quienes fomentan e intervienen en tan vergonzosas prácticas).

XI. Enraizamiento y desenrarizamiento. De superlativa relevancia son los casos en los que habiendo el sujeto enraizado en una cultura (por nacimiento), desenraíza de esta para sumergirse voluntariamente en otra diferente (asimilacionismo, enculturación) y, luego, decide dar inicio a una sucesión de hechos que según la última se encuentran vivamente determinados —entiéndase, culturalmente —; no menos interesantes, a su vez, son aquellos otros actos que ejecuta retornando al medio y cultura obtenidos por nacimiento. Siendo el agente, como se ve, portador de más de una manifestación cultural, sería útil conocer cómo es que actuaría la administración de justicia frente a tales casos (que por cierto, debieron darse muchas veces a lo largo de la historia judicial peruana).

XII. *Hechos culturalmente determinados que, sin duda, tienen la condición de atípicos*. Hay casos en los que el sujeto intenta matar valiéndose de medios inócuos[41] o, mejor, de medios que no pueden fagocitar o subsumirse dentro de los alcances del artículo 106 del CP que, como se sabe, reprime el homicidio.

Efraín MOROTE BEST, a diferencia de lo consignado precedentemente, encapsula estos sucesos dentro de lo que llama *homicidio supersticioso* y, acto seguido, lo define del modo siguiente: es «la muerte de un hombre por obra de otro u otros, valiéndose de medios mágicos». Los elementos que exige deben concurrir en este tipo de conducta, son: «a) un sujeto pasivo; b) uno o varios sujetos activos supersticiosos y, c) una voluntad destructora de la vida humana, que se vale de la magia».[42]

[41] A través del uso de conjuros, de la brujería, de misivas rogatorias, velando la ropa de la persona cuya vida anhela arrebatar o, incluso, confeccionando réplicas (fantoches) del enemigo a las que, luego, atraviesa con agujas.

[42] Cfr. Valor jurídico del folklore, Revista de la Facultad de Derecho, Universidad Nacional de San Agustín, año I, núm. 1, Arequipa, 1962, pp. 367, 368 y 369.

Ralph BOLTON[43], que ha estudiado el tema con detenimiento en nuestro país, registra un hecho en el cual los pobladores de Incawatani (Puno), a fin de causar la muerte de un ladrón, tomaron los servicios de un hechicero (o pícaro redomado) a quien proporcionaron el dinero que les solicitó como honorarios y, a su vez, los insumos a utilizarse en el acto brujeril: un cuerno de buey, restos de hollín, una vela tocada por mano de muerto, tierra del cementerio, mechones de pelo negro, estiércol de ovinos, madera obtenida de la cruz de un sepulcro, manta y poncho negros. La sesión o ritual, según creencia popular, se llevó a cabo un martes, propicio para los actos de brujería.[44]

Siendo atípicos los asuntos tratados en el epígrafe, sobra decir que tampoco podría sancionarse la tentativa.

XIII. *Validez espacial*. Si se cometiese un hecho delictuoso según el derecho consuetudinario y, luego, huyese el agente hacia otra zona del país —a fin de evitar ser sancionado con las penas previstas en su comunidad—, únicamente debería ser entregado a las autoridades comunales si tal hecho es también delito conforme al Decreto Legislativo núm. 635 (Código penal).

Siendo las cosas como se indican, es posible que la conducta sea delictuosa en la comunidad y no en el resto del territorio peruano o, por el contrario, que no lo sea dentro de la comunidad, pero sí fuera de ella. Ejemplos de cuanto se dice son: el adulterio (que es delito entre los aguarunas del Alto Marañón, no siéndolo en el resto del país); la bigamia (que no es delito entre los amuesha de Santa Herminia, pero sí, en Arequipa, Moquegua o Tacna) y, para citar un último ejemplo, los acometimientos o lesiones contra el poseso (que están lejos de ser delito entre los arakbut, constituyendo, en cambio, una verdadera infracción entre nosotros).

XIV. *Competencia*. Los hechos lesivos a intereses de terceros ejecutados a través de la determinación culturalmente condicionada, según previsión efectuada en el art. 149 de la Constitución Política, pueden ser sancionados por las autoridades comunales —

[43] En su libro No somos iguales. Agresión, autoridad y conflicto en el altiplano peruano. Estudios antropológicos en la sierra sur de los Andes, traducción de Stephen Light, Javier Flores Espinoza, Carlos Alberto Uribe y Demetrio Sodi M., Editorial Horizonte, Lima, 2011, pp. 217 y ss.

[44] La creencia de que puede matarse a través de hechizos caló en la mente de nuestros antepasados incas, quienes sancionaban este tipo de homicidio con la imposición de la pena capital. Sobre ello cfr. Horacio URTEGA, La organización judicial en el Imperio de los Incas. Contribución al estudio del Derecho peruano, Librería e Imprenta Gil, Lima, 1928, p. 40.

siempre que al hacerlo respeten los derechos fundamentales del sentenciado y, de otro lado, siempre que apliquen el derecho consuetudinario—.[45]

De la circunstancia indicada en el párrafo anterior se coligen dos consecuencias: a) que el fallo o resolución de la autoridad aborigen hace cosa juzgada y, b) que la ley penal contenida en el código (Decreto Legislativo núm. 635), tiene límites territoriales claramente establecidos —no pudiendo ser aplicada en aquellos lugares en los que rige el derecho consuetudinario—.[46] Algo más: los tribunales ordinarios deben inhibirse frente a una causa que está siendo ventilada dentro de una comunidad aborigen en la que se intenta aplicar el sobrecitado derecho consuetudinario.

1. *Dificultades*. Según el derecho consuetudinario de los arakbut, el hurto campestre (entiéndase, el que recae sobre frutos), se sanciona con la mutilación de la mano del ladrón[47]. ¿Qué actitud debe asumir el Poder Judicial frente a dicha práctica? ¿Cuánta similitud hay entre la citada mutilación y el encierro carcelario perpetuo? ¿Cuál de ambos castigos es menos duradero? ¿Cuál produce mayor sufrimiento? ¿Cuál es más embrutecedor? ¿Cuál más inhumano? ¿Cuál es menos respetuoso de los derechos fundamentales? ¿Cómo respondería las interrogantes anteriores un miembro de los arakbut?

XV. *Determinación cultural vencible e invencible*. En los casos en los que sea categórica la determinación cultural, ha de aplicarse la eximente plena; de no haber tal rotundez, se atenuará la sanción. Para que exista equivalencia entre las eximentes semiplenas del art. 20 (específicamente mencionadas en el 21) y las que figuran en los arts. 14 y 15 del CP, acaso convenga introducir una modificación tendiente a dejar establecido que el error de prohibición vencible y la determinación cultural superable

[45] Así las cosas, claramente se ve que la autoridad aborigen no podría encerrar en una *cárcel* sectorial al sentenciado y, menos, someterlo a torturas.

En la comunidad aymara del altiplano, las sanciones que se imponen son las de multa, llamada de atención, destitución del cargo, restricción de beneficios comunales y expulsión de la comunidad. Sobre ello véase Antonio PEÑA JUMPA, Derecho y pluralidad cultural: El caso de los aymaras de Puno, publicado en el libro colectivo Derechos Culturales, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1996, p. 98.

El derecho consuetudinario de la comunidad de Chupán (departamento de Huánuco), habilita, o habilitaba hasta no hace mucho, las sanciones señaladas a continuación: el *yachisum* (amonestar), el *alliyachisum* (una especie de transacción), el *jitarishum* (expulsión de la comunidad) y el *ushananjampi* (la causación de la muerte). Sobre ello véase Enrique LÓPEZ ALBÚJAR, Justicia andina, en Delitos, crímenes y costumbres a través del cuento y de la narración peruanos, Suplemento de la Revista Policial del Perú, Lima, 1957, pp.16 a 18.

[46] Sobre lo último cfr. Diego-Manuel LUZÓN PEÑA, Derecho penal, Parte general, tercera edición, B de F, Buenos Aires, 2016, p. 825.

[47] Según informan Antonio SUEYO IRANGUA y Héctor SUEYO YUMBUYO en Soy Sontone. Memorias de una vida en aislamiento, Instituto de Estudios Peruanos, Lima, 2018, p. 39.

deben ser reprimidas con una sanción que podría incluso no superar el mínimo legal —como precisamente lo estipula el art. 21 para los casos de legítima defensa imperfecta y otros—[48]; aunque muchísimo mejor sería indicar, como lo hace el Anteproyecto del Código Penal de Bolivia (2009, art. 19), que en tales casos la sanción ha de atenuarse de acuerdo «al grado de exigencia que podría» formularse al agente, dándose de ese modo ocasión a conmisurar la pena conforme al real grado de culpabilidad.

XVI. *Consecuencias jurídicas*. Básicamente son tres: a) La eximente no libera del pago de reparación civil, puesto que la ilicitud de la conducta permanece intacta; b) si son varios los autores del hecho, únicamente se benefician aquellos que no pudieron comprender el carácter delictuoso del mismo y, c) no cabe legítima defensa contra el sujeto que obra determinado culturalmente, procediendo únicamente, estado de necesidad defensivo (debiendo ser observados, por lo tanto, los principios de proporcionalidad y subsidiaridad). De momento, ha de darse por descontado que no es de aplicación medida de seguridad alguna, ya que no es el agente inimputable en el sentido indicado en el art. 20, inc. 1 del CP.

XVII. *Expansividad*. Han sido gravitantes y asaz feraces los debates que tuvieron lugar en la doctrina no bien incluida la eximente en el estatuto punitivo del 91 y quien sabe si, como todo lo indica, tales polémicas hubiesen dado pie para que en el Código Procesal Penal (art. 172, inc. 2) se diese un último toque al instituto: «Se podrá[49] ordenar una pericia —dice la ley en cita— cuando corresponda aplicar el artículo 15 del Código Penal. Ésta se pronunciará sobre las pautas culturales de referencia del imputado». Por fortuna, además de expandirse al Código Procesal Penal peruano, vemos insertado el instituto en las propuestas legislativas de Ecuador (art. 16, inc. 4) y de Bolivia (art. 19) correspondientes al año 2009 que proyectó, junto a otros destacados juristas, el profesor bonaerense E. R. ZAFFARONI.

XVIII. *Propuesta de modificación*. En abril de 2018, la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso de la República aprobó un Proyecto de Ley (2402/2017-CR) que aspira introducir modificaciones en el CP; de prosperar los aludidos cambios, el art. 15 del citado cuerpo de leyes tendría el siguiente contenido:

[48] Sobre la desproporción señalada cfr. Iván MEINI, Imputación y responsabilidad penal. Ensayos de Derecho Penal, pp. 97-98.

[49] Reputa obligatoria la realización de una pericia antropológica el fallo de la Corte Suprema de 5 de agosto de 2011 (R. N. núm. 3005-2010-Cajamarca); hace lo propio Jorge Luis SALAS ARENAS, Indemnidad sexual, 2013, p. 49.

> Art. 15. El que por su cultura o costumbres comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo con esa comprensión, será eximido de responsabilidad. Cuando por igual razón, esa posibilidad se halla disminuida, se atenuará la pena.
>
> Lo dispuesto en el primer párrafo es inaplicable en la comisión de los delitos previstos en los capítulos IX, X y XI del Título IV del Libro Segundo cometidos en perjuicio de menores de catorce años y de mayores de catorce años cuando estos no hayan prestado su libre consentimiento.

El documento, muy en consonancia con los deseos de los electores[50], además de la castración química[51], contiene otros desatinos de similar calibre —como en efecto lo son, la negación de beneficios penitenciarios a quienes resulten condenados por los delitos mencionados en dicha propuesta y, de otro lado, la cadena perpetua— y, sobre todo, el desafortunado segundo párrafo del artículo 15 acabado de reproducir que, básicamente, servirá para abarrotar las cárceles con personas respecto de las cuales, la más autorizada doctrina penal, apostaría concediéndoles el beneficio de la exculpación.

BIBLIOGRAFÍA

ADRIÁN AMBÍA, Abel. El ayllu en el Perú actual. Con un estudio de las normas tradicionales de la comunidad campesina de Amaru, Calca, Cusco, Ediciones Pukara, Lima, 1988.

ÁNGELES GONZÁLES, Fernando/FRISANCHO APARICIO, Manuel. Código penal. Comentado, concordado, anotado, tomo I, Ediciones Jurídicas, Lima, 1996.

BALLÓN AGUIRRE, Francisco. Etnia y Represión Penal, Centro de Investigación y Promoción Amazónica, Lima, 1980.

CEREZO MIR, José. La regulación del error de prohibición en los códigos penales español y peruano, en Temas de Derecho Penal. Libro Homenaje a Luis Guillermo Cornejo Cuadros, Editorial Adrus, Arequipa, 2008.

CAMINO CALDERÓN, Carlos. Diccionario folklórico del Perú, Compañía de Impresiones y Publicidad, Prólogo de Jorge Basadre, Lima, 1945.

CASTRO CORNEJO, Toribio W. El error en el Derecho penal. El error de prohibición y el error culturalmente condicionado, Ediciones Jurídicas del Centro, Lima, 2010.

CATACORA GONZÁLES, Manuel. Del Folklore al Delito, Editorial de la Universidad Nacional de San Agustín, Arequipa, 1968.

GARCÍA CAVERO, Percy. Lecciones de Derecho penal, Parte general, Editora Jurídica Grijley, Lima, 2008.

[50] A quienes hay que complacer obsequiosamente con vista, sobra decirlo, en una próxima reelección política.

[51] Hace casi cien años, alguien proponía la esterilización de un grupo importante de delincuentes; lamentablemente, no logramos sacudirnos de ese endemoniado fantasma. El autor aludido es Emilio MIRA Y LÓPEZ. Cfr. Manual de psicología jurídica, Salvat Editores, Barcelona, 1932, pp. 261 y 262.

GUZMÁN DÁLBORA, José Luis. El significado de Gustav Radbruch para el Derecho penal contemporáneo, en la Revista de Ciencias Sociales – Número 69 (2016), Valparaíso.

HURTADO POZO, José. Reforma penal, técnica legislativa y dogmática penal, en El penalista liberal. Homenaje a Manuel de Rivacoba y Rivacoba, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2004.

HURTADO POZO, José. Derecho penal y diferencias culturales: perspectiva general con respecto a la situación en el Perú, en Anuario de Derecho Penal 2006, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú-Universidad de Friburgo, Lima, 2007.

HURTADO POZO, José. Derecho y diferencias culturales: el caso peruano, en Problemas Fundamentales de la Parte General del Código Penal, Universidad de Friburgo-Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2009.

LOMBROSO, Cesare. Los anarquistas, traducción y notas por Julio Campo y Gabriel España, Imprenta Elzeviriana de P. Tonini, Buenos Aires, 1895.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Derecho penal, Parte general, Editorial B de F, Buenos Aires, 2016.

MANSO PORTO, Teresa. La regulación del error en el Código penal peruano, en la Revista Peruana de Ciencias Penales, años VII y VIII, núm. 12, Lima, 2002.

MEINI, Iván. Lecciones de Derecho penal, Parte general. Teoría jurídica del delito, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2014.

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso. Derecho penal, Parte general, Editora Rodhas, Lima, 2009.

PÉREZ ARROYO, Miguel. Derecho penal y Derecho procesal penal contemporáneo. Cuestiones fundamentales, Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales, Lima, 2010.

ROY FREYRE, Luis. Responsabilidad penal y causas de inculpabilidad, en el libro colectivo Una visión moderna de la Teoría del Delito, Ministerio de Justicia, Lima, 1998.

SALAS ARENAS, Jorge Luis. Indemnidad sexual. Tratamiento jurídico de las relaciones sexuales con menores de 14 a 18 años de edad, IDEMSA, Lima, 2013.

SUEYO IRANGUA, Antonio/Sueyo Yumbuyo, Héctor. Soy Sontone. Memorias de una vida en aislamiento, Instituto de Estudios Peruanos, Lima, 2018.

VILLA STEIN, Javier. Derecho penal, Parte general, Editorial San Marcos, Lima, 1998.

VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Error de prohibición culturalmente condicionado, en Código Penal Comentado, tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, 2004.

VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Diversidad cultural y Derecho penal, Ideas Solución Editorial, Lima, 2017.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl/Alagia, Alejandro/Slokar, Alejandro. Manual de Derecho penal, Parte general, Ediar, Buenos Aires, 2005.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Estructura básica del Derecho penal, Ediar, Buenos Aires, 2009.

ZAFFARONI, Raúl/BATISTA, Nilo/ALAGIA, Alejandro/SLOKAR, Alejandro. Direito penal brasileiro, segundo volume, tomo II, Editora Revan, Rio de Janeiro, 2017.

* * * * * *

Prof. Dr. Dr. h.c. Maximiliano Rusconi

Catedrático –Prof. Titular– de Derecho Penal. Univ. de Buenos Aires (UBA). Abogado, Buenos Aires, Argentina. Socio de la FICP.

~La legitimidad de la sanción al instigador- inductor: ¿una forma polémica de participación punible?[1]~

I. "BARAJAR Y DAR DE NUEVO"[2].

La preocupación por ciertos desdibujamientos de los límites del derecho penal, aun cuando logremos consenso en la importancia de ese fenómeno, deberíamos admitir, que por lo menos en la mayoría de las formulaciones está anclada en el centro mismo del problema imputativo.

En lo conceptual se refiere por defecto a la generosidad de la atribución del rol de autor y en lo metodológico remite, casi siempre, al facilismo punitivista de la función legislativa.

En ambas dimensiones hay, y ya no se puede ocultar, cierto reduccionismo. Si tuviéramos que dar de forma rápido dos ejemplos, podríamos aludir en lo conceptual a la necesidad de rediscutir sobre la fragilidad de los límites a la hora de imputar responsabilidad penal a las formas de intervención distintas de la autoría (complicidad e instigación) y, en lo metodológico, las permanentes estrategias para sortear las exigencias de los estándares probatorios y, con ello, evitar el poder fulminante de la imputación, a favor del imputado, del *in dubio pro reo*.

En esta ocasión buscamos detenernos en uno de los escenarios conceptuales que, a nuestro juicio, merecen mayor atención y un grado más intenso de alertas intelectuales para no dejar pasar y ser, con ello, inadmisiblemente permisivos, con la formulación de extremos indemostrables, frases hechas y expresiones caprichosas que culminan en escenarios no científicos: el de la instigación como forma de participación, que hemos

[1] Texto de la exposición en el III Congreso de la Fundación Internacional de Ciencias Penales, de los pasados días 15 y 16 de septiembre. Una versión un poco modificada de este texto ha aparecido, en idioma alemán, en "Brücken bauen. Festschrift für Marcelo Sancinetti". Duncker & Humblot, Berlín, 2020. En esa ocasión, bajo el título, "Die Anstiftung: eine umstrittene Form der strafbaren Teilnahme".

[2] Con esta expresión, cuyo verdadero origen desconozco, por lo menos en mi país se pretende significar la necesidad, en ciertos temas, de volver a analizar todo de nuevo, pero ahora desde el mismo comienzo. Cuando en algún juego de Naipes, por ejemplo, quien reparte las barajas, comete un error y una o varias de ellas queda antes de tiempo al descubierto, lo normal es, para no arrastrar ese error, "mezclar todo y dar de nuevo". En el desarrollo del tema en análisis quizá haya que volver a encarar la discusión desde el principio.

decidido, aparentemente de modo poco reflexivo, que sea punible.

La posibilidad de que el llamado instigador sea castigado severamente por el derecho penal, por lo menos del mundo occidental[3], si uno evaluara a la opinión pública, a los medios de comunicación se encuentra fuera de toda discusión posible: incluso existe la difundida sensación de que, cuando el sistema de justicia *atrapa* al autor o a los autores principales o materiales de un hecho ilícito, debemos estar verdaderamente insatisfechos hasta que no aparezca el más importante: el autor intelectual[4]. Es llamativo como, incluso en contra de algunas de las disposiciones normativas vigentes en los países y de la mayor parte de las afirmaciones de la ciencia penal, de la dogmática jurídico penal, se ha instalado la leyenda urbana de que el instigador es más importante que el autor principal.

Hace más de 20 años el profesor Marcelo **SANCINETTI** publicó la obra "la nulidad de la acusación por indefinición del hecho y el concepto de instigación"[5], allí, a través de un diálogo ficticio de un conjunto de juristas que serían asistentes a un seminario tal vez también ficticio, dice uno de los personajes llamado *Magister* (el profesor que dirige el seminario):

> "Lo que no ha sido explicado aún es cuán abstracto es el plano en que se ubica el concepto jurídico de instigación", como para que uno crea sencillo calificar de tal una conversación, sin conocer su contenido…el concepto "instigación" presupone determinados requisitos en la acción con la que la persona le provoca la decisión al hecho en el autor principal, ciertas características en la naturaleza del "concepto psíquico" o "espiritual" habido entre instigador y ejecutor, unas cualidades que este concepto tenga un grado de abstracción y complejidad teórica mucho mayor que el de "tener acceso carnal" o "arrojar un objeto contundente contra un tren en marcha"[6].

La lúcida intervención de *Magister* tiene la virtud de plantear alguno de los problemas de los cuales nos ocuparemos en esta ocasión en la que sólo pretendemos poner bajo la lupa esta forma de participación, en un contexto científico en el que el tratamiento

[3]En el Código Penal Alemán, § 26. Instigación (inducción a delinquir): "Igual que el autor será castigado el instigador. Instigador es quien haya determinado dolosamente a otro para la comisión de un hecho antijurídico".

En el Código Penal Español, Artículo 28: "Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento.

También serán considerados autores:

a) Los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo.

b) Los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado."

[4]Sobre esto muy claro, KÖHLER, Michael, Strafrecht, AT, Springer, Hamburg, 1997, pág. 521.

[5] SANCINETTI, Marcelo, La nulidad de la acusación por indefinición del hecho y el concepto de instigación, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001.

[6] Ver, SANCINETTI, Marcelo, La nulidad…, cit., 2001, pág.

dogmático que se ha brindado a las cuestiones problemáticas de las formas de participación punible ha sido, salvo en lo que respecta al estudio de las llamadas conductas neutrales y al propio debate que ha generado la polémica sobre la participación en el ámbito de autores que ejecutan delitos especiales propios (el llamado *intraneus*), llamativamente superficial[7].

II. LA PREOCUPANTE Y PLACENTERA PAZ DE LA DOCTRINA DOMINANTE.

Las preguntas de la doctrina dominante, por lo menos en lo que se puede observar en obras generales, no dejan de ser las más básicas y a menudo las respuestas son menos problemáticas de lo que el tema merece.

Como es sabido, casi siempre se parte, como es previsible, de las nomenclaturas que ha utilizado el legislador: instigar es determinar o inducir dolosa y directamente a otro a cometer un delito, en principio, también intencional[8].

Para **ROXIN**, "la inducción o instigación es el determinar provocando o incitando dolosamente a un hecho ajeno…por lo tanto, en lo sustancial de lo que aquí se trata es de la cuestión de la resolución al hecho y de la causalidad del inductor al respecto".[9]

Según **JAKOBS**, por ejemplo: "determina en sentido amplio quien crea una oportunidad a cuya tentación o compulsión sucumbe otro, según lo esperado, y por eso concibe el dolo de un delito".[10]

En **MAURACH-GÖSSEL-ZIPF**, puede leerse: "…determinar exige una influencia dirigente sobre la dirección de la conducta, que proporciona a quien aún no se encuentra resuelto a cometer el hecho, precisamente, la decisión de hacerlo, bajo su propia responsabilidad, es decir, para actuar con dominio del hecho".[11]

Para **HILGENDORF,** determinar, en el sentido del parágrafo 26, significa ocasionar (al menos en forma co-causal) la decisión al hecho. De qué manera suceda esto en lo

[7] Hay que marcar una importante excepción, en el trabajo de SÁNCHEZ VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, En los límites de la inducción, InDret, Barcelona, abril, 2012, pág. 8. En ese trabajo se plantean de un modo brillante algunos de los problemas sobre los cuales aquí se pretende volver.

[8] WESSELS/BEULKE/SATZGER, Strafrecht A.T., 44ª Auflage, C.F. Müller, 2014, pág. 234.

[9] Ver, ROXIN, DP PG, 1997, pág. 226.

[10] JAKOBS, G., DP, PG, pág. 804.

[11] MAURACH-GÖSSEL-ZIPF, DP, PG, Astrea, Buenos Aires, traducción de E. Dona, pág. 437.

particular *es irrelevante*"[12] (el resaltado me pertenece).

Al momento de definir con un intento de mayor detalle, se afirma, usualmente que el inductor debe causa la resolución criminal en otra persona. Para lo cual, normalmente, se alude a la fórmula de la *conditio sine qua non.*

En ocasiones, algunos autores se toman el trabajo de aclarar que se trata de una causalidad a través de un influjo psíquico lo cual plantea algún tipo de características especiales y de que no puede haber inducción allí donde había un autor previamente decidido.

Eventualmente la doctrina mayoritaria problematiza sobre las consecuencias que esa *determinación* sea *directa* y que debe haber una relación de imputación objetiva entre la decisión del autor y la acción de inductor.

En verdad, más allá de alguna otra discusión, el nivel de los análisis no ha llegado nunca siquiera a cuestionar los puntos de partida de la instigación como forma de participación punible.

III. PREGUNTAS.

Cuando uno se aleja de la placentera situación de cercanía acrítica con un determinado concepto, en este caso el de instigación o el de inducción y comienza a tomar verdadera perspectiva y le suma cierta capacidad crítica. es que surgen algunos interrogantes que serán introducidos aquí sólo para instalar el debate:

a) ¿el tipo penal de la instigación punible, dada su descomunal abstracción, logra una efectiva acción comunicativa y motivadora?;

b) Es decir, cuando descubrimos los parámetros normativos que regulan la instigación punible, ¿queda claro lo que no debemos hacer para ingresar en ese ámbito de punibilidad?;

c) llevado el concepto al ámbito procesal, ¿se posibilita, al intimar el hecho, una adecuada defensa del acusado?, -determinación precisa y circunstanciada del hecho-;

d) ¿es válido definir conceptualmente a la instigación como "creación del dolo en cabeza del autor principal o ejecutor", cuando el instigador actúa en una etapa en la que aun cuando su seducción intelectual sea exitosa el plano subjetivo del autor se encuentra

[12] HILGENDORF/ VALERIUS, DP, PG, traducción de la 2da edición alemana de Leandro Díaz, Marcelo Sancinetti, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2017.

en una etapa *antecedents* y en la pacíficamente no punible etapa de la ideación y, en el plano objetivo, *per definitionem*, el autor ni siquiera ha ingresado en los actos preparatorios?;

e) ¿la imputación de instigación supera el límite que propone, por ejemplo, el principio de prohibición de regreso?;

f) ¿la creación de del dolo, como fenómeno psíquico, puede atribuirse a la acción de un tercero?;

g) y si realmente creemos que esa instancia subjetiva ha sido consecuencia de la acción de un tercero, ¿hay buenas razones para imputar el "dolo" a un autor cuya decisión la ha dominado otro?;

h) ¿No hay válidos argumentos para pensar que la relación entre forma, intensidad y eficacia de la acción de instigar y el resultado exitoso en la creación del dolo depende en mayor medida del proceso, consciente e inconsciente, que desarrolla ese estímulo en la diversidad de sujetos receptores?;

i) El hecho de que la escala punitiva para el instigador y para el autor sean idénticas, ¿no lesiona el principio de proporcionalidad?[13].

Como se ve, muchas de las afirmaciones que rodean al problema de la instigación punible pueden y deben ser discutidas.

IV. LA LEGITIMIDAD DEL TIPO PENAL DE LA INSTIGACIÓN A LA LUZ DE LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN.

Es difícil pensar en un Estado de derecho que pueda prescindir del resguardo al derecho de la libertad de expresión.[14]

La criminalización de una instancia que sólo consiste en expresarse (verbal o gestualmente) no parece obvia. Incluso los propios límites de la moral y las buenas costumbres, como fronteras clásicas a la hora definir el derecho a expresarse desde el punto de vista constitucional, no parecen ser buenos justificativos para la intervención del

[13] Según FRISTER, detrás de la tendencia a que la pena del autor y la del inductor deban ser similares, "se halla la idea de que el autor intelectual de un hecho es responsable de éste en la misma medida que el propio actuante". Ver, FRISTER, H., Derecho Penal. Parte General, Hammurabi, pág. 613.

[14]Convención Americana sobre Derechos Humanos art. 13(1), 22 nov. 1969, O.A.S.T.S. No. 36, 1144 U.N.T.S. 123; Consejo de Europa, Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales art. 10(1), 4 nov. 1950, 213 U.N.T.S. 221 [en adelante Convenio Europeo.

derecho penal en cuanto a la instigación punible: incluso una instigación exitosa puede haber consistido en expresar algo que no afecta ni la moral ni las buenas costumbres y la frase más desagradable y soez, no lograr ese resultado.

Últimamente las voces de alerta sólo se concentran en las expresiones vinculadas al interés público, pero ello puede ser arbitrario: ¿sería racional que el ámbito de libertad de expresión dependa en última instancia del grado de utilidad social de las expresiones?

En este punto, y en esta ocasión, no podré detenerme en un problema que excede al de los límites y/o legitimidad de la inducción punible para abarcar a todo un sector político criminal de la criminalización de las expresiones (apologías, intimidación, etc.).

V. LA LEGITIMIDAD DE LA PUNICIÓN DEL INSTIGADOR DESDE LA ÓPTICA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA: EL PROBLEMA DE LA PROHIBICIÓN DE REGRESO.

Llamativamente, en el año 1998, **HRUSCHKA**, en un aporte realmente trascendente, sostuvo que: "la prohibición de regreso ha sido…el motor del desarrollo del concepto de inducción tal y como hoy lo conocemos".[15]

En los últimos años, en el marco de una investigación muy sugestiva, **SÁNCHEZ VERA** se refirió a las dudas que causaba sobre la legitimidad de la equiparación de pena entre inductor y autor la puesta en valor del principio de prohibición de regreso[16]. Según

[15] HRUSCHKA, Joachim, Prohibición de regreso y concepto de inducción. Consecuencias, traducción de Pablo SÁNCHEZ OSTIZ, en Imputación y Derecho Penal. Estudios sobre la teoría de la imputación, Thomson, 2005, pág. 181.

[16] Según SÁNCHEZ-VERA: "La equiparación punitiva del inductor con el autor, al menos en algunos de sus casos (en los supuestos, como veremos, que no se trata de verdaderas coautorías), parece poco justificada en la actualidad, aun cuando pudo estarlo históricamente –incluso en otra época fue equiparada la inducción a los supuestos de dominio por coacción o fuerza–. Así, que el inductor deba tener la misma pena que el autor, indudablemente acerca la figura de la inducción a la autoría mediata, pero en realidad ambas figuras parten de un presupuesto radicalmente distinto: en la autoría mediata, el hombre de atrás utiliza como instrumento al hombre de delante, de modo que él es autor (mediato), pues no hay hecho propio del hombre de delante. En cambio, en la inducción, el hombre de delante lleva a cabo un hecho propio y no es ni mucho menos un mero instrumento en manos del inductor, por mucho que éste último le haya determinado al hecho.

Ello significa, en términos clásicos de imputación objetiva, que existe una suerte de prohibición de regreso en la imaginaria línea que va desde el resultado acaecido hasta el origen último consistente en el riesgo creado por el inductor con su comportamiento determinador, ya que esta imaginaria línea causal (recte: de riesgos) se habría visto "interrumpida", impidiendo un regreso hacia atrás, precisamente por el comportamiento del autor del delito, plenamente imputable y doloso. Esta prohibición de regreso no existe en la autoría mediata, y por ello es lógico que en ella el autor mediato del delito responda como lo que es, un autor de su propia obra delictiva; ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado que se ha concretado en el resultado, utilizando como instrumento a una persona, la cual, en su cualidad de instrumento, no es distinta que cualquier otro instrumento inanimado (una pistola) o animado (un animal), instrumentos todos.

…. El autor inducido, no está en manos del inductor, no es ni su instrumento ni su marioneta, y, por

esta visión, la vigencia limitadora de la idea de prohibición de regreso que sólo opera frente a la inducción como forma de participación (pero no frente a los casos, por ejemplo, de autoría mediata), permiten acercarnos a la conclusión de que las penas no deberían ser idénticas.

La propuesta de **SÁNCHEZ-VERA**, en este punto, tiene el mérito de recordar la capacidad que posee la idea de prohibición de regreso para definir alguna frontera de la participación punible (algo que ya había sucedido en el ámbito de las llamadas conductas neutrales). Sin embargo no aparecen las razones que limitan el aporte crítico de este criterio de imputación a un problema de determinación de la pena: todavía faltan una buena explicación de los motivos por los cuales la idea de prohibición de regreso no llega a cuestionar la penalidad en sí misma del aporte del inductor –sino sólo se trataría de un problema de cantidad de pena-, cuando en casos de aportes del que interviene primero, mucho más causales, que podrían ofrecer explicaciones causales del resultado final muy convincentes (algo que no parece suceder en el instigador), la idea misma de la prohibición de regreso bloque la punibilidad hacía atrás. Es decir, en definitiva, incluso en la tesis de la penalidad diferenciada, en casos de inducción se permite regresar, pero si el aporte del de atrás es todavía más nítidamente causal ahí sí opera con toda fuerza esa prohibición del regreso.

En definitiva, en la legitimación de la punibilidad del inductor sucede y admitimos, todo aquello que tradicionalmente queríamos evitar con los famosos supuestos de interrupción del curso causal y más modernamente con los casos que invocábamos para poner en juego limitador a la teoría de la *Regressverbot.*

En verdad es posible reconstruir el proceso de la instigación como el camino en el cual el inductor coloca una débil influencia que sólo a través de un largo, inhóspito y desconocido proceso multicausal el autor expresa luego en el principio de ejecución del tipo penal que se trate.

Aquí se coincide con que hay un ámbito para observar el fenómeno de la atribución al inductor desde la idea de prohibición de regreso, sólo que, bien mirado, quizá haya

ende, el riesgo jurídicamente desaprobado que se concreta en el resultado no es de forma directa la concreción del riesgo creado por el inductor –no es su obra–, sino la concreción del riesgo creado por el autor. Ello parece que debiera tener alguna significación en la pena. Y la mejor prueba de ello es que si el "autor" finalmente no lleva a cabo el hecho, el pretendido inductor o bien no responde, o bien responde con una significativa reducción de la pena, pero no ya por la inducción a un delito, como es sabido, sino por una suerte de "tentativa" de ello, excepcionalmente regulada (proposición al delito, art. 17.2 CP)".

razones para otorgarle a esa mirada mayor gravedad. Lo que aquí, en este punto sólo se anuncia, puede verse con mayor claridad cuando se evalúan algunos extremos que son desarrollados más adelante. Aquí conviene quedarse con el planteo básico de la idea por razone de ventajas expositivas.

VI. LA LLAMADA HOMOGENEIDAD: LA CONGRUENCIA ENTRE LA ACCIÓN DEL INDUCTOR Y LA EJECUCIÓN DEL AUTOR.

La doctrina dominante recurre a la idea de homogeneidad o congruencia entre lo inducido y lo ejecutado como herramienta para poder comprobar de modo claro y objetivo el poder configurador del instigador sobre el dolo del autor de modo directo. Normalmente, y a través de diversas fórmulas, la jurisprudencia española y argentina ha pretendido que quede claro que no alcanza con que las expresiones del inductor generen una mera posibilidad de la acción en el sujeto activo. Ello está muy bien, pero sin embargo estas advertencia no pueden ocultar que habiendo tomado nota de las carencias descriptivas del tipo de participación mediante inducción y de la indispensable intermediación de la configuración personal del dolo por parte del autor principal, es verdaderamente imposible que se verifique, salvo casos muy marginales, esa precisa correspondencia (casos de comportamientos neutrales amparados adicionalmente por una garantía esencial como es la libertad de expresión). Ello, por propios problemas de la figura, nos coloca en la encrucijada de elegir entre porcentajes importantes de impunidad o en prescindir de esta exigencia en sus detalles, transformando a la figura en un caso de delito de sospecha, pero que tiene todos los costos de la figura inquisitiva (la construcción de la responsabilidad sobre la duda) y ninguna de sus ventajas (la reducción de la pena).

VII. LA EXPANSIÓN DEL CONCEPTO DE AUTOR Y LA INDUCCIÓN NO PUEDEN CONVIVIR.

Adicionalmente la figura del inductor y su necesidad de precisión paga algunos costos de la evolución que ha sufrido la atribución del rol de autor. Ello podría ser así debido a que, como es generalmente reconocido, las características puntuales de la acción del autor, en el marco de los delitos de infracción de un deber, pasa, si somos austeros en la descripción, aun claro segundo plano.

Ello dificulta una de las esperanzas, hace un tiempo formulada por **BALDO LAVILLA**: "Así, en principio, la determinación de detalles concretos de la ejecución como el tiempo, lugar y modalidades de la ejecución, así como la víctima concreta, cuando no

poseen relevancia, se dejan al inducido".[17]

Pero claro si el inductor no debe precisar tanto los detalles del influjo, y el autor, por propia definición normativa, no necesita actuar de un modo determinado pudiendo, incluso, omitir, se hace cada vez más difícil definir la referencia que poseo para comprobar si efectivamente ha habido correspondencia entre la influencia del inductor y la acción de inducido.

Si ya es complejo permitir la falta de definición concreta del aporte activo del sujeto principal, entonces todavía es peor que ello sea factible en etapas tan anteriores al propio curso lesivo.

Que, en sectores muy relevantes de la doctrina, ya en el terreno de la actividad meramente descriptiva del supuesto inductor, la frontera de relevancia jurídico penal se pretenda trazar en la corrección o incorrección de los datos empíricos, deja expuesto el nivel preocupante de expansión de la imputación penal al que puede colaborar esta figura aquí analizada.

VIII. LOS PROBLEMAS QUE ACARREA LA FIGURA DEL *OMNIMODO FACTURUS*. ¿HAY CERTEZA DE QUE ANTES DE LA INTERVENCIÓN DEL INSTIGADOR *NO HABÍA NADA* DE LA DECISIÓN DEL AUTOR? EL APORTE DE LA IDEA DEL *COMPORTAMIENTO ALTERNATIVO CONFORME AL DERECHO.*

Es muy conocido ya que hay casos que la doctrina jurídico penal ha definido como problemáticos en materia de inducción teniendo en cuenta que se trata de supuestos en los cuales es posible concluir que el supuesto inducido *ya estaba* decidido a la comisión del hecho de la instigación (*«omnimodo vel simul aeque facturus»*). En estos supuestos se afirma que no se confirma la inducción, pero si pudiera interpretarse que el intento fallido del inductor de hacer nacer el dolo en cabeza del autor ha confirmado o fortalecido de todos modos esa decisión existe la posibilidad de acudir a la figura de la complicidad.

Sin embargo, este grupo de casos permite sembrar dudas sobre aquello que se considera sin discusión, es decir, los casos en los que, según se afirma, el influjo psíquico del indictor es de modo contundente una condición necesaria para la aparición de la decisión del hecho en el autor. Creo que hay buenas razones para pensar que hay una

[17] BALDO LAVILLA, Francisco, Algunos aspectos conceptuales de la inducción, ADPCP, 1989, II, pág.

confianza exagerada y poco científica a la hora de pretender que esos casos de certeza en la conexión inductor-autor pueden aparecer luminosamente visibles a los ojos del intérprete. Por lo menos si es que uno está dispuesto a tomarse en serio que la duda es un escenario de triunfo del imputado (una situación espiritual cada vez más excepcional).

Veamos. En primer lugar pareciera que, aun cuando el aporte del inductor no se lo interprete en términos estrictamente causales, no quedan muchas más herramientas para subrayar su trascendencia que acudir a la fórmula heurística de la *conditio sine qua non* y de ese modo producir en famoso análisis de la supresión hipotética. Si lo hacemos ya desde los principios que rigen al análisis de la imputación objetiva, se trata de algo muy similar a los interrogantes que se formulan más modernamente desde la teoría del comportamiento alternativo conforme al derecho. Ahora bien, esta teoría y las exigencias fantasmales que sigue instalando el *clima causal* (que sigue vigente) ya ha demostrado que en ocasiones (es decir, en lo que no son *casos fáciles*) esta comprobación es francamente imposible (no hace falta más que recordar los dilemas que han planteado los famosos casos de causalidad general dados en Alemania, Italia, España e incluso la Argentina.

Quizá el problema, como mínimo, no sea menor en la imputación de inducción: ¿en cuántos casos la ausencia hipotética del accionar del instigador mostrará de modo ostensible la certeza del no nacimiento del dolo en cabeza del autor? Creo fervientemente que si uno está decidido a no pasar por encima del problema se encontrará aquí con varias molestias. Claro que alguien (para quien el problema del *in dubio pro reo* es sólo eso… Un problema, pero nunca una garantía) podría recordar el atajo de la solución de la teoría del incremento del riesgo (cuyas debilidades, incluso de método no puedo describir aquí) y con ello intentar la explicación de que desaparecen los obstáculos para imputar inducción incluso cuando no hay certeza de que si el instigador no hubiera abierto la boca el resultado se hubiera evitado. Sin embargo, si para la atribución del resultado al sujeto que tuvo dominio del curso lesivo ya era un problema imputar cuando no está claro que el incremente del riesgo se ha debido a, por ejemplo, su falta de cuidado, mucho más complejo es trabajar con esas liviandades en una instancia muy anterior (¡en verdad, como veremos, anterior incluso a la ideación!) en la que el aporte del instigador tiene una nitidez causal (por así decirlo) verdaderamente discutible.

Resumiendo: si el principio *in dubio pro reo* es un posible obstáculo en los supuestos de comportamiento alternativo conforme a derecho, debería tener una

consideración aún mayor en los casos de inducción.

IX. EL TIPO DE LA INDUCCIÓN Y SU EFECTIVIDAD MOTIVADORA: ¿QUÉ NO DEBE HACER EL INSTIGADOR?

El tipo de participación a través de una inducción posee otro dato llamativo y es que al estar montado en la más absoluta indefinición fáctica es realmente difícil que pueda cumplir con función motivadora alguna. No cabe duda de que el "determinar directamente" al autor en verdad depende más de las condiciones estructurales del autor que de cualquier estereotipo que uno pueda imaginar en relación al camino lesivo usual. Así como hay un conjunto de grupos de acciones que pueden ser consideradas a priori como propias de "lesionar", "matar", "administrar fraudulentamente", ello no es posible en el tipo de la inducción, debido a que mecanismos normalmente inapropiados, dependiendo de quien sea el autor, puede lograr eficacia. Ello hace que para poder definir qué es lo que prohíbe el tipo de inducción, es preciso detectar un porcentaje muy importante de influencia que se encuentra en cabeza del autor y que no tiene ninguna relación alguna con la acción propia del inductor.

X. DE "CUASI" DOLO DEL TIPO OMISIVO A LA INDUCCIÓN A LA VIOLACIÓN DEL DEBER DE ACTUAR.

No hace falta recordar aquí la gran cantidad de problemas que siempre ha acarreado a la dogmática penal la imputación propia al tipo omisivo y al tipo llamado omisivo impropio[18]. Hay buenas razones para pensar que la infracción de una norma imperativa de acción es menos grave que la infracción de una norma prohibitiva. Pero, incluso, adicionalmente, la imputación al tipo subjetivo en las omisiones tiene el problema evidente que lo que sabe en verdad el omitente es bastante poco. Como sabemos, por propia reducción conceptual del ámbito del dolo en el proceso de imputación del ilícito omisivo es muy difícil que podamos movernos en un ámbito de tanta precisión subjetiva en el sujeto sobre el que recae el deber principal de actuar como para que podamos identificar, sin más ni más, aquel estímulo externo que habiendo sido generado en la actuación del inductor ha podido "determinar" la decisión de omitir. En un terreno tan resbaladizo es difícil tener optimismo en tales precisiones.

[18] Ver, por todos, la excelente investigación de LUZÓN PEÑA, Diego M. Delitos omisivos impropios o de comisión por omisión, en Foro FICP, 2022-1, pág. 20.

XI. INSTIGACIÓN Y PRECISIÓN DE LA IMPUTACIÓN PROCESAL.

Esta falta de precisión en la construcción dogmática del concepto es inevitablemente traslada al proceso penal. Allí, como sabemos, una derivación esencial de la garantía del derecho de defensa en juicio reside en la exigencia de una imputación clara, precisa y circunstanciada del hecho, tal cual lo exigen la mayor parte de lo sistemas de enjuiciamiento del mundo. Nadie puede defenderse correctamente de una imputación que no se estructura sobre la base de una descripción precisa del hecho. Ahora bien, esa descripción no puede contentarse con la mención de los vocablos que ha elegido el legislador para hacer mención a la forma de participación punible que se trate, tampoco ese relato puede contentarse con pronunciar el *nomen iuris* o citar el artículo del Código Penal que contiene el tipo penal. Nada de esto alcanza, si es que no se describe lo más detallado posible la acción que pretendemos atribuir al imputado. Esta exigencia es muy relevante porque de ella depende que podamos cumplir, luego ya en la misma decisión judicial, con el principio de congruencia entre lo imputado y lo decidido.

Pues bien, ¿cómo hace el pobre juez a cargo de la instrucción para describir una acción que en verdad sólo puede ser puesta en conexión con el resultado a partir del aporte indispensable del proceso psíquico que lleve el estímulo del inductor en el propio receptor? Y esa referencia es inevitablemente necesaria, porque, como dijimos la misma frase, vinculada con receptores diversos tiene resultados también diversos.

En el caso de la inducción, lo que se ha dado es una descomunal violación de estas garantías y se sustituye esa descripción precisa y anclada fácticamente por una referencia con ínfulas normativas que más o menos se asemeja a las repetidas frases legislativas, frente a esta directamente falsa imputación el acusado debe ensayar su defensa.

Sin embargo, el problema no nace en la decisión del operador judicial sino en un concepto que se relaciona sólo con dificultades con un derecho penal fundado en la idea de ilícito personal.

XII. ¿CREACIÓN DEL DOLO POR EL INSTIGADOR ANTES DE LA IDEACIÓN DEL AUTOR?

Si hay una afirmación que genera un consenso enorme es justamente la idea de que el inductor lo que en verdad realiza, y por ello es punible, es crear el dolo en cabeza del autor. Esa afirmación tiene un conjunto de implicancias; algunas de las cuales deben ser vistas rápidamente como erróneas, como por ejemplo que de ese modo no sería factible

conceptualmente imaginar un inductor a un hecho realizado con culpa consciente o culpa con representación (por un momento dejemos de lado la culpa sin representación o culpa inconsciente que adolece de problemas particulares de legitimidad).

Pero aquí pretendo detenerme en otro lugar: la verdad es que así como esta expresada, la idea de que el inductor crea el dolo no puede ser sostenida seriamente. Por propias razones cronológicas, cuando el inductor actúa, diciendo *aquello que no debe*, en verdad, genera el aporte que sea en un momento anterior a la propia ideación del sujeto activo. Ello si se me perdona la superficialidad con la que no sólo yo, sino la totalidad de la ciencia penal ha administrado la casi nula información con la que contamos en cada caso sobre el proceso que va desde que el inductor expresa las palabras prohibidas hasta la puesta en marcha lesiva de la decisión del autor supuestamente motivada en esas palabras mágicas.

Si esto fuera así el inductor actúa en un momento anterior a esa ideación y es el propio autor que transforma ese punto de partida de seducción criminal irresistible en lo que llamamos dolo. Incluso puede pasar un tiempo considerable entre la recepción de la idea y el dolo que sólo nace en el mismo momento en el que nace el principio de ejecución y ello *per definitionem*.

Creo que transformar todo esto en que el inductor crea el dolo en cabeza del autor es demasiado ambicioso.

XIII. ¿ES ADMISIBLE PENSAR QUE EL DOLO DEL AUTOR ES UNA CREACIÓN DE UN TERCERO?

Hoy las neurociencias retoman el problema de las bases mismas del principio de culpabilidad, en un contexto en el que la idea de libertad debe ser revisada ya no por condicionamientos sociales, sino por dificultades en mayor medida propias del sistema de configuración (¿interna?) de la decisión individual. Un problema con resultados que en la actualidad sólo podemos intuir para la ciencia médica y también para el derecho penal. Aquí, sin embargo, no pretendo ocuparme de este camino argumental, sino que creo que tiene sentido traer a cuento esta advertencia cuando hoy admitimos sin problematizarlo que a un autor doloso se le puede imputar su decisión sobre la cual se estructura ese dolo, incluso en los supuestos en los que existe un inductor a quien le adjudicamos la responsabilidad de haber, él mismo, creado el dolo en cabeza del autor. Ahora bien, ¿es legítimo imputar el mismo fenómeno a dos personas al mismo tiempo,

en base a procesos de construcción de ese dolo absolutamente autónomos e independientes?[19]. Y si describimos que el dolo del autor ha sido creado por el inductor, ¿es legítimo pensar en ese tipo subjetivo como su obra?

En los últimos años **HRUSCHKA** ha pretendido reflexionar sobre este punto, según él: "si consideramos un proceso como una acción libre, entonces no lo contemplamos como causado. Una *actio libera*, *per definitionem*, no es una *actio causata*, puesto que el significado de la palabra "libre" supone independencia de lo precedente, de las condiciones que determinen la acción. Así, imputación significa que no contemplamos la acción imputada como eslabón en una cadena causal, sino como nuevo comienzo. Si alguien, que actúa libremente y al que por consiguiente puede imputársele la acción, realiza un tipo delictivo, entonces lo llamamos "autor" de un "hecho". De donde se sigue que lo que se haya "tras" un autor al que se imputa una acción como libre, no puede aportar causa alguna que produzca la acción libre".[20]

---

[19]Ver, ROXIN, Claus, Derecho Penal. Parte General, II, pág. 229: "El indictor ha de determinar al autor del hecho. Esto significa en primer lugar que ha de ser causal respecto de la resolución del autor al hecho, a cuyos efectos, igual que sucede en general en la causación, basta una cocausación".

Al problema se ha referido últimamente FRISTER: "Al entendimiento tradicional de la instigación como causación de la decisión al hecho se le objeta, en parte, que una tal causalidad psíquica no es compatible con la libertad de decisión del autor. Dado que el autor –dice este criterio- no tiene por qué ajustarse a una incitación a cometer el delito, su decisión al hecho no está condicionada por una instigación, con arreglo a una ley, y, entonces, tampoco está causada".

A ello sin embargo FRISTER responde: "Esta crítica se basa en la idea de que la constatación de la causalidad presupone leyes causales estrictas, en razón de las cuales pueda ser pronosticado con seguridad que en caso de que se dé el suceso causal "A" se producirá el suceso "B". Pero esto no es correcto…la acción de instigar no tiene que ser una condición suficiente para la decisión del autor de cometer el hecho, sino solamente una condición necesaria, es decir, que lo que importa es tan sólo que la decisión al hecho no se habría tomado si no hubiera sido por la instigación. Tal constatación es compatible sin mas con la libertad del autor de no seguir la incitación a que cometa el hecho". Ver, FRISTER, DP, PG, cit., pág. 613 y ss.

Sin embargo, y más allá de tomar como ciertas las advertencias operativas que formula FRISTER, creo que con lo sugerido no cambia el cuadro en lo esencial: aun cuando a las palabras del instigador se le atribuya el valor de ser sólo una condición más del surgimiento del dolo del autor, todavía habrá que utilizar a la fórmula de la *conditio sine qua non* para confirmar esa relación de causalidad tal cual como viene definida. Y, en todo caso, habrá que decidir qué se hace cuando, en la casi totalidad de los supuestos, aún suprimido el influjo del inductor no hay certeza de la desaparición hipotética del dolo en cabeza del autor.

Pero incluso cuando se tome el atajo de la atribución sólo al riesgo generado de que surja el dolo del autor (y no la causalidad), es evidente que lo que estamos atribuyendo al inductor es el riesgo de que surja el dolo del autor que a su vez conducirá el riesgo de lesión del bien jurídico. Veámoslo con mayor claridad: podemos afirmar sin temor a equivocarnos que el riesgo del curso lesivo principal, el que conduce el autor, sólo surge en el marco de una coincidencia temporal con el dolo del sujeto activo. El instigador no aporta nada a ese proceso, debido a que actúa en un momento anterior en el cual, insisto, no ha habido siquiera la ideación del autor. Con lo cual lo único que genera el inductor de aporte al caso es un riesgo que de, una vez que se decida el autor –si el instigador tiene éxito-, se dé comienzo a la ejecución del ilícito y con ello se ponga en funcionamiento el riesgo de lesión del bien jurídico. Es decir, no sería incorrecto, que al instigador se le imputa la generación del riesgo de que se genere el riesgo en cabeza del autor. ¿Un caso de exagerado adelantamiento, normativo y fáctico, de la criminalización?: puede ser.

[20] HRUSCHKA, J., en Imputación y Derecho Penal, cit., 2005, pág. 174

El argumento parece claro: si mantengo intangible las condiciones para imputar el proceso lesivo principal al autor, incluso su propio dolo, como proceso libre y sobre el cual él debe responder, entonces no puedo atribuir esa determinación del autor a un tercero[21].

Sin embargo, las consecuencias que extrae **HRUSCHKA** son más bien limitadas y, en todo caso, contrarias a las que nosotros extraemos: "Es precisamente eso lo que fundamenta –según **HRUSCHKA-** sobre todo que exista algo como la "inducción". Si ciertamente aquel que determina (parágrafo 26 del StGB) al autor a realizar su hecho debe responder penalmente, entonces no puede responder como "autor". Él no ha causado el resultado del hecho como el autor ha causado el resultado. De ahí se sigue que tampoco él ha realizado el tipo como el autor lo ha realizado, por lo que sí ante todo él es algo, será inductor al hecho…".[22]

Y continúa:

> "…de la prohibición de regreso se derivan los presupuestos del concepto de inducción, frente a los cuales todas las teorías sobre el fundamento de la punibilidad de la inducción son algo secundario. En definitiva la categoría de la inducción se percibe sólo gracias a la prohibición de regreso".[23]

Si, por un segundo, se reparara en que, luego de las primeras e iluminadoras afirmaciones de **HRUSCHKA**, en el sentido de que una decisión principal libre no puede reconocer causalidades externas absolutamente explicativas, yo esperaba ansioso poder concluir con él en que: "la categoría de la inducción encuentra su lápida (como categoría autónoma) en la teoría de la prohibición de regreso", se tendrá cabal idea del impacto sorpresivo (y depresivo) de este intercambio.

Ya recuperados de esta desilusión sólo podemos comenzar por separar el origen histórico de la teoría de la *Regressverbot* en el que **FRANK**, en los años 24 y 25 del siglo XX, buscó herramientas para, en épocas irracionalmente causales, limitar la expansión que generaba la idea de la *conditio sine qua non* en los contornos del concepto de autor, de la actualidad, en donde, en todo caso, las expansiones ya no son causales sino normativas y donde los principios hoy agrupados bajo la teoría de la imputación objetiva

[21] Que el control sigue estando en el autor (quien puede rechazar el influjo) lo subrayan como problemático, LACKNER/KÜHL, StGB Kommentar, 28. Auflage, pág. 227.
Tambien, MURMANN, Uwe, Grundkurs Strafrecht, Verlag C.H. Beck, Göttingen, 2011, pág. 325.
[22] HRUSCHKA, en Imputación y Derecho Penal, cit., 2005, pág. 175
[23] HRUSCHKA, en Imputación y Derecho Penal, cit., 2005, pág. 175.

han encarado el desafío de limitar, ahora, el concepto de participación punible que, llamativamente, había quedado olvidado, atado y luchando, cuál década de los años 30 en el siglo anterior, con las lecturas causales en la construcción de aquello que debe ser imputado. Llamativamente hoy vivimos con un concepto de autor expandido por caminos normativistas y con un concepto de participación ampliado por viejas concepciones causales.

Si uno de aleja entonces de aquel nacimiento de la idea de la *Regressverbot* entones hay pocos argumentos para no advertir que esta teoría también desdibuja la vigencia fáctica de aquello que está en el centro de los que atribuimos al inductor. Nadie puede dejar de observar que un sujeto que libremente crea su decisión y una decisión determinada externamente por el aporte de un tercero, son imágenes que no pueden convivir en el mismo Film.

Aquello que a **FRANK** le sirvió para no ver autores detrás del autor, hoy debe seguir rindiendo para no ver determinadores que, de entrada, se vinculan, en el marco de la libertad de expresión, con sujetos libres.

XIV. ¿DE QUIÉN DEPENDE QUE SURJA EL DOLO?: DEL ESTÍMULO DEL TERCERO AL DESARROLLO QUE MANIFIESTA ESE ESTÍMULO EN LOS DIVERSOS SUJETOS RECEPTORES.

En el futuro debe ser discutido con profundidad las chances de que la atribución que, sin mas ni más, realiza la dogmática jurídico penal y el propio legislador, del dolo del autor al inductor como su obra, sea, en verdad pura arbitrariedad. Debemos volver por un segundo a las investigaciones neurocientíficas[24]: si a partir de Benjamín **LIBET** se hace cada vez más difícil confiar en que la decisión de acción es producto del más puro libre albedrío, parece todavía mucho más exótico que enfrentemos sin ningún problema la decisión de vincular, con la más enérgica pena mediante, a un tercero que "ha dicho algo

[24] Ver sobre este problema, entre otros: RUBIA, Francisco, Comentarios Introductorios, en El cerebro: avances recientes en neurociencia, Ed. Complutense, 2009, pág. 18. SEARLE, John, Libertad y necrobiología. Reflexiones sobre el libre albedrio, el lenguaje y el poder político, Paidós, 2009, pág. 28.

MORA, Francisco, El reloj de la sabiduría. Tiempos y espacios en el cerebro humano, Alianza editorial, 2005, pág. 137 y ss. EVERS, Kathinke, Neuroética. Cuando la materia se despierta, Katz, traducción del original, Neuroéthique. Quand la matière s`èveille, Odile Jacob, 2009. Madrid, 2013, pág.73. FRISCH, Wolfgang, Sobre el futuro del derecho penal de la culpabilidad, en Feijoó Sánchez (ed.), Derecho Penal de la culpabilidad y neurociencias, Civitas/ Thomson Reuters, pág. 27.

OLIVEIRO, Alberto, Cerebro. Traducción del original italiano Cervello, 2012, Bolati bohringieri Editori, Torino, a cargo de Inés Marini y Rodrigo Molina- Zavalía, Adriana Hidalgo Editora, 2013, pág. 52.

JÄGER, Christian, Libre determinación de la voluntad, causalidad y determinación, a la luz de la moderna investigación del cerebro, en Demetrio Crespo (coord.), Neurociencias y Derecho Penal, cit., pág. 67.

convincente", con el dolo del autor. Para decirlo de modo claro: si la decisión del autor sólo con cierta fe en el derecho penal y a través de una *construcción social* del principio de culpabilidad y de la libertad individual que le sirve de base, podemos atribuírselo a él mismo, ¿de dónde sacamos tanto optimismo como para, adicionalmente, y con la misma pena, atribuir esa decisión a un tercero que sólo ha *decidido* expresar una frase que, quizá, activa una elección del autor, en todo caso, previa al dolo?

¿Hay verdaderas herramientas para seccionar al autor que todavía dudaba[25] del que en verdad ya exponía una tendencia a su decisión que hacía casi banal el aporte de un estímulo externo?

¿Aquí no hay también una zona gris a la hora de definir con claridad la llamada instigación y su frontera con los más genéricos casos de colaboración psíquica no necesaria? [26]

Por lo menos debo expresar mi pesimismo para ese tipo de capacidad de respuesta del sistema actual de la teoría del delito.

XV. LA IMPOSIBILIDAD DE LOS ESTEREOTIPOS EN MATERIA DE INSTIGACIÓN.

El hecho de que tengamos que reflexionar nuevamente sobre la legitimidad de la pena de la instigación queda también bastante indicado en la clara imposibilidad de establecer estereotipos con respecto a la conducta de la instigación exitosa. Como sabemos, *mutatis mutandi*, uno puede establecer a grandes rasgos un estereotipo de abuso deshonesto, o de administración fraudulenta, o de hurto, u homicidio, pero tamaña tarea se hace imposible frente a la instigación: **el tránsito que va de la formulación de frases absolutamente desconectadas de cualquier curso lesivo del autor a la mágica frase que hace cambiar la historia del bien jurídico no reconoce ningún patrón racional**. Ningún manual de autoayuda al instigador exitoso se animaría a ofrecernos la frase estadísticamente más acertada para producir decisiones en eventuales autores materiales de delitos graves que necesitan un empujón psíquico. Y ello porque así como esa frase puede no asegurarnos nada, alguna otra, absolutamente aleatoria, rara, sorpresiva, en determinado contexto de relación con el receptor o en una particular circunstancia por la

[25] Según en ocasione se afirma, mientras el perpetrador principal todavía dude o solo esté generalmente dispuesto a cometer delitos, aún puede ser instigado. Ver, por ejemplo, MURMANN, Uwe, Grundkurs Strafrecht, Verlag C.H. Beck, München, 2011, pág. 329.

[26] Ver, GROPP, Walter, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Springer, Berlin-Heidelberg, págs. 438.

que éste receptor atraviese, en cambio puede aparecer como el conjunto de palabras mágicas que producen la activación lesiva.

Pero si estas constancias fácticas son elevadas al efecto de extraer algunas conclusiones teóricas pareciera que debemos concluir que el alejamiento de la neutralidad del aporte del instigador depende de una lectura *ex post* de su impacto en el receptor. Algo que, a todas luces, nos costaría admitir como razonable.

XVI. CANTIDAD DE PENA DEL INSTIGADOR Y PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD.

Aun cuando se estime que estos problemas son sólo prejuicios superables comienza a ser indudable que si el principio de proporcionalidad como regla de dosificación intrasistemática tiene algo que decir, la pena del inductor no puede ser idéntica a la pena del autor principal. La previsible respuesta basada en que lo único que se parifica legislativamente es la escala pero que ello no impide que el Juez distinga las sanciones en concreto en orden al grado de intervención de cada sujeto en el hecho, no puede ser tenido en cuenta seriamente en sistemas de administración de justicia, como el de mi país, en que casi no existe nada parecido a una fundamentación detallada y racional, con criterios de determinación de la pena expuestos en la misma decisión, de la pena correspondiente al caso concreto. La sensación que campea es que entre el mínimo y el máximo legal hay un recorrido que puede ser transitado por el juez con cierta –toda- discrecionalidad.

Pero aun cuando vivamos en el mejor de los mundos en cuanto a la responsabilidad científica y judicial a la hora de determinar frente el caso la pena en concreto, sigue valiendo la pregunta acerca de si, ya en la previsión legislativa, inducción y autoría, pueden y deben tener la misma gravedad punitiva.

El problema ha sido visto, aunque posiblemente no resuelto, por Harro **OTTO**: "… al inductor le corresponde la pena del autor principal. Pero si se tiene presente la energía criminal que en general despliega el autor principal y qué poco esfuerzo hace el inductor si es que basta con cualquier causación al hecho, entonces la discrepancia es manifiesta".[27]

Conviene tener presente que el inductor actúa en un momento bastante lejano, dogmáticamente hablando, del proceso lesivo propiamente dicho. Nada aporta en verdad

[27] OTTO, Harro, Manual de Derecho Penal. Teoría general del Derecho penal, traducción de la 7ma edición alemana de José R. Béquelin, Atelier, Barcelona, 2017, pág. 493.

el inductor al riesgo desplegado por el autor. Sólo ha generado una condición posible, cuyas consecuencias internas desconocemos completamente (¡y que nunca se externalizan de modo propiamente lesivo!), de la decisión que acompañará a ese riesgo. Una decisión que, en sí misma, sigue siendo atribuible al autor. Por ello no parece razonable esa parificación punitiva prevista legislativamente.

XVII. ¿UN TIPO SUBJETIVO TAMBIÉN INDETERMINADO?

También la atribución del dolo del partícipe instigador conlleva varios problemas. Para adelantar ya la zona crítica, debemos decir que no está claro que el instigador pueda conocer lo que debería conocer para sostener la atribución del dolo.

Según **FRISTER**, por ejemplo:

> "El tipo subjetivo de la instigación presupone, según las reglas generales…, primeramente el dolo respecto de todas las circunstancias que realizan el tipo objetivo, es decir, que el instigador tiene que conocer, primero, que él le aconseja al autor cometer un hecho doloso antijurídico y, segundo, tiene que contar con que el autor cometerá ese hecho en razón del consejo impartido. Por ello, en la doctrina se habla, tradicionalmente, de un doble dolo del instigador. [28]

Lo que en estos ámbitos se advierte en la doctrina es un uso del lenguaje y, sobre todo, de aquellos conceptos que forman parte del lenguaje técnico (que deberían, por ello mismo, concederle poco espacio a la vaguedad y la ambigüedad. Dado que el instigador actúa, en forma clara, en etapas anteriores a la actuación del autor, es inapropiado hablar de un dolo en relación con el conocimiento de que el autor cometerá el hecho. No es propio del dolo la futurología, sobre todo, teniendo en cuenta que, como ya lo dijimos, el tránsito que va de la seducción verbal al hecho al principio de ejecución se produce en lo interno del sujeto receptor y difícilmente, fuera de la colocación de estímulos, pueda dejarse influir, sin más ni más, por el instigador (o cualquier tercero).

Por ello mismo, sobre lo que hará el autor nada sabe en verdad el instigador por razones de que inducción y acción no comparten el mismo espacio temporal y porque entre ambas hay un devenir que no es dominado por el autor.

Habrá que volver a recordar que, deseo, no es, todavía, dolo.

La afirmación de **FRISTER** de que el dolo casi siempre tiene varios puntos de

[28] FRISTER, Derecho Penal. Parte General, cit., pág. 621

referencia es tan correcta como poco relevante: el problema es de qué depende que un extremo fáctico sea una referencia del dolo, la respuesta puede ser compleja, pero siempre exige que ese punto de referencia sea actual, es decir, que no esté ubicado en el futuro.

XVIII. LA "VOLUNTAD" EN EL DOLO: ¿ES O NO ES RELEVANTE?

Para concluir, hay que decir que en épocas de relativo poco éxito de la doctrina que sigue exigiendo la comprobación del elemento volitivo para la configuración del dolo, es llamativo como se pretende afirmar en el contexto de los debates sobre la instigación o inducción, para limitar las consecuencias de una explicación estrictamente causal, que se "… requiere de una influencia sobre la voluntad por la vía de un abierto contacto psicológico (teoría de la comunicación)"[29]. Ello, adicionalmente, demuestra también un segmento de debilidad en la legitimidad conceptual de la instigación o inducción. Si una instancia tan cuestionada por un sector de la doctrina moderna como el elemento volitivo del dolo, es aquel del cual esperamos una frontera racional de la inducción punible, entonces el panorama no es el mejor, ni mucho menos.

XIX. CONCLUSIÓN.

Estos interrogantes, posiblemente formulados con un grado de atrevimiento exagerado, sólo pretenden discutir en profundidad aquello que no debe ser obviado. Esconden, todos ellos, una sensación que es expresada de un modo, sin embargo, austero: ¿es posible que la necesidad e incluso, la legitimidad, de la inducción como forma de participación punible, no sean obvias?

* * * * * *

[29] WESSELS/BEULQUE/SATZGER, Derecho Penal. Parte general, trad. de la 46º edición alemana, por Raúl Pariona Arana, Lima, 2018, pág. 395.

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. E. Raúl Zaffaroni

Catedrático –Prof. Titular– consulto de Derecho Penal. Univ. de Buenos Aires (UBA). Magistrado de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (S. José de Costa Rica). Ex Ministro de la Corte Suprema de la Nación. Argentina. Socio FICP.

~Derecho penal integrado y desintegrado~

I. LA CIENCIA PENAL COMO ANOMALÍA JURÍDICA.

Los cultores de cada rama del derecho conocen la función de la sanción mediante la cual su área jurídica que, a la vez que la distingue de las otras, resuelve los conflictos propios de su materia, salvo los penalistas, entre los que no existe ningún acuerdo al respecto, lo cual constituye una *anomalía jurídica*. En efecto: cada autor elige una o varias de las llamadas *teorías de la pena* clasificadas por Anton BAUER en 1830 y, a partir de *para qué cree que debe servir* la pena, justifica y legitima solo el ejercicio del poder punitivo que *debería cumplir* -o cree que cumple- y deslegitima todo otro diferente. De este modo, elabora su respectivo *sistema dogmático* que, conforme al objetivo práctico de la ciencia jurídico penal, ofrece a los jueces como *proyecto de jurisprudencia*, es decir, para que éstos emitan sentencias conforme a su sistema. Es así como cada penalista elabora un sistema dogmático que puede legitimar en la gran medida al poder punitivo (penalistas *horripilantes*), acotarlo mucho (los *garantistas*) o deambular por puntos intermedios (los *indecisos*).

Si bien el poder punitivo habilitado no se ejerce en la sociedad como lo desea cada penalista, sino como lo muestran los datos sociales, no por eso la ciencia jurídica deja de surtir efectos sobre los operadores jurídicos de *buena fe* que se desconciertan, en tanto que los de *mala fe* escogen el sistema que más conviene a sus coyunturales objetivos políticos para habilitar poder punitivo en forma arbitraria, con lo cual naufraga la promesa de la ciencia jurídica como proveedora de previsibilidad.

Dejando de lado los de *mala fe*, los otros se desconciertan más porque la comunicación monopólica de nuestra América inventa *una nebulosa idea del delincuente como siempre homicida y violador*, proyectando la ilusión de que los únicos pobladores de las prisiones y los victimizados por las ejecuciones policiales sin proceso serían siempre esos psicópatas.

Lo que la ciencia jurídica –y las teorías clasificadas por BAUER- disimulan es un fondo de *venganza* que resulta siempre vergonzante en una civilización que *presume de*

racional. Se trata de una *neurosis civilizatoria* similar al rechazo al inconsciente freudiano: *somos racionales*, aunque sepamos que no lo somos. Para disimular la invocación de la venganza mediante la *fake new* de que todo el poder punitivo recae sobre psicópatas, le asigna un supuesto *efecto disuasorio desnudo* (sin otro objetivo) diferente al de toda la restante coerción jurídica configuradora de la sociedad. Lo cierto es que incluso esa función es falsa, porque como los crímenes más horripilantes son los más cercanos a conductas patológicas, son sobre los que menos posibilidades existen de disuasión mediante coerción jurídica.

II. LAS LEGITIMACIONES SEGÚN LA IMAGINERÍA SOCIAL PENALISTA.

La *fantasía penalista*, empeñada en *imaginar cómo debería ser* el poder punitivo, se traduce en una riquísima *imaginería social* que, como lleva casi un milenio de esfuerzos, no puede evitar caer en reiteraciones.

La creatividad de los penalistas se dividió en dos grandes corrientes troncales para imaginar *cómo debiera ser* el poder punitivo: (a) unos imaginaron que debía recaer sobre seres *más o menos iguales y libres*, como *retribución* del daño causado por el mal uso de su libertad; (b) para otros, recaería sobre *seres humanos inferiores* y *determinados al mal*, para neutralizar posibles males futuros.

La primera corriente imaginativa se subdividió (α) entre quienes acabaron imaginando que el poder punitivo *debería ser la indemnización* por la violación de un metafórico *contrato social* y, (β) quienes, sabiendo que los seres libres son *motivables*, imaginaron que el poder punitivo debería tener esa función. Por supuesto que entre ambas surgieron todo tipo de combinaciones.

(α) Los primeros imaginaron *el deber ser del poder punitivo* sobre bases metafísicas. Comenzaron creyendo que debía ser una *retribución* para *expiación* del pecado, para laicizarse luego como *reparación* por violación del metafórico contrato social. Esta línea se inició con los *glosadores* y *postglosadores* y alcanzó su más alto vuelo con el criticismo kantiano.

(β) Los segundos partieron del empirismo e imaginaron un poder punitivo con la función práctica de *motivar a seres motivables* con *castigos* y *premios*, en procura de la mayor felicidad de todos. Su expresión más pura fue el *pragmatismo* de Bentham.

La segunda corriente troncal (b) que imagina un poder punitivo destinado a ejercerse sobre seres inferiores subdividiose entre (α) *idealistas* y (β) *pretendidos empíricos*.

(α) Algunos *idealistas* clasificaron a los humanos en *libres* y no libres, reservando la pena para los primeros (como HEGEL); otros imaginaron que el poder punitivo debía cumplir una función de mejoramiento moral empujando a quienes se atrasaban en el proceso universal de fraternidad cósmica (como los krausistas).

(β) Los *pretendidos empíricos* inventaron una *etiología criminal debida a inferioridad biológica* y se centraron en el *peligro* de futuros males causados por esos *subhumanos*, que debían neutralizarse o eliminarse, sea para evitar la contaminación del pecado (mujeres inferiores según los *demonólogos*); para eliminar las células infecciosas no evolucionadas del organismo social (criminales *natos* y *colonizados* para los *positivistas racistas* del siglo XIX) o bien para preservar la pureza de la raza aria superior evitando su involución (*arios degenerados* para los nazis).

III. ¿QUÉ SE DISCUTE CUANDO SE DISCUTEN LAS LEGITIMACIONES DEL PODER PUNITIVO?

Cada uno de estos productos de la imaginación corresponde a una *imagen de la sociedad* (*imaginería social*) que requiere un *proyecto de estado* que la configure, o sea que, en último análisis, los penalistas están discutiendo *modelos de estado.* Según que el penalista sea *horripilante* o *garantista*, legitimará más o menos ejercicio del poder punitivo y, por ende, también la sociedad y el *modelo de estado* que la configura, lo que remite a la *teoría del estado*, o sea, al *núcleo más central de toda discusión política*, materia en la que *es imposible un consenso general.* Pero al hacerlo dan por existente el estado imaginado, o sea que su legitimación se basa en una *alucinación*.

Pese a que toda esta discusión hace al *Kern* de la cuestión política, la ciencia jurídico penal no parece ser consciente de su naturaleza. Dificultan develarla los *indecisos*, que amontonan varios fines del abanico de las teorías de la pena pretendiendo obtener una verdad de la acumulación de falsedades, como también los incoherentes, que no desarrollan su elección hasta el final. Estas contradicciones crean un ensordecedor *barullo ideológico*.

Es verdad que los cultores del derecho constitucional y político se hallan en el mismo tembladeral, *pero la diferencia finca en que lo saben* y, por ende, se hacen cargo

del material que manejan, pero a quien se asoma a la ciencia penal y se le muestra el *cuadro de las teorías de la pena* como algo limitado a nuestra materia, se le oculta que *se sumerge en el tema central de la discusión política* y, por ende, a la vez que el *barullo ideológico* lo aturde, no comprende la naturaleza del *aquelarre* que vivencia.

IV. LA CRIMINOLOGÍA ETIOLÓGICA Y LA CIENCIA PENAL.

La variable (β) del segundo tronco de la imaginería penal (b), es decir, los pretendidos empíricos que legitimaban el poder punitivo en la supuesta necesidad de neutralizar futuros males por parte de subhumanos (*peligrosidad*), la inauguraron por los *demonólogos misóginos* (*primera criminología etiológica*), pero en su variable evolucionista (subhumanos no evolucionados) renació en la segunda mitad del siglo XIX, no solo contra las mujeres, sino contra los europeos marginados del sistema productivo y los colonizados.

Esta *segunda demonología* fue admitida en las academias con el nombre de *antropología criminal*, porque se enmarcaba en la antropología colonialista racista (DARWIN-SPENCER) que, con pretensión de ciencia natural, empírica y *evolucionista*, explicaba el delito como la manifestación de *seres humanos biológicamente inferiores y peligrosos*, semejantes a los *salvajes* colonizados. Luego fue rebautizada como *criminalogía* y por último *criminología*, siendo como tal reconocida académicamente y cultivada por *médicos* en estrecha ligazón con *policías*, que reparaban en los casos más graves y patológicos de criminales patibularios (el *criminal nato*), lo que hasta ahora facilita la *fake new* mediática de prisiones llenas de homicidas y violadores. Ante la evidencia de que no todos los presos eran *criminales natos*, matizó luego con la categoría de *ocasionales*, incorporando algunos datos sociales aislados como *causas del delito*.

Esta nueva *demonología* dio lugar a la versión *positivista peligrosista* de la ciencia jurídico penal y legitimó el poder punitivo policial en sociedades muy estratificadas, tanto metropolitanas como *neocolonizada*, bajo el rótulo de *defensa socia*, expresión que evoca agresión, o sea, *guerra* y *enemigo*. La función *leucocitaria* de *defensa social* asignada al poder punitivo eliminaba los *gérmenes* patógenos del *organismo social* y también legitimaba al neocolonialismo. Al pretender un fundamento *empírico*, consideró *la discusión política de los penalistas anteriores* como una *etapa precientífica superada*.

Los *demonólogos habían integrado el saber penal con la criminología biológica* como *etiología del mal* (inferioridad de la mujer) en un *sistema* que abarcaba las

manifestaciones (pacto con Satán, brujería), el *método* para investigarla (tortura), la política criminal (la castidad) y la solución neutralizardora (purificación por el fuego). Los *positivistas* del siglo XIX también integraron su *criminología etiología del delito* (subhumanización de estereotipados), en un sistema que abarcaba los signos de inferioridad biológica peligrosa (el delito y la *mala vida*), el *método* para detectarla (vigilancia policial), la política criminal (moralidad pública) y la neutralización (*resocialización* o eliminación).

En su modelo positivista integrado, como la criminología etiológica estaba dominada por los médicos y la ciencia jurídica era tributaria de sus enseñanzas (la *peligrosidad* la pronosticaban los médicos), esta última quedaba subordinada al saber médico; la criminología etiológica amenazaba con *tragarse* al derecho penal.

Un *modelo integrado positivista pero más moderado* –VON LISZT– asignó a la ciencia jurídica la función de limitar la política criminal (erradicación policial del delito), para evitar caer en un estado policial, pero la verdadera ciencia seguía siendo la criminología etiológica, puesto que la doctrina penal era un *saber práctico*, destinado únicamente a impedir el desborde policial.

V. ¿UNA CIENCIA PENAL INDEPENDIENTE Y ÚTIL A CUALQUIER MODELO DE ESTADO?

Dado que a fines del siglo XIX la ciencia jurídico penal se debatía entre la abierta *discusión política* imaginando modelos de estado (racionalismo metafísico del siglo XVIII) y la negación de su carácter científico, subordinándola al saber médico (*positivismo peligrosista*), se propuso evadir esta opción. Para eludir la primera alternativa, se proclamó una ciencia *políticamente aséptica*; para escapar a la segunda, se la identificó como una *ciencia de la cultura, impermeable a todo dato contaminante proveniente de cualquier ciencia natural.*

Esa construcción fue obra del *neokantismo jurídico penal*, basado en una teoría del conocimiento que separa radicalmente las ciencias *naturales* de las *culturales*. Las *naturales* serían empíricas y regidas por la verificación; las *culturales o del espíritu*, por el contrario, se ocuparían del mundo de la libertad y no sería posible conocer sus objetos sin un previo ordenamiento. El derecho pertenece a estas últimas y lo que pondría orden en sus objetos serían *los valores*, sin los cuales, si bien pueden existir otros entes, al no

estar *ordenados por los valores*, el conocimiento no puede acceder a ellos, de modo que *el valor* determinaría los límites epistemológicos de la ciencia jurídica.

Esta teoría del conocimiento tiene dos importantes consecuencias: (α) por un lado, los datos sociales *no ordenados por los valores*, no tienen cabida en la ciencia jurídico penal y, por el otro, (β) no es pertinente la pregunta sobre *quién impone los valores*, porque la respuesta sería un *dato verificable*, propio de una ciencia natural, por lo que tampoco tiene cabida en una ciencia *cultural* como la jurídico penal. Como los *valores* pueden corresponder a cualquier forma de estado, la ciencia penal sería una *lógica normativa* destinada a dar completividad (*no contradicción interna*) a un sistema de interpretación de los entes que el valor había ordenado, dejando fuera de su horizonte de proyección todos los datos sociales que no *ordenados* por los valores.

Si bien esta metodología *desintegra* el sistema en que la demonología y el positivismo *integraban* la criminología etiológica, no deja de *integrarla de un modo diferente*, en que esa criminología queda *subordinada* a la ciencia jurídico penal, que le define su objeto (el delito) y pasa a ser un *saber auxiliar*.

En efecto: para el neokantismo, la ciencia jurídico penal le indica a la criminología etiológica cuáles son las conductas cuyas *causas* esta última debería explicar. La criminología etiológica pasa así de hegemónica a subordinada, pero sin mayores alteraciones, salvo en algún matiz *plurifactorial*.

VI. LA SOCIOLOGÍA AVANZÓ POR SU LADO.

El positivismo espolvoreó su biologismo con unos pocos datos de pretendidas *causas sociales* del delito y los llamó *sociología criminal*, mientras la *sociología general* se desarrollaba en forma del todo independiente (DURKHEIM, SIMMEL, TARDE, WEBER) e impactaba a la ciencia jurídica en el derecho privado y público (sociología jurídica), llegando a generar la llamada *escuela del derecho libre* y el realismo jurídico norteamericano. La criminología positivista permaneció ajena a esto, aunque el funcionalismo (DURKHEIM) desmintiese la idea de absoluta *dañosidad social* del delito.

Cuando al término de la Primera Guerra Mundial el primado de la sociología general pasó a Estados Unidos, se incentivó la sociología urbana y la preocupación por el delito, pero libre del lastre biologista del positivismo racista. A este paso a una etiología sociológica le fue imposible excluir el papel central del poder punitivo, pues no pudo ignorar la obvia arbitrariedad selectiva de la criminalización.

La primera criminología etiológica (*demonología*) había sido deslegitimada por Friedrich Spee en el siglo XVII, quien dejó de lado la discusión sobre las brujas para analizar el ejercicio del poder punitivo inquisitorial, revelando los crímenes de sus operadores. El proceso se repitió en el siglo XX, cuando la criminología se volvió *sociológica*, pues la exclusión epistemológica del poder punitivo generaba una *falsa etiología*. Esto culminó en un *cambio de paradigma*: la *criminología de la reacción social* colocó como objeto central de atención al *poder punitivo*, desplazando al *delincuente* (como subhumano diferente).

Esta criminología se dividió entre una corriente llamada *liberal* y otra *radical*. (α) La primera se nutrió del *interaccionismo simbólico* y de la *fenomenología*, demostrando la selectividad del poder punitivo con la *teoría del etiquetamiento* (*labelling approach*) y también la función reproductora de la criminalización. (β) La segunda (*radical*) se orientó de preferencia por el marxismo de *Frankfurt* y objetó a la anterior no extenderse al poder social general, pero al derivar en una *crítica macrosocial* resultó bastante impotente para proponer reformas, dado que poco podría hacerse antes de un profundo cambio de esa naturaleza.

De todas formas, la sociología general más tradicional y más aún la crítica *liberal* y el *labelling*, desmentían por completo los principios de igualdad, de legalidad, de derecho penal de acto y la tutela igualitaria de bienes jurídicos, con lo cual descalificaba las bases de la dogmática penal. Fue así como hace medio siglo tanto la ciencia jurídico penal como la criminología sociológica se hallaban en un callejón sin salida. La primera resultaba incompatible con el más tradicional saber sociológico y, sintiéndose amenazada, se refugiaba en el neokantismo que, al excluir selectivamente los datos sociales, preservaba sus falsas bases ideológicas y se centraba en su completividad lógica. En la acera opuesta, la extrema crítica radical impedía incidir sobre el ejercicio real del poder punitivo. En semejante encrucijada era inconcebible un nuevo modelo integrado de derecho penal y criminología.

VII. LA DESINTEGRACIÓN SE TORNA INSOSTENIBLE.

En las décadas que siguieron tuvieron lugar cambios muy profundos en el poder mundial y regional: el fin del mundo bipolar; la *financiarización* de la economía; los *macrocrímenes* del totalitarismo financiero; la subordinación de la política a las corporaciones; el colonialismo tardío mediante endeudamiento; el *encarcelamiento masivo* en ambos hemisferios; concentración de la riqueza mundial en el 1% de la

humanidad; el deterioro acelerado del medio ambiente. El actual totalitarismo financiero se legitima con un nuevo *discurso reduccionista* (*economicista*) con la antropología aberrante de su *homo economicus*, que cunde por las academias como la actual ideología negadora de los Derechos Humanos (VON HAYEK y VON MISES) y trata de arrasar con las ciencias de la conducta. En nuestra región, con los coeficientes de Gini más altos del mundo, el *tardocolonialismo* intensifica la estratificación social, hace desaparecer los brotes de estados de bienestar y pretende *cronicizar* el subdesarrollo, con alto costo de vidas. El poder punitivo se vuelve más violento, letal y selectivo, bajo la consigna *völkisch* de *tolerancia cero*, impulsada por la criminología mediática de los monopolios que funcionan de hecho como *partidos políticos únicos*. El *lawfare* contra opositores populares y disidentes sería la envidia de GÖBBELS y VICHINSKI.

La *crítica sociológica* de hace cuatro décadas perdió buena parte de su vigencia, puesto que provenía de sociedades de producción y consumo del norte. Nuestra ciencia jurídico penal continúa importando versiones renovadas del neokantismo y del neohegelianismo, reforzando la inviabilidad de la incorporación de datos sociales a sus construcciones jurídicas.

Entrados en este inquietante siglo XXI, se hace más acuciante la necesidad de reorientar la crítica sociológica al actual marco de poder, pero también de integrarla con la ciencia jurídico penal, debido a que en nuestra región ya no media una simple y normal *disparidad* entre la *imaginería penalística* y la *realidad*, sino un creciente *disparate* que, pese a la *invención de realidad* de los partidos únicos mediáticos, se vuelve inocultable, promoviendo el desprecio del derecho como herramienta social.

VIII. NO ES IMPOSIBLE LA CONSTRUCCIÓN DE UN NUEVO SISTEMA INTEGRADO.

Hace treinta años pensamos que esa encrucijada debía ser superada, en lo que ahora insistimos, solo que con la mayor urgencia que imponen los cambios de estas décadas. En esa ocasión revaloramos como superación de la anomalía jurídica de la ciencia penal el camino señalado en el siglo XIX por el visionario jurista brasileño Tobías BARRETO y que había quedado en el olvido.

En 1886, reflexionando a partir de la lectura de FRÖBEL, BARRETO dio en la clave de los principios que permitirían a la ciencia jurídico penal dar el giro al que hasta ahora se resiste: *Quem procura o fundamento jurídico da pena debe tambem procurar, si é que*

ja não encontrou, o fundamento jurídico da guerra. Antes había afirmado -con toda precisión- que *la pena no es un concepto jurídico, sino político*. Sus geniales intuiciones a este respecto se completan con la afirmación de que *no existe un derecho natural, pero sí una ley natural del derecho.*

A partir de estas claves, es posible comprender y cancelar la *excepcional anormalidad de la ciencia jurídico penal* en relación al resto de la ciencia jurídica. Desde los tiempos de Barreto, el derecho internacional rectificó su rumbo, pero la ciencia penal no lo imitó. Los internacionalistas abandonaron el *viejo derecho a la guerra,* pues cayeron en la cuenta de que las guerras no se desataban conforme a lo que ellos programaban y, por ende, decidieron resignar su omnipotencia y pasar a proyectar la limitación de los extremos de la crueldad bélica. De este modo se desarrolló el *derecho internacional humanitario* que, en lugar de teorizar la guerra para legitimarla parcialmente (con el concepto de *guerra justa*), procura eliminar sus extremos de crueldad.

El paralelo con el derecho penal es innegable: mediante sus *teorías de la pena* éste pretende limitar al poder punitivo legitimando su ejercicio en forma parcial (el *poder punitivo justo,* equivalente a la *guerra justa*). Los internacionalistas minimizaron las discusiones sobre la *guerra justa* (el poder punitivo *justo* del derecho penal), para centrarse en la neutralización de sus desmanes (equivalente en el derecho penal a la limitación del *poder punitivo*). Por cierto, se trata de una clara señal de realismo y humildad humana del internacionalismo jurídico, que no pretende ya dictarle reglas al poder bélico, sino que se centra en reducir sus letales consecuencias. Pero el penalismo todavía pretende indicarle al poder político hasta dónde puede usar el poder punitivo a partir de modelos de estados inexistentes (alucinados).

Tobías BARRETO, mucho antes del desarrollo del derecho internacional humanitario, percibió claramente el vínculo entre la guerra y el poder punitivo. Hoy consideraríamos absurdo que el derecho internacional presentase un cuadro de *teorías legitimantes de la guerra*, pero nos sigue pareciendo *normal* que la ciencia jurídico penal quiera legitimar un *factum político* mediante la selección del muestrario de BAUER y sin tomar consciencia de que discute alucinados modelos de estado producidos por la *imaginería penal*. El derecho internacional logró erradicar el *hábito normalizador* de legitimar la *guerra justa,* que aún hoy pesa sobre el derecho penal, al pretender legitimar el *poder punitivo justo*.

IX. NO ES POSIBLE CONOCER TODAS LAS FUNCIONES DEL PODER PUNITIVO.

Dado que el poder punitivo es un *hecho político* –y como tal en extremo *plurifuncional*– no es posible que tenga una única función, como no la tienen las guerras. Más aún: dada la extrema variedad de conflictos en que interviene, tampoco es posible conocer todas sus funciones, disfunciones y consecuencias en la realidad social, algunas de las cuales ni siquiera sospechamos.

Sin embargo, penalistas, jueces y políticos parecen internalizar una autocensura impuesta por la tradición académica y reforzada por las *fake news* alienantes de nuestros partidos únicos mediáticos, que importa una *idolatría* del poder punitivo, pues lo convierte en un *falso dios,* dotado de un blasfemo carácter *omnipotente*. Para los fanáticos de este ídolo se trata de una *cuestión de fe*: nada hay que no pueda resolverse con su ejercicio.

Por esa razón, frente a la idolatría punitivista se impone una posición *agnóstica*, que no niegue su poder, pero sabiendo que no es omnipotente y que no conocemos -y quizá nunca podremos conocer- todas sus funciones y consecuencias. Tampoco es posible ignorar que puede tener efectos positivos, para lo cual no es necesario adherir al funcionalismo, bastando con saber que si el bien absoluto no es de este mundo, tampoco lo es el mal absoluto.

Lo único que tenemos con toda certeza verificado es que cuando el poder punitivo se expande y el poder jurídico limitador se reduce, el estado de derecho se aleja de su modelo ideal para aproximarse al de policía o para debilitarse disuelto en ejercicios paralelos y subterráneos. En el primer caso se tiende a un totalitarismo; en el segundo a una degradación del estado.

Cabe observar que todos los penalistas cuyo saber jurídico se enmarca en un estado que se aproxima al modelo de derecho, se reivindican como continuadores del Iluminismo, pues no se elevan monumentos ni se bautizan academias con el nombre de Torquemada o de los demonólogos, sino que hasta se los oculta como precursores. Llama poderosamente la atención que los sistemas construidos por los penalistas que reivindican históricamente el valor de la función de contención y teorizan jurídicamente en estados cercanos al modelo de derecho, no se percaten de la necesidad (α) de desterrar el hábito de pretender acotar el poder punitivo alucinando modelos de estados, en lugar de legitimar

de modo casi exclusivo o totalmente predominante la función limitadora y operar con racionalidad a partir del estado de derecho realmente existente, (β) ni de abandonar la ilusión de que sus destinatarios (operadores jurídicos) ejercen poder punitivo, cuando éste es propio de las agencias ejecutivas (policías) y lo único que pueden hacer éstos, en ejercicio de su poder jurídico, es contenerlo dentro de límites racionales, para evitar sus desbordes letales para las personas y los estados de derecho reales.

X. LA RELEGITIMACIÓN MEDIANTE UNA NUEVA INTEGRACIÓN.

Nuestra ciencia jurídico penal se reivindicaría sin más que reconocerse como programadora de decisiones jurisprudenciales limitadoras del poder punitivo, cuya imperiosa necesidad se pone de manifiesto apenas se observa el resultado genocida que en el siglo pasado tuvo el debilitamiento del *poder jurídico* de contención, que es su indispensable y más legítima incumbencia.

La ciencia jurídico penal se legitima al incorporar y empalmar con las críticas sociológicas al poder punitivo, como constructora de sistemas dirigidos a los operadores jurídicos, para que su jurisprudencia opere los filtros que interfieran el paso de sus manifestaciones más irracionales, selectivas, discriminadoras, racistas, violentas, etc. Los caracteres del delito son diferentes niveles de contención, como compuertas del dique que el poder jurídico opone al poder más groseramente violador de la igualdad, la libertad y la fraternidad.

La *selectividad del poder punitivo* es inevitable, dada (α) la disparidad de lo legalmente programado (criminalización primaria o *in the books*) y la limitada capacidad de las agencias ejecutivas (criminalización secundaria), (β) como también en razón del entrenamiento diferencial en sociedades muy estratificadas, que redunda en la selección policial de estereotipados autores de delitos groseros y de subsistencia. Con criterio realista, debe saberse que la contención jurídica no puede pretender suprimir lo inevitable, sino que debe esforzarse en programar *menores estándares selectivos*, disminuyendo el *poder punitivo de autor*, para lo que, ante todo, debe evitar su obcecado *negacionismo*, que *es la peor de las injusticias sociales.*

La *dogmática jurídica* debe construir sus conceptos y organizarlo en *sistemas* como programas políticos destinados a la optimización del poder jurídico de contención del poder punitivo, en procura de la reducción de sus caracteres negativos. Por ende, como todo programa político (cada sentencia es un *acto de gobierno de la polis*), debe nutrirse

de los datos sociales que le informan acerca del ejercicio real del poder que debe acotar, so pena de resultar *delirante*. Esta tarea importa la elevación real de los estándares de realización de los principios constitucionales de igualdad y respeto a la dignidad humana.

La ciencia jurídico penal debe receptar los datos de la realidad indispensables para esta misión, de la sociología, la economía, la política, etc., o sea, de todo lo necesario para proponer decisiones políticas (de gobierno) conforme al principio republicano (que impone la racionalidad). A ese conjunto de información real se lo puede llamar *criminología* o de cualquier otra manera, pero lo cierto es que imitando de este modo el recorrido del derecho internacional respecto de la guerra, surge aquí un *nuevo sistema integrado de derecho penal y criminología.*

XI. LA ONTICIDAD DEL EJERCICIO DEL PODER PUNITIVO.

Tobías BARRETO no incursionaba en el derecho natural o supralegal, pero afirmaba que *existe una ley natural del derecho*. Por cierto, la ciencia jurídico penal interpreta leyes y, ante todo, las del *bloque de constitucionalidad* (normas constitucionales e internacionales). Estas leyes *válidas* (porque proceden de fuentes competentes) se supone que es deseable que también sean *eficaces* por producir efectos sociales acordes con su *ratio legis* o *fin manifiesto.* Para eso, la ciencia jurídica no puede aislarse del mundo ni seleccionar arbitrariamente los datos que quiera incluir o excluir, porque si bien el orden jurídico es un *orden, hay otros muchos órdenes* y, cuando el derecho se refiere a un ente del mundo, debe respetar *lo que ese ente es* (su *onticidad*) en su respectivo orden (físico, biológico, económico, social, político, etc.). De no hacerlo, *no dejará de ser válido ni de ser derecho, pero carecerá de eficacia*, porque *se dirigirá a un ente diferente*, o sea, que construirá un *discurso falso*: proclamará un deber ser que producirá un resultado diferente en el mundo del ser.

Esta es la *ley natural del derecho* de BARRETO, que se aproxima muchísimo a la tesis de las *estructuras lógico reales* (*sachlogischen Strukturen*) de WELZEL. Por cierto, Barreto fue más lejos que Welzel, porque su *ley natural del derecho* le permitió caer en la cuenta de que el poder punitivo es un *factum político*. WELZEL se quedó a medio camino, pues llevo su tesis hasta la teoría del delito, pero no a la teoría de la pena. Tampoco hubiese podido hacerlo, dado que también legitimada al poder punitivo como tutela de un supuesto mínimo ético, conforme al momento de la reconstrucción alemana de posguerra, dando lugar a una peligrosa *etización* del derecho penal. BARRETO pensaba

a la intemperie, solitario en el nordeste brasileño, lo que demuestra que a veces el subdesarrollo tiene ventajas.

En paralelo con el derecho internacional, los datos de la realidad verificarán que los principios de libertad, igualdad, fraternidad (o solidaridad), legalidad, humanidad, dignidad de la persona humana, tutela de bienes jurídicos, culpabilidad, etc., emergentes del bloque de constitucionalidad, son violados en alguna medida por el poder punitivo. Lo tremendamente erróneo es deducir de esto que esos principios son inválidos, pues lo inválido es la alucinación *negacionista* que pretende que el poder punitivo los respeta escrupulosamente.

La ciencia jurídico penal debe reafirmar esos principios y *verificar en qué medida en la realidad los lesiona el poder punitivo*, impidiendo el paso de éste que lo hace en la mayor medida, lo que importa llevar a cabo un *permanente esfuerzo para elevar su nivel o estándar de realización*, habida cuenta de que nunca se realizan socialmente por completo. Este esfuerzo científico siempre será un *juego de pulsiones y contrapulsiones*, pues *ningún estado de derecho es conforme al ideal*: el estado de derecho ideal nunca existió y no sabemos si los habrá alguna vez. Los estados de derecho reales (existentes) cuanto más se acerquen al ideal, mejor encapsularán las pulsiones del *estado de policía o del estado debilitado que encierra en su seno,* puesto que en toda sociedad hay factores de poder resistentes. Este juego de pulsiones *no es una dialéctica*, porque no tiene síntesis. Se trata de un *unfinished* que *debe hacer camino a medida que se avanza*, lo que requiere prestar constante atención a la mutable *onticidad* del poder.

De este modo, la ciencia jurídico penal no haría más que asumir con plena consciencia la función que siempre cumplió cuando fue útil a la humanidad: contener las pulsiones de estado de policía o de degradación del estado y evitar el genocidio -frontal o por goteo- con el consiguiente naufragio de todos los derechos.

En síntesis: no es verdad que no se pueda concebir un modelo integrado de ciencia jurídico penal y ciencia social, sino todo lo contrario, pues en nuestra región esa integración es de suma urgencia. En otras regiones del planeta, donde entre el *ser* y el *deber ser* del poder punitivo se manifieste una normal *disparidad*, pero no un *disparate*, es posible que sus jueces puedan ejercer un discreto poder jurídico de contención conforme a elaboraciones más impermeables a los datos de realidad. Pero nosotros no tenemos más alternativa que hacernos cargo del *disparate*, partiendo del reconocimiento del ejercicio real del poder punitivo en nuestras sociedades que, en las últimas décadas,

acentuó su carácter violento, letal, discriminatorio, misógino y racista. De lo contrario, no sólo eludiremos el deber ético de hacer el máximo de esfuerzo por evitar males mayores en momentos de regresión del respeto a los Derechos Humanos en nuestra región y en el mundo, sino que también corremos el riesgo de que en un futuro no lejano nos estigmaticen como Francesco CARRARA lo hizo con los viejos *prácticos* preiluministas, cuyo saber calificó de *schifosa scienza* (*Varietà della idea fondamentale del giure punitivo, Prolusione al corso accademico dell'anno 1862-63,* en *Opuscoli di Diritto Criminale,* Prato, 1885, voI. I, pp. 154 y ss., p. 180).

* * * * * *

Prof. Dr. Dr. h.c. Moisés Moreno Hernández

Catedrático de Derecho Penal y Política criminal en UNAM, INACIPE y otras Universidades. Director del Centro de Estudios de Política Criminal y Ciencias Penales (CEPOLCRIM) y de la Fundación "Cepolcrim-Hans Welzel", Ciudad de México. Miembro de la Academia Mexicana de Ciencias Penales (AMCP) y la Asociación Mexicana de Derecho Penal y Criminología (AMPEC). Socio de la FICP.

~Problemas y retos de la dogmática jurídico-penal mexicana frente a los desencuentros de la política criminal~

AGRADECIMIENTOS

Agradezco al profesor Diego-Manuel LUZÓN PEÑA y a los demás organizadores del III Congreso de la FICP (*Problemas y retos de las ciencias penales*), por la amable invitación para participar en este importante evento académico, porque me permite saludar a grandes profesores y amigos que comparten inquietudes comunes, como mi querido maestro de hace más de 50 años, Prof. Raúl ZAFFARONI, a quien saludo con cariño, aunque sea virtualmente. Además, porque este Congreso ha sido organizado en homenaje a nuestro distinguido colega y amigo Diego-Manuel LUZÓN PEÑA, a quien en esta ocasión solamente aprovecho para felicitarlo por este muy merecido reconocimiento, pues todos conocemos sus grandes méritos y aportaciones en el campo de las ciencias penales, que por ahora no hay necesidad de hablar de todo ello.

I. EL PUNTO DE PARTIDA

1. Siguiendo el tema central del III Congreso de la FICP, he titulado mi ponencia *Problemas y retos de la dogmática penal mexicana frente a una política criminal vacilante* (o que tiene encuentros y desencuentros), porque todo parece indicar que ella no tiene un rumbo definido. Esa situación, que se observa principalmente en el campo del derecho penal y procesal penal, tanto por las constantes reformas legislativas que se dan como por los cambiantes criterios jurisprudenciales que se generan en su aplicación concreta, hace que las construcciones teóricas que se ocupan de las diversas manifestaciones político-criminales de carácter penal, como es el caso de la dogmática jurídico-penal, no cuenten con un consistente objeto de análisis, como es la legislación penal mexicana.

2. Para destacar cuáles son los grandes retos de la dogmática jurídico-penal mexicana y hacerlo desde la perspectiva de la política criminal, parto de la idea de que entre la *dogmática jurídico-penal* y la *política criminal* existe -o debe existir- una muy

estrecha relación. De no reconocerse esto así, la primera no tendría explicación sobre su razón de ser sin la referencia a su objeto de estudio -el Derecho penal-, que es una de las principales expresiones de la política criminal, a menos que a la ciencia del derecho penal se la cultive solo como "*l'art pour l'art*", que igualmente no respondería a su razón de ser. La política criminal, por su lado, sólo puede garantizar el adecuado logro de sus objetivos si también se sustenta en bases teóricas adecuadas proporcionadas por la dogmática jurídico-penal, así como por otras disciplinas; por lo que, su vinculación es ineludible, sobre todo si se pretende que la política criminal de carácter penal sea funcional con relación a ciertas exigencias que se derivan del propio tipo de Estado en que se aplica.

3. Además, parto de la idea de que la *política criminal* que debe aplicarse en Estados democráticos de derecho –como formalmente lo es el Estado mexicano- debe ser aquella que responde a exigencias democráticas de ese tipo de Estado; lo que nos llevaría, en primer lugar, a precisar si la política criminal mexicana responde a esas exigencias o se aparta de ellas. Por otro lado, la construcción teórica que se relacione con dicha política criminal, tiene igualmente que ser la de una *dogmática jurídico-penal* que responda a tales exigencias y a esa misma ideología, es decir, que se ajuste a las características del Estado democrático de derecho; pues, de otra manera, ella no podría contribuir a que la política criminal alcance sus objetivos como ese tipo de Estado lo exige. Lo anterior obedece a que, así como se pueden diferenciar diversos modelos de política criminal y de derecho penal, que pueden responder a exigencias *democráticas* de Estados de derecho o a criterios de corte *autoritario*, también se pueden distinguir diversos modelos de construcciones teóricas o dogmáticas, que igualmente pueden ajustarse a tendencias democráticas o autoritarias, o a las tendencias que se quieran distinguir. Por ello, los distintos modelos o *sistemas de análisis* del concepto general del delito, que se han desarrollado por la dogmática jurídico-penal en su desarrollo histórico, están de alguna manera vinculados a una concepción filosófico-política o ideológica, que sirve para identificar sus fundamentos y alcances.

4. En esta ocasión no me ocuparé de la discusión histórica que se ha dado entre las diversas construcciones teóricas sobre el derecho penal, elaboradas durante el desarrollado que la dogmática jurídico-penal ha tenido. Así, por ejemplo, la polémica entre *causalismo* y *finalismo*, entre *finalismo* y *funcionalismo*, o entre *ontologismo* y *normativismo*, por lo que hace a los *fundamentos* de la dogmática penal y la política

criminal y a sus implicaciones teórico-prácticas; o la discusión entre las *teorías de la imputación (objetiva, subjetiva y normativa)*, que son las posiciones teóricas que se han disputado la primacía en este desarrollo dogmático en los últimos tiempos, no son aspectos que aquí se quiera destacar. De todos modos, habrá que reconocer que toda esa discusión no es ajena a la dogmática jurídico-penal mexicana, la que sin duda en alguna medida ha receptado sus efectos.

5. Solo quiero resaltar el *rol* que la dogmática penal ha tenido con relación al desarrollo de la política criminal y el derecho penal, concretamente en el ámbito del derecho penal mexicano; pero, igualmente, ver si ese rol ha implicado el desarrollo de un *derecho penal* que responda a exigencias democráticas de Estados de Derecho, o si el derecho penal ha seguido una tendencia distinta. Es decir, si se ha propiciado una política criminal que reconozca *límites* en el ejercicio del poder penal estatal, determinados por el reconocimiento y respeto de los derechos humanos y por otros criterios que buscan que el ejercicio del poder penal no se extralimite; o si, por el contrario, la *dogmática jurídico penal* ha propiciado el desarrollo de un derecho penal con características *autoritarias*. Pero, también puede ser que la dogmática penal mexicana no haya tenido implicación alguna en las decisiones político-criminales de quienes generan las leyes penales o de quienes las aplican a los casos concretos; lo que puede indicar que no ha habido una vinculación estrecha con la toma de decisiones político-criminales y que, por ello, la construcción teórica no ha tenido ningún impacto en el desarrollo del derecho penal mexicano. Como se verá más adelante, esto último es lo que más caracteriza a la ciencia penal mexicana.

Para determinar qué tal cercana o lejana ha sido la relación entre estas dos disciplinas, empiezo destacando algunos rasgos característicos de la política criminal mexicana, luego señalaré algunos rasgos de la dogmática penal y, finalmente, abordaré algunos *retos* de ésta en los tiempos actuales.

II. ALGUNOS RASGOS CARACTERÍSTICOS DE LA POLÍTICA CRIMINAL MEXICANA

1. Distanciamiento de la política criminal de las aportaciones de las ciencias penales:

a) Uno de los rasgos característicos de la política criminal mexicana, con relación a las ciencias penales, es que ella casi siempre ha desdeñado y se ha mantenido alejada de las aportaciones teóricas de la dogmática jurídico-penal; pero, esa misma ha sido su

actitud con relación a las aportaciones de la criminología y otras disciplinas afines. Y si bien ello puede deberse a la actitud pasiva o poco interesada de los teóricos del derecho penal, de incidir en las decisiones político-criminales de los legisladores o juzgadores, también se debe a la cerrazón de los políticos, quienes consideran que ellos son prácticos y nada necesitan de la teoría. De ahí que ésta no ha logrado penetrar en las decisiones político-criminales de quienes generan las leyes y de quienes las aplican a los casos concretos, para lograr mayor racionalidad en la generación y aplicación del derecho penal y procurar una administración de justicia igualitaria y justa.

Por razón de ese distanciamiento entre política penal y dogmática jurídico-penal, pero igualmente por otras razones, la generación de las leyes penales y de criterios de interpretación para una aplicación racional de las mismas, entre otras expresiones de la política penal, han obedecido a decisiones político-criminales equívocas o no adecuadas para impulsar el desarrollo de un derecho penal que responda a exigencias democráticas. Un derecho penal así, que se aparta de los principios fundamentales propios de Estados democráticos de derecho, no puede servir de mecanismo de *contención –de los excesos y arbitrariedades- del poder penal del Estado*.

b) La *política criminal mexicana*, a pesar de ciertos lineamientos constitucionales, ha sido inconsistente en cuanto a su orientación filosófico-política; hasta ahora, ha seguido dando tumbos entre las concepciones *clásicas* y *positivistas*, entre un derecho penal de corte liberal y democrático y uno que responde más a exigencias autoritarias o dictatoriales. Es decir, la política criminal ha estado dando bandazos en su desarrollo, teniendo momentos de aciertos y de desaciertos, predominando estos últimos y la dificultad de adaptarse a los requerimientos democráticos.

c) El *sistema de justicia penal*, como una de las principales manifestaciones de la política criminal, ha sido igualmente objeto de encuentros y desencuentros, como ha sucedido con el *nuevo sistema procesal penal acusatorio* que, habiendo encontrado consenso en cuanto a su necesidad, no ha podido encontrar el rumbo para ajustarse a una realidad que reclama mayor acceso a la justicia y que ésta efectivamente se materialice. Después de haber sido caracterizado como un *sistema eminentemente garantista*, por los amplios espacios que formalmente le concede a los derechos humanos y garantías procesales de víctimas y victimarios, también ha dado entrada a mecanismos procesales –como los criterios de oportunidad, las salidas alternas o soluciones alternativas de solución de conflictos y los procesos abreviados que permiten que la justicia se negocie,

en perjuicio de principios y garantías procesales-, que lo ubican en el extremo opuesto, ya que tales mecanismos llevan a que el sistema procesal penal acusatorio se desnaturalice y se desprestigie.

d) Por lo que hace a la *legislación penal material*, donde se encuentra el principal objeto de consideración de la dogmática jurídico-penal, se observa una *política criminal predominantemente represiva*, por el *endurecimiento desmesurado* de las medidas penales y la *expansión* del Derecho penal, que hacen que éste sea visto como el primero y casi único recurso, pensando que de esa manera se enfrenta eficazmente la delincuencia y se logra la paz y la seguridad públicas. Este tipo de política criminal se caracteriza por: la creación desmesurada de nuevas figuras delictivas; incremento irracional de las penas; aumento de las causas de agravación del delito y las penas; entre otras. En fin, se trata de una política carente de alternativas menos represivas y más funcionales, que de manera sistemática desdeña las aportaciones de las ciencias penales.

e) En el ámbito de la *legislación procesal penal*, no obstante la adopción del *sistema procesal penal acusatorio*, falta aún un mayor equilibrio entre las partes procesales; hay disminución de las posibilidades de defensa; se aplica de manera irracional los criterios de oportunidad por el ministerio público, en detrimento del principio de legalidad y de ciertos derechos y garantías; hay mayores obstáculos a la libertad personal; uso excesivo de la prisión preventiva y la pena de prisión; aumento de centros de reclusión de *máxima seguridad*. Asimismo, la política criminal se caracteriza por la persecución y sanción a servidores públicos que parezcan benévolos con los delincuentes; incremento de la persecución penal por *razones políticas*; militarización de la seguridad pública; entre otras. Todas, medidas penales contrarias a las recomendaciones de las ciencias penales y de otras disciplinas afines.

f) Los *criterios judiciales* para la interpretación de las leyes penales y procesales penales son igualmente inconsistentes, con frecuencia cambiantes; hay diversidad de criterios respecto de los lineamientos constitucionales y de instrumentos internacionales con relación a las exigencias democráticas. Por lo que, no siempre permiten que haya una aplicación racional y uniforme de la ley penal ni que la administración de justicia sea igualitaria y justa. También en ellos se puede afirmar que es evidente su falta de vinculación con las aportaciones de la dogmática jurídico-penal, salvo ciertas excepciones.

2. Una política criminal llena de ocurrencias y contradicciones:

a) En el actual gobierno de la República, principal responsable de la política criminal del estado mexicano, ésta se encuentra plagada de contradicciones; con frecuencia el gobierno hace lo contrario de lo que se dice, o se dice lo contrario de lo que se hace, que además contrasta con lo que sucede en la realidad. Por ello, igualmente con frecuencia, se emiten decisiones político-criminales no acertadas ni confiables. Así, por ejemplo:

- Por un lado, se habla de "Estado de derecho" y de "democracia" como sus ejes principales; pero, por el otro, se desprecia el orden legal vigente y se hace a un lado las instituciones democráticas del Estado de derecho", las cuales y sus principios fundamentales son vistos como obstáculos o "estorbos" al ejercicio del poder.
- Se pretexta contar con la "voluntad popular" para legitimar la toma de decisiones político-criminales, pero se rechaza toda opinión crítica que se le contrapone o le hace contrapeso por parte de las organizaciones de la sociedad civil o de los medios de comunicación, afectando gravemente la libertad de expresión e información.
- Por ello, se dan las *paradojas* entre las decisiones políticas y su concreción real en materia de justicia penal; por un lado, se cuestiona la política criminal eminentemente "represiva" y "persecutoria" de otros gobiernos y se pregona la política de "abrazos y no balazos", del "perdón" y la "amnistía", de "no persecución penal" y de "no castigo"; pues, en el discurso se dice, la violencia "no se combate con la violencia". Pero, *en el plano de la realidad*, sucede todo lo contrario: se convierten figuras delictivas de poca trascendencia en casos de *delincuencia organizada*, para perseguirlos con la mayor severidad y con los mecanismos que la legislación penal especial prevé para este tipo de delincuencia; se actúa penalmente en contra de personas cuya función y opinión incomodan a la autoridad en turno, como ha sido el caso de los científicos, académicos y artistas, que incluso han sido perseguidos por delincuencia organizada, entre otros.
- Se ha ampliado el catálogo de delitos que merecen *prisión preventiva oficiosa*; se ha *militarizado* a la Guardia Nacional para la persecución de los delitos, sean organizados o no, entre otras tantas medidas que revelan la *mayor represividad* de las mismas.

- En cambio, el verdadero problema que motiva el endurecimiento de las medidas penales, que es la *delincuencia organizada*, permanece casi intocado, pues se argumenta que los "delincuentes organizados" también son "pueblo" y son "gente buena", por lo que no hay que perseguirlos. Por esa y otras razones, las organizaciones delictivas han proliferado, se han vuelto imparables y han mostrado su mayor violencia, provocando hechos sangrientos de enorme magnitud, sin que ello sea suficiente para reorientar la política criminal. Lo anterior, sin embargo, revela que quienes transgreden las normas no comparten la visión gubernamental, sino que parecen burlarse de la forma en que son caracterizados y burlarse de las fuerzas de seguridad, incluyendo a las fuerzas armadas, que se humillan ante ellos. Es evidente que esa política ha encontrado un gran rechazo de los distintos sectores sociales, pero sobre todo de quienes han sido *víctimas* de la delincuencia violenta, las que cada vez siguen siendo más olvidadas.

b) Por razón de estas *paradojas*, la política criminal mexicana sigue dando tumbos entre los "excesos en el uso del poder penal" y los "excesos en las omisiones" para aplicar las medidas penales, cuando es totalmente legítimo y justificado hacer uso de ellas y de la fuerza pública frente al delito violento y organizado. La actual política criminal no parece encontrar el rumbo que el Estado democrático de derecho espera que tenga, sino que se aleja de él; ella no tiene precisados sus objetivos y, por ello, tampoco encuentra la forma de alcanzarlos; en cambio, se insiste en los discursos fallidos, de que la estrategia de "abrazos y no balazos" y que "la violencia no se combate con la violencia" es la acertada, aunque se haga todo lo contrario. Mientras tanto, la imparable delincuencia organizada a diario sigue produciendo un sinnúmero de pérdidas de vidas humanas y los reclamos de las víctimas y de la sociedad en general son igualmente incesantes.

c) Por ello, la política criminal mexicana se caracteriza por su dialéctica entre *encuentros y desencuentros*, entre *aciertos y desaciertos*, por sus acercamientos y alejamientos de las exigencias democráticas y por su falta de eficacia a pesar de sus cambios. Es una política criminal de avances lentos y de claros retrocesos, que está atrapada en un callejón sin salida, que vive en un *mundo de ocurrencias y contradicciones*, en donde las expresiones discursivas chocan constantemente con la realidad, en el que son abundantes las tensiones con las directrices democráticas del estado de derecho; todo lo cual da la sensación de que vivimos un *mundo al revés*, en el que la justicia penal se encuentra entrampada.

d) Si bien la política criminal ha sido siempre el centro de discusiones y de procesos de desarrollo en su búsqueda constante de ser funcional frente a su principal objetivo, que es enfrentar eficaz y racionalmente el problema de la delincuencia dentro de los causes del estado de derecho, puede afirmarse que el *derecho penal* –y todo el sistema penal- también ha sido utilizado como instrumento de *persecución política*, de acoso a quienes son considerados "adversarios políticos" o que no están de acuerdo con "la forma de gobernar" o con la política del gobierno tanto en materia de delincuencia y justicia penal como en cualquier otra. Con lo que, desde nuestra perspectiva, se puede afirmar que se ha desvirtuado la *función* del derecho penal.

3. Cuestionamiento sobre el rol de la dogmática jurídico-penal ante una política criminal con tales características:

Pero, al existir la permanente posibilidad de que los arreglos sociales, como los que tienen que ver con la delincuencia, la inseguridad pública y la justicia penal, también se puedan alcanzar de otro modo más razonable, igualmente existe la coyuntura de que se opte por el modo democrático y según exigencias del Estado de derecho. Sin embargo, no debe desecharse el riesgo de que se opte por seguir ahondando los caminos autoritarios o totalitarios. Por lo que, todo dependerá del peso de los argumentos que se den de uno u otro lado y según las circunstancias de lugar y de tiempo en que se planteen.

Y, en torno a todo ello, nos cuestionamos sobre cuál ha sido el *rol* del conocimiento teórico o del conocimiento científico para la transformación de las decisiones políticas. Concretamente, en este caso, habrá que cuestionarnos cuál ha sido el rol de las ciencias penales o de las aportaciones de la dogmática jurídico-penal para la transformación de las decisiones político-criminales en nuestro ámbito nacional y si sus injerencias han sido fructíferas o no.

III. ALGUNOS RASGOS CARACTERÍSTICOS DE LA CIENCIA PENAL MEXICANA:

1. En el ámbito mexicano, tan amplio como complejo en el campo penal <y en muchos otros>, por la presencia de más de treinta Códigos Penales, se hace difícil hablar de una ciencia penal mexicana, con rasgos característicos únicos, ya que el propio objeto de estudio no muestra uniformidad de criterios político-criminales. De ahí que, para referirse a la ciencia del derecho penal o a la dogmática jurídico-penal mexicana, habrá que hacer referencia a la que se ha desarrollado tomando como punto de referencia al

Código Penal Federal (1931), que rige en toda la República para los delitos del orden federal. Pero, con independencia de esa diversidad legislativa, lo cierto es que no se puede afirmar una cercanía –mucho menos una estrecha vinculación- entre dogmática penal y política criminal en el ámbito nacional, ya sea en el plano jurisdiccional o en el legislativo. Por ello, también es clara la ausencia de un amplio proceso de retroalimentación entre estas dos disciplinas. Sin embargo, aun cuando una y otra no muestren una vinculación estrecha ni hayan logrado un desarrollo fructífero, no puede sin más desecharse toda relación entre ellas ni que ambas puedan alcanzar objetivos más deseables.

En principio, pareciera que la dogmática penal y la política criminal trabajan cada una por su lado, sin mayor comunicación, o sin importarles lo que sucede en el jardín de al lado, salvo contadas excepciones. En efecto, no se observa un claro interés de la ciencia penal por ser uno de los factores determinantes en la orientación de las decisiones políticas en materia criminal o en materia penal; más bien se observa una actitud desinteresada y pasiva y, en el mejor de los casos, una actitud de cultivar esta disciplina sólo como *l'art pour l'art* o como la *dogmática por la dogmática*, sin importar si sus elaboraciones tienen o pueden tener implicaciones prácticas. Sólo en casos aislados se observa una actitud crítica del teórico del derecho penal frente a las decisiones político-criminales del legislador o del juzgador; pero, ello por lo general sucede *ex post facto*, es decir, cuando la decisión política ha sido ya tomada, si bien ello no tiene que ser por esa razón cuestionado, ya que el producto de la decisión política también requiere ser analizada críticamente.

2. Por razones de tiempo, tampoco podré hablar holgadamente de lo que ha sucedido en los últimos tiempos en el campo de la dogmática jurídico-penal mexicana, para determinar qué tan estrecha o limitada ha sido su relación con las decisiones en materia de política criminal y, concretamente, de derecho penal. Solamente señalaré algunos *rasgos característicos* de las elaboraciones teóricas que en materia penal se han desarrollado hasta ahora.

a) México no cuenta con una ciencia penal o dogmática jurídico-penal que pueda ser caracterizada como *autóctona* o *nacional*, sino que ella es el producto de las influencias del pensamiento jurídico de países de Europa occidental. Lo propio puede decirse del pensamiento político criminal, que igualmente tiene un origen europeo, como lo muestran las legislaciones penales, en las que puede observarse la influencia del pensamiento *clásico* y *positivista*.

b) Por razón de lo anterior, la influencia alemana y de otros países europeos, en la *forma* de construir el conocimiento o *saber penal* y en la forma de explicar el derecho penal, ha sido evidente. De ahí que hayamos adoptado y seguido la *dogmática jurídico-penal* en el sentido que le imprimió Franz von LISZT desde la parte final del siglo XIX y se continuó por todos los penalistas conocidos que ha habido hasta ahora, tanto en Alemania como en España y otros países europeos; aunque su conocimiento en México haya sido siempre tardío.

c) A diferencia de lo que ha sucedido y sucede en países europeos, la evolución de la dogmática jurídico-penal en México -como en muchos otros países de la región latinoamericana- ha sido *muy lenta*, dando a veces la sensación de que en este campo poco o nada sucede, o –como ha dicho el Prof. ZAFFARONI- se ha vivido una verdadera *pax dogmática*.

d) Por razón de ese lento desarrollo, hasta hace unas décadas algunos teóricos del derecho penal aún permanecían arraigados a los criterios más tradicionales, correspondientes al llamado *sistema causalista*, ya sea en su versión *naturalista* o *normativista*, siendo más reciente la recepción de las concepciones más modernas de la dogmática jurídico-penal, como el *finalismo* y el *funcionalismo* o *normativismo*, incluyendo las teorías de la imputación objetiva.

e) Puede decirse que, salvo casos de excepción, la dogmática jurídico-penal no se ha desarrollado desde la perspectiva de la política criminal, o con el propósito de orientar las decisiones político-criminales; más bien, se la ha cultivado como *l'art pour l'art*, si bien como un arte que no ha sido muy vistoso. De ahí que muy poco haya influido en las decisiones político-criminales del juzgador o del legislador en sus respectivas intervenciones en el ámbito de la justicia penal.

f) Por lo mismo, la dogmática jurídico-penal no ha fungido como un *mecanismo de contención* del poder penal, para que éste se ejerza dentro de los *límites* propios de Estados democráticos de derecho; o, en palabras de WELZEL, *para posibilitar una aplicación racional y uniforme de la ley penal*, que ayude a garantizar la seguridad jurídica y a "procurar una administración de justicia igualitaria y justa". En otras palabras, la dogmática jurídico-penal en México no ha cumplido la función de "proporcionar bases teóricas adecuadas para posibilitar el diseño y desarrollo de una adecuada política criminal en sus diversas expresiones penales", sobre todo en lo que concierne a la aplicación concreta de la ley penal, pero también en lo que se refiere a su proceso de

creación, así como para proporcionar "seguridad jurídica para los individuos" cuando éstos se ven involucrados en hechos penalmente relevantes y, por ello, enfrentados al poder penal del estado. Lo que también puede deberse a que no siempre se ha tenido claridad sobre la *función* que corresponde jugar a la dogmática jurídico-penal en realidades como la nuestra.

g) Las modernas corrientes de pensamiento dogmático desarrolladas en países europeos, que de pronto aparecen como novedosas en el ámbito nacional –como ha sucedido primeramente con el pensamiento de WELZEL, y después con el de ROXIN y JAKOBS-, han provocado un cierto grado de *desconcierto* o de *confusión* entre los penalistas, aunque dichas novedades sean aceptadas por algunos sin mayores cuestionamientos o sin reflexionar sobre sus fundamentos y sus reales implicaciones político-criminales.

h) Por razón de lo anterior, en México –como en otros países de la región- no se ha desarrollado una dogmática jurídico-penal que atienda y responda a sus propias realidades y necesidades nacionales; lo que hace cuestionar seriamente sobre el *rol* que ella ha jugado ante las transformaciones de la política criminal y el derecho penal, o el rol que puede jugar ante las nuevas exigencias sociales y de justicia penal derivadas de los desarrollos de la ciencia y la tecnología que experimenta la sociedad moderna.

IV. LOS GRANDES RETOS DE LA DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL

Como consecuencia de lo dicho, que no vislumbra los enormes cambios que se pueden dar en la vida social, política y cultural de los pueblos, los cuales sin duda tendrán importantes repercusiones en el ámbito de la justicia penal, puede preverse que habrá mayores exigencias para la ciencia penal mexicana, así como para la dogmática jurídico-penal de los países que actualmente la cultivan. Entre esos *grandes retos* podrían señalarse los siguientes:

1. Toda vez que el Derecho penal no es estático, sino que constantemente cambia y, mientras siga siendo un medio de control social, sin duda seguirá experimentando cambios. Sin embargo, sus orientaciones y alcances parecen difíciles de predecir, ya que ello dependerá igualmente de las orientaciones y alcances de las decisiones político-criminales de quienes detentan el poder penal, que en los tiempos actuales –en realidades como la nuestra- son muy proclives a extralimitarse, esto es, a no reconocer mayores límites a su potestad punitiva, o a no someterse a criterios que impliquen limitar su poder

penal. Por ello, la dogmática jurídico-penal mexicana tiene que reorientarse; tiene que ser menos pasiva y desinteresada ante los cambios de su propio objeto de estudio y atender con mayor interés las realidades nacionales, si realmente se la cultiva como un método que pueda incidir en las decisiones político-criminales para determinar la orientación y los alcances del derecho penal.

2. Los teóricos del Derecho penal, por ello, deben ser más proactivos y proponerse como objetivo central dar mayor sentido a sus elaboraciones, para incidir de manera más contundente en la *orientación* de las decisiones político-criminales en materia penal, tanto en el proceso de creación como de aplicación del derecho penal. Sólo anticipándose a las decisiones políticas, la dogmática jurídico-penal podrá fungir realmente como un método eficiente para orientar y *delimitar* el ejercicio del poder penal y lograr que éste se desarrolle observando los criterios y principios propios de sistemas penales de corte democrático.

3. Pero, para ello, los teóricos habrán de tener claridad sobre la *razón* y *fundamento* de la dogmática jurídico-penal, así como sobre su *función* y sus *alcances*, es decir, sobre sus reales posibilidades de incidir en las decisiones políticas en materia de política criminal, justicia penal y derecho penal, para que se ajusten siempre a las exigencias propias de Estados democráticos de derecho. Por lo que, lejos de asumir una actitud meramente complaciente frente a las decisiones provenientes del ejercicio del poder, el dogmático penalista debe asumir un papel crítico y estar en condiciones de proponer, a través de sus aportaciones sistemáticas, alternativas de solución para reorientar tales decisiones político-penales, cuando ellas se aparten o pretendan apartarse de los límites del Estado democrático de derecho. (Si bien lo anterior puede hacernos imaginar al teórico del derecho penal asumir un rol similar al del político, ya que para penetrar los círculos de las decisiones políticas tiene que romper ciertas barreras -sobre todo cuando hay cerrazón de los tomadores de decisiones a toda injerencia ajena-, para hacer valer sus argumentos teóricos y tratar de convencer a quienes toman esas decisiones, como legisladores y juzgadores, ello no debe implicar el riesgo de que la función de la dogmática jurídico-penal se desvirtúe, pierda su esencia o se abarate, sobre todo si se piensa que su función es más elevada).

4. Si se admite que las construcciones sistemáticas son el producto del análisis de la legislación penal positiva, el *Derecho penal* constituye el principal *objeto de estudio* de la dogmática jurídico-penal; de ahí que su ámbito de injerencia se ha limitado a la

legislación penal sustantiva o, en otros términos, ésta ha delimitado el ámbito de intervención de aquélla, siendo por ello su principal objeto de estudio. Pero, el rol de la dogmática jurídico-penal no debe limitarse a realizar una interpretación meramente *exegética* de los contenidos de la ley penal, para ofrecer a los juzgadores criterios que los lleven a una aplicación racional de la misma, sino también ocuparse de realizar un análisis crítico de su propio objeto de estudio para luego incluso incidir en las decisiones político-criminales del legislador al momento de generar las leyes penales, para que éstas no resulten contradictorias o discordantes de su orientación básica y de la realidad en que rigen.

5. Por lo que hace a la función que se le atribuye de precisar los fundamentos y presupuestos de la *responsabilidad penal*, la dogmática penal mexicana debe estar en condiciones de abordar no solo el tradicional problema de la *responsabilidad penal individual*, que es del que comúnmente se ocupa la legislación penal, procurando que los principios fundamentales que la rigen se hagan realidad, sino también el de la nueva *responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Respecto de esta última, la legislación procesal penal, contrariando lo previsto por el artículo 11 del Código Penal Federal, que adopta el axioma "*societas delinquere non potest*", estableció en el CNPP (2014) que las personas jurídicas también "pueden cometer delitos" o "participar en su comisión", es decir, que ellas no sólo responderán penalmente por los delitos que cometan sus miembros, sino también por los delitos que ellas mismas cometan. Por lo que, la dogmática jurídico-penal tendrá que ocuparse ahora de determinar los *presupuestos* necesarios para la *imputación* de un hecho cometido, no sólo por una o más personas físicas –a su nombre, por su cuenta, en su beneficio o a través de los medios que la misma persona moral les proporcione-, sino por la propia persona jurídica, así como de puntualizar los presupuestos de la responsabilidad penal y la imposición de penas a las personas jurídicas, los cuales no se encuentran precisados en la ley penal. Pero, igualmente deberá señalar los puntos críticos de la decisión político-criminal del legislador que estableció dicho criterio en el CNPP.

6. Asimismo, debe estar en condiciones de atender los nuevos problemas que son objeto de regulación del derecho penal, por razón de las transformaciones que el fenómeno delictivo va experimentando y los *avances de la ciencia y tecnología*, como la informática y las telecomunicaciones, entre otros, es decir, estar a la altura de las exigencias de la *era digital* y de las que vayan surgiendo.

7. En fin, dadas las características que actualmente reviste la política criminal mexicana y su principal expresión, el Derecho penal, y los cambios que éste irá experimentando, será necesario que la dogmática jurídico-penal haga mayores esfuerzos para procurar que las decisiones político-criminales no se mantengan alejadas de sus aportaciones teóricas; de otra manera éstas carecerán de sentido. Para ello, habrá que demostrar los importantes rendimientos que tales aportaciones pueden tener para incidir en las decisiones político-criminales en los diversos ámbitos del sistema penal.

8. Lo anterior plantea, también, que uno de los grandes retos de la dogmática jurídico-penal mexicana es que sus teóricos, que siempre han estado vinculados con la ciencia penal europea, estén en condiciones de diseñar y desarrollar una ciencia jurídico-penal más acorde a las necesidades de las realidades nacionales. Pero, mientras ello sucede, es recomendable que procuren elegir adecuadamente el modelo o sistema de análisis del derecho penal que pueda garantizar rendimientos más fructíferos frente a las exigencias político-criminales de Estados democráticos de derecho.

Muchas gracias.

* * * * * *

Prof. Dr. Jaime Náquira Riveros

Catedrático –Prof. Titular– de Derecho Penal. Pontificia Univ. Católica de Chile, Santiago, Chile. Socio FICP.

~¿Se debe incluir la "motivación" como elemento integrante del dolo? (resumen)~

Junto con reiterar mi reconocimiento y gratitud a los Catedráticos organizadores FICP, especialmente a mi querido amigo Prof. Dr. Diego-Manuel LUZÓN PEÑA, por su gentil invitación a participar en el III Congreso Internacional, y a solicitud de la Comisión Organizadora, vengo en transcribir las principales ideas desarrolladas en mi presentación de corta duración.

I. UN CASO A MODO DE EJEMPLO

Un sujeto, con ánimo de juego, arroja bencina al cuerpo de un amigo y, posteriormente, le lanza un fósforo encendido causando lesiones graves o la muerte de la víctima.

En el sistema angloamericano de Derecho Penal el jurado y, algunos tribunales en España, para resolver un caso semejante al del ejemplo, han razonado sobre la base que, un "ánimo de juego", excluiría un actuar doloso porque no habría intención de matar o lesionar y sólo se debería sancionar por conducta imprudente.

La interrogante es la siguiente: ¿es necesario incorporar la motivación como elemento del dolo?

II. PRESUPUESTOS DOCTRINARIOS:

1. La misión del Derecho Penal es tutelar bienes jurídicos personales o sociales de un daño o peligro.

El legislador penal tiene como finalidad prevenir o evitar que los ciudadanos, con su actuar libre y voluntario, dañen o pongan en peligro los bienes jurídicos tutelados. El Derecho penal no pretende, para el cumplimiento de aquella meta, que sus destinatarios se identifiquen con los valores que dichos bienes representan, lo cual, puede ser objetivo de la Moral, Ética o la Religión. Lo que al Derecho Penal le interesa es que las personas, en su comportamiento en sociedad, respeten aquellos bienes por la significación social que poseen. Que los ciudadanos lo hagan por identificación plena y total con el valor de dichos bienes o que se abstengan de dañarlos o ponerlos en peligro por miedo a ser

procesados o condenados, para la tarea del Derecho penal, estas motivaciones alternativas son irrelevantes porque, en ambos supuestos, logra a cabalidad su misión. No es finalidad del Derecho Penal el que los ciudadanos sean personas buenas, honestas o santas. No es tarea del Derecho Penal estructurar la dimensión psíquica o ética de las personas, aunque, su existencia en la vida social indirectamente ayuda al quehacer de la Ética o de la Religión.

2. La existencia de elementos subjetivos especiales del tipo o de lo injusto se explica porque el legislador penal busca, para la tutela de ciertos bienes jurídicos, anticipar la punibilidad (delitos de intención) o complementar el dolo para teñir de ilicitud una conducta (delitos de tendencia). Son delitos que para cumplir el rol de protección del bien jurídico, "necesitan" de dichos factores subjetivos especiales. No es el caso de una auténtica necesidad si consideramos el delito de homicidio o lesiones. En efecto, quien realiza una conducta homicida o propia del delito de lesiones, dolosa o imprudente, no porque haya actuado con "ánimo de juego" hace desaparecer el disvalor de acción y/o el disvalor del resultado. Acudir para decidir si la conducta es dolosa o imprudente a si el motivo es "bueno o malo" me parece que es aplicar como principio "el fin justifica los medios", lo cual, no creo que constituya un criterio valorativo justo o adecuado. Personalmente, creo que en el marco del Derecho penal, la perpetración de un delito es siempre el medio ilícito del que se vale su autor para la consecución de un fin posterior p.ej. eliminar a un enemigo (homicidio), causarle un daño (lesiones o daño en su propiedad) o satisfacer una tendencia (violación o abuso sexual), o incrementar el patrimonio (hurto, robo, estafa o malversación).

III. REFLEXIÓN SOBRE EL CASO

1. ¿Es necesario complementar el dolo en un delito de homicidio o de lesiones con la motivación del autor? ¿Puede el ánimo de juego contrarrestar, anular o dejar sin efecto el "conocer y querer" del dolo? ¿Puede el ánimo de juego configurar una causal de atipicidad, de justificación o de exculpación? ¿Es lícito penalmente "jugar" con bienes jurídicos personalísimos tales como la vida, salud o libertad? Considerar el ánimo de juego para excluir la existencia de dolo ¿no es una forma tácita de acoger como principio valorativo: el fin justifica los medios? Como el autor tenía ánimo de juego, no tenía intención de matar o lesionar, razón por la cual, no hay dolo sino imprudencia y, con este razonamiento, ¿no se está limitando el dolo a dolo directo y olvidando el dolo eventual? ¿dónde queda la "injerencia" o "actuar precedente" como fuente de posición de garante?

Un auténtico amigo, por actuar con ánimo de juego, ¿puede organizar y desencadenar una cadena causal orientada a poner en riego o peligro serio y grave los bienes jurídicos personalísimos (vida o salud) de quien se supone es su amigo? Un hecho así, que termina lesionando o matando a la víctima ¿puede ser realmente calificado de "broma"? personalmente creo que estimar ese hecho como "broma pesada" es una estimación social débil y pobre, debe ser considerado como un auténtico hecho delictivo.

2. Si observamos lo dispuesto en el art. 21 N°3° del CP español vemos que se contempla como atenuante "el arrebato, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante", es decir, el peso, entidad o relevancia para el legislador penal es simplemente de poder configurar una causal de atenuación (no de atipicidad, justificación o exculpación), aunque, no creo factible considerar el "ánimo de juego" como un "estado pasional de entidad semejante".

3. El razonamiento del jurado angloamericano o de un tribunal que considera que el "ánimo de juego" excluiría el dolo, me parece un error por distorsionar el concepto de dolo e imprudencia forjados en el sistema penal europeo-continental. Me parece muy discutible que los conceptos, categorías o criterios jurídico-penales dependan del pensamiento o convicción del ciudadano común y corriente, de lo que cree entender el hombre-medio que desconoce absolutamente la ciencia del Derecho Penal. El hecho delictivo debe ser juzgado sobre la base de las instituciones, principios, criterios normativos gestados y desarrollados por la ciencia penal. Juzgar un delito no es una tarea que se pueda resolver simplemente por el sentido común, el cual, muchas veces es el menos común de los sentidos.

Personalmente, sobre la base de mi experiencia como docente de Derecho Penal en pre-grado, que normalmente se enseña en 3 o 4 año de Derecho, la dificultad de los alumnos para comprender la estructura del delito por su complejidad y grado de abstracción avala mi aprehensión. Entregar una decisión jurídico-penal a un jurado carente de formación básica en Derecho Penal, me parece muy discutible que sea lo justo y adecuado. No creo que la dificultad señalada se pueda eliminar si el juez señala a los miembros del jurado, durante 20 minutos, que no deben considerar ciertos hechos. Los miembros de un jurado poseen, cada uno de ellos, un mundo subjetivo conformado por ideas, pre-juicios, sentimientos, pasiones, afectos, ideales, etc. que siempre pesarán para su decisión final y que las palabras del juez no anularán.

De seguirse este criterio, la convicción del ciudadano-medio ¿se imaginan lo que significaría para la Medicina, la Psicología, la Sociología, la Economía, etc. si el contenido de todas esas ciencias u otras dependiera de lo que cree entender el hombre de la calle? Es necesario en el siglo XXI respetar la Ciencia, la Técnica y el Arte.

¿Hay una auténtica necesidad de reformular el concepto de dolo, incorporando la motivación del sujeto, porque el "conocer y querer" propio del dolo no es suficiente para resolver en Justicia los casos en materia penal? Personalmente y en una primera aproximación, me parece muy discutible.

* * * * * *

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Manuel Cancio Meliá
Catedrático de Derecho Penal. Univ. Autónoma de Madrid, España. Patrono de la FICP.

~Alguna breve consideración sobre la reforma de los delitos contra la libertad sexual*~

I. EL PROYECTO DE LEY Y SUS ORÍGENES

1. Introducción

En estos días, como es sabido, se están siguiendo en el Parlamento los últimos trámites previos a la aprobación de un proyecto de Ley que implica una reforma de las infracciones contra la libertad sexual, en la Ley orgánica para la "salvaguarda integral de la autonomía sexual"[1]. En lo que aquí interesa, se trata de reformar -partiendo de una aproximación que incorpora otros elementos destinados a tener en cuenta el objetivo mismo que da nombre a esta Ley: la prevención, la sensibilización, la detección, la educación- la estructura de las descripciones legales de las infracciones más graves en este ámbito, y también -sea dicho en términos muy genéricos, de momento- para responder a una nueva sensibilidad social respecto a la presión social y personal permanentes que estos delitos crean para las mujeres.

Para resumir los cambios fundamentales en el nuevo modelo del proyecto cabe decir que lo esencial es lo siguiente: las denominaciones de "agresión sexual" y "violación" (cuando haya penetración) se amplían a todas las formas de comportamiento sexual no consentido. Los límites inferiores de las penas se fijan por debajo de los límites actuales de los delitos coactivos para evitar un aumento de las penas para los delitos sin coacción (en la regulación actual, "abusos sexuales"). Se eleva, en cambio, el límite inferior de la pena para los delitos no coactivos: desaparece la posibilidad de imponer una multa (menos en una nueva cláusula facultativa de atenuación para casos más leves, art. 178.3 CP), ahora incluida en el delito básico de contacto sexual no consentido (pero no violento) del art. 181.1 CP, y la pena mínima es ahora de un año de prisión. Se incorporan

* Conferencia presentada el día 15.9.2022 en el Congreso de la FICP. El presente texto coincide en parte con el artículo "Sexual Assaults under Spanish Law: Law Reform, Consent and Political Identity", en prensa para: Tatjana HÖRNLE (ed.), Sexual Assault Law in Comparative Perspective, Oxford University Press, 2022. Agradezco a MAR DOMÍNGUEZ GONZÁLEZ DE CHAVES (Universidad Autónoma de Madrid) su ayuda en la traducción.

[1] "Proyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual", en Boletín Oficial de las Cortes Generales/Congreso de los Diputados, XIV Legislatura, 26.7.2021, núm. 62-1, https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-62-1.PDF, último acceso 1 de diciembre de 2021).

dos nuevas circunstancias de agravación: la agravante de género en el nuevo art. 180 nº 4 CP, y una causa agravante para los casos en que el autor haya vencido la voluntad de la víctima no sólo abusando de su estado de incapacidad de consentir, sino que la haya provocado él mismo (nuevo art. 180 nº 7 CP). Por último, como se ha dicho, se introduce una cláusula general de atenuación para los casos menos graves (art. 178.3 CP). No se eleva el límite superior general de las penas (quince años de prisión), pero se incrementa para las conductas no coactivas tanto en el límite inferior como en los límites superiores (ampliando los rangos de penas ahora existentes para los casos de ausencia de coacción y de consentimiento).

2. Orígenes

La chispa que puso en marcha esta reforma que cuestiona la piedra angular de la regulación española a partir del Código Penal de 1995 (es decir, la distinción entre los delitos basados en la coacción -agresiones- y otras formas de conducta sexual no consentida -abusos-) se produjo, como es sabido, por un caso concreto -conocido como de "La Manada"- que generó un debate social y político sin precedentes y con notable repercusión informativa en todo el mundo, como consecuencia de la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra dictada en el proceso[2]. En esta sentencia, el tribunal optó por valorar una serie de conductas sexuales, que incluían múltiples invasiones simultáneas del cuerpo de la víctima, llevadas a cabo por un grupo de cinco hombres contra una mujer que acababa de cumplir la mayoría de edad, como un abuso sexual por prevalimiento de una situación de superioridad, agravado por la penetración (art. 181.3 y 4 CP), en lugar de como una agresión sexual agravada (violación, art. 179 CP).

> Según los hechos considerados probados por el tribunal, los cinco acusados condujeron inopinadamente a su víctima -con la que habían estado bebiendo durante la noche- a un espacio reducido en el que inmediatamente iniciaron una serie de actos sexuales, coreografiados a partir de ciertas producciones pornográficas (con múltiples penetraciones), que la víctima, paralizada por el terror generado por el repentino ataque, toleró pasivamente, sin oponerse activamente a la actuación de sus cinco agresores. También tuvo la valentía de declarar que no dijo expresamente "no" en ningún momento de los hechos. A pesar de esta configuración de los hechos probados -que parece sugerir

[2] Sentencia AP Navarra de 20.3.2018. Cabe afirmar que se trata sólo del desencadenante concreto del proceso de reforma en España: en muchas otras jurisdicciones de Occidente, tanto del círculo anglosajón como de los países del campo del principio de legalidad, se han producido antes y después reformas en la misma dirección, lo que indica que concurre un movimiento social de fondo que no es específicamente español.

una valoración como conducta intimidatoria, teniendo en cuenta las circunstancias del sorpresivo ataque perpetrado por los cinco autores, según la jurisprudencia vigente-, el tribunal de primera instancia consideró que existía un abuso sexual por prevalimiento (art. 181.3 y 4 CP) e impuso una pena de nueve años de prisión. Se trata de una calificación que -con base en los hechos probados tal y como fueron establecidos por el tribunal- *prima facie* ya parece errónea para cualquiera que conozca los elementos de estos delitos, porque esta modalidad implica que el agresor abusa de una relación de superioridad social, no de superioridad física, circunstancial y numérica como hicieron los cinco hombres en este caso. En otras palabras: se trataba de un caso de violación, o de un caso en el que los acusados habrían tenido que ser absueltos porque la víctima habría consentido. Lo que no cabía era considerarlo abuso sexual, de acuerdo con una jurisprudencia constante que considera la posibilidad de "intimidación ambiental" como modalidad del tipo de la agresión sexual/violación, es decir, una situación en la que la presencia de varios agresores crea el estado de intimidación incluso sin amenaza explícita[3]. Finalmente, la sentencia fue corregida por el Tribunal Supremo en este sentido, imponiendo la pena máxima de 15 años de prisión por violación (por la presencia de varias circunstancias agravantes previstas en el art. 180 CP)[4].

La sentencia inicial de la Audiencia Provincial provocó un estallido de indignación social -a pesar de la severa pena de prisión impuesta- que puso en marcha los mecanismos de reforma de la normativa, concretados ahora en el proyecto que se tramita en el Parlamento. Las amplias protestas públicas contra la "justicia patriarcal", bajo el lema "te creemos, hermana", realizadas principalmente por mujeres jóvenes, no reclamaron una condena más dura para los agresores, sino que incidieron especialmente en la banalización de la agresión al calificarla de mero "abuso" por la sentencia de instancia: el lema más utilizado en estas manifestaciones fue, de hecho, "no fue abuso, fue violación". Teniendo en cuenta que la Audiencia Provincial de Navarra precisamente *sí* creyó a la denunciante (su relato de lo sucedido se incorporó plenamente a los hechos probados de la sentencia), la protesta se refería así a la calificación jurídica de estos hechos: al etiquetado legal del delito como "abuso sexual", que se percibía como una consideración de una especie de delito menor.

[3] Vid. en este sentido sólo GIMBERNAT ORDEIG, E., Sólo sí es sí, en: Diario del Derecho, 27-04-2020. Disponible en: https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1197551 (última consulta 1.12.2021); CANCIO MELIÁ, M., Delitos contra la libertad e indemnidad sexual, en: MOLINA FERNÁNDEZ, F., (ed.), Memento Penal 2021, 6ª ed., Lefebvre, 2020, p. 1098.

[4] En la STS de 4.7.2019.

Ante unas protestas cada vez más intensas, el Gobierno del momento decidió convocar a la Sección de Derecho penal de la Comisión General de Codificación[5] y pedirle que elaborara un proyecto de reforma. La Comisión presentó finalmente una formulación consensuada que dejaba casi todo como estaba (es decir, mantenía dos rangos de penas diferentes para las conductas con o sin violencia), pero eliminaba el *nomen iuris* de "abuso sexual" y enfatizaba la centralidad del consentimiento en la formulación de los delitos. Tras el cambio de Gobierno en 2019, el grupo parlamentario de Unidas Podemos presentó una iniciativa legislativa que creaba un nuevo modelo normativo en el que, como se ha dicho, se unificaban los delitos sexuales más graves en una sola infracción y se insertaba una definición de consentimiento. Sobre esta base, se creó un primer anteproyecto de reforma que, como es sabido, debe ser sometido a diversos organismos[6] para que formulen informes. Tras obtener estos informes (en parte muy críticos), el Ministerio de Justicia elaboró una nueva versión del Anteproyecto de Ley, que mejoraba en particular la definición de consentimiento (*vid. infra*) y que ahora se está debatiendo en el Parlamento.

3. Contexto político

Lamentablemente, el debate público sobre la reforma (conocido como Ley del "sólo sí es sí") está sometido a una politización de la peor clase y, por tanto, a una simplificación absoluta. En España -hay que señalarlo para entender lo que sigue- existe, de forma similar a lo que ocurre en los EE.UU. en los últimos años, una especie de "guerra cultural" de las nuevas tendencias de la derecha política, en relación con diferentes ámbitos sociales. A diferencia de otros países europeos, no existe una política de cordón sanitario por parte de la derecha tradicional contra las nuevas fuerzas de extrema derecha. En este contexto, el discurso contra la "dictadura de género", la "ideología de género" y el "adoctrinamiento" en este sentido es habitual en el debate público y no se limita a las fuerzas de extrema derecha, y este discurso se proyecta también sobre el Derecho penal y la reforma de los delitos sexuales.

[5] Cosa que no sucedía desde hacía más de treinta años, mientras que las demás secciones de la Comisión sí tienen actividad; esta situación de inactividad de décadas llevó a *descubrir* que *todos* los vocales (supervivientes) de la misma eran hombres.

[6] En particular, el Consejo General del Poder Judicial (véase el informe sobre el anteproyecto en: https://www.poderjudicial.es/portal/site/cgpj/menuitem.65d2c4456b6ddb628e635fc1dc432ea0/?vgnextoid=1353ef1c122f7710VgnVCM1000006f48ac0aRCRD&vgnextchannel=3548f0433c33b510VgnVCM1000006f48ac0aRCRD&vgnextfmt=default&vgnextlocale=es_ES; último acceso 1.12.2021), y el Consejo Fiscal (https://www.fiscal.es/documents/20142/00f836e0-c5dc-8535-b3daffbf8fcbb83a ; último acceso 1.12.2021).

Sin ninguna referencia concreta al contenido de los textos prelegislativos en el debate público, la propuesta es radicalmente despreciada por el conjunto de la derecha política española. En los últimos meses, los conservadores españoles (y, por supuesto, el partido de extrema derecha) han prometido revertir la reforma de los delitos sexuales en curso cuando obtengan la mayoría parlamentaria. Esto es bastante infrecuente en los últimos años, en los que las políticas expansivas en la legislación penal han sido apoyadas por la mayoría del parlamento sin una clara diferenciación de las políticas de fuerzas de derecha o de izquierda.

Pero los frentes del debate son mucho más complejos que el eje izquierda-derecha. Hubo también un importante rechazo a la reforma por razones políticas en sectores de la izquierda, e incluso en el seno del Gobierno de coalición, respecto a diferentes aspectos del anteproyecto. Los conflictos están también presentes dentro del propio movimiento feminista: un importante número de conocidas autoras y activistas feministas se ha pronunciado en contra del Anteproyecto, en esencia, por considerarlo "punitivista" y por situar, en su opinión, a las mujeres en una permanente posición de víctimas[7]. También prestigiosos penalistas claramente pertenecientes al espectro de la izquierda -y algunos de ellos, protagonistas de los estudios que llevaron a la abolición de la anterior normativa nacional-católica de los delitos sexuales hace veinticinco años-, como veremos, han formulado duras críticas técnico-jurídicas de diversa índole en esta línea[8].

II. ELEMENTOS PARA UNA EVALUACIÓN

1. Puntos de partida en la regulación vigente

Partiendo de la división de los sistemas de regulación entre aquellos que se centran en los medios comisivos (coactivos o no coactivos) y aquellos que toman como referencia esencial el consentimiento, el modelo normativo español aún vigente, a pesar de distinguir entre abusos y agresiones sexuales en función de la conducta del sujeto activo, es en realidad un modelo mixto. En efecto, por un lado, la descripción de las agresiones

[7] Véase, por ejemplo, GARAIZABAL, C./MACAYA, L./PINEDA, E./SERRA, C., Objeciones feministas al actual proyecto de Ley de libertades sexuales, en: https://elpais.com/opinion/2021-02-28/objeciones-feministas-al-actual-proyecto-de-ley-de-libertades-sexuales.html (último acceso 1.12.2021): la nueva norma forma parte, en opinión de las autoras, del "populismo penal" y de una "deriva puritana" que refuerza "los argumentos patriarcales sobre la inviolabilidad del sexo de las mujeres".

[8] Vid. por todos DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., Las propuestas de reforma del derecho penal sexual de 2018: su fundamento, en: DE VICENTE REMESAL, J. *et al.* (ed.), Libro homenaje al profesor Diego-Manuel Luzón Peña, vol. II, Reus, 2020, pp. 1551, 1555, 1557: perspectiva colectiva en lugar de individual respecto de la identidad sexual; uso moralizante del Derecho penal y por tanto fomento de su banalización; enfoque identitario de la materia.

sexuales está centrada en el delincuente, en la conducta de coacción. Por otro lado, sin embargo, la piedra angular de la regulación, en el delito básico residual de abuso sexual del art. 181.1 CP, desde 1995 define un delito centrado en el consentimiento, que asegura que cualquier acto sexual sin el consentimiento de la víctima es delictivo.

Por otra parte, la *praxis* consolidada de la aplicación judicial de los delitos sexuales en España no permite una clasificación clara en la plantilla -hoy muy extendida en el mundo anglosajón- que distingue entre consentimiento interno (*attitudinal consent*) y consentimiento manifestado (*performative consent*). Las directrices jurisprudenciales para evaluar el estándar de prueba giran en torno a la credibilidad del testimonio de la posible víctima, y, desde luego, permiten perfectamente llegar a la condena sólo con base en el testimonio de la persona agredida.

Como es sabido, en la legislación actual no existe una definición legal de consentimiento, ni tampoco ejemplos que orienten la interpretación más allá de la formulación en los diferentes delitos. En los delitos de agresión sexual cabe destacar -en una cuestión a medio camino entre el concepto y su prueba- que existe una jurisprudencia consolidada (al menos, en las dos últimas décadas) en el sentido de que la resistencia de la víctima ya no es un elemento del delito, mientras que sí lo es la violencia o intimidación del agresor. De este modo, se ha producido un alejamiento de la jurisprudencia tradicional, que inicialmente exigía una resistencia considerable, más tarde requería una resistencia "razonable", mientras que ahora establece que basta la voluntad contraria de la víctima[9]. Obviamente esto no cambia en absoluto el hecho de que la prueba física de la resistencia de la víctima, si está presente, es muy relevante como prueba de la falta de consentimiento y del uso de la violencia. Según este enfoque de la intimidación, la cuestión tradicional de la "resistencia formal" para preservar la *honestidad* de la mujer (*vis haud ingrata*) aparece ahora bajo una luz completamente diferente: aparte de contextos sexuales exóticos e inusuales, hoy en día un hombre nunca puede suponer que el "no" de una mujer, independientemente de lo avanzado que esté el acercamiento entre ellos, signifique otra cosa que una negativa. Así, la posibilidad de alegar un error en estos casos se reduce considerablemente: como ha dictaminado el Tribunal Supremo, y es jurisprudencia constante desde hace al menos más de veinticinco años:

[9] CANCIO MELIÁ, en: MOLINA FERNÁNDEZ (ed.), Memento Penal 2021, 6ª, 2020, pp. 1105 y s.

> "Desde el punto de vista jurídico, lo verdaderamente importante en la violación es conocer la intención decidida del violador y conocer los medios empleados en su ataque físico o moral. Como ya se ha abandonado la antigua doctrina respecto a la resistencia ofrecida por la víctima, exigiendo que sea trascendental, considerando entonces suficiente la resistencia grave, definiéndola posteriormente como resistencia razonable, a veces incluso no exigiendo en absoluto las características de una actitud defensiva que sólo puede poner en peligro la vida de la mujer, sin tener ningún efecto jurídico"[10].

Por lo tanto, los casos en los que el objeto principal del debate probatorio se refería a las lesiones que el agresor había infligido a la víctima, demostrando que había habido resistencia, son cosa del pasado desde hace muchos años: el hecho de que el acusado no utilice la fuerza sobre su víctima de forma que le cause lesiones visibles no es un elemento que cuestione su oposición a los actos del agresor.

Así las cosas, la única zona gris que puede considerarse que queda hoy es el caso en el que la víctima no se opone de modo expreso al contacto sexual, pero no consiente (salvo en aquellos supuestos de hecho en los que la constelación del caso implica una especie de intimidación implícita, especialmente en presencia de múltiples autores), o de deterioro mental o intoxicación de la víctima que no puedan apreciarse con facilidad. Dicho de otro modo, no está claro qué deberes recaen sobre el potencial agresor para asegurarse de que su pareja consiente realmente en los casos de ausencia de oposición.

2. El debate sobre la nueva tipificación

a) Introducción: valoraciones generales

Como se ha indicado anteriormente, la polémica en torno a la nueva normativa no se limita al debate social y político, sino que también se desarrolla de forma controvertida en la discusión académica y judicial. En estos cuatro años desde que detonó el caso de "La Manada", voces de peso del espectro judicial y de la academia se han pronunciado decididamente a favor[11] y en contra[12] de la reforma.

---

[10] Por ejemplo, STS de 16 de mayo de 1995; vid. CANCIO MELIÁ, en: MOLINA FERNÁNDEZ (ed.), Memento Penal 2021, 6ª, 2020, p. 1106.

[11] Principalmente -entre otros y con más referencias- ACALE SÁNCHEZ, M., Valoración de los aspectos penales del Proyecto de Ley Orgánica de medidas de protección integral de la libertad sexual de 26 de julio de 2021, en: Sistema Penal Crítico 2021, pp. 155 y ss., y FARALDO CABANA, P., 'Solo sí es sí': hacia un modelo comunicativo del consentimiento en el delito de violación, en: ACALE SÁNCHEZ/MIRANDA RODRIGUES/NIETO MARTÍN (ed.), Reformas penales en la península ibérica: ¿A "jangada de pedra"?, Boletín Oficial del Estado, 2021, pp. 265 y ss.

[12] En esta dirección la sección de Derecho penal de la asociación de jueces 'Jueces y Juezas para la Democracia', (2021) 12-I JJpD Sección Penal, 8; en la doctrina científica, vid. por todos, con más

En cuanto al contenido de la regulación en tramitación, el proyecto no pretende cambiar el contenido esencial de las descripciones legales de las diferentes infracciones. Como ya se ha dicho, tampoco persigue aumentar las penas máximas de prisión, ámbito en el que persiste una anomalía histórica en la legislación española: las penas de prisión por delitos de violación pueden equipararse incluso a las penas por homicidio doloso. Pero sí aumenta la pena mínima para los casos de no coacción.

Intentando resumir -en el limitado marco disponible- las opiniones generales a favor y en contra de la necesidad de la reforma[13], se plantea a favor que, en primer lugar, es adecuada para reducir el enorme número de casos no denunciados en estos delitos, ya que estimulará las denuncias por su orientación a la víctima y su consentimiento, asumiendo que la redefinición de los delitos puede contribuir a reducir la victimización secundaria (así la justificación legislativa del proyecto, III, 9). En segundo lugar, se argumenta que la sentencia de primera instancia de la AP Navarra demuestra que el legislador debe intervenir para poner fin a estas interpretaciones judiciales de los delitos relevantes, estableciendo para ello una perspectiva de género. En tercer lugar, la fijación por el autor y su comportamiento debe ser sustituida, en general, por un enfoque centrado en la víctima que sitúe el consentimiento en el centro de estos delitos. En cuarto lugar, se dice que el Derecho penal debe cumplir aquí una función socioeducativa: al poner un nuevo énfasis en el consentimiento (afirmativo), se contribuye a combatir los esquemas sociales patriarcales[14].

Desde mi punto de vista, estos argumentos generales no son adecuados para hacer avanzar el debate: por ejemplo, no se explica en absoluto cómo se supone que la reorientación legal reducirá el miedo a la victimización secundaria[15]. En segundo lugar,

---

referencias, CUERDA ARNAU, M.L., Agresión y abuso sexual: violencia o intimidación vs. consentimiento viciado, en: FARALDO CABANA, P./ACALE SÁNCHEZ, M. (ed.), La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España, Tirant, 2018, pp. 109 y ss.; DÍEZ RIPOLLÉS en: DE VICENTE REMESAL, J. *et al*. (ed.), LH-Luzón Peña, II, 2020, pp. 1551, 1555; GIL GIL, A./NUÑEZ FERNÁNDEZ, J., A propósito de 'La Manada': análisis de la sentencia y valoración crítica de la propuesta de reforma de los delitos sexuales, El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho, 77, 2018, pp. 12 y ss.; GIMBERNAT ORDEIG en: Diario del Derecho, 27-04-2020; LASCURAIN SÁNCHEZ, J.A., Delitos sexuales: no todo vale, Claves de Razón Práctica, 277, 2021, pp. 89 y ss.; MUÑOZ CONDE, F., La vinculación del juez a la ley y la reforma de los delitos contra la libertad sexual. Algunas reflexiones sobre el caso 'La Manada'', Revista Penal 42, 2019, pp. 296 y ss.

[13] Vid. la exposición de DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO, M./TRAPERO BARREALES, M.A., ¿Razones válidas para la reforma de los delitos sexuales?, en SANTANA VEGA, D.M. *et al.* (ed.), Una perspectiva global del Derecho penal, Atelier, 2021, pp. 545, 547.

[14] FARALDO CABANA en: ACALE SÁNCHEZ/MIRANDA RODRIGUES/NIETO MARTÍN (ed.), Reformas penales, 2021, p. 271.

[15] DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO/TRAPERO BARREALES, en SANTANA VEGA *et al.* (ed.), Perspectiva global, 2021, p. 547.

el argumento de que es necesario revisar las interpretaciones judiciales erróneas mediante la reformulación de la Ley puede rebatirse con el hecho de que, después de todo, la interpretación errónea de la norma por el tribunal de instancia en el caso de "La Manada" fue corregida por el TS[16]. Por otro lado, no hay un análisis cuantitativo de la jurisprudencia que confirme el reproche de que tales interpretaciones judiciales erróneas existen y son frecuentes. En tercer lugar, al argumento de que es necesario situar el consentimiento en el centro de la regulación se ha contestado que esto ya es así con la regulación que ya existe ahora[17]. En efecto, el delito del art. 181.1 CP, como piedra angular y de cierre de la regulación, implica que la tipificación ahora existente puede ser interpretada como basada en el consentimiento, como una regulación "sólo sí es sí". En cuarto lugar, el argumento de la pedagogía social, como es obvio en un Derecho penal del hecho, de un Estado de Derecho, es siempre cuestionable. Por un lado, porque, como es sabido, efectivamente existen dudas muy fundadas sobre si el uso del Derecho penal para la "educación popular" puede ser legítimo y podría ser eficaz. Por otro lado, porque una afirmación tan general ignora el hecho de que tal vez este pretendido cambio, abandonando los esquemas patriarcales en materia de sexualidad, ya se ha producido o se está produciendo en el presente -entonces, la nueva regulación estaría simplemente ajustando la Ley a la realidad, no fomentando el cambio-.

b) Los cambios estructurales

En general, será mucho más adecuado para una valoración de la reforma fijarse específicamente en los cambios fundamentales del Proyecto.

De entrada, parece claro[18] que el cambio en la denominación de los delitos sexuales graves (eliminando el término abuso e identificando todas las modalidades como

[16] ACALE SÁNCHEZ, en: Sistema Penal Crítico 2021, p. 160, concede que este es un argumento fuerte, pero aduce que la víctima en ese caso tuvo que soportar tres sentencias diferentes y un intenso escrutinio público sobre ella hasta que el TS llegó a la calificación correcta.

[17] DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO/TRAPERO BARREALES, en SANTANA VEGA *et al.* (ed.), Perspectiva global, 2021, p. 552; así también FARALDO CABANA en: ACALE SÁNCHEZ/MIRANDA RODRIGUES/NIETO MARTÍN (ed.), Reformas penales, 2021, p. 265.

[18] En lo que alcanzo a ver, también es un punto pacífico del texto que ahora se tramita el que identifica la conducta de quien genera por sí mismo la situación de incapacidad de autodeterminación sexual de la víctima (por ejemplo, mediante el suministro subrepticio de una determinada sustancia) como una circunstancia que agrava la responsabilidad. La regulación actual equipara incomprensiblemente tal comportamiento -como reacción irreflexiva a ciertas noticias en los medios de comunicación en la reforma parcial realizada en la LO 5/2010- con la conducta de quien abusa de una situación de incapacidad de la víctima que él no ha generado. Tampoco se ha objetado en el debate académico a la incorporación de una causa agravante para los casos en los que el autor (varón) comete el delito contra una pareja actual o anterior femenina ("agravante de género").

"agresión") no genera polémica[19]. De hecho, puede entenderse como un mero cambio social en el uso del lenguaje: parece que la palabra "abuso" es percibida hoy en día por la mayoría de la ciudadanía -especialmente por las mujeres jóvenes- como insuficiente para incluir la gravedad de las conductas correspondientes.

Son otras dos cuestiones las que están en el centro del debate técnico: en primer lugar, la nivelación de las diferencias de pena entre las conductas con coacción y las conductas sin coacción, incluyendo ambas alternativas en un solo delito. ¿Es correcto situar todas las conductas en el mismo rango de penas, de modo que sería posible castigar más severamente ciertos casos sin coacción que otros supuestos en los que hay violencia/intimidación? En segundo lugar, la introducción de una definición de consentimiento: ¿aporta esta definición legal ventajas o desventajas?

1) La (re)unificación de los delitos basados en la coacción y aquellos de falta de consentimiento

A intensa crítica ha sido sometida la opción de renunciar a la existencia de una regulación con rangos de penas separados para aquellas conductas en las que se utiliza la violencia y la intimidación por parte del sujeto activo y aquellas otras en las que existe otra forma de atentar contra la autonomía de la víctima, optando por una descripción legal unitaria que incorpora la violencia e intimidación extremas sólo como una de las diversas posibilidades de agravación de la conducta. Se vuelve así a una infracción única, como la que existía en la regulación histórica anterior a 1995 y proveniente del S. XIX, en la que el tipo de violación del art. 429 CP (aunque sólo referido a la conducta de un hombre de contra una mujer mediante coito vaginal) incluía tanto las hipótesis de coacción ("fuerza") como las de incompetencia para otorgar el consentimiento del sujeto pasivo (por estar la mujer "privada de razón" o ser menor de 12 años).

En este ámbito, por un lado, se afirma por algunos como crítica al proyecto que materialmente siempre será necesario distinguir entre distintas modalidades en función de la presencia o ausencia de violencia e intimidación -afirmando que se trata de una conducta siempre más grave cuando concurren-, por lo que los problemas de delimitación en la práctica seguirán existiendo. Los partidarios de la nueva regulación afirman, en cambio, que esa obsesión (típicamente masculina) por la "violencia" (por la visión

[19] DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO/TRAPERO BARREALES en SANTANA VEGA *et al.* (ed.), Perspectiva global, 2021, pp. 552, 555 y s.; LASCURAIN SÁNCHEZ, Claves de Razón Práctica, 277, 2021, p. 90.

masculina de lo sucedido) que se observa en la insistencia en mantener marcos penales separados, de modo que la pena es necesariamente mayor cuando hay violencia/intimidación, no tiene en cuenta adecuadamente las experiencias de las víctimas.

En este sentido, el principal argumento en contra de la eliminación de la división en delitos basados en la coacción y delitos sin consentimiento es que esto violaría el principio (constitucionalmente consagrado) de proporcionalidad[20]. La focalización unilateral en la perspectiva de la víctima, se afirma, llevaría a castigar con una misma pena conductas de diferente gravedad. También hay voces que consideran que la definición del actual "abuso sexual" por superioridad social (prevalimiento) queda debilitada y desdibujada por el nuevo precepto, ya que la redacción pasa de exigir la presencia de "prevalimiento" de una "superioridad manifiesta" que "coarta la libertad de la víctima" en el actual art. 181.3 CP a un escueto "abuso de una situación de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima"[21].

En cuanto a esto último, es cierto que esta nueva fórmula para describir la situación de abuso de poder social para obtener un "consentimiento" inválido debilita la claridad del alcance típico del delito. Hubiera sido mejor mantener las salvaguardas del "prevalimiento" y de la superioridad "manifiesta". Pero la jurisprudencia sobre este delito está muy consolidada, y de acuerdo con ella, siempre es necesario que la situación de superioridad social influya real y manifiestamente en el agredido, y la palabra "abuso" ahora usada puede leerse perfectamente del mismo modo como "prevalimiento" se ha entendido hasta ahora.

En cuanto a la primera cuestión, la del modelo general de tipificación en una o dos categorías de delitos y la proporcionalidad, desde mi punto de vista, teniendo en cuenta las múltiples formas que pueden adoptar los ataques contra la autonomía sexual y las múltiples circunstancias que pueden concurrir, una regulación flexible como la del proyecto puede ser perfectamente adecuada[22]: en atención a las enseñanzas de la victimología y a pesar de que en muchas hipótesis la concurrencia de violencia/intimidación constituye un salto en la gravedad de la ofensa, lo cierto que no siempre es así: el uso de la violencia o la intimidación por parte del agresor no es siempre

[20] DÍEZ RIPOLLÉS en: DE VICENTE REMESAL, J. *et al*. (ed.), LH-Luzón Peña, II, 2020, pp. 1551, 1558.
[21] Cfr. por todos DÍEZ RIPOLLÉS en: DE VICENTE REMESAL, J. *et al*. (ed.), LH-Luzón Peña, II, 2020, pp. 1551, 1558 y ss.
[22] CANCIO MELIÁ en: MOLINA FERNÁNDEZ (ed.), Memento Penal 2021, 6ª, 2020, p. 1099.

necesariamente más grave que ciertas formas de abuso de posición de poder o de presión coercitiva que no pueden considerarse ni violencia ni intimidación.

> Consideremos, por ejemplo, un caso en el que una chica de dieciséis años (es decir, por encima del límite de edad establecido por la Ley actualmente en el art. 183 CP) es presionada masivamente para mantener contactos sexuales por un hombre mucho mayor que actúa desde una posición de poder social no formalizada[23], bajo amenazas que no pueden calificarse de intimidación. Como es evidente, tal comportamiento es capaz de producir un daño masivo y un sufrimiento permanente para la víctima. De acuerdo con la legislación vigente, tal y como se presenta, se trata de un caso de abuso sexual del art. 181.3 CP, con un rango de pena claramente inferior al caso más "leve" de agresión sexual con intimidación. O pensemos en las hipótesis en las que el sujeto activo se aprovecha de la incapacidad de resistir de la víctima, por estar esta paralizada, de modo que no es necesario usar violencia, de modo que hoy es problemático calificarlas de agresiones sexuales. ¿Es *esto* proporcionado?

Es evidente que el nuevo régimen unificado abarcará una gama muy amplia de hipótesis de gravedad y, en consecuencia (especialmente si se incluye también la nueva cláusula de atenuación para casos de menor gravedad del art. 178.3 CP[24]) supondrá una mayor exigencia para los tribunales a la hora de mantener y fundamentar la proporcionalidad de las penas. Pero también parece claro que esta fundamentación está al alcance de nuestra jurisprudencia.

2) La nueva definición legal de consentimiento

En segundo lugar, como se ha dicho, ya en el Anteproyecto se propuso incorporar una definición del consentimiento para estas infracciones. Aquí ha habido cambios significativos desde la versión del Anteproyecto hasta la formulación del Proyecto: en la versión original, se usaba una extraña formulación negativa -ahora enmendada- y se hacía referencia a actos "externos, concluyentes e inequívocos" que manifestaran una “voluntad expresa”. Ahora se usa una definición más abstracta: "Se entenderá que hay consentimiento sólo cuando se haya manifestado libremente por actos que, consideradas las circunstancias del hecho, expresen claramente la voluntad de la persona." Se define,

[23] De modo que no sería de aplicación el tipo específico para jóvenes de dieciséis y diecisiete años del actual art. 182 CP.

[24] DÍEZ RIPOLLÉS en: DE VICENTE REMESAL, J. *et al*. (ed.), LH-Luzón Peña, II, 2020, pp. 1551, 1563, ve aquí el *smoking gun* de la mala conciencia de los proponentes del texto, que querrían abrir -a costa de la seguridad jurídica- una vía para compensar en el caso concreto los excesos punitivos de la nueva regulación.

entonces, que es "sí": cuando así se haya comunicado de algún modo claro: este es, por supuesto, un elemento central de la reforma de la Ley del "sólo sí es sí".

Se han planteado muchas críticas contra la nueva definición de consentimiento. Intentando sintetizar, en primer lugar, se ha dicho que la presunción de inocencia está en peligro porque la definición está concebida para desplazar la carga de la prueba[25] -esta crítica fue formulada especialmente respecto de la formulación original-, obligando así al acusado a demostrar que existió consentimiento, en lugar de que la carga de la acusación consista en demostrar que la acción se realizó sin el consentimiento de la víctima. También hay duras críticas a esta definición porque parecía (al menos la fórmula del Anteproyecto) exigir una manifestación verbal: se requería una voluntad "expresa" y "actos externos", y por algunos se entendía que esto exigía un "sí" verbal. En el plano del debate público, esto condujo -entre otros escenarios, incluso en el Parlamento- a numerosos intentos de ridiculizar toda la reforma: que a partir de ahora habría que firmar un contrato antes de cualquier contacto sexual o instalar y usar una aplicación específica para concertar los términos del encuentro, o decir permanentemente "sí-sí-sí" durante cualquier encuentro sexual, etc.

En segundo lugar, también se argumenta críticamente que la centralidad del consentimiento consagra una posición asimétrica de hombres y mujeres, definiendo al hombre como sexualmente activo y a la mujer como pasiva, y pone el comportamiento de la mujer (¿consintió o no?) en el centro del proceso, promoviendo la revictimización[26].

En mi opinión, la primera objeción en realidad es un malentendido[27]: por supuesto, ninguna definición de consentimiento podría cambiar el derecho fundamental al debido proceso y la obligación de la parte acusadora de probar su acusación. La presunción de

[25] Especialmente el informe emitido por el CGPJ consideraba que esta definición cambiaba las reglas de la carga de la prueba e imponía al acusado el deber de probar que el consentimiento había sido prestado; vid. también DÍEZ RIPOLLÉS en: DE VICENTE REMESAL, J. *et al*. (ed.), LH-Luzón Peña, II, 2020, pp. 1551, 1561.

[26] Cfr., por ejemplo, PALMER, T., Distinguishing sex from sexual violation. Consent, negotiation and freedom to negotiate, en: REED, A./BOHLANDER. M./WAKE, N./SMITH, E. (ed.), Consent. Domestic and Comparative Perspectives, Routledge 2017, pp. 13 y ss.; FARALDO CABANA en: ACALE SÁNCHEZ/MIRANDA RODRIGUES/NIETO MARTÍN (ed.), Reformas penales, 2021, p. 273, ambas con referencias adicionales.

[27] Sin embargo, el Anteproyecto fomentaba este malentendido al utilizar una definición que podía llevar a pensar que el legislador quería realmente exigir un acuerdo verbal expreso, y al decir expresamente en la exposición de motivos (IV.) que uno de los objetivos de la reforma era "reorientar las normas de la prueba". El Proyecto ha reformulado la definición, como se ha indicado, y, significativamente, eliminando esta perturbadora referencia a la finalidad de cambiar las reglas de carga de la prueba de la exposición de motivos; también en contra de esta formulación ("incomprensible") ACALE SÁNCHEZ en: Sistema Penal Crítico 2021, p. 161.

inocencia, como fundamento constitucional, está muy por encima de cualquier formulación legal en el CP. Si se examina la jurisprudencia habitual en este ámbito, la discusión probatoria que suele producirse se refiere casi siempre a la cuestión de la credibilidad del supuesto sujeto pasivo. No veo cómo podría cambiar esto con la definición de consentimiento que ahora se incorpora.

Lo mismo cabría decir en cuanto a las preocupaciones relativas al requisito de "voluntad clara" en la definición de consentimiento: si la definición se lee de forma exhaustiva, es obvio que establece una definición conductual/performativa del consentimiento, pero flexible: no excluye las formas no verbales. El único elemento realmente nuevo[28] reside en el subrayado expreso por parte del legislador de que el posible autor tiene que examinar la situación activamente para detectar el consentimiento, y no puede basarse en la ausencia de resistencia o en un "no" expreso para seguir adelante: dicho de otro modo: no hay aquí ámbar, debe haber verde para actual. El posible sujeto activo debe comprobar la existencia de consentimiento, no imaginárselo[29]. No se aprecia aquí ningún cambio de la realidad jurídica: sólo supone una aclaración para los casos en que pueda haber una parálisis de la víctima o una situación ambigua. Ni siquiera es seguro que se trate de un nuevo acto simbólico "promocional" por parte del legislador; también podría darse el caso, como ya se ha dicho, de que esta definición sólo se ajuste a una nueva forma mayoritaria de entender la vida sexual (y las relaciones entre mujeres y hombres).

III. ALGUNA CONCLUSIÓN

A la hora de evaluar el proceso de reforma español, se puede afirmar, en primer lugar, que el impacto de los cambios propuestos será menor de lo que podría inferirse de la controvertida discusión social y teórica habida: los delitos sexuales españoles ya se basan en la existencia del consentimiento. Segundo: la nueva regulación unificada de las

[28] De hecho, la regulación actual, carente de definición del consentimiento, ya podría entenderse en el sentido de la nueva definición: la sentencia del Tribunal Supremo en el caso "La Manada" lo muestra claramente: no hubo un "no", pero una interpretación de los hechos lleva a la conclusión obvia -ahora y en el futuro, creo- de que ella no consintió.

[29] Si se entienden correctamente los deberes del posible infractor (hombre) en cuanto a la interpretación de si existe un consentimiento válido por parte de su pareja (mujer) (¿ha bebido demasiado o su consentimiento sigue siendo válido?), hay argumentos de peso para establecer una disposición sobre la imprudencia. Si esto no se hace (y el proyecto no lo hace), significará que la regulación del error de tipo en el art. 14 CP conducirá a los tribunales al dilema o bien de condenar por conducta dolosa (que es lo que hace la jurisprudencia actualmente en lo que se alcanza a ver) o bien absolver a quien imprudentemente no prestó la debida atención a cuál era el estado o la voluntad de su pareja. Especialmente si se consideran los casos de parálisis de la víctima y de posible falta de consentimiento por intoxicación, la falta de una previsión de la conducta imprudente parece un error.

hipótesis de coacción y los supuestos de falta de consentimiento no vulnera el principio de proporcionalidad, y la nueva definición del consentimiento no supone un cambio en la comprensión de esta institución dogmática. No es una solución mágica, pero tampoco un desastre.

También cabe concluir del debate, por otra parte, que las nuevas voces, en particular las procedentes de la literatura anglosajona, que subrayan que un enfoque rígido del consentimiento tradicional no está exento de problemas (y que, en cambio, reclaman una concepción "relacional" o "comunicativa", "conductual", del consentimiento[30]) merecen ser escuchadas. La naturaleza necesariamente compleja, ambigua, interdependiente e intersubjetiva de la interacción sexual indica que la referencia a las circunstancias concretas de lo que está ocurriendo y a la relación entre los miembros de la pareja -las "circunstancias" del art. 36.2 del Convenio de Estambul- debe ser un elemento central de la interpretación de los hechos. El significado del comportamiento en este ámbito simplemente no puede demarcarse fenomenológicamente mediante un esquema rígido de consentimiento sí/no -como si se tratara del consentimiento informado respecto de una operación quirúrgica- en el caso de una interacción densa y compleja como es el sexo[31]. Esto no se debe a que la delimitación sea difícil -siempre lo es en las ciencias sociales y en el razonamiento jurídico-, sino a que, al intentar constreñir los hechos en una foto fija a través del concepto de consentimiento tradicional, se reducen a un esquema en blanco y negro que es incapaz de acomodar la realidad del contacto sexual. Fijarse sólo en el consentimiento no da cuenta suficientemente del nivel interdependiente e intersubjetivo en el que se produce el comportamiento sexual.

* * * * * *

[30] No deberíamos quedarnos atascados en una discusión sobre si esta evaluación de la interacción debe seguir etiquetándose como "consentimiento". Vid. sólo PALMER en: REED/BOHLANDER/WAKE/SMITH (ed.), Consent, 2017, pp. 9, 16; HERRING, J., Relational autonomy and consent, en: REED/BOHLANDER/WAKE/SMITH (ed.), Consent, 2017, pp. 25, 33; en España, cfr., por todos, FARALDO CABANA en: ACALE SÁNCHEZ/MIRANDA RODRIGUES/NIETO MARTÍN (ed.), Reformas penales, 2021, pp. 265, 276.

[31] He tratado de desarrollar criterios de imputación más allá del consentimiento para los casos en el ámbito paralelo de las empresas de riesgo conjunto que acaban perjudicando a una de las personas implicadas (tratados entre nosotros como casos de "autopuesta en peligro" o de "imputación al ámbito de la víctima", y en la literatura angloamericana como problemas de "culpa comparativa" o "negligencia contributiva") en CANCIO MELIÁ, M., Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal, 3ª ed., Bdf , 2022.

Prof. Dra. Maria Fernanda da Palma Pereira

Catedrática de Derecho Penal. Univ. de Lisboa, Portugal. Socia de la FICP.

~ Conflicto o contribución de la Inteligencia Artificial ante la teoría general de la infracción criminal~

I. EL DESAFÍO CENTRAL QUE PLANTEA LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL A LA TRADICIÓN DE LA TEORÍA GENERAL DE LA RESPONSABILIDAD. DIFERENCIACIÓN DE SITUACIONES.

La inteligencia artificial, al modificar el modo de ser de la actividad humana, impone un primer gran problema a los sistemas penales contemporáneos, bien conocido en la teoría de la responsabilidad general: hasta qué punto debe mantenerse el paradigma del control personal y directo de las consecuencias de la actividad o, por el contrario, debe ser sustituido por la mera producción de riesgos, incluso en un contexto de una cierta imprevisibilidad.

Las posibilidades de producción de riesgos por parte de entes autónomos que, en determinados casos, son capaces de actualizar decisiones de comportamiento imprevistas o incluso imprevisibles ante las situaciones a las que se enfrentan –hablo por ejemplo de los vehículos autónomos o de algunos robots dotados de esta capacidad–, permitiría dos actitudes opuestas: la sustracción de las consecuencias del ámbito de la responsabilidad penal pura y simplemente con el argumento de que ni siquiera habría acción, ya que la relación entre la actividad lesiva de la máquina y cualquier momento subjetivo-final o psíquico no existiría; o, por el contrario, la aceptación de cierta responsabilidad omisiva muy amplia por la no evitación de un resultado, a pesar de que el agente que detenta la posición de garante carece de un control efectivo sobre las consecuencias o, según otro criterio, la capacidad de acción.

Si esta contraposición es bien conocida en la teoría del delito y corresponde a una opción sobre la articulación entre libertad y responsabilidad de orden constitucional, las nuevas situaciones que genera la inteligencia artificial en el caso de los entes autónomos plantean el problema de saber si el punto de partida o, dicho de otro modo, el objeto de valoración fundamental de la responsabilidad penal es la articulación directa entre la mente y la conducta física o si esta articulación no corresponderá a un mito causalista y de alguna manera a la idea naturalista que las propias neurociencias han enfatizado de una fusión monista entre cuerpo y mente. He aquí, pues, el desafío de la inteligencia

artificial al desvincular el acto físico y la decisión de actuar de los actos mentales, si consideramos la intervención humana previa. Este desafío consiste precisamente en la cuestión de saber si la base del sistema no deberá entenderse en sentido funcionalista como una función de control superior y objeto de reflexión en lugar de basarse en el modelo humano de acción en la perspectiva causal-finalista. Una visión de tipo funcionalista vendría impuesta no por elección metodológica, sino por la propia naturaleza de la nueva realidad. El dualismo mente-cuerpo sería tan sólo el resultado del desarrollo científico y tecnológico y no algo existente *ab initio* desde una perspectiva cartesiana. Lo que no resulta del modo de actuar humano históricamente conocido, el dualismo mente-cuerpo, a pesar de las interpretaciones metafísicas, se convertiría en un esquema marco de la articulación entre el punto de partida humano y la acción de entes autónomos. Pero el dualismo conduce necesariamente a la consideración de la no causalidad y de un modelo de mera coincidencia o concomitancia entre un cierto estado mental y un determinado resultado de los hechos consecuentes.

Así, en un mundo en el que la mente humana ya no puede controlar al ente autónomo, a pesar de que lejanamente haya iniciado el proceso de acción, los elementos mentalistas del agente humano únicamente justificarían una censura como coincidencia o, a lo sumo, en virtud de la previsibilidad del curso real de los acontecimientos.

Sin embargo, esta solución dualista no deja de ser una desarticulación entre libertad y responsabilidad, ya que el agente humano podría ser hecho responsable a pesar de carecer de alternativas de acción que todos podamos experimentar. De hecho, en un universo dualista, no habrá lugar para ninguna relación entre libertad y responsabilidad, sino tan sólo una posible responsabilidad por lo que se pensó de forma inconsecuente.

De mantener un esquema de libertad-responsabilidad, será necesario entender bien hasta qué punto los agentes humanos tienen control sobre las consecuencias y podrán evitarlas y, en el caso de esta imposibilidad, si aún tendrá sentido cualquier esquema de responsabilidad; es decir, si los agentes artificiales no terminarán por suscitar, cuando sean absolutamente autónomos, una especie de otra naturaleza, incontrolable para nosotros.

Intentar mantener hasta el límite una articulación entre libertad y responsabilidad parece exigible en función de la aceptabilidad de las normas por parte de los destinatarios y, en este sentido, como ya han defendido varios autores, conviene organizar una diferenciación de situaciones típicas:

- En primer lugar, las situaciones en las que se puede hablar de conductividad en términos cibernéticos en todo el proceso de actuación del ente autónomo;
- En segundo lugar, las situaciones de mero control inicial del agente humano, pero con previsibilidad de los momentos siguientes;
- En tercer lugar, los casos de control a través de la programación y del algoritmo, pero sin control efectivo por un agente humano directo;
- En cuarto lugar, los casos de autonomía de un agente artificial como *machine learning* sin posibilidad ulterior de interferencia y sin previsibilidad con respecto a la decisión del agente autónomo artificial.

Como puede verse, en estos diferentes casos, a veces hay una rendija del control y la evitabilidad que caracterizan la función normal de la acción libre. que justifica la responsabilidad, mientras que en otros casos ha dejado de existir.

La pregunta que se plantea es saber si, aun así, en los últimos casos, no estaría justificada una responsabilidad por la propia creación de una situación impredecible para el agente, una responsabilidad por el puro riesgo asociado a lo desconocido y a la evolución algorítmica inaccesible para los agentes humanos, como sucede en las *actiones liberae in causa*.

II. PARALELISMOS ENTRE LA AUTORÍA MEDIATA Y LOS CASOS DE UTILIZACIÓN DE ENTES ARTIFICIALES AUTÓNOMOS

Este problema tiene un paralelismo con dos tipos de situaciones conocidas de la teoría del delito: la responsabilidad por autoría mediata, tanto en el caso de agentes inimputables como en el de “autores de escritorio”. También aquí puede plantearse el problema de una decisión autónoma ulterior como un mecanismo puesto en marcha y no controlable hasta el límite, en el que la realización y la dimensión del hecho delictivo deja de ser evitable. La reflexión sobre los límites de la responsabilidad de los agentes humanos ante los entes autónomos nos lleva a pensar en la enseñanza que traen estos casos y viceversa.

La cuestión central siempre es si una responsabilidad basada en la pura creación de un ente con decisiones eventualmente contrarias a los límites éticos aceptables de la acción humana tolerable está plenamente justificada o si, razonando en términos estadísticos, las ventajas de estas tecnologías, en el ejemplo de los coches autónomos, no nos llevarían a considerar permisible el riesgo. La cuestión de la responsabilidad es, por

tanto, una opción sobre el sentido de la relación entre libertad, responsabilidad y utilidad colectiva que se plantea como problema de política penal.

Se suscitan tres problemas entonces:

- El primero se relaciona con el concepto mismo de acción típica, relevante a los efectos de la determinación del inicio de la tentativa en la autoría mediata;
- El segundo tiene que ver con el contenido del dolo, su criterio y su alcance;
- El tercero se refiere a la posible relevancia de la autoría mediata en el comportamiento negligente.

En cuanto a la acción típica, se la podría admitir sin conexión física con la acción causal en situaciones específicas de puesta en marcha de un proceso que, posteriormente, resulta imparable, ya que allí también el ente artificial aparecería como una extensión del humano. Incluso tratándose de decisiones ulteriores autónomas, estaríamos ante una situación próxima de las ya conocidas y de los criterios utilizados por la doctrina.

III. LOS PROBLEMAS DEL DOLO

El contenido del dolo, empero, ha de ser repensado, pues es dudoso que la exigencia de una predicción concreta en relación al hecho se constate con objetividad y sin recurrir a la estandarización de un hombre medio en situaciones de decisión ulterior autónoma. En estos casos, si, como siempre he sostenido, no queremos ficcionalizar la predicción y respetamos las concepciones comunes de la representación del hecho por parte de los destinatarios de las normas, el problema a resolver es si una especie de mera conciencia de una posibilidad mínima, inferida por el conocimiento técnico del agente humano en una fase de programación o de utilización, será aceptable dado el alto riesgo posterior, en caso de que éste fuere previsible. ¿La idea de una especie de ceguera o indiferencia será suficiente?

Mi respuesta sería afirmativa en función de la conjugación de un alto riesgo previsto, de una aceptación del mismo en función del interés y con exclusión de una confianza basada, por ejemplo, en una experiencia previa o en una especie de creencia tecnológica. En todo caso, el dolo, sin perder la continuidad con los criterios más exigentes de los casos tradicionales, requiere una revisión práctica de los criterios.

IV. LAS CUESTIONES DE CULPABILIDAD.

Por último, también en estos casos que empiezan a plantearse, la culpabilidad personal suscita la oposición entre una responsabilidad basada en la capacidad de motivación por la norma (una mezcla de ética de la actitud y de ética de la responsabilidad) y una responsabilidad más orientada a la denominada ética de la responsabilidad en la línea de la distinción establecida por Max WEBER.

En estas nuevas situaciones, la repercusión del principio de precaución no puede ser desestimada desde la perspectiva de lo válido para la bioética, en los términos formulados por Hans JONAS. Una mayor responsabilidad ante las incertidumbres y los riesgos condicionará el margen de disculpa, pero también es cierto, como sostuvo el inolvidable Arthur KAUFMANN, que ante las necesidades humanas de utilización de nuevas tecnologías, hay que buscar una fórmula de tolerancia, en la que se contrapesen el mínimo daño posible al mayor número de personas (a la manera del utilitarismo negativo de TAMMELO) con el máximo bien posible para el mayor número de personas. La disculpa pasará así por criterios de justicia ya conocidos y que introducirán en el principio de culpa y en la disculpa la urgencia de nuevas reflexiones.

* * * * * *

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Bernd Schünemann

Catedrático emér. de Derecho Penal, Procesal Penal y Teoría del Derecho. Univ. de Múnich, Alemania. Socio de Honor de la FICP.

~Unas observaciones sobre la doctrina penal del Estado de Derecho liberal en el siglo XXI~

I. PRIMERA PARTE

Dado que aquí puedo dar sólo un panorama muy breve de la cuestión, para el texto completo de mi intervención de hoy tengo que remitirme al número 9/2020 de Libertas en homenaje a Diego-Manuel LUZÓN-PEÑA, página 23 y siguientes. Al mismo tiempo, quisiera aprovechar la presencia hoy de tantos destacados penalistas del mundo hispanohablante para hacer un llamamiento a ustedes, para que preserven y sigan desarrollando la doctrina penal del Estado de Derecho liberal, que, paradójicamente, en el mundo germanohablante, donde más perfectamente se desarrolló en el siglo pasado, está siendo atacada desde muchas direcciones y ha pasado a ocupar una posición meramente defensiva.

II. SEGUNDA PARTE

1. Por "doctrina penal liberal" entiendo el grandioso intento de encontrar un nuevo paradigma, cada vez más humano, mediante la superación de la visión mágica del mundo y de su "doloroso", en realidad bestial Derecho (penal) y de la locura religiosa que conllevaba su peor furia (persecuciones de herejes y brujas), cuyos elementos centrales han sido formulados en la Ilustración por Beccaria y Feuerbach en el transcurso de pocas décadas. De acuerdo con los rasgos definitorios del sistema general de presupuestos para la imposición de la sanción penal estatal (con el desarrollo del concepto de delito como su núcleo), la sanción penal estatal es, en consecuencia, (1) no un proceso metafísico, sino (2) una amarga necesidad como ultima ratio para la protección de los bienes jurídicos indispensables del individuo y de la comunidad. La imposición de la sanción penal estatal presupone, (3) tanto según el concepto teleológico-racional de la prevención general amenazadora, como así también (4) para la necesaria legitimación frente al delincuente, la evitabilidad individual y, por tanto, la reprochabilidad de su actuar, lo que incluye (5) la validez efectiva de la norma penal antes del hecho y (6) su promulgación por la autoridad que posee la máxima legitimidad en la sociedad humana. Para ello es

fundamental el anclaje en la teoría de todo Estado constitucional democrático basada en la idea del contrato social.

2. Durante más de dos siglos, la doctrina penal liberal pudo entonces imponerse en el centro. La doctrina del daño social como fundamento y límite del Derecho penal encontró incluso su camino en la primera Constitución moderna de Europa, a saber, la francesa de 1791. La historia de la doctrina del daño social en el mundo germanohablante constituye la historia de su creciente refinamiento. Aquí fue surgiendo gradualmente la vanguardia de la doctrina penal liberal, que, tras su parálisis por la expulsión y la traición en la dictadura nazi, experimentó un renacimiento en la segunda mitad del siglo XX. La teoría de BECCARIA del daño social se transformó en la doctrina de la protección de los bienes jurídicos, que, en el plano de la interpretación del tipo penal en conjunción con la prohibición de la analogía, inició una marcha metodológica triunfal, mientras que no pudo establecerse finalmente como límite constitucional de la legislación penal, pero siempre ha estado en el centro de la discusión. La realización completa del principio de culpabilidad fue un largo proceso que condujo a una elaboración cada vez más sutil del sistema del delito y de la distinción entre el injusto y la culpabilidad que es fundamental para él, sobre todo a través de las diferenciaciones de la teoría del error.

3. Me gustaría nombrar específicamente dos rasgos que se desarrollaron más plenamente en la última fase de este vistazo retrospectivo que estoy haciendo en muy grandes líneas: en términos metodológicos, la estrecha interconexión en el sistema, que precisamente no sólo crea un orden externo, sino que contiene múltiples relaciones de derivación. Un "núcleo central en la red de interconexiones" paradigmático está formado, por ejemplo, por la finalidad del Derecho penal de "protección de los bienes jurídicos mediante la prevención general amenazadora", que presupone la evitabilidad individual del acto prohibido y, por tanto, la culpabilidad, que también es indispensable como requisito para la legitimación, y además marca la lesión de los bienes jurídicos objetivamente y subjetivamente controlados por el autor como el núcleo de la materia de prohibición del Derecho penal, que a su vez tiende el puente hacia el concepto del dominio del hecho como fundamento de autoría. El mejor camino para la concretización de estos fundamentos es desarrollar el método tipológico de interpretación del Derecho, que, desde que fue descifrado lógicamente, se ha utilizado aún demasiado poco. Este método ofrece, por ejemplo, avances decisivos en la doctrina del autor: los delitos de dominio, de infracción de deber y de propia mano, que en el caso de Roxin seguían sin

estar relacionados entre sí, pueden relacionarse entre sí como concreciones del tipo general de autoría de "dominio sobre la causa del resultado".

III. TERCERA PARTE

1. El cuestionamiento de la autocomprensión, la coherencia y la utilidad de la elaborada dogmática penal sistemática, que comenzó con énfasis hace más de 2 décadas, dio lugar a agudas y perpetuas críticas que reclamaban la insuficiencia de esta, a sus ojos, dogmática específicamente alemana, tanto en el ámbito internacional como en su actitud de arrogancia hacia la jurisprudencia y legislación. Ya he explicado las razones por las que considero que toda la campaña es errónea y en parte poco seria con suficiente frecuencia y no es necesario repetirlas aquí, pero me gustaría llamar la atención sobre la estructura profunda de la controversia, y resumir mi anticrítica muy brevemente: La rivalidad superficial acerca de si predomina mundialmente la concepción inglesa o la alemana de Derecho penal se basa en un desacuerdo sobre la relevancia social de la doctrina penal, a la que se quiere despojar de su ímpetu liberal y reducirla al papel de *ancilla potestatis*, es decir, como sierva del poder. Al mismo tiempo se trata de las condiciones de cientificidad de la dogmática del Derecho penal, pero precisamente sobre esta cuestión crucial no se lee una palabra de los críticos citados.

2. Los continuos esfuerzos por socavar *metodológicamente* la doctrina penal liberal van acompañados, en cuanto al *contenido*, de intentos de hacer saltar por los aires sus dos fundamentos, a saber, el principio de protección de bienes jurídicos y el principio de culpabilidad.

a) El principio de la protección de bienes jurídicos es todavía hoy mundialmente el único principio elaborado que es capaz de trazar límites sistemáticamente derivados al poder punible, cuyo carácter de "horridez" trataré en breve. Rechazarlo por su carácter abstracto supone desconocer tanto su enriquecimiento histórico como los logros de la interpretación jurídica tipológica moderna con la ayuda de los contraconceptos (bien jurídico frente a forma de vida), como los casos de evidencia (los derechos innatos que preceden a toda estatalidad), y con la diferenciación según los rasgos diferentes y su compensación mediante la elaboración de perfiles. La acusación de "apartarse de la democracia" que se plantea junto a esto, en la medida en que echa de menos el concepto de bien jurídico en la Ley Fundamental de Alemania, es una jurisprudencia ligada a lo literal que no debe tomarse en serio; en la medida en que se refiere a la doctrina de los derechos fundamentales, por ejemplo en el Derecho mercantil, de arrendamiento o fiscal,

y en última instancia al principio de proporcionalidad para la permisibilidad de las restricciones, ignora el singular carácter de "horridez" que posee el Derecho penal; y en la medida en que finalmente nivela la limitación (ajustada a los derechos humanos) del poder punible bajo el lema de la "democraticidad", se degrada hasta convertirse en el lacayo de una legislación penal cada vez más autoritaria, que ya está anclada institucionalmente a nivel de la UE y que puede ser percibida por todo observador atento del proceso legislativo a nivel nacional.

b) Por lo tanto, no es casualidad que los mismos críticos de lo que consideran una dogmática penal (demasiado) alemana se hayan esforzado por *erosionar* parcialmente el *principio de culpabilidad*, que es el segundo bastión del Derecho penal liberal, otorgando al legislador la competencia para regular autoritativamente los sujetos y principios de imputación e incorporando del *common law* la responsabilidad penal de las personas jurídicas, que opera en muchos aspectos fuera del principio de culpabilidad. No es necesario repetir aquí lo que hay de erróneo y de inconcluso en esto, pero independientemente del fracaso preliminar de este proyecto en Alemania, se indica una referencia a los dos puntos ciegos que siguen dominando la discusión: El hecho de que en el proyecto del gobierno federal ya no se hable de "pena" sino de "sanción" de forma supuestamente astuta, no puede, por supuesto, en su carácter de etiquetado engañoso cambiar la naturaleza del asunto, de que la "sanción monetaria" - porque ella (a diferencia de la multa de la ley de infracciones administrativas que rige ahora) se impondría *junto con* el decomiso de los beneficios, sin condiciones previas, sólo "quia peccatum est" y además se amenazaría en una cantidad muy alta - tenga todas las características conceptuales de la multa. Y el hecho de que tenga que ser pagada materialmente por los empleados y socios/accionistas inocentes, que por regla general ni siquiera tienen el poder a evitarlo, añade un elemento material a la violación formal del principio de culpabilidad. Una doctrina penal que acepta esto ya no es liberal.

3. Por supuesto, hay que tener cuidado con el error, que recientemente se ha vuelto a difundir, de que el principio de culpabilidad hace superflua la limitación del Derecho penal por el principio de protección de los bienes jurídicos. Históricamente, el efecto liberal del principio de culpabilidad es un mero efecto secundario de la teoría de la retribución, que, por haber surgido de la teología cristiana del pecado original y del Juicio Final, no sólo limita el castigo del ilícito, sino que, por el contrario, lo hace necesario para el establecimiento de la justicia y, por tanto, si es el enfoque dominante, exige de hecho

una pena, por pequeña que sea, para toda violación de las normas, por leve que sea. Sin el rechazo de una teoría de la retribución afirmativa en este sentido, no hay, por tanto, doctrina penal liberal. Una razón suficiente para la retribución la proporciona ya la emoción de la parte perjudicada, a través de la cual se desenmascara como venganza, mientras que la justicia compensadora sólo exige reparación. La retribución de un dolor con un otro dolor, de una pérdida con una otra pérdida, sin embargo, no compensa nada, sino que duplica el daño. Por lo tanto, todavía representa un residuo del pensamiento mágico-escatológico y una carga explosiva en la doctrina penal liberal si la teoría de la pena -al igual que Immanuel KANT hace más de 200 años- no puede desprenderse de la ideología de la retribución (a estas tendencias las llamo no neo-, sino "retrokantianas") o de un formalismo que la reformule al estilo de HEGEL (a éstas las llamo no neo-, sino "retrohegelianas").

a) En este marco tan estrecho puedo dedicar sólo unas palabras a los retrokantianos y, por tratarlos tan brevemente, la crítica puede sonar arrogante. Al intentar restaurar la teoría de la retribución, que había sido fundada durante milenios con la ayuda del giro teológico, incluso sin aderezo religioso, KANT ha canjeado, en cualquier caso, en su ejemplo insular, las condiciones necesarias con las suficientes y también ha anulado un importante logro de la Ilustración, a saber, la limitación de las cosas terrenales a los fines terrenales. En otros ejemplos, llegó a delatar la potencia liberal que poseería una teoría de la retribución sostenida consecuentemente según el principio del Talión: quiso castigar la violación sexual con la castración del autor, la sodomía con la expulsión de por vida de la sociedad humana, en lo que se expresa sin tapujos el verdadero carácter del castigo penal que ha prevalecido a lo largo de los milenios, a saber, su *overkill* (exceso o abuso).

Aunque la bestialidad del Derecho penal estatal es una constante en la historia del Derecho y el modo de hablar sobre la mera retribución queda así estampado como uno de los eufemismos más pérfidos de la historia cultural de la humanidad, esto no ha podido impedir que un montón de teorías retributivas volvieran a propagarse hoy en día para justificar la pena. Sólo mencionaré la teoría de la ventaja injusta o lo que yo llamo la teoría enmascarada de la venganza, que pretende el interés de la parte perjudicada en la satisfacción y, al hacerlo, ha entrado en una alianza impía con el feminismo que está aparentemente condenado a la victoria por el espíritu de la época.

Sólo el concebir el carácter *overkill* de la pena, el que sigue dominando hoy en día a pesar de su humanización en el caso de los reproches graves, con la excepción de los

delitos contra la vida, proporciona la base lógico-material para el núcleo objetivo riguroso del Derecho penal liberal en forma de su limitación a la *ultima ratio* de la protección de los bienes jurídicos. Y por lo tanto al mismo tiempo su anclaje en cualquier constitución estatal que pueda legitimarse ante la figura de pensamiento del contrato social. Por eso la constatación sencilla, pero durante dos mil años suprimido por una jurisprudencia como criada de la teología, que la pena no es mera retribución sino *overkill*, en el sentido que la pena es más grave que el delito, es non solo una aclaración lingüística sino también y primeramente el único fundamento por el desarrollo de los límites del derecho penal en cada estado democrático y liberal.

b) Acerca de los retrohegelianos habría que extenderse aún más, pero debo ser aún más breve. Tenemos ante nosotros una escuela en sentido estricto, con Günther JAKOBS a la cabeza y ramificaciones alemanas, españolas y latinoamericanas, cuyo mundo se mantiene unido por una teoría comunicativa de la pena que quiere ver el fin de la pena en el aseguramiento cognitivo de la validez de la norma, su sentido en contradecir la negación de la validez por parte del delincuente. Quien en el trasfondo de esto no escuche las palabras de HEGEL de la negación de la negación del Derecho, tiene que tener oídos sordos, por lo que la veneración generalizada a un funcionalismo atribuido a JAKOBS, especialmente en los países andinos, es un malentendido. En realidad, en mi opinión, se trata de desplazar el problema de la legitimidad, que es grave debido al objeto brutal, a un nivel superfluo del reflejo comunicativo, lo que produce la ilustrada conclusión circular de que se puede reaccionar a toda violación de las normas con una pena. El hecho de que la teoría del Derecho penal del enemigo haya surgido en este caldo de cultivo es, por tanto, consecuente en la medida en que los enemigos, en el sentido de JAKOBS, se habrían apartado permanentemente de las normas vigentes, es decir, habrían comunicado una especie de negación general de la validez, que legitimaría una eliminación general.

Para un retrohegeliano, por tanto, los límites del poder penal del Estado inherentes al Derecho penal liberal pierden su indestructibilidad -pero recientemente también su efecto legitimador, ya que PAWLIK dio la vuelta a la idea de su maestro JAKOBS del Derecho penal del ciudadano al inventar un "deber de cooperación" especial penal (en lugar del mero deber de abstenerse de dañar a los demás y a la sociedad en sus bienes jurídicos) y negarlo a los "socialmente excluidos". La rama española de la Escuela de JAKOBS (en forma de SILVA-SÁNCHEZ y COCA VILA) derivó de ello la tesis de que en los tiempos modernos la existencia de meros "semiciudadanos" es la regla y que, por tanto,

la duración de la pena dependería necesariamente de lo intenso que fuera su vinculación política con la comunidad. Se podría considerar como leve arabesco lingüístico a esta ilusión consistente en el artificio lingüístico de reformular la prohibición de daño en la violación de un deber de cooperación, si no fuera porque, a través de su rechazo explícito del principio de protección de los bienes jurídicos, hace estallar el fundamento del Derecho penal liberal y permite así la penalización de todo deber cívico justamente respecto de los "ciudadanos de pleno derecho" y, por lo tanto, sustituiría la protection de los bienes jurídicos como el umbral necesario del *overkill* de la pena por el mero incumplimiento del deber, al igual que en la teoría de la escuela de Kiel elaborada de DAHM y SCHAFFSTEIN en mil novecientos treinta y tres y siguientes.

IV. CUARTA PARTE

1. Para concluir mis reflexiones, me gustaría extraer muy brevemente las consecuencias para la dogmática de la participación que se derivan de la concepción liberal del Derecho penal. Como el autor es quien tiene el dominio sobre causa de la violación de los bienes jurídicos, el concepto de la autoría unitaria significa solo, por tanto, una denominación tautológica para la autoría y la participación como vehículo de remisión para la consecuencia jurídica de la participación a la consecuencia jurídica de la autoría en el sentido propio de las descripciones típicas. Esta aclaración no es tampoco algo así como una sutileza terminológica, sino que, de la naturaleza de las cosas, (en el sentido de la teoría de las normas), se deriva que los tipos de la Parte Especial establecen los presupuestos de la autoría y la punibilidad de inductores y cómplices sólo se puede fundamentar a través de las figuras jurídicas, no contenidas en los tipos de la Parte Especial, de la inducción o la complicidad.

2. La tarea dogmática de crear un sistema de imputación individual adecuado a la finalidad del Derecho penal se dificulta notablemente con la figura jurídica de la autoría unitaria, si es que no se hace incluso imposible. Una graduación justa de las consecuencias jurídicas resulta impedida por ella. Y puede servir de vehículo para una ampliación de la punibilidad hacia el ámbito de los actos preparatorios, insoportable desde la perspectiva del Estado de Derecho. Diego-Manuel LUZÓN PEÑA, mi amigo tan cercano e interlocutor científico serio y de confianza desde hace muchas décadas, no sólo ha prestado destacados servicios de forma sobresaliente a la dogmática jurídico-penal en general y al intercambio científico hispano-alemán, sino que ha desarrollado, resaltado y defendido muy especialmente el carácter irrenunciable de una dogmática altamente desarrollada para una

justicia penal propia del Estado de Derecho, constituyendo la teoría de la autoría una de las piezas brillantes de su obra, nuevamente en su monografía profunda sobre los delitos de comisión por omisión. Con esta modesta contribución en su honor deseo dar un pequeño paso más juntos en este camino.

* * * * * *

Prof. Dr. Andrea Castaldo

Catedrático de Derecho Penal. Univ. de Salerno. Abogado, Salerno, Italia. Socio de la FICP.

~*The noise* (el rumor): el desafío de la A.I. (inteligencia artificial) entre predicción y manipulación de la realidad~

La previsibilidad del resultado de una disputa -o de su posible ocurrencia- responde ciertamente al principio de expectativas legítimas. En el contexto que hoy nos ocupa, cabe preguntarnos si es posible poder predecir una sentencia de un juez con una buena dosis de certeza.

Bien puede suceder que dos jueces tomen decisiones diferentes para casos similares. Esto sucede por el "ruido" o por las variables en los juicios que abstractamente deberían ser idénticos, lo cual resulta en una pérdida de verdad en el juicio. “Nihil novi sub sole”: todos cometen errores en la evaluación.

La psicología del comportamiento ya ha estudiado este fenómeno y ha sido definida en su valor jurídico y penal con el llamado "sesgo cognitivo" u oblicuidad, las distorsiones que cada uno de nosotros, conscientemente o no, aplicamos en el juicio.

Los "sesgos cognitivos" son construcciones basadas, fuera del juicio crítico, en percepciones erróneas o deformadas, en prejuicios e ideologías. La mayoría de las veces, estos son errores cognitivos impactan en la vida cotidiana, no solo en las decisiones y comportamientos, sino también en los procesos de pensamiento.

A esto, hoy, se suma el "ruido", que sistemática e inevitablemente produce una distorsión. El "ruido" identifica la variación de juicios que deberían ser idénticos entre sí. Se diferencia del "sesgo" que representa más genéricamente el prejuicio, el error direccional predecible en las decisiones humanas.

El ruido es una variabilidad no deseada en el juicio profesional. El sesgo, por otro lado, es más bien la tendencia de un individuo a utilizar los mismos patrones de toma de decisiones en situaciones similares. A pesar de las grandes diferencias entre estos dos conceptos, ambos representan errores de juicio.

Para comprender mejor cómo y cuánto afecta realmente el "ruido", puede ser útil el estudio realizado por el premio Nobel de economía Daniel KAHNEMAN, quien demostró la existencia del "ruido" en todo juicio humano.

El estudio ha evidenciado cómo nuestros juicios, incluso los profesionales, están condicionados por este "ruido". En las salas de audiencias, por ejemplo, se espera que el juez exprese su decisión con objetividad, siguiendo criterios objetivos de evaluación. Kahneman, por su parte, mostró que, incluso en sede judicial existe el "ruido" que contamina el trabajo del juez y sus convicciones.

Para ello, citó el siguiente experimento: 50 jueces estadounidenses de diferentes distritos se involucraron y se les pidió que decidieran los mismos casos. Sorprendentemente, por el mismo hecho, un juez dictó una pena de veinte años de prisión, mientras que otro juez optó por una pena de sólo tres años de prisión.

Para comprender si el resultado diferente se debe a la incidencia del "ruido", un estudio ha demostrado cómo el estado de ánimo de los jueces puede influir en sus juicios. De hecho, se ha señalado que, en los días posteriores a la derrota del equipo de la Ciudad, las sentencias de los jueces son más severas. Por el contrario, en los días posteriores a una victoria sus sentencias son más indulgentes.

En este contexto, podría ser legítimo, o al menos natural, pensar que la Inteligencia Artificial, los algoritmos, impermeables a las distorsiones humanas, son más fiables. Hoy en día, los algoritmos predictivos se utilizan en los más diversos campos para garantizar un juicio más justo y menos variable. Hay algoritmos que pueden predecir las habilidades y confiabilidad de los candidatos a un puesto de trabajo, simplemente con base en entrevistas de video, otros que pronto podrían usarse en las escuelas para predecir el nivel de atención y educación de los estudiantes.

Los complejos sistemas de inteligencia artificial ya se utilizan en varias partes del mundo para autos sin conductor, diagnósticos médicos, perros policía robóticos e incluso armas "inteligentes".

Todo esto puede dar lugar a escenarios distópicos, como el sistema de "puntuación social" -es decir, la asignación de una puntuación y premios relacionados en función de un comportamiento "virtuoso"- adoptado por China, en el que un algoritmo puede clasificar a los ciudadanos en función de cuánto respeta las reglas y cuánto muestra obediencia (en línea y fuera de línea) al partido. Otros riesgos, mucho más concretos, son la discriminación en el ámbito laboral por razón de sexo u orientación sexual o en perjuicio de determinadas minorías sociales en contextos de policía predictiva.

Por otra parte, el control de las emociones por parte de los sistemas de IA puede conducir a la manipulación del comportamiento de niños, ancianos u otros consumidores, explotando sus vulnerabilidades cognitivas e induciéndolos a elecciones comerciales no deseadas. Al mismo tiempo, estos sistemas automatizados suelen ser opacos y, por lo tanto, difíciles de impugnar.

Ahora bien, queda sin respuesta la pregunta de si el juicio humano o el juicio basado en sistemas de Inteligencia Artificial es más confiable. Si, como se mencionó, el "ruido" afecta nuestros juicios y nuestras elecciones, cabe preguntarnos si resulta posible que también afecte las estrategias en la base de la lucha contra los fenómenos criminales. Tomemos por ejemplo la lucha contra la corrupción.

En la medida en que afecta la percepción del fenómeno de la corrupción, el "ruido" puede conducir a la sobreproducción de normas destinadas a prevenir y combatir la corrupción. Sin embargo, de esta manera terminamos amplificando la idea de un fenómeno en constante expansión que no puede ser derrotado, también gracias al énfasis de los medios en la difusión de los casos de corrupción.

En estos términos, como podéis imaginar, una percepción distorsionada del fenómeno afecta también a las políticas de prevención, que siguen repitiéndose para intentar dar respuesta a la "petición de hacer algo".

La aparente ineficacia de las medidas preventivas condicionadas, como se mencionó, por el "ruido", termina por desviar las esperanzas de constatar el fenómeno en los jueces, quienes pueden sentirse con derecho a imponer severas sanciones para combatir el fenómeno. En definitiva: el "ruido" puede afectar al sistema anticorrupción tanto en la fase de análisis y percepción del fenómeno, como en las estrategias de prevención y represión.

Llegados a este punto, intentemos comprobar si la Inteligencia Artificial puede ayudar a limitar o eliminar el efecto del "ruido" en la lucha contra la corrupción. Como es bien sabido, la Inteligencia Artificial ha sido definida por Oxford Insights como "la próxima frontera de la anticorrupción".

En primer lugar, la contribución de la máquina puede ayudar a medir la corrupción de una manera más objetiva, desvinculándola de factores subjetivos como la percepción. La identificación de indicadores comunes y objetivos para medir la corrupción es el primer paso fundamental para mejorar las estrategias de prevención y represión.

En segundo lugar, la inteligencia artificial se puede utilizar para identificar los síntomas de corrupción antes de que ocurra. El estudio de la Escuela Superior de Económicas y la Universidad de Valladolid consiguió aislar los siguientes factores que conducen a la corrupción pública: la tributación de la propiedad, las subidas de precios y la presencia del mismo partido en el poder.

La investigación ha comprobado que la Inteligencia Artificial, gracias al análisis de estos datos, puede predecir el fenómeno de la corrupción hasta tres años antes de que se produzca. Desde el punto de vista de la represión, según Kahneman, la combinación de algoritmos con la decisión del juez sobre el monto de la pena puede reducir o eliminar las distorsiones por "ruido".

El uso del algoritmo en la decisión judicial puede generar sentencias más uniformes, independientemente del contexto emocional y "ruido" del juez individual. Menos discrecionalidad en la decisión garantizaría juicios más objetivos y menos contaminados por "ruido".

Una mayor objetividad en la aplicación de la sentencia ayudaría no solo al juez a tomar decisiones sin "ruido", sino que sería una forma de control para los mismos ciudadanos que, con 'algoritmos judiciales', tendrían mayor certeza en las condenas penales.

En conclusión, existen numerosos beneficios potenciales derivados de la aplicación de la Inteligencia Artificial a las estrategias anticorrupción.

Sin embargo, dado que la máquina aún no es capaz de aprender y generar resultados de forma completamente autónoma, habrá que evitar que los insumos que se le den a la máquina que ha de generar la decisión sean estropeados por el "ruido" humano.

Con otras palabras, el riesgo de confiar excesivamente en el potencial de la máquina podría subestimar el peligro de que la información que le transfieren los humanos se contamine con valoraciones subjetivas y parciales.

Por tanto, sólo la adecuada formación y "entrenamiento" de quienes tendrán la tarea de manejar la máquina o su total automatización puede garantizar el inicio de una nueva era anticorrupción.

* * * * *

Ponencias presentadas en el III Congreso Internacional de la FICP, Alcalá de Henares, 15 y 16 de septiembre de 2022*

Eduardo Ariza Ugalde
Doctorando de la Univ. de Barcelona, España. Socio de la FICP.

~Acerca de la nueva Ley Orgánica 4/2022, de 12 de abril, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, para penalizar el acoso a las mujeres que acuden a clínicas para la interrupción voluntaria del embarazo~

I. INTRODUCCIÓN: LA LEY ORGÁNICA 4/2022, DE 12 DE ABRIL

Recientemente, en España ha ganado protagonismo esa práctica legislativa que podríamos describir como *reforma penal de detalle*. Después de la aprobación del Código Penal de 1995, e incluso con anterioridad, las reformas penales se venían caracterizando por su globalidad o al menos por su profundidad. Siempre modificaban una diversidad notable de sus apartados, sin perjuicio de que, en ocasiones, la modificación de legislación conexa, como la LECrim, las leyes penales especiales, o cualquier aspecto de otras ramas del ordenamiento, como la responsabilidad civil, afectara tangencialmente a la redacción del Código Penal, en forma de reforma menor. Desde 2018, esta tendencia se ha invertido en favor de un número cada vez mayor de leyes orgánicas acotadas a un aspecto sumamente concreto de la legislación penal[1].

* Trabajos presentados en la convocatoria abierta a los miembros de la FICP, y seleccionados por la Dirección del Congreso como ponencias por su calidad**. Se publican ordenados alfabéticamente**.

[1] Desde su aprobación mediante la LO 10/1995, de 23 de noviembre, el vigente Código Penal ha sido objeto de una veintena reformas. Merece la pena señalar que el Legislador penal español siempre ha pecado de una cierta premura y un generoso populismo. En pocas palabras, no es que ahora tengamos a un Legislador terrible, frente a uno perfecto que lo precedió hace apenas un lustro. No obstante, sin ánimo de pontificar, las reformas impulsadas en los últimos años agravan los vicios tradicionales del Legislador a la vez que introducen carencias nuevas.

Junto a las dos grandes y profundas reformas operadas por las **LO 5/2010**, de 22 de junio, y la **LO 1/2015**, de 30 de marzo, siempre se han dado casos de reformas de carácter marginal, a menudo consecuencia indirecta de regulación de otra materia, como hemos mencionado. Este sería el caso de la Disposición Final 2ª de **LO 3/2011**, de 28 de enero, por la que se modifica la LO 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General; o de la **LO 7/2012**, de 27 de diciembre, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social.

Con anterioridad a 2015, la mayoría de las leyes que modificaron el Código Penal se caracterizaron por ser legislación focalizada en un área del Derecho Penal, es decir, que, a diferencia de las LLOO 5/2010 y 1/2015, no abordaban simultáneamente la reforma de diversas vertientes de la legislación criminal, sino

Quizás, por la inercia de la novedad, la nueva práctica legislativa se recibe con recelo. En las conversaciones informales entre juristas, a menudo, se oye aquello de que

que se centraban a un ámbito concreto, lo que no restaba profundidad al carácter de la reforma, toda vez que afectaba a una vasta diversidad de artículos -y a menudo incluso a legislación penal especializada- lo que en su conjunto otorgaba un protagonismo suficiente a la reforma penalista en el trámite parlamentario. Constituyen buenos ejemplos de esta práctica legislativa la **LO 2/1998**, de 15 de junio, por la que se modifican el Código Penal y la Ley de Enjuiciamiento Criminal; la **LO 11/1999**, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal, aprobado por la LO 10/1995, de 23 de noviembre; la **LO 14/1999**, de 9 de junio de modificación del Código Penal de 1995, en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; la **LO 7/2000**, de 22 de diciembre, de modificación de la LO 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal, y de la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, en relación con los delitos de terrorismo; la **LO 9/2002**, de 10 de diciembre, de modificación de la LO10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y del Código Civil, sobre sustracción de menores; la **LO 11/2003**, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros; la **LO 15/2003**, de 25 de noviembre, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, que inició la andadura para redefinir la responsabilidad penal en el mundo corporativo empresarial poniendo fin al principio *societas delinquere non potest*; o la **LO 1/2004**, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

Después del 2015 esta práctica legislativa parece extinta. Han pervivido las modificaciones tangenciales del Código Penal, en el marco de reformas de otras áreas, a menudo impulsadas por el Derecho de la UE. Este sería el caso de la **LO 1/2019**, de 20 de febrero, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, para transportar Directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero y de terrorismo, y abordar cuestiones de índole internacional; la Disposición Final 4ª de la **LO 9/2021**, de 1 de julio, de aplicación del Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre, de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea, afecta tangencialmente al CP, concretamente a sus arts. 24.1, 132.4, 306, a fin de homologar nuestra norma penal a las exigencias de la nueva Fiscalía Europea. En la misma línea, la Disposición Final 6ª de la **LO 9/2022**, de 28 de julio, por la que se establecen normas que faciliten el uso de información financiera y de otro tipo para la prevención, detección, investigación o enjuiciamiento de infracciones penales, de modificación de la LO 8/1980, de 22 de septiembre de Financiación de las Comunidades Autónomas y otras disposiciones conexas y de modificación de la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, afecta únicamente al art. 234.2 CP; o, en fin, la **LO 6/2021**, de 28 de abril, complementaria de la Ley 6/2022, de 28 de abril, por la que se modifica la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, de modificación de la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y de modificación de la LO 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal.

En paralelo, se da otra clase de legislación que caracterizada por una reforma un área notable del Código Penal, pero haciendo de estas modificaciones una cuestión accesoria dentro de la legislación aprobada, como la Disposición Final 6ª de **LO 8/2021**, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y a la adolescencia frente a la violencia. Consiguientemente, el debate parlamentario queda drásticamente diluido.

Asimismo, vemos florecer de la que hemos denominado legislación penal de detalle, que aborda aspectos sumamente concretos del Código Penal trufados de evidente populismo punitivo, donde además de la **LO 4/2022**, que aquí comentamos, advertimos, la presencia la **LO 2/2019**, de 1 de marzo, de modificación de la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de imprudencia en la conducción de vehículos a motor o ciclomotor y sanción del abandono del lugar del accidente; la reforma operada en el art. 510 CP por la **LO 6/2022**, de 12 de julio, complementaria de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, de modificación de la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. A estas hemos de añadir legislación en trámite que previsiblemente se verá aprobada en breves, como el Proyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual, cuyo texto aprobado por la Cámara Alta se ha remitido de nuevo al Congreso de los Diputados en las Enmiendas del Senado mediante mensaje motivado 121/000062, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, XIV Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley: de 2 de agosto de 2022, núm. 62-8, pág. 1; o la Proposición de Ley Orgánica de igualdad social de las personas lesbianas, gais, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales, de protección de la realidad trans y de no discriminación por razón de orientación sexual, identidad o expresión de género o características sexuales, núm. 622/000048. Y si bien no serán aprobadas en este Legislatura, el principal partido de oposición parece estarse contagiando de esta práctica legislativa, como testimonian la Proposición de Ley Orgánica relativa a la ampliación de la prisión permanente revisable y la Proposición de Ley Orgánica de Modificación del artículo 578 dl CCódigo Penal (sic.), ambas presentadas por el Grupo Popular del Senado.

esta legislación escueta minusvalora el debate penalista en las cámaras. No obstante, si nos paramos a pensarlo, el populismo punitivo viene siendo la tónica legislativa desde hace varias décadas en este país. Más que si las modificaciones se introducen mediante reformas globales o *reformas de detalle*, su evaluación ha de basarse en el espíritu con que se impulsan y la metodología que las construye. Tan desastrosa o positiva, pueden ser estas *reformas de detalle* como una modificación global de las leyes criminales. Aunque, puestos a ser francos, al jurista le duele más una reforma penal desastrosa cuando esta es sumamente concreta. La negligencia legislativa se hace entonces menos excusable.

Entre las más recientes normas escuetas que alterado este año el Código Penal español se halla la Ley Orgánica 4/2022, de 12 de abril, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, para penalizar el acoso a las mujeres que acuden a clínicas para la interrupción voluntaria del embarazo.

Llamaría a la confusión si nos limitáramos a decir que la norma tiene un único artículo. Después de todo, es habitual en España que las leyes que reforman otra ley se redacten formalmente en un artículo único, pero este, por lo general, se dividide en numerosos apartados y secciones. Esta ley es *materialmente de un único artículo*, ya que su artículo único dispone de un único apartado, el nuevo art. 172quater que se incorpora al Código Penal. Las dos Disposiciones Finales que le suceden carecen de importancia sustantiva. Con una técnica legislativa discutible, la primera invoca el título competencial, el art. 149.1.6ª CE[2]. La segunda regula la *vacatio legis* o más bien su ausencia, ya que dispone la entrada en vigor de la norma al día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial del Estado.

Como se desprende de su rúbrica, esta ley se presentó en el parlamento para castigar situaciones de acoso a mujeres que acudan a clínicas de interrupción del embarazo. El Preámbulo defiende así la necesidad de su aprobación:

> "Un informe elaborado en 2018 por la Asociación de Clínicas Acreditadas para la interrupción del embarazo (ACAI) con entrevistas a 300 mujeres que acudieron a abortar a varias clínicas de toda España mostraba que un 89 % de las mujeres que acudieron a abortar se habían sentido acosadas y un 66 % amenazadas. 'Miles de mujeres, se han visto

[2] Si bien, en España no es inusual que el Legislador emplee una Disposición Final como lugar en que cita el título competencial que ex constitución le faculta para ejercer su labor normativa, parece más lógico y coherente que este se cite en la exposición de motivos o incluso el artículo primero de la nueva ley.

> increpadas, insultadas, coaccionadas o amenazadas de algún modo', explica ACAI en su informe."

Refuerza la justificación de esta nueva disposición penal invocando la Recomendación general núm. 35 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y la defensa de la Organización Mundial de la Salud del derecho al aborto seguro, amén de unas actuaciones del Defensor del Pueblo que el Preámbulo fecha en 2018.

Como ya ha ocurrido en otras ocasiones[3], el Legislador busca así, o más bien, rebusca apoyos para su agenda política, con una actitud algo capciosa. La recomendación general núm. 35 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer[4], ciertamente, menciona en su apartado 18º, como violaciones contra la salud y los derechos sexuales y reproductivos de la mujer, la tipificación del aborto como delito[5], su postergación sin causa en casos en que la intervención no plantee riesgos especiales y, en su caso, la calidad de la atención posterior al aborto. Más adelante, en el apartado 29.c.i, recomienda derogar las disposiciones que penalicen el aborto[6]. Sin embargo, en ningún momento perfila cómo concretar sus recomendaciones.

---

[3] Así, en el apartado XXVII de la Exposición de Motivas de la LO 5/2010, de 22 de junio, el Legislador menciona el Convenio Penal sobre corrupción, del 27 de enero de 1999, el Tratado de la Unión Europea, relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea, así como el Convenio de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico de Lucha contra la Corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales, como normas internacionales que le exigen de una regulación pormenorizada en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Sin entrar ahora en la conveniencia o no de esta modalidad de responsabilidad criminal, basta con señalar que ni Italia, Alemania o Grecia lo han incluido en sus ordenamientos jurídico-criminales y es que los citados convenios -y otras normas de la UE- efectivamente obligan a implantar sanciones para determinadas conductas, sin imponer, por ello la vía pena. Véase: MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ C., Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte General, 5ªed., Valencia, Tirant Lo Blanch, 2016, pp. 590-592. CARPIO BRIZ, D. Concepto y contexto del derecho penal económico en CORCOY BIDAL, M. y GÓMEZ MARTÍN, V. (Dirs.), Manual de Derecho Penal Económico y de Empresa. Parte General y Parte Especial, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2016, pp. 34-37 y GÓMEZ MARÍN, V. y VALIENTE IVÁÑEZ, V., Responsabilidad penal de la persona jurídica en *Ibid*., pp. 130 y ss.

[4] "La recomendación general número 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer, del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, reconoce que las violaciones de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, como el embarazo forzado, la denegación o la postergación del aborto sin riesgo y la atención posterior al aborto, la continuación forzada del embarazo y el abuso y el maltrato de las mujeres y las niñas que buscan información sobre salud, bienes y servicios sexuales y reproductivos, son formas de violencia por razón de género que, según las circunstancias, pueden constituir trato degradante."

[5] Sobreentiéndase sin excepciones para garantizar a la mujer su libertad dentro de unos márgenes temporales, o alternativamente, unos supuestos fácticos.

[6] De nuevo ha de entenderse, eximiendo supuestos de "aborto forzoso" en la terminología literalmente empleada por el documento, o si nuestro lector lo prefiere, cualquier aborto provocado contra la voluntad de la mujer, especialmente por medios que pongan en riesgo su vida e integridad física. Organización

Con el mismo tono generalista, la Guía de la O.M.S. en materia de aborto recomienda que este pueda practicarse en condiciones de debida intimidad para la mujer[7], sin concreción alguna acerca del contenido de este derecho.

En cuanto al Defensor del Pueblo, confieso mi incapacidad para encontrar ninguna actividad suya referente a esta materia en el 2018, si bien, en 2020, sí formula la siguiente recomendación, a propósito de una queja presentada:

> "Garantizar la intimidad de las mujeres que acuden a las clínicas IVE, su integridad física y moral, así como su derecho a la libre circulación, mediante la adopción de medidas preventivas concretas en el marco de las competencias policiales sin perjuicio del respeto a los derechos y libertades fundamentales de otros ciudadanos"[8]

Como se advierte, el modo en como el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, el Defensor del Pueblo y la OMS se expresan da pie a muchas interpretaciones. Sin duda, la noción de intimidad en este contexto engloba aspectos esenciales tales como: la seguridad de los datos médicos vinculados a la intervención; el control de cualquier otra información, de modo que nadie ajeno al personal sanitario conozca de la intervención sin permiso de la mujer; y, en fin, al control de cualquier imagen o grabación que la ubicara en la clínica abortiva, por ejemplo, si alguien le hace una foto en la entrada para subirla después a las redes.

Cabe preguntarse si la noción de intimidad que esgrimen el referido Comité, el Defensor del Pueblo y la OMS ¿contine forzosamente la protección a la intimidad de la

---

Mundial de la Salud, Directrices sobre la atención para el aborto. Resumen Ejecutivo., World Health Organization. Human Reproduction Programme. Research for impact, 2022. Disponible en: https://www.who.int/es/publications/i/item/9789240045163.

[7] Según la versión idiomática de la Guía que consultemos, veremos que se emplea el término "privacidad", en lugar de "intimidad". Del mismo modo, si examinamos resoluciones emanadas de órganos Latinoamericanos o traducidas a la versión española de aquellos lares, también advertiremos un mayor uso de ese término. Conviene aclarar que trata de una cuestión más lingüística que jurídica. En Derecho comparado y sobre todo en el ámbito internacional, se habla de derecho a la privacidad, por influencia del inglés "*privacy*", en lugar de intimidad, ya que el término "*intimacy*" se refiere exclusivamente a los vínculos interpersonales de confianza o connota intimidad sexual. Sin perjuicio de algunos matices sutiles, basta con examinar la jurisprudencia del TEDH referente al art. 8 CEDH para ver que el derecho a la privacidad coincide sustancialmente con el derecho a la intimidad del art. 18 CE. Para mejor comodidad y calidad del lector, en esta comunicación emplearemos exclusivamente la voz "intimidad". Véase CASADEVALL MEDRANO, J., El conveni europeu de drets humans, el Tribunal d'Estrasburg i la seva jurisprudència, Barcelona, Bosh Editor S.L., 2007, pp. 287 y ss. Cfr. GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., Constitucionalismo multinivel. Derechos fundamentales, Madrid, Editorial Sanz y Torres S.L., 2011, pp. 419 y ss.; y GIMENO SENDRA, V., Lecciones 23 y 24 en GIMENO SENDRA, V./TORRES DEL MORAL, A./MORENILLA ALLARD, P./DÍAZ MARTÍNEZ, M., Los Derechos fundamentales y su protección jurisdiccional, 3ªed., Madrid, Edisofer S.L., 2018, pp. 539 y ss.

[8] Queja Núm. 19003701, fecha 21 de febrero de 2020. Disponible en: https://www.defensordelpueblo.es/resoluciones/derechos-de-las-mujeres-que-acuden-a-cinicas-ive/

paciente en su entrada y salida de la clínica abortiva? Rotundamente, sí, pues carecería de sentido lógico desproteger su intimidad en ese momento y lugar – lo que no significa que esta protección deba prevalecer sobre cualesquiera otros derechos de manera absoluta.

Ahora bien, que las tres instituciones demanden una norma penal para vehicular esa protección es una afirmación difícil de sostener. Tampoco decimos que se opongan a la criminalización de determinadas conductas. Por su propia naturaleza, las recomendaciones de la OMS, del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y del Defensor del Pueblo se caracterizan por un redactado sucinto y generalista, pues, precisamente, desean dar libertad a las instituciones que interpelan para dar cumplimiento al propósito finalista que proponen. Como organización internacional, la OMS se dirige a 196 Estados[9], cada uno de los cuales tiene sus propias especificidades jurídicas. En el caso del Defensor del Pueblo, si tomamos distancia de la norma penal que comentamos, hemos de recordar que la competencia sanitaria se encuentra fuertemente descentralizada. Nuestro *Ombudsman* dirige su recomendación a las Comunidades Autónomas, además, de, por supuesto, al Gobierno Central y las Cortes, pues ellas disponen del principal marco competencial para garantizar el acceso al aborto en condiciones de cercanía, seguridad e intimidad.

Más adelante regresaremos sobre este punto para analizar el acierto *de lege lata* de la LO 4/2022 para garantizar de manera efectiva la intimidad de las mujeres que acuden a una clínica de interrupción del embarazo. Antes, sin embargo, resulta imperativo que analicemos el art. 172 quater en profundidad.

II. TIPICIDAD PENAL

Aún recuerdo como en mis primeras clases de Derecho Penal Parte Especial, la profesora JOSHI bromeaba diciendo que el delito de coacciones es un cajón de sastre, donde acabamos metiendo todo aquello que no nos encaja en secuestro, detención ilegal, amenazas, lesiones… Más de una vez, he echado mano de esta fórmula jocosa para introducir el concepto de coacciones. Por supuesto, se trata de una simplificación, pero

[9] Como organismo de la Organización de las Naciones Unidas, los 193 Estados miembros de esta son a su vez miembros de la O.M.S. así como lo son los miembros observadores, Palestina y la Santa Sede, y Puerto Rico que mantiene su estatus de Estado asociado. No obstante, no todos los miembros se han involucrado de igual modo en su funcionamiento. Véase, DÍEZ DE VELASCO, M., Las organizaciones internacionales, 16ªed., Madrid, Tecnos, 2014, pp. 384-385.

no deja de ser sustancialmente cierto. Según el Código Penal, es reo de coacción (art. 172.1 CP):

> "El que, sin estar legítimamente autorizado, impidiere a otro con violencia hacer lo que la ley no prohíbe, o le compeliere a efectuar lo que no quiere, sea justo o injusto,"

Al entender de la doctrina, la jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo y de los demás tribunales, conciben este delito como un "tipo de recogida"[10] respecto a otros delitos contra la libertad personal. Se trata de un delito de configuración dudosa, o más bien dúctil, lo que explica la evolución de su diverso tratamiento jurisprudencial, así como el aprovechamiento del Legislador para extenderlo a nuevas modalidades delictivas[11]. Aunque quizás, con el art. 172.quater, se haya ido demasiado lejos.

1. Coacciones y art. 172.quater: bien jurídico protegido

Precisar la *ratio* de un tipo penal es fundamental para cumplir con la nota de previsibilidad que exige la seguridad jurídica[12]. La clave de bóveda de este análisis racional radica en determinar qué fines persigue, los bienes jurídicos protegidos por el precepto y por supuesto qué tipo de conductas le resultan subsumibles.

---

[10] "Conforme a una reiterada jurisprudencia, el delito de coacciones protege los ataques a la libertad general de actuación personal que no estén expresamente previstos en otros tipos del Código, afirmando el carácter residual de esta figura delictiva." FD1º, STS Sala de lo Penal, Sec. 1, nº 305/2006, de 15 de marzo, ponente, don Andrés Martínez Arrieta [Roj. STS 3067/2006]. Cfr. CARPIO BRIZ, D.: Coacciones en Manual de Derecho Penal Parte Especial, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2015, pp. 131: "El núcleo de la conducta típica viene constituido por el empleo de violencia, cuyo concepto ha experimentado una progresiva espiritualización por la jur.may., propiciando, junto a la amplitud del bien jurídico protegido, su configuración como tipo de recogida respecto al resto de delitos que preservan la libertad". MUÑOZ CONDE, F., Derecho Penal. Parte Especial, 20ªed., Valencia, Tirant Lo Blanch, 2015, pp. 131-145

[11] El art. 172 CP ha sido sucesivamente modificado por el art.único.61 LO 15/2003, de 25 de noviembre; el art.39 de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, añadió los tipos específicos de violencia de género y personas especialmente vulnerables mencionadas en el art. 173.2 CP. Mediante la LO 5/2010, de 22 de junio, art.único.37, se tipificó el denominado "*mobbing* inmobiliario". La redacción actual fue aprobada en virtud del art.único.89 y 258 de la LO 1/2015, de 30 de marzo, que adicionalmente también tipificó la modalidad específica de coacciones que es el matrimonio forzoso en el vigente art. 172.bis y el "*stalking*" en el art. 173.ter.

[12] Sobre el principio de previsibilidad como parte del principio de legalidad véase, STC, Sala 2ª, 137/1997, de 21 de julio, FD7º y STEDH, Gran Sala, asunto Del Río Prada c. España, pár. 83 a 94. GIMENO SENDRA, V., El Principio de Legalidad, en Los Derechos fundamentales..., 3ªed., 2018, pp.383-389. GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, J. y RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A., Política criminal y Derechos Humanos, 2ªed., Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2019, pp. 16-22; CASADEVALL MEDRANO, J., El conveni europeu..., 2007, pp.280-286; CEREZO MIR, J., Derecho Penal Parte General, Buenos Aires, Editorial B de F, 2008, pp. 195-204; JESCHECK, H. H. y WEIGEND, T., Tratado de Derecho Penal. Parte General., 5ªed., Granada, Editorial Comares, 2002, §15; ROXIN, C., Derecho Penal Parte General Tomo I: Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito, 2ªed., Madrid, Thomson Reuters & Civitas, 2008, §5; MIR PUIG, S., Derecho Penal. Parte General, 10ªed., Barcelona, Editorial Reppertor, 2016, pp. 114-126. Cfr. JAKOBS, G., Derecho Penal Parte General Fundamentos y teoría de la imputación, 2ª ed., Madrid, Marcial Pons, 1997, pp. 88-94. TORRES DEL MORAL: "Valores y principios constitucionales. El principio de seguridad jurídica y su proyección sobre los derechos", en Los Derechos fundamentales..., 3ªed., 2018, pp.51-74.

Si atendemos a su posición el Libro II del Código Penal, las coacciones constituyen el Cap. III que cierra el Título VI rubricado de los "Delitos contra la libertad". Le preceden el en los Cap. I y II del mismo Título, los delitos de Detención Ilegal y Secuestro, así como los delitos de Amenazas, respectivamente. Los delitos del Cap. I sin duda pivotan entorno a la libertad deambulatoria, es decir, la posibilidad del sujeto de desplazarse en el espacio físico, según su albedrío[13]. No obsta lo dicho para que tangencialmente una situación de privación de libertad afecte a una infinidad más de derechos[14]. Las amenazas, por su parte, atentan contra la llamada libertad de sosiego[15], el derecho a vivir una vida sin sobresaltos arbitraria y gratuitamente infligidos por terceros. En cuanto al bien jurídico protegido por el delito de coacciones, la doctrina suele citar la libertad de obrar[16].

Aunque compartimos la aserción, en nuestra opinión esta afirmación debe matizarse a tenor de los nuevos tipos de coacciones que se han ido promulgando en la última década. El caso más evidente es el disfrute de la vivienda[17]. Además, el propio Legislador introdujo la agravante de imponer las penas del art. 172 CP en su mitad superior cuando la coacción afectara a un derecho fundamental, entendiendo así que la libertad de obrar más que un bien específico, una vía de ejercer otros derechos. Por supuesto, podríamos considerar el disfrute de la vivienda como un haz de acciones que constituirían una concreta libertad de obrar, pero no es menos cierto que, como confirma la jurisprudencia[18], protege la inviolabilidad del domicilio (art. 18CE). Igual de indiscutible resulta que las coacciones del art. 172 bis, protegen expresamente la libertad de contraer matrimonio (art. 32CE)[19] y, potencialmente, al menos, la libertad e indemnidad sexuales[20].

---

[13] CARPIO BRIZ, D.: Coacciones, en Manual de Derecho..., 2015, pp. 131. Cfr. MUÑOZ CONDE, F., Derecho Penal..., 20ªed., 2015, pp. 131-145.

[14] En ese sentido es interesante leer la exposición realizada por la mayoría del del Pleno del Tribunal Constitucional en sus recientes SSTC 148/2021, de 14 de julio, y 183/2021, de 27 de octubre, relativas a la nulidad del Estado de Alarma durante la pandemia del COVID-19.

[15] CARPIO BRIZ, D.: Amenazas y chantaje, en Manual de Derecho..., 2015, pp. 120 y ss. Cfr. MUÑOZ CONDE, F., Derecho Penal..., 20ªed., 2015, pp. 131-145. STS, Sala de lo Penal, Sec. 1ª, nº 821/2003, de 5 de junio, ponente don Diego Antonio Ramos Gancedo, [Roj: 3859/2003], FD4º: "el bien jurídico protegido [en las amenazas] es la libertad de la persona y el derecho que todos tienen al sosiego y a la tranquilidad personal en el desarrollo normal y ordenado de su vida".

[16] CARPIO BRIZ, D., Coacciones, en, Manual de Derecho..., 2015, pp. 132-133.

[17] Introducido por la LO 5/2010, de 22 de junio, art.U.37º.

[18] En relación con el delito del "*mobbing* inmobiliario", véase CARPIO BRIZ, D.: Coacciones, en Manual de Derecho..., 2015, pp. 132-133.

[19] Ibid., en relación con el art. 172.bis.

[20] Ibid., p. 141, en referencia al delito de *stalking* que ya se castigaba antes de la positivización del art. 172.ter, véase, la SAP Navarra, 32/2005, de 9 de marzo. Por supuesto este delito afecta también a la propiedad privada.

De particular interés es el caso del acoso o *stalking*. Si bien existen supuestos de acoso físicamente violento, de la propia literalidad del tipo del art. 172.ter se desprende la importancia del impacto psicológico y emocional en la vida de la víctima, ya que las conductas típicas han de alterarse "el desarrollo de su vida cotidiana". Más revelador es aún que el informe psicológico constituya la modalidad de prueba más habitual de este delito. En su análisis hermenéutico del precepto, el profesor CARPIO señala que, tanto el *stalking* como las coacciones del tipo general del art. 172 infligidas mediante *vis compulsiva*, compartirían la integridad moral, como uno de los bienes jurídicos que protegen, "lo que aproxima esta figura al delito contra la integridad moral del art. 173"[21].

A la luz de la citada interpretación jurisprudencial, no terminamos de compartir plenamente esta tesis. Bien es verdad que la integridad moral es un bien jurídico de naturaleza extensa y muy controvertida, sin embargo, las distintas interpretaciones coinciden en correlacionarla específicamente con la dignidad humana[22]. La integridad moral sufre menoscabo con una gama tan amplia de conductas que va desde los insultos y vejaciones de palabra, hasta la tortura sobre el cuerpo -por supuesto aquí también se lesiona la integridad física. La jurisprudencia no admite que tales conductas basten para condenar *ex* art. 172.ter, exigiendo un perjuicio para la integridad psicológica, lo que tiene su impacto procesal en términos probatorios.

[21] Ibid., p. 142

[22] Y lo es por varios motivos, por una parte, porque pese a la facilidad con que manejamos una noción intuitiva del mismo, la concreción doctrinal y jurisprudencial de su contenido dista de ser unánime. RODRÍGUEZ MESA, M.J., Torturas y otros delitos contra la integridad moral cometidos por funcionarios públicos. Granada: Comares, 2000, p.165, lo define como: "conjunto de sentimientos, ideas y vivencias cuyo equilibrio, al facilitar al individuo la opción de unas posibilidades frente a otros, permite la unicidad de cada uno de los seres humanos y su libre albedrío y desarrollo de acuerdo con su condición de persona". Cfr. CONDE PUMPIDO TOURON, C., El derecho fundamental a la integridad moral definido en el artículo 15 de la Constitución, en Revista Jurídica La Ley, 1996, p. 1669, identifica la integridad moral con el derecho del ser humano recibir un trato respetuoso hacia su personalidad y voluntad. La jurisprudencia se apoya en el art. 15 CE, véase, STS, Sala de lo Penal, Sec. 1ª, nº 1218/2004, de 2 de noviembre, ponente, don Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre [Roj: STS: 7040/2004], FD3º: ""El art. 15 CE reconoce a todos el derecho a la "integridad moral y proscribe 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; esto es, como sujeto moral, sin en sí mismo, investido de capacidad para decidir responsablemente sobre el propio comportamiento. La garantía constitucional de la dignidad, como valor de la alta calidad indicada, implica la proscripción de cualquier uso instrumental de un sujeto y de la imposición al mismo de algún menoscabo que no responda a su fin constitucionalmente legítimo y legalmente previsto". A esto ha de añadirse una segunda polémica, acerca de su dignidad humana e integridad moral son en realidad un mismo concepto o dos distintos. En palabras de GARCÍA SEDANO, T., El delito de trata de seres humanos: el artículo 177bis del Código Penal. Madrid: Editorial Reus, 2020, p. 23: "Compartimos el criterio de Muñoz Conde y Alonso Álamo sobre la dificultad de trazar la línea divisoria entre ambos conceptos". Cfr. GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., Constitucionalismo..., pp. 359-363; CASADEVALL MEDRANO, J., El conveni europeu..., 2007, pp. 192 y 357-360

La prueba de los delitos contra la integridad moral se centra en demostrar la existencia de unos hechos, por ejemplo, insultos. Siempre que alcancen una mínima entidad, la acreditación de los hechos bastará para asumir la lesión al bien jurídico. En cambio, la prueba de una afectación la integridad psicológica exige no sólo probar unos hechos, sino su relación causal con un cuadro sintomatológico acreditado por una persona titulada en la materia, un psicólogo o psiquiatra, siguiendo una metodología objetiva y contrastada -o así debería ser[23].

Alguien podría argüir que todo atentado contra la integridad psicológica, forzosamente involucra un atentado contra la integridad moral, a lo que podríamos replicar que todo delito con víctima individual supone implícitamente un atentado contra la dignidad humana, lo que subsiguientemente permitiría considerar este bien protegido por defecto en todos estos delitos. Este razonamiento nos arrastraría a un catálogo estéril respecto a los delitos con sujeto pasivo concreto, en que distinguiríamos entre aquellos tipos penales que atentaran específica o principalmente contra la dignidad humana y aquellos que la lesionan a partir del ataque ilegítimo contra otro bien.

La interpretación del tipo de coacciones del art. 172.quater forzosamente habrá de comprender la integridad moral, como su bien jurídico protegido. Las modalidades delictivas con que se configura difícilmente darán lugar a una lesión de la integridad psíquica, ni exigen una alteración del bienestar psíquico de la víctima, a diferencia de la redacción del art. 172.ter.

2. Tipicidad

La jurisprudencia consolidada viene señalando que un amplio y diferente número de conductas son susceptibles de tipificarse como coacciones[24]. La violencia se suponía que era el nexo entorno al que se construía la categoría típica. Ahora bien, antes incluso de la aparición de nuevas modalidades específicas de coacción, la realidad social forzó a

[23] Véase TORRES DEL MORAL, A., Derechos Civiles. Libertad ideológica y religiosa, en Los Derechos fundamentales..., 3ªed., 2018, pp. 145-147. PEDRAZ PENALVA, E.: Reflexiones sobre la prueba pericial en los procesos penal y civil. Particular consideración de la pericia psiquiátrica en: PEDRAZ GÓMEZ, S. (Dir.), Cuadernos de Derecho Judicial XXXI. Salud mental y Justicia. Problemática civil y penal. Internamientos en Derecho Civil y Penal. La Peligrosidad. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1994, pp.389 y ss. Cfr. La perspectiva del catedrático procesalista con la del profesional de la psiquiatría, ESPINOSA IBORRA, J.: Imputabilidad, Peligrosidad y Psiquiatría en: *Ibid*., pp. 363 y ss.

[24] "Son varias las figuras típicas en los que la coacción forma parte de la tipicidad, como las coacciones laborales del art. 315.3, o el robo con intimidación u otras figuras típicas. Las coacciones constituyen, pues, la figura base de los delitos contra la libertad" FD1º, STS Sala de lo Penal, Sec. 1, nº 305/2006, de 15 de marzo, ponente, don Andrés Martínez Arrieta [Roj. STS 3067/2006].

los tribunales llevar la noción de violencia típica del art. 172 más allá de la *vis física*, esto es, como violencia física proyectara sobre las personas, que, al entender doctrinal más restrictivo debería ser la única admisible, para respetar el principio de legalidad[25]. A nuestro entender, dicha concepción se apega en exceso al canon de gramaticalidad, ignorando el deber de interpretar las normas conforme a la realidad social y sus fines teleológicos. Precisamente, para dar respuesta a tales propósitos, la jurisprudencia mayoritaria viene admitiendo otras tres modalidades de violencia coactiva. La *vis compulsiva*, entendida como violencia de tipo psicológico, a menudo difícil de distinguir las amenazas[26]. Además, se ha admitido la *vis in rebus* o fuerza en las cosas, como modalidad de violencia coactiva, siempre que dicha fuerza conduzca a una objetiva limitación de autodeterminación de voluntad y/o disfrute de derechos. A su vez, dentro de la *vis in rebus*, se distinguen dos modalidades, la propia, aceptada pacíficamente por doctrina y jurisprudencia, que consiste en aplicar fuerza en las cosas con voluntad de imposibilitar su uso; mientras que la modalidad impropia, consistente en privar del disfrute de derechos a la víctima mediante el modo de uso habituales de tales objetos, lo que en principio contravendría la definición de *vis in rebus*. No obstante, la jurisprudencia reduce la polémica a lo doctrinal, donde la posición mayoritaria también secunda esta modalidad de *vis in rebus*, como modalidad de coacciones[27].

Pese a la ductilidad con que se ha interpretado la noción de violencia, ha sido preciso añadir otros dos medios ejecutivos, el engaño y la intimidación, en el art. 172.bis que tipifica las coacciones para contraer matrimonio. De este modo, se colmaban lagunas de punibilidad que no cubría la violencia psicológica.

El art. 172.quater.1 CP ha sido redactado en los siguientes términos:

[25] CARPIO BRIZ, D., Coacciones, en Manual de Derecho..., 2015, pp.131-132.

[26] STS, Sala de lo Penal, Sec. 1ª, nº 305/2006, de 15 de marzo, ponente, don Andrés Martínez Arrieta [Roj: 3067/2006], FD1º: "referir la violencia sólo a la "*vis phisica*", dejaría una estrecho margen de aplicación al tipo de las coacciones, limitado entre la atipicidad y el delito de lesiones, pues el empleo de una violencia física que superara el umbral de la mera coerción para producir un resultado lesivo haría de aplicación, por especialidad, el tipo de lesiones". Cfr. STS, Sala de lo Penal, Sec. 1ª, nº 879/1996, de 14 de noviembre, ponente, don Gregorio García Ancos [Roj: 6356/1996], FD 2º y STS, Sala de lo Penal, Sec. 1ª, nº 255/1999, de 23 de febrero, ponente Roberto García-Calvo Montiel, [Roj: 1217/1999], FD Único.

[27] CARPIO BRIZ, D., Coacciones, en Manual de Derecho..., 2015, p.132. Como ejemplo de vis in rebus propia encontramos, entre otros, el supuesto de pinchazos a neumáticos de un vehículo para dejarlo efectivamente inmovilizado, STS, Sala de lo Penal, Sec.1ª, nº 362/1999, de 11 de marzo, ponente: don Carlos Granados Pérez [Roj: 1704/1999], FD1º. Respecto a la vis in rebus impropia, podemos citar los casos de los de cortes o dadas de baja al suministro eléctrico, de gas o hidráulico, mencionado, entre otras en la STS, Sala de lo Pena, Sec. 1ª, nº 348/2000, de 28 de febrero, ponente: don Andrés Martínez Arrieta, [Roj: 1548/2000], FD2º.

> "El que para obstaculizar el ejercicio del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo acosare a una mujer mediante actos molestos, ofensivos, intimidatorios o coactivos que menoscaben su libertad, será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días."

El apartado siguiente hace extensivas las penas al supuesto en que las conductas mencionadas atenten contra el personal sanitario que trabaje en clínicas médicas de interrupción del embarazo.

Una lectura sistemática del capítulo nos revela que este precepto no está pensado para casos en que alguien impidiera a una mujer entrar en la clínica sujetándola por la fuerza cuando esta se dispone a cruzar la puerta. Tales supuestos de mayor gravedad quedarían en la ratio del art. 172.1 CP, en coherencia con la naturaleza de la violencia ejercida y que la punición prevista en este precepto es notablemente más elevada: prisión de seis meses a tres años o con multa de 12 a 24 meses. De hecho, el Legislador es bastante explícito en el preámbulo de la LO 4/2022, acerca de las conductas que pretende penalizar:

> "Un informe elaborado en 2018 por la Asociación de Clínicas Acreditadas para la interrupción del embarazo (ACAI) con entrevistas a 300 mujeres que acudieron a abortar a varias clínicas de toda España mostraba que un 89 % de las mujeres que acudieron a abortar se habían sentido acosadas y un 66 % amenazadas. 'Miles de mujeres, se han visto increpadas, insultadas, coaccionadas o amenazadas de algún modo', explica ACAI en su informe.
>
> Estos grupos organizados abordan a las mujeres con fotografías, fetos de juguete y proclamas contra el aborto antes de que entren en la clínica. El objetivo es que las mujeres modifiquen su decisión a través de coacciones, intimidación y hostigamiento. En España, ACAI ha solicitado una regulación que considere el acoso en las clínicas mediante este tipo de acciones como un delito de obstaculización del aborto."

Más que ante conductas violentas en cualquiera de los sentidos antes comentados, parece que nos encontramos ante conductas de naturaleza vejatoria, que humillan y hieren a la mujer en un trance objetivamente difícil. Ahora bien, ni el Preámbulo ni el articulado de la ley mencionan la "integridad moral" o la "dignidad" de la mujer, como cabría esperar, sino que se centran en su derecho a la intimidad.

Bien es verdad que la intimidad cubre el derecho afrontar la intervención sin la presencia de personas no deseadas a su alrededor. No es menos cierto que la calle es un

espacio y el ambiente hospitalario propiamente otro. La intromisión a la intimidad sería más clara si *de lege lata* se castigara a quienes protestan trataran de ocupar zonas comunes o habitaciones en el espacio hospitalario[28], o a quienes, por ejemplo, emplearan dispositivos de sonido a elevado volumen o sustancias pestilentes para afectar desde fuera a la normal actividad hospitalaria. Otro caso de atentado a la intimidad que ya hemos mencionado sería registrar la imagen de mujeres o del personal sanitario para luego difundirla, sin su permiso, señalándoles que pacientes o trabajadores de clínicas de interrupción del embarazo. Pero no es esta la previsión del nuevo 172.quater CP.

Ahondando brevemente en la cuestión de la captación de imágenes por parte de grupos provida para señalar a pacientes o sanitarios de clínicas de interrupción del embarazo, hemos de señalar que se podrían dar casos en que la intimidad de la persona no quedara afectada por tales prácticas ilícitas. Pensemos en el supuesto de trabajadores que, en redes sociales, en algún documental o espacio similar se hayan identificado públicamente como personal médico de tales clínicas. No es que sea frecuente, pero es también verosímil pensar en casos en que una mujer decide explicar públicamente su experiencia con el aborto con fines políticos, de apoyo emocional a otras mujeres en términos terapéuticos, psicológicos etc. Por supuesto, subsistiría la lesión al derecho de la propia imagen, que se habría tomado y difundido sin su consentimiento, lo que, en semejante supuesto, se encuentra más cercano a la dignidad, en definitiva, a la integridad moral, que a la intimidad o el honor.

A fin de no prolongar este excurso, nuestra tesis es que el Preámbulo es incoherente con la configuración del tipo. Las continuas apelaciones a intimidad que acoge sobredimensionan la importancia de este bien jurídico en la teleología del tipo establecido. Las conductas típicas del art. 172.quater CP no se desentienden por completo de la intimidad, pero en nuestra opinión protegen primordialmente la integridad moral.

Después de todo, si bien es cierto que tanto la jurisprudencia como la doctrina coinciden en la posibilidad de apoyarse en la exposición de motivos de una norma penal e inclusive, aunque con menor frecuencia, en las opiniones vertidas en el curso del debate parlamentario, a fin de perfilar algunos aspectos interpretativos de un tipo delictivo, no es menos cierto que las aportaciones de estas *fuentes de apoyo* han de subordinarse siempre a la literalidad del precepto analizado. En ese sentido, resulta pacífico afirmar

[28] Aclaremos que nos referimos a ocupación sin violencia, de otro modo, nos encontraríamos de nuevo ante unas coacciones y en su caso otros delitos, como daños en propiedad pública de naturaleza sanitaria.

que la deducción del bien jurídico protegido ha de derivarse siempre de la descripción de las conductas tipificadas, antes que de las declaraciones del Legislador.

Nótese que las coacciones en su origen siempre se han entendido como un delito de resultado, consistente en lograr, mediante el empleo de la violencia, que alguien haga algo esté prohibido o autorizado por ley, contra su voluntad. Esto deja un considerable margen a la tentativa. En cambio, la descripción típica del art. 172 bis se aproxima bastante más al delito de mera actividad. Basta con "compeler" a alguien a contraer matrimonio, mediante intimidación, violencia o engaño. No se exige lograr eses objetivo.

Respecto al 172.ter CP, que recoge un número de conductas mucho más variado, sí se exige un resultado, alterar la vida cotidiana de la víctima o sus seres queridos, aunque no es imprescindible, paradójicamente, que, buscando la cercanía, vigilándola u otras similares logre efectivamente la cercanía física, conocer sus movimientos etc. En estos casos, siempre que se altere la vida cotidiana de la víctima, será susceptible la apreciación del delito, aunque el autor aludiera en su defensa que no logró acercarse o vigilarla – al menos, no tanto como le hubiese gustado. En consecuencia, queda poco espacio para la tentativa, a diferencia del acoso patrimonial que tipifica el art. 172.ter.1 CP en sus secciones 3ª y 4ª[29].

La configuración del art. 172.quarter, como en las coacciones del art. 172.bis, se enmarca con claridad en la mera actividad. Los actos molestos, insultos y actos coactivo de acoso no han de obtener ningún resultado específico. Resulta criticable por disonante, en ese sentido la expresión "para obstaculizar", ya que da a entender que esas protestas han de lograr un resultado, *obstaculizar*, vocablo que, por cierto, carece de un significado preciso en la legislación criminal española.

Desde luego es incuestionable que impedir, es decir, obligar a no hacer algo, implica una conducta distinta a la de obstaculizar, que sería más bien un intento frustrado de impedir algo. Como antes dijimos, cuando se emplee violencia para impedir a pacientes o personal sanitario el acceso a las clínicas de interrupción del embarazo, la tipicidad se traslada a las coacciones básicas del art. 172.1 CP. El obstáculo abarcaría cualquier retraso, impedimento menor o dificultad impuesta a la víctima que no involucre violencia.

[29] Bien es posible que el autor emplee los datos personales de la víctima para adquirir un producto, pero que la adquisición no se complete, por ejemplo, por falta de fondos en la cuenta o porque la víctima anula el cargo en su cuenta. Del mismo modo, un intento ex ante óptimo para atentar contra su patrimonio puede no dar resultado en la práctica. En estos casos, habríamos de apreciar tentativa.

En ese sentido, emplear fórmulas verbales o imágenes *ex ante* hirientes u ofensivas en términos intersubjetivos contra estas mujeres o el personal sanitario supone una incomodidad psíquica que obstaculizar la normalidad del trámite clínico o desempeño de la vida laboral.

Como ocurre en otros delitos, como el *hate speech* o la apología del terrorismo, la valoración del *obstáculo psíquico* ha de formularse en términos intersubjetivos, por tanto, desde un parámetro objetivo, ajeno al fuero interno de la concreta víctima[30]. De otro modo, la consumación del delito dependería de la mayor o menor susceptibilidad de la persona ofendida, en lugar de la gravedad de la conducta esgrimida por el autor[31].

En nuestra opinión, tanto el término obstaculizar, como la posterior mención a "actos coactivos que menoscaben su libertad [de la mujer o del personal médico]" generan una innecesaria confusión en el tipo penal, obligando al intérprete, que quiera ser respetuoso con la teleología del precepto a aclarar que tales fines se concretan en la molestia, la vejación leve y, en definitiva, la presión psicológica menor, pues de otro modo, el precepto deviene inaplicable en la mayoría de los casos. No entraré ahora a mencionar la evidente polémica con el principio de ultima ratio, pero sí señalaré que una redacción más sencilla, menos trufada de verbos, como por ejemplo:

> "El que acosare a una mujer por acudir esta a una instalación sanitaria a interrumpir su embazo, mediante actos molestos, ofensivos, intimidatorio o coactivos será castigado…"

… hubiese resultado mucho más clarificadora de la ratio del precepto y, por lo tanto, mejoraría su efectividad. Además, hubiese prevenido interpretaciones torticeras que defrauden la intención del precepto generado lagunas de punibilidad al amparo de esas expresiones que pueden entenderse como la exigencia de un resultado y un dolo específico en el tipo.

Obiter dicta, también entendemos sobrante la palabra "voluntaria" en "interrupción voluntaria del embarazo". Ciertamente esta no genera ningún problema interpretativo para el jurista. Es más, si alguien quisiera impedir que una mujer fuese obligada a abortar entrara en la clínica obraría en legítima defensa de tercero, o, en caso de desconocer que

[30] GÓMEZ MARTÍN, V., Delitos de discriminación (arts. 510-512), en Manual de Derecho..., 2015, pp. 206-214.

[31] CASTELLVÍ MONTSERRAT, C., Terrorismo (arts. 571-580), en Manual de Derecho..., 2015, pp. 783-784.

la mujer está siendo forzada, nos encontraríamos ante una figura *sui generis* que ROBLES PLANAS encamina como tentativa inidónea[32].

Sin embargo, aquí no nos referimos a cuestiones de ciencia jurídica, sino al hecho de que muchas mujeres acuden a una clínica de interrupción de embarazo, porque este pone en peligro su vida, porque no se detecta latido en el embrión-feto, porque la madre ha contraído cáncer y no puede iniciar el tratamiento sin poner fin a la pregnancia. Desde una estricta perspectiva jurídica, tales escenarios siguen comprendiéndose como abortos voluntarios, aunque viniendo de un Gobierno y mayoría parlamentaria que tanto enfatiza la sensibilidad en el lenguaje, exigiendo que el mundo jurídico la anteponga al uso técnico de su terminología, uno esperaría que predicaran con el ejemplo en lo referente a mujeres que afrontan un aborto donde la necesidad se impone a su libre voluntariedad.

3. Una posible laguna de punibilidad

Entre las conductas descritas en el tipo creado por la LO 4/2022, se echa en falta una: obstaculizar o inclusive impedir la interrupción del embarazo mediante engaño. No se trata de una hipótesis sino de una triste realidad. Como es bien sabido, entre algunos de los grupos denominados provida, se encuentran personas que se ofrecen a realizarles una ecografía en una caravana o furgoneta, a mujeres que se dirigen a una clínica de interrupción del embarazo, para que oigan el latido del corazón del nonnato. Tras esta experiencia, según explican, muchas de ellas recapacitan y optan por no abortar.

Mientras la mujer haya subido voluntariamente al furgón donde se le practicará le ecografía y con plena libertad permita que le hagan la ecografía, nada se puede objetar – salvedad del delito de intrusismo profesional si es que, como parecer para practicar una ecografía con ultrasonidos se requiere de una específica titulación (art. 403.1 CP). A fin de cuentas, la defensa del acceso al aborto en determinadas circunstancias fácticas o temporales siempre se asienta en la libre decisión de la mujer, que tiene derecho a ser informada, elegir y, por supuesto, recapacitar cualquiera que sea su decisión inicial.

Ahora bien, se conoce a ciencia cierta que, en ocasiones, con la ecografía o simplemente intentando charla con ella, se da a la mujer información mendaz sobre los riesgos del aborto clínico, con el fin de que el miedo la disuada de abortar. La puesta en escena es bastante teatral. Se apoya a menudo se refuerza con folletos y supuestos

[32] ROBLES PLANAS, R., La estructura de la intervención en el delito, Polít. Crim. Vol. 15, Nº 30 (Diciembre 2020), Art. 15, pp. 993 - 1007 [http://politcrim.com/wp-content/uploads/2020/12/Vol15N30A15.pdf]

informes que, por cierto, las mujeres nunca pueden llevarse; debe de ser que no hay suficientes copias.

Tales informaciones exageran el riesgo a fallecer durante la intervención, que existe un elevado riesgo de volverse estéril para siempre, o asegurando que el aborto aumenta el riesgo de padecer cáncer de cuello uterino, ovarios o cualquier otra variedad oncológica de la zona genital femenina. El discurso suele rematarse asegurando que las clínicas de interrupción voluntaria del embarazo nunca facilitarán esta información, aunque por supuesto disponen de ella, ya que su negocio es el aborto.

No hemos de pasar por alto el momento especialmente sensible que atraviesa la mujer cuando se le exponen estas burdas falsificaciones[33]. Mientras que en una situación ordinaria quizás podría rebatir algunas de estas afirmaciones o ponerlas en tela de juicio, el conjunto de miedo, angustia y dolor facilita que su voluntad se debilite y se vuelva más crédula.

Como toda intervención quirúrgica, el aborto entraña una serie de riesgos de los que la paciente ha de ser informada, salvo que ejerciendo su autonomía como paciente expresa directa e inequívocamente al médico que no desea conocer los riesgos[34]. Si bien, cualquier facultativo médico nos explicará que en sí misma la anestesia ya implica un cierto riesgo para la vida, ningún profesional sanitario puede sostener con honestidad que el aborto sea una intervención de alto riesgo. Por supuesto, esta afirmación general no se refiere a casos concretos en que la paciente presente determinados problemas de salud.

En España aún no ha alcanzado su apogeo el acoso digital que ya vemos en Estados Unidos, donde los grupos provida toman los datos de las pacientes a quienes se ha practicado un aborto y empiezan una campaña de hostigamiento contra ellas en las redes

[33] FRANCO, L., Así organizan los antiabortistas el acoso en los alrededores de las clínicas, en El País, 1 de noviembre de 2021. Disponible en: < https://elpais.com/espana/madrid/2021-11-01/asi-organizan-los-antiabortistas-el-acoso-en-los-alrededores-de-las-clinicas.html> (15/08/2022); VALDÉS, I., Una diputada de Vox hace ecografías a embarazadas en una furgoneta en El País, 15 de noviembre de 2019. Disponible en: < https://elpais.com/ccaa/2019/11/15/madrid/1573816616_363785.html > (15/08/2022). MARTÍ, R., Los 'piquetes' contra el aborto no se mueven pese a la amenaza de ir a la cárcel: «Rezar no es Ilegal» en El Español, 24 de septiembre de 2021. Disponible en: < https://www.elespanol.com/reportajes/20210924/piquetes-aborto-no-mueven-amenaza-carcel-rezar/614189891_0.html > (15/08/2022), no hace falta recordar que este delito no lleva pena de cárcel.

[34] Salvo, por supuesto, renuncia expresa de la propia paciente, de conformidad con el art. 9.1 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

sociales[35]. En ese país y en su vecino México, se ha llegado al extremo de que, mediante publicidad falseada, se conduce a las mujeres a falsas clínicas de aborto, donde en realidad se las convencerá de que, bien en general, bien en su caso particular, la intervención es demasiado peligrosa para practicarla[36].

Lo que ya advertimos en España, como en el resto de los países occidentales, es la abundancia lugares en la web donde se difunden estas informaciones mendaces, con apoyo de las redes sociales[37]. A la comunidad ginecológica no le preocupa únicamente el hecho de que ante los engaños muchas mujeres no ejerzan sus derechos, sino que se puedan ver arrastradas al uso de métodos que sí resultan realmente peligroso para sus vidas o salud[38].

A menudo, los "bulos" que vinculan el aborto con riesgos para la vida o salud de la mujer se mezclan con mensajes emocionales presentados como información científica. Nos referimos, sobre todo, a las apelaciones al "dolor del bebé". No quisiéramos extendernos en este ámbito, pero nos parece importante abordarlo mínimamente en defensa del derecho a información veraz.

---

[35] RODRÍGUEZ, A., Usan TikTok y Snapchat para detectar y perseguir a mujeres que quieren abortar en EE.UU, en Hipertextual. Recuperado en: < https://hipertextual.com/2022/06/snapchat-y-tiktok-engano-aborto-bases-de-datos-estados-unidos > (15/08/2022); VAN WAGTENDONK, A. y RICHARDSON, M., Old abortion misinformation and post-Roe tactics, Weaponizing Tiktok and social media with medical lies. Disponible en: < https://www.grid.news/story/misinformation/2022/07/01/old-abortion-misinformation-and-post-roe-tactics-weaponizing-tiktok-and-social-media-with-medical-lies/ > (15/08/2022)

[36] Son las denominadas Crisis Pregnacy Centers, sostenidas por fondos antiabortistas. Véase el aviso web de esta Clínica de Affiliated Medical Services, que practica interrupciones del embarazo, radicada en Milwaukee, en el Estado de Wisconsin. Denuncia la presencia de otro centro médico, ubicado literalmente en la acera de en frente, Women's Care Center, se llama y se trata de una de estas Crisis Prengnancy Clinics, a la que muchas de sus pacientes acaban llegando por error. Disponible en: < https://affiliatedmedicalservices.com/warning-considering-abortions.html > (15/08/2022). SCHRAER, R., Las mujeres que querían abortar y acabaron en clínicas antiabortos promocionadas engañosamente por Google, en BBC News, 18 de mayo de 2022. Disponible en: < https://www.bbc.com/mundo/noticias-61495928 > (15/08/2022). KIRCHGAESSNER, S., Grupos antiabortistas utilizan Google para publicar anuncios engañosos y hacerse pasar por clínicas abortivas en: elDiario.es, 19 de agosto de 2019. Disponible en: <https://www.eldiario.es/internacional/theguardian/protocolos-seguridad-google-publicar-enganosos_1_1479470.html> (15/08/2022). En cuanto a México: < https://cuestione.com/nacional/aborto-clinicas-falsas-enganan-mujeres-detras-estan-grupos-provida/ > (15/08/2022). Cfr. World Health Organization, Induced Abortion does not increase breast cancer, en Fact sheet nº240. Disponible en < https://web.archive.org/web/20110104013629/http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs240/en/ > (19/08/2022).

[37] A modo de ejemplo, la red YouTube ha desactivado varios vídeos en el último mes con información mendaz sobre el aborto. MCMAHON, L., Abortion: Youtube removes misinformation videos en BCC News, 22/07/2022. Disponible en: < https://www.bbc.com/news/technology-62264590> (15/08/2022)

[38] THOMAS, N., Doctors worry that online misinformation will push abortion-seekers towar ineffective, dangerous methods, CNN, 13/07/2022. Recuperado en: < https://edition.cnn.com/2022/07/13/health/abortion-misinformation-social-media/index.html > (15/08/2022)

El modo en cómo cada cual entienda la vida, su inicio y fin, si comprende una realidad metafísica además de la orgánica son cuestiones empíricamente incontrastables. Distinta es la experiencia del dolor que no ha de banalizarse ni subvertirse con fines de viciar la voluntad de la mujer.

Desde un punto de vista de médico, la mayoría de los abortos quirúrgicos se practican mediante la técnica de aspiración[39]. Esta dura unos 15 minutos. Suele emplearse anestesia local. *Grosso modo* consiste en dilatar el cuello del útero para aspirar el feto mediante la introducción de una cánula flexible. El diámetro de esta última varia relativamente según el avanzado estado de gestación. Excepcionalmente, cuando por distintas causas no sea posible el aborto por aspiración, se puede practicar por legrado, que implica dilatación, raspado de las paredes uterinas y finalmente aspiración[40]. Ninguna de estas intervenciones quirúrgicas puede practicarse más allá de la semana 12-14 del embarazo. Pues, aunque genéricamente a cualquier técnica de interrupción del embarazo, en el sentido clínico, a partir de este periodo, ya nos encontraremos ante un parto inducido. Incluso entonces, la falta de autonomía del nonnato hace imposible que su vida su prolongue desde el momento en que se induce el parto. Únicamente cuando se interrumpa el embarazo, más allá de la semana 20-23 será imprescindible paralizar antes el corazón del nonnato mediante una inyección -normalmente se emplea morfina[41]- para evitarle una agonía posterior a la extracción[42].

Como nos muestra la diversidad de técnicas, la interrupción del embarazo varía en sus procedimientos según la fase de la gestación en que nos encontremos. En las fases más tempranas, es posible incluso el aborto químico o farmacológico, sin necesidad de intervención quirúrgica. Hasta la semana 12 se acude preferentemente al aborto por aspiración y finalmente encontramos el parto inducido.

La progresiva independencia de la vida intrauterina de la madre, en la que, por cierto, fundamenta con acierto la doctrina jurídica la tesis del conflicto de intereses, no se

[39] Healthwise, Manual and vacuum aspiration for abortion, WebMD Archive from de original on 11 February 2007. Disponible en: < https://www.webmd.com/women/abortion-procedures#tw1112 >(19/03/2022)

[40] OMS no recomienda este método, salvo que no sea viable la mera técnica de aspiración. World Health Organization, Dilatation and curettage, en Menaging Complications in Pregnancy and Childbirth: A Guide for Midwives and Doctors. Geneva, WHO, 2017.

[41] VAUSE S., SANDS J., JOHNSTON T.A., RUSSELL S. y RIMMER S., Could some fetocides be avoided by more prompt referral after diagnosis of fetal abnormality?, en: J Obsetet Gynaecol, 2022 Mayo: 22(3). Disponible < https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/12521492/ >(19/08/2022)

[42] Mayoría de estos casos, sin embargo, la aceleración del parto busca extraer el cuerpo de un nonato fallecido en un caso de muerte intrauterina.

aplica únicamente a las dimensiones del nonnato, su capacidad de procesar alimento o respirar por cuenta propia. Involucra al desarrollo de su sistema nervioso, lo que es clave para que sea científicamente legítimo hablar de dolor, ya que el dolor no es otra cosa que una sensación generada por el procesamiento de información por parte de este aspecto de nuestra fisiología.

El dolor involucra varias estructuras del sistema nervioso central:

- Los ganglios espinales dorsales
- La asta dorsal de la médula espinal
- Diversas estructuras subcorticales entre las que destacan varios núcleos talámicos y los ganglios basales.
- La corteza, más concretamente, la corteza somatosensorial, la circunvolución cingulada anterior, la ínsula, la corteza prefrontal y parietal inferior.

Del mismo modo que nuestra fisiología sensitiva y nerviosa condicionan nuestra percepción del mundo, lo mismo sucede con la percepción del dolor. La formación del sistema nervioso humano no da comienzo en la capa exterior del embrión, conocida como ectodermo, hasta más o menos el tercer mes del embarazo. Esto proceso se encuentra integrado en la organogénesis (entre las semanas 3ª y 8ª del embarazo), momento en que las células embrionarias empiezan a distinguirse en los distintos órganos.

No obstante, la génesis última del sistema nervioso empieza con una estructura anatómica, el tubo neural, cuya formación se produce entorno a la tercera semana de gestación -coincidiendo con la organogénesis- y se cierra cerca de la sexta semana.

En torno a las cuatro semanas del embarazo, la fisiología embrionaria permite distinguir entre un prosencéfalo, mesencéfalo y rombencéfalo. No será hasta después de la semana 8ª cuando empiecen a distinguirse el telencéfalo, el diencéfalo, el mesencéfalo y el mielencéfalo. A lo largo de las siguientes cuatro o seis semanas el telencéfalo conformará la corteza cerebral y ganglios basales; el diencéfalo, el hipotálamo y el tálamo; el mesencéfalo, el puente y el cerebelo; y el mielencéfalo, la médula espinal[43]. Paralelamente, se ha estado produciendo la migración neuronal, o desplazamiento de las neuronas desde la base ventricular del tubo neural hacia las zonas del futuro encéfalo.

[43] CONNORS, B., PARADISO, M., BEAR, M.F., Neuroscience: Exploring the Brain, 3.ª ed., 2007, pp. 137 y ss.

Aunque se inicia con anterioridad, la mayor actividad de la migración neuronal se da entre las semanas 12 y 20 de la gestación.

Concluida la migración, se produce el denominado "suicidio neuronal" es decir, un elevado número de neuronas experimentan su muerte programada o apoptosis. A partir de este punto, aunque su desarrollo sigue sin ser completo, empezaremos a registrar una actividad cerebral parecida a la de un ser humana nacido. Ergo, podremos empezar a hablar de dolor.

Todas estas prácticas de viciar la voluntad de la mujer mediante información mendaz, a mi entender, se describirían en jerga penal como engaño o, quizás, maquinaciones. La ausencia de dicho vocablo plantea una peligrosa laguna de punibilidad. Esta impunidad se ve reforzada cuando la difusión de tales informaciones mendaces ajenas al criterio científico se produce no en la puerta de la clínica, telemáticamente a través de internet. No parece posible encarrilarlas por el art. 172 CP, ya que la *vis compulsiva* como mencionamos antes se manifiesta a través de la intimidación, aproximándose mucho al tipo de amenazas. Después de todo, cuando en 2015 se tipificó el matrimonio forzoso el Legislador fue lo bastante prudente para contemplar también el caso de engaño.

Quizás se podría argüir la posibilidad de considerar tales conductas como "actos […] coactivos" expresión sí recogida en el artículo. Sin embargo, dicha interpretación, como mínimo dudosa, quiebra potencialmente el principio de legalidad, ergo vulneraría los derechos fundamentales del reo.

En definitiva, sostenemos que el Legislador ha incurrido en un error grave, si atendemos a los objetivos declarados que llevaron a la aprobación de la LO 4/2022, ya que todas las conductas que vicien la voluntad de la mujer para no someterse a un aborto mediante engaños o tretas que no sean directamente intimidatorias o violentas (172 CP) ni vejatorias (172.quater) han de reputarse atípicas. Por tanto, son impunes para el Código Penal. Más que como jurista, como ciudadano, no supone exigir demasiado al Legislador que, si aprueba una ley *ex profeso* para criminalizar conductas que obstaculicen el acceso aborto, la redacte con un mínimo cuidado para asegurar, al menos, su coherencia.

4. Última ratio

En la ciencia jurídico-penal existe un consenso acerca del principio de subsidiariedad y última ratio se ha visto marginado desde hace décadas *de lege lata*[44]. El Derecho Penal a menudo se ha convertido en el instrumento preferente del poder político para afrontar la problemática social. La experiencia nos muestra que este proceder no encuentra su amparo en razones de eficacia, sino que más a menudo responde a la buena acogida social de la medida. El Derecho Penal es percibido por la opinión pública como una respuesta contundente de los poderes públicos ante un mal social, lo que se traduce en una sensación falsa seguridad colectiva. No debe olvidarse a quienes SILVA SÁNCHEZ denomina "gestores atípicos de la moral"[45], es decir aquellos colectivos que simpatizan ideológicamente con la criminalización y/o aumento de la punición de determinadas conductas. En el caso de la LO 4/2022, parece evidente que ese colectivo sería el feminismo, cuyo apoyo electoral ambicionan las fuerzas políticas impulsoras de la norma.

Hoy el *ius puniendi* ha abandonado la condición de última bala del arsenal estatal. Ya no se limita a proteger a determinados bienes jurídicos de las más graves ofensas y sólo cuando las otras herramientas del Estado se muestran ineficaces para esa tarea. Ante la amplia libertad interpretativa que el Tribunal Constitucional español ha concedido al Legislador para configurar los principios de *última ratio* y subsidiariedad, no resulta exagerado afirmar que han quedado vacíos de significado. En cierto modo, las voces minoritarias de la doctrina que como, GARCÍA-CERVIJÓN[46], sostienen todavía la plena vigencia de estos principios admiten la absoluta libertad del Legislador para configurarlos, lo que en sí mismo implica admitir que su significado es variable y que, en todo caso, ya no se corresponde con su versión originaria.

Sin duda, respecto a la versión tradicional de ambos principios, el art. 172.quarter precipita la acción del derecho penal. No únicamente en lo que a la tipificación de conductas se refiere, sino a que se ha configurado el tipo como delito público[47].

---

[44] CEREZO MIR, J., Derecho Penal..., 2008, pp.57-58; JESCHECK, H. H. y WEIGEND, T., Tratado de..., 5ªed., 2002, pp. 7-8; ROXIN, C., Derecho Penal..., 2ªed., 2008, pp. 57-60 y 65-66; MIR PUIG, S., Derecho Penal..., 10ª, 2016, pp. 127-129. Cfr. JAKOBS, G., Derecho Penal..., 2ªed., 1997, pp. 44-61.

[45] SILVA SÁNCHEZ, J.M., La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales, Madrid, Cuadernos Civitas, 1999, pp. 46-49 "*atypische Moralunternehmer*"

[46] GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, J. y RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A., Política criminal..., 2ªed., 2019, pp. 59-76.

[47] Leemos en el apartado 5º del art. 172.quater: "En la persecución de los hechos descritos en este artículo no será necesaria la denuncia de la persona agraviada ni de su representación legal."

III. COLISIÓN DE DERECHOS

La citada recomendación del Defensor del Pueblo menciona el conflicto evidente entre derechos que se plantean en estas situaciones. Por un lado, está el derecho de la mujer a decidir sobre su embarazo y derechos reproductivos. Por otro, el también incuestionable derecho de los ciudadanos a expresar sus ideas y protestar mediante actos de reunión contra situaciones legales que desaprueban[48]. En pocas palabras, la dignidad de la mujer en el ejercicio de su libertad de obrar e intimidad, ha de condicionarse con las libertades de expresión, reunión y de pensamiento-ideología de otros ciudadanos.

En nuestra opinión, hay una cuestión que es clara: la vejación de un ser humano no se encuentra amparada por ni por los derechos fundamentales ni por las libertades públicas de nuestra constitución. Es cierto que, en el caso de las figuras públicas, tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal de Estrasburgo admiten conductas que expresan desaprobación, como corear consignas de mal gusto con el nombre de una figura o quemar su imagen públicamente, siempre que la persona tenga relevancia pública, especialmente institucional. Así se pondera la importancia del rol de esa persona en la sociedad y, a menudo, el poder que suele llevar aparejado, respecto a las exigencias del derecho de protesta. Aunque debemos matizar que ni siquiera en las figuras públicas se admiten las intromisiones absolutamente ilegítimas en su intimidad. Tampoco están obligadas a soportar amenazas o insultos que trasciendan su rol, sin perjuicio de que el TEDH apostille que nadie puede ser objeto de una protección desproporcionada *ex lege*[49].

En todo caso, esta relativa manga ancha, si se permite el coloquialismo, no se aplicaría en ningún caso a mujeres particulares que van a abortar. Por tanto, no ha de suponer conflicto alguno para el derecho fundamental a la reunión y a la libertad de

[48] TORRES DEL MORAL, A., Lección 7: Libertad de comunicación pública. De reunión y de Petición, en Los derechos fundamentales..., 3ªed., 2018, pp. 167 y ss.; y sobre la libertad ideológica y religiosa, TORRES DEL MORAL, A., en *Ibid*., pp. 160-165. Cfr. GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., Constitucionalismo..., 2011, pp. 371 y ss., 443 y ss., 483 y ss.

[49] Parafraseando la STEDH asunto Castells c. España, de 23 de abril de 1992, par. 46, CASADEVALL MEDRANO, J., El conveni europeu.., 2007, pp. 326-327, señala que: "Cuando las informaciones litigiosas iban dirigidas contra el Gobierno, su propia posición dominante le compele a adoptar una cierta moderación en la utilización de la vía penal, sobre todo si tiene a su alcance otros medios para responder a ataques o críticas injustificadas, tanto si provienen de adversarios políticos como si proviniesen de los medios comunicación". [Traducción propia del catalán al castellano.]. Adicionalmente, sobre el contenido del derecho a la libertad de expresión véanse SSTEDH, *asunto Handyside c. Reino Unido*, del 7 de diciembre de 1976, par. 49 y *asunto Turhan c. Turquía*, del 19 de mayo de 2005, par. 24; sobre los límites de la libertad de expresión en referencia al honor ajeno encontramos entre otras la STEDH, *asunto Bladet Tromso c. Noruega*, del 20 de mayo de 1999, par. 70 a 73. Sobre la imposibilidad de dotar a poderes públicos de una protección sobredimensionada sobre particulares, véase STEDH, *asunto Stern Taulats y Roura Capellera c. España*, de 13 de marzo de 2018, entre otras.

expresión la exigencia de evitar insultos, comentarios mortificantes u otras manifestaciones verbales que supongan un ataque directo a la dignidad de la mujer o el personal sanitario.

A partir de ahí es legítimo protestar contra el aborto, incluso para demandar su ilegalización. ¿Se puede impedir que se haga cerca de una clínica especializada en estas intervenciones? En mi opinión, el derecho a la reunión en un lugar público impide una negación taxativa a esta pregunta. La manifestación, como expresión pública y colectiva de los derechos fundamentales de libre reunión y reivindicación política[50], implica tener en cuenta la relevancia del lugar en que se celebre la concentración para sus propósitos reivindicativos. Desde la perspectiva un grupo pacifista puede tener mucho sentido manifestarse frente al Ministerio de Defensa. Las protestas de quienes se sintieron estafadas por las hipotecas bancarias o las llamadas preferentes de la extinta Caja Madrid, con toda lógica, se ubicaban en la puerta de sucursales bancarias. A menudo, las protestas de grupos feministas han buscado la cercanía física a lugares o autoridades religiosas por su discurso contrario a materias como el aborto o los anticonceptivos. Siempre que no se llegue a la violencia y se respete debidamente la dignidad, expresar enfado o desacuerdo forma parte de las imprescindibles libertades democráticas.

Por tanto, las protestas pacíficas frente a estas clínicas por grupos antiaborto o provida han de considerarse amparadas por los DDFF constitucionalmente protegidos. Ahora bien, esto no es incompatible con la aplicación medidas relativas al respeto de una mínima distancia o las franjas horarias de estas concentraciones que permitan conciliar el derecho a la protesta con la intimidad y el sosiego de las mujeres que acudan a dichas clínicas, así como los derechos de su personal sanitario.

IV. EFICACIA DE LA MEDIDA PENAL

Prima facie, la regulación administrativa parece mucho más eficaz que la medida penal para resolver este tipo de conflicto. Como se menciona en el cierre del apartado anterior, la mejor solución al conflicto de derechos pasaría por regular las manifestaciones de modo que estas se hicieran en franjas horarias en que las manifestaciones guardaran

[50] Sobre la conexión entre la participación política y el derecho de reunión, véanse entre otras STEDH *asunto Ezelin c. Francia*, de 26 de abril de 1991, par. 53 y 53; y las SSTEDH *asunto Stankov et Organización Macedonia Unidad c. Bulgaria*, de 2 de octubre de 2001, estrechamente vinculada con el posterior fallo relativo al *asunto Organización Macedonia Unida Ilinden e Ivanov c. Bulgaria*, de 20 de octubre de 2005.

una separación física o se adscribiera a determinadas franjas horarias. La presencia de un mínimo de agentes policiales o dispositivos de videovigilancia en las inmediaciones de las clínicas de interrupción del embarazo bastaría para sancionar a algunas conductas de incumplidores.

La configuración del tipo penal, en cambio, obliga a la denuncia de las conductas de acoso a las propias víctimas o un tercero. A partir de ahí, atendiendo a la gravedad de las penas y el tipo de delito, se abriría un procedimiento abreviado, salvo que la víctima fuese persona mencionada en el art. 173.2 CP, el autor fuera sorprendido flagrantemente o que su instrucción se previera sencilla, en cuyo caso en cuyo caso, se evacuará por la vía del enjuiciamiento rápido (art. 795.1 LECrim). En todo caso se prevén un elevado número de sentencias por conformidad, cuyas penas no suponen necesariamente medidas de alejamiento de las clínicas[51], de modo que el reo podría reincidir rápidamente.

En ese sentido, entendemos que, dentro de las competencias administrativas, mediante la pertinente habilitación de rango legal, encontramos soluciones mucho más rápidas para sancionar conductas incívicas que entrañen desprecio o menoscabo a la dignidad de las mujeres que acudan a dichas clínicas, así como de su personal sanitario. A la vez, esta herramienta legislativa permitiría introducir normas que regulen cierta organización de las legítimas protestas provida, de modo que mediante la distancia o el tiempo se salvaguardar la intimidad de pacientes y sanitarios al entrar en la clínica.

V. VALORACIONES FINALES

A modo de conclusiones, nos gustaría sintetizar algunas de las valoraciones argumentadas en esta comunicación en torno a la LO 4/2022:

PRIMERA. El delito creado, en virtud de la promulgación del art. 172.quater CP, protege no sólo la intimidad, sino la integridad moral de mujeres que acuden a una clínica médica para que se les practique un aborto, así como al personal médico que trabaja en ellas.

SEGUNDA. La tipificación del delito presenta algunas imprecisiones menores, principalmente el uso de estas expresiones “acciones […] coactivas” y el verbo “obstaculizar”. La última puede dar pie a interpretaciones que permitan entender que en

[51] De hecho, el art. 142.quater.3 CP establece que: “Atendidas la gravedad, las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho, el tribunal podrá imponer, además, la prohibición de acudir a determinados lugares por tiempo de seis meses a tres años”.

el precepto conviven delitos de mera actividad y otros resultados. La expresión "acciones coactivas" por su parte presenta una notable imprecisión. No obstante, la jurisprudencia no tendrá problemas en clarificar estos extremos.

TERCERA. *De lege lata*, el tipo no permite perseguir conductas que vicien la voluntad de la mujer para abordar mediante engaños o información manipulada. En ese sentido, la nueva legislación criminal deviene incoherente con sus propios objetivos, castigando conductas de menor entidad, como insultos o eslóganes vejatorios, pero dejando impunes aquellas maquinaciones que, no siendo susceptibles de considerarse *vis compulsiva*, realmente *impidan* a la mujer abortar.

CUARTA. Pese a tipificarse como un delito público, esta nueva modalidad de coacciones prevé unas penas razonablemente leves, teniendo en cuenta el desvalor de la acción tipificada, pero que, al poder imponerse sólo tras un procedimiento penal, dilatan notablemente su aplicación en el tiempo, limitando notablemente su efectividad para lograr el objetivo de disuadir de tales conductas. En ese sentido, nos parece que el Derecho Administrativo sancionador y, en su caso, la rama del Derecho Administrativo de policía presentarían una mayor eficacia.

En pocas palabras, la LO 4/2022 es una norma populista, concebida para congraciarse con ciertas sensibilidades político-sociales, pero ni es efectiva con sus propios fines, ni ha sido redactada con la suficiente calidad técnica. Como resultado, la menor crítica que se le puede hacer es que, en su redacción actual, resulta innecesaria.

* * * * * *

Sergio de la Herrán Ruiz-Mateos

Investigador predoctoral FPU de Derecho penal, Univ. de Cádiz, España. Socio de la FICP.

~La delimitación de los delitos de medios determinados y el problema de la categoría del «medio» en la tipicidad~

Los *delitos de medios determinados* –también denominados «delitos de acción y resultado»– se contraponen en sede de resultado a los delitos resultativos o puros de resultado. Ambas modalidades se distinguen en que mientras los resultativos señalan el resultado prohibido por la norma, determinando la tipicidad de cualquier resultado con indiferencia de la causa o de la modalidad que adopte la acción[1], los delitos de medios determinados indican la forma de causarlo, esto es, el tipo restringe los modos en que la acción ha de ocasionar el resultado, de manera que aquel resultado natural que no derive del comportamiento específicamente previsto en el tipo será un resultado penalmente irrelevante. En cierto modo, estos delitos vienen a constatar la idea de ACALE SÁNCHEZ de que en los delitos de resultado «el legislador no siempre tipifica causas, sino *comportamientos*, a los que causalmente por exigencia típica de determinados delitos (los resultativos), une un efecto o un resultado»[2].

El que estos delitos se vinculen a un específico comportamiento que vehicula a través de un curso causal hacia la producción de un resultado externo ha llevado a la doctrina mayoritaria a inferir que la trascendencia de esta subcategoría dentro del amplio género de los delitos de resultado reside en que en ellos es difícilmente admisible la comisión por omisión[3], con la consecuencia de que los delitos de medios determinados serían ajenos a los delitos de mera actividad en la medida en que carecen del resultado

[1] Son delitos resultativos o puros de resultado, por ejemplo, el homicidio del art. 138 CPe («el que matare a otro…»), el homicidio imprudente del art. 142.1 («El que por imprudencia grave causare la muerte de otro…»), las lesiones del art. 147 («el que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión»), las lesiones al feto del art. 157 («El que, por cualquier medio o procedimiento, causare en un feto una lesión o enfermedad que perjudique gravemente su normal desarrollo, o provoque en el mismo una grave tara física o psíquica…») o el trato degradante del. Art. 173.1 («El que infligiera a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral…»).

[2] ACALE SÁNCHEZ, M., El tipo de injusto en los delitos de mera actividad, ed. Comares, Granada, 2000, p. 258.

[3] RODRÍGUEZ MOURULLO, Derecho penal. Parte general, ed. Civitas, Madrid, 1978, págs. 272-273; TERRADILLOS BASOCO, Manual de teoría jurídica del delito, ed. Consejo Nacional de la Judicatura, El Salvador, 2003, p. 61; DE VICENTE MARTÍNEZ, R., La tipicidad, en: DEMETRIO CRESPO, E. (Coord.), Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal, Teoría del delito, Tomo II, ed. Iustel, Madrid, 2015, p. 81; MIR PUIG, S., Derecho penal. Parte general, ed. Reppetor, Barcelona, 2015, págs. 233-234; DE PALMA, M., La struttura del reato, en: CARINGELLA/DELLA VALLE/DE PALMA, *Manuale di Diritto Penale*, ed. Dike, Roma, 2016, p. 524; FIANDACA/ENZO, *Diritto penale. Parte generale*, ed. Zanichelli, Torino, 2019, p. 212.

material que fundamenta a los delitos de resultado y a la omisión impropia[4]. Algunos otros autores añaden además que la exclusión de los delitos de medios determinados dentro de la categoría de los delitos de mera actividad también se debe a que, en estos últimos, en todo caso, «la conducta prohibida debe ser delimitada en concreto por el legislador»[5]. En ese sentido, serían delitos que siempre contemplarían «medios determinados» o «formas vinculadas»[6].

Sin embargo, el Código penal no siempre organiza los delitos de mera actividad mediante formas determinadas de conducta, sino que son varias las ocasiones en las que se diseñan estructuras de mera actividad con modos indeterminados de conducta como es el caso del delito de malos tratos en el ámbito familiar (art. 153), de inducción al suicidio (art. 143.1), de abuso sexual (art. 181.1), de liberación de energía nuclear o elementos radioactivos (art. 341), etcétera. Al mismo tiempo, esto no resta verdad a la observación que hace LUZÓN PEÑA sobre que en el ámbito de los delitos de mera actividad también pueden identificarse formas o modalidades específicas de realización de la conducta[7], tales como el delito de participación en riña tumultuaria «acometiéndose tumultuariamente, y utilizando medios o instrumentos que pongan en peligro la vida o integridad de las personas» (art. 154), el delito de allanamiento de morada con las acciones de «entrar o mantenerse» (art. 202) o el delito construcción no autorizada (art. 319) que detalla las clases de obras típicas y las características de los lugares, etcétera.

Los partidarios de ese modelo de bipartición, un sector minoritario de la doctrina, ha agrupado a los delitos de medios determinados formando una categoría común a la parte objetiva del tipo, equiparando esta figura delictiva a todas aquellas que, de algún modo, prevén clases específicas de realización del comportamiento, ya sea porque

[4] ACALE SÁNCHEZ, El tipo de injusto, 2000, pág. 260; RODRÍGUEZ MESA, La atribución de responsabilidad en comisión por omisión, ed. Aranzadi, Navarra, 2005, pp. 69-71; BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, Lecciones de Derecho penal. Parte general, ed. Trotta, Madrid, 2006, p. 346.

[5] MODOLELL GONZÁLEZ, Sobre los conceptos naturalísticos en la teoría del delito: el ejemplo de la distinción entre delitos de resultado y de mera actividad, en: SILVA SÁNCHEZ/QUERALT JIMÉNEZ/CORCOY BIDASOLO/CASTIÑEIRA (Coords.), Estudios de Derecho penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig, ed. BdeF, Buenos Aires, 2017, p. 727, nota al pie 2.

[6] MAZACCUVA, Il disvalore di evento nell'illecito penale, ed. Giuffrè, Milano, 1983, p. 127.

[7] LUZÓN PEÑA, Lecciones de Derecho penal. Parte general, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 178, nota al pie 8. En el mismo sentido, STRATENWERTH, Derecho penal. Parte general I. El hecho punible, ed. Thomson Civitas, Navarra, 2005, p. 139 y GALLO, Diritto penale italiano. Appunti di parte generale, Vol. I, ed. G. Giappichelli, Torino, 2019, p. 250.

requieran una conducta ubicada en tiempo y espacio, una pluralidad de acciones, una conducta permanente o habitual o una conducta pasiva en lugar de una activa[8].

Esta fue la tesis asumida por parte de quienes negaron que entre los delitos de resultado y de mera actividad hubiese distinción alguna. Así, MEZGER definió los delitos con medios legalmente determinados como «aquellos tipos de delitos en los que la tipicidad de la acción se produce, no mediante cualquier realización del *resultado último*, sino sólo cuando éste se ha conseguido en la forma que la ley expresamente determina»[9]. Aunque la definición que aporta no parece desligarse de la que hace unos instantes se ha tomado, su concepto de «resultado último» se adscribe al concepto mismo de acción, entendiendo por tal «resultado del delito la total realización típica» que integra «tanto la conducta corporal del agente como el resultado externo causado por dicha conducta»[10], lo cual, además, le servirá de base para concluir que los delitos de resultado y de mera actividad comparten un mismo desvalor de resultado[11]. También integra el resultado dentro del concepto de acción MAYER, hasta el punto de definir al delito como una acción punible formada por una actuación voluntaria y un resultado[12]. Concibe el resultado no como realización del tipo, sino más ampliamente como la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico que se traduce en un acontecimiento causado por la actuación voluntaria del sujeto, motivo por el que rechaza la existencia de delitos formales o de mera actividad[13]. Según este mismo autor, con carácter general el núcleo del tipo consta de cualquier actuación voluntaria que cause el resultado, dado que «interesa a la ley que el resultado se haya producido, no de qué manera», salvo algunos casos excepcionales en los que la actuación se relaciona de un modo específico en el tipo, de tal manera que la causación del resultado queda fuera del tipo cuando no se cubre con la acción ese

[8] QUINTERO OLIVARES habla de «tipos con o sin medios de acción legalmente determinados» en el modo de ofender al bien jurídico —y no de producir un resultado— (Parte General del Derecho Penal, ed. Aranzadi, Navarra, 2010, p. 334). CEREZO MIR considera que el problema es relativo a la descripción de la acción típica y no del resultado, por lo que engloba tanto a los de resultado como a los de mera actividad (Curso de Derecho penal español. Parte general. Tomo II. Teoría jurídica del delito, ed. Tecnos, Madrid, 2002, p. 110-111). En el mismo sentido, MEINI MÉNDEZ, Lecciones de Derecho penal – Parte general, Teoría jurídica del delito, ed. Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2014, pp. 76-77.

[9] MEZGER, Tratado de Derecho penal, Vol. I., ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2010, pág. 343.

[10] *Loc. cit.*, pp. 183 y ss. – 349.

[11] ACALE SÁNCHEZ, El tipo de injusto, 2000, pp. 86-88.

[12] MAYER, Derecho penal. Parte general., ed. Bdef, Buenos Aires, 2007, p. 145.

[13] Para MAYER la explicación se encuentra en que hay delitos que no aparentan una diferencia temporal entre la acción voluntaria y el resultado, razón por la que se dice que no ha existido resultado. También ofrece una segunda explicación en la existencia de delitos con resultado intransitivo carentes de objeto material o, en sus propias palabras, de «objeto del hecho» (*loc. cit*., pp. 140 y 150).

«determinado modo de actuación». Para MAYER, este determinado modo de actuación solo se justifica en la tipicidad cuando el legislador quiere castigar con más o menos pena un modo de comisión específico o evitar una extensión excesiva del tipo aun cuando exista un menoscabo del bien jurídico[14]. El tipo cumple en este punto una función meramente selectiva de la trascendencia objetiva de la lesión. Ambos autores neoclásicos se toparon con diversas dificultades metodológicas a la hora de justificar desde su concepción objetiva-valorativa de la norma la existencia de esta clase de delitos, ya que, siendo relevante para el juicio de antijuricidad propuesto por ellos solo la constatación de una lesión o puesta en peligro del bien jurídico, se debía aclarar por qué determinados delitos describían modalidades específicas de la acción que, causantes de aquel resultado, no eran merecedores de pena.

No obstante, a ellos parece corresponderles el mérito de haber abierto la puerta a otros autores que más tarde se sumaron a esta corriente que sostiene que los delitos de medios determinados forman una categoría típica común a los delitos de resultado y de mera actividad. El esfuerzo argumentativo en esta sede a partir de entonces estaría dedicado a resaltar cómo el desvalor de resultado depende del desvalor de la acción o, como indica PULITANÒ, cómo «el desvalor específico de la conducta es condición necesaria del desvalor de resultado»[15].

Lo cierto es que, ya sea como subcategoría de los delitos de resultado o como clasificación autónoma, el fundamento que legitima la existencia de los delitos de medios determinados en sentido amplio solo se sostiene si se parte de que la conducta es calificada como antijurídica no por la generación de una lesión o puesta en peligro del bien jurídico en sí, sino solo cuando esta se causa por parte de una acción previamente desaprobada. En este sentido, se concibe la estructura de estos delitos como reveladores de la forma de lesión o puesta en peligro del bien jurídico que se prohíbe al seleccionar las modalidades de comisión que resultan más adecuados, graves o peligrosos. Por ello, cuanto menos restringida y detallada esté la conducta típica más amplia será la ratio de protección al bien jurídico[16]. Desde ese punto de vista, se comprende que sean varias las veces en las que el Código penal opta por restringir de algún modo la forma de atentar contra el bien jurídico, pues «como quiera que no todos los bienes jurídicos se ofenden

[14] *Loc. cit*., pp. 144-148.
[15] PULITANÒ, Diritto penal*e*, ed. Giappichelli, Torino, 2019, p. 154 (traducción del autor).
[16] *Vid*., MAZACCUVA, Il disvalore di evento, 1983, pp. 194-195.

del mismo modo, no todos los tipos ofrecen la misma clase de realización»[17]. Al fin y al cabo, cada una de las formulaciones que contempla el Código penal responde a las distintas opciones que tiene el legislador a su alcance para seleccionar cuál es la clase de ataque al bien jurídico que desea sancionar, para lo cual decide en cada caso apostar por la ofensividad o la fragmentariedad según la importancia que se conceda al «valor que la ley quiere proteger de las conductas que puedan dañarlo»[18]. Se materializa, de ese modo, el diálogo que debe existir entre la descripción del tipo y el bien jurídico para dar lugar al *tipo de lo injusto específico*.

En lo que coinciden ambas formas de analizar los delitos de medios determinados es que ninguna se ha visto privada de importantes desencuentros en torno a qué delitos han de ser considerados como tales. Esto último abre un interrogante, poco explorado, acerca de la necesidad de definir los contornos del término «medio determinado» para que sea posible hacer distinciones con otras acepciones semejantes que comparten la voz «medio» como la de «medio comisivo». Ha sido muy frecuente en la doctrina el uso indiscriminado de ambas acepciones en la descripción de unos elementos típicos que, sin embargo, describen materialidades dispares[19]. En realidad, esta ha sido la consecuencia que ha generado el uso de un concepto surgido del uso cotidiano e improvisado de la praxis jurídica y no como fruto de un estudio que sopese la idoneidad del término desde el punto de vista de la estructura típica que está llamado a integrar. No obstante, con las aportaciones del finalismo se logró modular con mayor precisión el contenido de la noción «medios determinados» al vincularse a una determinación legal de los «*medios de la acción*», término acuñado originariamente por WELZEL –y posteriormente acogido por otros autores[20]– para describir la selección de los «factores causales» necesarios para la consecución del fin deseado[21]. La peculiaridad de los delitos de medios determinados residiría entonces en que esos factores causales vienen preestablecidos por el legislador,

[17] QUINTERO OLIVARES, Parte General, 2010, p. 334.

[18] MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, Derecho Penal. Parte General, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 276.

[19] MOLINA FERNÁNDEZ, Acción y tipicidad en los delitos activos, Memento penal, ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2018, pág. 149. En este sentido, MEZGER (Tratado, Vol. I., 2010, p. 344) empleaba el término «medios de ejecución en sentido estricto» tanto para describir aquellas conductas específicas que causan la lesión al bien jurídico («el veneno en las lesiones», el «arma u o instrumento especialmente peligroso», «el engaño en la estafa»), como cuando el tipo haga referencia a otro hecho punible que acompaña al principal.

[20] QUINTERO OLIVARES, Parte General, 2010, p. 334.

[21] WELZEL, *Derecho penal alemán. Parte general*, ed. Jurídica de chile, Santiago de Chile, 1976, pp. 54-55. No obstante, esto no quiere decir que en este trabajo se acoja un concepto final de acción de carácter ontológico, cuyas limitaciones para ajustarse a los delitos omisivos e imprudentes se asumen. La presencia de delitos de medios determinados imprudentes –estragos– justifican en último término dicho rechazo.

de forma que «el hecho solo será típico si se realiza esa acción y no otra, aunque esa otra hubiera podido producir el mismo resultado»[22].

Por su parte, el logro que atañe a la concepción de los delitos de medios determinados como una subcategoría de los delitos de resultado es haber identificado el rasgo distintivo de estos delitos en lo que constituye una *concreción o modalidad* –limitada– *de la acción* que causalmente y en términos de imputación objetiva produce un resultado relevante penalmente. Dentro de las técnicas de tipificación para obtener esa concreción del modo en que ha de desarrollarse la acción se puede recurrir a la adverbialización del verbo típico. En efecto, un modo de estructurar a los delitos de medios determinados es a través del uso de las normas gramaticales, por lo que será muy aconsejable, en este sentido, acudir a una interpretación gramatical del texto de la Ley, de cuyo resultado se puede extraer una información bastante útil sobre cómo se configuran los elementos de cada tipo penal correspondiente. En este caso, cuando el verbo que describe la acción va acompañado de un adverbio se concreta de qué modo o en qué contexto espaciotemporal ha de desarrollarse la acción para que sea penalmente significativa. No obstante, no todas ellas indican «medios de la acción» en sentido estricto, esto es, modos de causar el resultado, sino también operan graduando cualitativamente la acción al ámbito situacional que desea el legislador. Así pues, el delito de maltrato en el ámbito familiar artículo 173.2 requiere ejercer violencia física o psíquica «*habitualmente*» o el delito de desobediencia a la autoridad del artículo 556 castiga a los que «desobedecieren *gravemente*». El delito de rebelión del artículo 472, en cambio, diseña cómo han de alzarse los rebeldes cuando incorpora el adverbio de modo «violenta[-mente]».

En todo caso, no siempre la interpretación gramatical ofrece respuestas certeras y definitivas, sino que en otras ocasiones son razones sistemáticas y funcionales las excluyen esta posibilidad y obligan a que el tipo sea leído en otro sentido. Por ello, hay que seguir buscando otra serie de atributos que sean válidos y fiables en la identificación de cada figura delictiva para saber proporcionar a su estructura típica una aplicación adecuada. Y en la medida en que los delitos de medios determinados son relevantes en el ámbito de los delitos de resultado, el elemento que singulariza su estructura típica es la

[22] QUINTERO OLIVARES, Parte General, 2010, p. 334.

relación causal, junto con las reglas de la teoría de la imputación objetiva, que vincula a los medios de la acción con el resultado natural.

En la relación causal encuentra precisamente la doctrina italiana mayoritaria el rasgo común compartido por los delitos puros de resultado y los delitos de medios determinados[23] o, en la terminología italiana acuñada por CARNELUTTI, «*reati a forma libera e causalmente orientati*» y «*reati a forma vincolata*»[24]. Así, para MAZZACUVA estos dos tipos de delitos constituyen dos modos distintos de configurar los delitos de resultado según el efecto que tengan sobre la relación causal, de tal forma que, por un lado, estarían los «delitos causales puros», en los que «el contenido del desvalor del hecho se centra exclusivamente sobre la producción del resultado lesivo, mientras resultan indiferentes las modalidades conductuales causantes del resultado» y, por otro, los delitos con forma vinculada en los que «la tipificación de la conducta criminal se lleva a cabo mediante la adición de la modalidad o notas ulteriores respecto a la actitud etiológica»[25]. También DONINI caracteriza a los delitos dolosos de forma vinculada por la selección de una conducta que solo a través una «relación de causalidad *particular*» se adscribe a un resultado lesivo o, en caso de que el tipo no lo obligue a su realización, peligroso[26].

La importancia del papel que desempeña la relación causal en los delitos de medios determinados se manifiesta igualmente por RODRÍGUEZ DEVESA cuando considera que en estos delitos «la ley excluye aquellos *procesos causales* no indicados en ella» en la medida en que en estos delitos no hay resultado penalmente relevante sin la concurrencia del *determinado acto humano* que ha sido político-criminalmente seleccionado como causa de aquel[27] o por WEBER cuando indica que estos delitos estrechan el alcance de los

[23] RONCO, Il reato: modelo teorico e struttura del fatto típico, en: RONCO (Dir), Il reato. Struttura del fatto típico. Presupposti oggetivi e suggetivi dell'imputazione penale. Il requisito dell'offensività del fatto, ed. Zanichelli, Bologna, 2011, p. 140; PELISSERO, Condotta ed evento, en: GROSSO/PETRINI/PISDA, Manuale di Diritto penale. Parte generale, ed. Giuffrè, Milano, 2017, p. 200; PADOVANI, Diritto penale, ed. Giuffré, Milano, 2017, p. 138; MANTOVANI, Diritto penale. Parte generale, ed. Cedam, Milano, 2020, p. 138.

[24] CARNELUTTI, Teoría generale del reato, ed. Cedam, Milano, 1933, p. 276 y ss. Terminología a la que se adhirieron COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN (*Derecho penal. Parte general*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, págs. 441-442) en su obra y que fundamentan con una sólida doctrina italiana la diferencia en los delitos de resultado entre aquellos que se hallan formulados «de modo libre» y «de forma vinculada».

[25] MAZACCUVA, Il disvalore di evento, 1983., págs. 193-194 (traducción del autor).

[26] DONINI, Imputazione oggetiva dell'evento. «Nesso di rischio» e responsabilità per fatto proprio, ed. Giappichelli, Torino, 2006, p. 136 (traducción del autor).

[27] RODRÍGUEZ DEVESA, Derecho Penal Español. Parte general, ed. Dykinson, Madrid, 1994, p. 421, nota al pie 42.

«verbos causales», estos son, conductas que llevan asociadas un resultado, cuya causación queda penalizada únicamente a través de determinados medios[28].

Por lo tanto, no es que se deba concluir con que los delitos de mera actividad no presentan formas específicas o modalidades concretas de la acción o, en esos términos, «medios determinados», sino que no son problemáticos porque, como afirma ACALE SÁNCHEZ, estos «no plantean problemas *causales*, y ello fundamentalmente porque a la hora de la configuración del tipo el legislador los ignora»[29]. Y, en ese sentido, la utilidad de los delitos de medios determinados reside en la conexión de la acción, que tiene medios tasados, con el resultado; relación que solo puede ser explicada con las reglas de la causalidad[30] y la imputación objetiva[31] en sede de delitos de resultado con la peculiaridad añadida, dice JAKOBS, de que en estos delitos el tipo «limita las modalidades de conseguir un resultado a alguna de las variantes posibles en la práctica»[32]. Es entonces cuando surgen los problemas en el ámbito de la omisión impropia.

En definitiva, mientras que los delitos de mera actividad con medios determinados mantienen su estructura típica original con la única exigencia de realizar la conducta legalmente determinada para dar por consumado el delito, la configuración típica de los delitos de medios determinados de resultado se estructura del siguiente modo:

Conducta legalmente determinada + relación causal (imputación objetiva) + resultado material

Un buen ejemplo que responde plenamente a esta estructura típica de los delitos de medios determinados de resultado sería el delito de hostigamiento –*stalking*– del artículo 172 ter cuyo tipo exige, tal y como señala ACALE SÁNCHEZ[33], que «se establezca la relación de causalidad y la imputación objetiva entre el comportamiento –una de las

[28] WEBER, Lineamientos del Derecho penal alemán, ed. Ediar, Buenos Aires, 2008, p. 58.

[29] ACALE SÁNCHEZ, El tipo de injusto, 2000, p. 260.

[30] *Cfr.*, JESCHECK/WEIGEND, Tratado de Derecho penal. Parte general, ed. Comares, Granada, 2002, p. 278; PUPPE, El resultado y su explicación causal en Derecho penal, InDret, 4/2008, p. 12.

[31] GIMBERNAT ORDEIG, Los orígenes de la teoría de la imputación objetiva, en: ÁLVAREZ GARCÍA/COBOS GÓMEZ DE LINARES/GÓMEZ PAVÓN/MANJÓN-CABEZA OLMEDA/MARTÍNEZ GUERRA Coords.), Libro Homenaje al Profesor Luis Rodríguez Ramos, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 86; MATELLANES RODRÍGUEZ, La imputación objetiva del resultado, en: DEMETRIO CRESPO (Coord.), Lecciones y materiales para el Estudio del Derecho penal. Teoría del delito. Tomo II, ed. Iustel, Madrid, 2015, pág. 101.

[32] JAKOBS, Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación, ed. Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 209. En el mismo sentido, MORILLAS CUEVA, Sistema de Derecho penal. Parte general, ed. Dykinson, Madrid, 2021, p. 360.

[33] ACALE SÁNCHEZ, Delitos contra la libertad, en: TERRADILLOS BASOCO, (Coord.), Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal. Tomo III. Derecho penal. Parte especial. Volumen II, ed. Iustel, Madrid, 2016, p. 136.

modalidades de acoso que se detallan en los números 1, 2, 3 y 4– y el resultado –alteración grave del desarrollo de la vida cotidiana de la víctima–»[34]. O los delitos de asesinato del artículo 139 (GRACIA MARTÍN/VIZUETA FERNÁNDEZ[35]), de homicidio imprudente con uso de vehículo a motor ciclomotor del artículo 142.1.2 (CÁCERES RUIZ[36]), de lesiones agravadas del artículo 148 (FELIP I SABORIT[37]), de defraudación de fluido eléctrico y análogos del artículo 255 (FARALDO CABANA[38], SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ[39]), de inmigración ilegal del artículo 318 bis (SANTANA VEGA[40]), de estragos del artículo 346 (MUÑOZ CONDE[41]) o el delito contra la Hacienda pública del artículo 305 (STS, Sala 2ª, 374/2017, de 24 de mayo; en contra, MORILLAS CUEVA[42]), entre otros.

A pesar de que sea esta la estructura típica que patrocinan los delitos de medios determinados es muy frecuente que la doctrina trate de ejemplificar estos delitos recurriendo a una serie de tipos delictivos que no encajan en la configuración típica propuesta, y ya no porque sean de mera actividad[43], sino porque apelan a conductas que no describen la acción que se vincula causalmente al resultado natural separado de aquella. Anomalías como esta apuntan a que la noción del «medio» dentro de la estructura típica del delito tiene atribuida un acentuado carácter polisémico. Así, han sido considerados como delitos de medios determinados el delito de matrimonios forzados del artículo 172 bis 1(TORRES ROSELL[44]), de robo con fuerza en las cosas (DE LA CUESTA

[34] En el mismo sentido, VILLACAMPA ESTIARTE, El delito de stalking, en: QUINTERO OLIVARES (Dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, ed. Aranzadi, Navarra, 2015, p. 384, aunque ciertamente en algún momento del trabajo utiliza la expresión «medio comisivo» como sinónimo de «modalidad comisiva». También SSTS, Sala 2ª, 324/2017, de 8 de mayo y 628/2022, de 23 de junio.

[35] GRACIA MARTÍN/VIZUETA FERNÁNDEZ, Los delitos de homicidio y de asesinato en el Código penal español. Doctrina y jurisprudencia, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 146.

[36] CÁCERES RUIZ, La responsabilidad por imprudencia en los accidentes de tráfico, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 238 y ss.

[37] FELIP I SABORIT, Las lesiones, en: RAGUÉS I VALLÉS/SILVA SÁNCHEZ (Dirs.), Lecciones de Derecho Penal. Parte especial, ed. Atelier, Barcelona, 2021, pág. 79 y ss.

[38] FARALDO CABANA, Defraudaciones de fluido eléctrico y análogas, en: CAMACHO VIZCAÍNO (Dir.) Tratado de Derecho penal económico, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 754.

[39] SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Manual de Derecho penal. Parte general. Tomo I, ed. Civitas, Navarra, 2020, p. 105.

[40] SANTANA VEGA, Título XV bis. Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, en: CORCOY BIDASOLO/MIR PUIG (Dirs.), Comentarios al Código penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 1132.

[41] MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, Derecho penal, 2015, pág. 275.

[42] MORILLAS CUEVA, Delitos contra la Hacienda pública y contra la Seguridad Social, en: MORILLAS CUEVA, Sistema de Derecho penal. Parte especial, ed. Dykinson, Madrid, 2020, p. 894.

[43] En cuyo caso podría, incluso, admitirse que hay medios determinados en el sentido que antes se expresó.

[44] TORRES ROSELL, Libro II: Título VI: Cap. III (art. 172), en: QUINTERO OLIVARES (Dir.), MORALES PRATS (Coord.), Comentarios a la parte especial del Derecho penal, ed. Aranzadi, Navarra, 2016, p. 219.

AGUADO[45]) o con violencia o intimidación en las personas del artículo 238 (JAKOBS[46], TERRADILLOS BASOCO[47], MEINI MÉNDEZ[48]), de extorsión del artículo 243 (MORILLAS CUEVA[49]), de prostitución forzada del artículo 187.1 (CUGAT MAURI[50]), de trata de seres humanos del artículo 177 bis (POMARES CINTAS[51]) o de alteración de los precios del mercado del artículo 284.1 (QUERALT JIMÉNEZ[52]) , entre otros. Se alude allí a que la «violencia», la «intimidación» o la «fuerza», entre otras, constituyen las conductas que dan lugar a los *medios determinados*. Sin embargo, la estructura de los delitos acabados de mencionar no describe la clase de comportamientos que definen los delitos de medios determinados, sino que forman parte de una serie de delitos compuestos, cuya funcionalidad, además, ni agota la realización de la conducta ni se instituye en medio o modalidad de la acción vinculada causalmente al resultado natural. Tal vez, al ritmo de confundir ambas categorías de delitos, algunos autores han optado por entender que los delitos compuestos por varios actos suponen un modo más de configurar los delitos de medios determinados *(«reati a forma vincolata»)*[53].

La pertenencia de cada una de esas conductas a un modo distinto de diseñar la acción típica se confirma con la presencia de delitos que están configurados simultáneamente como *compuestos* y de *medios determinados*: así, el delito de trata de seres humanos del artículo 177.1 contempla una serie de conductas instrumentales como la «violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima nacional o extranjera, o mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que

[45] DE LA CUESTA AGUADO, Tipicidad e imputación objetiva, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 72.

[46] JAKOBS, G., Derecho penal, 1995, p. 209.

[47] TERRADILLOS BASOCO, Manual de teoría jurídica del delito, ed. Consejo Nacional de la Judicatura, El Salvador, 2003, p. 61.

[48] MEINI MÉNDEZ, Lecciones de Derecho penal, 2014, pp. 76-77.

[49] MORILLAS CUEVAS, Sistema de Derecho Penal, 2020, p. 360.

[50] CUGAT MAURI, Prostitución y corrupción de menores y discapaces, en: ÁLVAREZ GARCÍA (Dir.), VENTURA PÜSCHEL (Coord.), Tratado de Derecho Penal Español. Parte especial (I). Delitos contra las personas, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 1284.

[51] POMARES CINTAS, El delito de trata de seres humanos, en: ÁLVAREZ GARCÍA (Dir.), VENTURA PÜSCHEL (Coord.), Tratado de Derecho Penal Español. Parte especial (I). Delitos contra las personas, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 1071.

[52] QUERALT JIMÉNEZ, Derecho penal español. Parte especial, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 787.

[53] Por parte de MARINUCCI/DOLCINI/GATTA (Manuale di Diritto penale. Parte generale, ed. Giuffrè, Milano, 2020, pp. 234-236) se consideran modalidades de los «delitos con forma restringida» aquellos en los que el legislador exige la realización de varias acciones en una determinada sucesión temporal: así, el delito de robo impropio del art. 628.2 CPi donde el autor debe usar violencia o amenazas inmediatamente después de sustraer el bien mueble ajeno.

poseyera el control sobre la víctima» y luego detalla las acciones que pueden dar lugar al resultado –cortado– en los verbos típicos «captare, transportare, trasladare, acogiere, o recibiere». O, incluso, cuando es la propia conducta instrumental «fuerza» la que tiene medios determinados, como ocurre en el delito de robo con fuerza donde el artículo 238 establece las formas de fuerza admitidas[54]. No faltan tampoco ejemplos de delitos compuestos de mera actividad con medios determinados como el delito de violación del artículo 179 que agrava la agresión sexual del artículo 178 –que ya lleva añadida la violencia o intimidación– cuando aquella aparece con medios determinados, esto es, cuando consiste en un «acceso por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías» o el tipo agravado de allanamiento de morada del artículo 202.2 que incorpora la violencia y la intimidación como instrumentos de las acciones de entrar o mantenerse.

Con la finalidad de continuar desentrañando la estructura típica de los delitos de medios determinados y destacando sus diferencias con aquellas otras tipologías de delitos que también han sido receptoras de la idea del «medio» como elemento típico originario, resulta muy útil traer a colación la distinción entre los delitos que prevén la «violencia» como medio típico y aquellos otros en los que pasa a constituir el núcleo de la acción, la conducta legalmente determinada[55]. Esta distinción se observa, por ejemplo, en el delito de violencia doméstica del artículo 173.2, que está configurado como un delito de mera actividad consistente en el ejercicio habitual de violencia física o psíquica, sin que vaya acompañada de otros actos típicos a los que se tuviera que vincular. Misma estructura típica toma el delito de desórdenes públicos del artículo 557 del Código penal que castiga «a quienes actuando en grupo o individualmente pero amparados en él, alteren la paz pública *ejecutando actos de violencia* sobre las personas o sobre las cosas o *amenazando* a otros con llevarlos a cabo, serán castigados con una pena de seis a tres años de prisión». En este delito, como recuerda la SAP de Málaga 322/2017, de 4 de septiembre, la ejecución de actos de violencia y las amenazas constituyen el núcleo de la conducta típica que causalmente se pone en relación con el resultado de alteración de la paz pública. El delito de desórdenes públicos es, por tanto, un delito de medios determinados y la violencia conforma la conducta legalmente determinada, sin que, en absoluto, sea «medio

[54] Así, MIR PUIG, *Derecho penal*, 2015, pp. 233-234; DE VICENTE MARTÍNEZ, La tipicidad, 2015, p. 81.

[55] *Cfr*., DE LA CUESTA AGUADO, El concepto jurídico-penal de violencia, en: RUIZ RODRÍGUEZ/GONZÁLEZ AGUDELO (Coords.), Transiciones de la política penal ante la violencia. Realidades y respuestas específicas para Iberoamérica, *ed. Jurídica continental*, Costa Rica, 2019, p. 74.

comisivo» o, en otros términos, la conducta que posibilita, facilita o asegura la ejecución de otra acción ulterior.

También se ha discutido mucho sobre la configuración típica a la que responde la estructura del delito de detenciones ilegales. Parece haber ya consenso que se está en presencia de un delito provisto de *medios determinados* descritos en las conductas de «encerrar» y «detener» a las que se une causalmente un resultado natural basado en la efectiva privación de libertad[56]. La jurisprudencia también se ha referido a que «no es imprescindible, por otro lado, que se utilice la violencia o la intimidación para alcanzar la inmovilización o limitación de los movimientos del encerrado o detenido, ya que el tipo penal *no* alude a *medios comisivos determinados* […]» (STS, Sala 2ª, 1045/2003, de 18 de julio, a la que han seguido múltiples resoluciones, entre otras, STS, Sala 2º, 1674/2017, de 16 de abril, SAP de Madrid 290/2019, de 10 de abril, y 507/2019, de 30 de julio). En esta línea, la SAP de Barcelona 561/2019, de 20 de septiembre, señala expresamente que el delito de detención ilegal no es de medios comisivos determinados, sino que «el tipo penal prevé modalidades comisivas: encerrar y detener».

En definitiva, con la categoría de los delitos de medios determinados se hace referencia a las formas o a las modalidades que adopta el núcleo de la acción, ya sea mediante la especificación de una sola o a través de la previsión de un catálogo de conductas. La singularidad de estos delitos frente a otras modalidades reside en su relación directa con el resultado y el bien jurídico protegido: ellas son las que explican la razón de ser de su ubicación y las únicas que pueden causar una lesión o puesta en peligro con significación penal.

BIBLIOGRAFÍA

ACALE SÁNCHEZ, El tipo de injusto en los delitos de mera actividad, ed. Comares, Granada, 2000.

— «Delitos contra la libertad», en: TERRADILLOS BASOCO, (Coord.), Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal. Tomo III. Derecho penal. Parte especial. Volumen II, ed. Iustel, Madrid, 2016.

BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, Lecciones de Derecho penal. Parte general, ed. Trotta, Madrid, 2006.

CÁCERES RUIZ, La responsabilidad por imprudencia en los accidentes de tráfico, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

CARNELUTTI, Teoría generale del reato, ed. Cedam, Milano, 1933.

[56] ACALE SÁNCHEZ, Delitos contra la libertad, 2016, p 108.

CEREZO MIR, Curso de Derecho penal español. Parte general. Tomo II. Teoría jurídica del delito, ed. Tecnos, Madrid, 2002.

COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, Derecho penal. Parte general, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

CUGAT MAURI, Prostitución y corrupción de menores y discapaces, en: ÁLVAREZ GARCÍA (Dir.), VENTURA PÜSCHEL (Coord.), Tratado de Derecho Penal Español. Parte especial (I). Delitos contra las personas, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

DE LA CUESTA AGUADO, Tipicidad e imputación objetiva, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

— El concepto jurídico-penal de violencia, en: RUIZ RODRÍGUEZ/GONZÁLEZ AGUDELO (Coords.), Transiciones de la política penal ante la violencia. Realidades y respuestas específicas para Iberoamérica, ed. Jurídica continental, Costa Rica, 2019.

DE PALMA, La struttura del reato, en: CARINGELLA/DELLA VALLE/DE PALMA, *Manuale di Diritto Penale*, ed. Dike, Roma, 2016.

DE VICENTE MARTÍNEZ, La tipicidad, en: DEMETRIO CRESPO (Coord.), Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal, Teoría del delito, Tomo II, ed. Iustel, Madrid, 2015.

DONINI, M., Imputazione oggetiva dell'evento. «Nesso di rischio» e responsabilità per fatto proprio, ed. Giappichelli, Torino, 2006.

FARALDO CABANA, Defraudaciones de fluido eléctrico y análogas, en: CAMACHO VIZCAÍNO, Tratado de Derecho penal económico, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

FELIP I SABORIT, Las lesiones, en: RAGUÉS I VALLÉS/SILVA SÁNCHEZ (Dir.), Lecciones de Derecho Penal. Parte especial, ed. Atelier, Barcelona, 2021.

FIANDACA/ENZO, Diritto penale. Parte generale, ed. Zanichelli, Torino, 2019.

GALLO, Diritto penale italiano. Appunti di parte generale, Vol. I, ed. G. Giappichelli, Torino, 2019.

GIMBERNAT ORDEIG, Los orígenes de la teoría de la imputación objetiva, en: ÁLVAREZ GARCÍA/COBOS GÓMEZ DE LINARES/GÓMEZ PAVÓN/MANJÓN-CABEZA OLMEDA/MARTÍNEZ GUERRA (Coords.), Libro Homenaje al Profesor Luis Rodríguez Ramos, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

GRACIA MARTÍN/VIZUETA FERNÁNDEZ, J., Los delitos de homicidio y de asesinato en el Código penal español. Doctrina y jurisprudencia, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

JAKOBS, Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación, ed. Marcial Pons, Madrid, 1995.

JESCHECK/WEIGEND, Tratado de Derecho penal. Parte general, Trad. Miguel Olmedo Cardenete, ed. Comares, Granada, 2002.

LUZÓN PEÑA, Lecciones de Derecho penal. Parte general, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

MANTOVANI, Diritto penale. Parte generale, ed. Cedam, Milano, 2020.

MARINUCCI/DOLCINI/GATTA, Manuale di Diritto penale. Parte generale, ed. Giuffrè, Milano, 2020.

MATELLANES RODRÍGUEZ, La imputación objetiva del resultado, en: DEMETRIO CRESPO, (Coord.), Lecciones y materiales para el Estudio del Derecho penal. Teoría del delito. Tomo II, ed. Iustel, Madrid, 2015.

MAYER, Derecho penal. Parte general., ed. Bdef, Buenos Aires-Argentina, 2007, pág. 145.

MAZACCUVA, Il disvalore di evento nell'illecito penale, ed. Giuffrè, Milano, 1983.

MEINI MÉNDEZ, Lecciones de Derecho penal – Parte general, Teoría jurídica del delito, ed. Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2014.

MEZGER, Tratado de Derecho penal, Vol. I., ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2010.

MIR PUIG, Derecho penal. Parte general, ed. Reppetor, Barcelona, 2015.

MODOLELL GONZÁLEZ, Sobre los conceptos naturalísticos en la teoría del delito: el ejemplo de la distinción entre delitos de resultado y de mera actividad, en: SILVA SÁNCHEZ/QUERALT JIMÉNEZ/CORCOY BIDASOLO/CASTIÑEIRA PALOU (Coords.), Estudios de Derecho penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig, ed. BdeF, Buenos Aires, 2017.

MOLINA FERNÁNDEZ, Acción y tipicidad en los delitos activos, *Memento penal*, ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2018.

MORILLAS CUEVA, Delitos contra la Hacienda pública y contra la Seguridad Social, en: MORILLAS CUEVA, *Sistema de Derecho penal. Parte especial*, ed. Dykinson, Madrid, 2020.

— *Sistema de Derecho penal. Parte general*, ed. Dykinson, Madrid, 2021.

MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, Derecho Penal. Parte General, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

PADOVANI, Diritto penale, ed. Giuffré, Milano, 2017.

PELISSERO, Condotta ed evento, en: GROSSO/PETRINI/PISDA, Manuale di Diritto penale. Parte generale, ed. Giuffrè, Milano, 2017.

POMARES CINTAS, El delito de trata de seres humanos, en: ÁLVAREZ GARCÍA, (Dir.), VENTURA PÜSCHEL, (Coord.), Tratado de Derecho Penal Español. Parte especial (I). Delitos contra las personas, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

PULITANÒ, Diritto penale, ed. Giappichelli, Torino, 2019.

PUPPE, El resultado y su explicación causal en Derecho penal, InDret, 4/2008, pág. 12.

QUERALT JIMÉNEZ, Derecho penal español. Parte especial, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

QUINTERO OLIVARES, Parte General del Derecho Penal, ed. Aranzadi, Navarra, 2010.

RODRÍGUEZ DEVESA, Derecho Penal Español. Parte general, ed. Dykinson, Madrid, 1994.

RODRÍGUEZ MESA, La atribución de responsabilidad en comisión por omisión, ed. Aranzadi, Navarra, 2005.

RODRÍGUEZ MOURULLO, Derecho penal. Parte general, ed. Civitas, Madrid, 1978.

RONCO, Il reato: modelo teorico e struttura del fatto típico, en: RONCO, (Dir)., Il reato. Struttura del fatto típico. Presupposti oggetivi e suggetivi dell'imputazione penale. Il requisito dell'offensività del fatto, ed. Zanichelli, Bologna, 2011.

SANTANA VEGA, «Título XV bis. Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros», en: CORCOY BIDASOLO/MIR PUIG (Dirs.), Comentarios al Código penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

STRATENWERTH, Derecho penal. Parte general I. El hecho punible, ed. Thomson Civitas, Navarra, 2005.

SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Manual de Derecho penal. Parte general. Tomo I, ed. Civitas, Navarra, 2020.

TERRADILLOS BASOCO, Manual de teoría jurídica del delito, ed. Consejo Nacional de la Judicatura, El Salvador, 2003.

TORRES ROSELL, Libro II: Título VI: Cap. III (art. 172), en: QUINTERO OLIVARES, (Dir.)., MORALES PRATS (Coord.), Comentarios a la parte especial del Derecho penal, ed. Aranzadi, Navarra, 2016, pág. 219.

VILLACAMPA ESTIARTE, El delito de stalking, en: QUINTERO OLIVARES (Dir.), Comentario a la reforma penal de 2015, ed. Aranzadi, Navarra, 2015.

WEBER, Lineamientos del Derecho penal alemán, ed. Ediar, Buenos Aires, 2008.

WELZEL, Derecho penal alemán. Parte general, ed. Jurídica de chile, Santiago de Chile, 1976.

* * * * * *

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[1]~

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

[1] Dirección electrónica: 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).

fortalezas del Estado de Derecho. Las notas definitorias del Estado de Derecho 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[2].

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)[3].

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

[2] 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, 2019, pp. 8-13.

[3] 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[4].

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[5] 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[6] (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 de las empresas

[4] SERVI, A., Derecho Ambiental Internacional, en: Revista de Relaciones Internacionales, volumen 7 (núm. 14), 1998, p. 10.

[5] SERVI, A., en: Revista de Relaciones Internacionales volumen 7 (núm. 14), 1998, pp. 7 y 8.

[6] 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. Aprobado por la Resolución 17/4 de 16 de junio de 2012.

de garantizar el acceso a mecanismos de reparación[7]. 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)[8].

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[9], 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

[7] 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.

[8] 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.

[9] *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 reputaciones 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"[10] 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[11].

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 se

[10] 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 direitos humanos e empresas, vol. 2, nº 1 (2018), pp. 159-165.

[11] 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.

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[12] … 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 pespective*") a la lectura de todos estos problemas para integrarlos y para concederles la seriedad e importancia que hasta entonces no habían recibido[13], 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 ("*environmemtal 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*")[14], 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[15].

[12] 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.

[13] 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.

[14] 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.

[15] 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[16], 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[17]) 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 un concepto amplio de crimen medioambiental, es el momento de proponer una solución:

[16] *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.

[17] 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.

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[18]. 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"[19].

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[20].

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

[18] VILLANUEVA NEMESIO, I., en: Georgetown International Environmental Law Review, vol. 27 (2015), p. 322.

[19] 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, 2019, p. 13.

[20] *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

(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[21] 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[22].

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*[23], 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,

[21] DELMAS-MARTY, M., Préface, en NEYRET, L. (dir.), Des écrocrimes 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).

[22] *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).

[23] 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 (online 21/02/2020).

fruto de un incumplimiento masivo del deber de cuidado que recae sobre la humanidad respecto del medioambiente[24].

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"[25].

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[26].

2. También hay investigaciones criminológicas y penales centradas en las actividades empresariales sobre el medio ambiente que causan graves violaciones de derechos

[24] *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 ecodidio 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

[25] HIGGINS, P., Eradicating Ecocide: laws and governance to prevent the destruction of our planet. 2nd ed., Londres, Shepheard Walwyn Publishers Ltd, 2015, p. 63.

[26] AA.VV, Projet de Convention contre l'écocide (Convention Écocide), en NEYRET, L. (dir.), 2015, pp. 285-301, sobre todo, p. 288.

humanos[27] y sobre los daños contra el medio ambiente de carácter transnacional, de lo los que la figura paradigmática es el delito ecológico transfronterizo[28].

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)[29].

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[30].

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*[31], en el que el ecocidio se integraría en el corazón de los crímenes internacionales ("*core crimes*"), mientras que en un segundo nivel estarían otros

[27] En este sentido, se examina la conexión entre graves impactos medioambientales y movimientos forzados trasfronterizos 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.

[28] 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 Écocrimes), en NEYRET, L. (dir.), 2015, pp. 267-284.

[29] 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.

[30] 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).

[31] 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.

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*")[32], 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[33], 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"[34].

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

[32] MÉGRET, F., *https://ssrn.com/abstract=1583610*; 05/03/2020, p. 19.

[33] BASSIOUNI, M. C., International Crimes: Jus Cogens and Obligatio Erga Omnes, en: *L*aw and *C*ontemporary *P*roblems, 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.

[34] CORTE PENAL INTERNACIONAL, Policy paper on case selection and prioritisation, 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, nº 13 (2017), pp. 123-133

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[35], 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[36], 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[37].

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"[38], 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, 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

[35] 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 projects de Conventions Écocrimes et Écocie à la responsabilisation pénale des enterprises transnationales, en NEYRET, L. (dir.), 2015, p. 85.

[36] Cfr. NIETO MARTÍN, A., Justice restaurative et sanctions pour un droit pénal international de l'environnement, en NEYRET, L. (dir.), 2015, pp. 194-196.

[37] *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.

[38] NIETO MARTÍN, A., en: Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma, 16 (2012), p. 147.

grupo de investigadores[39]. 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")[40]; 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[41].

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).

VI. BIBLIOGRAFÍA

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

[39] *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.

[40] 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.

[41] 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 internacionalmedioambiental: 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.

- Projet de Convention contre la criminalité environnementale (Convention Écocrimes), en NEYRET, L. (dir.), Des écrocrimes 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. 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, 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 écrocrimes 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.

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 direitos 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. 2nd ed., Londres, Shepheard 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 projects de Conventions Écocrimes et Écocie à la responsabilisation pénale des enterprises transnationales, en NEYRET, L. (dir.), Des écrocrimes 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 écrocrimes 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 écrocrimes 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. Dra. Alejandra Pastrana Sánchez
Investigadora Margarita Salas, Univ. de Cádiz, España. Socia de la FICP.

~La omisión en el artículo 28(a) del Estatuto de Roma: un análisis a propósito del caso Bemba Gombo~

Resumen: Los pronunciamientos judiciales del caso Bemba han supuesto las primeras decisiones de la Corte Penal Internacional en materia de responsabilidad por omisión del superior, contenida en el artículo 28 del Estatuto de Roma. Aunque esta jurisprudencia ha zanjado en apariencia algunas de las problemáticas planteadas por la doctrina del Derecho penal internacional, otras muchas cuestiones se han dejado sin resolver. En el presenta artículo, tras un breve análisis de los hechos del caso y sus decisiones judiciales, se propone una interpretación de la responsabilidad omisiva que emana del artículo 28(a) del Estatuto de Roma, dándole un papel protagonista a la interpretación de la comisión por omisión del Derecho penal continental.

Sumario: I. Introducción. II. la naturaleza del artículo 28(a) ER. III. los hechos del caso Jean-Pierre Bemba Gombo contra el Fiscal en la situación de la República Centroafricana IV. Los requisitos de la responsabilidad por omisión. IV.1. Medidas necesarias y razonables: las acciones debidas. IV.2. La situación típica y la posición de garante del superior jerárquico. IV.3. Capacidad de realización de la acción y capacidad de evitar el resultado. IV.4. El elemento subjetivo. IV.5. El nexo: la imputación objetiva. V. Conclusiones. VI. Referencias

I. INTRODUCCIÓN

Jean Pierre Bemba Gombo fue arrestado en Bélgica el 24 de mayo de 2008, y presentado por primera vez ante la Corte el día 4 de julio del mismo año. Sería en 2009 cuando la Sala de Asuntos Preliminares II confirmó que había prueba suficiente para considerar que Bemba Gombo podía ser responsable como superior militar en el sentido del artículo 28(a) del Estatuto de Roma, por crímenes de lesa humanidad de asesinato y violación, y por crímenes de guerra de asesinato, violación y pillaje, cometidos en el territorio de la República Centroafricana desde el 26 de octubre de 2002 al 15 de marzo de 2003[1]. No sería hasta marzo de 2016 cuando la Sala de Primera Estancia III estimó, más allá de toda duda razonable, que los cargos anteriormente constatados, cometidos por los soldados de la MLC entre 2002 y 2003 en la República Centroafricana, fueron el resultado de no ejercer el control apropiado por parte de Bemba. A esta sentencia, le siguieron dos opiniones separadas de los jueces KUNIKO OZAKI[2] y SYLVIA STEINER[3].

[1] *Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08-424, 15 June 2009, Pre-Trial Chamber II.*
[2] *Separate Opinion of Judge Kuniko Ozaki (ICC-01/05-01/08-3343-AnxII 21-03-2016 1/18 NM T).*
[3] *Separate Opinion of Judge Sylvia Steiner (ICC-01/05-01/08-3343-AnxI 21-03-2016 1/11 NM T).*

Sin embargo, la Sentencia de Apelación del año 2018[4] decretó la absolución de Bemba, partiendo del razonamiento de que había habido una mala interpretación de la prueba por parte de la Sala de Primera Instancia, al considerar esta -erróneamente- que lo actuado era suficiente para lograr la convicción de culpabilidad del sujeto más allá de toda duda razonable. Así, la Sala de Apelaciones disminuyó el volumen de los crímenes considerados probados hasta dejarlos en una única muerte, la violación de 20 personas y cinco actos de pillaje. El resto no pudieron tenerse en consideración, al no aparecer claramente delimitados en la Decisión de Confirmación de Cargos (violando, por tanto, el principio acusatorio que se garantiza en el artículo 74.2 del Estatuto de Roma)[5]. A dicha resolución le seguían la opinión disidente de los jueces MMSENONO MONAGENG y HOFMANSKI[6], la opinión separada de los jueces VAN DEN WYNGAERT y MORRISON[7], y la opinión concurrente separada del juez EBOE-OSUJI[8]. Tras el pronunciamiento de la Sala de Apelaciones, Bemba fue puesto en libertad, después de 10 años de reclusión[9].

Esta jurisprudencia emanada del caso Bemba, la Decisión de Confirmación de Cargos[10] y las dos Sentencias de 2016 y 2018[11], son hasta ahora los únicos pronunciamientos judiciales de la Corte Penal Internacional sobre la responsabilidad de los superiores jerárquicos del artículo 28 del Estatuto de Roma[12]. En ellas, la Corte ha dejado en este caso asuntos sin resolver sobre este modo de responsabilidad, por lo que

[4] *Prosecutor v. Bemba, ICC-01/05-01/08 A, Judgment on 3 the Appeal of Mr. Jean-Pierre Bemba Gombo Against Trial Chamber III's, Jun. 8, 2018.*

[5] Para. 110: "Simplemente enunciar las categorías de los crímenes que van a ser los cargos del acusado, en amplios términos generales, y con parámetros temporales y geográficos iguales, no es suficiente para cumplir con los requisitos del 52(b) del Reglamento de la Corte y el 74.2 del ER".

[6] *Dissenting Opinion of Judge Sanji Mmasenono Monageng and Judge Piotr Hofmański (ICC-01/05-01/08-3636-Anx1-Red 08-06-2018 1/269 EC A).*

[7] *Separate opinion Judge Christine Van den Wyngaert and Judge Howard Morrison (ICC-01/05-01/08-3636-Anx2 08-06-2018 1/34 EC A).*

[8] *Concurring Separate Opinion of Judge Eboe-Osuji* (ICC-01/05-01/08-3636-Anx3).

[9] Por este motivo Bemba Gombo pidió una indemnización con base en el art. 85 del ER, que le fue denegada por la Corte. Vid. *Decision on Mr. Bemba's claim for compensation and damages, ICC-01/05-01/08, 18 May 2020 (Pre-Trial Chamber II*).

[10] *Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08-424, 15 June 2009.*

[11] *La Sentencia de Primera Instancia: Prosecutor v. Bemba, ICC-01/05-01/08, Judgment Pursuant to Article 74 of the Statute, Mar. 21, 2016; y la Sentencia de Apelación: Prosecutor v. Bemba, ICC-01/05-01/08 A, Judgment on 3 the Appeal of Mr. Jean-Pierre Bemba Gombo Against Trial Chamber III's, Jun. 8, 2018.*

[12] Sin embargo, la primera aplicación de la responsabilidad del superior por omisión suele datarse después de la Segunda Guerra Mundial, en concreto en el caso Yamashita. COTE BARCO, El caso Bemba: ruptura o continuidad en el desarrollo de la responsabilidad del mando en el derecho penal internacional, en AMBOS/VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ (eds.), El caso Bemba y la responsabilidad del mando. Comentarios y traducción a la Sentencia de Apelación, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 73; WERLE, Tratado de Derecho penal internacional, Tirant lo Blanch, 2ª ed., Valencia, 2011, p. 313.

deberán ser abordados en futuras investigaciones, habiendo perdido una perfecta ocasión para ello.

Probablemente el caso Bemba no sea el paradigmático sobre omisión del superior, dado que no se trata de un asunto en el que el acusado omitiera cualquier clase de medida en orden a prevenir los delitos (esto es, no *se sentó y esperó*), sino que tomó algunas de estas, que resultaron insuficientes a ojos de la Sala de Primera Instancia, pero bastantes para la Sala de Apelaciones. Sin duda se trata de un caso problemático, lo que puede constatarse a través de los diversos "votos particulares" de los magistrados a ambas sentencias, que suman entre ellos más de 500 páginas.

El artículo 28 del Estatuto de Roma lleva como título "*la responsabilidad de los jefes y otros superiores*", dado que el precepto también recoge la posible responsabilidad de aquellos superiores no militares. No obstante, el presente trabajo se ciñe al estudio de su apartado (a), donde se enmarca la responsabilidad de los superiores militares o aquellos que actúen como estos. A pesar de lo anterior, muchas de las precisiones que se hacen en este texto sobre el artículo 28(a) ER son plenamente aplicables también a la responsabilidad de los superiores civiles[13].

En las siguientes páginas se hace un esfuerzo por trasladar a la redacción del artículo 28(a) ER la doctrina continental de la comisión por omisión, no por entender que deba esta ser la única interpretación válida y aceptada sin más explicaciones[14], sino porque el largo estudio y aplicación de esta categoría en el Derecho penal continental podría ofrecer soluciones adecuadas, capaces de eludir resultados insatisfactorios (porque como insatisfactorio debe calificarse el hecho de, en un extremo, condenar a los acusados sin las garantías debidas y, en el otro, generar grandes ámbitos de impunidad al hacer una interpretación que convierte al precepto en inaplicable). De esta manera, el análisis se centrará en tres planos: primero, constatar la ausencia de una acción debida y la existencia

[13] La principal diferencia entre ambas modalidades se encuentra en el elemento subjetivo: así, mientras el artículo 28 se conforma con la imprudencia para el superior jerárquico militar, en el caso de los superiores civiles el nivel de conocimiento debe ser más alto. Así se exige, como mínimo, que el superior civil omitiera sus deberes por "*haber hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos*", lo cual hace referencia al concepto de ignorancia deliberada o *willfull blindness*. Ello, en principio, podría ser distinto a lo marcado por el artículo 30 del ER, dado que algunas de las Salas de Cuestiones Preliminares consideran fuera el dolo eventual. Algunos autores sostienen que dentro del 28(b) se incluye la imprudencia consciente o con representación. Así, vid., AMBOS, Principios e imputación en el Derecho penal internacional, Atelier, Barcelona, 2008, p. 108.

[14] Aunque el ER contempla en su sistema de fuentes "*los principios generales del derecho que derive la Corte del derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo*" (art. 21(1)(c)).

de un deber de evitar el resultado típico; segundo, probar la concurrencia de una situación típica a efectos del Estatuto de Roma y la posición de garante del superior; y, tercero, comprobar que el superior tenía no solo la capacidad de realizar la acción omitida, sino también la capacidad de evitar el resultado acaecido. El análisis se cerrará con el estudio de los criterios de la imputación objetiva[15], que hará las veces del nexo exigido por el artículo 28 ER.

II. LA NATURALEZA DEL ARTÍCULO 28(A) ER

El texto fundacional de la Corte Penal Internacional indica en su artículo 28(a) que:

"*Además de otras causales de responsabilidad penal de conformidad con el presente Estatuto por crímenes de la competencia de la Corte:*

a) El jefe militar o el que actúe efectivamente como jefe militar será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo, o su autoridad y control efectivo, según sea el caso, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas cuando:

i) Hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos; y

ii) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento".

El primer apartado de este artículo ya sugiere algunas precisiones sobre la naturaleza de la responsabilidad del superior, pues claramente la expresión "*además de otras causales de responsabilidad penal*…", puede ser interpretada como una disposición que no hace otra cosa sino sumar esta responsabilidad del superior al resto de modos de autoría y participación que pueden encontrarse en el artículo 25 del Estatuto[16], que se

[15] Ambas cuestiones podrían estudiarse en conjunto, pues las exigencias de la imputación objetiva corresponden a los criterios de determinación de la existencia de un delito en comisión por omisión.

[16] COTE BARCO, El caso Bemba…, 2020, p. 70. SCHABAS, por su parte, diferencia entre las posibilidades de que conformara una forma de participación o responsabilidad y otra como un principio donde los superiores son perseguidos por los crímenes de sus subordinados; decantándose finalmente por una forma de responsabilidad *sui generis: "*un crimen cuya esencia de la infracción es el fallo de supervisión o de castigo*"*. SCHABAS, The International Criminal Court. A Commentary on the Rome Statute, Oxford University Press, Oxford-New York, 2010, p. 456.

encabeza como "*responsabilidad penal individual*". Hay que precisar que la SCP III afirmó que la responsabilidad del superior se aplicará solo allí donde no pueda sustentarse la autoría de ese superior, esto es, solo cuando no se puedan aplicar las disposiciones del 25(3)(a)[17].

Ahondando en esta cuestión de la naturaleza del precepto, también se ha pronunciado la Sentencia de la Sala de Primera Instancia III en el caso Bemba, la cual declara que el artículo 28 recoge un causal de responsabilidad *sui generis*[18]. De esta manera parece cerrarse el debate surgido en la doctrina en torno a la figura que se consagra en dicho precepto, que había oscilado entre su consideración como omisión propia[19] (cuyo contenido sería, por tanto, una mera omisión pura de garante[20]) o como omisión impropia o comisión por omisión[21], afirmando en su parágrafo 171 que se trata de un modo de responsabilidad a través del cual se exige responsabilidad criminal a un superior

[17] *Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08-424, 15 June 2009, Pre-Trial Chamber II*, par. 342, 402. SCHABAS, W. A., *The International Criminal Court. A Commentary on the Rome Statute*, Oxford University Press, Oxford-New York, 2010, p. 458. Vid. también en este sentido, WERLE, Tratado de Derecho penal internacional, 2ª ed., 2011, p. 313. Sin embargo, el magistrado EBOE-OSUJI mantuvo en su opinión concurrente separada a la Sentencia de Apelación del caso Bemba que el artículo 28 es una disposición especial de complicidad, relacionada con la responsabilidad del superior (para. 218) y que sería de aplicación especial sobre el 25(3)(c). *Concurring Separate Opinion of Judge Eboe-Osuji (ICC-01/05-01/08-3636-Anx3), 14 June 2018.*

[18] Para. 178, *Prosecutor v. Bemba, ICC-01/05-01/08, Judgment Pursuant to Article 74 of the Statute (Mar. 21, 2016); Trial Chamber III.*

[19] Los delitos omisivos han sido catalogados por la mayoría de la doctrina en dos grandes grupos, esto es, delitos de omisión pura y delitos de comisión por omisión. Los primeros vendrían caracterizados por la mera infracción de un mandato (esto es, de una norma preceptiva) mientras que los segundos se caracterizarían por la producción de un resultado a través de la inactividad. Vid. por todos, MIR PUIG, Derecho penal, Parte general, 10ª edición, Reppertor, 2015, pp. 321 y ss.

[20] Y, consecuentemente, el castigo al superior jerárquico por la comisión de crímenes competencia de la Corte sucedería siempre que estos fueran cometidos por los subordinados y el superior mantuviera el control efectivo de las tropas, pues la fuente de la que emanaría la responsabilidad sería la posición de garante del foco de peligro que representarían los soldados para con la población civil o, incluso, contra otros contendientes en el caso de que se estuviera en el contexto de un conflicto armado. Evidentemente serían necesarios otros requisitos que emanan de la propia redacción del artículo 28: esto es, que no haya habido una orden de cometer los hechos (en cuyo caso tendrían que explorarse otros causales de responsabilidad, contenidos en el artículo 25 ER), y que se satisfaga el elemento subjetivo necesario contenido en el 28 (a) (i). Esa posición de garante provendría de lo recogido en los arts. 86 y 87 del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra. Amnistía internacional, que colaboró en el proceso mediante un *amicus curiae*, sigue manteniendo esta postura. Vid. AMNISTÍA INTERNACIONAL, Dando sentido a la responsabilidad del mando, en AMBOS/VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, (eds.), El caso Bemba y la responsabilidad del mando. Comentarios y traducción de la Sentencia de Apelación, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 151. Sobre la omisión pura de garante, vid. SILVA SÁNCHEZ, El delito de omisión. Concepto y sistema, Bosch, Barcelona, 1986, p. 344.

[21] Por tanto, se haría responsable al superior de los delitos cometidos por los subordinados a su cargo, siendo necesaria la imputación objetiva de los resultados de los delitos al no actuar del superior jerárquico.

jerárquico por los crímenes cometidos por sus subordinados que estén dentro del ámbito de jurisdicción de la Corte[22].

La Sentencia de Primera Instancia también insiste en que esta interpretación puede desprenderse de la propia redacción del artículo 28 del Estatuto de Roma, pues relaciona la responsabilidad del superior con los crímenes cometidos por los subordinados[23] ("…*será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo* (…) *en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas*…"). Además de este razonamiento que brinda la Sentencia, parece lógico que la Corte Penal Internacional, interesada en el castigo de los crímenes más graves para la humanidad en su conjunto, no se esfuerce en perseguir meras omisiones de deberes[24].

Esta discusión que la Sala se ve abocada a abordar y resolver, proviene a su vez del debate planteado por la doctrina en torno al exacto significado de lo previsto en el artículo 28 del Estatuto de Roma, y en el que cierto sector doctrinal[25] había llegado a la conclusión de que el precepto recogería ambos tipos de responsabilidad por omisión, tanto propia como impropia[26]. De este modo, interpretan que el artículo 28, apartado (a)(ii), al disponer que habrá responsabilidad del superior cuando este "*no hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes*…", está caracterizando como omisión pura aquella inactividad del superior consistente en *no castigar y reprimir* los delitos ya cometidos, de modo que concurriría comisión por omisión únicamente cuando los delitos no se *previenen*.

Sin embargo, otras orientaciones doctrinales, que parecen más adecuadas, mantienen que esas omisiones aparentemente posteriores a la comisión delictiva (esto es,

---

[22] En la nota al pie 384 aclara la diferencia con la omisión pura: "Lo cual es distinto, por ejemplo, a un crimen de omisión pura, donde el incumplimiento del deber del superior constituiría, en sí mismo, el delito". *Prosecutor v. Bemba, ICC-01/05-01/08, Judgment Pursuant to Article 74 of the Statute (Mar. 21, 2016); Trial Chamber III*.

[23] Para. 173 de la Sentencia de Primera Instancia (*Prosecutor v. Bemba, ICC-01/05-01/08, Judgment Pursuant to Article 74 of the Statute (Mar. 21, 2016); Trial Chamber III).*

[24] De esta opinión, GARROCHO SALCEDO, La responsabilidad del superior por omisión en Derecho Penal Internacional, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2016, pp. 183-184.

[25] OLÁSOLO ALONSO, Tratado de autoría y participación en el Derecho penal internacional. En homenaje al Prof. Augusto Martínez Ocampo, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 739-740. Menciona esta discusión WERLE, Tratado de Derecho penal internacional, 2ª ed., 2011, p. 315.

[26] Es más, algunos autores sostuvieron en un principio que el artículo 28 hacía referencia únicamente a omisiones puras (aunque cambiaron de opinión más adelante). Así AMBOS, Principios e imputación…, 2008, p. 101.

castigar, reprimir o poner los hechos en conocimiento de las autoridades) también están relacionadas con el deber de prevenir futuros delitos[27], pues nada tiene que decir la orientación político criminal del Estatuto de Roma respecto de deberes que ya no pueden evitar la comisión de delitos[28]. Desde esta perspectiva, la tolerancia a través del incumplimiento del superior de su deber de sancionar conductas graves de sus subordinados funcionaría como una indeseable pauta de conducta, capaz de crear un caldo de cultivo donde proliferen nuevos comportamientos criminales (o continúen una carrera criminal extendida en el tiempo) de quienes están -fácticamente sin vigilancia- a su cargo[29].

Siguiendo el razonamiento, el artículo 28 haría referencia a la capacidad de responder penalmente de un superior por los hechos delictivos de sus subordinados, pero no por órdenes dadas por este y ejecutadas de forma inmediata por los subordinados, sino como consecuencia de que el superior no ha tomado las medidas precisas para que aquellos que están bajo su mando se abstengan de delinquir. Esas obligaciones para los superiores que tienen tropas bajo su cargo emanan del Derecho Internacional Humanitario[30], nutrido en buena parte por las Convenciones de Ginebra. Así, estos

[27] "Al no ejercer su obligación de comandante, el mensaje que transmitió a sus subordinados fue el de permisividad e impunidad", cfr. ROCHA HERRERA, ¿Cuáles son las obligaciones de un comandante militar en campo? Evolución jurídica de la doctrina de responsabilidad del superior jerárquico: de Yamashita a Bemba Gombo en la Corte Penal Internacional, ANIDIP, 6, 2018, pp. 10-58, p. 45.

[28] GARROCHO SALCEDO, La responsabilidad del superior…, 2016, pp. 203 y ss.

[29] La opinión separada a la Sentencia de Primera Estancia del caso Bemba formulada por el magistrado OZAKI continúa planteándose si el artículo 28 del Estatuto de Roma puede contener una omisión pura de garante (*dereliction of duty* o mero incumplimiento del deber). Aunque el magistrado termina concluyendo que ello no es posible, el magistrado decidió seguir abordando la cuestión porque la Sala de Cuestiones Preliminares afirmó, como parte de la doctrina anteriormente mencionada, que los deberes que surgen con posterioridad a la comisión de los delitos no pueden "causar nada" (*Separate Opinion of Judge Kuniko Ozaki (ICC-01/05-01/08-3343-AnxII 21-03-2016 1/18 NM T), 21 March 2016*). De manera similar, siguen apuntando a esta conclusión los magistrados VAN DEN WYNGAERT y MORRISON, que en su opinión separada a la Sentencia de Apelación, afirman que, desde el punto de vista de la lógica, el requisito causal no se puede colmatar después de que el hecho se haya cometido. Siguiendo este razonamiento, afirman que aquella parte de la doctrina que argumenta que un fallo a la hora de castigar un crimen inicial (de una serie de delitos) puede crear una cultura de la impunidad que incremente el riesgo de subsecuentes crímenes no está en lo cierto, pues aunque es teóricamente posible, no toda omisión de no llevar ante los tribunales a un subordinado sospechoso de cometer delitos induce automáticamente a la comisión de futuros crímenes (*Separate opinion Judge Christine Van den Wyngaert and Judge Howard Morrison (ICC-01/05-01/08-3636-Anx2 08-06-2018 1/34 EC A), 14 June 2018*). En respuesta a ello, el juez EBOE-OSUJI consideraba desde su visión, que es lógica la existencia de casos en los que la omisión del superior de llevar los crímenes ante las autoridades competentes resulte en subsecuentes comisiones delictivas por parte de los subordinados, sobre todo en aquellos casos donde las violaciones y el pillaje son tratadas como una especie de licencias que merecen los soldados. *Concurring Separate Opinion of Judge Eboe-Osuji (ICC-01/05-01/08-3636-Anx3), 14 June 2018.*

[30] PÉREZ-LEÓN ACEVEDO, La responsabilidad del superior "sensu stricto" por crímenes de guerra en el Derecho internacional contemporáneo, Revista Colombiana de Derecho Internacional, n. 10, pp. 153-198, noviembre de 2007, p. 157.

deberes se definen en los artículos 86 y 87 en relación con el artículo 43 (1) del Protocolo Adicional I de las Convenciones de Ginebra de 1977[31], que permiten hablar de un deber legal o positivo de actuar[32].

III. LOS HECHOS DEL CASO JEAN-PIERRE BEMBA GOMBO CONTRA EL FISCAL EN LA SITUACIÓN DE LA REPÚBLICA CENTROAFRICANA[33]

En octubre del año 2001, el general François Bozizé, ex jefe del Estado Mayor de las Fuerzas Armadas Centroafricanas, fue apartado del servicio militar. Varios destacamentos del cuerpo desertarían para unirse a él, retirándose posteriormente a la frontera con Chad hasta octubre de 2002. Una vez reagrupados, avanzaron a través de la República Centroafricana, atacando a las tropas de las Fuerzas Centroafricanas y sitiando varios pueblos, antes de entrar en Bangui el día 25 de octubre de 2002. Las Fuerzas Armadas Centroafricanas y otras tropas que apoyaban a Ange-Félix Patassé (presidente en ese momento de la República Centroafricana), respondieron con fuerza militar.

El 25 de octubre de 2002, el presidente Patassé solicitó la ayuda del Movimiento de Liberación del Congo (en concreto a su brazo armado: el Ejército de Liberación del Congo -ALC-), a través de Jean Pierre Bemba Gombo, presidente del movimiento y comandante en jefe del ejército. De esta manera, Bemba envió a sus tropas desde la República Democrática del Congo hasta la República Centroafricana, interviniendo en apoyo del presidente Patassé. En un período de cuatro meses y medio (del 26 de octubre de 2002 al 15 de marzo de 2003), las tropas atravesaron Bangui, Damara-Sibut y Mongoumba. En ese tránsito, sus soldados cometerían diversos delitos de asesinato, violación y pillaje contra la población civil.

---

[31] Art. 86.2 PAI: "*El hecho de que la infracción de los Convenios o del presente Protocolo haya sido cometida por un subordinado no exime de responsabilidad penal o disciplinaria, según el caso, a sus superiores, si éstos sabían o poseían información que les permitiera concluir, en las circunstancias del momento, que ese subordinado estaba come tiendo o iba a cometer tal infracción y si no tomaron todas las medidas factibles que estuvieran a su alcance para impedir o reprimir esa infracción*". Art. 87.1 PAI: "*Las Altas Partes contratantes y las Partes en conflicto exigirán que los jefes militares, en cuanto se refiere a los miembros de las fuerzas armadas que están a sus órdenes y a las demás personas que se encuentren bajo su autoridad, impidan las infracciones de los Convenios y del presente Protocolo y, en caso contrario, las repriman y denuncien a las autoridades competentes*". Art. 43.1 PAI: *"1. Las fuerzas armadas de una Parte en conflicto se componen de todas las fuerzas, grupos y unidades armados y organizados, colocados bajo un mando responsable de la conducta de sus subordinados ante esa Parte, aun cuando ésta esté representada por un gobierno o por una autoridad no reconocidos por una Parte adversa. Tales fuerzas armadas deberán estar sometidas a un régimen de disciplina interna que haga cumplir, inter alia, las normas de derecho internacional aplicables en los conflictos armados*".

[32] AMBOS, Principios e imputación…, 2008, pp. 102-103.

[33] *Prosecutor v. Bemba, ICC-01/05-01/08, Judgment Pursuant to Article 74 of the Statute (Mar. 21, 2016); Trial Chamber III.*

Antes del despliegue de las tropas, la mayor parte de los soldados solo recibieron un entrenamiento militar rápido. Otros tantos no tuvieron ningún tipo de preparación o tan solo unas nociones mínimas. Además, la formación impartida no siguió una guía o un plan predeterminado. Solo disponían de un Código de Conducta (que no se enseñó a todos los soldados), que advertía de que algunas infracciones (como matar a un civil o cometer delitos contra la libertad sexual) estaban castigadas con la muerte, aunque sin demasiado detalle o desarrollo (por ejemplo, se omitía qué personas se encuentran protegidas por el Derecho Internacional Humanitario, y no se castigaba algunas infracciones clásicas de los conflictos armados, como pueden ser los saqueos o el pillaje). Además, ese Código de Conducta estaba únicamente en francés, y eran los superiores los que tenían la responsabilidad de traducirlo (normalmente de forma oral) al resto de los soldados a su lengua, el lingala.

Con relación a las comunicaciones entre los superiores jerárquicos y el campo de batalla, el Ejército de Liberación del Congo contaba con un sistema de largo alcance y de alta frecuencia para la radiocomunicación. Asimismo, los militares *seniors* y aquellos que ostentaban cargos políticos tenían teléfonos vía satélite. En concreto, Bemba (que se hallaba lejos del campo de batalla) disponía de un aparato del sistema de radiocomunicación (cuyos mensajes quedaban registrados en los *Cuadernos de Comunicaciones*), dos o tres teléfonos vía satélite y un *walkie-talkie*. Así, Bemba podía ponerse en contacto con los comandantes que estaban en el campo a través del sistema de radiocomunicación (con ayuda de un operador), ya fuera en su propia casa o en el centro de transmisiones que había cerca de su domicilio, y también podía usar los teléfonos vía satélite sin la necesidad del centro de transmisiones. En este sentido, Bemba mantuvo durante el tiempo de las operaciones contacto directo con el coronel Moustapha, presente en el campo de batalla. Los registros muestran hasta 126 llamadas telefónicas entre febrero y marzo de 2003. Durante ese mismo periodo también hizo otras 129 llamadas vía satélite a los teléfonos de los militares *senior,* y 137 llamadas a números de la República Centroafricana.

Bemba recibía asimismo información sobre la situación en el campo de combate (posición de las tropas, estrategias militares, y alegaciones sobre la comisión de crímenes) a través de los servicios de inteligencia, tanto militares como civiles. En concreto, la unidad de inteligencia civil (BSI) informó al comandante Bemba sobre la comisión de varios actos por las tropas del Movimiento de Liberación del Congo, incluyendo el robo,

pillaje, violación, asesinato de civiles, acoso, y transporte de bienes saqueados, incluyendo camiones cargados con objetos pertenecientes a la población civil, y que tenían como destinatario al coronel Moustapha.

Además de las comunicaciones en remoto, Bemba visitó la República Centroafricana al menos en noviembre de 2002, después de que se reportara en los medios de comunicación la comisión de crímenes por parte de sus subordinados. En su visita, se entrevistó con sus militares y la población, mencionando específicamente "el mal comportamiento, los robos y la brutalidad" utilizada por sus tropas contra la población civil.

Para la Sala de Primera Instancia Bemba disponía de control efectivo sobre las tropas. Es más, en la primera Sentencia se reconoce la capacidad del comandante para el arresto o despido de los soldados, teniendo la decisión última sobre las sanciones a imponer, y la capacidad de abrir procesos de investigación sobre las actividades de sus soldados en la República Centroafricana. En la Sentencia de Apelación, sin embargo, se pone en tela de juicio el efectivo control que Bemba tenía sobre las tropas, considerando que no se ha tenido en cuenta que se trataba de un comandante que estaba actuando en remoto[34].

Entre los comportamientos delictivos que los militares llevaron a cabo en su paso por la República Centroafricana, predominaron los robos y las conductas contra la libertad sexual de género femenino y, en menor medida, masculino. Así, se repiten los testimonios de soldados entrando en casas, llevándose el contenido de las mismas (colchones, radios, comida, menaje de cocina, muebles, televisores, dinero en efectivo…), y violando a mujeres y niñas en los mismos domicilios o sus inmediaciones. Entre las consecuencias de las víctimas atacadas sexualmente se encontraron variadas dolencias vaginales y estomacales, problemas para concebir, depresión, estrés postraumático y el contagio del VIH. Además, experimentaron posteriormente el estigma propio de las sociedades más tradicionales o arcaicas: las víctimas eran etiquetadas despectivamente como "esposas de los soldados", y las consecuencias de esa estigmatización iban desde la humillación a la imposibilidad de contraer matrimonio, pasando por las dificultades para encontrar trabajo y mantener a sus familias. En el relato de hechos probados se repite de forma continuada

[34] Para. 171 y 189, *Prosecutor v. Bemba, ICC-01/05-01/08 A, Judgment on 3 the Appeal of Mr. Jean-Pierre Bemba Gombo Against Trial Chamber III's "Judgment Pursuant to Article 74 of the Statute" (Jun. 8, 2018), Appeals Chamber*.

la violación de menores de edad (de 10 años en adelante) que son posteriormente encontradas sangrando. Muchas de ellas fueron penetradas por varios soldados, mientras eran amenazadas con armas de fuego. Por otro lado, los civiles eran disparados hasta la muerte en presencia de sus familiares. Algunos perdían la vida como consecuencia de graves mutilaciones a las que eran sometidos por las milicias. Las fuerzas recibieron instrucciones concretas de estar "vigilantes" con la población civil, como sospechosos de ser enemigos o simpatizantes de los mismos.

Los medios de comunicación internacionales se hicieron eco de los daños producidos por los soldados durante la campaña, e incluso informaron sobre las reacciones de Bemba a los reportajes periodísticos. Lo mismo ocurría con los medios locales de la República Centroafricana.

Como consecuencia de todo lo anterior, Bemba creó varias comisiones de investigación. La primera de ellas se conoce como la *Mondonga Inquiry*, cuya finalidad era sacar a la luz los posibles hechos delictivos que estaban surgiendo de las operaciones. La Sala de Primer Instancia apuntó que la finalidad general de la investigación era rehabilitar la imagen de las tropas y demostrar que se estaban llevando a cabo acciones ante los requerimientos de la sociedad por los crímenes que estaban teniendo lugar. Sin embargo, la comisión no investigó la responsabilidad de los comandantes ni tampoco las correspondientes a muertes o violaciones. Solo se detuvo a siete soldados, que fueron juzgados por pillaje de algunos objetos de escaso valor y pequeñas sumas de dinero. Con parecidos resultados terminaron otras investigaciones abiertas por Bemba, como el tribunal militar del caso Gbadolite y la Comisión Zongo.

Bemba ordenó la retirada de las tropas a principios de 2003 por múltiples motivos políticos, sobre todo la presión internacional para hacerlo[35]. El coronel Moustapha transmitió la orden de retirada el 6 de marzo de 2003.

[35] Tanto la Sentencia de Apelación como parte de la doctrina ha reiterado la indiferencia que debe provocar la motivación interna del superior jerárquico para tomar medidas o retirar a las tropas. Vid. sobre ello, JACKSON, La motivación de un comandante en el caso Bemba, Comentarios y traducción de la Sentencia de Apelación, en AMBOS/VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ (eds.), El caso Bemba y la responsabilidad del mando. Comentarios y traducción a la Sentencia de Apelación, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 169-177. Sin embargo, y aunque de forma general las motivaciones o deseos internos no tengan relevancia a efectos penales, si pueden ser factores a tener en cuenta, si lo que quiere es valorarse que algunas de las medidas que se tomaron (como las comisiones de investigación) eran procesos cuya única finalidad era sustraerse de investigaciones legítimas.

IV. LOS REQUISITOS DE LA RESPONSABILIDAD POR OMISIÓN

En general, la parte objetiva de los delitos omisivos impropios viene conformada por una primera comprobación de la concurrencia de la situación típica, que conformaría el presupuesto del que surge ese deber de actuar que impone el ordenamiento, acompañado de la capacidad de actuar del sujeto. Además, serán necesarios otros tres requisitos: que el omitente esté en posición de garante frente al bien jurídico que la norma penal quiere proteger, que se produzca un resultado material/natural, y que la capacidad de actuar del sujeto no sea solo para realizar la acción que la norma ordena sino también para evitar el resultado típico. Con relación a la parte subjetiva, serán necesarios tres niveles de conocimiento: el de la concurrencia de la situación típica, el conocimiento de la concreta capacidad de actuar que pueda evitar que el riesgo se materialice en el resultado típico, y el conocimiento de que se está en esa posición de garantía[36].

Descendiendo a la aplicación de la omisión en la Corte Penal Internacional, la Sala de Primera Instancia III, en su sentencia de 2016[37], pormenorizó los requisitos necesarios para aplicar la responsabilidad del superior, dividiéndolos en seis puntos fundamentales, así:

a) *los crímenes bajo jurisdicción de la Corte deben haber sido cometidos por fuerzas militares* (siguiendo el esquema de Derecho continental, este primer requisito formaría parte del elemento objetivo, conteniendo el resultado que debe prevenirse);

b) *el acusado tiene que ser el jefe militar o una persona que esté actuando efectivamente como jefe militar* (aquí se observa el sujeto activo de la omisión que, unido al elemento siguiente (c), conforman la posición de garante y modulan la capacidad de acción del sujeto activo);

c) *el acusado debió haber tenido a las fuerzas bajo su mando o control efectivo; o bajo su autoridad y control efectivo* (posición de garante y capacidad de acción del sujeto activo);

d) *el acusado sabía o, dependiendo de las circunstancias del momento, hubiere debido saber, que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían*

[36] Al respecto del último de los requisitos, siguiendo a MIR PUIG, la situación que determina la presencia de posición de garante, en tanto que la conciencia de que la misma da lugar a dicha posición de garante integra únicamente el conocimiento del significado antijurídico del hecho, su ausencia no constituiría error de tipo sino de prohibición. MIR PUIG, Derecho penal… 10ª ed., 2015, p. 340.

[37] *Prosecutor v. Bemba, ICC-01/05-01/08, Judgment Pursuant to Article 74 of the Statute (Mar. 21, 2016); Trial Chamber III*.

cometerlos (este requisito conforma claramente el elemento subjetivo, que se plantea de forma alternativa entre "saber" y "haber debido saber");

e) *el acusado debe haber fallado a la hora de tomar todas las medidas necesarias y razonables a su alcance en orden a prevenir o reprimir la comisión de los crímenes o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento* (aquí se encuentra, de nuevo, parte del elemento objetivo, observando las acciones debidas que han sido omitidas por el sujeto activo. También en este elemento será necesario hacer una valoración de la capacidad de acción del sujeto dadas las circunstancias del caso; en orden a conocer cuáles eran las medidas *a su alcance*);

f) *los crímenes cometidos por las fuerzas deben haber sido el resultado del fallo del acusado de ejercer un control apropiado sobre ellas* (este último requisito evidencia la necesidad de un nexo entre la omisión del superior y los delitos competencia de la Corte cometidos por sus subordinados).

1. Medidas necesarias y razonables: las acciones debidas

Uno de los puntos centrales de la condena de Bemba en la Sentencia de Primera Instancia III fue, como no podía ser de otro modo, el hecho de que el superior no tomó todas las medidas razonables y necesarias para prevenir o reprimir la comisión de los crímenes o ponerlos en conocimiento de las autoridades competentes para su investigación y persecución[38]. De forma general, la Sala de Primera Instancia III recordó que, aunque el artículo 28(a)(ii) esté redactado de la siguiente forma: "no hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir ***o*** reprimir su comisión ***o*** para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes"[39], cualquiera de las obligaciones que no se hayan cumplido puede desembocar en responsabilidad penal. Por ejemplo, no haber cumplido con las obligaciones para prevenir

[38] La Corte clarifica algunas de las imprecisiones que pueden surgir ante la lectura del precepto. Así, afirma que la noción de represión se solapa en cierto grado con la prevención, particularmente en términos del prevenir crímenes que ya se están llevando a cabo y delitos permanentes que pueden ser cometidos durante un período de tiempo. Por otro lado, la Sala dejó claro que consideraba que el deber de castigar o de someter las cuestiones a las autoridades competentes tiene como objetivo que los autores sean llevados ante la justicia, en orden a evitar la impunidad y cometer futuros delitos, y que estos deberes surgen posteriormente a la comisión delictiva. Por otro lado, la Decisión de Confirmación de Cargos (paras. 439-440) apuntó que la obligación de someter la cuestión a las autoridades competentes surgirá cuando el superior no tenga las posibilidades de castigar los comportamientos por sí mismo (*Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08-424, 15 June 2009, Pre-Trial Chamber II*).

[39] *Prosecutor v. Bemba, ICC-01/05-01/08, Judgment Pursuant to Article 74 of the Statute (Mar. 21, 2016); Trial Chamber III.*

los crímenes no puede remediarse simplemente castigando posteriormente a los perpetradores. Asimismo, aclaró que *prevenir* puede consistir en evitar los crímenes que están a punto de cometerse o detener delitos que ya estén siendo cometidos (para. 202), dependiendo efectivamente de cuándo el superior adquiere conocimiento o la *posibilidad* de conocer.

El contenido concreto de las medidas "debe(n) ser establecid(as) caso por caso y tomadas en consideración *in concreto"* (para 197)[40]. La Corte Penal Internacional hace suya la visión de la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* y define las medidas necesarias como aquellas que son apropiadas para descargar al superior de su obligación, y como razonables aquellas que se pueden considerar racionalmente dentro de las competencias del superior dado su poder material.

Siguiendo lo anterior, las acciones debidas en este grupo de casos serían aquellas medidas necesarias y razonables al alcance del superior jerárquico, destinadas a la prevención, represión o puesta en conocimiento de las autoridades competentes. Y, en este sentido, será necesario determinar cuáles son aquellas medidas que cumplen ambos criterios. La Corte ha expuesto que las necesarias son aquellas apropiadas para descargar al superior de su obligación, y razonables aquellas que se pueden tomar racionalmente dentro de las competencias del superior con su poder material[41] (por tanto, la razonabilidad también deberá estudiarse desde el criterio de la capacidad de realización de la acción por parte del superior). Estas definiciones no son más que argumentos circulares: se sabe que las necesarias serán aquellas debidas, y que las debidas no pueden ser absolutamente todas las medidas, pues de lo contrario el superior podría ser culpable en la mayoría de las ocasiones que hubiera un resultado dañoso.

Ello obliga, como no podía ser de otra manera, a hacer una valoración *ad hoc* en cada caso, esto es, *dotar de contenido los deberes de cuidado* del superior jerárquico en el caso concreto. Y ello debe hacerse desde las reglas que emanan del Derecho Internacional Humanitario y de los conflictos armados. Una vez halladas esas normas de precaución es cuando podrá comprobarse si en el caso concreto su *inaplicación* ha sido lo que ha dado lugar a los delitos del marco del Estatuto de Roma. Y ello no debe hacerse

[40] Así se toma un régimen de establecimiento de la pauta de cuidado infringida por el superior jerárquico, con la salvedad de que aquí la omisión podrá ser dolosa o imprudente.

[41] Parágrafos 197-198 de la Sentencia de Primera Instancia (*Prosecutor v. Bemba, ICC-01/05-01/08, Judgment Pursuant to Article 74 of the Statute (Mar. 21, 2016); Trial Chamber III*). Vid., sobre ello, WERLE, Tratado de Derecho penal internacional, 2ª ed., 2011, p. 322 y ss.

en el orden contrario, pues entonces se incurrirá en el error de no contemplar las medidas realmente *necesarias y razonables* dado el caso, sino aquellas que el juzgador considerará como válidas porque harían desaparecer el resultado dañoso concreto[42].

La Sentencia de Apelación confirmó, debidamente, que no podían exigirse la aplicación de todas las medidas imaginables sino solo aquellas razonables dentro de las necesarias[43]. Y ello debería decidirse mediante una ponderación dadas las circunstancias del caso. En concreto, el parágrafo 170 afirma que: "al evaluar la razonabilidad, la Corte debe considerar otros parámetros, como las realidades operativas sobre el terreno en el momento que enfrenta el comandante. El artículo 28 del Estatuto no es una forma de responsabilidad objetiva. Los comandantes pueden hacer un análisis de costo/beneficio al decidir qué medidas tomar, teniendo en cuenta su responsabilidad general de prevenir y reprimir los delitos cometidos por sus subordinados. Esto significa que el comandante puede tomar en consideración el impacto de las medidas para prevenir o reprimir el comportamiento delictivo en las operaciones en curso o planificadas y puede elegir la medida menos perturbadora siempre que se pueda esperar razonablemente que esta medida prevendrá o reprimirá los delitos"[44].

WEIGEND, siguiendo el razonamiento de la Sentencia de Apelación señala que "dudo que la Sala de Primera Instancia en el presente caso tuviera razón al exigir que el Sr. Bemba rediseñara la campaña en la CAR y/o retirara sus tropas de ésta a fin de proteger a la población civil de los daños. Se trataría de decisiones estratégicas que, aunque deseables, no pueden exigirse con justicia bajo la amenaza de castigo de conformidad con el art. 28 del ECPI. En resumen, me parece que la Sentencia de Apelación refleja mejor los límites de la responsabilidad del mando" [45]. Por contra, el magistrado EBOE-OSUJI, en su opinión concurrente separada a la sentencia de Apelación, señala que estaba absolutamente de acuerdo con la Sentencia de instancia, donde constaba

[42] Así ocurrió en el conocido Caso Cromañón (Sentencia de la Sala 3ª de la Cámara Nacional de Casación Penal de Argentina, 20.04.2011 –causa Nº 11684), donde los deberes de los garantes fueron determinados a la luz de los resultados acaecidos en lugar de entre las normas de precaución generales para el tipo de evento celebrado. Vid. HAVA GARCÍA, Responsabilidad penal por imprudencia en la celebración de grandes eventos: un análisis de algunas cuestiones problemáticas en el caso Madrid Arena, InDret, 2, 2017, p. 20.

[43] *Prosecutor v. Bemba, ICC-01/05-01/08 A, Judgment on 3 the Appeal of Mr. Jean-Pierre Bemba Gombo Against Trial Chamber III's "Judgment Pursuant to Article 74 of the Statute" (Jun. 8, 2018), Appeals Chamber.*

[44] Traducción propia.

[45] WEIGEND, La absolución del señor Bemba: ¿Un atajo a la justicia?, en AMBOS/VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, (eds.), El caso Bemba y la responsabilidad del mando. Comentarios y traducción de la Sentencia de Apelación, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 197.

que la retirada de las tropas era una medida que debía estar dentro de las consideradas razonables para prevenir o reprimir la comisión de delitos[46]. Así el juez señala que la retirada puede ser del país o de una localidad concreta. Y que puede ser limitada en su alcance, retirando solo aquellos identificados como rebeldes entre las tropas. Así, considera esta obligación de retirada como una cuestión de sentido común. Sobre todo, si se plantea desde la teoría de la puesta en peligro: cualquiera que introduce un agente que puede potencialmente producir daños físicos, debe retirarlo tan pronto como conoce que está a punto de producirse.

Aunque es cierto que la razonabilidad de la medida habrá que estudiarla a raíz de las circunstancias del caso, ello no quiere decir que el comandante deba decidir cuáles son las medidas razonables a la luz de la posible ventaja militar que podría perder. Va de suyo que la construcción del Derecho Internacional Humanitario se elaboró con vistas a poner límites en los conflictos armados, huyendo del dicho de que en la guerra todo vale. Será precisamente en esos escenarios donde la toma de medidas equivalga a pérdidas en la ventaja militar donde más habrá que presionar para la toma de decisiones en *pro* del Derecho Internacional Humanitario.

Con respecto a las medidas concretas, el comandante deba asegurarse de entrenar a sus fuerzas bajo el Derecho Internacional Humanitario, a la vez que debe asegurarse de obtener informes puntuales de que las acciones ordenadas se están llevando a cabo de acuerdo con esos entrenamientos. Además, las órdenes deben estar en consonancia con las leyes de la guerra y, en caso de necesidad, deberán tomarse medidas disciplinarias que asienten la creencia de que aquellos que actúan distrayéndose de las medidas del Derecho Internacional Humanitario son claramente sancionados[47].

Las medidas que podrán desarrollarse estarán, por su parte, vinculadas evidentemente con las posibilidades materiales del comandante, dependiendo estas a su vez de las circunstancias concretas y, sobre todo, del grado de mando y control efectivo que tenga sobre las tropas (esto es, sobre la capacidad de realización de la acción). Pero también dependerán del momento en el que el comandante adquiera *consciencia* de que ciertas transgresiones están teniendo lugar, pues por ejemplo el deber de reprimir no

[46] *Concurring Separate Opinion of Judge Eboe-Osuji (ICC-01/05-01/08-3636-Anx3), 14 June 2018.*

[47] SCHABAS, The International Criminal Court…, 2010, p. 464. Sala de Cuestiones Preliminares II, parágrafo 434 (Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08-424, 15 June 2009, Pre-Trial Chamber II).

comenzará hasta que los delitos hayan sido cometidos por los subordinados. Eso sí, ello no quiere decir que si el conocimiento se adquiere una vez que los delitos ya han sido cometidos no vaya a haber responsabilidad del superior si éste los reprime o los pone en conocimiento de los superiores. Simplemente el mero hecho de no haber sido consciente con anterioridad ya puede conformar por sí mismo un delito punible de omisión, si es que éste no tuvo conocimiento por su falta de diligencia a la hora de recabar información sobre las actividades de sus tropas[48]. Y es que debe recordarse que las funciones de los superiores no se agotan en dictar determinadas órdenes, sino que posteriormente perviven aún deberes de diligencia secundarios, esto es, supervisar y vigilar que lo ordenado se está cumpliendo con los estándares marcados[49].

GARROCHO SALCEDO resume adecuadamente los deberes de los superiores en tres niveles de actuación: primero, formar a los subordinados en el DIH; segundo, asegurar que las operaciones están dentro del umbral del riesgo permitido; tercero, establecer sistemas adecuados de control, vigilancia y supervisión[50]. En concreto y para el caso que nos ocupa, la Sala de Primera Instancia III estableció que entre las medidas que Bemba debería haber tomado se podían incluir: (i) asegurarse de que las fuerzas están adecuadamente entrenadas en el DIH; (ii) consultar los informes respecto de si las acciones militares se están llevando a cabo de acuerdo con el DIH; (iii) emitir órdenes con el objetivo de desarrollar las actuaciones de acuerdo con las leyes de la guerra; (iv) tomar medidas disciplinarias que prevengan la comisión de atrocidades por las fuerzas bajo el mando del superior; (v) emitir ordenes específicas para prevenir los crímenes, frente a simplemente emitir órdenes rutinarias; (vi) reprobar las conductas criminales; (vii) insistir frente a autoridades superiores qué acciones inminentes van a ocurrir; (viii) posponer operaciones militares; (ix) suspender, excluir o retirar a subordinados violentos y; (x) conducir las operaciones militares minimizando el riesgo de que se cometan delitos específicos, o eliminando las oportunidades para su comisión[51].

---

[48] Lo consideraba WERLE un desconocimiento reprochable (WERLE, Tratado de Derecho penal internacional, 2ª ed., 2011). GARROCHO lo asimila a nuestra culpa inconsciente, castigando al jefe militar que no advierte la lesión o el peligro para el bien jurídico de forma contraria a su deber de cuidado. GARROCHO SALCEDO, El deber de cuidado de los jefes militares ante la comisión de crímenes internacionales por sus subordinados, en CANCIO MELIÁ et al. (eds.), Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro, Vol. I, UAM Ediciones, Madrid, 2019, pp. 461-464.

[49] HAVA GARCÍA, Responsabilidad penal por imprudencia…, InDret, 2, 2017, p. 11; GARROCHO SALCEDO, El deber de cuidado…, 2019, p. 468.

[50] GARROCHO SALCEDO, El deber de cuidado…, 2019, p. 463.

[51] *Prosecutor v. Bemba, ICC-01/05-01/08, Judgment Pursuant to Article 74 of the Statute (Mar. 21, 2016); Trial Chamber III.* Paras. 203-204.

A través del análisis de la anterior lista de medidas y de los hechos del caso, la Sala de Primera Instancia III consideró que el acusado no tomó todas las medidas necesarias y razonables para prevenir o reprimir la comisión de los delitos o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento (para. 727 y ss.)[52]. Así, todas las respuestas que Bemba articuló ante los crímenes (comisiones, tribunales militares, misiones…), fueron consideradas limitadas por su mandato, en su ejecución o resultados. Así, no habría ninguna justificación para la omisión de juzgar a determinadas tropas o comandantes, o para haber obviado los delitos sexuales en las comisiones de investigación; también se consideran insuficientes las declaraciones a sus tropas, pues éstas se limitaron a meras advertencias generales de no maltratar a la población civil.

A mayor abundamiento, el parágrafo 727[53] declaró que las medidas tomadas por Bemba fueron extremadamente inadecuadas para la información consistente y extendida de los crímenes cometidos por las tropas. Además -o en lugar- de las insuficientes medidas tomadas, la Sala de Primera Instancia III consideró que Bemba, a la luz de sus amplias capacidades para prevenir y reprimir los crímenes, podría haber (1) asegurado que las tropas estaban correctamente entrenadas en las normas del DIH, y que hubieran sido adecuadamente supervisadas durante las operaciones; (2) haber iniciado investigaciones completas y genuinas sobre la comisión de los crímenes, y haber juzgado y castigado adecuadamente a los soldados que supuestamente habían cometidos los crímenes; (3) haber emitido órdenes precisas y claras a los comandantes de las tropas para prevenir la comisión de los crímenes; (4) haber modificado el despliegue de tropas, por ejemplo, minimizando el contacto con la población civil; (5) haber destinado, reemplazado o despedido a aquellos oficiales y soldados que hubieran cometido o permitido cualquier tipo de delito cometido; y/o (6) haber compartido la información relevante con las autoridades de la República Centroafricana y otros que los apoyaban, como parte de los esfuerzos para investigar cualquier posible crimen. La Corte recordó también que una de las principales medidas que estaban a disposición de Bemba era retirar a las tropas del campo de batalla.

Por otra parte, la Sala mencionó otras circunstancias que también influyeron en la comisión de los crímenes, y en las que Bemba también jugaba un papel decisorio. Así,

[52] *Ibid.*
[53] *Ibid.*

por ejemplo, que los soldados hubieran recibido salarios y raciones adecuadas hubiera disminuido el riesgo de la comisión de delitos de pillaje y violación como actividades de autocompensación, así como los delitos de asesinato contra aquellos que se resistían a sus órdenes. La Sala también afirmó que la mayoría de los delitos fueron cometidos allí donde las tropas eran el único grupo armado en la zona, o en ciertas zonas donde los únicos presentes eran civiles. El rediseño de estas operaciones militares, evitando o limitando las áreas con civiles, hubiera minimizado las oportunidades de comisión de los delitos. Así la Sala consideró, no sin razón, que el DIH contiene un deber claro para los comandantes: asegurar que los miembros de las fuerzas armadas sean conocedores de sus obligaciones emanadas de los Convenios de Ginebra y el PAI (art. 87(2)). Bemba fracasó al no tomar ninguna medida para remediar las deficiencias en el entrenamiento antes de desplegar las tropas en el campo, y tampoco lo hizo como respuesta a los informes de los crímenes que ya estaban ocurriendo en el campo de batalla. Las medidas adecuadas habrían disminuido la comisión de crímenes, y en general, hubieran disminuido, cuando no eliminado, el clima de aquiescencia que es inherente a aquellas tropas que han sido inadecuadamente entrenadas, que reciben órdenes que no están claras, y/o que observan a sus comandantes cometiendo o colaborando en la comisión de crímenes (para. 763).

Sin embargo, la Sala de Apelaciones consideró erróneos los planteamientos de la Sala de Primera Instancia III. Para empezar, afirmó que no se habían conectado suficientemente las supuestas omisiones con ningún crimen específico por los que Bemba había sido condenado. Así, afirma que la Corte de Instancia, de forma errónea, comparó la conducta del acusado con una "lista de hipotéticas medidas", emanadas del "beneficio de la retrospectiva", en lugar de con lo que era posible realizar por el acusado en el momento de los hechos.

No obstante todo lo anterior, la opinión disidente de los magistrados MMSENONO MONAGENG y HOFMANSKI a la Sentencia de Apelación[54], consideró, en general, correctos los razonamientos llevados a cabo por la Sala de Primera Instancia III. De esta forma, opinan que la causalidad en la omisión debe abordar que es lo que debería haber pasado si el comandante hubiera tomado las medidas que se esperaban de él, y por esa razón, no consideran ningún error el uso por parte de la Sala de Primera Instancia de una lista de medidas posibles, utilizada para comparar la acción del sujeto con estas (para. 341).

[54] *Dissenting Opinion of Judge Sanji Mmasenono Monageng and Judge Piotr Hofmański (ICC-01/05-01/08-3636-Anx1-Red 08-06-2018 1/269 EC A), 14 June 2018.*

La Sala de Apelaciones afirmó asimismo que el primer tribunal no prestó suficiente atención al hecho de que las tropas estaban operando en un país extranjero con las dificultades concomitantes, para las posibilidades de Bemba, como comandante en remoto, de tomar medidas de prevención o represión. En contra de estas consideraciones se pronuncia AMNISTÍA INTERNACIONAL que, no sin razón, plantea la irrelevancia de distinguir entre comandantes remotos y no remotos, teniendo en cuenta que pueden existir cadenas de mando eficaces, además de las facilidades que brindan las actuales formas de comunicación. Así, el estar en remoto no tendría -*a priori*- porqué impactar en el conocimiento o la capacidad del comandante[55].

Por otro lado, la Sala de Apelaciones también consideró que el hecho de que las medidas fueron limitadas en su mandato, ejecución y/o resultados, no implica que estas limitaciones fueran atribuibles a Bemba, extremo que debió haberse probado para llegar a una sentencia condenatoria[56]. En este mismo sentido, la Sentencia de apelación consideró que la Sala de Primera Instancia también erró al determinar que Bemba no tomó todas las medidas necesarias para prevenir o reprimir la comisión de los crímenes (para. 32) porque debió haberse establecido cierta proporcionalidad entre los delitos y las medidas tomadas, y que en el caso existió cierta discrepancia entre un número bastante limitado de delitos y el razonamiento que el Tribunal de Instancia utiliza para determinar qué medidas debió haber tomado, pues parecen más adecuadas para una comisión de delitos mucho más amplia y general[57] (para. 183). Ha de recordarse que el volumen de crímenes cometidos se disminuyó en esa misma sentencia, debido a que no figuraban en la Decisión de Confirmación de Cargos (vid. *supra*), por lo que el argumento debe calificarse de, al menos, *extraño* en su formulación.

Para terminar este apartado, merece la pena estudiar las posibilidades de aplicar el error de hecho que aparece recogido en el artículo 32(1) del Estatuto de Roma[58], pues podría ser aplicable en esta serie de casos de omisión donde el comandante no se limita a un mero no hacer nada, sino que toma medidas, aunque éstas no sean objetivamente las adecuadas para prevenir o reprimir los crímenes. Quizá un buen argumento en este caso,

[55] AMNISTÍA INTERNACIONAL, La distancia en sí misma…, 2020, p. 155.

[56] *Prosecutor v. Bemba, ICC-01/05-01/08 A, Judgment on 3 the Appeal of Mr. Jean-Pierre Bemba Gombo Against Trial Chamber III's "Judgment Pursuant to Article 74 of the Statute" (Jun. 8, 2018), Appeals Chamber*, para. 183.

[57] *Id.*

[58] Art. 32.1. del ER: "*El error de hecho eximirá de responsabilidad penal únicamente si hace desaparecer el elemento de intencionalidad requerido por el crimen*".

tanto para la defensa como para la Sala de Apelaciones, hubiera sido que las medidas tomadas por Bemba fueron insuficientes, pero el sujeto las entendió, desde su valoración de las circunstancias, adecuadas para evitar o reprimir la comisión de delitos (salvo que la Fiscalía hubiese sido capaz de probar más allá de toda duda razonable que las medidas tomadas fueron completamente destinadas a salvaguardar una posible condena por omisión[59]).

Se trataría de lo que en el Derecho penal continental se ha dado a llamar como error de tipo sobre un hecho constitutivo de la infracción penal[60], para el que los ordenamientos observan respuestas distintas dependiendo del grado de evitabilidad del error. Si cualquier comandante, dadas las circunstancias concretas del caso, no pudiera haberse dado cuenta de que las medidas no eran las necesarias y razonables, la respuesta del ordenamiento debería ser (como marca el art. 32.1) la ausencia de responsabilidad penal, pues haría desaparecer el elemento de intencionalidad. Si, por el contrario, cualquier comandante, dadas las circunstancias del caso, pudiera haber sido consciente de que las medidas no eran las necesarias y razonables, en el caso de que este hubiera empleado la diligencia precisa, el error de tipo sería vencible y, por tanto, podría aún responder por imprudencia, típica en el caso del art. 28(a) ER. Como se conoce, el ER no contempla penas específicas para cada delito, por lo que la respuesta penal en este caso debería ser ajustada según se recoge en el artículo 145 del Reglamento de Procedimiento y Prueba[61].

[59] Algo que no es ajeno a la Corte, pues es un criterio de admisibilidad de los propios casos ante la CPI. AMNISTÍA INTERNACIONAL ha expresado su disconformidad con que la Sala de Apelación valorara como razonables las medidas tomadas por Bemba, considerando que la Corte ha dado paso a medidas tomadas sin entrar a valorar si estas eran genuinas o simplemente tenían como finalidad el sustraerse de la verdadera acción de la justicia. Vid. art. 17 (2) ER. AMBOS/ABOUELDAHAB, La responsabilidad del mando…, 2020, p. 149.

[60] Cfr. Código penal español, artículo 14.1; Código Penal alemán (*Strafgesetzbuch*) §16.

[61] Art. 145 del Reglamento de Procedimiento y Prueba: "*La Corte, al imponer una pena de conformidad con el párrafo 1 del artículo 78: a) Tendrá presente que la totalidad de la pena de reclusión o multa, según proceda, que se imponga con arreglo al artículo 77 debe reflejar las circunstancias que eximen de responsabilidad penal; b) Ponderará todos los factores pertinentes, entre ellos los atenuantes y los agravantes, y tendrá en cuenta las circunstancias del condenado y las del crimen; c) Además de los factores mencionados en el párrafo 1 del artículo 78, tendrá en cuenta, entre otras cosas, la magnitud del daño causado, en particular a las víctimas y sus familiares, la índole de la conducta ilícita y los medios empleados para perpetrar el crimen, el grado de participación del condenado, el grado de intencionalidad, las circunstancias de modo, tiempo y lugar y la edad, instrucción y condición social y económica del condenado. 2. Además de los factores mencionados en la regla precedente, la Corte tendrá en cuenta, según proceda: a) Circunstancias atenuantes como las siguientes: i) Las circunstancias que no lleguen a constituir causales de exoneración de la responsabilidad penal, como la capacidad mental sustancialmente disminuida o la coacción; ii) La conducta del condenado después del acto, con inclusión de lo que haya hecho por resarcir a las víctimas o cooperar con la Corte* (…)".

2. La situación típica y la posición de garante del superior jerárquico

Con respecto al siguiente nivel de análisis deberá comprobarse la concurrencia de la situación típica y la efectiva posición de garante del superior jerárquico. Ello siempre deberá comprobarse de forma relacionada: si se afirma que el resultado *se produjo* por una omisión del autor, deberá previamente constatarse que dicho sujeto se encontraba en una posición de garante con respecto al foco de riesgo que, debido a su omisión, se elevó por encima de lo permitido[62]. En este caso, la situación típica que contempla este caso es la comisión de crímenes competencia de la Corte por parte de los subordinados que están bajo el mando y control efectivos del superior jerárquico. No sería válido, evidentemente, cualquier comisión delictiva por parte de los subordinados, sino que ella debe ser producto de la falta de la toma de medidas de prevención por parte del superior, que "descontrola" esa fuente de peligro[63] al fallar en sus deberes de formar a los subordinados, asegurar que las operaciones quedan dentro del umbral de riesgo permitido o establecer los sistemas adecuados de supervisión. Ello se retomará en el tercer nivel de imputación objetiva, que es dónde podrá negarse que el resultado constituyera realización del riesgo creado por la conducta descuidada (omisiva).

En concreto y con referencia a la posición de garante, el art. 28(a) sería un buen ejemplo del deber de evitar un resultado que proviene del dominio sobre una fuente de peligro. Si el sujeto falla al analizar su posición de garante podrá considerarse la aplicación del error de prohibición (art. 32(2) ER), que al igual que el error de tipo anteriormente abordado, dará lugar a la rebaja de la condena bajo los criterios del art. 145 del Reglamento de Procedimiento y Prueba.

Por otro lado, el nivel de efectivo control o autoridad sobre las tropas regulará el deber de cuidado: esto es, si el comandante sospechara de la posible insubordinación de sus tropas o tuviera muestras de su desobediencia, la pauta de cuidado será distinta que para aquel comandante que mantiene indemne su autoridad sobre unas tropas obedientes. Para el segundo las normas de cuidado serán aquellas que dicta el Derecho Internacional Humanitario, mientras para el primero la exigencia se planteará mucho antes: no deberá

[62] HAVA GARCÍA, Responsabilidad penal por imprudencia…, InDret, 2, 2017, p. 22.

[63] Algunos autores consideran que esa vulneración del compromiso asumido por el sujeto de actuar a modo de barrera de contención de riesgos es el equivalente funcional de la causalidad en los casos de comisión por omisión. Vid. RODRÍGUEZ MESA, La atribución de responsabilidad en comisión por omisión, Thomson Aranzadi, Navarra, 2005, p. 146.

desplegar sus tropas allá donde puedan causar crímenes competencia de la Corte o, al menos, no antes de corregir los defectos que observa en su mando.

Por otra parte, con respecto al elemento "control efectivo sobre las tropas", los tribunales *ad hoc* ya habían considerado que se trataba de una cuestión de prueba y no de Derecho, que debía ser revisada en cada caso en concreto[64]. El control efectivo requerirá que el comandante tuviera la capacidad material de prevenir o reprimir la comisión de los crímenes o de ponerlo en conocimiento de las autoridades competentes[65]. En particular, en el caso se demostró que Bemba tenía ese efectivo control por (i) la posición oficial de Bemba en la estructura de la MLC[66], (ii) el poder de Bemba para emitir órdenes que eran cumplidas, (iii) el poder de Bemba para designar, ascender, degradar, despedir, así como arrestar, detener y poner en libertad a los comandantes de la MLC; y (v) la conservación de su control y autoridad efectiva sobre las tropas de la MLC. Posteriormente, la Sentencia de apelación afirmaría tener dudas al respecto de que Bemba tuviera el conocimiento preciso e incluso el control efectivo de las tropas. No obstante, ese segundo pronunciamiento dejó solo enunciado este argumento y no profundiza en ello, pues cree que otras cuestiones ya son suficientes como para considerar la exculpación de Bemba.

3. La capacidad de evitar el resultado

Deberá ser valorada no solo la capacidad de realización de la acción, relacionado con la posición de garante, sino también la capacidad de evitar el resultado, pues de lo

[64] La Corte aclaró en el para. 188 (*Prosecutor v. Bemba, ICC-01/05-01/08, Judgment Pursuant to Article 74 of the Statute (Mar. 21, 2016); Trial Chamber III*) que hay un número de factores que pueden indicar la existencia de control efectivo, entre los que se pueden incluir: (i) la posición oficial del comandante hacia la estructura militar y las tareas que realmente desempeña; (ii) su poder para emitir órdenes, incluyendo su capacidad de obligar a las fuerzas o unidades bajo su mando de sumarse a las hostilidades; (iii) su capacidad de asegurarse el cumplimiento de las órdenes, incluyendo la capacidad de considerar si las órdenes fueron realmente cumplidas; (iv) su capacidad de volver a subordinar unidades o hacer cambios en la estructura de mando; (v) su poder de ascender, reemplazar, despedir, o tomar medidas disciplinarios sobre cualquier miembro de las fuerzas, y de iniciar investigaciones; (vi) su autoridad para enviar fuerzas a localizaciones donde las hostilidades están tomando lugar y retirarlas en cualquier momento; (vii) su independencia para acceder y controlar los medios para dirimir la guerra, como los equipos de comunicación y las armas; (viii) su control sobre la financiación; (ix) la capacidad de representar a las fuerzas en negociaciones o de interactuar con órganos externos o individuos en representación del grupo; (x) si representa a la ideología del movimiento a la que los subordinados se adhieren, en la que el sujeto tenga un perfil que haya sido manifestado a través de apariciones públicas y declaraciones.

[65] Cualquier otro grado de control, como la posibilidad de ejercer influencia- aunque sea sustancial- es insuficiente para establecer la responsabilidad del superior jerárquico. Vid. para. 183 de la Sentencia de Primera Instancia (*Prosecutor v. Bemba, ICC-01/05-01/08, Judgment Pursuant to Article 74 of the Statute (Mar. 21, 2016); Trial Chamber III*).

[66] Como indica el parágrafo 189: "que la persona tenga legal o formalmente la posición de superior jerárquico no es necesario ni suficiente por sí mismo, aunque puede funcionar como indicio de un control efectivo". *Prosecutor v. Bemba, ICC-01/05-01/08, Judgment Pursuant to Article 74 of the Statute (Mar. 21, 2016); Trial Chamber III.*

contrario no habrá equivalencia entre la acción y la omisión. Hay que mencionar que este tipo de responsabilidad omisiva que se exige a los superiores presenta una particularidad añadida y es que se hace referencia a la comisión de los hechos por terceros que son evidentemente libres en su actuar por lo que, en principio, no se puede predecir con exactitud cuál sería su comportamiento a pesar de las medidas tomadas por sus superiores[67].

Ello no obstante no puede leerse en el sentido de impedir la aplicación del artículo: lo que debe hacerse es interpretar el estándar de la misma manera que se tiene en cuenta para los delitos activos. De esta forma, además de comprobar desde una perspectiva *ex ante* si la falta de la toma de medidas elevaba el riesgo general de comisiones delictivas por parte de los subordinados, también deberá comprobarse que es ese riesgo en concreto que la norma quería prever ha sido el que, *ex post*, ha dado lugar al resultado (tercer nivel de imputación objetiva, vid. *infra*). De lo contrario, a lo sumo, podría castigarse por tentativa[68], volviendo de nuevo a aplicar las precisiones establecidas en la regla 145 del Reglamento de Procedimiento y Prueba para modular la responsabilidad[69].

4. El elemento subjetivo

La Corte Penal Internacional, en la Sentencia de Primera Instancia, recordó que el elemento subjeto puede ser probado mediante prueba directa o indirecta, pero nunca debe presumirse[70]. De esta manera, cuando el conocimiento del acusado provenga de indicios, la inferencia debe ser la única conclusión razonable que se pueda obtener de la prueba. Además, debe inferirse directamente del acusado, no del conocimiento público general o de otras personas de la organización a la que pertenece el acusado (para. 191-192).

Por otra parte, la Sentencia de Primera Instancia se pronuncia al respecto del nivel de detalle que tiene que alcanzar el conocimiento del superior, que, desde luego, poseerá un conocimiento distinto al de los autores materiales. Así, los parágrafos 43 y siguientes[71]

---

[67] Recoge esta problemática GARROCHO SALCEDO, La responsabilidad del superior…, 2016, pp. 258-259. Sobre el principio de autorresponsabilidad y su inaplicabilidad como principio general vid. GRECO, Dominio de la organización y el denominado principio de autorresponsabilidad, en Reflexiones sobre el Derecho penal, Grijley, Perú, 2019, pp. 53 a 72.

[68] Art. 25(3)(f) ER.

[69] En concreto, la regla 145(1)(c) hace referencia al *degree of intent*, esto es, el grado de intencionalidad para con el delito; *the degree of participation of the convicted person*, el grado de participación de la persona condenada, y *the nature of the unlawful behaviour*, la naturaleza del comportamiento ílicito.

[70] *Prosecutor v. Bemba, ICC-01/05-01/08, Judgment Pursuant to Article 74 of the Statute (Mar. 21, 2016); Trial Chamber III.*

[71] *Prosecutor v. Bemba, ICC-01/05-01/08, Judgment Pursuant to Article 74 of the Statute (Mar. 21, 2016); Trial Chamber III*.

abordan ese nivel con el que deberán ser descritos los cargos, materia conexa a lo anterior, pues la Sala, suscribiendo lo afirmado por la Sala de Cuestiones Preliminares, afirma que en caso de comisiones masivas de delitos, sobre todo por parte de comandantes que se encuentran en remoto, puede ser imposible dar un nivel de detalle suficiente sobre la comisión precisa de todos los crímenes (sus identidades, el número concreto, o su localización específica) o sobre quiénes fueron los autores directos; bastando, por tanto, brindar información suficiente al acusado como para posibilitar su defensa[72]. Pero ello es cuestionado posteriormente por la Sentencia de apelación[73].

En general y sobre el concreto conocimiento de Bemba en el caso, la Sentencia de Primera Instancia afirma que, dados los hechos del caso, la notoriedad de los crímenes, la posición de Bemba, los canales disponibles de comunicación, el contacto regular entre Bemba y los oficiales que se encontraban en la República Centroafricana, las fuentes generales de información sobre los delitos cometidos (los medios de comunicación, las ONG, y los informes de inteligencia) y el conocimiento directo de Bemba sobre las alegaciones de los delitos, todo ello es suficiente para el convencimiento más allá de toda duda razonable de que Bemba supo que las tropas que estaban bajo su autoridad y control efectivo estaban cometiendo o se encontraban a punto de cometer crímenes contra la humanidad de asesinato y violación, y los crímenes de guerra de asesinato, violación y pillaje (para. 717).

Para terminar, y acerca de los tres niveles de conocimiento exigidos, el comandante o superior debería conocer: su posición de garante con respecto a las tropas (de lo contrario dará lugar a error de derecho o prohibición), si las medidas que estaba tomando eran las necesarias y razonables (de lo contrario dará lugar a error de hecho, vencible o invencible), y, por último, el propio conocimiento sobre la situación típica referido al comportamiento de los subordinados que configuran delitos de competencia de la Corte,

[72] La doctrina se encontraba de acuerdo con estas afirmaciones. Vid. v. gr., AMBOS, Principios e imputación…, 2008, p. 104.

[73] *Prosecutor v. Bemba, ICC-01/05-01/08 A, Judgment on 3 the Appeal of Mr. Jean-Pierre Bemba Gombo Against Trial Chamber III's "Judgment Pursuant to Article 74 of the Statute" (Jun. 8, 2018), Appeals Chamber*. Además, los magistrados VAN DEN WYNGAERT y MORRISON consideraron que, aunque la mayoría de la Sala de Apelaciones hubiera aceptado que Bemba no tomó todas las medidas razonables y apropiadas, aún no estarían convencidos de que el acusado pudiera ser culpable de los crímenes contra la humanidad porque aunque es posible que la política de un Estado o una organización pueda, en circunstancias excepcionales, ser implementada por omisión, esa omisión debe ser deliberada "y conscientemente dirigida a provocar dichos ataques" por lo que sería completamente inapropiado asumir esta intención de la ausencia de acción de Bemba (*Separate opinion Judge Christine Van den Wyngaert and Judge Howard Morrison (ICC-01/05-01/08-3636-Anx2 08-06-2018 1/34 EC A), 14 June 2018*, para. 71).

que de lo contrario también dará lugar a error de hecho, que podrá ser a su vez vencible (si el comandante debió saber) o invencible, si el comportamiento de los subordinados era imprevisible, y por tanto, dado el principio de culpabilidad o responsabilidad, no podrá castigarse al superior jerárquico.

5. El nexo: la imputación objetiva

Con respecto a ese nexo exigido por el artículo 28 ER, por la propia naturaleza ontológica de un *no actuar* que acaba por dañar o poner en peligro bienes jurídicos relevantes para el Derecho penal, en ellos no será presupuesto necesario de la imputación objetiva el análisis de la existencia de una relación de causalidad, dado que la nada nada puede causar (*ex nihilo nihil fit*)[74]. Por lo tanto, corresponderá afirmar la existencia del nexo si se estudian los tres niveles de imputación objetiva y se constata que el resultado puede ser imputado objetivamente al autor de los hechos.

En relación con la imputación objetiva en la comisión por omisión, gran parte de la doctrina ha sostenido que se trataría en realidad de un juicio de causalidad hipotética: ¿la actuación omitida podría haber evitado el riesgo que se ha concretado en el resultado? Aunque como puede fácilmente comprobarse, ello no es un juicio de causalidad estricto, naturalísticamente hablando, sino la constatación del segundo criterio de la imputación objetiva[75], esto es, si el foco de riesgo creado o desestabilizado por el autor que tenía el deber de controlarlo (posición de garante), ha sido el que ha dado lugar al resultado lesivo. Parte de los autores han considerado que ese juicio de causalidad hipotética debe responderse afirmativamente en aquellas ocasiones donde el actuar omitido hubiera podido evitar el resultado dañoso con una probabilidad rayana en la certeza. Otra parte de los estudiosos han contestado a esta cuestión afirmando que bastaría con que el actuar hubiera disminuido el riesgo de producción del resultado dañoso (teorías de disminución del riesgo). En resumen, las dos posturas tratan de contestar a la misma pregunta: ¿Con

[74] HAVA GARCÍA, Responsabilidad penal por imprudencia…, InDret, 2, 2017, p. 21. BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, Lecciones de Derecho penal. Parte general, Editorial Trotta, 2006, Madrid, p. 339. DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOCILDO, Derecho penal. Parte General. Teoría Jurídica del Delito, Rafael Castellanos Editor, 2ª ed., 1986, Madrid, pp. 555 y ss. ROXIN, considera que se puede hablar de causalidad en la omisión, aunque únicamente pueda ser hipotética. ROXIN, Derecho penal. Parte General. Tomo II. Especiales formas de aparición del delito, Trad. Luzón Peña et al., Civitas/Thomson Reuters, 2014, Navarra, pp. 767-768,

[75] MIR PUIG, Derecho penal… 10ª ed., 2015, pp. 78 y ss. LUZÓN PEÑA, Comisión por omisión e imputación objetiva sin causalidad: creación o aumento del peligro o riesgo por la omisión misma como criterio normativo de equivalencia a la causación activa, en SILVA SÁNCHEZ, et al. (Coords.), Estudios de Derecho penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig, Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2017, p. 690. RODRÍGUEZ MESA, La imputación del resultado a la omisión. (Una propuesta para la aplicación del artículo 25 del Código Penal Colombiano), Nuevo Foro Penal, 12 (70), pp. 116-158, p. 149.

cuánta probabilidad podemos afirmar que el actuar hubiera evitado el resultado? La primera de las teorías necesita de una probabilidad alta, muy cercana a la certeza. Las segundas se conforman con que el actuar hubiera disminuido las posibilidades del resultado.

Sin embargo, y como parte de la doctrina (no mayoritaria) ha mantenido, no se entiende por qué los delitos omisivos deberían conformarse con menos que sus modalidades activas, si la respuesta penal es la misma[76]. ROXIN apuesta por una solución que él considera intermedia, exigiendo que la acción no ejercida no solo hubiera podido disminuir el riesgo *ex ante* sino también desde una perspectiva *ex post*[77]. Así, desde una perspectiva *ex ante* debe comprobarse si la acción omitida ha creado o aumentado un riesgo no permitido, que la propia norma quería evitar, pero también se requiere que *ex post*, haya sido ese riesgo y no ningún otro el que ha dado lugar al resultado. Si la acción omitida no era apta para evitar el resultado, se negará la capacidad del sujeto de evitarla y, por tanto, no existirá una omisión penalmente relevante[78]. Por otro, si ha existido esa conducta peligrosa, que creó o desestabilizó un riesgo (primer criterio de imputación objetiva), pero no ha sido la que ha dado lugar al resultado lesivo (se niega el segundo criterio de imputación objetiva)[79], como de normal se podrá castigar, a lo sumo, por tentativa si estamos considerando una omisión dolosa[80].

De esta manera, tendrá que haberse creado un riesgo no permitido o que el riesgo existente se haya elevado por encima del umbral de lo permitido. Es necesario recordar que el despliegue de tropas siempre será un riesgo en sí mismo[81], pero el superior deberá

---

[76] De esta manera, MEZGER proponía la atenuación de la pena en el caso de la comisión por omisión. MEZGER, Tratado de Derecho penal, Vol. I., Trad. Rodríguez Muñoz, ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2010.
Así también, ÁLVAREZ GARCÍA, Comisión por omisión y legalidad penal, Revista de Derecho penal, 22, 2007, pp. 43-68, p. 44. Este sector doctrinal también mantiene que una interpretación de la imputación objetiva en los delitos de omisión que solo requiera la disminución del riesgo supone transformarlos en delitos de peligro, además de vulnerar el principio de *in dubio pro reo.* Vid. así, *ibid.*, p. 66; HAVA GARCÍA, Responsabilidad penal por imprudencia…, InDret, 2, 2017, p. 27. Por contra, PUPPE: "el principio *in dubio pro reo* no puede exigir un 100% de prueba allí donde no hay un 100% de certeza". PUPPE, "División del trabajo y de la responsabilidad en la actuación médica", *InDret*, 4, 2006.

[77] ROXIN, Derecho penal. Parte General. Tomo II…, 2014, pp. 773-774.

[78] Ibid. ROXIN considera que aquellas acciones que no son adecuadas para reducir el peligro, pero pueden ser exigidas deontológicamente deben considerarse tentativas inidóneas.

[79] RODRÍGUEZ MESA, La imputación del resultado a la omisión…, Nuevo Foro Penal, 12 (70), p. 154.

[80] ROXIN, Derecho penal. Parte General. Tomo II…, 2014, p. 700. ÁLVAREZ GARCÍA tilda esta respuesta como la "más atinada", por el contrario de aquellos autores que consideran que esta respuesta deja demasiado espacio a la impunidad. ÁLVAREZ GARCÍA, Comisión por omisión…, Revista de Derecho penal, 22, 2007, pp. 43-68.

[81] La opinión separada de los jueces VAN DEN WYNGAERT y MORRISON a la Sentencia de Apelación del caso Bemba (*Separate opinion Judge Christine Van den Wyngaert and Judge Howard Morrison (ICC-*

actuar como barrera de contención de riesgos. En el segundo nivel deberá comprobarse que los resultados finalmente acaecidos eran los que la norma de cuidado pretendía evitar. Para terminar, deben haber sido esos riesgos creados o elevados por encima de lo permitido los que han dado lugar a los resultados dañosos producidos. Ese riesgo debe ser el que se ha realizado en el resultado, y no cualquier otro[82].

Por ejemplo, si el superior toma todas las medidas que se pueden exigir a este tipo de superiores dadas las circunstancias del caso, pero sin embargo las tropas se desbandan y se insubordinan por un rumor enemigo de que han perdido la guerra y comienzan a cometer crímenes de pillaje para satisfacer sus necesidades económicas al temer (infundadamente) que no se les va a compensar por sus servicios ante la derrota ocurrida, no podrá castigarse al superior. Y ello por tres razones: porque si se han tomado todas las medidas necesarias no se daría la situación típica (omisión de medidas), porque no se habría elevado el riesgo por encima de lo permitido y porque, por tanto, el resultado no habrá sido producto de ningún omitir del comandante.

No obstante, si en el caso concreto hubiera habido omisiones de los deberes del superior desde luego podrá haberse elevado el riesgo por encima de lo permitido, al no actuar como barrera de contención del peligro. Piénsese por ejemplo en el superior que sabiendo que los soldados están pasando penurias económicas por las bajas remuneraciones de su ejército, los despliega en una zona donde existen abundantes fuentes de riqueza pertenecientes a la población civil que se dedica a la extracción de materiales preciosos, a sabiendas de la escasa formación de los mismos en Derecho Internacional Humanitario y sin darles instrucciones precisas de que los botines de guerra están prohibidos. Ahora bien, si finalmente acaban sucediendo crímenes competencia de la Corte que nada tienen que ver con saqueos o con autocompensaciones de los militares, sino con una persecución de ciertos miembros de la población civil por motivos religiosos (practicar un credo distinto a la milicia), en principio el resultado no ha sido realización

01/05-01/08-3636-Anx2 08-06-2018 1/34 EC A), 14 June 2018) afirma que afirman que no es suficiente para el superior jerárquico conocer que hay un riesgo general de que sus tropas comentan delitos indeterminados, pues ese riesgo es inherente a toda operación militar y ello no produce que se tenga que tomar ninguna medida por parte del comandante, más allá de la disciplina y promover el cumplimiento del Derecho Internacional Humanitario. Las obligaciones, por tanto, no comenzarían hasta que el comandante es consciente de la existencia de unos riesgos específicos. Ello es lógico, porque sin un conocimiento concreto de que es lo que se debe prevenir es imposible diseñar medidas válidas o pautas de cuidado que eviten riesgos desconocidos.

[82] Así lo entienden GARROCHO SALCEDO y RODRÍGUEZ MESA. RODRÍGUEZ MESA, La atribución de responsabilidad…, 2005, pp. 147 y 152. GARROCHO SALCEDO, El deber de cuidado…, 2019, p. 471.

del riesgo concreto, sino de otros riesgos que provienen del despliegue de tropas armadas frente a una población civil indefensa.

En el caso en concreto, la Corte Penal Internacional consideró que el artículo 28(a) estipula que el superior va a ser responsable por aquellos delitos que se hayan cometido "*en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas*", siendo un principio fundamental del Derecho penal que una persona no puede ser criminalmente responsable de un delito en ausencia de un nexo personal con el mismo. No obstante, la Corte se decanta por situarse junto a la mayoría de la doctrina que mantiene que los delitos omisivos pueden conformarse con "menos" que sus modalidades activas, bastando con la probabilidad (aunque no especifique cual) de que el resultado haya sido producto de la omisión del sujeto activo. La Sala de Primera Instancia tan solo aclaró que el Estatuto de Roma no requiere el establecimiento de una "*but for causation*" ("de no ser por" o *conditio sine qua non*), entre la omisión del superior y los crímenes cometidos, pues habría que tener en cuenta -afirma la Corte- "la particular naturaleza de la responsabilidad del superior"[83]. Así, las consideraciones prácticas y legales impedirían tomar partido por un *standard* que convierta en imposible la aplicación consistente y objetiva del precepto, teniendo en cuenta la evaluación hipotética que habría que llevar a cabo en los casos de omisión. En su parágrafo 213, la Sala afirma que el requerimiento del nexo sería claramente satisfecho cuando se establece que los crímenes no se habrían cometido en las circunstancias o en la forma en la que fueron cometidos si el superior hubiera ejercido su control adecuadamente[84]. Aun así, el tribunal considera que el estándar que está describiendo es superior al que exige el ER y que no necesita de mayores consideraciones, a la vista de los hechos probados. Pierde así la Corte la oportunidad de establecer claramente cuál es el estándar que se necesita para condenar al superior, afirmando únicamente que sería inferior a la *conditio sine qua non.* Sin embargo, la Decisión de Confirmación de Cargos había considerado abiertamente que era suficiente a tales efectos con que la omisión incrementara el riesgo[85].

[83] *Prosecutor v. Bemba, ICC-01/05-01/08, Judgment Pursuant to Article 74 of the Statute (Mar. 21, 2016); Trial Chamber III.*

[84] La nota al pie 482 menciona que esto hace referencia al estándar "would or would probably" (hubiera evitado o probablemente hubiera evitado) o, según el BGH, la teoría de la quasicausalidad (Prosecutor v. Bemba, ICC-01/05-01/08, Judgment Pursuant to Article 74 of the Statute (Mar. 21, 2016); Trial Chamber III. *Trial Chamber III)*.

[85] Decisión de confirmación de cargos, párr. 425 (*Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08-424, 15 June 2009, Pre-Trial Chamber II*).

De la lectura de los votos particulares de ambas sentencias, puede observarse que esta es una de las cuestiones más polémicas. Así, en opinión de la jueza STEINER, la Sala consideró que únicamente es necesario probar que la omisión del superior incrementó el riesgo de comisión de los delitos cometidos para hacerlo responsable penalmente por el art. 28 del ER[86]. El razonamiento termina con la conclusión de que no cualquier probabilidad (esto es, un enfoque completamente flexible) de que la actuación del superior pudiera prevenir los crímenes puede ser considerada suficiente, sino que al menos, debe requerirse una alta probabilidad[87]. Sin embargo, el magistrado OZAKI parece decantarse hacia el requisito de la *conditio sine qua non:* afirmó que se trata de un criterio utilizado en muchas jurisdicciones domésticas, a la par que advirtió que la Corte debe tener en cuenta que no puede perturbar el cuidadoso equilibrio de la culpabilidad en el marco del Estatuto, respetando el principio de responsabilidad personal, que, en este contexto, requiere que al menos la responsabilidad del acusado debe quedar restringida a aquellos resultados que son razonablemente previsibles[88].

Para terminar, la opinión separada de los jueces VAN DEN WYNGAERT y MORRISON a la sentencia de apelación consideró que de decantarse la Corte por la *conditio sine qua non*, la mayoría de los casos de omisión quedarían fuera del artículo 28[89]. Pero por otro, consideran que la omisión de tomar medidas es una omisión de reducir un riesgo existente de que algo pase. Si el superior no hace nada, las posibilidades de que los subordinados cometan un delito se mantendrían iguales, no se incrementan. La responsabilidad del comandante es, por tanto, reducir el riesgo de que sus subordinados cometan delitos. La omisión de reducir un riesgo no puede ser interpretada como una causa de la manifestación de ese mismo riesgo (para. 55). Por tanto, los magistrados acogen la visión de que el artículo 28 ER no recoge y no debe recoger que los comandantes sean *los*

[86] *Separate Opinion of Judge Sylvia Steiner (ICC-01/05-01/08-3343-AnxI 21-03-2016 1/11 NM T), 21 March 2016.*

[87] La doctrina se encuentra dividida en este punto: AMBOS y ABOUELDAHAB, consideran que una imputación justa debe ir más allá de un mero incremento del riesgo, decantándose por la *conditio sine qua non*. A su vez admiten que, si finalmente se opta por el enfoque de riesgo, el grado de riesgo requerido tiene que ser definido y compartiendo la visión de la magistrada Steiner, afirman que no bastaría con cualquier probabilidad sino aquella que se necesita que sea "muy probable que la falta de intervención haya dado lugar a los crímenes correspondientes". AMBOS/ABOUELDAHAB, La responsabilidad del mando y el proceso de paz colombiano, pp. 23 a 68, en AMBOS/VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, (eds.), El caso Bemba y la responsabilidad del mando. Comentarios y traducción de la Sentencia de Apelación, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 55. WEIGEND también se decanta por la alta probabilidad. Cfr. WEIGEND, La absolución del señor Bemba…, 2020, p. 200.

[88] *Separate Opinion of Judge Kuniko Ozaki (ICC-01/05-01/08-3343-AnxII 21-03-2016 1/18 NM T), 21 March 2016.*

[89] *Separate opinion Judge Christine Van den Wyngaert and Judge Howard Morrison (ICC-01/05-01/08-3636-Anx2 08-06-2018 1/34 EC A), 14 June 2018*.

causantes de que los subordinados cometan los delitos. Es decir, que al igual que en los tribunales *ad hoc*, la Corte Penal Internacional no requeriría ningún nexo.

V. CONCLUSIONES

No fue precisamente la interpretación del artículo 28 ER la que dio lugar al pronunciamiento absolutorio en el caso Bemba. Aunque es cierto que finalmente las medidas tomadas por el superior jerárquico fueron consideradas suficientes (y, por tanto, no puede hablarse de *omisión)*, ello se debió principalmente a cuestiones procesales: gran parte de los delitos por los que Bemba había sido condenado en primera instancia dejaron de tenerse en cuenta posteriormente, pues la Sala de Apelaciones estimó que no debían haberse considerado en el procedimiento, al no aparecer claramente delimitados en la Decisión de Confirmación de Cargos[90], sino en otros documentos adjuntos a ésta e, incluso, en documentos posteriores a la misma[91]. Fue esa disminución del volumen de delitos objeto de enjuiciamiento la que tuvo una consecuencia directa en los cargos por omisión: las medidas tomadas por Bemba fueron consideradas como "suficientes" por la Sala de Apelaciones, en relación con los escasos delitos probados.

A pesar de que no haya sido la interpretación de la responsabilidad del superior el centro de las cuestiones decisivas en el caso Bemba, la Sala de Apelaciones brindó una serie de pautas para venideras condenas por este título de imputación, sobre todo en materia más procesal que penal sustantiva. De esta manera, parece que con respecto a las medidas que el superior debería haber tomado, no solo habrá de hacerse referencia expresa a las mismas, sino que deberá probarse un vínculo directo entre estas y los crímenes finalmente cometidos por los subordinados[92]. Además, la "razonabilidad" de las

[90] Vid. sobre la cuestión WEIGEND, La absolución del señor Bemba…, 2020, p. 189.

[91] Aunque puede que no haya tenido incidencia en el procedimiento principal, no debe olvidarse que, en el año 2016, tanto Bemba como otros sujetos bajo investigación en la Situación en la República Democrática del Congo, fueron condenados por la Corte Penal Internacional por delitos contra la administración de justicia. En concreto, Bemba fue condenado por los comportamientos recogidos en el artículo 70(a), (b) y (c), esto es, dar falso testimonio, presentación de pruebas falsas y corrupción de testigos. Vid. *Bemba et al. case, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, ICC-01/05-01/13-1989-Red, 19 October 2016, Trial Chamber VII.*

[92] Que deberán describirse pormenorizadamente en la Decisión de Confirmación de Cargos. Cfr. WEIGEND: "Se podría argumentar que la culpa del comandante es que no haya tomado "todas las medidas necesarias y razonables a su alcance" para prevenir o reprimir los delitos de los subordinados (Art. 28 (a) (ii) del. ECPI), de ahí que los cargos contra él solo necesiten describir el período de tiempo en el cual debería haber tomado tales medidas. Sin embargo, en virtud del Art. 28 el comandante no es condenado simplemente por no haber ejercido control sobre sus tropas (lo que podría haber sido un enfoque sensato para la formulación del ECPI), sino que se le considera responsable de los mismos crímenes que cometieron sus subordinados. Por lo tanto, es imperativo que las acusaciones individualicen cada crimen *subyacente*". WEIGEND, La absolución del señor Bemba…, 2020, p. 192.

medidas deberá valorarse, más allá de toda duda razonable, desde los delitos efectivamente probados, no sobre la magnitud de la totalidad de los crímenes denunciados en la situación. Por supuesto, corresponderá a la Fiscalía probar en todo caso la irracionalidad de las medidas tomadas por el superior[93].

Por lo que respecta a los caracteres de la responsabilidad por omisión, la Corte Penal Internacional sí ha aclarado la naturaleza de la misma[94], decantándose por describirla como una causal de responsabilidad (a título de autor) *sui generis*, a la cual se le exige la demostración de un nexo entre la omisión del superior jerárquico y los delitos finalmente cometidos por los subordinados. Por tanto, parece que deberá valorarse la aplicación de los criterios de la comisión por omisión, incluso en aquellas omisiones que provienen de acciones debidas *a posteriori* de la comisión de los hechos por los subordinados (esto es, las obligaciones de reprimir, castigar o llevar ante las autoridades competentes), pues efectivamente esas omisiones también abonan (y, en este sentido, "causan") la posibilidad de comisión de futuros actos criminales, en la medida en que la pasividad del superior ante la comisión de delitos por parte de los subordinados crea un caldo de cultivo proclive a las violaciones del Derecho Internacional Humanitario.

Con relación a los criterios de imputación, tanto la Sala de Primera Instancia como la de Apelaciones han esquivado pronunciarse al respecto de los mismos. Así, la Sala de Primera Instancia III se limitó a mencionar que no era necesario un estándar de *but for causation.* Sin embargo, la Sala de Cuestiones Preliminares II sí se decantó claramente por el criterio de la disminución del riesgo. Entre las propuestas a las cuestiones aún no resueltas se plantea la superación del elemento causal, tan difícilmente sostenible en comportamientos omisivos, para pasar directamente al análisis de la imputación objetiva; conforme a ella, se debería permitir imputar el resultado siempre y cuando la omisión del superior haya omitido una acción que haya acarreado un peligro no permitido desde una consideración *ex ante*, y haya sido este mismo peligro el que haya dado lugar a los resultados dañosos desde una perspectiva *ex post*. De esta manera podrá equipararse el nivel de exigencia en la imputación entre comportamientos activos y omisivos, dotando de un ámbito de aplicación delimitado al artículo 28 ER, sin renunciar por ello a las garantías penales que deben exigirse en todo caso en este tipo de procedimientos.

[93] Vid. sobre las medidas COTE BARCO, El caso Bemba…, 2020, pp. 117-118.

[94] Aunque dadas las diversas opiniones que se plasmaron en los "votos particulares" no se puede determinar con seguridad que la Corte vaya a mantener el mismo criterio en venideros pronunciamientos.

Finalmente, es necesario recordar las posibilidades de argumentar la presencia de un error de hecho (de tipo) o de un error de derecho (de prohibición) previstas en el artículo 32 del Estatuto de Roma; posibilidad aun inexplorada por la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional, pero que puede resultar útil a la hora de resolver las problemáticas propias de estos elementos en ciertas situaciones, en las que el sujeto activo desconoce alguno de los elementos objetivos del tipo, o bien valora erróneamente la antijuricidad de su comportamiento.

VI. REFERENCIAS

ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., Comisión por omisión y legalidad penal, Revista de Derecho penal, 22, 2007, pp. 43-68.

AMBOS, K., VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F. (eds.), El caso Bemba y la responsabilidad del mando. Comentarios y traducción a la Sentencia de Apelación, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

AMBOS K., ABOUELDAHAB S., La responsabilidad del mando y el proceso de paz colombiano, en AMBOS K., VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F. (eds.), El caso Bemba y la responsabilidad del mando. Comentarios y traducción de la Sentencia de Apelación, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020. pp. 23-68.

AMBOS, K., Principios e imputación en el Derecho penal internacional, Atelier, Barcelona, 2008.

AMNISTÍA INTERNACIONAL, La distancia en sí misma no sirve como defensa en la responsabilidad del mando, en AMBOS K., VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F. (eds.), El caso Bemba y la responsabilidad del mando. Comentarios y traducción de la Sentencia de Apelación, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 153-158.

AMNISTÍA INTERNACIONAL, Dando sentido a la responsabilidad del mando, en AMBOS K., VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F. (eds.), El caso Bemba y la responsabilidad del mando. Comentarios y traducción de la Sentencia de Apelación, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 145-154.

BUSTOS RAMÍREZ, J. J., HORMAZÁBAL MALARÉE, H., Lecciones de Derecho penal. Parte general, Editorial Trotta, 2006, Madrid.

COTE BARCO, G. E., El caso Bemba: ruptura o continuidad en el desarrollo de la responsabilidad del mando en el derecho penal internacional, en AMBOS, K., VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F. (eds.), El caso Bemba y la responsabilidad del mando. Comentarios y traducción a la Sentencia de Apelación, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 69-123.

DE TOLEDO Y UBIETO, E. O., HUERTA TOCILDO, S., Derecho penal. Parte General. Teoría Jurídica del Delito, Rafael Castellanos Editor, 2ª ed., 1986, Madrid.

GARROCHO SALCEDO, A. M., El deber de cuidado de los jefes militares ante la comisión de crímenes internacionales por sus subordinados, en CANCIO MELIÁ et al. (eds.), Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro, Vol. I, UAM Ediciones, Madrid, 2019, pp. 459-472.

GARROCHO SALCEDO, A. M., La responsabilidad del superior por omisión en Derecho Penal Internacional, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2016.

GIMBERNAT ORDEIG, E., La causalidad en la omisión impropia y la llamada "omisión por comisión", Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales, 53 (1), 2000, pp. 29-132.

GRECO, L., Dominio de la organización y el denominado principio de autorresponsabilidad, en Reflexiones sobre el Derecho penal, Grijley, Perú, 2019.

HAVA GARCÍA, E., Responsabilidad penal por imprudencia en la celebración de grandes eventos: un análisis de algunas cuestiones problemáticas en el caso Madrid Arena, InDret, 2, 2017.

JACKSON, M., La motivación de un comandante en el caso Bemba, Comentarios y traducción de la Sentencia de Apelación, en AMBOS, K., VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F. (eds.), El caso Bemba y la responsabilidad del mando. Comentarios y traducción a la Sentencia de Apelación, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 169-177.

MEZGER, E., Tratado de Derecho penal, Vol. I., Trad. Rodríguez Muñoz, ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2010.

MIR PUIG, S., Derecho penal, Parte general, 10ª edición, Reppertor, 2015.

OLÁSOLO ALONSO, H., Tratado de autoría y participación en el Derecho penal internacional. En homenaje al Prof. Augusto Martínez Ocampo, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

PÉREZ-LEÓN ACEVEDO, J. P., La responsabilidad del superior "sensu stricto" por crímenes de guerra en el Derecho internacional contemporáneo, Revista Colombiana de Derecho Internacional, n. 10, noviembre de 2007, pp. 153 a 198.

PUPPE, I., División del trabajo y de la responsabilidad en la actuación médica, InDret, 4, 2006.

ROCHA HERRERA, M., ¿Cuáles son las obligaciones de un comandante militar en campo? Evolución jurídica de la doctrina de responsabilidad del superior jerárquico: de Yamashita a Bemba Gombo en la Corte Penal Internacional, ANIDIP, 6, 2018, pp. 10-58.

RODRÍGUEZ MESA, M. J., La atribución de responsabilidad en comisión por omisión, Thomson Aranzadi, Navarra, 2005.

RODRÍGUEZ MESA, M. J., La imputación del resultado a la omisión. (Una propuesta para la aplicación del artículo 25 del Código Penal Colombiano), Nuevo Foro Penal, 12 (70), pp. 116-158.

RODRÍGUEZ MESA, M. J., Alcance de la imputación objetiva en los delitos de omisión impropia, pp. 365-397, en CHAN MORA, G., LLOBET RODRÍGUEZ, J. (coords.), Homenaje al Prof. Dr. Francisco Castillo González en sus 70 años, Revista digital de la maestría en ciencias penales, 5, 2014.

ROXIN, C., Derecho penal. Parte General. Tomo II. Especiales formas de aparición del delito, Trad. Luzón Peña et al., Civitas/Thomson Reuters, 2014, Navarra.

SCHABAS, W. A., The International Criminal Court. A Commentary on the Rome Statute, Oxford University Press, Oxford-New York, 2010.

SILVA SANCHEZ, J. M., El delito de omisión. Concepto y sistema, J.M. Bosch Editor, 1986, Barcelona.

TORÍO LÓPEZ, A., Límites político-criminales del delito de comisión por omisión, Anuario de Derecho penal y Ciencias penales, 37, 3, 1984, pp. 693-707.

LUZÓN PEÑA, D. M., Comisión por omisión e imputación objetiva sin causalidad: creación o aumento del peligro o riesgo por la omisión misma como criterio normativo de equivalencia a la causación activa, en SILVA SÁNCHEZ, J. M., et al. (Coords.), Estudios de Derecho penal.

Homenaje al profesor Santiago Mir Puig, Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2017, pp. 685-702.

WEIGEND, T., La absolución del señor Bemba: ¿Un atajo a la justicia?, en AMBOS K., VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F. (eds.), El caso Bemba y la responsabilidad del mando. Comentarios y traducción de la Sentencia de Apelación, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

WERLE, G., Tratado de Derecho penal internacional, Tirant lo Blanch, 2ª ed., Valencia, 2011.

* * * * *

Prof. Dra. Natalia Torres Cadavid
Prof. Contratada Dra. acred. de Derecho Penal, Univ. de Vigo, Galicia, España.
Socia de la FICP.

~El error sobre la obligación tributaria en el delito fiscal (según la teoría de la culpabilidad)[*]~

I. INTRODUCCIÓN

En mi opinión, el problema más relevante en materia de error en el delito de defraudación tributaria está relacionado con la equivocación o ignorancia sobre la normativa tributaria de remisión y, en concreto, con el yerro sobre la obligación jurídico-tributaria[1], debido a que se discute si el conocimiento de que se incumple la obligación jurídico-tributaria material debe ser abarcado por el dolo o no. En otras palabras, si el sujeto para actuar con dolo tiene que saber que infringe la norma de remisión. Por ejemplo, hay que preguntarse si se excluye el dolo o no, cuando el sujeto no sabe que tiene que tributar, o piensa que solo están obligadas determinadas personas (entre las que no está incluido él) o yerra acerca de los límites de la obligación tributaria.

Este problema es especialmente relevante en el contexto de los defensores de la teoría de la culpabilidad, para quienes el error de tipo excluye el dolo (y la imprudencia si es invencible), mientras que el de prohibición afecta solo a la culpabilidad[2]. Y no tanto para los defensores de la teoría del dolo, puesto que para ellos tanto el error de tipo como

[*] Este trabajo se inscribe en los proyectos de investigación: a) "Revisión de cuestiones polémicas en la Ciencia penal a comienzos del S. XXI" (Referencia: RTI2018-101401-B-I00, Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades), del que son investigadores principales el Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Diego-Manuel Luzón Peña, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Alcalá de Henares, y la Prof. Dra. Raquel Roso Cañadillas, Profesora Titular de Derecho penal de la Universidad de Alcalá de Henares. b) "Principios y garantías penales: sectores de riesgo" (Referencia: DER2016-76715-R, Ministerio de Ciencia e Innovación) del que es investigador principal el Prof. Dr. Dres. h. c. Miguel Díaz y García Conlledo, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de León, y de cuyos equipos de trabajo formo parte. Y c) "La progresiva relajación de garantías penales en la elaboración del sistema y en diversos sectores. Vindicación del refuerzo de los límites al 'ius puniendi'" (Referencia: PID2019-108567RB-C21, Ministerio de Ciencia e Innovación).

El tema de esta contribución ha sido ampliamente tratado por la autora en: TORRES CADAVID, Natalia, La responsabilidad penal del asesor fiscal. Problemas de autoría y participación en el delito de defraudación tributaria, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, p. 121 ss., 169 ss.

[1] Así también, FAKHOURI GÓMEZ, LLP 2011-82, p., 61 s.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, DPEE, PG, 2016, p. 423; LUZÓN PEÑA, Lecciones, 2016, 17/18. Por su parte y por regla general, el error sobre las circunstancias fácticas empíricas no ha generado mayor controversia, se reconoce mayoritariamente que excluye el dolo y tiene las demás consecuencias del error de tipo. Esto pasaría, por ejemplo, cuando el sujeto se olvida de que realizó el hecho imponible, porque no recuerda la celebración de un particular negocio jurídico.

[2] Sobre las soluciones en la teoría de la culpabilidad, cfr. TORRES CADAVID, La responsabilidad penal del asesor fiscal, 2019, p. 186 ss.

el de prohibición excluyen el dolo (y, si son invencibles, la imprudencia), de modo que no sería muy relevante definir si el error sobre la norma de remisión es un error de tipo o un error de prohibición[3].

En consecuencia, en esta comunicación se pretende hacer una exposición sobre las principales alternativas de solución que ha propuesto la doctrina penal para la exclusión del dolo por un error de tipo en el delito fiscal, dentro de la teoría de la culpabilidad[4], tomando como referencia el delito de defraudación tributaria del art. 305 del Código Penal español. Aunque bien los análisis son aplicables a cualquier otra tipificación de injusto penal tributario, siempre que se entienda por delito fiscal aquel que atenta contra la Hacienda Pública, en general[5].

Con este objetivo, esta comunicación se divide en tres apartados principales: a) el conocimiento de la obligación jurídico-tributaria; b) la delimitación entre error de tipo y de prohibición en los delitos tributarios; c) las propuestas de tratamiento del error sobre la normativa tributaria de remisión en la teoría de la culpabilidad. Para terminar con las conclusiones y la bibliografía citada.

II. EL CONOCIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN JURÍDICO-TRIBUTARIA

La conducta de defraudar a la Hacienda Pública tiene que ser dolosa. La concepción del dolo que se defiende en este trabajo (dolo objetivamente malo), implica la exigencia de conocimiento y voluntad de realizar todos los elementos objetivos del tipo total de injusto[6], es decir, tanto los elementos objetivos del tipo de injusto, del tipo positivo, indiciario o estricto, como los elementos negativos del tipo, esto es, la ausencia de los presupuestos objetivos o materiales de las causas de atipicidad y de justificación. Solo la concurrencia en la conducta de todos estos elementos o circunstancias contenidas en el tipo penal de un delito fiscal (explícita e implícitamente) hace que se realice realmente un hecho típicamente prohibido de defraudación a la Hacienda Pública. Todos ellos constituyen el presupuesto de la prohibición y todos deben, por lo tanto, ser abarcados

[3] DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, El error sobre elementos normativos, 2008, p. 189 ss.; FAKHOURI GÓMEZ, LLP 2011-82, p. 64; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, DPEE, PG, 2016, p. 418 ss.

[4] Sobre las soluciones en la teoría del dolo, cfr. TORRES CADAVID, La responsabilidad penal del asesor fiscal, 2019, p. 201 ss.

[5] Pese a que se discuta ampliamente cuál es el concreto bien jurídico protegido en este delito; lo cual depende, claro, de la literalidad de cada Código Penal. Y, además, deba tenerse en cuenta la interpretación de los concretos elementos típicos que contenga la descripción legal.

[6] *Vid*. LUZÓN PEÑA, Lecciones, 2016, 16/32. Cfr., también, OLAIZOLA NOGALES, El error de prohibición, 2007, p. 40 s.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, El error sobre elementos normativos, 2008, p. 150, 155, 169.

por el dolo. No se requiere, por su parte, conocimiento de la antijuridicidad, de la concreta valoración jurídica negativa ni, en consecuencia, de la prohibición que recae sobre la conducta.

El dolo expresa el desvalor subjetivo de la acción, pues se desvalora un elemento interno, psicológico o anímico, lo que no se puede confundir con el hecho de que, para enjuiciar el contenido de los elementos cognoscitivo y volitivo, se utilice un baremo objetivo o general[7]. Cabe señalar también que la doctrina considera de manera prácticamente unánime que basta el dolo eventual para afirmar el dolo en la conducta del sujeto en el delito fiscal[8].

El objeto del elemento cognoscitivo del dolo está constituido por la concurrencia en el caso concreto de los datos seleccionados por el legislador para advertir a quienes actúan de que aquello que realizan es algo desvalorado por el Derecho y, en concreto, implica que el sujeto obra dolosamente cuando conoce que en su hecho concurren una serie de elementos (factores, circunstancias) que forman parte de un tipo penal. No tiene que saber, por el contrario, que dichos elementos configuran específicamente un tipo penal y, además, si resulta que son sus circunstancias personales (excepcionales) las que le impiden reconocer que su conducta está jurídicamente desvalorada o prohibida (conociendo eso sí los elementos típicos) se entiende que sí habrá actuado con dolo pero se tendrá que discutir si afecta su culpabilidad (error de prohibición)[9].

Aunque serían posibles (y necesarias) ulteriores precisiones para concretar el contenido del dolo en relación con la específica tipificación de un delito fiscal en cada Código Penal, opino que, como punto de partida, puede afirmarse que para que en un delito fiscal concurra el elemento cognoscitivo del dolo el sujeto debe conocer que defrauda a una Hacienda Pública (estatal, local o de cualquier otra entidad territorial) porque su conducta está relacionada con el pago de tributos, de cantidades retenidas, de ingresos a cuenta o devoluciones. Ahora bien, ¿qué y cuánto tiene que saber el sujeto para afirmar que tiene el conocimiento de que está defraudando a una Hacienda Pública? ¿debe

[7] Al respecto, *vid*. LUZÓN PEÑA, EJB II, 1995-1, p. 2839; LUZÓN PEÑA, EPB, 2002-1, p. 656; LUZÓN PEÑA, Lecciones, 2016, 17/6; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, El error sobre elementos normativos, 2008, p. 151, 153.

[8] La opinión dominante considera que resulta suficiente el dolo eventual; cfr., entre otros, BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO SAGGESE, DPE, 2.ª ed., 2010, p. 308; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, DPEE, PE, 2015, p. 638; MORILLAS CUEVA, Sistema de DP, PE, 4.ª ed., 2021, p. 897 ss. En sentido contrario, RODRÍGUEZ MOURULLO, Presente y futuro del delito fiscal, 1974, p. 57; MERINO JARA/SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, El delito fiscal. 2.ª ed., 2004, p. 57.

[9] TORRES CADAVID, La responsabilidad penal del asesor fiscal, 2019, p. 158 s.

saber que se trata de tributos o cantidades retenidas o ingresos a cuenta o devoluciones? o, en otras palabras, ¿qué grado de conocimiento le será exigible para el dolo? y, en concreto, de dichos elementos ¿qué tiene que conocer?

La doctrina ha debatido ampliamente para dar respuesta a la pregunta acerca del grado de conocimiento necesario de un sujeto de los elementos típicos para poder afirmar su dolo en la realización de un hecho. Este problema habitualmente se considera relevante en relación con los elementos normativos, por su remisión a otras normas fuera del tipo[10]. Se proponen diversas fórmulas, por ejemplo, que basta el conocimiento aproximado o en la esfera del profano, o un conocimiento de su sentido social o de su significado material auténtico[11].

En este trabajo, me parece convincente el criterio del sentido o significado material auténtico del elemento, formulado por DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, y que consiste en afirmar, en concreto (y respondiendo a la pregunta que se planteaba antes), que el sujeto conoce los elementos constitutivos de un tipo penal y por ello actúa con dolo cuando sabe que en su actuación concurre el elemento típico en todo su sentido auténtico (sin que haga falta que sepa que es un elemento típico, reitero). Y el sentido auténtico sería "el que de verdad posee [*scil*. el elemento], en el que debe hacer reconocer el carácter prohibido de la conducta" [12].

Conforme al principal problema que se propone en este trabajo, para que un sujeto actúe con dolo tiene que saber que su conducta está relacionada con el pago de tributos, de cantidades retenidas, ingresos a cuenta o devoluciones. Es decir, que la conducta está relacionada con la evitación de que una Hacienda Pública pueda realizar una recaudación completa de los ingresos tributarios.

Así pues, cada vez que un tipo penal contenga el objeto material *tributos*, para afirmar que un sujeto actúa dolosamente tendrá que conocer que aquello que no paga de manera oportuna y completa es resultado de una obligación jurídico-tributaria de la cual él es el sujeto pasivo, es decir, tiene que saber que posee una deuda de naturaleza tributaria y que él es el contribuyente. Tiene que conocer, dependiendo de la clase de tributo, que realizó un hecho ("imponible") que le generó dicha obligación jurídica-tributaria:

[10] MIR PUIG, DP, PG, 10.ª ed, 2015, p. 269.
[11] Cfr., entre otros, LUZÓN PEÑA, Lecciones, 2016, 17/17.
[12] Cfr. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, El error sobre elementos normativos, 2008, p. 384; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Fraude a consumidores y DP, 2016, p. 216, entre otros trabajos.

a) en el caso de las tasas, la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público, la prestación de servicios o la realización de actividades en régimen de Derecho público que se refieran, afecten o beneficien de modo particular al obligado tributario, cuando los servicios o actividades no sean de solicitud o recepción voluntaria para los obligados tributarios o no se presten o realicen por el sector privado;

b) en el caso de las contribuciones especiales, la obtención por el obligado tributario de un beneficio o de un aumento de valor de sus bienes como consecuencia de la realización de obras públicas o del establecimiento o ampliación de servicios públicos;

c) en el caso de los impuestos, por negocios, actos o hechos que ponen de manifiesto la capacidad económica del contribuyente. Cuando el sujeto conoce que ha contraído una obligación jurídico-tributaria, tiene que cumplir con otras obligaciones y deberes accesorios de veracidad e información que se originan por la aplicación de los tributos, pero que no están relacionados con la capacidad económica, ni con un deber de contribuir, que existen para facilitar y asegurar la completa y oportuna liquidación de la deuda y su recaudación. En suma, que tendrá que declararla e ingresarla a la Administración.

En lo que se refiere a las *cantidades retenidas y con los ingresos a cuenta*, para afirmar que un sujeto actúa dolosamente tiene que conocer que aquello que no paga de manera oportuna y completa es resultado de una obligación jurídico-tributaria de la cuál es el sujeto pasivo, es decir, tiene que saber que posee una deuda de naturaleza tributaria y que él es el obligado a pagar (si bien, no es el contribuyente). Tiene que conocer que él, en cuanto pagador de rendimientos, está obligado a retener parte de dichos rendimientos en caso de ser dinerarios, para posteriormente declararlos e ingresarlos a la Administración. En el caso de las retribuciones en especie, tendrá que ingresar a cuenta una proporción del rendimiento para posteriormente declararla e ingresarla directamente a la Administración.

En relación con las *devoluciones*, para afirmar que un sujeto actúa dolosamente tiene que conocer que se trata de un derecho que se genera a su favor como resultado de una relación jurídico-tributaria material de la que él es el sujeto pasivo. Tiene que saber que le será reembolsado por parte de la Administración el exceso retenido, o pagado a cuenta o pagado fraccionadamente, e ingresado, en los impuestos sobre la renta, sobre sociedades y sobre la renta de no residentes. Este derecho se le genera porque el contribuyente realizó una declaración en la que calculó el importe de la cuota correspondiente a la totalidad de sus rendimientos percibidos durante el ejercicio (la cuota

líquida), importe del cual dedujo las cantidades que se le hubieran retenido, las ingresadas a cuenta y las que él mismo hubiera ingresado en concepto de pago fraccionado, obteniendo así la cuota diferencial. De haber sido positiva, el contribuyente habría tenido que abonarla a la Administración, pero que, por ser negativa, le será devuelta por la Administración.

Cuando el sujeto no conozca la concurrencia en su hecho de todos los elementos que la ley considera suficientes para que pueda darse cuenta de que hace algo prohibido y, en concreto, desconozca que forma parte de una relación jurídico-tributaria material, el dolo quedará excluido. Es claro pues, que no es necesario que el sujeto tenga un conocimiento exacto del elemento en cuestión y efectúe una calificación jurídica correcta de los hechos, no es necesario que el sujeto conozca el proceso a través del cual concurre el elemento en un determinado supuesto ni tampoco las reglas constitutivas (los presupuestos normativos) con base en las cuales el elemento adquiere su sentido[13].

III. DELIMITACIÓN ENTRE EL ERROR DE TIPO Y EL ERROR DE PROHIBICIÓN DESDE LA PERSPECTIVA DE LA TEORÍA (RESTRINGIDA) DE LA CULPABILIDAD

La caracterización de un error, entendido este como desconocimiento o equivocación sobre una realidad, como de tipo o de prohibición, ha sido objeto de una gran controversia durante décadas[14]. El debate se centra especialmente en los efectos que se le concede a cada uno de ellos.

Actualmente existe acuerdo en aceptar que el error de tipo es aquel en el que incurre el sujeto que desconoce que en el hecho que realiza concurre una circunstancia que describe una determinada infracción penal, un elemento de un tipo objetivo de la Parte especial del Código Penal, con independencia de que el sujeto conozca que se trata de un elemento que señala la prohibición penal de la conducta, que se trata de un elemento

[13] Por el contrario, el error de subsunción es, en principio, irrelevante, aunque excepcionalmente pueda dar lugar a un error de prohibición (de la prohibición general) o a un error sobre el carácter penal de la prohibición de la conducta. Ahora bien, si el sujeto no se da cuenta de la propia prohibición porque se lo han impedido sus circunstancias personales, estamos ya ante una cuestión de culpabilidad, de un error de prohibición. Al respecto ver DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, El error sobre elementos normativos, 2008, p. 388 ss.

[14] Sobre la evolución general de la teoría del error en la doctrina española, la cual se encuentra en relación con la evolución del entendimiento del injusto en el marco de la teoría del delito, desde una concepción clásica a una concepción final y, posteriormente, funcional, *vid*., por todos, MUÑOZ CONDE, El error en DP, 1989, p. 95 ss. (ampliamente); FAKHOURI GÓMEZ, LLP 2011-82, p. 61 ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, El error, 2017, *passim.*

contenido en un tipo penal[15]. Además, acerca de los efectos del error de tipo, existe también acuerdo en que excluye (el elemento cognoscitivo de) el dolo y la imprudencia cuando es invencible, pero solo el dolo, dejando subsistente la imprudencia, cuando es vencible[16].

Conforme a la teoría restringida de la culpabilidad (partiendo de la teoría de los elementos negativos del tipo y entendiendo el dolo como objetivamente malo) nos encontramos con que, adicionalmente al error sobre un elemento del tipo indiciario o estricto, también es error de tipo aquel que recae sobre los presupuestos materiales de una causa de atipicidad o de justificación[17/18], puesto que son estos dos los componentes de la materia de la prohibición. La ausencia de los presupuestos objetivos o materiales de las causas de atipicidad y de justificación es parte del fundamento del injusto penal[19]. Este es un tema que ha sido ampliamente debatido por la doctrina. Si el sujeto no conoce la concurrencia en su hecho de alguno de los presupuestos de la prohibición, lo que él se representa ya no es una conducta que esté desvalorada por el Derecho, y en consecuencia actúa sin dolo, a pesar de que en la conducta sí concurra el elemento del tipo de injusto desconocido por el sujeto y la conducta esté objetivamente prohibida[20]. En cuanto a los efectos, son los del error de tipo, es decir, excluye siempre el dolo, y si es invencible, excluye adicionalmente la imprudencia.

Las consecuencias de la naturaleza y ubicación sistemática del error de tipo son diversas y varían en cuanto se trate de un error vencible o invencible. No obstante, en los

[15] Para la definición de error de tipo, *vid*. LUZÓN PEÑA, EJB II, 1995-1, p. 2838; LUZÓN PEÑA, EPB, 2002-1, p. 656; LUZÓN PEÑA, Lecciones, 2016, 17/4 ss.

[16] Sobre los efectos del error de tipo, *vid*. LUZÓN PEÑA, EJB II, 1995-1, p. 2838; LUZÓN PEÑA, EPB, 2002-1, p. 656 ss.; LUZÓN PEÑA, Lecciones, 2016, 17/4 ss.

[17] Existe un debate muy importante asociado al tratamiento del error sobre la concurrencia del hecho de los presupuestos objetivos o materiales de una causa de justificación: para unos se trata de un error de prohibición (teoría estricta de la culpabilidad) y, para otros, de un error de tipo (teoría restringida de la culpabilidad). Sin embargo, hay acuerdo en que el error sobre la existencia misma o los límites de una causa de justificación es un error de prohibición. Para una explicación de este debate, *vid*., por todos, LUZÓN PEÑA, EJB II, 1995-2, p. 2851; LUZÓN PEÑA, EPB, 2002-2, p. 664 ss.; LUZÓN PEÑA, Lecciones, 2016, 17/86 ss.; TRAPERO BARREALES, El error en las causas de justificación, 2004, *passim.*

[18] El error sobre los presupuestos de las causas de atipicidad y de exclusión de la tipicidad penal es una clase de error paralelo al error sobre los presupuestos de las causas de justificación, sean estas causas de atipicidad por falta de toda relevancia jurídica o causas de exclusión solo de la tipicidad (o del injusto) penal. El error sobre la concurrencia de los presupuestos de una causa de atipicidad es un error de tipo, con los efectos de este según sea vencible o invencible. Así, por muchos LUZÓN PEÑA, EJB II, 1995-2, p. 2851; LUZÓN PEÑA, EPB, 2002-2, 671; LUZÓN PEÑA, Lecciones, 2016, 17/97.

[19] Cfr. MIR PUIG, DP, PG, 10.ª ed, 2015, 573 ss., que si bien no adopta la teoría de los elementos negativos del tipo (por su particular concepción del tipo), ilustra bastante bien la cuestión a propósito del error.

[20] Así, por varios, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, El error sobre elementos normativos, 2008, p. 150.

delitos en los que no se encuentra tipificada la comisión imprudente, como es el caso del delito fiscal en España y Alemania los efectos del error de tipo vencible e invencible son "coincidentes", puesto que tampoco hay conducta típicamente antijurídica en los casos en los que el error excluye el dolo pero persiste un actuar imprudente; con la precisión que en el error de tipo invencible la conducta está justificada, mientras que, en el error de tipo vencible, la conducta es penalmente atípica. Por ello, las consecuencias del error vencible e invencible de tipo, cuando solo está prevista la comisión dolosa, son: a) el error excluye la responsabilidad civil por el delito[21] (de la que habla el CP, pero no necesariamente en el error vencible, podría haber una norma que estableciera por un daño imprudente, por ejemplo); b) frente a la conducta en error de tipo no cabe legítima defensa, solo la más limitada reacción del estado de necesidad defensivo (la conducta no constituye una agresión ilegítima, a pesar de que podría poner en peligro bienes jurídicos ajenos)[22]; c) puede fundamentarse autoría mediata de quien provoca o aprovecha el error del sujeto, puesto que se trata de una causa de justificación de la acción (no existe desvalor de acción, se trata de un supuesto de caso fortuito), que puede o no excluir el desvalor de resultado[23]; d) no puede apreciarse participación punible según el principio de accesoriedad limitada de la participación, puesto que la conducta no es típicamente antijurídica[24].

Ahora bien, acerca del error de prohibición no existe acuerdo doctrinal ni en relación con su concepto ni acerca de sus efectos. Conforme a la teoría restringida de la culpabilidad, que es la que aquí se acoge, el error de prohibición es aquel en el que incurre el sujeto cuando, siendo consciente de todas las circunstancias que concurren en su hecho, es decir, conociendo todos los elementos fundamentadores de la prohibición, sin embargo, desconoce la valoración negativa de su conducta, que su hecho está prohibido jurídicamente[25]. Los efectos del error de prohibición, sobre la prohibición jurídica general

[21] *Vid*. la detallada explicación de la interpretación del art. 118.2 CP que realiza LUZÓN PEÑA, Lecciones, 2016, 17/15 n. 3.

[22] Cfr. LUZÓN PEÑA, EJB II, 1995-2, 2845; LUZÓN PEÑA, Lecciones, 2016, 17/15, 23/17 s., 20 s., 24/48 ss.

[23] Así, LUZÓN PEÑA, Lecciones, 2016, 17/14.

[24] Cfr. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, La autoría, 1991, p. 201 s., 251 s.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, El error sobre elementos normativos, 2008, p. 155; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Cuestiones actuales de DPE, 2010, p. 53.

[25] Para una definición del error de prohibición, *vid* LUZÓN PEÑA, Lecciones, 2016, 17/49 ss. Cfr. también DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, LH Torío López, 1999, p. 335 ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, El error sobre elementos normativos, 2008, p. 159 ss. Para un detallado estudio del error de prohibición, por todos, *vid*. NIETO MARTÍN, El conocimiento del Derecho, 1999, *passim*; FELIP I SABORIT, Error iuris, 2000, *passim*; OLAIZOLA NOGALES, El error de prohibición, 2007, p. 89 ss.

y conforme a la teoría restringida de la culpabilidad, son: la exclusión de la culpabilidad del sujeto si el error es invencible, puesto que no hay cognoscibilidad individual de la antijuridicidad, lo que excluye la posibilidad de determinación normal por la norma; y la atenuación de la culpabilidad si es vencible, puesto que hay cognoscibilidad pero no conciencia de la antijuridicidad, lo que merma la posibilidad individual de determinación normal por la norma[26]. Hay que tener en cuenta además que, conforme a una teoría flexible o suavizada de la culpabilidad que es la que en este trabajo se acoge[27], se ha propuesto apreciar con mayor generosidad errores de prohibición invencibles con base en el reconocimiento de que el Derecho no debe exagerar las exigencias del conocimiento al sujeto en una sociedad cada vez más compleja y con un sistema jurídico cuyos mandatos y prohibiciones en ciertos ámbitos son cada vez menos evidentes para los ciudadanos, al no derivarse su conocimiento sin más de los hechos o de la socialización normal del sujeto[28].

Las consecuencias de la naturaleza y ubicación sistemática del error de prohibición son diversas: a) no excluye la responsabilidad civil por el delito[29]; b) frente a la conducta en error de prohibición invencible cabe legítima defensa (la conducta constituye una

[26] Como ya quedó dicho, acerca de los efectos del error de prohibición no hay consenso. Para unos, este error no afecta al dolo sino solo a la culpabilidad del sujeto, que queda excluida si el error es invencible y que resulta atenuada si es vencible (teoría de la culpabilidad), mientras que para otros el error de prohibición también excluye el dolo y la imprudencia cuando es invencible y solo el dolo, pero no la imprudencia, cuando es vencible (teoría del dolo, que tiene además importantes variantes). Creo acertada la teoría de la culpabilidad en su versión restringida y flexible, por lo que, en consecuencia, considero que el único error que por efecto tiene la exclusión del dolo es el error de tipo objetivamente vencible o invencible. Cfr.: DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, LH Torío López, 1999, p. 349; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, El error sobre elementos normativos, 2008, p. 164 ss., 170, 173; LUZÓN PEÑA, EPB, p. 661 s., 664; LUZÓN PEÑA, Lecciones, 2016, 17/74 ss.; TRAPERO BARREALES, El error en las causas de justificación, 2004, p. 223 ss.; OLAIZOLA NOGALES, El error de prohibición, 2007, p. 38 n. 17.

[27] Se adopta en este trabajo una posición en la línea que inicialmente trazaron RUDOLPHI, Unrechtsbewußtsein, 1969, p. 193 ss., *passim*; ROXIN, Strafrecht, AT, I, 4.ª Aufl, 2006, p. 944 ss. (= ROXIN, DP, PG, 1997, p. 865, 878 ss.). Y que en España ha defendido expresamente, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, El error sobre elementos normativos, 2008, p. 175; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Fraude a consumidores y DP, 2016, p. 207 s., entre otros trabajos. Para una relación de los trabajos en materia de error de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *vid.* TORRES CADAVID, La responsabilidad penal del asesor fiscal, 2019, p. 571 ss.

[28] Así, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, El error sobre elementos normativos, 2008, p. 174 s.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Fraude a consumidores y DP, 2016, p. 211 s. En relación con los requisitos o criterios para valorar la vencibilidad o invencibilidad del error de prohibición *vid*. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, El error sobre elementos normativos, 2008, p. 175 s.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Fraude a consumidores y DP, 2016, p. 213; LUZÓN PEÑA, Lecciones, 2016, 28/7 ss., especialmente 28/14. En detalle, evaluando las diferentes posturas y con ulteriores referencias, OLAIZOLA NOGALES, El error de prohibición, 2007, p. 155 ss.

[29] Cfr. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, El error sobre elementos normativos, 2008, p. 174; LUZÓN PEÑA, Lecciones, 2016, 17/15 n. 3, 17/63.

agresión ilegítima)[30]; c) puede fundamentarse autoría mediata de quien provoca o aprovecha el error (subjetivamente invencible o vencible, en ambos casos siempre que se refiera a un hecho doloso, claro) del sujeto[31]; d) puede apreciarse participación punible según el principio de accesoriedad limitada de la participación, puesto que la conducta realizada en error de prohibición es típicamente antijurídica[32].

IV. PROPUESTAS DE TRATAMIENTO DEL ERROR SOBRE LA NORMATIVA TRIBUTARIA DE REMISIÓN

Esta breve exposición no pretende ser exhaustiva, sino que se recogen las posturas que considero más interesantes dentro de la teoría de la culpabilidad, por ser o haber sido las más defendidas o plantear novedades en la discusión. Se hará referencia principalmente a las propuestas de tratamiento del error en el delito fiscal en la doctrina española, aunque también a algunas propuestas de tratamiento en la doctrina alemana, que se ha ocupado en profundidad de este asunto.

1. El delito fiscal como un tipo que contiene elementos de valoración global del hecho[33]

Conforme al concepto de elementos de valoración global del hecho propuesto por ROXIN, hay tipos penales que contienen elementos en los que pueden diferenciarse los presupuestos fácticos (debe incluir hechos institucionales, jurídicos, entre otros) fundamentadores de la valoración de la conducta, que pertenecen al tipo, de la desvaloración global misma que se corresponde con el juicio de antijuridicidad[34]. En estos casos, el tratamiento del error sería el siguiente: el error sobre los presupuestos es un error

[30] Esta consecuencia se da, no obstante, de *lege lata*, puesto que, siguiendo a LUZÓN PEÑA, el error de prohibición invencible como causa de inculpabilidad no excluye la ilegitimidad de la agresión, por lo que cabe contra ella legítima defensa (en el Derecho vigente), aunque de *lege ferenda* sería preferible la exclusión de la legítima defensa, y la admisión sólo de estado de necesidad defensivo, contra las agresiones inculpables. Así, LUZÓN PEÑA, Lecciones, 2016, 17/63, 23/23.

[31] Cfr. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, El error sobre elementos normativos, 2008, p. 174.

[32] Cfr. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, El error sobre elementos normativos, 2008, p. 174; LUZÓN PEÑA, Lecciones, 2016, 17/63.

[33] Entienden el delito de defraudación tributaria como un tipo que contiene elementos de valoración global del hecho, entre otros, MAIWALD, Unrechtskenntis und Vorsatz im Steuerstrafrecht, 1984, p. 21 s.; MUÑOZ CONDE, El error en DP, 1989, p. 59; MUÑOZ CONDE, DP, PG, 9.ª ed., 2015, p. 384 ("elemento referido a la antijuridicidad"); GRACIA MARTÍN, RDPCr 13 (2004), p. 475; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, El error sobre elementos normativos, 2008, p. 118 n. 64.

[34] *Vid*. ROXIN, Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale, 2.ª Aufl., 1970, p. 81-83, 135-139, *passim* (= ROXIN, Teoría del tipo penal, 1979, p. 131-134, 213-220, *passim*); ROXIN, Strafrecht, AT, I, 4.ª Aufl, 2006, p. 301-304 (= ROXIN, DP, PG, 1997, p. 299-302).

de tipo que excluye el dolo, mientras que el error sobre la valoración es un error de prohibición que afecta la culpabilidad[35].

En la doctrina española DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO propone el tratamiento del elemento "indebidamente" del art. 305 CP como un elemento de valoración global del hecho[36] y entiende que el tratamiento del error sobre estos elementos debe ser, con carácter general, el que se acaba de mencionar[37]. No obstante, considera que en relación con estos elementos es posible (y se refiere en concreto al delito de defraudación tributaria) que el conocimiento de los presupuestos haga prácticamente imposible el desconocimiento de la prohibición[38]. Afirma, en concreto, que "(…) para que el sujeto que elude el pago de un 'tributo' actúe con dolo, ha de conocer que aquello que no paga es un tributo; ello presupone sobre todo el conocimiento de la existencia de una deuda tributaria, por lo que, si, aunque sea por el desconocimiento de las normas tributarias (y naturalmente por el desconocimiento del hecho imponible), el sujeto no sabe que tiene una deuda con Hacienda, no actúa con dolo, sino en error de tipo: solo el conocimiento de que existe esa deuda tributaria y de la obligación de pagar implican el conocimiento del presupuesto de la prohibición; ciertamente, quien sabe que tiene una deuda tributaria y una obligación de pagar difícilmente va a poder ignorar la prohibición del incumplimiento de la obligación; sin embargo, ello significará que en este ámbito sean prácticamente impensables supuestos de error de prohibición, pero creo que no implica que se confundan presupuesto de la prohibición (existencia de la deuda tributaria) y prohibición misma, sino en todo caso que ambos son más inseparables que en la mayoría de las figuras del delito"[39].

En este sentido, entiendo que DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en relación con este delito, privilegia la interpretación del tipo penal en particular, considerando que la obligación tributaria material debe ser parte del tipo penal, decisión de la que se extrae la principal consecuencia para el error, que el error sobre la existencia de la obligación es un error de tipo y no un error de prohibición. Este punto de vista es congruente con el punto de partida que defiende este autor, conforme al cual tanto en relación con los

[35] ROXIN, Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale, 2.ª Aufl., 1970, p. 159 *(*= ROXIN, Teoría del tipo penal, 1979, p. 232); DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, El error sobre elementos normativos, 2008, p. 427; LUZÓN PEÑA, Lecciones, 2016, 17/100; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, DPEE, PG, 2016, p. 426.

[36] DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, El error sobre elementos normativos, 2008, p. 117 s.

[37] DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, El error sobre elementos normativos, 2008, p. 427.

[38] DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, El error sobre elementos normativos, 2008, p. 427.

[39] DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, El error sobre elementos normativos, 2008, p. 408 s.

elementos descriptivos como con los normativos, "(…) el elemento cognoscitivo del dolo debe abarcar la concurrencia en el concreto hecho de aquellos datos que la ley considera necesarios y suficientes para que el hombre medio ideal desde el punto de vista del Derecho pueda darse cuenta de que hace algo prohibido"[40], de lo cual forma parte el conocimiento de la obligación jurídico-tributaria material.

Adicionalmente, es posible encuadrar en este apartado del entendimiento del delito de defraudación tributaria como un tipo con elementos de valoración global del hecho, además, la concepción de MAIWALD[41], que sigue, en la doctrina española, GRACIA MARTÍN[42].

MAIWALD entiende que el elemento pretensión tributaria del Estado (y con ello, correlativa obligación jurídico-tributaria desde el punto de vista del sujeto pasivo –"tributario"-), constituye un elemento del deber jurídico en el sentido defendido por ROXIN[43] y califica el error sobre la normativa tributaria como un error de prohibición conforme entiende que no es posible separar los elementos del delito fiscal en dos niveles identificables (conciencia del significado social y conciencia de la antijuridicidad)[44]. Afirma que quien sabe que se encuentra obligado al pago de un tributo y, a pesar de ello, defrauda, tiene al mismo tiempo conciencia de la antijuridicidad, sin que sea imaginable que el sujeto obre dolosamente pero sin conciencia del injusto[45]. Por lo que, continúa, desde una perspectiva inversa, si el autor no es consciente de que está sujeto a una obligación tributaria, entonces yerra sobre la prohibición globalmente considerada, puesto que tampoco podrá descomponer el deber tributario en dos niveles diferentes[46].

Esta tesis se apoya en la idea según la cual el entendimiento de una determinada característica como auténtico elemento del tipo (así se trate del objeto material) no tiene por qué conducir de forma forzosa a la conclusión de que el dolo tenga que abarcar el

[40] DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, El error sobre elementos normativos, 2008, p. 117 ss.
[41] MAIWALD, Unrechtskenntis und Vorsatz im Steuerstrafrecht, 1984, *passim*.
[42] GRACIA MARTÍN, RDPCr 13 (2004), p. 475.
[43] La construcción de MAIWALD se apoya en la inicial teoría de ROXIN sobre las características del deber jurídico, que posteriormente denominara "elementos de valoración global del hecho". *Vid*. ROXIN, Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale, 2.ª Aufl., 1970, p. 147 *(*= ROXIN, Teoría del tipo penal, 1979, p. 232). Cfr., además, MAIWALD, Unrechtskenntis und Vorsatz im Steuerstrafrecht, 1984, p. 21 ss.
[44] MAIWALD, Unrechtskenntis und Vorsatz im Steuerstrafrecht, 1984, p. 19.
[45] MAIWALD, Unrechtskenntis und Vorsatz im Steuerstrafrecht, 1984, p. 21.
[46] MAIWALD, Unrechtskenntis und Vorsatz im Steuerstrafrecht, 1984, p. 21 s.

conocimiento de ella. Por lo que considera que solo pueden invocarse razones materiales para justificar la clase de error que se produce cuando se desconoce el deber tributario[47].

Si bien esta concepción fue inicialmente congruente con la posición de ROXIN[48], investigaciones doctrinales posteriores sobre el error en los elementos normativos del tipo y, en concreto, sobre el error en el delito de defraudación tributaria, han criticado esta postura. Y lo han hecho porque consideran que la comprobación de la existencia de una obligación tributaria no se identifica con la valoración global del hecho de eludir fraudulentamente los impuestos debidos, puesto que dicha comprobación constituye precisamente el presupuesto necesario para la valoración[49]. BACHMANN es contundente al afirmar que, aunque el "(…) 'examen paralelo en la esfera de lo profano' (según la comúnmente aceptada fórmula de MEZGER) presuponga en este caso una determinada valoración jurídica de las circunstancias que fundamentan la pretensión tributaria estatal, ello no convierte un elemento del tipo en un elemento de valoración global del hecho"[50]. Incluso el propio ROXIN rectificó posteriormente de forma expresa su posición[51].

La postura reformulada de ROXIN incluye el delito de defraudación tributaria y, en concreto, la pretensión tributaria, en los llamados elementos de valoración global del hecho no divisibles. Estos elementos no solo condicionan la antijuridicidad, sino además el propio significado social del hecho y, en consecuencia, no son susceptibles de descomposición, en elementos descriptivos y normativos constitutivos del juicio de antijuridicidad y el juicio de antijuridicidad en sí mismo. Afirma que "(…) en los casos en los que, para comprender el sentido social de la conducta, se ha de haber efectuado la valoración jurídica, tal valoración pertenece también al dolo aun cuando sea prácticamente idéntica al juicio de antijuridicidad. Así p.ej. el error sobre la existencia de

[47] MAIWALD, Unrechtskenntis und Vorsatz im Steuerstrafrecht, 1984, p. 15 ss.

[48] ROXIN, Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale, 2.ª Aufl., 1970, p. 147 *(*= ROXIN, Teoría del tipo penal, 1979, p. 228), inicialmente consideraba que si el error sobre la existencia de la pretensión tributaria venía determinado por el desconocimiento de una circunstancia que sirve de base al injusto, como p. ej. el monto de su patrimonio, se trataría de un error de tipo. Si, por el contrario, una vez conocida esta circunstancia, el sujeto pensara que no tiene el deber de pagar impuestos, o creyera que tiene que hacerlo en una cantidad menor de la que en realidad le corresponde, se trataría de un error sobre la obligación, que recibiría el tratamiento del error de prohibición.

[49] Para una crítica de la posición de MAIWALD, *vid*. MUÑOZ CONDE, ADPCP 1986, p. 385; MUÑOZ CONDE, El error en DP, 1989, p. 107 ss.; BACHMANN, Vorsatz und Rechtsirrtum, 1993, p. 176 ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Cuestiones actuales de DPE, 2010, p. 58; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Fraude a consumidores y DP, 2016, p. 228; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, DPEE, PG, 2016, p. 428. Desde la teoría del dolo, *vid*. FAKHOURI GÓMEZ, LLP 2011-82, p. 71.

[50] BACHMANN, Vorsatz und Rechtsirrtum, 1993, p. 176 s.

[51] *Vid*. ROXIN, Strafrecht, AT, I, 4.ª Aufl, 2006, §12/91 n. 146: "De otra opinión Maiwald 1984, quien invoca con razón mi anterior opinión (Roxin, 1959 [^{2}1970], 147); abandono esa opinión". Mantiene esta idea en la posterior y última edición, *vid* ROXIN, Strafrecht, AT, I, 4.ª Aufl, 2006, §12/107 ss.

una deuda tributaria excluye el dolo del delito de fraude fiscal. Pues el dolo de quien -aunque sea debido a consideraciones jurídicas erróneas- cree no deber impuesto alguno no abarca siquiera al modo del profano aquel perjuicio al fisco que es propio del delito de fraude fiscal"[52]. Afirma que el reconocimiento de la existencia de elementos de valoración global del hecho no divisibles conduce a que en tipos como el delito de fraude fiscal del § 370 AO (y por ejemplo también el delito de infracción del deber de prestar alimentos o manutención del § 170 b) sea difícilmente posible un error de prohibición, porque el conocimiento de la deuda tributaria o de la sujeción al deber de alimentos implica necesariamente el conocimiento de la antijuridicidad en aquel que no cumple sus obligaciones[53].

En el delito de defraudación tributaria, la valoración jurídica tiene que efectuarse conjuntamente para comprender el sentido social del comportamiento. Dicha valoración pertenece al dolo, aunque la misma se identifique (en la práctica) con el juicio de antijuridicidad. Así, quien deja de pagar un tributo porque desconoce que tiene la obligación jurídica de satisfacerlo, no solo yerra sobre el significado jurídico del hecho, lo que sería un error de prohibición, sino que deja de poder valorar ya el significado social de su conducta, error sobre un elemento del tipo. Por tanto, si el sujeto no conoce las normas relativas a la obligación jurídica de pagar tributos, no puede decirse que el hecho defraudatorio tenga para él un significado social específico. Esta postura es adoptada en la doctrina española, por ejemplo, entre otros, por MIR PUIG, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, LUZÓN PEÑA y DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO[54].

2. El delito fiscal como un tipo penal en blanco[55]

En materia de error en las leyes penales en blanco la discusión se centra en determinar si el dolo ha de abarcar la existencia de la norma de remisión y, por tanto,

[52] ROXIN, Strafrecht, AT, I, 4.ª Aufl, 2006, §12/91 (= ROXIN, DP, PG, 1997, p. 464).
[53] ROXIN, Strafrecht, AT, I, 4.ª Aufl, 2006, §12/92 (= ROXIN, DP, PG, 1997, p. 464 s.).
[54] Cfr. MIR PUIG, CDJ 1993-XVIII-XX, p. 204; MIR PUIG, DP, PG, 10.ª ed, 2015, 10/77; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Los delitos contra la hacienda pública, 1995, p. 34; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, DPEE, PG, 2016, p. 427 ss.; LUZÓN PEÑA, Lecciones, 2016, 17/17; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, El error sobre elementos normativos, 2008, p. 114 s., 380 ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Cuestiones actuales de DPE, 2010, p. 57 s.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Fraude a consumidores y DP, 2016, p. 228; En diverso sentido, cfr. FAKHOURI GÓMEZ, Delimitación entre error de tipo y de prohibición, 2009, p. 301.
[55] Entienden que el delito de defraudación tributaria es una ley penal en blanco, entre muchos otros, WARDA, Abgrenzung, 1955, p. 47; MAIWALD, Unrechtskenntis und Vorsatz im Steuerstrafrecht, 1984, p. 15; GRACIA MARTÍN, REDF 58, 1988, p. 286; MUÑOZ CONDE, El error en DP, 1989, p. 97; FRISCH, Rechtfertigung und Entschuldigung III, 1991, p. 256; JAKOBS, Strafrecht. AT, 2.ª Aufl., 1991, §8/47 (= JAKOBS, DP, PG, 1997, §8/47); SILVA SÁNCHEZ, El nuevo escenario del delito fiscal en España, 2005, p.

precisar si el error sobre esa norma constituye un error de tipo o un error de prohibición. Aunque vale la pena recordar que en ocasiones la definición de las leyes en blanco y su distinción de otras figuras afines depende precisamente de la decisión de si el dolo debe abarcar o no la norma de remisión o, en otras, del enfoque que se le dé a la discusión (distintas pueden ser las conclusiones cuando se está analizando el problema del respeto al principio de legalidad)[56], además del problema de denominaciones que mencioné anteriormente y que complica el ámbito de estudio. No obstante, la doctrina mayoritaria (con la salvedad de las etiquetas) entiende que el dolo debe abarcar la concurrencia de los elementos típicos (que se encontrarán previstos tanto en la norma de remisión como en la remitente), pero no así la existencia misma o los límites de la norma de remisión. En consecuencia, un error sobre los presupuestos de la prohibición será un error de tipo, mientras que un error sobre la existencia de la norma de remisión se tratará de un error de prohibición[57].

Ahora bien, otros sectores de la doctrina han propuesto otras soluciones con excepciones a esta regla general. Uno muy destacado lo conforman los autores que defienden, con diferentes matizaciones, la teoría del dolo[58]. Pero además, y justamente a propósito del delito de defraudación tributaria, se desarrollaron en Alemania y España otras posturas con fundamento dogmático o político-criminal, que no solo han enriquecido la discusión acerca de los elementos normativos (en sentido amplio) sino que, en concreto, han propuesto salidas para considerar que el dolo debe abarcar el conocimiento de la obligación jurídico-tributaria (o la correlativa pretensión jurídico-tributaria del Estado), es decir, la existencia de la normativa de remisión.

A propósito del delito de defraudación tributaria en Alemania, en los años cincuenta del pasado siglo, WELZEL formuló la tesis de la "pretensión tributaria" con la cual buscaba

40; SENGE, Kurtz Kommentar, 2008, § 370/1; AYALA GÓMEZ, Delitos e infracciones contra la Hacienda Pública, 2009, p. 97; BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO SAGGESE, DPE, 2.ª ed., 2010, p. 310; FAKHOURI GÓMEZ, LLP 2011-82, p. 73.

[56] Cfr. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, El error sobre elementos normativos, 2008, p. 124; LUZÓN PEÑA, Lecciones, 2016, 5/51 ss.

[57] Cfr., entre otros, WARDA, Abgrenzung, 1955, p. 27, 31, 36 ss.; MAIWALD, Unrechtskenntis und Vorsatz im Steuerstrafrecht, 1984, p. 16; SUAY HERNÁNDEZ, ADPCP 1991, p. 134; BACHMANN, Vorsatz und Rechtsirrtum, 1993, p. 26, 69 ss.; MIR PUIG, CDJ 1993-XVIII-XX, p. 664 ss.; JESCHECK/WEIGEND, Lehrbuch des Strafrechts, AT, 5.ª Aufl, 1996, p. 309; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, El error sobre elementos normativos, 2008, p. 428 ss.; RUDOLPHI, SK-StGB, I, 9.ª Aufl, 2015, § 16/18; En esta línea se encuadraba también la tesis de ROXIN, Strafrecht, AT, I, 4.ª Aufl, 2006, §12/95 (= ROXIN, DP, PG, 1997, p. 466).

[58] Sobre las soluciones en la teoría del dolo, cfr. TORRES CADAVID, La responsabilidad penal del asesor fiscal, 2019, p. 211 ss.

conseguir una redefinición del objeto del dolo[59], postura que sigue en España PÉREZ ROYO[60]. Según esta teoría, la redacción del antiguo § 396 RAbgO induciría a confusión en relación con lo que el autor tiene que conocer para afirmar la concurrencia de dolo. WELZEL afirma que, conforme a la literalidad de la ley, el objeto de la defraudación no estaría determinado por lo que el Estado percibe con los impuestos, sino por la pretensión tributaria, o sea por lo que el Estado debería percibir, conforme a la normativa tributaria[61]. Así, quien por desconocimiento o por una incorrecta interpretación de una norma fiscal, no sabe que con su conducta lesiona la pretensión tributaria estatal, ignorando, por tanto, la existencia (o el importe) de la obligación tributaria, actuaría sin dolo. Así, el error que recae sobre la pretensión tributaria estatal debe ser tenido en cuenta como un error de tipo[62].

A la misma conclusión llega WARDA, quien considera que, si el sujeto ignora la obligación tributaria, el tipo de evasión fiscal no podría darse en la práctica. Este autor evita la calificación como error de prohibición aquel que recae sobre la obligación tributaria, afirmando que la reducción de los ingresos estatales vendría motivada, precisamente, por la deslealtad del obligado tributario, la cual constituiría un elemento subjetivo del injusto. La falta de este elemento en los supuestos en los que el sujeto desconoce la obligación impediría ya la apreciación de una conducta típica[63].

Una tercera excepción a la calificación del error sobre la existencia de la normativa de remisión como un error de prohibición la formuló en la doctrina española MUÑOZ CONDE[64]. Este autor, con base en una perspectiva político-criminal, propone que por muy urgente que se considere la necesidad de identificar a los ciudadanos con la política fiscal del Estado, la intervención del Derecho penal en este materia debe reservarse para aquellos casos de abierta discrepancia y, por lo tanto, de incumplimiento intencional de los deberes tributarios, dejando los restantes casos más o menos negligentes -aunque sean verdaderas "imprudencias de derecho"-, de incumplimiento, para el ámbito de las

[59] Cfr. PÉREZ ROYO, Los delitos y las infracciones en materia tributaria, 1986, p. 152; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, DPEE, PG, 2016, p. 424.

[60] *Vid* PÉREZ ROYO, Los delitos y las infracciones en materia tributaria, 1986, p. 152.

[61] *Vid*. WELZEL, NJW 1953, p. 486 ss.

[62] WELZEL, NJW 1953, p. 488 ss.

[63] *Vid*. WARDA, Abgrenzung, 1955, p. 46. Cfr., también, FAKHOURI GÓMEZ, LLP 2011-82, p. 66.

[64] *Vid*. MUÑOZ CONDE, ADPCP 1986, p. 379 ss.; MUÑOZ CONDE, El error en DP, 1989, p. 102 ss. Consideran deseable la solución que propone MUÑOZ CONDE desde un punto de vista político-criminal, sin perjuicio de otros argumentos en el plano dogmático, APARICIO PÉREZ, El Delito Fiscal, 1997, p. 292; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, DPEE, PG, 2016, p. 428.

sanciones administrativas[65]. Por ello, propone otorgar el tratamiento más beneficioso del error de tipo a las falsas representaciones sobre la pretensión tributaria, sobre la base de una teoría del error orientada a las circunstancias[66]. Lo que permitiría suavizar el rigor de la aplicación de la teoría de la culpabilidad en ámbitos de regulación que no pertenecen al Derecho penal nuclear[67].

Según MUÑOZ CONDE, el conocimiento de la obligación tributaria constituiría no solo el presupuesto del elemento cognoscitivo del dolo, sino también el conocimiento de la antijuridicidad. Así, "(…) si el contribuyente desconoce, por las causas que sean, estos deberes, no puede tener intención de eludir el pago de sus tributos o de disfrutar indebidamente de beneficios fiscales. Y a la inversa, si conoce e incumple estos deberes realiza el tipo y, normalmente, la antijuridicidad del delito de defraudación tributaria"[68]. De este modo, el error sobre los deberes tributarios sería al mismo tiempo error de tipo y error de prohibición. No obstante, sería la diferente ubicación sistemática de cada clase de error en el marco del sistema del delito lo que permitiría afirmar que la mayoría de los casos de error que se presenten en la práctica sobre elementos normativos jurídicos deberán ser considerados como errores de tipo[69].

A mi juicio, en concordancia con las posturas expuestas y siguiendo el planteamiento de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, considero que en principio el dolo no tiene que abarcar la existencia de la norma de remisión, pero creo que no se puede hacer de esto una regla sin excepciones. El dolo solo tiene que abarcar la existencia de la norma de remisión cuando de o en la regulación positiva se interprete o se señale expresamente que la propia existencia de la norma es un elemento del tipo objetivo[70]. Y creo que el delito de defraudación tributaria es uno de los casos de excepción. Es decir, a pesar de que considero que el delito de defraudación tributaria encaja mejor dentro de la categoría de tipo penal compuesto por elementos normativos en sentido estricto que en la categoría

[65] *Vid*. MUÑOZ CONDE, ADPCP 1986, p. 391; MUÑOZ CONDE, El error en DP, 1989, p. 107.
[66] MUÑOZ CONDE, ADPCP 1986, p. 393.
[67] *Vid*. MUÑOZ CONDE, ADPCP 1986, p. 388; MUÑOZ CONDE, El error en DP, 1989, p. 102 s.
[68] *Vid*. MUÑOZ CONDE, ADPCP 1986, p. 387; MUÑOZ CONDE, El error en DP, 1989, p. 103.
[69] *Vid*. MUÑOZ CONDE, El error en DP, 1989, p. 103, 109.
[70] *Vid*. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, El error sobre elementos normativos, 2008, p. 428 ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Fraude a consumidores y DP, 2016, p. 219, donde afirma que si bien sucederá con mayor claridad cuanto más próximo resulte a un tipo de desobediencia, no se pueden descartar otras razones para la exigencia de la existencia de la norma para actuar con dolo. También se han propuesto otras fórmulas para admitir cuando la norma de remisión es objeto del dolo, p. ej.: JAKOBS, Strafrecht. AT, 2.ª Aufl., 1991, p. 287 (= JAKOBS, DP, PG, 1997, p. 345 s.), cuando se quiere asegurar el efecto regulativo de la norma de remisión.

de ley penal en blanco (conforme al concepto de ley penal en blanco que se adopta en este trabajo[71]); incluso si se aceptara (de acuerdo a otras formulaciones de estas categorías) que el delito de defraudación tributaria sí se trata de una ley penal en blanco, considero que no sería posible aplicar la solución mayoritaria de tratamiento del error según la cual un error sobre los presupuestos de la prohibición previstos tanto en la norma de remisión como en la remitente será un error de tipo, mientras que un error sobre la existencia de la norma de remisión se tratará de un error de prohibición.

Entiendo que en el delito de defraudación tributaria, no podrá afirmarse que el sujeto actúa con dolo cuando desconoce la existencia o los límites de la obligación jurídico-tributaria material. Solo el conocimiento de que existe esa deuda tributaria y de la obligación de pagar implican el conocimiento del presupuesto de la prohibición, si bien habría que aceptar la práctica inseparabilidad del conocimiento de la prohibición, aun cuando quede margen para apreciar un error en la prohibición penal, que no considero irrelevante.

3. El delito fiscal como un tipo penal con elementos normativos ("en estricto sentido")[72]

En materia de error en los tipos con elementos normativos se parte de la base según la cual el dolo del sujeto debe abarcar la norma de remisión y no solo el mero conocimiento de los hechos, puesto que, precisamente, la comprensión del elemento

[71] El concepto de ley penal en blanco que se adopta en este trabajo es aquel que entiende que en las leyes penales en blanco hay una remisión en bloque a la norma extrapenal, de modo que se le deja establecer el elemento típico consistente precisamente en la infracción de la norma extrapenal. Cfr LUZÓN PEÑA, Lecciones, 2016, 5/50; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, El error sobre elementos normativos, 2008, p. 128. Frente a esta posición, otro sector ha relativizado el alcance de la diferenciación entre leyes penales en blanco y elementos normativos jurídicos, llegando al punto de afirmar que son prácticamente coincidentes, siempre que se trate de elementos normativos jurídicos que no remitan siempre proposiciones descriptivas, sino a auténticas proposiciones prescriptivas extrapenales, con la excepción de los elementos de valoración global del hecho, así, p. ej., DOVAL PAIS, Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales, 1999, p. 124 ss.; FAKHOURI GÓMEZ, Delimitación entre error de tipo y de prohibición, 2009, p. 412 s. (desde la teoría del dolo); MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, DPEE, PG, 2016, p. 249.

[72] Entienden que el delito de defraudación tributaria es un tipo penal con elementos normativos, entre otros, PÉREZ ROYO, Los delitos y las infracciones en materia tributaria, 1986, p. 152; HEIDE, Tatbestands- und Vorsatzprobleme bei der Steuerhinterziehung, 1986, p. 202; ARROYO ZAPATERO, Delitos contra la Hacienda Pública en materia de subvenciones, 1987, p. 123 s.; BACHMANN, Vorsatz und Rechtsirrtum, 1993, p. 173, 180 s.; RANCAÑO MARTÍN, El delito de defraudación tributaria, 1997, p. 96; BOIX REIG/MIRA BENAVENT, Los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, 2000, p. 75 ss.; JOECKS, Steuerstrafrecht Kommentar, 6.ª Aufl., 2005, §370/237; JOECKS, Steuerstrafrecht Kommentar, 8.ª Aufl., 2015, p. 115 s.; WEIDEMANN, Wistra 4/2006, p. 133; TIEDEMANN, Wirtschaftsstrafrecht, 3.ª Aufl., 2011, § 4/113; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, El error sobre elementos normativos, 2008, p. 407 (excepto el carácter indebido de la obtención de devoluciones y el disfrute de beneficios fiscales, que sería un elemento de valoración global del hecho); WALTER, FS Tiedemann, 2008, p., 976, 984, 990; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, DPEE, PE, 2015, p. 639.

típico requiere de la referencia a una norma[73]. En este sentido, la ignorancia o la equivocación sobre la norma de complemento constituyen, por tanto, un error de tipo excluyente del dolo.

La discusión se centra, no obstante, en determinar en qué consiste el conocimiento o la comprensión de esos elementos que remiten a otras normas, es decir, ¿qué es lo que debe abarcar? ¿Qué grado de conocimiento es exigible para el dolo? Ello está relacionado con la posibilidad de definir cuándo el error resulta relevante para excluir el dolo (error de tipo) y cuándo es un mero problema de calificación jurídica (error de subsunción), porque es el límite, otra vez, entre una conducta relevante para el Derecho penal o una irrelevante. Como se advertía *supra*, hay diversas fórmulas para concretar el conocimiento. Por ejemplo, basta el conocimiento aproximado o en la esfera del profano, o un conocimiento de su sentido social o de su significado material auténtico.

Múltiples son las posturas que se defienden en cuanto a la naturaleza del error sobre los elementos normativos del tipo. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO las expone agrupadas en cuatro[74]: a) la postura de quienes creen que el dato decisivo lo aporta la distinción entre error de hecho y error de Derecho; b) la de quienes, al margen del error de hecho, estiman que lo decisivo es que se trate de un error de Derecho extrapenal o penal o reformulan esta vieja idea jurisprudencial; c) la postura mayoritaria, cuyo dato más característico es la alusión a la valoración paralela en la esfera del profano; y d) distintas opiniones que, por su interés o su carácter reciente, conviene exponer y que sin embargo no se pueden incluir en los otros grupos, entre ellas las posturas de DARNSTÄDT, Arthur KAUFMANN, SCHLÜCHTER, SUAY y DOPSLAFF.

No obstante, voy a mencionar las interpretaciones personales y el tratamiento del error que proponen DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO y BACKES, en relación precisamente con el delito de defraudación tributaria, por su interés. Finalmente, expondré brevemente mi postura personal.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO entiende que para que el sujeto que elude el pago de un tributo actúe con dolo, ha de conocer que aquello que no paga es un tributo, lo que

[73] La doctrina unánimemente considera que el error sobre los presupuestos fácticos empíricos de un elemento normativo del tipo es un error de tipo (que excluye el dolo). Cfr., entre otros, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, El error sobre elementos normativos, 2008, p. 205; FAKHOURI GÓMEZ, Delimitación entre error de tipo y de prohibición, 2009, p. 33 s FAKHOURI GÓMEZ, LLP 2011-82, p. 61 s.; LUZÓN PEÑA, Lecciones, 2016, 17/18; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, DPEE, PG, 2016, p. 423.

[74] Así, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, El error sobre elementos normativos, 2008, p. 219.

presupone, sobre todo, el conocimiento de la existencia de una deuda tributaria. Si el sujeto no sabe que tiene una deuda con Hacienda, ya sea por el desconocimiento del hecho imponible o por el desconocimiento de las normas tributarias, no actúa con dolo, sino en error de tipo[75]. Así, señala este autor, "(…) solo el conocimiento de que existe esa deuda tributaria y de la obligación de pagar implican el conocimiento del presupuesto de la prohibición; ciertamente, quien sabe que tiene una deuda tributaria y una obligación de pagar difícilmente va a poder ignorar la prohibición del incumplimiento de la obligación"[76].

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO considera además que el sujeto ha de entender que lo que debe a la Hacienda Pública es producto de una obligación fiscal (surgida de la existencia de un hecho imponible), de manera que si, por ejemplo, reconoce que tiene que pagar una cantidad al Estado, pero cree que ello es consecuencia de una sanción que este le ha impuesto y no de la existencia de un hecho imponible, no tendrá dolo de defraudación tributaria[77]. Afirma, no obstante, que en todo caso habrá que distinguir este supuesto de aquellos en los que el sujeto, pese a conocer que su deuda es consecuencia de un hecho imponible y que en definitiva tiene naturaleza tributaria, crea que los impuestos son un castigo y una sanción del Estado o del poder local, pues en ese caso el sujeto conoce el carácter material de la deuda, sabe que aquello cuyo pago elude es un impuesto, aunque lo califique erróneamente de sanción, por lo que se trataría de un error de subsunción irrelevante[78].

Por fin, afirma que consideraciones similares habría que hacer respecto de los otros elementos, como los beneficios fiscales, en que el sujeto ha de conocer el carácter fiscal del beneficio y no confundirlo, materialmente, con, por ejemplo, un premio estatal a su dedicación empresarial o a su labor investigadora y, sobre todo, respecto del carácter indebido del disfrute de beneficios fiscales, que ya se analizó *supra* en las soluciones

[75] DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, El error sobre elementos normativos, 2008, p. 408; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Fraude a consumidores y DP, 2016, p. 227.
[76] DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, El error sobre elementos normativos, 2008, p. 408; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Fraude a consumidores y DP, 2016, p. 227.
[77] DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, El error sobre elementos normativos, 2008, p. 409; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Fraude a consumidores y DP, 2016, p. 227.
[78] DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, El error sobre elementos normativos, 2008, p. 409; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Fraude a consumidores y DP, 2016, p. 227 s.

relativas al entendimiento como un tipo penal que contiene elementos de valoración global del hecho[79].

Por su parte, BACKES opina que es posible distinguir entre remisiones que serían elementos normativos y, otras, que constituirían leyes en blanco. La calificación como elemento normativo sería para todas aquellas disposiciones jurídicas que, perteneciendo al tipo, resultan necesarias tanto para la descripción de la lesión al bien jurídico típica (injusto de resultado), como para la infracción del deber (injusto de acción). En cambio, la remisión sería calificada como un tipo penal en blanco cuando la norma de complemento se identifique con la misma norma penal que establece el mandato o la prohibición[80].

Con base en estas premisas, el autor clasifica los elementos previstos en el delito de defraudación tributaria alemán. Incluye dentro de la categoría de los elementos normativos del tipo, por ejemplo, "funcionarios encargados de los impuestos u otros funcionarios", "pretensión tributaria", "beneficios fiscales injustificados", "hechos susceptibles de tributación" o "defraudar impuestos", puesto que estos elementos describirían los hechos y, por tanto, la lesión del bien jurídico. Quedaría además incluida en esta categoría la alusión a la "contrariedad a deber", en tanto en cuanto describiría, precisamente, una infracción de deber[81]. Ahora bien, incluye dentro de la ley penal en blanco los elementos que introducen una remisión a las disposiciones en las que se recoge el deber de informar sobre hechos susceptibles de ser gravados con impuestos, puesto que no describirían la lesión del bien jurídico y, por tanto, no podrían ser incluidas en el tipo[82]. Respecto de esta clase de normas, únicamente el error sobre los presupuestos fácticos de tales obligaciones excluiría la responsabilidad a título de dolo[83]. El error que recae sobre la obligación de informar sobre hechos susceptibles de tributación recibiría, por tanto, la calificación y el tratamiento del error de prohibición[84].

[79] *Vid*. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, El error sobre elementos normativos, 2008, p. 409 ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Fraude a consumidores y DP, 2016, p. 229.
[80] BACKES, Abgrenzung, 1981, p. 136 ss., 143.
[81] BACKES, Abgrenzung, 1981, p. 152 s.
[82] BACKES, Abgrenzung, 1981, p. 154 ss.
[83] BACKES, Abgrenzung, 1981, p. 173.
[84] BACKES, Abgrenzung, 1981, p. 154 ss.

La doctrina le critica a este autor, sin embargo y con razón, que no queda claro el motivo para diferenciar entre el conocimiento de unos elementos típicos u otros a la hora de decidir calificar como error de tipo o error de prohibición un error determinado[85].

V. CONCLUSIONES

Parece claro que existe una opinión prácticamente unánime en considerar que el conocimiento de la pretensión tributaria (desde el punto de vista de la Administración) o de la obligación tributaria (desde el punto de vista del sujeto pasivo de la concreta obligación jurídico-tributaria material) debe existir para afirmar el dolo. Independientemente de los diferentes caminos metodológicos, dogmáticos o político-criminales, y de los puntos de partida sistemáticos y de las distintas concepciones del delito, las diferentes posturas que han sido expuestas (y otras) llegan a esta conclusión[86]. Incluso MAIWALD, que propone tratar como un error de prohibición aquel que recae sobre la pretensión tributaria, lo hace con base en el argumento según el cual en el delito de defraudación tributaria no es posible descomponer la conciencia del significado social y la conciencia de la antijuridicidad. Por ello, en principio, su postura tiene como base la idea común defendida por los demás: "Quien sabe que está obligado al pago de un tributo y, pese a ello, defrauda tiene necesariamente al propio tiempo conciencia de la antijuridicidad, sin que sea imaginable que el sujeto obre dolosamente pero sin conciencia del injusto"[87].

En mi opinión[88], el elemento cognoscitivo del dolo debe abarcar la concurrencia en el hecho de aquellos datos que la ley considera necesarios y suficientes para que el hombre medio ideal desde el punto de vista del Derecho pueda darse cuenta de que hace algo prohibido. Por esta razón, para que un sujeto pueda realizar el delito de defraudación tributaria (actuando, evidentemente con dolo) debe (re)conocer en su actuar la concurrencia de todos los elementos en su auténtico sentido o significado material. Si el sujeto conoce (y basta un conocimiento eventual) la concurrencia en su hecho de los elementos típicos en todo su sentido o significado material auténtico, y se da además el

[85] Cfr. SCHLÜCHTER, Wistra 1985, p. 46; MUÑOZ CONDE, ADPCP 1986, p. 385 s.; FAKHOURI GÓMEZ, LLP 2011-82, p. 68 s.

[86] Además de los ya citados en el apartado anterior, cfr. JAKOBS, Strafrecht. AT, 2.ª Aufl., 1991, §8/56 s.; JAKOBS, FS Rudolphi, 2004, p. 118.

[87] Cfr. MAIWALD, Unrechtskenntis und Vorsatz im Steuerstrafrecht, 1984, p. 21 s. Hasta este punto de acuerdo, si bien no creo que se trate de un elemento de valoración global del hecho. Cfr. en este sentido 117 ss.

[88] Para conocer en detalle y ampliada mi opinión, *vid*. TORRES CADAVID, La responsabilidad penal del asesor fiscal, 2019, p. 203 ss.

elemento volitivo del dolo, habrá actuado dolosamente. El sujeto habrá conocido el presupuesto de la prohibición, aquello que debería llevarle a reconocer su conducta como prohibida[89]. Por el contrario, no es necesario que el sujeto tenga un conocimiento exacto del elemento en cuestión y efectúe una calificación jurídica correcta de los hechos, no es necesario que el sujeto conozca el proceso a través del cual concurre el elemento en un determinado supuesto ni tampoco las reglas constitutivas (los presupuestos normativos) con base en las cuales el elemento adquiere su sentido.

En este orden de ideas, el sujeto incurre en un error de tipo cuando desconoce por ignorancia o equivocación uno de los elementos objetivos del tipo total de injusto y, en mi opinión, esta situación puede darse en dos situaciones:

En la primera, el sujeto yerra sobre el sustrato fáctico empírico de los elementos constitutivos del tipo objetivo. Esta situación podría darse cuando, según el conocido ejemplo de BACHMANN[90], el sujeto ha olvidado el negocio jurídico o piensa que han pasado más de seis meses entre la adquisición y la venta. El ejemplo es el siguiente: "Un sujeto vende unos títulos valores apenas unos días después de su compra obteniendo determinados beneficios económicos que no declara, entrando en consideración la realización del tipo penal de defraudación tributaria (§ 370 AO, ART. 305 CP). Este tipo penal remite a la normativa fiscal para la determinación de la obligación tributaria concreta. En este caso, al haber transcurrido un plazo inferior a seis meses entre el momento de la adquisición y de la venta de dichos títulos, tales beneficios tienen el tratamiento de las plusvalías puramente especulativas, generando el deber de tributar por el impuesto sobre la renta correspondiente (§ 23 párrafo 1.° núm 1 b EStG). El error del sujeto puede tener su origen en diferentes factores: a) el sujeto no conoce el deber de tributar que se deriva de tales negocios; b) conoce el deber de tributar con carácter general, pero cree que solo afecta a determinados profesionales; c) piensa que el tratamiento especial para las plusvalías únicamente resulta aplicable cuando han transcurrido menos de tres meses entre el momento de la adquisición y de la venta; d) ha

[89] DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, El error sobre elementos normativos, 2008, p. 380 s.

[90] Que si bien no se corresponde con la regulación actualmente vigente, se sigue citando por su valor didáctico, *vid*. BACHMANN, Vorsatz und Rechtsirrtum, 1993, p. 159. Cfr., además, FAKHOURI GÓMEZ, Delimitación entre error de tipo y de prohibición, 2009, p. 33 n. 5, *passim*.

olvidado el negocio; e) piensa que han pasado más de seis meses entre la adquisición y la venta"[91].

En la segunda, el sujeto yerra sobre el significado (normativo) de los elementos constitutivos del tipo objetivo. Para que el error excluya el dolo, el sujeto tiene que ignorar o equivocarse en que en su actuación concurren todos (y cada uno) de los elementos típicos en todo su sentido material auténtico, el que posee en el tipo, el que debe hacer reconocer el carácter prohibido de la conducta (y que fueron precisados), con independencia de que el concepto del sentido que posee el sujeto coincida con este o no[92]. En cualquier caso, hay que reconocer que en ocasiones puede suceder que la equivocada interpretación de un concepto jurídico impida, igual que si se tratara de un error sobre el sustrato fáctico, la conciencia de los presupuestos mismos de la prohibición (o, si se quiere) del sentido material auténtico del elemento típico y por tanto de la conducta, y dé lugar a un error de tipo[93]. El error sobre el proceso en virtud del cual concurre en el caso el elemento típico y el error sobre las normas constitutivas del mismo solo son relevantes para el dolo en tanto en cuanto conduzcan al desconocimiento de la concurrencia en el hecho del elemento en todo su sentido o significado material auténtico[94]; de lo contrario, lo que existirá es un error de subsunción, en sí mismo irrelevante o relevante para la prohibición penal.

Esta situación podría darse cuando, según el ejemplo de BACHMANN, a) el sujeto no conoce el deber de tributar que se deriva de tales negocios; b) conoce el deber de tributar con carácter general, pero cree que solo afecta a determinados profesionales; y c) piensa que el tratamiento especial para las plusvalías únicamente resulta aplicable cuando han transcurrido menos de tres meses entre el momento de la adquisición y de la venta.

Por lo demás, puede producirse un error de subsunción cuando se ignora o se yerra sobre la interpretación del significado o sentido normativo o jurídico exacto de un elemento (normativo), debido al cual se cree equivocadamente que el supuesto de hecho no encaja en ese concepto normativo. La denominación de error de subsunción[95] se usa

[91] BACHMANN, Vorsatz und Rechtsirrtum, 1993, p. 159. La traducción es tomada de FAKHOURI GÓMEZ, Delimitación entre error de tipo y de prohibición, 2009, p. 33 n. 5, *passim*.

[92] DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, El error sobre elementos normativos, 2008, p. 384.

[93] LUZÓN PEÑA, Lecciones, 2016, 17/28.

[94] DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, El error sobre elementos normativos, 2008, p. 380 ss.

[95] Acerca de la denominación "error de subsunción" o "error de interpretación" o "error sobre el tenor literal" o "error de concepto" (o "error sobre la definición del concepto"), y la conveniencia de la utilización de la habitual y mayoritaria expresión de "error de subsunción", *vid.* DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, El error sobre elementos normativos, 2008, p. 382 ss.

para los casos en que, sin impedir el conocimiento de la concurrencia en el hecho del elemento típico en todo su sentido o significado material auténtico y sin producir por tanto un error de tipo, el sujeto se equivoca sobre el significado del concepto normativo que el tipo utiliza para denominar o describir un elemento típico[96]; error que podría, en abstracto, ser irrelevante o, en algunos casos, producir un error de prohibición o sobre la prohibición penal[97].

En el caso del delito de defraudación tributaria, conforme a la interpretación que adopta LUZÓN PEÑA (pero teniendo en cuenta las puntualizaciones de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO), nos encontramos con que el error de subsunción puede ser:

a) Como se manifestaba *supra*, un error de tipo cuando impide conocer el significado social (según la formulación de ROXIN), o la concurrencia en el hecho del sentido material auténtico del elemento (según la formulación de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO), siempre que impida la comprensión de los presupuestos mismos de la prohibición. Si la equivocación o la ignorancia le impiden conocer al sujeto la obligación tributaria, será un error de tipo[98] (según DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, este no sería técnicamente un error de subsunción, sino simplemente un error de tipo[99]).

b) Si el sujeto conoce la obligación jurídico-tributaria material, entonces, además de no existir un error de tipo y concurrir el dolo, parece difícil o imposible que se produzca un error de prohibición, pero puede concurrir un error sobre la prohibición penal de la conducta, sobre su carácter delictivo, que es menos eficaz que el error de prohibición, pero no irrelevante, sino con efectos atenuatorios que pueden ser importantes en su caso (atenuantes muy cualificadas). Este error se produciría en los casos en que se produce reflexión por parte del sujeto, en el sentido de plantearse expresamente si el hecho está o no penalmente prohibido[100]. Será lo normal, pero podría ser que se dé cuenta de que está prohibido, pero crea que "es poca cosa", "una multilla y ya está", etc.

---

[96] DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, El error sobre elementos normativos, 2008, p. 384.

[97] LUZÓN PEÑA, Lecciones, 2016, 17/19 ss., 25 ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, El error sobre elementos normativos, 2008, p. 386 s.

[98] Cfr. ROXIN, Strafrecht, AT, I, 4.ª Aufl, 2006, §12/91 (= ROXIN, DP, PG, 1997, p. 464); MIR PUIG, CDJ 1993-XVIII-XX, 1993, p. 204; MIR PUIG, DP, PG, 10.ª ed, 2015, 10/77; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Los delitos contra la hacienda pública, 1995, p. 34; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, DPEE, PG, 2016, p. 427 ss.; LUZÓN PEÑA, Lecciones, 2016, 17/17; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, El error sobre elementos normativos, 2008, p. 114 s., 380 ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Cuestiones actuales de DPE, 2010, p. 57 s. En diverso sentido, cfr. FAKHOURI GÓMEZ, Delimitación entre error de tipo y de prohibición, 2009, p. 301.

[99] Cfr. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, El error sobre elementos normativos, 2008, p. 386 s.

[100] DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, El error sobre elementos normativos, 2008, p. 382.

Finalmente, el error podría resultar simplemente irrelevante, si no es relevante siquiera para la conciencia de la antijuridicidad penal[101].

VI. BIBLIOGRAFÍA[102]

APARICIO PÉREZ, José, **El Delito Fiscal** a través de la Jurisprudencia, Pamplona, Aranzadi, 1997.

ARROYO ZAPATERO, Luis Alberto, Delitos contra la Hacienda Pública en materia de subvenciones, Madrid, Ministerio de Justicia, 1987.

AYALA GÓMEZ, Ignacio, Los "delitos contra la Hacienda Pública" relativos a los ingresos tributarios: el llamado "delito fiscal" del artículo 305 del Código Penal, en: OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio (dir./coord.), Delitos e infracciones contra la Hacienda Pública, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, p. 97-166.

BACHMANN, Jochen, **Vorsatz und Rechtsirrtum** im Allgemeinen Strafrecht und im Steuerstrafrecht, Berlin, Duncker & Humblot, 1993.

BACKES, Peter, Zur Problematik der **Abgrenzung** von Tatbestands- und Verbotsirrtum im Steuerstrafrecht, Tesis doctoral, Köln, 1981.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel/BACIGALUPO SAGGESE, Silvina, **D**erecho **P**enal **E**conómico, 2.ª ed., Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2010.

BOIX REIG, (Francisco) Javier/MIRA BENAVENT, Javier, Los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, **La autoría** en Derecho Penal, Barcelona, PPU, 1991.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, El error de prohibición: pasado, presente y futuro, en: El nuevo Código Penal. Presupuestos y fundamentos, **L**ibro **H**omenaje al profesor Doctor Don Ángel **Torío López**, Granada, Comares, 1999, p. 335-368.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, **El error sobre elementos normativos** del tipo penal, Madrid, La Ley, 2008.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, El error en Derecho penal económico, en: SERRANO-PIEDECASAS, José Ramón/DEMETRIO CRESPO, Eduardo (dirs.), **Cuestiones actuales de D**erecho **P**enal **E**mpresarial, Madrid, Colex, 2010, p. 39-61.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, Imputación subjetiva y problemas de error en el Derecho penal económico y empresarial, en: CORCOY BIDASOLO, Mirentxu/GÓMEZ MARTÍN, Víctor, (dirs.)/VALIENTE IVÁÑEZ, Vicente (coord.), **Fraude a consumidores y D**erecho **P**enal. Fundamentos y talleres de leading cases, Madrid/Montevideo/Buenos Aires, Edisofer/B de F, 2016, p. 199-233.

DOVAL PAIS, Antonio, **Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales**. El caso de las leyes penales en blanco, Valencia, Tirant lo Blanch/Universitat de València, 1999.

FAKHOURI GÓMEZ, Yamila, Delimitación entre error de tipo y de prohibición. Las remisiones normativas: un caso problemático. Cizur Menor: Civitas, 2009.

[101] DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, El error sobre elementos normativos, 2008, p. 381 s.
[102] En negrita las abreviaturas con las que se han citado las obras a lo largo del texto.

FAKHOURI GÓMEZ, Yamila, El tratamiento del error sobre el delito fiscal: desarrollos doctrinales y jurisprudenciales en España y en Alemania y propuestas de solución, en: LLP 2011-82, pp. 60-81

FELIP I SABORIT, David, **Error iuris**. El conocimiento de la antijuridicidad y el artículo 14 del Código penal, Barcelona, Atelier, 2000.

FRISCH, Wolfgang, Der Irrtum als Unrechts- und/oder Schuldausschluß im deutschen Strafrecht, en: ESER, Albin/PERRON, Walter (Hrsg.), **Rechtfertigung und Entschuldigung III**. Deutsch-italienisch-portugiesisch-spanisches Strafrechtskolloquium 1990, Freiburg im Breisgau: Max-Planck-Institut, 1991, p. 217-289.

GRACIA MARTÍN, Luis, La configuración del tipo objetivo del delito de evasión fiscal en el Derecho penal español: crítica de la regulación vigente y propuestas de reforma, en: REDF 58, 1988, p. 267-292.

GRACIA MARTÍN, Luis, Recensión sobre Martínez-Buján Pérez, Carlos: Derecho penal económico. Parte General, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, 246 pp, en: RDPCr 13 (2004), p. 445-481.

HEIDE, Isabella Maria von der, **Tatbestands- und Vorsatzprobleme bei der Steuerhinterziehung** nach § 370 AO: zugleich ein Beitrag zur Abgrenzung der Blankettstrafgesetze von Strafgesetzen mit normativen Tatbestandsmerkmalen, Bochum, Brockmeyer, 1986.

JAKOBS, Günther, **Strafrecht. AT**. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch, 2.ª Aufl., Berlin-New York, Walter de Gruyter, 1991.

JAKOBS, Günther, **D**erecho **P**enal. **P**arte **G**eneral. Fundamentos y teoría de la imputación (trad. de: CUELLO CONTRERAS, Joaquín/SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis), 2.ª ed. Madrid, Marcial Pons, 1997.

JAKOBS, Günther, Dolus malus, en: **F**est**s**chrift für Hans-Joachim **Rudolphi** zum 70. Geburstag, Neuwied, Luchterhand, 2004, p. 107-122.

JESCHECK, Hans-Heinrich/WEIGEND, Thomas, Lehrbuch des Strafrechts. AT, 5.ª Aufl, Berlin, Duncker & Humblot, 1996.

JOECKS, Wolfgang, §370. Steuerhinterziehung, en: FRANZEN, Klaus/GAST-DE HAAN Brigitte/JOECKS, Wolfgang (Hrsg.), **Steuerstrafrecht** mit Zoll- und Verbrauchsteuerstrafrecht. **Kommentar**, 6.ª Aufl., München, Beck, 2005.

JOECKS, Wolfgang, §370. Steuerhinterziehung, en: JOECKS, Wolfgang/JÄGER, Markus/RANDT, Karsten (Hrsg.), **Steuerstrafrecht** mit Zoll- und Verbrauchsteuerstrafrecht **Kommentar**, 8.ª Aufl., München, Beck, 2015, p. 114-284.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, Error de tipo y error de prohibición, en: **E**nciclopedia **J**urídica **B**ásica II, Madrid, Civitas, 1995-1, p. 2838-2845.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, Error sobre causas de justificación, en: **E**nciclopedia **J**urídica **B**ásica II, Madrid, Civitas, 1995-2, p. 2845-2852.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, Error de tipo y error de prohibición, en: **E**nciclopedia **P**enal **B**ásica, Granada, Comares, 2002-1, p. 655-664.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, Error sobre causas de justificación, en: **E**nciclopedia **P**enal **B**ásica, Granada, Comares, 2002-2, p. 664-671

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, **Lecciones** de Derecho Penal, Parte General, 3.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.

MAIWALD, Manfred, Unrechtskenntis und Vorsatz im Steuerstrafrecht, Heidelberg, Decker und Müller, 1984.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, **Los delitos contra la hacienda pública** y la seguridad social. Estudio de las modificaciones introducidas por la LO 6/1995, de 29 de junio, Madrid, Tecnos, 1995.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, **D**erecho **P**enal **E**conómico y de la **E**mpresa, **P**arte **E**special, 5.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, **D**erecho **P**enal **E**conómico y de la **E**mpresa, **P**arte **G**eneral, 5.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, **El error** en la Teoría Jurídica del Delito. Un estudio a la luz de la concepción significativa, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.

MERINO JARA, Isaac/SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis, El delito fiscal, 2.ª ed., Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 2004.

MIR PUIG, Santiago, La distinción de error de tipo y error de prohibición en Derecho penal, en: CDJ 1993-XVIII-XX, p. 197-213.

MIR PUIG, Santiago, **D**erecho **P**enal, **P**arte **G**eneral, 10.ª ed., Barcelona, Reppertor, 2015.

MORILLAS CUEVA, Lorenzo, Capítulo 34. Delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social, en: MORILLAS CUEVA, Lorenzo (dir.), **Sistema de Derecho penal** español, **P**arte **E**special, 4.ª ed., Madrid, Dykinson, 2021, p. 897-930.

MUÑOZ CONDE, Francisco, El error en el delito de defraudación tributaria del artículo 349 del Código penal, en: ADPCP 1986, p. 379-393.

MUÑOZ CONDE, Francisco, **El error en D**erecho **p**enal, Valencia, Tirant lo Blanch, 1989.

MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCÍA ARÁN, Mercedes, **D**erecho **P**enal, **P**arte **G**eneral, 9.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2015

NIETO MARTÍN, Adán, **El conocimiento del Derecho** Un estudio sobre la vencibilidad del error de prohibición, Barcelona, Atelier, 1999.

OLAIZOLA NOGALES, Inés, **El error de prohibición**. Especial atención a los criterios para su apreciación y para la determinación de su vencibilidad e invencibilidad, Madrid, La Ley, 2007.

PÉREZ ROYO, Fernando, Los delitos y las infracciones en materia tributaria, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1986.

RANCAÑO MARTÍN, M.ª Asunción, El delito de defraudación tributaria, Madrid, Marcial Pons, 1997.

RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, Presente y futuro del delito fiscal, Madrid, Civitas, 1974.

ROXIN, Claus, Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale, 2.ª Aufl., Berlin, Walter de Gruyter, 1970.

ROXIN, Claus, **Teoría del tipo penal**. Tipos abiertos y elementos del deber jurídico (trad. de: BACIGALUPO ZAPATER, Enrique), Buenos Aires, Depalma, 1979. Existe también una 2.ª ed., de B de F, Buenos Aires/Montevideo, 2014.

ROXIN, Claus, **D**erecho **P**enal. **P**arte **G**eneral. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito (trad. de la 2.ª ed. alemana: LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel/DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel/DE VICENTE REMESAL, Javier), Madrid, Civitas, 1997.

ROXIN, Claus, **Strafrecht, AT**. Grundlagen, der Aufbau de Verbrechenslehre, Band. I, 4.ª Aufl., München, Beck, 2006.

RUDOLPHI, Hans-Joachim, **Unrechtsbewußtsein**, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtum, Göttingen, Otto Schwartz & Co., 1969.

RUDOLPHI, Hans-Joachim, § 16, en: **S**ystematischer **K**ommentar zum **St**raf**g**esetz**b**uch (Hrgs: WOLTER, Jürgen), Band. I, 9.ª Aufl, Neuwied, Carl Heymanns, 2015 (es una obra actualizable).

SCHLÜCHTER, Ellen, Zur Irrtumslehre im Steuerstrafrecht, en: Wistra 1985, p. 43-51, 94-97.

SENGE, Lothar, §370. Steuerhinterziehung, en: HERBS, Georg/KOHLHAAS, Max, Kurtz Kommentar, München, Beck, 2008.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, El nuevo escenario del delito fiscal en España, Barcelona, Atelier, 2005.

SUAY HERNÁNDEZ, (Blanca) Celia, Los elementos normativos y el error, en: ADPCP 1991, p. 97-141.

TORRES CADAVID, Natalia, **La responsabilidad penal del asesor fiscal**. Problemas de autoría y participación en el delito de defraudación tributaria, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019.

TRAPERO BARREALES, María A., El error en las causas de justificación, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.

TIEDEMANN, Klaus, **Wirtschaftsstrafrecht**: besonderer Teil mit wichtigen Rechtstexten, 3.ª Aufl. München, Franz Vahlen, 2011.

WALTER, Tonio, Ist Steuerstrafrecht Blankettstrafrecht?, en: Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht. Dogmatik, Rechtsvergleich, Rechtstatsachen. **F**est**s**chrift für Klaus **Tiedemann** zum 70. Geburtstag, Köln, Carl Heymanns, 2008, p. 969-991.

WARDA, Heinz-Günter, Die **Abgrenzung** von Tatbestands- und Verbotsiirtum bei Blankettstrafgesetzen, Berlin, Walter de Gruyter, 1955.

WEIDEMANN, Jürgen, Ist der Steuerhinterziehungstatbestand ein Blankettgesetz?, en: Wistra 4/2006, p. 132-133.

WELZEL, Hans, Irrtumsfragen im Steuerstrafrecht, en: NJW 1953, p. 486-488.

* * * * *

Comunicaciones presentadas en el III Congreso Internacional de la FICP, Alcalá de Henares, 15 y 16 de septiembre de 2022*

Adoración Amigo Rodríguez

Juez Sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, España.
Socia de la FICP.

~El consentimiento de la persona con discapacidad psíquica y el delito de abusos sexuales~

Sumario.- I. Introducción. II. Delito de abusos sexuales. III. Consentimiento. IV. Doctrina Jurisprudencial. V. Conclusiones. VI. Bibliografía. VII. Jurisprudencia.

I. INTRODUCCIÓN

El Tribunal Supremo ha dictado la Sentencia 596/2022, donde anula una condena por abuso sexual por hechos cometidos sobre una mujer con una discapacidad psíquica del 71%, al considerar que se trataba de relaciones sexuales consentidas, aplicando la doctrina fijada por el Tribunal Supremo por la que es suficiente un conocimiento básico de la sexualidad para que sea válido el consentimiento, no siendo necesario un alto grado de conocimientos sexuales, así como que no hubo aprovechamiento de una situación de superioridad o de autoridad sobre la víctima, por lo que se trataban de "unas relaciones consentidas y que no estaban despojadas, ni de un entendimiento de su significación, ni de un respeto por el acusado de la voluntad y libertad sexual expresada por la mujer"[1].

Así, con carácter previo vamos a analizar cuándo nos encontramos ante hechos constitutivos de delito de abuso sexual previsto en el artículo 181.1 y 2 del Código Penal y cuando hay consentimiento.

II. DELITO DE ABUSOS SEXUALES

En los artículos 181 y 182, del Capítulo II, del Título VIII "Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales", del Libro II del Código Penal, se regula el delito de abusos sexuales.

* Trabajos presentados en la convocatoria abierta a los miembros de la FICP, y seleccionados por la Dirección del Congreso como ponencias por su calidad. **Se publican ordenados alfabéticamente**.

[1] STS 596/2022, de 15 de junio, Sala Segunda, de lo Penal. Rec. 2666/2020. Ponente Sr. D. Llarena Conde, Pablo.

El bien jurídico protegido es la libertad sexual, como el derecho que tiene todo individuo a elegir libremente su condición sexual, refiriéndose a la actuación sexual no deseada llevada a cabo por el sujeto activo que interfiere en la esfera de libertad del sujeto pasivo. Se habla de indemnidad sexual, cuando el sujeto pasivo sea menor de edad o persona con discapacidad intelectual, que pueden carecer de los presupuestos cognitivos, no tener suficiente capacidad volitiva, ni desarrollado su propia personalidad sexual.

En el artículo 181.1 del Código Penal se regula el tipo básico cuando los hechos se cometen sin violencia, intimidación, ni consentimiento; en el apartado 2, se establece que no hay consentimiento cuando las personas pasivas sean personas privadas de sentido o con un trastorno mental del que abusa el sujeto activo, o cuando se haya anulado la voluntad de la víctima usando fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea para ello, en tanto se trata de causas físicas y orgánicas que hacen inidóneo al sujeto pasivo para poder desarrollar un verdadero consentimiento libre; en el apartado 3, cuando se haya obtenido el consentimiento prevaliéndose de una situación de superioridad, que coarte la libertad de la víctima, en tanto el consentimiento nace condicionado por esa situación, restringiendo la libertad del sujeto pasivo, en cuanto se produce una reducción de las posibilidades reales de la decisión, de lo que se aprovecha el sujeto activo; en el apartado 4 cuando consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal; y en el apartado 5 un subtipo agravado cuando el sujeto pasivo esté en una situación de especial vulnerabilidad por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, salvo lo dispuesto en el artículo 183, así como cuando el sujeto activo se hubiera prevalido de una situación de convivencia o relación de superioridad o parentesco, por ascendiente o hermano por naturaleza o adopción o afines, con el sujeto pasivo[2].

[2] Artículo 181.1 Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. "1. El que, sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realizare actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona, será castigado, como responsable de abuso sexual, con la pena de prisión de uno a tres años o multa de dieciocho a veinticuatro meses.

2. A los efectos del apartado anterior, se consideran abusos sexuales no consentidos los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuyo trastorno mental se abusare, así como los que

Por tanto, este tipo delictivo se diferencia del delito de agresión sexual en que este último exige un medio comisivo con violencia o intimidación para vencer la voluntad contraria de la víctima, logrando una relación sexual no consentida, mientras que, en el delito de abuso sexual, el desvalor de la acción estriba en la ausencia de un auténtico consentimiento. Así, la relación sexual se produce sin que exista un acto verdaderamente libre del sujeto pasivo, que sólo aparentemente consiente sin un verdadero y libre ejercicio de la libertad personal dentro de la esfera de la autodeterminación sexual.

En el artículo 182[3] del Código Penal se regula el tipo cuando concurra engaño y tras la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, fija la edad de consentimiento en los 16 años, fijando un tramo de protección desde los dieciséis a los dieciocho años, agravando la pena de prisión y eliminando la pena de multa.

Por engaño se entiende cualquier medio fraudulento que emplee el sujeto activo para conseguir la relación sexual, que determine causalmente un vicio de la voluntad del sujeto pasivo.

Es requisito del tipo que el sujeto activo conozca que su acción es engañosa y que la edad del sujeto pasivo se encuentra entre los dieciséis y los dieciocho años, tratándose de un delito doloso.

III. CONSENTIMIENTO

En el Diccionario panhispánico del español jurídico se define el consentimiento como "1. Acción y efecto de consentir. 2. Manifestación de voluntad, expresa o tácita, por la que un sujeto se vincula jurídicamente. 3. Requisito básico para el

se cometan anulando la voluntad de la víctima mediante el uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto.

3. La misma pena se impondrá cuando el consentimiento se obtenga prevaliéndose el responsable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima.

4. En todos los casos anteriores, cuando el abuso sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado con la pena de prisión de cuatro a diez años.

5. Las penas señaladas en este artículo se impondrán en su mitad superior si concurriere la circunstancia 3. a o la 4. a, de las previstas en el apartado 1 del artículo 180 de este Código". https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444&p=20220729&tn=1#tviibis

[3] Artículo 182. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. "1. El que, interviniendo engaño o abusando de una posición reconocida de confianza, autoridad o influencia sobre la víctima, realice actos de carácter sexual con persona mayor de dieciséis años y menor de dieciocho, será castigado con la pena de prisión de uno a tres años.

2. Cuando los actos consistan en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, la pena será de prisión de dos a seis años. La pena se impondrá en su mitad superior si concurriera la circunstancia 3.ª, o la 4.ª, de las previstas en el artículo 180.1 de este Código" https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444&p=20220729&tn=1#tviibis

perfeccionamiento del contrato que consiste en la manifestación de voluntad de celebrarlo y de conformidad con su objeto y causa. 4. Expresión de la voluntad de un sujeto de derecho internacional en asumir una obligación o en eximir de su cumplimiento. Su formulación irregular puede hacerlo nulo. 5. Eximente que se produce cuando el sujeto pasivo del delito o titular de un bien jurídico disponible, o a veces simplemente el sujeto pasivo de la acción acepta o consiente con una serie de requisitos en que el autor lesione ese bien jurídico"[4]

En Derecho Penal el consentimiento, como norma general, no exime de la pena al autor, la atenúa, siendo que en el delito de abuso sexual el consentimiento válido y eficaz, exime de la responsabilidad penal, en tanto, como ya se ha indicado antes, es requisito del elemento del tipo que la relación sexual se realice sin consentimiento.

En la STS 802/2000, de 16 de mayo se indica que "aunque las condiciones del consentimiento eficaz no están establecidas en la ley, la doctrina y la jurisprudencia las han derivado de la noción de libertad del sujeto pasivo. A partir de qué momento el consentimiento adquiere eficacia, por provenir de una decisión libre, es una cuestión normativa, que debe ser establecida según los criterios sociales que rijan al respecto. En este sentido, la doctrina, que en tiempos anteriores, muy probablemente bajo la influencia del derecho francés, tuvo dudas respecto de la admisión de una causa excluyente de la punibilidad no reconocida con carácter general en el catálogo de eximentes del art. 20 CP, nunca vio dificultades en admitir el efecto eximente del consentimiento, en aquellos casos en los que el tipo penal requiere que el autor haya obrado contra el consentimiento o sin el consentimiento del sujeto pasivo"[5].

LUZÓN PEÑA establece como requisitos del consentimiento: 1. Titularidad plena del bien jurídico en cuya lesión a afectación se consiente; 2. Capacidad de comprensión y capacidad de obrar, así para el consentimiento jurídicamente válido, que excluye toda la antijuridicidad, se requiere plena capacidad de comprensión y de decisión; 3. Conocimiento y voluntad, con ausencia de vicios, sin que medie error, coacción o engaño; 4. Manifestación externa, que puede ser expresa o tácita, con una actitud clara de no

[4] RAE. Diccionario panhispánico del español jurídico. https://dpej.rae.es/lema/consentimiento

[5] STS 802/2000, de 16 de mayo, Sala Segunda, de lo Penal, Rec. 2881/1998. Ponente Sr. D. Bacigalupo Zapater, Enrique.

oposición. 5. Consentimiento anterior a la realización del hecho o durante su ejecución, antes de la consumación[6].

Por tanto, para que el consentimiento sea jurídicamente válido, excluyente de la antijuridicidad, se requiere plena capacidad de comprensión y de decisión, plena capacidad de obrar y de realizar con carácter general actos jurídicamente válidos.

Cuando se trata de personas con discapacidad psíquica o intelectual, ha sido la jurisprudencia la que ha determinado cuando el consentimiento es válido, estableciendo que es así cuando la discapacidad intelectual no disminuye la capacidad de autodeterminarse en la esfera sexual y cuando la persona con discapacidad posee conocimientos previos sobre las relaciones sexuales.

En la STS 802/2000, de 16 de mayo se indica que "el concepto de trastorno mental, mencionado en la citada disposición, debe ser entendido como una perturbación de facultades mentales que pueda eliminar alguno de los elementos que caracterizan el consentimiento eficaz. En este sentido, en la doctrina se considera que el consentimiento eficaz requiere capacidad de comprender qué se consiente, que no haya existido error y que sea anterior a la realización de la lesión del bien jurídico consentida. De estos requisitos en la presente causa solo importa el referente a la capacidad de comprender la situación en cuyo marco se expresa el consentimiento y el alcance del mismo. Desde esta perspectiva, y haciendo uso de las facultades que le acuerda el art. 899 LECr., la Sala ha podido comprobar que en las actuaciones existen tres informes psicológicos (ver folios 10/1913, 47/53 de las diligencias previas y 51/54 del rollo de la Audiencia). En ninguno de ellos se hacen constar verdaderos trastornos mentales ni insuficiencias intelectuales que no permitieran a la joven tomar una decisión sobre la base de su comprensión, limitándose las profesionales que los suscriben a señalar ciertas particularidades de la personalidad de la joven, así como dificultades de conducta vinculadas a la pérdida de su madre y al desconocimiento de su padre. En particular en el informe de la perito designada de oficio se señala que «su adaptación social no es satisfactoria, y lo mismo ocurre en el área emocional». (folio 51). Pero, al mismo tiempo dice que «el grado de adaptación en los sectores familiar, salud y profesional, es perfectamente normal y adecuado» (folio 51) y que «realiza las mismas actividades que cualquier chica de su edad y sus gustos y

[6] LUZÓN PEÑA. D. El consentimiento en Derecho Penal: Causa de atipicidad, de justificación o de exclusión sólo de la tipicidad penal. Revista General de Derecho Penal 18, 2012. https://www.iustel.com//v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=412627&popup=

aficiones son completamente normales» (folio 52). Resulta claro que ninguno de los informes ha excluido la capacidad de la joven para valorar la situación en la que expresaba su consentimiento en la forma de tolerancia de la relación mantenida con el acusado"[7].

Asimismo, el Tribunal Supremo ha establecido que las personas discapacitadas psíquicas tienen derecho a ejercitar su sexualidad según su capacidad limitada de determinación, por lo que si no existe una carencia absoluta de la capacidad de querer y entender el consentimiento para mantener relaciones sexuales es válido.

IV. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

Distintos organismos internaciones y en el derecho interno se establece la obligación de respetar la dignidad y la no discriminación de las personas con discapacidad, entre otros ámbitos, en lo que se refiere a sus decisiones en sus relaciones sexuales.

En el artículo 9 de la resolución 48/96 de la Asamblea General de Naciones Unidas que aprobó las "Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad" se indica que "los Estados deben promover la plena participación de las personas con discapacidad en la vida en familia. Deben promover su derecho a la integridad personal y velar por que la legislación no establezca discriminaciones contra las personas con discapacidad en lo que se refiere a las relaciones sexuales, el matrimonio y la procreación.

1. Las personas con discapacidad deben estar en condiciones de vivir con sus familias. Los Estados deben estimular la inclusión en la orientación familiar de módulos apropiados relativos a la discapacidad y a sus efectos para la vida en familia. A las familias en que haya una persona con discapacidad se les deben facilitar servicios de cuidados temporales o de atención a domicilio. Los Estados deben eliminar todos los obstáculos innecesarios que se opongan a las personas que deseen cuidar o adoptar a un niño o a un adulto con discapacidad.

2. Las personas con discapacidad no deben ser privadas de la oportunidad de experimentar su sexualidad, tener relaciones sexuales o tener hijos. Teniendo en cuenta que las personas con discapacidad pueden tropezar con dificultades para casarse y para fundar una familia, los Estados deben promover el establecimiento de servicios de

[7] STS 802/2000, de 16 de mayo, Sala Segunda, de lo Penal, Rec. 2881/1998. Ponente Sr. D. Bacigalupo Zapater, Enrique

orientación apropiados. Las personas con discapacidad deben tener el mismo acceso que las demás a los métodos de planificación de la familia, así como a información accesible sobre el funcionamiento sexual de su cuerpo.

3. Los Estados deben promover medidas encaminadas a modificar las actitudes negativas ante el matrimonio, la sexualidad y la paternidad o maternidad de las personas con discapacidad, en especial de las jóvenes y las mujeres con discapacidad, que aún siguen prevaleciendo en la sociedad. Se debe exhortar a los medios de información a que desempeñen un papel importante en la eliminación de las mencionadas actitudes negativas.

4. Las personas con discapacidad y sus familias necesitan estar plenamente informadas acerca de las precauciones que se deben tomar contra el abuso sexual y otras formas de maltrato. Las personas con discapacidad son particularmente vulnerables al maltrato en la familia, en la comunidad o en las instituciones y necesitan que se les eduque sobre la manera de evitarlo para que puedan reconocer cuándo han sido víctimas de él y notificar dichos casos"[8]

En la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, que fue ratificado por España en 2007, en su artículo 3.a) establece como principio general "el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas"[9] y en su artículo 23[10] regula el respeto del hogar y de la familia, indicando que los Estados Partes deben tomar medidas que sean efectivas y

[8] NACIONES UNIDAS. Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad. https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/standard-rules-equalization-opportunities-persons-disabilities

[9] Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. http://www.convenciondiscapacidad.es/wp-content/uploads/2018/01/Texto-Convencion-BOE-abril-2008.pdf

[10] Artículo 23. Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 "1. los Estados Partes tomarán medidas efectivas y pertinentes para poner fin a la discriminación contra las personas con discapacidad en todas las cuestiones relacionadas con el matrimonio, la familia, la paternidad y las relaciones personales, y lograr que las personas con discapacidad estén en igualdad de condiciones con las demás, a fin de asegurar que: a) Se reconozca el derecho de todas las personas con discapacidad en edad de contraer matrimonio, a casarse y fundar una familia sobre la base del consentimiento libre y pleno de los futuros cónyuges; b) Se respete el derecho de las personas con discapacidad a decidir libremente y de manera responsable el número de hijos que quieren tener y el tiempo que debe transcurrir entre un nacimiento y otro, y a tener acceso a educación sobre reproducción y planificación familiar apropiados para su edad, y se ofrezcan los medios necesarios que les permitan ejercer esos derechos; c) Las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas, mantengan su fertilidad, en igualdad de condiciones con las demás" http://www.convenciondiscapacidad.es/wp-content/uploads/2018/01/Texto-Convencion-BOE-abril-2008.pdf

pertinentes para acabar con la discriminación contra las personas con discapacidad en lo relacionado con el matrimonio, la familia, la paternidad y las relaciones personales.

En el artículo 6 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, se regula el respeto a la autonomía de las personas con discapacidad, reconociendo el principio de libertad en la toma de decisiones, para lo cual deben ser informados y dar su consentimiento con el formato adecuado y teniendo en cuenta sus circunstancias personales, su capacidad para tomar ese tipo de decisión y asegurando que se le presta apoyo para la toma de decisiones[11].

Como ya se ha indicado, el Tribunal Supremo en los supuestos en los que la víctima sea una persona con discapacidad psíquica o intelectual, para determinar si es válido el consentimiento, ha establecido la doctrina de que "la ley penal no exige, en modo alguno, un alto grado de conocimientos sexuales, sino que lo "básico" es suficiente para el consentimiento"[12], así como que "el derecho a una vida sexual y a una expectativa reproductiva está vinculado a la dignidad de las personas y, por tanto, es también reconocible, como no podía ser de otra manera a las personas con discapacidad"[13].

En la STS 596/2022, el Tribunal Supremo aplica esta doctrina "que deriva de la voluntad del legislador de buscar un equilibrio entre dos situaciones extremas que son igualmente rechazables: que un persona con déficit cognitivo no pueda tener jamás relaciones sexuales con personas normalmente imputables, ya que de hacerlo serían responsables de un delito de abuso sexual, y que las personas responsables no puedan aprovecharse impunemente de la singularidad psíquica de la víctima con olvido de la

[11] Artículo 6 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social: "1. El ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad se realizará de acuerdo con el principio de libertad en la toma de decisiones. 2. Las personas con discapacidad tienen derecho a la libre toma de decisiones, para lo cual la información y el consentimiento deberán efectuarse en formatos adecuados y de acuerdo con las circunstancias personales, siguiendo las reglas marcadas por el principio de diseño universal o diseño para todas las personas, de manera que les resulten accesibles y comprensibles. En todo caso, se deberá tener en cuenta las circunstancias personales del individuo, su capacidad para tomar el tipo de decisión en concreto y asegurar la prestación de apoyo para la toma de decisiones". https://www.boe.es/buscar/pdf/2013/BOE-A-2013-12632-consolidado.pdf

[12] STS 542/2007, de 11 de junio, Sala Segunda, de lo Penal. Rec. 1864/2006. Ponente Sr. D. Sánchez Melgar, Julián Artemio.

[13] STS 294/2022, de 24 de marzo, Sala Segunda, de lo Penal, Rec. 10562/2021. Ponente Sr. D. Marchena Gómez, Manuel

protección que tales personas merecen para que puedan ejercer su actividad sexual con un profundo respeto a su personalidad (STS 344/2005, de 18 de marzo)"[14].

En la sentencia antedicha se anula la condena al recurrente por el delito de abuso sexual en tanto en los hechos probados no se establece que la víctima careciese plenamente de capacidad de decisión sexual, es decir, de capacidad de autodeterminación sexual, así como que no conociese la significación de su actuación y que no pudiese rechazar la relación, aunque esté distorsionada por su discapacidad. Asimismo, la víctima tenía suficiente información sobre educación sexual y capacidad volitiva, sin que se hubiese acreditado que el acusado se hubiera aprovechado de una situación de superioridad, por lo que se trataba de relaciones sexuales consentidas, en tanto el consentimiento de la mujer era válido.

V. CONCLUSIONES

El delito de abusos sexuales está regulado en los artículos 181 y 182 del Código Penal, siendo el bien jurídico protegido la libertad sexual, así como la indemnidad sexual, cuando el sujeto pasivo sea menor de edad o persona con discapacidad intelectual.

En el delito de abusos sexuales los hechos se cometen sin violencia e intimidación y el desvalor de la acción estriba en la ausencia de un auténtico consentimiento.

En el delito de abusos sexuales el consentimiento válido y eficaz exime de responsabilidad penal al sujeto activo.

Son requisitos del consentimiento: 1. Titularidad plena del bien jurídico en cuya lesión a afectación se consiente; 2. Capacidad de comprensión y capacidad de obrar; 3. Conocimiento y voluntad, con ausencia de vicios, sin que medie error, coacción o engaño; 4. Manifestación externa, que puede ser expresa o tácita, con una actitud clara de no oposición. 5. Consentimiento anterior a la realización del hecho o durante su ejecución, antes de la consumación.

Para que el consentimiento sea jurídicamente válido se requiere plena capacidad de comprensión y de decisión, plena capacidad de obrar y de realizar con carácter general actos jurídicamente válidos.

[14] STS 596/2022, de 15 de junio, Sala Segunda, de lo Penal. Rec. 2666/2020. Ponente Sr. D. Llarena Conde, Pablo

En los supuestos de personas con discapacidad psíquica o intelectual, la jurisprudencia ha determinado cuando hay un consentimiento válido, siendo cuando la discapacidad intelectual no disminuye la capacidad de autodeterminarse en la esfera sexual y la persona posee conocimientos previos sobre relaciones sexuales.

El Tribunal Supremo ha establecido que las personas discapacitadas psíquicas tienen derecho a ejercitar su sexualidad según su capacidad limitada de determinación, por lo que si no existe una carencia absoluta de de la capacidad de querer y entender el consentimiento para mantener relaciones sexuales es válido.

En la resolución 48/96 de la Asamblea General de Naciones Unidas, la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2006 y el Real Decreto Legislativo 1/2013, se establece la obligación de respetar la dignidad y la no discriminación de las personas con discapacidad, entre otros ámbitos, en lo que se refiere a sus decisiones en sus relaciones sexuales.

Conforme a la doctrina del Tribunal Supremo, en los supuestos de que la víctima sea una persona con discapacidad psíquica o intelectual, es suficiente un conocimiento básico de la sexualidad para que el consentimiento sea válido, no siendo necesario un alto grado de conocimientos sexuales y que el derecho a una vida sexual está vinculado a la dignidad de las personas, que también es reconocible a esas personas.

En la STS 596/2022 se aplica esta doctrina anulando la condena por delito de abuso sexual al no carecer la víctima plenamente de capacidad de decisión sexual, conociendo la significación de su actuación y disponiendo de suficiente información sobre educación sexual.

VI. BIBLIOGRAFÍA

LUZÓN PEÑA, D-M. El consentimiento en Derecho Penal: Causa de atipicidad, de justificación o de exclusión sólo de la tipicidad penal. Revista General de Derecho Penal 18, 2012. Recurso electrónico disponible en:

https://www.iustel.com//v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=412627&popup=

NACIONES UNIDAS, Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad. Recurso electrónico disponible en:

https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/standard-rules-equalization-opportunities-persons-disabilities

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario panhispánico del español jurídico DEJ Panhispánico. https://dpej.rae.es/lema/consentimiento

VII. JURISPRUDENCIA

STS 802/2000, de 16 de mayo, Sala Segunda, de lo Penal, Rec. 2881/1998. Ponente Sr. D. Bacigalupo Zapater, Enrique

STS 1064/2004, de 24 de septiembre, Sala Segunda, de lo Penal. Rec. 1504/2003. Ponente Sr. D. Luis Román Puerta, Luis.

STS 542/2007, de 11 de junio, Sala Segunda, de lo Penal. Rec. 1864/2006. Ponente Sr. D. Sánchez Melgar, Julián Artemio.

STS 294/2022, de 24 de marzo, Sala Segunda, de lo Penal, Rec. 10562/2021. Ponente Sr. D. Marchena Gómez, Manuel

STS 596/2022, de 15 de junio, Sala Segunda, de lo Penal. Rec. 2666/2020. Ponente Sr. D. Llarena Conde, Pablo.

* * * * * *

Prof. Dr. Pedro Jesús Antequera Jiménez

Abogado y Profesor Asociado en la Universidad de Alicante. Estudiante Universidad Europea Miguel de Cervantes. Socio de la FICP.

~La supresión del automatismo de la pena accesoria de alejamiento como forma de protección de la víctima~

Resumen.- Si bien ha sido muy debatida por amplios sectores de las Instituciones, la doctrina y la jurisprudencia, la necesidad de reformar el automatismo dela imposición obligatoria de la pena accesoria de prohibición de aproximación por parte de los agresores hacia sus víctimas, o a aquellos familiares u otras personas que determineel juez o tribunal, en delitos relacionados con la violencia doméstica, todo ello, en virtudde lo dispuesto en el art. 57.2 del Código Penal, no por ello deja de ser un asunto de actualidad, dada la variación de las circunstancias que, en su momento, posiblemente, pudieron tener algún tipo de justificación.

Con independencia de los déficits técnico-jurídicos que adolece la propia redacción del precepto legal en cuestión, a los que se hará referencia en el texto a comentar, creo que se están vulnerando derechos del penado y de las propias víctimas; todo ello, a pesar de sendas resoluciones del Tribunal Constitucional y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, afirmando la legalidad del mismo, pues se puede proteger el bien jurídico tutelado por la norma imponiendo la medida restrictiva de libertad con carácter facultativo, o bien con el establecimiento de una medida de seguridad de libertadvigilada.

Además, el hecho de que esta pena "accesoria" sea obligatoria solo para los delitosdenominados como de violencia doméstica y no, en cambio, para otros más graves como, por ejemplo, los de atentados contra la libertad sexual o terrorismo, nos lleva a pensar queel criterio seguido por el legislador no es un criterio jurídico sino político.

Palabras Clave.- Pena accesoria, aproximación, violencia doméstica, víctimas.

I. CONTENIDO DE LA PROHIBICIÓN DE APROXIMACIÓN.

La Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, introdujo la modificación del artículo 57 del Código Penal (en adelante CP), vigente con la anterior regulación del precepto dada por la Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, por la cual el apartado 2 estableció la adopción de la prohibición de aproximación cuando la víctima de los delitos descritos en el apartado 1 de dicho precepto legal, sea alguna de las personas que se mencionan en el artículo 173.2 CP de los sujetos mencionado en el referido precepto legal, que son los relativos a los delitos relacionados con las denominadas violencia doméstica y de género[1].

De esta manera, se establecía de manera taxativa el carácter imperativo de la pena "accesoria", impidiendo que los Órganos judiciales pudieran apreciarla

[1] Concretamente, el art 57.2 CP se refiere a estas personas: *"quien sea o haya sido el cónyuge, o sobre persona que esté o haya estado ligada al condenado por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a su custodia o guarda en centros públicos o privados."*

facultativamente. Todo ello, con independencia de la voluntad de la propia víctima y de la peligrosidad criminal del sujeto activo.

En este sentido, la pena accesoria de prohibición de aproximación a la víctima o a aquellas personas que el juez o tribunal determine en sentencia, está contemplada en el art. 48.2 CP, el cual establece, además, otra consecuencia para el caso en que hubiera hijos en común. En cuanto a la medida de prohibición se incluye, no solo acercarse a estas personas en cualquier lugar en el que se encuentre, sino también a su domicilio, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ellas. Para el caso de haber menores en común entre víctima y victimario se ordena la suspensión, respecto de éste, del régimen de visitas, comunicación y estancia que, en su caso, se hubiere reconocido en sentencia civil hasta el total cumplimiento de la pena.

Dejando a un lado este último aspecto relativo a la suspensión del régimen de visitas acordado en sentencia anterior al momento de dictar la orden de aproximación, que sería objeto de otro comentario, nos centraremos en el contenido de la prohibición deaproximación hacia las personas a las que se refiere el precepto citado.

En relación con la accesoriedad de la pena en cuestión, de acuerdo con el art. 33.6 CP, las penas accesorias tendrán la duración que respectivamente tenga la pena principal, excepto lo que dispongan expresamente otros preceptos de ese Cuerpo Legal. En este sentido apunta PÉREZ RIVAS, considera que se trata de una pena accesoria "impropia", lo cual deriva de la diferente naturaleza y contenido. Así, esta pena accesoria tiene una duración máxima de 10 años (art. 40.3 CP), pero en este caso, para cuando se trate de penas de prisión, este plazo máximo se puede imponer para el caso de tratarse de delitos graves, debiendo cumplirse el mismo de forma simultánea al cumplimiento de la pena privativa de libertad desde el plazo mínimo superior a ésta de un año hasta el plazo máximo que se le haya impuesto en sentencia al penado. Si se tratara de delitos menos graves, el plazo de la pena accesoria a imponer sería superior entre uno a cinco años a cumplir de la misma manera anterior (art. 57.1 y 2 CP). Este es el margen de error que tiene el juez o tribunal para imponer la pena referida, debiendo atenerse a la gravedad del delito y a la peligrosidad del delincuente pero, en todo caso, la duración de la pena accesoria es independiente al de la pena principal, debiendo, en todo caso, ser aquélla superior a ésta, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 1 del

citado art. 57 CP[2].

El objetivo de que el cumplimiento de la pena accesoria se cumpla de forma sucesiva pero, también, simultánea a la pena principal se debe a un motivo de seguridad de la víctima, que podría verse violentada en su integridad física y psíquica por el acercamiento hacia ésta por parte del victimario durante los permisos y vacaciones penitenciarias, o el pase de éste a una situación de tercer grado penitenciario o libertad provisional durante la ejecución de la condena.

Tal y como refiere MAYORDOMO RODRIGO, amplios sectores de la abogacía, fiscalía, doctrina o de la jurisprudencia han criticado este automatismo legal, en el que el legislador presume iure et de iure que la aproximación del agresor a la víctima puede suponer un peligro para la integridad física y/o psíquica de la víctima. Y estas críticas se basan en que estamos ante una pena de naturaleza accesoria, con una finalidad de prevención especial de la víctima ante situaciones riesgo objetivo[3].

II. RÉGIMEN DE IMPOSICIÓN PRECEPTIVA DE LA PROHIBICIÓN.

El carácter imperativo de la norma conlleva que, por un lado, el juez o tribunal ha de aplicarla en sentencia y, por otro, que, como cualquier otra pena, esta medida es de obligado cumplimiento para las partes, sin que quepa consentimiento por parte de la víctima e, incluso, imponiéndosela contra su voluntad. De hecho, el incumplimiento de la pena es constitutivo de un delito de quebrantamiento de condena del art. 468.2 CP, a la pena de prisión de seis meses a un año.

Tal y como apunta GUARDIOLA GARCÍA, el incumplimiento de la pena accesoria impuesta, como no puede ser de otra manera, supone un delito de quebrantamiento de condena que conlleva la pena de seis meses a un año de prisión, en todo caso, y no así la alternativa de multa, de acuerdo con el art. 468.2 CP, al tratarse del incumplimiento de una pena de las contempladas en el art. 48 CP. Pero, además, la jurisprudencia es unánime en que no cabe causa de justificación alguna por el hecho de que exista consentimiento por parte de la víctima de un acercamiento hacia ella del victimario, "aun cuando dicha aproximación o comunicación haya sido consentida, instada o iniciada por la propia persona protegida, y acude para justificar este castigo a intereses públicos (en definitiva también a ellos apela

[2] PÉREZ RIVAS, N. La regulación de la prohibición de aproximarse a la víctima en el Código Penal español, Revista Ius et Praxis, Año 22, Nº 2, 2016, pp. 98-99.

[3] MAYORDOMO RODRIGO, V., Reflexiones sobre la obligatoriedad de las órdenes de alejamiento en determinados delitos, Eguzkilore, Nº 23, 2009, p. 267.

el manido principio de autoridad), a la finalidad propia del 'Derecho penal sobre violencia de género' – entendiéndolo incompatible con admitir que la víctima pueda dejar sin efecto estas prohibiciones–, o a la improcedencia de tener en cuenta un consentimiento de la víctima por 'efectos psicológicos asociados a la victimización de la mujer maltratada'"[4].

La pena referida del art. 57.2 del CP, ha sido objeto de diversas cuestiones de constitucionalidad por la supuesta vulneración de varios derechos fundamentales.

Siguiendo nuevamente a PÉREZ RIVAS[5], el primero de ellos sería del contemplado en el art. 25.1 CE, relativo al principio de personalidad de las penas, dado que la imposición obligatoria de la pena en cuestión también afecta a la libre determinación de la víctima cuando ésta no ha cometido delito alguno. Por otro lado, se vulneraría el principio de proporcionalidad de las penas por la imposición automática de la medida, con el objetivo preventivo especial anteriormente comentado, pero con independencia de la gravedad del hecho y de la peligrosidad del agresor. Por tanto, se está privando por parte del legislador de dar la posibilidad al juez o tribunal sentenciador de adecuar la pena a imponer a las verdaderas necesidades que tenga la víctima para la protección de sus derechos.

El segundo derecho afectado en este sentido sería el del art. 24.1 de la Constitución Española (en adelante CE) porque se produce indefensión a la víctima al imponérsele dicha medida sin tener en cuenta su voluntad y afectándole directamente, a la que, ni siquiera, se le da audiencia en este sentido.

Por último, también se formulan otras cuestiones de inconstitucionalidad por afectar al derecho de libertad de elección de residencia y circulación por el territorio nacional. Así, considero que con esta medida obligatoria se estaría vulnerando el derecho fundamental a la libertad deambulatoria del art. 19 CE, que reconoce a los españoles la libertad para circular libremente por el territorio nacional, así como para fijar el lugar de residencia que ha de vincularse con el artículo 139.2 CE, que señala la imposibilidad de poner obstáculos a la libre circulación. Por otro lado, esta libertad de circulación y residencia no es imperativa exclusivamente del ordenamiento jurídico interno español, sino que también lo es del Derecho comunitario, ex art. 18 TCE, que

[4] GUARDIOLA GARCÍA, J., Prohibiciones de aproximación y comunicación – quebrantamiento de condena – violencia de género, RECRIM, p. 213.

[5] PÉREZ RIVAS, Revista Ius et Praxis, Año 22, Nº 2, 2016, p. 106.

extiende este derecho a todos los ciudadanos y a sus familias de la Unión Europea, sin que ningún Estado pueda restringir este derecho salvo por razones de orden o seguridad públicos o de salud pública, que deberán ser apreciados por los tribunales del Estado afectado, pero bajo el control del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Asimismo, se estaría vulnerando el art. 18.1 CE, relativo al derecho fundamental a al intimidad familiar, todo ello, en relación con el derecho a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de su personalidad al verse restringida su libertad de relacionarse con los demás[6], según lo dispuesto en los arts. 10 y 1.1 CE, máxime cuando sean los poderes públicos los que lo hagan, siempre que, en todo caso, no sea estrictamente necesario para la preservación de otros valores de índole superior[7].

Por otro lado, como resalta un amplio sector de la doctrina, con esta prohibición se afecta al derecho al libre desarrollo de la personalidad.

III. DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

En resolución de algunas de estas cuestiones de inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional (en adelante TC), constituido en Pleno, se pronunció en Sentencia 60/2010, de 7 de octubre. Posteriormente esta doctrina fue confirmada por la posterior Sentencia 79/2010, de 27 de octubre. En ambas Sentencias se aprueba la constitucionalidad del art. 57.2 CP,

Refiriéndose a los derechos fundamentales afectados que se han expuesto en el apartado anterior, el TC se refiere a ellos de forma detallada. No obstante, dados los objetivos del presente trabajo, haré mención a los argumentos jurídicos de manera resumida. Así, en cuanto al principio de personalidad de la penadel art. 25.1 CE, el Alto Tribunal diferencia lo que han de definirse como "efectos propios" de la pena de prohibición de aproximación, que sería aquellos que afectaría de manera inmediata y directa a las partes implicadas, de aquellos otros que califica como "efectos externos" de la referida pena, que afectarían de manera indirecta o mediata a los derechos o intereses legítimos de éstas. El TC considera que se trataría de los segundos, por lo que no quedaría afectado el derecho en cuestión. Precisamente, al referirse el TC a estos efectos indirectos, en el análisis que realiza sobre la vulneración del precepto penal

[6] RODRÍGUEZ MORO, L., La pena de prohibición de comunicarse con la víctima u otras personas, en FARALDO CABANA, P./PUENTE ABA, L. Mª. (dirs.), Las penas privativas de derechos y otras alternativas a la privación de libertad, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 322.

[7] PÉREZ RIVAS, Revista Ius et Praxis, Año 22, Nº 2, 2016, p. 106.

comentado del principio de proporcionalidad de las penas, afirma que no son en sí mismos una sanción propiamente dicha y, por tanto, si no hay pena no puede haber infracción de dicho principio[8].

En lo relativo a la vulneración del derecho a la no indefensión por parte de la víctima, del art. 24.1 CE, considera que no se vulnera, pues la víctima dispone de facultades para personarse en el proceso y ser parte activa en el mismo y, por tanto, gozando del derecho de defensa, y que, además, no es cierto que la pena de prohibición de aproximación se imponga sin dar posibilidad a la víctima de ser parte en el proceso. Tampoco considera el TC que se vulnere este derecho por no dar audiencia a la víctima en el proceso con carácter previo a la adopción de la medida, puesto que la indefensión, que está proscrita por la Constitución, no se produce por el hecho de que la voluntad de la víctima sea contraria a la adopción de la medida.

Finalmente, el TC se pronuncia sobre el principio de proporcionalidad de las penas a que hace referencia el art. 25.1 CE, en relación con el art. 9.3 de la Carta Magna, analizándolo en el mismo fundamento jurídico que el derecho a la libertad deambulatoria del art. 19 CE, en relación con el derecho a la intimidad familiar del art. 18 CE, este último en relación con el derecho a la dignidad personal del art. 10 y art. 1.1 CE y el art. 8.1 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos.

El Alto Tribunal, en este sentido, reconoce que el art. 57.2 CP restringe los derechos a la deambulación, pero entiende que tales restricciones están legitimadas constitucionalmente ya que persiguen preservar bienes que la Constitución protege y, por tanto, la pena es legítima y no vulnera el principio de proporcionalidad.

En cuanto a la vulneración del derecho a la vulneración del derecho fundamental a no sufrir indefensión del art. 24.1 CE, el Tribunal en este caso no entra a valorar la cuestión, se limita a desestimarla alegando que es una cuestión ya resuelta en la Sentencia 60/2010.

IV. DOCTRINA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE), en Sentencia de 15 de septiembre de 2011, se pronunció sobre dos cuestiones prejudiciales que se le plantearon en relación con la posible vulneración de los arts. 2, 3 y 8 de la Decisión

[8] RODRÍGUEZ MORO, L., en: FARALDO CABANA, P./PUENTE ABA, L. Mª. (dirs.), Las penas privativas de derechos y otras alternativas a la privación de libertad, 2013, p. 216.

Maro 2001880/JAL, de 15 de marzo, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal entonces vigente, por el art. 57.2 CP, resolviendo que este precepto no se opone a lo establecido en los referidos preceptos de dicha norma comunitaria.

Tribunal apunta, en primer lugar, que el hecho de que el derecho de la víctima a participar efectivamente en el proceso penal, no va en contra de los objetivos enunciados en el art. 2.1 DM, pues no supone que la voluntad de la víctima pueda condicionar la imposición obligatoria de la medida de alejamiento; pues, al fin y al cabo, la víctima no es titular del derecho a que las penas se le gradúen conforme a sus pretensiones. Por otro lado, en relación al art. 3 DM (derecho a ser oída durante las actuaciones y de facilitar elementos de prueba) no se opone a que el legislador nacional tenga en cuenta otros intereses generales aparte de los de la víctima. Por último, señala que el sentido del art. 8 DM cuya finalidad es la de proteger a la víctima y a sus familiares, no puede interpretarse en el sentido de que los Estados miembros sean soberanos a la hora de determinar el tipo de sanciones penales a que haya lugar con tal finalidad, de acuerdo con su ordenamiento jurídico interno.[9].

V. FALTA DE JUSTIFICACIÓN DE LA OBLIGATORIEDAD DE LA PENA.

Pese a los referidos pronunciamientos del TC y TJUE, considero necesaria, en aras a la justicia y a los fundamentos del propio Estado democrático de Derecho, la derogación de este régimen de imposición preceptiva adoptado en el art. 57.2 CP o, en sucaso, la modificación del mismo, con la supresión de la prohibición obligatoria de la referida medida y la inclusión de la medida de seguridad de libertad vigilada, durante el tiempo a que haya lugar durante el cumplimiento de la sentencia y por el tiempo que se acuerde por parte del juez o tribunal sentenciador, en relación al penado, y de acuerdo con las circunstancias objetivas y subjetivas del asunto en concreto.

En mi opinión, dicho precepto debería suprimirse por innecesario, apostando en su lugar por el régimen facultativo del apartado 1 de dicho precepto legal, sin que haya lugar a establecer un régimen más restrictivo para los victimarios en función de las víctimas. La medida de prohibición de aproximación se ordenará por el juez o tribunal demanera discrecional, previa petición de parte, en atención a la gravedad de los hechos o al peligro que represente el delincuente. En este sentido, se ha de tener en cuenta que

[9] RODRÍGUEZ MORO, L., en FARALDO CABANA, P./PUENTE ABA, L. Mª. (dirs.), Las penas privativas de derechos y otras alternativas a la privación de libertad, 2013, pp. 109-110.

la peligrosidad a valorar no es la subjetiva o personal del acusado, en tanto sujeto de posibles delitos futuros, "sino la peligrosidad objetiva que es inherente a la situación material que representa, después de la comisión de determinados delitos, la proximidad personal futura entre el delincuente y la víctima o su familia" (STS, Sala de lo Penal, núm. 1429/2000, de 22 de septiembre de 2000).

El art. 25 CE establece que las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad están orientadas a la reeducación y reinserción social. Sin embargo, la medida en cuestión está orientada a la protección de la víctima y no, en cambio, a favor de los objetivos constitucionales referidos, lo cual implica que, en nuestra modesta opinión, no se ajusta al objetivo de la pena. Asimismo, considero que esta pena incrementa la aflictividad del penado y obvia el principio de proporcionalidad.

Según se refiere en la referida doctrina constitucional y europea, el fin de la medida estaría justificado en aras a la función preventiva que debe desempeñar, sin embargo, creo que no es conforme a los principios del Estado democrático de Derecho sacrificar los derechos individuales (de los victimarios pero, también, de las víctimas), en aras de un supuesto interés general. Como bien apunta FARALDO CABANA, "la obligatoriedad en la imposición de las prohibiciones corta en seco una línea jurisprudencial que ponderaba cuidadosamente la voluntad expresada por la víctima o persona protegida con el peligro que podría suponer el delincuente para su integridad"[10].

Para conseguir la protección del bien jurídicamente protegido y el objetivo penal comentado, y en atención a las circunstancias objetivas y subjetivas concurrentes en el caso concreto, en los casos de delitos del art. 57.1 CP contra las personas mencionadas en el art. 173.2 CP, es suficiente con la desaparición del apartado 2 del citado art. 57 CP, imponiendo, en su caso, con carácter facultativo por el juez o tribunal la medida del art. 48.2 CP.

También opino que, para alcanzar los objetivos anteriormente expuestos, el referido apartado 2 del art. 57 CP podría rectificarse en el sentido de que, en vez de obligar al Órgano sentenciador a imponer la medida citada, ésta se podría modificar por una medida de seguridad de libertad vigilada, del art. 96.3.3ª, en relación con el art. 106.2 CP,

[10] FARALDO CABANA, P., Las penas de los delitos relacionados con la violencia de género. Especial referencia a la prohibición de aproximación y su quebrantamiento, en PUENTE ALBA, L.Mª., La respuesta penal a la violencia de género: lecciones de 10 años de política criminal ppunitivista, Comares, Granada, 2010, p. 64.

con el contenido del art. 106.1 del mismo Cuerpo Legal, entre cuyas medidas aparece la de prohibición de aproximación a la víctima. Ello, además, permitiría, como así mismo opina PÉREZ RIVAS, dar una respuesta al principal problema que suscita la ejecución de la pena de prohibición de aproximación, cual es la inexistencia de un mecanismo jurídico de revisión de esta pena durante la fase de ejecución. Sin embargo, si se pudiera imponer la medida referida como medida de seguridad, ésta se podría mantener, reducir o dejar sin efecto, dependiendo de la evolución de la peligrosidad del penado[11]

Como epílogo, traigo a colación la opinión que comparto de MAYORDOMO RODRIGO, quien considera que "La legítima lucha por la igualdad parece exigir como tributo, en ocasiones,el sacrificio de opciones individuales; la cuestión es hasta qué punto resulta aceptable, para tutelar intereses sociales, servirse como instrumento de la restricción de derechos de personas a las que ningún reproche se les hace. Y en qué medida, si asumimos tal cosa, podemos estar sacrificando los principios más básicos del Estado democrático de Derecho.[12]

* * * * * *

[11] PÉREZ RIVAS, N. Revista Ius et Praxis, Año 22, Nº 2, 2016, p. 116.
[12] MAYORDOMO RODRIGO, V., Eguzkilore, Nº 23, 2009, p. 236.

Dr. Enrique del Castillo Codes

Abogado, Jaén. Socio de la FICP.

~Cuestiones fundamentales sobre la omisión de socorro~

I. BIEN JURÍDICO.

Cuando se aborda el estudio del delito de omisión de socorro, es necesario referirse a dos cuestiones previas e íntimamente ligadas entre sí, relativas al bien jurídico protegido por el citado tipo penal, por un lado, y la legitimación para exigir una conducta de auxilio respecto de un riesgo al que el obligado es ajeno, por otro.

En relación con el bien jurídico protegido, las opiniones doctrinales han sido muy diversas, predominando la de quienes consideran que el tipo penal protege la solidaridad humana. Para ello, se alude al contexto político-social en el que la citada conducta omisiva fue penalmente tipificada, durante el fascismo, en el que se establecen como valores prioritarios la solidaridad y el sentido del deber del ciudadano en relación al Estado. Sobre tales premisas, el delito de omisión de socorro se introduce en el Código Penal italiano de 1929, y en el alemán de 1935, teniendo acogida en el nuestro mediante la Ley de 17 de julio de 1951[1].

El surgimiento de un deber de solidaridad en el ordenamiento penal fascista, fue el resultado de una ideología que colocaba al ciudadano en posición subordinada a la comunidad, prevaleciendo el deber de fidelidad a la sociedad y al Estado[2], y como consecuencia de ello, la libertad del ciudadano y su autonomía quedan sometidas a los intereses de la comunidad, pasando los deberes positivos generales a ser la regla general y produciéndose una absoluta identificación entre Derecho y Moral[3]. De esta forma, los deberes positivos generales se definen como aquellos que se refieren a conductas de asistencia a otro, que precisan de un sacrificio poco comprometido e independiente de la

[1] PORTILLA CONTRERAS, De la omisión del deber de socorro, en Curso de Derecho Penal, Parte Especial I, dirigido por Cobo del Rosal, Madrid, 1996, pp. 358-359, con cita de la STS 25 de enero de 1958, en la que justifica el referido tipo de omisión en el espíritu de solidaridad humana, "harto relajado en los tiempos actuales por el predominio del egoísmo y por el ambiente de materialidad en que se desenvuelve la vida del hombre con sus semejantes (…) el Estado español, siguiendo las normas de la caridad cristiana y la huella de otras legislaciones (…) promulgó la Ley de 17 de julio de 1951, en la que se recogía, entre otras modalidades delictivas, lo que había de incorporarse al Código Penal bajo el dictado del art. 489 bis".

[2] ALCÁCER GUIRAO, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP) 2000, p. 378.

[3] ALCÁCER GUIRAO, ADPCP 2000, pp. 388-389..

identidad del obligado y destinatario, y que no derivan de algún tipo de relación contractual previa[4].

Por tanto y frente a la concepción del delito como lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, propia de la tradición liberal, conforme a la cual el Estado debe limitarse a la actividad negativa configurándose los deberes de los ciudadanos de forma también negativa, es decir, como deberes de abstenerse de realizar ciertas conductas (robar, matar) que afecten a bienes jurídicos, en el modelo fascista el delito se define como la omisión de un deber[5].

De este modo, junto a los tipos penales concebidos como ataques a bienes jurídicos determinados, se encontrarían los caracterizados por la pura infracción de un deber sin referencia a un bien jurídico preexistente, en un proceso de desmaterialización del bien jurídico[6]. Desde esta perspectiva, la solidaridad humana no sería una realidad existencial previa a la norma que ésta deba proteger, sino el valor que proclama la propia norma en virtud de la cual se establece la obligación de auxiliar a quien se encuentra en una concreta situación de peligro, en definitiva, una realidad meramente axiológica[7]. Y la omisión del deber de socorro, un puro delito de omisión consistente en la infracción voluntaria de la obligación de auxilio legalmente impuesta[8].

Este deber de solidaridad admite, no obstante, diversas modulaciones, pues puede ser entendido como una obligación que surge por el hecho de vivir en comunidad y con el fin de garantizar una seguridad, que quedaría desprotegida cuando, quien pudiendo prestar el auxilio, se abstiene de actuar sin modificar la situación de peligro[9], por lo que en tal caso la conducta típica se agotaría con la simple omisión de auxilio, en tanto que a través de ella habría quedado lesionado el deber de solidaridad.

Pero también cabe otorgarle a la solidaridad un valor más bien instrumental o funcional, como medio de proteger la vida y la integridad física, los cuales, sin embargo,

[4] GARZÓN VALDÉS, Cuadernos de historia de la filosofía de la Universidad de Alicante, DOXA nº3, 1986, p. 17.

[5] ZAFFARONI, Doctrina Penal Nazi. La dogmática penal alemana entre 1933 y 1945, Valencia 2017, p. 216.

[6] TORÍO LÓPEZ, ADPCP 1967, p. 590.

[7] TORÍO LÓPEZ, ADPCP 1967, pp. 589-590.

[8] CUELLO CALÓN, Derecho Penal II, Barcelona 1955, p. 737. Las SSTS 22-11-1989 y 13-3-1987, aluden a la infracción de un deber de solidaridad humana que el precepto penal eleva al rango de deber jurídico.

[9] RODRÍGUEZ MOURULLO, ADPCP 1973, pp. 514 y 517.

no serían objeto de tutela por el tipo penal[10]. Desde esta perspectiva, también la solidaridad constituye el bien jurídico protegido pero no como valor en sí mismo, como sucedía en la concepción anterior, sino como medio para la protección de la vida y la integridad física.

Y, por último, otras opiniones apuntan a que el objeto de protección es tanto la solidaridad como la vida e integridad física, pues con la lesión de la primera no se agotaría el contenido material del injusto en toda su extensión[11].

En el otro extremo, se sitúan quienes estiman que el bien jurídico protegido no es la solidaridad, sino la vida y la integridad física del que se encuentra en situación de peligro, que el omitente puede controlar. Se aduce, en apoyo de tal posición, que el ordenamiento no impone un deber genérico de solidaridad, sino solamente la obligación de actuar ante determinados bienes en peligro, por lo que serán éstos (la vida y la integridad) los bienes jurídicos objeto de tutela, y la omisión de socorro un delito de peligro sobre tales bienes[12].

Planteada así la cuestión y antes de tomar posición, es preciso verificar si la inclusión de la solidaridad como objeto principal de tutela, resulta compatible con el modelo de Estado liberal, en el que al priorizarse la libertad personal, los únicos deberes legítimos serían los de carácter negativo, es decir, los consistentes en abstenerse de menoscabar esferas de libertad ajenas, y donde no tendrían cabida los deberes positivos "generales", admitiéndose a lo sumo deberes positivos "especiales" derivados de la decisión libre del sujeto y en virtud de una relación contractual o una vinculación intersubjetiva específica, adquirida mediante la adopción de un determinado rol social[13]. Al respecto, uno de los mayores defensores del liberalismo, NOZICK, sostiene que para cumplir con el deber basta con omitir ciertas conductas (matar, robar), pues de esta forma se está respetando a los demás, y sólo actuando se pueden quebrantar los derechos ajenos, lo que no sucede cuando el sujeto se abstiene de intervenir, por lo que no existiría un derecho a que otros actúen para salvaguardar los intereses propios[14].

[10] PORTILLA CONTRERAS, Curso, pp. 359-360, 363. La STS 22-10-2015 declara que "la solidaridad, en cuanto mero valor ético-social, precisa ser concretada en su valor instrumental en la defensa de determinados bienes jurídicos individuales concretos".

[11] BLANCO LOZANO, La omisión de socorro en el Derecho Penal, 2009, pp. 91-92.

[12] COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, Derecho Penal, Parte Especial, Valencia 1990, p. 763; LAMARCA PÉREZ, en Derecho Penal, Parte Especial, coordinadora Lamarca Pérez, Madrid 2005, p. 175.

[13] ALCÁCER GUIRAO, ADPCP 2000, pp. 362-364.

[14] Anarchy, State und Utopia, Oxford, Basil Blackwell, 1974, citado por FARREL, La filosofía del liberalismo, Madrid 1992, p. 123.

Es por ello, que a primera vista parece que la legitimación de tales deberes positivos generales encontraría mejor acomodo en el seno de un modelo comunitarista, como alternativo al liberal, en el que los fines del Estado serían, además de la protección de la esfera individual, la promoción de los vínculos que permiten a los integrantes sentir que pertenecen a la comunidad, y por ello, en el delito de omisión de socorro se podría afirmar que el objeto de protección es la solidaridad como tal, porque a través de ella se mantienen o fomentan los vínculos de pertenencia a la comunidad[15]. Partiendo de tales premisas, la admisión del deber de socorro en un modelo liberal, pasaría por alcanzar un equilibrio entre solidaridad y autonomía, de manera que los intereses a proteger quedaran reducidos a los más esenciales para el desarrollo de la libertad individual, asegurando al obligado un margen de libertad a través de la cláusula de inexigibilidad ("sin riesgo propio"), tal y como se encuentra actualmente regulado[16].

De esta forma, los deberes no serían concebidos como fines en sí mismos, sino en un sentido teleológico, orientados a la protección de los bienes jurídicos considerados más valiosos, del mismo modo que actúan los deberes negativos consistentes en prohibir la lesión o puesta en peligro de tales bienes, siendo éste el fundamento del modelo del Estado social de Derecho[17]. En consecuencia, la omisión de socorro no se configura como un mero delito de infracción de deber, sino como una técnica de tutela anticipada de los bienes jurídicos comprometidos, esto es, la vida y la integridad física.

Pero, incluso desde una perspectiva estrictamente liberal, podría justificarse la existencia de un deber, con rango penal, de socorrer a quien se encuentra en peligro para su vida o integridad. En esta línea, FARREL propone un replanteamiento de los postulados básicos del liberalismo, centrados, como sabemos, en la libertad negativa. Al respecto, el citado autor razona que la maximización de la libertad positiva, esto es, el bienestar del grupo más aventajado, que en definitiva es la máxima aspiración del liberalismo, debe trasladarse al conjunto de la sociedad, a fin de que el grupo social adquiera una estabilidad de la que carece cuando los privilegiados son minoría, y que pueden ver truncados sus planes en una coyuntura asimétrica y, como tal, inestable[18].

Si trasladamos este argumento al objeto de nuestra reflexión, parece evidente que garantizar la seguridad a quien se encuentre en peligro, manifiesto y grave, para su vida

[15] ALCÁCER GUIRAO, ADPCP 2000, pp. 365-366, 368.
[16] ALCÁCER GUIRAO, ADPCP 2000, p. 411.
[17] GARZÓN VALDÉS, COXA nº3, 1986, pp. 31-32.
[18] La filosofía, p. 149.

o integridad, beneficia al conjunto de la sociedad, otorgándole una estabilidad que redunda en provecho de todos. Llevado hasta sus últimos extremos el argumento liberal, que vincula la no interferencia con la tolerancia, resultaría que quien pasa de largo ante quien se encuentra desamparado y en peligro manifiesto y grave, sería más tolerante que quien, como el buen samaritano, se ocupa de auxiliarlo[19], pero ni el más acérrimo defensor del liberalismo comprendería, de verse él mismo o un familiar allegado en trance de necesitar ayuda ajena ante un peligro grave para su vida o integridad, que un tercero pasase de largo pudiendo sacarle de tal situación con un simple movimiento[20] y, por ende, nadie querría que eso se convirtiese en una ley universal[21].

Con arreglo a lo razonado, se puede tomar posición sobre las cuestiones aludidas al principio. En lo que atañe al bien jurídico protegido, considero que es la vida y la integridad física de la persona desamparada y en peligro manifiesto y grave, configurándose el tipo penal como un delito de peligro, es decir, como la no realización de la acción que, en el caso concreto, se presenta adecuada para apartar al afectado de la situación amenazante en la que se encuentra. Y en cuanto a la legitimidad de tal exigencia, conforme se ha argumentado debe afirmarse, no sólo en el marco de un Estado Social, sino incluso, desde los postulados del Estado Liberal, siempre, eso sí, que se considere como objeto de tutela la vida y la integridad, quedando fuera del ámbito de protección los peligros para otros bienes diversos, como el patrimonio, el honor o la intimidad. Cuando la amenaza se proyecte sobre la libertad o libertad sexual, entonces la obligación de auxilio surgirá del art. 450 CP.

De ello se deriva una consecuencia, y es que el tipo penal no entra en aplicación cuando la actuación esperada se revela inidónea para mejorar la situación de la víctima, lo que precisará una valoración de las circunstancias concurrentes en el momento en que el omitente se encuentra con la situación y, desde luego, en los supuestos en los que la víctima ha fallecido. En tales casos, la acción esperada en nada habría afectado a la indemnidad del bien jurídico protegido, ello sin perjuicio de la posible responsabilidad

[19] GARZÓN VALDÉS, COXA nº3, 1986, p. 29.

[20] LEIBNIZ, Meditation sur la notion commune de la justice, en G.Mollet (editor), Mitteilungen aus Leibnizens ungedrückten Schriftens, Leipzig, p. 55, citado por GARZÓN VALDÉS, COXA nº3, 1986, p. 30.

[21] KANT, Grundlegung Metaphysik der Sitten (1956): Die Metaphysik der Sitten, en Werke (edición WilhemWerschedel), tomo IV, Dormstadt, p. 54, citado por GARZÓN VALDÉS, COXA nº3, 1986, p. 30.

por tentativa, si el omitente causó el accidente y se desentendió de la víctima sin comprobar previamente si seguía con vida[22] .

II. EL DESAMPARO.

Relacionado con lo anterior, se plantea si el delito surge únicamente cuando la víctima se encuentra en situación de desamparo, es decir, en ausencia de otras personas que pudieran prestarle la asistencia que precisa. Este problema se suscita, sobre todo, en los supuestos en los que, quien omite, ha causado –fortuita o imprudentemente- la situación de peligro para la víctima, en cuyo caso el art. 195.3 CP contempla una penalidad más agravada.

Desde antiguo, la jurisprudencia ha venido manteniendo que la circunstancia de que el suceso acaezca en un lugar donde hay otras personas que podrían prestar el socorro necesario, no desvirtúa la responsabilidad del causante del accidente. Denominador común a esta línea jurisprudencial, es la consideración de que el que provocó el accidente resulta gravado con un deber más intenso, que no le permite desentenderse de la víctima, con independencia de que otras personas estuviesen en disposición de prestar el auxilio. Se indica, al respecto, en la STS de 16 de octubre de 1970, que "el haber ocurrido el accidente en una calle pública, transitada por otras personas, no exime al culpable del deber de prestárselo a la víctima por él causada, aunque ésta no hubiera quedado totalmente desamparada, pues venía como consecuencia de su actuación dolosa, más obligado que nadie a paliar, o aminorar el mal producido, prestándole el deber de socorro correspondiente". En parecidos términos, la STS de 25 de enero de 1990, argumenta que quien provocó el accidente adquiere un deber personalísimo de auxilio, al que se añade el de reparación, que únicamente podría ceder si el responsable se ha asegurado de que ya hay en marcha auxilios más eficaces que el suyo[23].

[22] La STS 30-3-2021, absuelve de omisión de socorro al conductor que atropelló a la víctima lanzándola contra el arcén, a altas horas de la noche y en un paraje solitario, y sin preocuparse de su estado continuó la marcha. Frente a tal decisión, emite voto particular el Magistrado, Leopoldo Puente Segura, considerando que la idoneidad de la acción esperada debe enjuiciarse desde una perspectiva "ex ante" pues, "ex post", todas las tentativas son inidóneas. En el caso examinado y partiendo de los hechos que se declararon probados, afirma que "consciente el acusado de la existencia del atropello y de sus efectos aparentes, forzosamente hubo de representarse que la víctima se hallaba desamparada y en peligro manifiesto y grave, pese a lo cual resolvió ausentarse del lugar, negándole todo auxilio. Dicha conducta, valorada por él en ese momento y por cualquier observador que allí hubiera podido hallarse, resultaba objetivamente apta para lesionar el bien jurídico protegido (ya se tratara del deber general de solidaridad especialmente exigible al causante del siniestro; ya de la vida o de la integridad física de la víctima)".

[23] En el mismo sentido, SSTS 11-11-2004, 13-10-1992.

Por parte de la doctrina, se apunta que descartar el desamparo ante la presencia de otros posibles auxiliadores determinaría, en puridad, que todos ellos podrían justificar su inacción alegando que los demás podrían haber actuado, incurriendo así en una suerte de fraude de ley[24]. En consecuencia, tratándose de deberes positivos no divisibles, la responsabilidad por no atender al necesitado recae sobre todos los que están en condiciones de prestar el auxilio, sin que ninguno de ellos pueda desentenderse por el motivo de que quería dejar a los demás la posibilidad de de actuar[25].

Esta posición debe ser matizada. Por regla general, la situación de desamparo no decae cuando otras personas pueden prestar la asistencia necesaria, si bien partiendo de que el bien jurídico protegido es la vida y la integridad física de la víctima, es necesario contemplar el contexto en el que se producen los hechos. Así lo impone la modalidad del delito de fuga, introducida en el art. 382 bis del Código Penal tras la reforma operada por la Ley Orgánica 2/2019, de 1 de marzo, en el que se tipifica el abandono del lugar del accidente por el causante del mismo, en el que se haya producido muerte o lesiones, que devendría inaplicable en todos los casos de mantenerse la doctrina antes expuesta.

Partiendo de ello y a fin de determinar si la presencia de otras personas descarta el desamparo –y entonces se aplicaría el citado art. 382 bis- o no –en cuyo caso regiría el art. 195.3-, es preciso valorar si con ello quedan racionalmente aseguradas las expectativas de asistencia a la víctima. En la sociedad actual, en la que se dispone de suficientes medios de alerta y servicios rápidos de asistencia sanitaria y policial, la presencia de personas que se hayan percatado del accidente y muestren signos evidentes de hacerse cargo de la atención a la víctima, puede excluir el desamparo[26].

III. SUPUESTO AGRAVADO.

Tratamos ahora la responsabilidad del omitente en los supuestos en los que, tras causar la situación del peligro, se desentiende de la víctima la cual fallece como consecuencia del abandono. En el Código Penal, se contiene por un lado, en el art. 195.3, un supuesto agravado de la omisión de socorro cuando quien omite ha provocado, fortuita

[24] BLANCO LOZANO, La omisión, pp. 153-154; STS 23-9-1991.

[25] GARZÓN VALDÉS, COXA nº3, 1986, op.cit, p. 23.

[26] La STS 24-9-2012, declara al respecto que "cuando se está en un sitio tan concurrido como el escenario del accidente; cuando el responsable del hecho extrae de esa consideración la certeza de que no va a faltar el rápido aviso a los servicios sanitarios y el auxilio inmediato a las víctimas en tanto llega esa asistencia profesionalizada; y, además, puede intuir razonablemente que su aportación no sólo iba a resultar irrelevante, sino que además podía verse anulada por una instintiva reacción contra él de algunos de los presentes, no es desatinado negar la reprochabilidad penal de la conducta consistente en continuar su marcha".

o imprudentemente, la situación de peligro para la víctima y, por otro lado, el art. 11, apartado b), establece como fuente del deber de garante la creación de una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente.

Para el tratamiento de tales casos, un sector doctrinal minoritario afirma que, a través de la provocación de la situación de peligro, el sujeto se convierte en garante de la víctima, de manera que si pese a percatarse de la necesidad de auxilio no la atiende y fallece por falta de asistencia, responderá de delito doloso de homicidio, que absorberá al de omisión de socorro[27]. Al respecto, se matiza por algún autor que la posición de garante dependerá del carácter fortuito o imprudente del suceso generador de peligro para la víctima, de manera que solo en el segundo caso se responderá como garante, mientras que en el primero lo hará como omisión de socorro agravada[28], y ello sobre el argumento de que la conducta precedente imprudente sitúa al autor en posición de garante en virtud de la injerencia, de modo que la posterior omisión vendría a incrementar el riesgo de producción del resultado que finalmente se produce[29].

Desde posiciones más amplias, se afirma que todo comportamiento precedente genera la obligación de actuar como garante, pues en tales supuestos la situación de peligro surge como consecuencia de la configuración de su ámbito de organización por parte del causante, lo que le obliga a excluir del mismo a los demás[30]. De este modo, el deber de actuar como garante no se limitaría a los supuestos en los que la situación de peligro deriva de una actuación previa antijurídica, sino además cuando es consecuencia de una actuación ejecutada en el marco del riesgo permitido, siempre que, en este último caso, se trate de un riesgo superior al normalmente existente en el comportamiento cotidiano, y la persona afectada por el peligro haya adoptado las medidas de seguridad que le corresponde[31].

---

[27] TORÍO LÓPEZ, ADPCP 1967, pp. 601-602.

[28] HUERTA TOCILDO, ADPCP 1985, p. 45.

[29] HUERTA TOCILDO, loc.cit, pp. 54 y 56; COBO/VIVES, Derecho Penal, pp. 765-766; BACIGALUPO, ADPCP 1970, pp.43-45, requiere que el suceso se derive de la fuente de peligro que el autor debe encauzar y custodiar, dentro del ámbito espacial de dominio del peligro, y como consecuencia de una actuación contraria a deber.

[30] JAKOBS, Derecho Penal, Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación (traducido por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo), Madrid 1995, p. 974.

[31] JAKOBS, Derecho Penal, p.982-984; STRATENWERTH, Derecho Penal, Parte General I. El hecho punible (traducido por Gladys Romero), Madrid, 1982, pp. 298-299, fundamenta el deber de garante en el hecho precedente, en que el autor pudo prever el riesgo y evitarlo omitiendo el hecho o comportándose de otra manera, pero incluye igualmente los riesgos generales, de los que igualmente surgiría un deber de salvación aun cuando el sujeto hubiese actuado conforme a deber.

En relación con los citados riesgos que generarían el deber de actuar en concepto de garante, se incluirían los derivados del tráfico aéreo, ferroviario, caza, producción de sustancias o tráfico viario, pues si bien respecto de este último se pudiera afirmar que se trata de un riesgo cotidiano, lo cierto es que la legislación de seguros abarca únicamente al conductor sin que ello se condicione a que la víctima adopte medidas de protección, lo que evidenciaría que no se trata de un riesgo común, por lo que también en este ámbito el conductor es garante aun cuando el accidente se haya producido observando el cuidado debido[32], pero, al mismo tiempo, surge también para el peatón el deber de salvación si el accidente se ha producido por su imprudencia: quien cruza por lugar inadecuado, tiene el deber de salvar al motorista que cae al intentar esquivarle, pues la víctima organizó actos de aquél[33].

Y desde posiciones más restringidas, se sostiene que la posición de garante únicamente surgiría en los supuestos de creación intencional del riesgo, quedando por ello excluida cuando el mismo se produce sin que el causante lo previera ni tuviese el deber de preverlo, y si, en cambio, se generó imprudentemente, la situación es más grave que la que corresponde a la causación fortuita pero no tanto como aquella en la que se produce de modo intencional, por lo que la solución podría ser, bien aplicar el tipo agravado de la omisión pura, o bien atenuar la del delito de resultado correspondiente[34].

Desde otra perspectiva, se defiende que el resultado lesivo puede vincularse a la omisión posterior a la lesión, cuando el omitente esté gestionando un foco de peligro o los medios de protección de un bien jurídico ajeno[35]. A partir de tal planteamiento, se distingue entre "deberes de aseguramiento", relacionados con la gestión de los peligros en un ámbito sobre el que el sujeto ostenta competencia exclusiva, y "deberes de salvamento", que surgen una vez se ha provocado el peligro al gestionar la propia esfera, y que a diferencia de los primeros, gravan no sólo al causante sino a todos[36].

Conforme a lo expuesto, si la situación de peligro para la víctima se ha provocado imprudentemente al gestionar la propia esfera (atropello por excesiva velocidad), al

[32] RODRÍGUEZ MOURULLO, ADPCP 1973, pp. 513-514, en el ámbito del tráfico viario, considera en cambio que en ningún caso la injerencia determinará una posición de garante, precisamente porque todos los participantes asumen el riesgo general que el mismo implica.

[33] JAKOBS, Derecho Penal, pp. 984 y 986.

[34] MIR PUIG, Derecho Penal, Parte General, Barcelona 1985, p. 270.

[35] DOPICO, Omisión e injerencia en Derecho Penal, Barcelona 2016, p. 756; PORTILLA CONTRERAS, Curso, pp. 378-379.

[36] DOPICO, Omisión e injerencia, p. 777.

coincidir temporalmente la interferencia y la lesión no existe una previa asunción de protección ajena, y por tanto, no surge un deber de garante[37]. En cambio, quien por imprudencia encierra a otro en una habitación, sí estaría obligado como garante a liberarle, pues mientras la víctima está encerrada y hasta que se le saque se allí, su libertad continúa menoscabada, pendiendo sobre el causante un deber de aseguramiento y no un mero deber de salvación[38]. Lo mismo sucede cuando la invasión de la esfera ajena se ha realizado conscientemente. La diferencia entre el deber de aseguramiento y de salvamento, radica en que sólo en el primero el omitente tiene en sus manos la gestión de la esfera ajena[39].

Sin embargo, esta última propuesta no parece justificar suficientemente la razón por la que la invasión de la esfera ajena dolosa genera un deber de garante, y no la que se produce de forma imprudente. Si quien a atropella a otro por conducir de forma desatenta, no es responsable como garante, a la misma conclusión habría que llegar si el atropello es doloso, pues en ambos casos el daño se produce por la gestión de la propia esfera, y el peligro para la víctima aparece una vez que ha finalizado la actuación del causante. En mi opinión, para que surja un deber de aseguramiento, y no de mero salvamento, es preciso que concurra un dominio actual del riesgo que se crea o incrementa[40], y tanto si el atropello se ha provocado dolosa como imprudentemente, el peligro -y cuando hablamos de peligro, nos referimos al que surge con posterioridad al accidente, por ejemplo, desangramiento- ya no es dominado por el omitente con mayor intensidad que un tercero. En el caso del encierro sucede lo mismo: quien ha cerrado la puerta sin comprobar que no había nadie, no tiene un dominio mayor sobre el riesgo generado -encierro de la víctima- que cualquier otro que pase por allí y esté capacitado para abrir la puerta, salvo que el encierro se haya producido en un lugar del que solo tiene llave el que ha cerrado, en cuyo caso sí existiría un deber de aseguramiento y no de mera salvación.

Por tanto, me parece más convincente el criterio que atiende a una interpretación sistemática de los arts. 11 b) y 195.3 CP, conforme al cual pertenecerán al primero las

[37] DOPICO, Omisión e injerencia, pp. 798-799.
[38] DOPICO, loc.cit. p. 811.
[39] DOPICO, loc.cit, op.cit, pp. 793-794.
[40] PORTILLA CONTRERAS, Curso, pp. 378-379.

conductas precedentes dolosas y al segundo las imprudentes y fortuitas[41]. De acuerdo con ello, se pueden presentar varias situaciones.

En primer lugar, el ataque doloso con intención de matar que causa una herida grave, produciéndose la muerte por desangramiento al dejar a la víctima sola y desamparada, en cuyo caso se trataría de un homicidio activo sin que venga en aplicación la comisión por omisión, pues la muerte se imputa objetiva y subjetivamente, a la inicial acción agresiva y no a la posterior omisión de no socorrer[42].

Cuando, en cambio, el ataque doloso se dirige a lesionar y la víctima muere por falta de tratamiento de la herida al no recibir auxilio, entonces sí que surge la posición de garante con base en el art. 11 b) CP, puesto que del inicial comportamiento doloso surge una situación de peligro para la vida seguida de una posterior omisión, también dolosa, lo que permitiría la imputación objetiva y subjetiva del resultado mortal[43]. Ahora bien, no toda creación dolosa del riesgo coloca al causante en garante, sino que ello sucederá únicamente cuando el dolo haya abarcado el peligro en que quedará la víctima, de manera que quien en un paraje solitario empuja a otro, cayendo al suelo y golpeándose en la cabeza, lo que le produce una herida sangrante pese a lo cual abandona y fallece por desangramiento, en tal caso la situación de riesgo (impacto de la piedra contra la cabeza) no fue abarcada por el dolo, que sólo se proyectó sobre el empujón, por lo que en tal supuesto no sería de aplicación el art. 11 bis b) CP, sino el 195.3[44].

IV. OCASIONAMIENTO DEL PELIGRO.

Delimitados los supuestos en que resulta de aplicación el art. 195.3 CP, no plantea duda alguna el fundamento para imponer la agravación al que ha ocasionado imprudentemente el accidente, a través del cual la víctima precisa el auxilio. En cambio, la solución no parece tan clara cuando dicha situación de peligro se ha producido como consecuencia de una actuación del posterior omitente meramente fortuita y por ello, desprovista de dolo o imprudencia. En tal caso, el precitado artículo también grava con mayor intensidad a quien ha ocasionado el peligro para la víctima, aunque con una pena menor que la prevista para la causación imprudente. De este modo, quien interviene en el

[41] SÁNCHEZ TOMÁS, Comisión por omisión y omisión de socorro agravada, Barcelona 2005, pp. 131-201, 203.
[42] SÁNCHEZ TOMÁS, loc.cit, pp. 205-206.
[43] SÁNCHEZ TOMÁS, loc.cit, p. 211.
[44] SÁNCHEZ TOMÁS, loc.cit, pp. 215 y 218.

proceso causal determinante de la situación de auxilio para la víctima, contrae una especial obligación de asistencia respecto de terceros ajenos al suceso.

Así las cosas, es necesario plantearse qué debe entenderse por ocasionamiento de la situación de peligro, esto es, si basta con que el omitente se haya visto simplemente implicado en los hechos, o es necesario que haya configurado el proceso causal del siniestro, aun de forma penalmente no imputable. Un ejemplo ilustrará el problema: si el conductor de un vehículo, circulando correctamente, atropella a un viandante que se cruza de forma inopinada a su paso, ha causado fortuitamente la situación de riesgo para la víctima y resultaría especialmente obligado a auxiliarle. Pero la solución no parece tan nítida, si el accidente se produce cuando, estando el conductor detenido en un semáforo en rojo, llega un motorista y le colisiona por detrás, quedando herido. En este segundo caso, nos preguntamos si el accidente ha sido ocasionado por el conductor y, por ello, si está especialmente obligado a socorrer al motorista herido.

Inicialmente, la jurisprudencia excluyó del supuesto agravado los casos en los que el siniestro es por completo imputable a la víctima. Así, la STS 20 de junio de 1979, en un caso en el que la víctima salió de forma veloz e inopinada de entre varios vehículos estacionados al borde de la carretera, no pudiendo el conductor evitar su atropello, declaró no concurrente la agravación porque "no fue el automovilista el que causó u ocasionó el accidente tanto en sentido físico como en el jurídico y relevante de la palabra".

Sin embargo, esta doctrina no encontró continuidad, y la STS 5 de abril de 1983, consideró procedente la agravación pese a que el accidente se produjo cuando la víctima se echó encima del ciclomotor que conducía correctamente el acusado, argumentando que "es clara la causalidad, física, material u ontológica en el caso enjuiciado, pues tratándose de dos móviles –la niña y el automovilista- que se desplazan en direcciones convergentes, ambos tendrán que colisionar en un punto determinado, poniendo cada uno una condición necesaria al resultado". No obstante, la citada sentencia añade un fundamento ulterior, la causalidad adecuada, que estima también presente ante la manifiesta situación de vulnerabilidad en que se encuentran los peatones con respecto a los vehículos en el ámbito del tráfico viario, lo que justificaría la imputación objetiva al conductor y, con ello, la específica obligación de socorro pese a no ser penalmente reprochable su conducta.

En otro pronunciamiento, se exigió una intervención activa en la producción del accidente[45], aunque posteriormente, se estimó que la agravación alcanza no sólo a los que han realizado una aportación causal al evento, sino incluso al que ha participado en su producción[46], doctrina que se mantiene en la actualidad[47].

Acotado de este modo el objeto de la discusión, el problema radica en verificar si a los efectos de la agravación es necesario causar, o basta con colocar una condición que ha hecho posible el resultado lesivo del que surge el peligro para la víctima. Desde el punto de vista gramatical y según el diccionario de la RAE, "causar" se define como ser causa, razón y motivo de que suceda algo, así como ser ocasión o darla para que algo suceda, significado este último que coincide con el de "ocasionar", aunque respecto de este verbo se añade otro, consistente en poner en riesgo o peligro, con lo cual se introduce un cierto matiz axiológico, en base al cual no bastaría ya con haber puesto una mera condición, sino que sería preciso una actuación adecuada para producir el riesgo que luego se traduce en el resultado lesivo.

Al hilo de lo expuesto, considero que la cuestión debe resolverse a través de un correcto entendimiento de lo que es la causa de algo. En mi opinión, a efectos penales y no meramente naturalísticos, por causa debe entenderse aquella fuerza que, actuando externamente sobre algo (un objeto o una situación) produce su modificación[48], y por lo tanto, alude a una influencia exterior[49] activa, que deja fuera a las omisiones y a todas aquellas actuaciones que se han limitado a configurar el contexto en el que ha actuado la fuerza. Así, es posible diferenciar entre lo que es realmente causa de un resultado de lo que ha sido una mera ocasión propicia, en el sentido de que la primera es el agente que ha generado la modificación externa, mientras que la segunda es la que ha permitido

[45] STS 6-10-1989: "No importa el que la víctima fuera o no culpable en el accidente ni siquiera que ella tuviera incluso voluntad de autolesionarse o de quitarse la vida. Ninguna de estas circunstancias puede eximir a quien produce el suceso causante de esos daños respecto de su deber de auxilio inmediato con todos los medios a su alcance".

[46] STS 26-3-1992.

[47] STS 24-3-2022: "La redacción típica del delito de omisión de socorro expresa este requisito de forma suficiente y amplia, abarcando todos los supuestos en que la conducta del luego denegador del auxilio ocasionó la situación en que se colocó a la víctima, incluso aunque se tratara de un suceso fortuito o de culpa del propio perjudicado, o de otra persona".

[48] BUNGE, La causalidad: el principio de la causalidad en la ciencia moderna, p. 188.

[49] HORN, Konkrete Gefährdungsdelikte, 1973: "<<Causación>> se comprendería como un complejo estado de cosas, que tiene la propiedad de acarrear otro estado de cosas, al cual sucede en una <<determinada fuerza>>, <<que permite surgir y transcurrir las situaciones>> (subrayados en el texto original).

colocar al objeto afectado en unas determinadas coordenadas espacio-temporales en las que se ha producido su lesión[50].

Trasladando las precedentes consideraciones al tema que nos ocupa, en los supuestos antes mencionados únicamente en el primer caso se entiende que el conductor causa la situación en la que la víctima queda en peligro, por más que el siniestro sea enteramente imputable a ésta. En cambio, si el accidente se produce porque el lesionado embiste al vehículo correctamente detenido en un semáforo, el conductor del mismo no ha ocasionado la situación que determina la necesidad de auxilio para la víctima, aun cuando haya contribuido a configurarla. Llegados a este punto, empero, no encuentro razones político-criminales para gravar con un especial deber de auxilio al que ha causado el accidente, respecto del que se ha limitado a ser una mera condición del mismo, por lo que de "lege ferenda" debería suprimirse la agravación para el omitente que ha causado el accidente sin dolo ni imprudencia.

* * * * *

[50] CARACCIOLI, Manuale di Diritto Penale, 1998, p. 242.

Prof. Dr. Julio E. Chiappini
Prof. Titular de Alemán Jurídico. Universidad Nacional de Rosario (Argentina).
Socio de la FICP.

~La noción de *verdad* en el falso testimonio (art. 458 del Código Penal)~

I. DESDE EL DERECHO PENAL

El art. 458 del Código Penal español reprime al "testigo que faltare a la verdad en su testimonio judicial". En tanto que el art. 459 determina las penas por similar conducta para peritos e intérpretes.

La expresión *faltar a la verdad* es un coloquialismo[1]. *Faltar* entendido en su primera acepción como "dicho de una cualidad o de una circunstancia: no existir en lo que debiera tenerla". En rigor sintáctico, el testigo no falta a la verdad, sino que la verdad falta en su declaración.

Se trata de "la más típica de las acciones y consiste en un hecho positivo"[2]. A diferencia de la reticencia o silencio del art. 460.

Como conducta activa, implica necesariamente alguna manifestación por parte del agente. Faltar a la verdad se traduce en "una manifestación mendaz que -en todo o en parte- altera, silencia o manipula la veracidad de los hechos"[3].

Existen dos maneras en que puede faltarse a la verdad: afirmar lo falso como cierto; o negar lo verdadero. Lo que Labatut Glena llama "falsedad positiva o negativa"[4].

Afirmar lo falso consiste en "decir como verdadero lo que se conoce que no es tal. En el autor se da, pues, un fingimiento sobre lo que conoce o sobre lo que sabe"[5]. Asimismo, incurre en esta conducta quien "expresa como verdadero lo que no lo es"[6].

La afirmación falaz puede recaer directamente sobre los hechos. También puede serlo sobre el conocimiento o ignorancia del testigo respecto a esos hechos. Ejemplo de

---

1 CHIAPPINI, Julio E., Falso testimonio y soborno a testigos, Bogotá, Leyer, 2021, p. 68.
2 FONTÁN BALESTRA, Carlos, Tratado de derecho penal. Parte especial, Buenos Aires, La Ley, 2013, IV, p. 383.
3 POLAINO ORTS, Miguel, en POLAINO NAVARRETE, Miguel (director), Lecciones de derecho penal. Parte especial, Madrid, Tecnos, 2011, t. II, p. 403.
4 LABATUT GLENA, Gustavo, Derecho Penal. Parte especial, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1969, t. II, p. 118.
5 CREUS, Carlos, Delitos contra la administración pública, Buenos Aires, Astrea, 1981 p. 474.
6 CREUS, CARLOS/BUOMPADRE, Jorge Eduardo, Derecho penal. Parte especia, Buenos Aires, Astrea, 2007, t. 2, p. 365.

lo último es el testigo de oídas que declara haber presenciado lo ocurrido: "puede incurrir en falso testimonio cuando afirme que ha visto u oído una cosa ocurrida, pero que él no vio ni oyó"[7]. La mentira del testigo de oídas es relevante en cuanto magnifica injustificadamente la certeza de su conocimiento y confunde al juez respecto al valor que debe asignarle a su deposición.

Entretanto, *negar lo verdadero* "es una forma de afirmación falsa al revés, puesto que es afirmar que no es verdadero un hecho que se conoce como verdadero"[8]. La negación también supone comisión por acción, pues "supone un hacer, como supone, también, que se ha preguntado algo"[9]. "Por ejemplo, se le pregunta al testigo si vio a una persona determinada en un sitio, y responde que no a pesar de haberla visto"[10].

Una forma de negar lo verdadero es simular ignorancia de algo que se conoce. Los tan frecuentes "no sé, lo ignoro, no me consta, desconozco". En ese sentido, "el testigo se vuelve falsario cuando dice *no saber* algo que verdaderamente sabe. Esta no es *reticencia*, sino negación de la verdad"[11].

La distinción entre *afirmar lo falso* y *negar lo verdadero* no es sustancial y atañe simplemente al modo de expresión. Sobre un mismo hecho puede faltarse a la verdad de distintas formas e incluso con el mismo designio criminal. Por ejemplo, si dos testigos quieren beneficiar a un automovilista que cruzó un semáforo en rojo. El primero dice "el coche pasó en verde": afirma una falsedad. Y el otro sostiene "el auto no pasó en rojo": niega la verdad. En definitiva, ambos faltan a la verdad.

En los casos de las pericias falsas, es habitual que no se altere completamente la verdad, sino que se la relativice con inexactitudes o se informen resultados "no concluyentes" cuando en verdad existen datos positivos. Hipótesis contemplada por el art. 460.

II. DESDE LA FILOSOFÍA

Resulta preciso definir la verdad, antes que como elemento típico, como objeto o

---

7 MORENO (H.), Rodolfo, El Código Penal y sus antecedentes, Buenos Aires, Tommasi, 1923, t. VI, p. 315.

8 CREUS, Delitos contra la administración pública, p. 475.

9 FONTÁN BALESTRA, Tratado de derecho penal, p. 383.

10 GARCÍA ITURBE, Arnoldo, Delitos contra la cosa pública y contra la administración de justicia, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1969, vol. VIII p. 246.

11 CARRARA, Francesco, Programa de derecho criminal. Parte especial, Buenos Aires, Depalma, t. V, p. 258, § 2699.

valor vulnerado por el delincuente. La cuestión no es metajurídica ya que se trata de un concepto contenido en la ley; pero sí prejurídica, en cuanto requiere el auxilio previo de la ontología como rama de la filosofía.

CARNELUTTI explica que lo "*falso* es lo contrario de lo verdadero; es decir que, como *verdadero*, es atributo de un juicio, no de un hecho"[12]. Así, la falsedad que reprocha este delito se predica en relación al testimonio considerado *lato sensu*. Es el testimonio el que es verdadero o falso. El hecho no puede serlo. Un hecho simplemente *es*.

Los dichos útiles del testigo, del perito, del intérprete o de cualquiera que deponga en un proceso, son necesariamente *verdades de hecho*, en expresión de LEIBNIZ; o *juicios sintéticos*, como los llama KANT.

Por contraposición, las *verdades de razón* o los *juicios analíticos* son proposiciones categóricas, verdades *a priori*. "Todos los belgas son europeos". "Todos los elefantes son paquidermos". En los juicios analíticos, el predicado está comprendido necesariamente por el sujeto: *Bélgica* es un país de *Europa*; el concepto de *elefante* da por sentado que es un animal *paquidérmico*. Otros ejemplos: "Todo lo que es cuadrado tiene una forma". "Todo lo rojo tiene un color". "El todo es mayor que una de sus partes". "El hurto recayó sobre cosa mueble" es un juicio analítico desde que para las leyes del derecho penal, el hurto puede cometerse sólo sobre cosas muebles. "La hipoteca es sobre un bien inmueble" es otra verdad necesaria, en este caso de derecho civil. Las operaciones matemáticas son analíticas por excelencia, desde que una parte de la igualdad equivale a la otra: "2 + 2 = 4". El 2 + 2 conduce irremediablemente al 4; mientras que el resultado lleva ínsita la descomposición en dos mitades iguales.

Por eso, la contribución del testigo a un proceso sería bien magra si se limitara a decir: "El homicida fue una persona". Por lo contrario, lo que la prueba requiere son juicios sintéticos, verdades empíricas: "El sospechoso es un hombre alto y de pelo rubio". "El proyectil es de calibre 9 mm". "El asesino es MICHELE ANGIOLILLO". "El criminal huyó en un automóvil azul". En cambio, decir que "el asesino huyó alejándose" es una verdad *a priori*, ya que la misma noción de *huir* significa *alejarse*. Los juicios sintéticos *a posteriori* no son verdades universales: Michele Angiolillo no es el asesino en todos los casos de homicidio; ni todos los criminales huyen en autos azules; ni todas las balas son 9 x 19 mm *Parabellum*. Por ello es que la especificación es útil al proceso.

[12] CARNELUTTI, Francesco, Teoría del falso, Buenos Aires, El Foro, 2004, p. 22.

Los filósofos discuten sobre la posibilidad de *verdad* o *falsedad* de los juicios sintéticos. El estudio de dichas corrientes de pensamiento no nos incumbe en detalle ahora, por lo que distinguiremos sólo dos: el realismo y el idealismo. El primero adopta un criterio de correspondencia entre el objeto observado y el entendimiento del observador: *adequatio rei et intellectus*, en expresión del DOCTOR ANGÉLICO[13]. En cambio para el idealismo, en particular el criticismo, un juicio sintético no puede ser verdadero o falso más que en relación a sí mismo[14]. Si alguien que sufre de daltonismo dice que los colores de la bandera española son verde, azul y de nuevo verde, pues así los ve, para el idealismo dicha proposición será verdadera. Un realista, en tanto, dirá que es falsa.

Ya que la filosofía imbuye todas las ciencias, no es de extrañar que la misma discusión se suscite en el derecho penal, con dos nociones acerca de la *verdad*: una subjetiva o relativa (idealismo); otra objetiva o absoluta (realismo).

III. NOCIÓN SUBJETIVA DE LA VERDAD

PROTÁGORAS, uno de los mayores sofistas, es el personaje más representativo del subjetivismo en relación a la verdad: "El hombre es la medida de todas las cosas". "Lo que me parece a mí, es así para mí; lo que te parece a ti, es así para ti".

PLATÓN se ocupa del asunto en el *Teeteto*, haciéndole decir a SÓCRATES: "¿Diremos entonces, que el viento tomado en sí mismo es frío o no es frío? ¿O bien tendremos fe en PROTÁGORAS, que quiere que sea frío para aquel que lo siente, y que no lo sea para el otro? (…) Si las opiniones, que se forman en nosotros por medio de las sensaciones, son verdaderas para cada uno; si nadie está en mejor estado que otro para decidir sobre lo que experimenta su semejante, ni es más hábil para discernir la verdad ó la falsedad de una opinión; si, por lo contrario, como muchas veces se ha dicho, cada uno juzga únicamente de lo que pasa en él y si todos sus juicios son rectos y verdaderos, ¿por qué privilegio, mi querido amigo, ha de ser Protágoras sabio hasta el punto de creerse con derecho para enseñar á los demás y para poner sus lecciones a tan alto precio? Y nosotros, si fuéramos a su escuela, ¿no seríamos unos necios, puesto que cada uno tiene en sí mismo la medida de su sabiduría? ¿Será cosa que PROTÁGORAS haya hablado de esta manera para burlarse?

[13] SANTO TOMÁS distingue entre la verdad ontológica, más bien propia de la especulación. La verdad del ser. Y la verdad funcional: quiere saber para actuar conforme a la voluntad: II, II, q. 179.

[14] COLIN, Enrique, Manual de filosofía tomista, Barcelona, Luis Gili, 1962, t. II, p. 31: "El idealismo se funda principalmente en el principio de inmanencia, a saber, que *el pensamiento no puede entender, no puede conocer otra cosa que a sí mismo*, no puede versar sino sobre un objeto interior al sujeto que conoce".

No haré mención de lo que a mí toca en razón del talento de hacer parir a los espíritus. En su sistema este talento es soberanamente ridículo, lo mismo, a mi parecer, que todo el arte de la dialéctica. Porque ¿no es una insigne extravagancia querer examinar y refutar mutumente nuestras ideas y opiniones, mientras que todas ellas son verdaderas para cada uno, si la verdad es como la define PROTÁGORAS?".

En otro pasaje, SÓCRATES nota que la descripción de lo verdadero, a tenor de PROTÁGORAS, no depende de la sensación, sino de la memoria. La narración posterior no atiende a la percepción original, sino a su recuerdo. Tanto más vale ello para el falso testimonio, en que el deponente se pronuncia sobre hechos generalmente muy anteriores a la audiencia de prueba.

ARISTÓTELES prosigue la tónica de sus maestros: "la doctrina de PROTÁGORAS parte del mismo principio. (…) En efecto, si todo lo que pensamos, si todo lo que nos parece, es la verdad, es preciso que todo sea al mismo verdadero y falso. La mayoría de los hombres piensan diferentemente los unos de los otros. La misma cosa es por lo tanto y no es"[15].

La mayoría de la doctrina penal, no obstante la refutación de PLATÓN, se proclama secuaz de PROTÁGORAS. Así, NÚÑEZ: "la falsedad inherente al falso testimonio no consiste en la contrariedad a la verdad objetiva, sino que es esencialmente subjetiva"[16]. CREUS y BUOMPADRE: "lo falso no es lo contrario de lo exacto, no es una discordancia con los hechos, sino con lo que el agente percibió de tales hechos"[17]. CRIPPA GARCÍA: "en este delito la verdad no tiene, como en la vida, un sentido real y absoluto, sino un sentido ideológico y relativo"[18].

Lo más probable es que sin remontarse a las disputas helénicas, el error surja de seguir a ciegas la autoridad de CARRARA: "el criterio de la falsedad del testimonio no depende de la relación entre el *dicho* y la *realidad* de las cosas, sino de la relación entre el *dicho* y el *conocimiento* del testigo"[19].

SOLER incurre en el mismo relativismo aunque con mayores aclaraciones: "el testimonio consiste en la relación de hechos que han caído bajo los sentidos del sujeto, de manera que el relato versa, en realidad, sobre *las percepciones* que el testigo ha tenido.

---

15 ARISTÓTELES, Obras completas, Buenos Aires, Anaconda, 1947, t. II, p. 122.
16 NÚÑEZ, Ricardo C., Derecho penal argentino. Parte especial, Córdoba, Lerner, 1974, t. VII, p. 166.
17 CREUS/BUOMPADRE, Derecho penal. Parte especial, p. 367.
18 CRIPPA GARCÍA, Otto, El falso testimonio y las generales de la ley, Zeus 51, D-302.
19 CARRARA, Programa de derecho criminal, p. 257, § 2698.

El relato no se torna falso, no se puede calificar como falso, por su posible *discrepancia con los hechos*, sino por su *discordancia con las percepciones de los hechos*"[20]. Y abunda: "el relato no se torna falso, no se puede calificar como falso, por su posible *discrepancia con los hechos*, sino por su *discordancia con las percepciones de los hechos*. La falsedad no consiste, pues, en la discrepancia entre el relato y los hechos reales, sino en la discrepancia entre los hechos *referidos* y los hechos *sabidos*"[21].

Como puede verse a continuación, esta teoría confunde los elementos del tipo objetivo con el tipo subjetivo del falso testimonio. La noción de *verdad* pertenece a la objetividad del tipo; mientras que la mala percepción y el error que de ella resulta, pertenecen al terreno del dolo. Quienes adscriben al concepto subjetivo de la verdad, en el derecho penal, confunden *verdad* con *sinceridad*.

IV. NOCIÓN OBJETIVA DE LA VERDAD

"Hay falsedad, o porque las cosas no son realmente, o porque es imposible que sean"[22]. Y "el ser propiamente dicho es sobre todo lo verdadero; el no-ser lo falso. La reunión o separación de las cosas, he aquí lo que constituye la verdad o la falsedad de las cosas. Por consiguiente, está en lo verdadero el que cree que lo que realmente está separado está separado, que lo que realmente está unido está unido. Pero está en lo falso el que piensa lo contrario de lo que en circunstancias dadas son o no son las cosas. Por consiguiente, todo lo que se dice es verdadero o falso. No porque creamos que tú eres blanco, eres blanco en efecto, sino porque eres en efecto blanco, y al decir nosotros que lo eres, decimos la verdad"[23]. De modo que "decir de lo que es que no es, o de lo que no es que es, es lo falso; decir de lo que es que es, y de lo que no es que no es, es lo verdadero"[24].

Prosigue SANTO TOMÁS (*Suma Teológica*, p. I a, q. 16, art. 1): "AGUSTÍN dice: *La verdad es aquello con lo que se pone al descubierto lo que algo es.* E HILARIO dice: *Verdadero es el ser que desvela, que deja en evidencia.* Todo eso se refiere a la verdad en cuanto que está en el entendimiento. A la verdad de algo en cuanto relacionado con el entendimiento pertenece la definición de Agustín: *La verdad es la semejanza total con el principio; en ella no hay ninguna disimilitud.* Y aquella definición que da ANSELMO:

---

20 SOLER, Sebastián, Derecho penal argentino, Buenos Aires, TEA, 1992, t. 5, p. 306.
21 SOLER, Derecho penal argentino, p. 306.
22 ARISTÓTELES, Obras completas, p. 166.
23 ARISTÓTELES, Obras completas, p. 240.
24 ARISTÓTELES, Obras completas, p. 120.

Verdad es la rectitud sólo perceptible por la mente; pues coherencia es lo que concuerda con el principio. También la definición que da AVICENA: *La verdad de una cosa es la propiedad del ser que está afincado en ella.* Cuando se dice: *Verdad es la adecuación entre objeto y entendimiento,* esto incluye los dos aspectos indicados".

Tal el es criterio rector respecto a la verdad. Que comprende, ciertamente, la verdad testimonial.

Si un testigo asegura que a CÉSAR lo mató MARCO ANTONIO por la noche; otro, que murió a manos de OCTAVIO por la tarde; y otro, que BRUTO lo apuñaló por la mañana, es inconcebible que los tres digan la verdad. Al menos dos habrán afirmado una falsedad. *Faltado a la verdad*, en los términos de la ley. Lo que juega aquí el principio lógico de coherencia o no contradicción. Tampoco debe colegirse por ello que alguno de los testimonios sea verdadero, pues la verdad en sí no es una cuestión de lógica, sino un problema gnoseológico de conformidad entre un juicio y la situacion a que el juicio se refiere.

Apunta así ÁLVAREZ GARDIOL que "es importante distinguir la *verdad* de la *creencia*. Esta última es un estado psicológico, mientras que la verdad, tiene una cuota de objetividad que generalmente se apoya en pruebas que hacen a su justificación de una creencia en la verdad de una proposición. Lo verdadero, ya se trate de una cosa verdadera o de un juicio verdadero, es lo que está en concordancia, lo que concuerda y está en relación. Ser verdadero y ser verdad significan aquí *concordar entre sí* y de una doble manera: primero como acuerdo entre la cosa y lo que es presumible de ella, y de inmediato, como concordancia entre la cosa y lo que es significado por su enunciado"[25].

En ese sentido, existen "dos problemas: el de *en qué consiste la verdad*, y el de *cómo se determina si una afirmación es verdadera o no lo es* (o sea, cuál es el criterio para establecer si es verdadera o no lo es). Mediante las pruebas materiales y los testimonios, concluímos que la afirmación "X cometió el crimen" es verdadera; y con ello queremos decir que "X cometió el crimen" es una afirmación que concuerda con la realidad. La *búsqueda* de la verdad no consiste, efectivamnete, sino en acumular las representaciones y verificarlas las unas mediante las otras. Eso es la *búsqueda* de la verdad, pero no la verdad. Antes de verificar la acusación contra X, no sabemos si X es el criminal o si no lo es; pero sí sabemos que o es el criminal o no lo es. "X es el criminal"

[25] ÁLVAREZ GARDIOL, Ariel, El enigma de la verdad, Rosario, FunDeCiJu, 2017, p. 27.

nos coloca ante esta alternativa: "sí" o "no". No sabemos en cuál es los términos de la alternativa está la verdad; pero sabemos que está en uno de ellos"[26].

En relación al falso testimonio, acierta Marsich al adoptar esta posición: "la afirmación de la falsedad no consiste en una disconformidad entre la deposición y el conocimiento, lo cual podrá tener influencia a los efectos del elemento subjetivo, sino en la afirmación, ya sea explícita, ya sea implícita, de hechos o circunstancias objetivas en contraste total o parcial con la verdad"[27] real. CARNELUTTI, también, parece asumir el mismo criterio: "del verdadero y del falso es posible decir que el primero es *natural*, el segundo *artificial*... Y así el falso consiste en modificar lo que existe antes (el estado de hecho); la *inmutatio veri* es una *inmutatio naturae*"[28]. Y Mezger, con referencia al bien jurídico protegido: "el falso testimonio protege la administración de justicia a la cual le interesa la exactitud objetiva"[29]. La verdad es unívoca. Hay tanto una necesidad lógica, como judicial: la sentencia que tenga por ciertos hechos contradictorios es notoriamente arbitraria.

Las definiciones más completas de la problemática pertenecen a MUÑOZ CONDE: "la falsedad es un dato objetivo consistente en una contradicción entre lo declarado por el sujeto y la realidad (*teoría objetiva de la falsedad*). El juicio sobre la veracidad de la declaración es un juicio objetivo que debe realizarse con un criterio objetivo también: la comparación entre lo declarado y la realidad. Todo ello independientemente del error o de la ignorancia, de los conocimientos y saberes del declarante en cuestión cuya problemática afecta al tipo subjetivo"[30]. E igualmente a MATUS ACUÑA y RAMÍREZ GUZMÁN: "el delito sólo puede comprenderse desde un punto de vista que asuma la existencia de un concepto de verdad objetivo, como la correspondencia entre lo que se afirma de la realidad y la realidad misma, independientemente de la subjetividad de quien realiza la afirmación. La diferencia subjetiva entre lo que se cree real y la realidad, esto es, el error, excluirá la culpabilidad del delito por falta de dolo, pero no alterará el hecho

[26] FATONE, Vicente, Lógica y teoría del conocimiento, Buenos Aires, Kapelusz, 1951, p. 114.
[27] MARSICH, Piero, Il delito di falsa testimonianza, Padua, CEDAM, 1928, p. 119.
[28] CARNELUTTI, Teoría del falso, p. 37.
[29] MEZGER, Edmund, Derecho penal. Libro de estudio. Parte especial, Buenos Aires, Bibliográfica Argentina, 1959, p. 348.
[30] MUÑOZ CONDE, Francisco, Derecho penal. Parte especial, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, p. 812.

de la falsedad de la declaración"[31].

El testigo que afirma una falsedad en su deposición, indistintamente con dolo o con error, cumple con ello el tipo objetivo del falso testimonio. El error relevante, en el caso, es de tipo y recae sobre la circunstancia objetiva de *la verdad*.

Desde el aspecto subjetivo, lo falso puede ser dicho de modo intencional: mentira; o sin intención: error. El falso testimonio por acción, *faltar a la verdad*, corresponde sólo a la declaración falsa con conciencia de ello, es decir, a la mentira.

* * * * * *

[31] MATUS ACUÑA, Jean Pierre/RAMÍREZ GUZMÁN, Mª Cecilia, Manual de derecho penal chileno. Parte especial, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, p. 664. Los autores encuadran el error en términos causalistas.

Prof. Bernardino Díaz Rodríguez

Fiscal Sustituto de la Provincia de Guadalajara. Profesor Asociado de Derecho Penal de la Universidad Carlos III de Madrid. Socio de la FICP.

~Comentario a la STS 617/2022, de 22 de junio de 2022. Interpretación del artículo 89.3 del Código Penal. Expulsión sustitutiva y juicio en ausencia~

SUMARIO: I.- Introducción. II.- Regulación. III.- Hechos. IV.- Iter Procesal. V.- Postura del Ministerio Fiscal y Motivación de la Casación. VI. Interés Casacional de esta Sentencia. VII.- Recurribilidad de la Sentencia. VIII.- Conclusión del análisis de la Sentencia. IX.- Bibliografía. X.- Jurisprudencia.

I. INTRODUCCIÓN

Por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo se dictó con fecha 22 de Junio de 2022 la Sentencia 617/22, que vino a fijar que el juicio celebrado en ausencia no garantiza la audiencia en las condiciones de efectividad que reclama la lectura constitucional del Artículo 89 del Código Penal, y, en consecuencia, se desplaza la decisión definitiva a la fase de ejecución donde deberá realizarse la audiencia prevista en el Art. 89.3 del Código Penal. Siendo el Ponente de la misma Sr. D. Javier Hernández García.

II. REGULACIÓN

El artículo 89 objeto de estudio en la presente Sentencia, se encuentra recogido por nuestro Código Penal en el Capítulo III "De las Formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad y de la libertad condicional", del Título III "De las Penas", Sección 2ª "De la sustitución de las penas privativas de libertad". Hay que decir que el citado artículo ha sufrido hasta cinco modificaciones en un corto período de nuestra historia desde la primera llevada a cabo por la LO 10/1995 de 23 de Noviembre, hasta la última de realizada por la LO 1/2015 de 30 de Marzo. Reforma esta última que según la Circular 7/2015 de la Fiscalía General del Estado estaba condicionada al aumento considerable de la población extranjera que se encuentra recluida en los CIE españoles.

"La expulsión es una medida con origen administrativo que ha sido incorporada al bloque penal para agilizar su ejecución en beneficio de la política migratoria y económica dirigida por el Gobierno. Su regulación se hizo necesaria como consecuencia del movimiento migratorio que acogía España y otros países a partir de exigencias de la Comunidad Europea. En dicha regulación se ha venido diferenciando tradicionalmente

entre los extranjeros deseados y los no deseados en función de la situación administrativa y el aporte global que podían hacer al país"[1].

El artículo 89 del Código Penal fija como regla general la expulsión como medida sustitutiva de la pena de prisión, para cualquier extranjero que delinca, aun cuando se encuentre en situación legal en España. Dicha expulsión provoca la salida y prohibición de entrada en todo el territorio Schengen[2]. Esto va a suponer una restricción "en el derecho fundamental a la libertad de circulación y fijación de residencia establecido en el artículo 19 CE, aunque sea de manera temporal"[3].

El fondo de la presente Sentencia se baso en si se cumplió con lo establecido en el apartado 3 del Artículo 89 del Código Penal, donde se establece que el Juez o Tribunal deberá fijar en la sentencia la sustitución de la ejecución de la pena siempre que fuera posible y si no es así, deberá pronunciarse con la mayor urgencia, previa audiencia del Fiscal y de las partes, una vez que se declare la firmeza de la sentencia [4].

Poniendo de relieve que la Audiencia Provincial al resolver el recurso de apelación contra la Sentencia del Juzgado de lo Penal, manifestó que no tuvo lugar la existencia de esta imprescindible audiencia en condiciones de efectividad. Y esta última expresión es la que, determino que el TS dijera que no hay presencia, en el caso, de un trámite de audiencia que pueda colmar las exigencias del artículo 89 y, por lo tanto, procede la revocación de la sentencia en cuanto al acuerdo de sustituir la pena de prisión por la expulsión, sin perjuicio de que, en aplicación del apartado tercero de la norma, pueda desarrollarse el referido trámite de audiencia.

III. HECHOS

Como antecedentes de esta Sentencia nos encontramos como "… Se declara probado que sobre las 20:00 horas del día 2 de octubre de 2019, Marí Juana, nacional de

[1] GONZÁLEZ CASTRO, J.C. Análisis de las Circunstancias Jurídico-Penales que determinan la sustitución parcial o total de la pena privativa de libertad por la expulsión de los extranjeros. Universidad Pontificia de Comillas. Madrid Diciembre 2020. https://repositorio.comillas.edu/xmlui/handle/11531/50962

[2] Directiva 2001/40/CE, del Parlamento y del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países.

[3] GONZÁLEZ CASTRO, J.C. Análisis de las Circunstancias Jurídico-Penales que determinan la sustitución parcial o total de la pena privativa de libertad por la expulsión de los extranjeros. Universidad Pontificia de Comillas. Madrid Diciembre 2020. https://repositorio.comillas.edu/xmlui/handle/11531/50962

[4] Artículo 89.3 Código Penal: "El juez o tribunal resolverá en sentencia sobre la sustitución de la ejecución de la pena siempre que ello resulte posible. En los demás casos, una vez declarada la firmeza de la sentencia, se pronunciará con la mayor urgencia, previa audiencia al Fiscal y a las demás partes, sobre la concesión o no de la sustitución de la ejecución de la pena" https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444

Chile, mayor de edad y con antecedentes penales no computables, sin permiso de residencia en territorio español, y sin arraigo en España, en compañía de otro sujeto con el que actuaba de común acuerdo para la obtención de un beneficio patrimonial ilícito, acudieron al parking Saba sito en Paseo de Gracia 115 de Barcelona. Una vez en su interior, quebrantaron el vidrio de la ventana posterior del vehículo Audi Q5 matrícula ....DKF, propiedad de Amadeo y sustrajeron de su interior un ordenador portátil no NUM000 marca Microsoft y una Tablet PC NUM001 Apple modelo Ipad Pro. Como consecuencia de los hechos el vehículo sufrió desperfectos tasados en 300 euros. La acusada y su acompañante fueron sorprendidos a la salida del aparcamiento con los objetos sustraídos en su poder, portando también una linterna y una punta de hierro […]"[5].

IV. ITER PROCESAL

La presente Sentencia tiene su origen en las Diligencias Urgentes nº 146/2019 seguida y tramitada por el Juzgado de Instrucción núm. 3 de Barcelona, siendo dictada Sentencia en fecha 11 de Diciembre de 2020 en el Procedimiento Abreviado núm. 458/2019, por el Juzgado de lo Penal núm. 3 de Barcelona, donde se "…condenó a Marí Juana, como autora criminalmente responsable de un delito de robo con fuerza en establecimiento abierto al público, en grado de tentativa, de los artículos 237, 238.2 y 241.1 del Código Penal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de prisión de un año y dos meses, con la inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, si a ello tuvieren derecho, y con sustitución de la pena de prisión por la expulsión del territorio español y prohibición de regreso al mismo por un periodo de seis años; con abono de las costas del procedimiento. Condeno a Marí Juana a que en vía de responsabilidad civil indemnice a Amadeo en la cantidad de 300 euros más intereses legales, a salvo acreditación por el mismo en fase de ejecución de sentencia, que ha sido indemnizado por los desperfectos en su vehículo. Acuerdo la destrucción de las herramientas consignadas como objetos intervenidos […]"[6].

Interpuesto recurso de apelación por parte de la representación procesal de la condenada Marí Juana, por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Barcelona, se dictó Sentencia en fecha 7 de mayo de 2021, resolviendo Recurso de Apelación (Rollo de

[5] STS 617/2022, de 22 de Junio de 2022, Recurso Casación nº 3647/2021. Ponente Sr. D. Javier Hernández García. STS 2686/2022 - ECLI:ES:TS:2022:2686

[6] STS 617/2022, de 22 de Junio de 2022, Recurso Casación nº 3647/2021. Ponente Sr. D. Javier Hernández García. STS 2686/2022 - ECLI:ES:TS:2022:2686

Apelación Penales rápidos 62/2021), donde se "ESTIMO PARCIALMENTE el recurso de apelación interpuesto por la representación de Marí Juana contra la Sentencia de fecha 11 de diciembre de 2020 del Juzgado de lo Penal no 3 de los de Barcelona, de que dimana el presente rollo, debemos. REVOCAR dicha resolución, en el sentido de dejar sin efecto la sustitución de la pena de prisión impuesta por la expulsión de España de la acusada y recurrente, sin perjuicio de que se resuelva sobre la procedencia de dicha sustitución en la fase ejecución de la Sentencia; declarando de oficio las costas procesales causadas en esta alzada..."[7].

El Ministerio Fiscal presentó recurso de casación contra la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona.

V. POSTURA DEL MINISTERIO FISCAL Y MOTIVACIÓN DE LA CASACIÓN

El Ministerio Fiscal alegó un único motivo de casación, por infracción de ley, al amparo del número 1 del artículo 849 de la LECrim., por indebida inaplicación del Art. 89.1 del Código Penal, al considerar que se había infringido el régimen legal regulador de la imposición de la medida de expulsión como sustitutiva de la pena de prisión, por la decisión del juez de instancia de que la celebración del juicio en ausencia de la acusada no garantiza la audiencia establecida en el artículo 89 del Código Penal, debiendo decidir sobre la sustitución en la fase de ejecución, previa audiencia de la misma. El Ministerio Fiscal entendía que la acusada era conocedora de las penas por las que podía ser condenada, habiendo sido citada al juicio en legal forma, personalmente y con los apercibimientos de que el mismo se podría celebrar en su ausencia, pudiendo haber acudido a la vista de juicio oral para ser oída, por lo que no está justificada que se resuelva en la fase de ejecución de sentencia.

La representación procesal de la penada solicitó la inadmisión del recurso.

VI. INTERÉS CASACIONAL DE ESTA SENTENCIA

Según el Ministerio Fiscal se considera infringido el régimen legal que regula la imposición de la medida de expulsión como sustitutiva de la pena de prisión. El gravamen lo identifica con la decisión por la que se deja sin efecto el pronunciamiento adoptado por

[7] STS 617/2022, de 22 de Junio de 2022, Recurso Casación nº 3647/2021. Ponente Sr. D. Javier Hernández. STS 2686/2022 - ECLI:ES:TS:2022:2686

el juez de instancia en cuanto se considera que el juicio celebrado en ausencia no garantiza la audiencia en las condiciones de efectividad que reclama la lectura constitucional del artículo 89 CP y, en consecuencia, se desplaza la decisión definitiva a la fase de ejecución donde deberá realizarse la audiencia prevista en el artículo 89. 3º CP.

Afirma el TS que la adopción de la medida de expulsión sujeta a las exigencias del principio acusatorio deberá venir precedida de la correspondiente audiencia, en condiciones efectivas de defensa y no deberá ser adoptada cuando "a la vista de las circunstancias del hecho y las personales del autor, en particular su arraigo en España, la expulsión resulte desproporcionada"[8].

Como ya se ha indicado anteriormente, la decisión relativa a la procedencia de la expulsión debe ser adoptada, preferiblemente, en la propia sentencia (art. 89.3 CP), cuando sea posible y si no lo es, cuando se declare la firmeza de la sentencia, deberá resolverse, previa audiencia del Ministerio Fiscal y de las partes. Aún así, el legislador establece que el juzgador debe adoptar su decisión en sentencia.

Aunque, "resulta factible, y aun frecuente, sin embargo, que el acusado, con el designio de evidenciar su arraigo en nuestro país, aduzca en el juicio la existencia de determinadas actividades profesionales, de vínculos familiares o de cualesquiera otras circunstancias relevantes que, no obstante, por diferentes razones, no pudieran ser acreditadas en ese momento. En tales casos, careciéndose de elementos bastantes para adoptar la decisión en sentencia, aquella deberá ser pospuesta al período de ejecución en el que, siempre con intervención de las partes, y a partir de los elementos probatorios que pudieran ser aportados, deberá ser adoptada"[9].

En el presente caso, el juicio se celebró en ausencia de la acusada, sin objeción alguna por parte del juez de primera instancia, ni la audiencia provincial, por lo que si se entiende que se puede celebrar el juicio, practicar la prueba, determinar los hechos, así como su calificación jurídica e imponer la pena, con su ausencia, no es entendible que no sean aplicables esas condiciones en cuanto a la sustitución de la pena de prisión por la expulsión.

Así, partimos de que en la calificación provisional del Ministerio Fiscal constaba la petición de expulsión, por lo que la acusada tenía conocimiento de la misma, pudiendo

[88] Artículo 89.4 Código Penal. https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444

[9] STS 617/2022, de 22 de Junio de 2022, Recurso Casación nº 3647/2021. Ponente Sr. D. Javier Hernández García. STS 2686/2022 - ECLI:ES:TS:2022:2686

haberse opuesto en el acto del juicio realizando alegaciones y solicitando la práctica de la prueba que evitase su expulsión, por lo que se cumplió con el trámite de audiencia, con independencia de que la acusada no compareciese.

El TS estimo parcialmente el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 6ª, de fecha 7 de mayo de 2021, por la que estimaba en parte el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de 11 de diciembre de 2020 dictada por el Juzgado de lo Penal número 3 de Barcelona, que se casa y anula.

Y ello por una razón esencial: la Sra. Marí Juana recurrió ante la Audiencia la sustitución de la pena por expulsión ordenada por el Juzgado de lo Penal por lo que tiene derecho a un pronunciamiento de fondo sobre lo pretendido. Alcance de la estimación parcial del recurso que se precisará en la segunda sentencia[10].

VII. RECURRIBILIDAD DE LA SENTENCIA

El Pleno de la Segunda del TS, se tuvo que plantear como cuestión previa la admisibilidad del recurso de casación formulado por el Ministerio Fiscal, lo que motivo que se diera un voto particular por determinados miembros de la Sala, al considerar que el recurso afectaba a una cuestión de estricta naturaleza procesal y, en esa medida, resultaba irrecurrible en casación de conformidad a lo previsto en el Artículo 847.1 b) de la LECrim que solo contempla contras las decisiones de las Audiencias que resuelven recurso de apelación por infracción de ley penal sustantiva del Art. 859.1 de la LECrim. Frente a este voto particular la posición mayoritaria descarta, sin embargo, todo óbice. La recurribilidad de la decisión de la Audiencia Provincial se justifica por la naturaleza sustantiva del gravamen.

Siendo esta cuestión que no afectaba en modo alguno al fondo del asunto que se ha analizado en el presente comentario de la indicada Sentencia[11].

[10] STS 617/2022, de 22 de Junio de 2022, Recurso Casación nº 3647/2021. Ponente Sr. D. Javier Hernández García. STS 2686/2022 - ECLI:ES:TS:2022:2686

[11] STS 617/2022, de 22 de Junio de 2022, Recurso Casación nº 3647/2021. Ponente Sr. D. Javier Hernández García. STS 2686/2022 - ECLI:ES:TS:2022:2686

VIII. CONCLUSIÓN DEL ANÁLISIS DE LA SENTENCIA

Se da por descontado que la adopción de la medida de expulsión sujeta a las exigencias del principio acusatorio, deberá venir precedida de la correspondiente audiencia, en condiciones efectivas de defensa. Y no deberá ser adoptada cuando a la vista de las circunstancias del hecho y las personales del autor, en particular su arraigo en España, la expulsión resulte desproporcionada (artículo 89.4).

La decisión relativa a la procedencia de la expulsión debe ser adoptada, preferiblemente, en la propia sentencia, tal y como lo expresa el artículo 89.3 del Código Penal.

Cuando no lo fuera, declarada firme la sentencia, deberá procederse a resolver la cuestión, previa audiencia del Fiscal y de las demás partes.

Por lo general el acusado, con la intención de probar su arraigo en el país, alegará en el juicio la existencia de determinadas actividades profesionales, vínculos familiares o de cualesquiera otras circunstancias relevantes que por diferentes razones, no pudieran ser acreditadas en ese momento, por lo que al carecer de elementos suficientes para adoptar la decisión en sentencia, se pospondrá a la fase de ejecución.

Sin embargo, considera la Audiencia Provincial que no tuvo lugar la existencia de esta imprescindible audiencia en condiciones de efectividad. Y esta última expresión es la que, determino que el TS dijera que no hay presencia, en el caso, de un trámite de audiencia que pueda colmar las exigencias del artículo 89 y, por lo tanto, procede la revocación de la sentencia en cuanto al acuerdo de sustituir la pena de prisión por la expulsión, sin perjuicio de que, en aplicación del apartado tercero de la norma, pueda desarrollarse el referido trámite de audiencia.

Conforme señala la STS analizada, en consecuencia, no hay razón normativa para diferir la decisión sobre la expulsión al trámite de ejecución previsto en el artículo 89.3 CP porque se han satisfecho todas las condiciones de audiencia exigidas por la norma.

IX. BIBLIOGRAFÍA

Directiva 2001/40/CE, del Parlamento y del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países.

GONZÁLEZ CASTRO, J.C. Análisis de las Circunstancias Jurídico-Penales que determinan la sustitución parcial o total de la pena privativa de libertad por la expulsión de los extranjeros. Universidad Pontificia de Comillas. Madrid Diciembre 2020.

X. JURISPRUDENCIA

STS 617/2022, de 22 de junio de 2022, Recurso Casación nº 3647/2021. Ponente Sr. D. Javier Hernández García.

STS 792/2008, de 4 de diciembre de 2008. Recurso Casación nº 552/2008. Ponente Sr. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.

STS 479/2014, de 3 de junio de 2014. Recurso Casación nº 24/2014. Ponente Sr. D. Andres Palomo del Arco.

* * * * *

Consuelo Domingo Muñoz
Juez Sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana.
Socia de la FICP.

~El nuevo tipo delictivo del artículo 172 quater del Código Penal~

Resumen.- En este trabajo se ahonda en el nuevo delito del artículo 172 quater del Código Penal introducido por la LO 4/2022, de 12 de abril, que otorga relevancia penal a actuaciones de acoso con fin de influir en la resolución de una persona que ha decidido interrumpir voluntariamente un embarazo, lograr que cambie su voluntad y cese en dicha determinación. Además se hace una breve mirada histórica al tratamiento penal del aborto en la legislación española desde el franquismo a la actualidad.

Palabras Clave.- Aborto, Constitución Española, "nasciturus", libertad, vida, acoso, intimidación.

I. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS SOBRE LAS CONDICIONES DE LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO.

Como señala BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.[1] en la España durante la dictadura franquista e influida por el Código Penal italiano de 1930, conocido como Código Rocco por su redactor Alfredo Rocco, ministro del Gobierno de Mussolini, se produce una legislación para tutelar el interés demográfico del Estado.

Así, la Ley de 24 de enero de 1941 para la protección de la natalidad contra el aborto y la propaganda anticoncepcionista[2]derogó los artículos 417 a 420 del Código penal republicano de 1932 sobre el delito de aborto.

En dicha norma se agravó el castigo del aborto, pudiendo en los casos de resultado de muerte (arts. 4 y 5), llegarse a imponer la pena capital, si el autor estaba incluido dentro del círculo de parientes del parricidio, además se penalizó la expedición y propaganda de abortivos y todo género de propaganda anticoncepcionista (arts. 10 a 14).

En la Ley de 24 enero de 194, en su artículo primero, se castigaba todo aborto que no fuera espontáneo y se definía el aborto incluyendo tanto la expulsión prematura y violentamente provocada del producto de la concepción, como su destrucción en el seno de la madre.

Sobre dicha premisa legislativa fue regulado el delito de aborto en los posteriores Códigos Penales del periodo franquista, el de 1944, 1963 y el de 1973.

[1] BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. Derecho represivo en España durante los periodos de la guerra y la posguerra (1936- 1945), Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid Monográfico 3, 1981, págs. 110-111.
[2] BOE Nº 33 de 2-2-1941.

El Código Penal de 1973[3] castigaba en sus artículos 411 a 417 el aborto conforme a la anterior regulación del Código Penal de 1963, tanto en las descripciones típicas como en la penalidad.

II. REGULACIÓN DEL ABORTO TRAS LA CONSTITUCIÓN DE 1978.

Tras la promulgación de la Constitución Española de 1978, y habida cuenta de la tutela constitucional al derecho a la vida contenido en el artículo 15[4], se genera un intenso debate doctrinal sobre la colisión de derechos que puede implicar el aborto y su punición penal, especialmente entre el derecho a vida en formación de los aún no nacidos y los derechos a la vida, dignidad, salud, intimidad personal y libertad de la mujer embarazada, incluyendo la libertad sexual y reproductiva.

Algunos autores[5] consideran que la expresión "todos" del precepto constitucional incluye al "nasciturus", pues caso de haber indicado "toda persona" sí que estaría excluido por no reunir los requisitos del artículo 30 del Código Civil, a cuyo tenor la personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno, por ello el "nasciturus" es persona desde la primera fase embrionaria y fetal, siendo una realidad que debería ser reconocida y protegida por el Derecho positivo, abandonando concepciones antiguas de la persona y dando una mayor amplitud al concepto jurídico en concordancia con el artículo 10 de la Constitución Española, y, así reconociéndole como sujeto titular de los derechos inherentes al ser humano.

Otros autores[6], entendían que el "nasciturus" no puede ser titular de derechos constitucionalmente protegidos y, a estos efectos, la mujer tiene derecho a disponer libremente de su cuerpo, incluyendo lo que en él se desarrolla.

[3] Publicado por Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, texto refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre. BOE núm. 297, de 12 de diciembre de 1973

[4] Artículo 15 CE: *"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. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra"*

[5] CALVO MEIJIDE, A. El nasciturus como sujeto del derecho. Concepto constitucional de persona frente al concepto pandectista-civilista, Cuadernos de Bioética, 2004, Págs. 91-93.

[6] DÍEZ PICAZO, L.: Comentario al artículo 30 del Código Civil, en: Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, dir.. por M. ALBALADEJO, Edersa, Madrid,1978, pág. 811; LACRUZ VERDEJO, J.L./ SANCHO REBULLIDA, F. DE A./ LUNA SERRANO, A./DELGADO ECHEVARRÍA, J./RIVERO HERNÁNDEZ, F./ RAMS ALBESA, J.: Elementos de Derecho Civil I, vol. 2º, Personas, 3ª ed. Revisada y puesta al día por J. DELGADO, Dykinson, Madrid, 2002, pág. 15.

En este sentido citar también el voto particular del Magistrado D. Francisco Tomás y Valiente en la Sentencia del Tribunal Constitucional nº 75/1984, de 27 de junio[7].

La tesis intermedia es la que castiga el aborto por regla general, pero lo permite en ciertos casos, bien según un sistema de plazos, es decir, antes de que transcurra un determinado período de tiempo a petición de la mujer, que se concreta generalmente las 12 primeras semanas, pues biológicamente a partir de este plazo el embrión pasa a convertirse en feto; o bien mediante un sistema de indicaciones, a saber, cuando concurran determinadas circunstancias, siendo en la denominada indicación médica el peligro para la vida o salud de la mujer; en la ética su dignidad y en la indicación eugénica, el evitar el nacimiento con graves taras físicas o psíquicas.

Mediante modificación operada en el Código Penal por la Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio, de reforma del artículo 417 bis del Código Penal[8], se introdujo en España el sistema de las indicaciones en su artículo 417bis que proclamaba la no punibilidad del aborto en los supuestos tasados que recoge y con los requisitos de ser practicado por un médico, o dirigido por éste, en centro o establecimiento sanitario, tanto público como privado, pero que esté acreditado y que se practique con consentimiento expreso de la embarazada.

En el primer párrafo del precepto se contiene la indicación terapéutica, es decir, si es necesario para evitar un grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la embarazada, debiendo constar tales circunstancias en un dictamen emitido con

[7] Tribunal Constitucional (Sala Segunda). Sentencia núm. 75/1984, de 27 de junio, *"…El feto y, antes, el embrión no son persona humana, sino mera «spes hominis». El embrión y el feto no son titulares de derechos fundamentales, por el artículo 15 CE no les atribuye personalidad, rigiendo a tal efecto el artículo 29 del Código Civil para el que «el nacimiento determina la personalidad». Quien no es persona no puede ser, no es, titular de derechos; ni de derechos fundamentales, artículo 15 CE, ni de derechos civiles. La «fictio iuris» en favor del «nasciturus» contenida en el segundo inciso del artículo 29 del Código Civil es necesaria precisamente porque el feto no es persona. Por lo que concierne a la nacionalidad española, el artículo 11.1 CE dice que se adquiere «de acuerdo con lo establecido por la Ley», lo que equivale a una remisión, entre otros preceptos, al citado artículo 29, inciso primero, del Código Civil. Antes del nacimiento no hay persona ni hay nacionalidad atribuible a lo que, después, será persona. No hay fetos dotados de nacionalidad española, ni embriones ingleses o uruguayos. No puede hablarse de «vida española», salvo que sustituyamos el lenguaje jurídico, vocado a la precisión, por el metafórico. El aborto, aunque sea delito en todo caso (afirmación cuestionable en España después de la Constitución, dada la muy dudosa constitucionalidad del artículo 411 del Código Penal, que aquí no es posible examinar), y aunque lo cometa un español en otro país, jamás puede ser cometido contra otro español (entendiendo por tal al feto), porque el embrión o el feto de madre española no tiene nacionalidad española puesto que no es persona. La interpretación del 339 LOPJ realizada por la Sala Segunda en el párrafo antes transcrito no es admisible a la luz de la Constitución, que es la norma desde la cual (y no desde la sedicente «justicia material») hay que interpretar el resto del ordenamiento jurídico…".*

[8] BOE número 166, de 12 de julio de 1985

anterioridad a la intervención por un médico de la especialidad correspondiente, distinto de aquel por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto.

Además, si hay urgencia por riesgo vital para la gestante, podrá prescindirse del dictamen y del consentimiento expreso.

El segundo supuesto es el denominado ético, cuando el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo de delito de violación del artículo 429, siempre que el aborto se practique dentro del periodo de las doce primeras semanas de gestación y que el hecho delictivo se haya denunciado.

Y el párrafo tercero contiene la denominada indicación eugenésica, cuando se presuma que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas, en tanto que el aborto se practique en el periodo de las veintidós primeras semanas de gestación y que el dictamen, realizado antes de la práctica del aborto, sea emitido por dos especialistas de centro o establecimiento sanitario, público o privado que sea de los acreditados al efecto, y distintos de aquel por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto.

Además, en cualquier caso, se recoge en el precepto que en los casos previstos en el mismo no será punible la conducta de la embarazada, y ello aunque el aborto no se realice en un centro o establecimiento público o privado de los acreditados a los efectos o no se hayan emitido previamente los dictámenes médicos exigidos legalmente.

Como indica MARÍN GÁMEZ, J.A.[9], por primera vez en España, se despenalizaba el aborto con esta nueva ley, ello supuso un gran para adaptar la punibilidad de la interrupción voluntaria del embarazo a los requerimientos constitucionales ya que reconoció la preeminencia de los derechos fundamentales de la mujer en ciertas situaciones de necesidad o de no exigibilidad de otra conducta y se tomaron ciertas garantías para la protección del bien jurídico constitucional que es la vida embrionaria fuera de tales supuestos.

No obstante, siempre debería quedar preservado el derecho a la objeción de conciencia del profesional sanitario.

[9] MARÍN GÁMEZ, J.A ., Aborto y Constitución, Universidad de Jaén, 1ª Edición, Jaén, 1996, págs. 135-136.

III. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (PLENO) NÚMERO 53/1985, de 11 de abril.

La LO 9/1985 de 5 de julio introdujo el sistema de las indicaciones, adaptando a su texto las exigencias del Tribunal Constitucional, que había declarado inconstitucional el Proyecto de Ley Orgánica de reforma del artículo 417 bis del Código penal, reconociendo el deber de proteger la vida y la integridad física del concebido y el Tribunal Constitucional (Pleno) en su sentencia núm. 53/1985, de 11 de abril, analizando el alcance del artículo 15 de la Constitución Española.[10]

La Sentencia 53/1985 de 11 de abril, del Tribunal Constitucional, declaró inconstitucional el Proyecto, pero no porque considerara contraria a la Constitución la despenalización del aborto en los supuestos de conflicto recogidos en las indicaciones, ya que concluyó que tal Proyecto no recogía todas las medidas que serían necesarias para evitar que el "nasciturus" quedara desprotegido en tales casos, indicando al legislador de modo expreso que cautelas a adoptar para evitar tal situación[11].

Las indicaciones, tal y como están formuladas, representan causas de atipicidad, que se inspiran en principios similares a los que presiden el estado de necesidad, el ejercicio legítimo de un derecho o el ejercicio legítimo de una profesión. Tal conexión sólo se refleja en la conducta de la embarazada o del personal sanitario y en estos casos es esencial determinar la «legitimidad del ejercicio» a través de la interpretación de los requisitos para la exención según los valores constitucionales.[12]

---

[10] (la *vida) "es un concepto indeterminado sobre el que se han dado respuestas plurívocas no sólo en razón de las distintas perspectivas (genética, médica, teológica, etc.), sino también en virtud de los diversos criterios mantenidos por los especialistas dentro de cada uno de los puntos de vista considerados", y partía de una noción básica de la vida precisando que "la vida humana es un devenir, un proceso que comienza con la gestación, en el curso de la cual una realidad biológica va tomando corpórea y sensitivamente configuración humana, y que termina en la muerte; es un continuo sometido por efectos del tiempo a cambios cualitativos de naturaleza somática y psíquica que tienen un reflejo en el status jurídico público y privado del sujeto vital…dentro de los cambios cualitativos en el desarrollo del proceso vital y partiendo del supuesto de que la vida es una realidad desde el inicio de la gestación, tiene particular relevancia el nacimiento, ya que significa el paso de la vida albergada en el seno materno a la vida albergada en la sociedad, bien que con distintas especificaciones y modalidades a lo largo del curso vital…previamente al nacimiento tiene especial trascendencia el momento a partir del cual el nasciturus es ya susceptible de vida independiente de la madre, esto es, de adquirir plena individualidad humana…(la vida)no puede desprotegerla en aquella etapa de su proceso que no sólo es condición para la vida independiente del claustro materno, sino que es también un momento del desarrollo de la vida misma…constituye un bien jurídico cuya protección encuentra en dicho precepto fundamento constitucional"*.

[11] ROPERO CARRASCO, J. La insuficiencia del sistema de indicaciones en el delito de aborto, ADPCP, Vol. LVI, 2003, pág. 214.

[12] ROPERO CARRASCO, J. Obra citada, página 249

Con posterioridad, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado reiteradamente a favor de la no titularidad del "nasciturus" del derecho a la vida aunque sí le ha otorgado carácter de bien jurídicamente protegido[13].

IV. CÓDIGO PENAL DE 1995.

El Código Penal de 1995[14], en su Disposición Derogatoria Única, declara expresamente en vigor el artículo 417 bis, aunque la LO 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo[15] lo deroga; sigue recogiendo el sistema de indicaciones, con distinta redacción, e incluye por primera vez en nuestro ordenamiento el sistema de plazos.

La citada Ley, en su Título II, De la interrupción voluntaria del embarazo, Capítulo I, Condiciones de la interrupción voluntaria del embarazo, indica:

En su artículo 12 se recogen las garantías de acceso a la interrupción voluntaria del embarazo[16].

Cabe mencionar que en su artículo 13, dentro de los requisitos comunes, en el apartado Cuarto se recogían los necesarios para el caso de mujeres embarazadas de 16 y 17 años, otorgándoles plena libertad personal para otorgar el consentimiento, aunque con información a los padres o tutores, salvo casos de conflictos graves, casos de desarraigo o peligro de violencia intrafamiliar[17].

Dicho apartado cuarto ha sido suprimido por el artículo 1 de la Ley Orgánica 11/2015 de 21 de septiembre, para reforzar la protección de las menores y mujeres con

[13] STC 212/1996 STC de 19 de diciembre de 1996, n° 212/1996 (EDJ 1996/9686), sobre recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 42/1988, de Donación y Utilización de Embriones y Fetos Humanos o de sus Células, Tejidos u Órganos.

STC de 17 de junio de 1999, n° 116/1999 (EDJ 1999/11251), sobre recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 35/1988, sobre Técnicas de Reproducción Asistida.

[14] Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE núm. 281, de 24/11/1995.

[15] BOE nº 55, de 04/03/2010, entrada en vigor el 05/07/2010.

[16] *"Se garantiza el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo en las condiciones que se determinan en esta Ley. Estas condiciones se interpretarán en el modo más favorable para la protección y eficacia de los derechos fundamentales de la mujer que solicita la intervención, en particular, su derecho al libre desarrollo de la personalidad, a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, a la libertad ideológica y a la no discriminación".*

[17] *"…en el caso de las mujeres de 16 y 17 años, el consentimiento para la interrupción voluntaria del embarazo les corresponde exclusivamente a ellas de acuerdo con el régimen general aplicable a las mujeres mayores de edad.*

Al menos uno de los representantes legales, padre o madre, personas con patria potestad o tutores de las mujeres comprendidas en esas edades deberá ser informado de la decisión de la mujer.

Se prescindirá de esta información cuando la menor alegue fundadamente que esto le provocará un conflicto grave, manifestado en el peligro cierto de violencia intrafamiliar, amenazas, coacciones, malos tratos, o se produzca una situación de desarraigo o desamparo".

capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo, en vigor el 23 de septiembre de 2015.

La Ley LO 2/2010, de 3 de marzo, en su Disposición Final Primera modificaba la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, con una nueva redacción del artículo 145 del Código Penal.[18]

Además se añade un nuevo artículo 145 bis del Código Penal.

El Pleno del Congreso de los Diputados, en sesión de 26 de mayo de 2022, aprobó el Proyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual, publicada en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el 30 de mayo de 2022, ya remitida al Congreso para su tramitación parlamentaria sin esperar a los informes no vinculantes del Consejo General del Poder Judicial y del Consejo Fiscal. La nueva Ley, en relación al aborto, nuevamente proclama la libertad de las mujeres de entre 16 y 17 años para interrumpir voluntariamente su embarazo sin necesidad de ningún permiso de los padres, y se suprimen los tres días de reflexión o espera obligatorios desde que una mujer es informada y solicita abortar, para reafirmar su decisión y practicar la intervención que se prevén en el artículo 14 b) de la Ley LO 2/2010, de 3 de marzo.

V. EL NUEVO TIPO DEL ARTÍCULO 172 QUATER Y LA REFORMA DE 2022.

Procedente de una Proposición de Ley del Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso,[19] el 12 de mayo de 2021, Rafael Simancas, Portavoz del Grupo Socialista, anuncia la referida Proposición de Ley Orgánica para modificar la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, para penalizar el acoso en las mujeres que acuden a clínicas para la interrupción voluntaria del embarazo.

[18] "*1. El que produzca el aborto de una mujer, con su consentimiento, fuera de los casos permitidos por la ley será castigado con la pena de prisión de uno a tres años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de uno a seis años. El juez podrá imponer la pena en su mitad superior cuando los actos descritos en este apartado se realicen fuera de un centro o establecimiento público o privado acreditado.*

2. La mujer que produjere su aborto o consintiere que otra persona se lo cause, fuera de los casos permitidos por la ley, será castigada con la pena de multa de seis a veinticuatro meses.

3. En todo caso, el juez o tribunal impondrá las penas respectivamente previstas en este artículo en su mitad superior cuando la conducta se llevare a cabo a partir de la vigésimo segunda semana de gestación."

[19] Publicada en el BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES, la nº 122/000143, de 21 de mayo de 2021, Número 167-1 Págs. 1-3.

El nuevo artículo 172 quater está ubicado en el Libro II del Código Penal, de los delitos y sus penas, título VI relativo a los delitos contra la Libertad, Capítulo III de las Coacciones, y recoge por primera vez en nuestro derecho penal el delito de acoso para no abortar. [20]

El precepto en cuestión se añade por la Ley Orgánica 4/2022, de 12 de abril, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en su artículo único, con objeto de castigar los actos de acoso a las mujeres que acuden a clínicas para que les practiquen un aborto.[21]

De forma explícita el Preámbulo de la citada Ley Orgánica nos indica el propósito de este nuevo tipo penal, a saber ofrecer sanción penal, a determinadas conductas que entiende necesitan respuesta penal y con ello poner fin a la impunidad de estas actuaciones.

Así, se recoge como necesidad de la reforma el acoso a los centros sanitarios donde las mujeres interrumpen voluntariamente los embarazos es una constante desde la aprobación de la Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio, de reforma del artículo 417 bis del Código Penal, por la que se despenalizaba el aborto en tres supuestos.

Dado que la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, reconoce el derecho de la mujer a interrumpir libre y voluntariamente la gestación en las primeras 14 semanas del embarazo, ofrece proporcionar una seguridad jurídica tanto a las mujeres que quieren interrumpir el embarazo como a los profesionales que participan.

[20] Publicado en el BOE número 88, de 13 de abril de 2022, páginas 51404 a 51406, en vigor a partir del 14/04/2022.

[21] Artículo 172 quater CP: 1. *El que para obstaculizar el ejercicio del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo acosare a una mujer mediante actos molestos, ofensivos, intimidatorios o coactivos que menoscaben su libertad, será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días.*

2. Las mismas penas se impondrán a quien, en la forma descrita en el apartado anterior, acosare a los trabajadores del ámbito sanitario en su ejercicio profesional o función pública y al personal facultativo o directivo de los centros habilitados para interrumpir el embarazo con el objetivo de obstaculizar el ejercicio de su profesión o cargo.

3. Atendidas la gravedad, las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho, el tribunal podrá imponer, además, la prohibición de acudir a determinados lugares por tiempo de seis meses a tres años.

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

5. En la persecución de los hechos descritos en este artículo no será necesaria la denuncia de la persona agraviada ni de su representación legal.

Se refiere, igualmente, el Preámbulo a un informe elaborado en 2018 por la Asociación de Clínicas Acreditadas para la interrupción del embarazo (ACAI) con entrevistas a 300 mujeres que acudieron a abortar a varias clínicas de toda España mostraba que un 89% de las mujeres que acudieron a abortar se habían sentido acosadas y un 66% amenazadas, que estos grupos organizados abordan a las mujeres con fotografías, fetos de juguete y proclamas contra el aborto antes de que entren a la clínica para que las mujeres modifiquen su decisión a través de coacciones, intimidación y hostigamiento.

Afirma el legislador en este Preámbulo, que ya en el año 2018 el Defensor del Pueblo inició una actuación tras recibir la queja de una asociación de clínicas acreditadas para la interrupción del embarazo en la que se exponía las situaciones de acoso hacia las mujeres que acuden a dichos centros médicos para abortar y en el que se recogían muchos casos de acoso y actos de hostigamiento hacia las mismas para influir en su determinación de abortar.

En fin, se menciona por el legislador, que esta reforma intenta garantizar la existencia de una zona de seguridad en los alrededores de los centros sanitarios que facilitan la interrupción voluntaria del embarazo para que así se garantice efectivamente la intimidad de las mujeres, su seguridad física y moral, su libertad y su derecho a la libre circulación, logrando así garantizar los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres penalizando las conductas que los coartan.

En el artículo publicado en DIARIO LA LEY el 21/04/2022 sobre este nuevo precepto del Código Penal, MAGRO SERVET, V.[22] lo califica como una de las modalidades especiales de acoso del Código Penal, además del delito de coacción del art. 172.1 CP, y la coacción de género en el apartado 2º de este artículo, añadiendo nuevas modalidades de acoso en el Código Penal para especificar determinadas conductas, el acoso sexual, más allá de la mera coacción del art. 172 ter CP se recogió en el art. 184 CP, tipo básico y agravado atendidas las circunstancias propias del caso concreto o *el* acoso laboral o mobbing del art. 173 CP.

Pone de relieve el autor en este artículo que en todos los delitos de acoso se exige un enfoque objetivo y no subjetivo del caso, y en este tipo delictivo concreto se exige que

[22] MAGRO SERVET, V., Características del nuevo delito de acoso para no abortar del art. 172 quater por Ley Orgánica 4/2022, de 12 de abril. Diario La Ley, 21/04/2022.

la conducta consista en acosar a una mujer mediante actos molestos, ofensivos, intimidatorios o coactivos que menoscaben su libertad, que se debe apreciar desde un prisma objetivo y no subjetivo de la víctima, pues razones de seguridad jurídica y la propia esencia ultima ratio del derecho penal hacen que no cualquier actuación que pueda considerar la víctima acoso sea efectivamente acoso a los efectos penales.[23]

No se ha pronunciado el Tribunal Supremo sobre el precepto comentado, sin duda por su novedad y escaso lapso de su vigencia temporal, pero en cualquier caso cabrá deslindarlo de otros acosos en virtud del principio de especialidad y tipicidad penal.

Así, en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Nº 157/2022 – (ECLI:ES:TS:2022:157 Id Cendoj: 28079120012022100064) de 26/01/2022 Nº de Recurso: 609/2020 Nº de Resolución: 61/2022, Ponente el Magistrado D. ÁNGEL LUIS HURTADO ADRIÁN, a propósito de deslindar el artículo 172.2 y 172 ter del CP en un Recurso de Casación[24], se mostraba claramente en la distinción de ambos delitos según el principio de especialidad del artículo 8.1º del CP, ya que siendo similares por encontrarse en el mismo capítulo sobre las coacciones y por ende atacando a idéntico bien jurídico, el de coacciones se configura como residual para encuadrar ataques a la libertad no tipificados en otros delitos específicamente.

Analizando los elementos del delito del artículo 172 quater:

[23] Sentencia del TS 599/2021 de 7 Julio de 2021.

[24] *"(…)Partimos del referido precepto y el tratamiento que al mismo ha dado la jurisprudencia a partir de la Sentencia del Pleno de esta Sala, 324/2017, de 8 de mayo de 2017, porque, conscientes de las diferencias típicas que presenta con el de coacciones leves del art. 172.2 CP que aquí nos ocupa, no ofrece dudas su homogeneidad con él, y en la medida menciona, como manifestaciones de acoso, una serie de actos intrusivos en la libertad, que son presupuesto a partir del cualse define el delito, nos son válidos a los efectos de valorar como coacciones los hechos que nos ocupan, porque, precisamente, en el acoso se encuentra el denominador común de ambos delitos, de manera que, si no se cubren el resto de presupuestos, esto es, que los actos de acoso se lleven a cabo de forma insistente y reiterada, y que alteren gravemente el desarrollo de la vida cotidiana, el reproche penal quedará en el que corresponda por el delito de coacciones, porque no deja de ser una variante de éste al que acudir, por cuanto que no dejarán de concurrir los actos de acecho que le caracterizan. En efecto, tanto en el delito de hostigamiento del art. 172 ter, como en el de coacciones del art. 172 CP concurren los elementos fácticos intimidatorios, generadores del ataque a la libertad de otro; ahora bien, en el primero de ellos se precisan esos elementos mediante la mención a una serie de conductas consideradas intrusivas de la libertad, pero se precisa algo más, de ahí que podamos hablar de un caso de homogeneidad descendente, dado que el elemento intimidación ha de darse en ambos, por cuanto que el segundo delito contiene los extremos fácticos intimidatorios como el primero, si bien éste, además, precisará de alguno más para su apreciación. Son delitos que se encuentran en el mismo capítulo del CP, relativo a las coacciones, afectando, por lo tanto, al mismo bien jurídico, y el delito de coacciones se puede considerar un tipo residual, que da cobertura a los ataques a la libertad individual que no la encuentran en otros tipos más específicos (principio de especialidad)(...)"*

1. Bien Jurídico protegido

   Lo será la libertad, en tanto se desprende de la propia ubicación en el Código Penal, en el Título VI relativo a los delitos contra la libertad, y dentro del capítulo III de las coacciones, por tanto el atentado contra la libertad, especificado en la libertad sexual y reproductiva, la intimidad, así como su integridad física y moral, respecto a la mujer, y en el ataque a la libertad en el ejercicio profesional respecto a la modalidad del número 2.

2. Sujeto activo

   Puede serlo cualquiera, no requiere una especial cualidad en el autor, como determina el tenor del tipo al indicar " el que" o " quien", en los párrafos primero y segundo respectivamente.

3. Sujeto pasivo

   En la modalidad del párrafo primero es una mujer que ha tomado la decisión de interrumpir voluntariamente su embarazo.

   En la modalidad del párrafo segundo son los trabajadores del ámbito sanitario en su ejercicio profesional o función pública y al personal facultativo o directivo de los centros habilitados para interrumpir el embarazo.

4. Elementos subjetivos

   Requiere un dolo específico incluido en la descripción del tipo del número 1, que la conducta se realice "*para obstaculizar el ejercicio del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo",* o bien en el número 2 que la actuación se efectúe *"*con el objetivo de obstaculizar el ejercicio de su profesión o cargo".

5. Acción

   La realizada sobre la mujer consiste en actos molestos, ofensivos, intimidatorios o coactivos que menoscaben su libertad, como se ha referido antes de modo objetivo y no subjetivo exclusivamente apreciado por la víctima.

   La realizada sobre los profesionales a que se refiere en número 2, tanto trabajadores sanitarios como a empleados administrativos y directivos, deben ser objetivamente también actos molestos, ofensivos, intimidatorios o coactivos que menoscaben su

libertad, en este caso referida a su práctica profesional, al equiparar el legislador la conducta del nº 1 referida a estos sujetos pasivos.

La conducta en que se materialicen los actos molestos, coactivos o intimidatorios será activa, siendo difícil pensar en su realización omisiva o por comisión por omisión de estas actuaciones.

6. Penalidad

Ambas actuaciones típicas de castigan con la pena de prisión de tres meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días, siendo posible la imposición de una pena de alejamiento por tiempo de seis meses a tres años en el número3, atendidas la gravedad, las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho.

7. Norma concursal.

En el número 4 se prevé expresamente por el legislador el posible concurso real con otros delitos cuando se materializan los actos de acoso.

8. Delito público.

Se configura en el número 5 de este modo, al no requerirse como condición de perseguibilidad la denuncia de la persona agraviada ni de su representación legal, siendo perseguible de oficio.

VI. CONCLUSIONES

El legislador español ha querido plasmar específicamente un nuevo tipo de coacción, especializada por los motivos de la misma y las personas a las que puede afectar, como se ha detallado en el análisis del tipo.

Entiendo que la cuestión es espinosa, como toda la que afecta a bienes íntimos y personales, por lo demás.

Se contrapone un valor protegido constitucionalmente, la libertad de determinación, de decisión sobre el propio cuerpo, libertad sexual y reproductiva, a otros derechos como la libertad religiosa y de conciencia, libertad de expresión o manifestación y reunión.

Algunos sectores de la opinión pública pueden entender que no sería necesario el introducir un nuevo tipo delictivo específico para estas conductas pues ya se castigan las coacciones y amenazas de modo adecuado y que la reforma es redundante.

Siendo cierto que el tipo básico de las coacciones del artículo 172 del CP ya castiga a quien, con violencia o intimidación, busca impedir que alguien pueda ejercer libremente un derecho que le es propio.

No es menos cierto que la legislación debe adaptarse a los tiempos y a la realidad social en que se aplica, y que el derecho debe ir avanzando poco a poco, pero sin legislar a golpe de crisis, so pena de populismo punitivo.

Amnistía Internacional plantea que las decisiones sobre el embarazo y el aborto repercuten directamente en los derechos humanos por lo que solicita el acceso universal a aborto sin riesgos, la provisión de atención posterior y de información relacionada con el aborto basada en evidencia científica, la supresión del aborto de la legislación penal y otras leyes y políticas punitivas, y que se deje de sancionar a las mujeres, niñas y todas las personas que pueden quedarse embarazadas, proveedores de atención de la salud y otras personas por obtener, prestar servicios de aborto o ayudar en su práctica, que se reformen las leyes y políticas que limitan el acceso al aborto a circunstancias concretas y pide a los Estados que hagan efectivos los derechos económicos y sociales mediante la promoción de políticas para que las embarazadas puedan tomar decisiones libres sobre su vida reproductiva.[25]

No obstante, el tiempo dirá si la nueva legislación, con las sanciones que incorpora ha sido suficientemente motivadora para evitar las actuaciones que proscribe, pues hasta ahora, en los escasos meses transcurridos desde su entrada en vigor, parece que no ha frenado la movilización de voluntarios activistas frente a las clínicas que practican abortos voluntarios[26].

VII. BIBLIOGRAFÍA

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. Derecho represivo en España durante los periodos de la guerra y la posguerra (1936- 1945), Revista de la facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid Monográfico 3, 1981.

CALVO MEIJIDE, A. El nasciturus como sujeto del derecho. Concepto constitucional de persona frente al concepto pandectista-civilista, Cuadernos de Bioética, 2004.

DÍEZ PICAZO, L., Comentario al artículo 30 del Código Civil, en Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, dir. por M. ALBALADEJO , Edersa, Madrid, 1978.

LACRUZ VERDEJO, J.L., SANCHO REBULLIDA, F. DE A., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVARRÍA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F., RAMS ALBESA, J.: Elementos de Derecho Civil I, vol. 2º, Personas, 3ª ed. Revisada y puesta al día por J. DELGADO, Dykinson, Madrid, 2002.

[25] https://www.es.amnesty.org (consultado el 19-8-22)

[26] https://www.rtve.es . Clínicas abortivas denuncian que persiste el "acoso" a mujeres (consultado 20-8-22).

MARÍN GÁMEZ, J.A. Aborto y Constitución, Universidad de Jaén, 1ª Edición, Jaén, 1996.
ROPERO CARRASCO, J., La insuficiencia del sistema de indicaciones en el delito de aborto, ADPCP, Vol. LVI, 2003.

* * * * *

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*"[1].

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 especifica 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, d*e 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).

[1] 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[2], como resultado

[2] 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 imponible 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 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".

de multiplicar por cinco la cuantía básica de 120.000 euros configurada en el tipo básico del delito fiscal del art. 305.1 CP.

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[3].

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[4]. 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.*

[3] 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.

[4] 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[5].

[5] 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[6], 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.

[6] 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.

En este sentido, debe diferenciarse entre *delincuencia empresarial y organización criminal*. La empresa que delinque adopta un punto de partida puramente económico, 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 comer 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 concurran 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[7] en lugar de menos grave, y la ampliación del plazo de prescripción de 5 a 10 años[8], para todos los casos agravados, toda vez que para calcular el plazo de prescripción se atiende a la pena en abstracto.

* * * * *

[7] 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*".

[8] 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. Dra. Regina Helena Fonseca Fortes-Furtado
Prof. Asociada de Derecho Penal, Univ. de Oviedo, España. Prof. Ayudante Dra. acred.
Socia de la FICP.

~¿"Solo sí es sí" en las empresas? El acoso sexual laboral y el *compliance* de género~

I. INTRODUCCIÓN

La observancia del principio de no discriminación y la protección de los derechos fundamentales de las mujeres tienen como objetivo intentar equilibrar una balanza que -por distintos factores y razones[1]-, históricamente se ha mantenido desequilibrada en su contra, como pone de relieve el Preámbulo de la muy reciente Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual (LOGILS)[2] - conocida socialmente como ley del "solo sí es sí" -, en el que se afirma que "en su expresión física y también simbólica, las violencias sexuales constituyen quizá una de las violaciones de derechos humanos más habituales y ocultas de cuantas se cometen en la sociedad española, que afectan de manera específica y desproporcionada a las mujeres y a las niñas, pero también a los niños".

Lejos de la codiciada -pero, aún no alcanzada- igualdad entre géneros, surgen nuevos instrumentos de prevención de los delitos en el ámbito de la criminalidad en la empresa que confieren un protagonismo inédito al Derecho penal[3] a la hora de fomentar el cumplimiento de la normativa de igualdad en las empresas: el *compliance* de género[4], los canales de denuncias, mapas de riesgos, protocolos, planes de igualdad, etc.

[1] Desde una perspectiva de filosofía jurídico-política, principalmente en relación con los abusos sexuales en el ámbito académico y de la industria cinematográfica norteamericana, véase DE LORA, Lo sexual es político (y jurídico), Madrid, 2019. En el ámbito laboral las formas de violencia y discriminación hacia las mujeres tienen expresiones variopintas tales como el acoso laboral, el acoso sexual, la segregación, la brecha salarial (discriminación en los salarios), las paredes de cristal (mayores restricciones de contratación derivadas del estado civil, gravidez, período de lactancia, etc.), el techo de cristal (dificultades de acceder a puestos de toma de decisiones y relegación a tareas subordinadas), etc. Por las dificultades de abarcarlas todas en este reducido espacio, nos ceñiremos al análisis del delito de acoso sexual del artículo 184 del Código Penal en el ámbito laboral.

[2] En el momento de finalizar estas líneas no se había publicado en el BOE el texto de la ley, con lo que no se puede indicar ni el número, ni la fecha concreta.

[3] Protagonismo que se confirma con el simple hecho de haber sido incluido, a través de la llamada reforma del "solo sí es sí", en la lista cerrada de delitos por los que responde la persona jurídica (art. 31 *bis* del Código Penal) el tipo de injusto de acoso sexual laboral del artículo 184 del Código Penal, al que dedicaremos nuestra atención en este estudio.

[4] Una versión preliminar del presente estudio se puede consultar en FONSECA FORTES-FURTADO, Género y delitos en la empresa: estrategias de prevención a través de programas de *compliance*, en MAGRO SERVET (Dir.)/MONTANER FERNÁNDEZ (Subdir.)/GOENA VIVES/NÚÑEZ MIRÓ (Coords.), *La Ley Compliance Penal*, n. 5, abril-junio, 2021, pp. 1-20.

El objetivo del presente estudio es, en primer lugar, indagar las obligaciones impuestas a las empresas por la normativa de igualdad y las consecuencias administrativo-sancionadoras en caso de incumplimiento, para, a continuación, adentrarnos en el análisis del delito de acoso sexual del artículo 184 del Código Penal con las alteraciones introducidas por la Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual, con vistas a contestar al interrogante con el que titulamos el presente estudio, dedicando la parte final a la prevención del delito de acoso sexual laboral a través de un programa de cumplimiento penal o *compliance de género*.

II. ENCUADRE NORMATIVO DE LAS OBLIGACIONES Y SANCIONES ADMINISTRATIVAS A LAS EMPRESAS RELACIONADAS CON EL ACOSO SEXUAL

El artículo 14 de la Constitución española (CE) reconoce como derecho fundamental la igualdad y la no discriminación por razón de sexo en sentido amplio, pues prescribe que "los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social". El artículo 9.2 de la CE lo refuerza al determinar que "corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social". Ambos preceptos guardan conexión con la voluntad proclamada en el Preámbulo constitucional de "establecer una sociedad democrática avanzada", con la inclusión de la justicia y la igualdad como dos de los valores superiores del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE) y con la garantía de la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad como fundamentos del orden político y de la paz social (art. 10.1 CE).

Las políticas públicas de protección de la igualdad se plasman en distintos textos normativos pero, sin duda, uno de los principales es la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (en lo sucesivo, LOIEMH), que aporta algunos conceptos importantes que nos interesan a efectos de este trabajo, como la definición del acoso sexual en el art. 7.1: "sin perjuicio de lo establecido en el Código Penal, a los efectos de esta Ley constituye acoso sexual cualquier comportamiento, verbal o físico, de naturaleza sexual que tenga el propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuanto se crea un entorno intimidatorio,

degradante y ofensivo"[5]; además, se considera discriminatorio el acoso sexual y el acoso por razón de sexo (art. 7.3 de la LOIEMH).

Sin embargo, de la simple lectura de este artículo no queda claro qué tipos de conductas pueden efectivamente crear un entorno intimidatorio, degradante y ofensivo en el ambiente de trabajo; si es necesario una cierta duración en el tiempo o si con una sola conducta se puede acosar sexualmente a una persona y tampoco queda clara la motivación de la persona que realiza dicho acoso sexual, pues la ley habla de dos posibilidades: a) la comisión intencional: "con el propósito de"; b) la comisión no intencional: "o produzca", es decir, basta con que el acoso o discriminación simplemente "produzca" los mencionados efectos, incluso de forma no intencional, pues de lo contrario -si es intencional- bastaría con prever solamente la primera modalidad.

Por otro lado, dichas conductas de acoso tienen que dirigirse "en particular" a un atentado contra la dignidad de una persona. Aquí la LOIEMH no opta por un *plus* de protección a la mujer, pues tanto pueden ser víctimas las mujeres como los trabajadores hombres. Dicho atentado contra la dignidad de la trabajadora o del trabajador debe llevarse a cabo a través de palabras o actos (comportamiento "verbal o físico") de naturaleza sexual[6], que sean atentatorios para su dignidad y generen un ambiente de trabajo insoportable, por degradante, ofensivo o intimidatorio.

Aunque los trabajos estadísticos y los estudios[7] realizados sobre el tema demuestran que el acoso sexual en el ámbito laboral se comete, en la inmensa mayoría de los casos,

[5] La LOIEMH también aporta los conceptos de acoso por razón de sexo (art. 7.2) y discriminación por razón de sexo (art. 7.4).

[6] Así, GUARDIOLA MADERA, F. (coord.) Claves Prácticas Francis Lefebvre, Brecha de género: planes de igualdad, registro y auditoría salarial, conciliación, *compliance* y tutela jurisdiccional, 2ª ed., Madrid, 2021, p. 136: "En ambas definiciones destaca la referencia a "propósitos" y "efecto". El acoso es un comportamiento que puede tener un "propósito", pero también puede serlo un comportamiento que, "sin propósito", produce el "efecto". De esta fundamental premisa deriva que el elenco de conductas que pueden suponer cierto punto indeterminado en sus perfiles últimos: no se puede definir con total nitidez y precisión qué comportamientos pueden tener el efecto de atentar contra la dignidad de una persona".

[7] Tan solamente a efectos de ilustrar sobre las consecuencias para las mujeres que sufrieron acoso sexual en su puesto de trabajo, tanto en el plano económico como en la carrera profesional, nos gustaría mencionar un estudio efectuado en Minnesota, Estados Unidos, a 1139 personas (hijos y padres) de una escuela pública desde 1988 hasta 1992 a través de encuestas en la escuela y, posteriormente, con otras 15 encuestas por medios telemáticos hasta el año 2011, en el que se concluyó que dos años después las trabajadoras que sufrieron acoso sexual ganaban menos que otras compañeras, más de la mitad había cambiado de trabajo y en las que fueron víctimas de formas más graves de acoso (con contacto físico, por ejemplo, tocamientos), las cifras alcanzaban el 79%, hasta el punto que algunas abandonaron definitivamente sus carreras profesionales después de una costosa y larga formación o habían abandonado sus trabajos sin perspectivas de tener otro a corto plazo, sin mencionar que se sentían traicionadas por sus superiores jerárquicos, sus compañeros y por el departamento de recursos humanos, pues buscaban invisibilizar la situación y no

por trabajadores hombres y son las trabajadoras mujeres las víctimas del delito[8] -lo que justificaría una protección diferenciada por estar más expuestas al riesgo de sufrir un acoso sexual en el ámbito laboral-, el legislador ha optado por una definición *gender free* o *gender neutral*, sin una protección diferenciada por género.

La LOIEMH impone algunas obligaciones a las empresas con el objetivo de garantizar su cumplimiento, tales como la elaboración y aplicación de los planes de igualdad en las que tengan más de 50 trabajadores[9] y el acceso de la representación legal de los trabajadores y trabajadoras a la información sobre el contenido de los planes de igualdad y la consecución de sus objetivos. Con relación al acoso sexual y el acoso por razón de sexo, el art. 48 establece que: "las empresas deberán promover condiciones de trabajo que eviten la comisión de delitos y otras conductas contra la libertad sexual y la integridad moral en el trabajo, incidiendo especialmente en el acoso sexual y el acoso por razón de sexo, incluidos los cometidos en el ámbito digital. Con esta finalidad se podrán establecer medidas que deberán negociarse con los representantes de los trabajadores, tales como la elaboración y difusión de códigos de buenas prácticas, la realización de campañas informativas o acciones de formación"[10].

La obligación de arbitrar procedimientos específicos para la prevención del acoso sexual y del acoso por razón de sexo establecida por la LOIEMH va más allá de la mera referencia al deber de "alentar a las empresas" previsto en la normativa comunitaria, que insta a los Estados miembros a que animen a los empresarios y a los representantes de los trabajadores a desarrollar medidas en aplicación del Código de Conducta promovido por

enfrentarla. *Cfr*. MCLAUGHLIN,H./UGGEN, C./BLACKSTONE, A. The Economic and Career Effects of Sexual Harassment on Working Women, en Gender and Society, núm. 31, junio, 2017, disponible en: THE ECONOMIC AND CAREER EFFECTS OF SEXUAL HARASSMENT ON WORKING WOMEN (nih.gov). Fecha de consulta: 30/08/2022.

[8] En España, los datos de la última "Macroencuesta de Violencia contra la Mujer" del año 2019 realizada por la Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género, con mujeres de 16 o más años, residentes en España, no dejan dudas: el 40,4% de las encuestadas ha sufrido acoso sexual en algún momento de su vida, el 18,1% ha sufrido acoso sexual en los últimos 4 años y el 10,2% han sufrido este acoso en los últimos 12 meses. El autor del acoso sexual según la macroencuesta era alguien del trabajo hombre (17,3%), amigo o conocido hombre (34,6%), un desconocido hombre (73,9%), mientras que una desconocida mujer quedaba con un 2,3% y solo un 1,1% en alguien del trabajo-mujer. Disponible en: Macroencuesta de Violencia contra la Mujer 2019 (igualdad.gob.es). Fecha de consulta: 30/08/2022.

[9] Como hemos dicho, la elaboración de planes de igualdad es obligatoria para las empresas de 50 o más personas trabajadoras, si bien dicha obligación se aplica de forma paulatina de acuerdo con la LOIEMH, Disposición Transitoria 10ª: las empresas de más de 150 personas trabajadoras y hasta 250 contarán hasta el 07/03/2020 para la aprobación de los planes de igualdad; las empresas de más de 100 y hasta 150 personas trabajadoras dispondrán hasta el 07/03/2021 para la aprobación de los planes de igualdad; las empresas de 50 a 100 personas trabajadoras dispondrán hasta el 07/03/2022 para la aprobación de los planes de igualdad.

[10] Redacción modificada por la LOGILS.

la Comisión Europea relativo a la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo[11].

Podría parecer que se trata de un mandato jurídico débil, pues no hay previsión de sanción por incumplimiento, pero lo cierto es que, aunque no exista una previsión formal administrativo-sancionadora en el Real Decreto 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 (en adelante, LISOS), para el caso de incumplimiento del art. 48.1 de la LOIEMH, si se producen hechos constitutivos de delitos de acoso sexual en el ámbito de la empresa ésta puede incurrir en responsabilidad por daños y perjuicios a la víctima del delito, pues la existencia de la obligación -que se ha ignorado o incumplido por parte de la empresa- integra el riesgo que se ha materializado en el resultado lesivo; además, se trata de un indemnización autónoma y compatible con la que se imponga a la persona física autora del acoso sexual[12].

La Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación sanciona como infracciones graves en el art. 47.3.a) "los actos u omisiones que constituyan una discriminación, directa o indirecta, por asociación, por error, así como los que constituyan inducción, orden o instrucción de discriminar a una persona por razón de las causas previstas en el apartado 1 del artículo 2 de esta ley, en relación con otra persona que se encuentre en situación análoga o comparable", en los que se incluye el incumplimiento de las obligaciones empresariales en relación con la evitación del acoso sexual laboral, por discriminatorio según la LOIEMH, como hemos visto.

La recién aprobada LOGILS prevé en su artículo 12.1 que "las empresas deberán promover condiciones de trabajo que eviten la comisión de delitos y otras conductas contra la libertad sexual y la integridad moral en el trabajo, incidiendo especialmente en el acoso sexual y el acoso por razón de sexo, en los términos previstos en el artículo 48 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, incluidos los cometidos en el ámbito digital. Asimismo, deberán arbitrar procedimientos específicos para su prevención y para dar cauce a las denuncias o

[11] Véase el art. 3 de la Recomendación 92/131/CEE de la Comisión Europea, relativa a la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo, y la Directiva 2006/54/CEE, que dejan claro que el acoso y el acoso sexual son contrarios al principio de igualdad de trato entre hombre y mujeres y constituyen discriminación por razón de sexo.

[12] A lo largo de estas páginas volveremos sobre este tema para analizar los efectos de la adopción de un correcto y eficiente sistema de *compliance* penal de género y sus efectos con relación a la responsabilidad civil "ex delicto". Cfr. *infra* apartado IV.

reclamaciones que puedan formular quienes haya sido víctimas de estas conductas, incluyendo específicamente las sufridas en el ámbito digital", insistiendo en la formación y sensibilización a través de códigos de buenas prácticas, la realización de campañas informativas, protocolos de actuación y, como veremos, se abre la puerta, con la adopción de la responsabilidad penal corporativa por delitos de acoso sexual laboral, a los programas de cumplimiento o *compliance* de género. Según el art. 12.4, las empresas que se adecúen en su estructura y normas de funcionamiento a lo establecido en la LOGILS serán reconocidas con el distintivo de "Empresas por una sociedad libre de violencia de género".

Por otro lado, el Real Decreto-Ley 6/2019, de 8 de marzo de 2019, de medidas urgentes para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, promovió una reconfiguración intensa de los planes de igualdad en el sentido de superar los muros o "paredes de cristal" que condicionan las carreras profesionales de las mujeres, como son la maternidad y los cuidados familiares; sus tres ejes principales son:

a) una mayor participación sindical en la gestión de la igualdad en las empresas tanto en sus funciones de negociación o consulta, como en la de vigilancia[13];

b) Una mayor transparencia hacia fuera y hacia dentro de la información laboral desagregada por sexos (brecha salarial entre sexos, la facilitación cada año a la representación legal de los trabajadores en la empresa de un registro salarial por grupos, categorías o puestos iguales o de igual valor de salarios medios), para evitar las paredes de cristal.

c) Mayor exigencia de cumplimiento de la normativa de igualdad.

Con vistas a las futuras campañas y actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en las que, sin duda, estos temas estarán en las mesas de negociación y serán prioritarios por la Inspección de Trabajo[14], seguramente las empresas se muestren

[13] Algunas recomendaciones para la negociación colectiva y de planes de igualdad se pueden consultar en la Guía sindical de actuación ante el acoso sexual y acoso por razón de sexo en el ámbito laboral, elaborada por la Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género/Comisiones Obreras, abril, 2021, pp. 12 y 14, disponible en: 9e1ed6155db8b6ce692d3aa2dcfd2a94000001.pdf (ccoo.es). Fecha de acceso: 30/08/2022.

[14] Cfr. GUARDIOLA MADERA, F. (coord.), Claves Prácticas, p. 179. No podemos profundizar en el tema de las inspecciones, pero sí dejar constancia de que los Inspectores y Subinspectores una vez finalizada la actividad comprobatoria en material de control de cumplimiento de la normativa de género pueden adoptar varias medidas; entre otras, las advertencias, recomendaciones o requerimientos; el inicio de un

más exigentes con el desarrollo de una política interna de prevención de delitos con un enfoque de género.

III. GÉNERO Y DELITOS EN LA EMPRESA: MARCO JURÍDICO-PENAL DEL ACOSO SEXUAL

El acoso sexual laboral tiene la peculiaridad de ocurrir dentro de la empresa o fuera de ella, pero entre trabajadores que pueden estar en un mismo escalafón jerárquico (horizontal) o no (vertical) y tiene que ver con la relación laboral, docente o de prestación de servicios, continuada o habitual. Como hemos adelantado, la LOGILS acaba de incorporar el tipo de injusto del art. 184 CP a la lista cerrada de delitos por los que puede responder penalmente la persona jurídica, lo que seguramente centrará el foco de atención en este delito cuyos elementos típicos veremos a continuación.

1. El delito de acoso sexual del art. 184 CP: aspectos criminológicos y jurídico-penales

Desde la criminología se hace una importante diferenciación entre los delitos que se pueden cometer *desde* la empresa en oposición a los delitos que se cometen *en* la empresa. Los delitos cometidos *desde* la empresa son, en general, los delitos en los que la empresa puede ser responsable criminalmente según el art. 31 *bis* CP, básicamente porque se cometen por cuenta y en beneficio del ente corporativo. El delito de acoso sexual del art. 184 CP integra la noción de criminalidad *en* la empresa (*workplace criminality*) que se refiere a los comportamientos desviados *en el trabajo*[15], es decir, los delitos que cometen los trabajadores en su local de trabajo o fuera de ello, pero que están vinculados a la existencia de una relación de trabajo. En la práctica, otros delitos también entrarían en esta categoría, como las agresiones y abusos sexuales (arts. 178 y ss. CP), el acoso laboral (art. 173.1 CP), etc.

No se preveía la responsabilidad penal de la persona jurídica para dichos delitos, pues es problemático imaginar una situación en la que los agentes actúen por cuenta y en

procedimiento sancionador mediante la extensión de acta de infracción; y/o la propuesta de demandas de oficio antes la jurisdicción social. En casos muy excepcionales, las conductas de personas físicas involucradas en investigaciones inspectoras pueden ser también comunicadas al Ministerio Fiscal para la posible imputación de responsabilidades penales. La Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (art. 148) contempla distintos procedimientos de oficio por distintas causas, entre las que se incluye la discriminación por razón de sexo, que permite a la Inspección de Trabajo presentar una demanda de oficio ante los juzgados de lo social para poner en su conocimiento la discriminación y fijar las indemnizaciones correspondientes.

[15] Sobre las distintas motivaciones del comportamiento desviado en el ambiente de trabajo, cfr. ELIAS, Deviant and criminal behavior in the workplace, Nueva York/Londres, 2013.

beneficio directo o indirecto de la empresa[16], cuando más bien actúan para satisfacer otros impulsos que lesionan o ponen en peligro bienes jurídicos personales de las víctimas, como su dignidad, intimidad, integridad moral, integridad física; no obstante, como pone de relieve BUSTOS RUBIO, la posibilidad "de que la conducta de acoso, ahora de tipo sexual, genere, al menos de forma indirecta, algún beneficio a la empresa (siquiera sea traduciendo aquél en términos económicos de «ahorro» empresarial)", ya volvía a aparecer en el proyecto que se transformó en la LOGILS, lo que efectivamente acabó por abrir la vía a la introducción de la responsabilidad penal de la empresa por delito de acoso sexual.

El concepto mismo de acoso, como hemos dicho, es impreciso y de difícil precisión, y como señala HÖRNLE, "la diferencia entre un piropo agradable, un cumplido que es apreciado, una broma graciosa con un trasfondo sexual y el momento decisivo en el que estos comportamientos se vuelven desagradables e impertinentes, no es evidente", refiriéndose a la sutil línea divisoria entre el "divertido" y el "acoso" dentro de casos-límite que dependen de "sutilezas, gustos personales, situaciones y humores"[17], generando no pocas dificultades a la hora de deslindar las conductas socialmente admitidas o toleradas de las que integran el ámbito de las merecedoras de sanción penal y que revisten, además, una cierta gravedad[18].

[16] Cfr. BUSTOS RUBIO, Mobbing y acoso sexual en el trabajo: la inexistente responsabilidad penal de la empresa y los protocolos antiacoso, en CASTELLANO/SELMA, Mapa de riesgos penales y prevención del delito en la empresa, Madrid, 2020, p. 494; críticamente, DE LA MATA BARRANCO, La reforma proyectada en los delitos contra la libertad sexual, donde señala lo desproporcionado que sería no prever la responsabilidad penal de las personas jurídicas para un delito de agresión sexual en la empresa, merced de la previsión para los delitos de acoso sexual. Disponible en Almacén del Derecho, marzo, 2020, La reforma proyectada en los delitos contra la libertad sexual - Almacén de Derecho (almacendederecho.org). Fecha de consulta: 30/08/2022.

[17] Cfr. HÖRNLE, #MeToo ¿Implicaciones para el Derecho penal?, En Letra: Derecho Penal, Año VI, núm. 19, 2019, p. 148, disponible en: #MeToo ¿Implicancias para el derecho penal? | Hörnle | En Letra - Derecho Penal (unam.mx). Fecha de acceso: 30/08/2022.

[18] El paradigma del género -*pari passu* con el paradigma de los sentimientos-, es decir, el protagonismo de los sentimientos e intereses de las víctimas son la seña de identidad de un Derecho Penal expansivo o expandido, una vez más convertido en tabla de salvación, olvidándose de que no es la violencia "el vector explicativo de la desigualdad entre sexos", sino manifestación de su persistencia en la sociedad. Así, LLOBET ANGLÍ, Restricciones político-criminales y dogmáticas en el punitivismo de género. En especial, consentimiento, adecuación social y acoso sexual, en FERNÁNDEZ TERUELO/FONSECA FORTES-FURTADO (Dirs.), Violencia de género: Retos pendientes y nuevos desafíos, Cizur Menor, 2021, pp. 168-169; y DIÉZ RIPOLLÉS, La nueva política criminal española, Eguskilore, Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, núm. 17, 2003, p. 71; al que añaden un sesgo paternalista: ACALE SÁNCHEZ, La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código penal, Madrid, 2006; LAURENZO COPELLO, La violencia de género en la Ley Integral. Valoración político-criminal, RECPC, 2005, pp. 1 ss.; MAQUEDA ABREU, ¿Es la estrategia penal una solución a la violencia contra las mujeres? Algunas respuestas desde un discurso feminista crítico, InDret, núm. 4, 2007, pp. 1 ss.; y VILLACAMPA ESTIARTE, Pacto de estado en materia de violencia de género: ¿más de lo mismo?, RECPC, núm. 20 (04), 2018, p. 19.

Nos parece justificada la sanción penal por las razones que invoca LLOBET ANGLÍ[19]: a) la asimetría relacional: de modo que se pueden ver afectados los intereses de los sujetos pasivos de forma grave por prevalimiento de un sujeto activo más poderoso sobre otro; b) el elemento contextual-laboral: conductas que afectan al ámbito del trabajo, uno de los más esenciales en las sociedades actuales; c) el sustrato patriarcal: que se relaciona con una sociedad con infinidad de prácticas que preconizan la violencia machista, y d) la cosificación sexual de las mujeres: el uso del poder (masculino) como forma de intentar obtener acceso al sexo (femenino), como demostración de poder para conseguir sexo, así como de utilizar el sexo para mantener el poder[20]. Así, además de la dimensión de tranquilidad y dignidad en el trabajo, el bien jurídico penal protegido es la autonomía sexual de la víctima, ubicándose en el Capítulo III -Del Acoso Sexual, en el Título que trata de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales en el Código penal.

La tipología de acoso más habitual son chistes de carácter sexista, piropos y comentarios sexuales, gestos o miradas insinuantes, y el contacto físico. Según la encuesta "El acoso sexual y el acoso por razón de sexo en el ámbito laboral en España" los sujetos activos de tales conductas son principalmente superiores jerárquicos (47%), personas de la misma categoría laboral (32%) y otras personas (9%), entre las que se señalan familiares y amistades del jefe (2%) y clientes (2%)[21].

Este estudio constata varias situaciones que aumentan el riesgo de este tipo de conductas: si las mujeres son jóvenes, si no tienen pareja estable, si trabajan en entornos muy masculinizados o en los que predomina una cultura de grupo marcadamente sexista, si están en situaciones laborales, sociales y económicas especialmente precarias, informales o inestables o si son migrantes y aunque no hay un perfil claro la conclusión es que afecta más a las trabajadoras menores de 34 años, a las solteras, a las procedentes de países extracomunitarios y a las trabajadoras cualificadas. Con relación a los sectores y tamaños de las empresas, se produce con mayor incidencia en los sectores de la

[19] Cfr. LLOBET ANGLÍ, Restricciones político-criminales, 2021, p. 176-177.

[20] Aunque, ciertamente, se trata de conductas que generaron un interesante debate con relación a qué supuestos es necesario y proporcional el uso del Derecho Penal, instrumento que más dolor puede infligir a los ciudadanos, tanto en términos fácticos, cuanto comunicativos, proponiendo una reducción importante o incluso la exclusión de este dolor a través de la no aplicación de la pena o de su reducción, cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis*. Mitigar el dolor del Derecho penal, Barcelona, 2018, *passim*.

[21] Como se puede ver en el detallado informe presentado en marzo/2021, El acoso sexual y el acoso por razón de sexo en el ámbito laboral en España, realizado por la Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género/Comisiones Obreras, pp. 21-24, disponible en: estudioacososexual1.pdf (igualdad.gob.es). Fecha de acceso: 30/08/2022.

construcción e industria, en centros de trabajo de tamaño mediano (de 20 a 250 personas trabajadoras) y grandes (con más de 250 personas trabajadoras)[22].

Con relación a los sujetos activo y pasivo del delito de acoso sexual, es importante observar que si el autor del delito es autoridad o funcionario público se aplica lo previsto en los arts. 443 y 444 CP, donde la situación de prevalimiento basta para que la solicitud constituya delito. Según el nuevo apartado tercero del art. 184 CP, resultado de la reforma introducida por la LOGILS, si el culpable de acoso sexual lo hubiera cometido en centros de protección o reforma de menores, centro de internamiento de personas extranjeras, o cualquier otro centro de detención, custodia o acogida, incluso de estancia temporal, la pena será de prisión de uno a dos años e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o actividad de dieciocho a veinticuatro meses, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 443.2 CP.

El acoso puede producirse entre compañeros o colegas de trabajo que ostentan la misma posición o entre trabajadores en distintas posiciones jerárquicas en las que el sujeto activo es un superior jerárquico de la víctima o la asimetría relacional se da porque el sujeto es más poderoso, de modo que tiene capacidad de afectar los intereses de la víctima en el contexto laboral, docente o de prestación de servicios o análoga, continuada o habitual[23].

Los sujetos pasivos del delito sufren múltiples efectos; en particular, alteraciones de la *salud psicológica* vinculadas con el estrés, como son los traumas emocionales, la ansiedad, la depresión, y también estados de nerviosismo y sentimientos de baja autoestima, trastornos de la *salud física* como los relativos al sueño, dolores de cabeza, problemas gastrointestinales, hipertensión; en definitiva, sintomatología física asociada a estrés, que puede derivar en patologías como depresión y ansiedad, afectando la calidad de vida de la mujer acosada, repercutiendo en el ámbito familiar, social, en fin, en su vida privada[24]. No hay que olvidar que los daños también repercuten en la empresa, pues generan problemas dentro de la organización al dificultar el mantenimiento de un buen ambiente de trabajo, un aumento de conflictividad, la disminución del rendimiento y

[22] Según datos del INMARK/INSTITUTO DE LA MUJER, disponibles en El acoso sexual a las mujeres en el ámbito laboral, 2006, INTRODUCCIN (uvigo.es). Fecha de acceso: 30/08/2022.

[23] En el caso de una cliente mujer de un bazar chino se condenó al tendero por un tocamiento por abuso sexual a la pena de 18 meses de multa (SAP Ávila 58/2019, de 16 de mayo de 2019, ponente Javier García Encinar).

[24] MINISTERIO DE IGUALDAD/DELEGACIÓN DEL GOBIERNO CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO/CCOO, El acoso sexual, pp. 50-51.

productividad y el aumento del absentismo, que acaban por repercutir en una victimización secundaria, con la pérdida del puesto de trabajo por la dimisión de la trabajadora, la salida negociada o su despido, si el acosador es, por ejemplo, el propietario-empleador o el máximo accionista de la empresa[25]. Como hemos dicho, la LOGILS efectuó importantes alteraciones en el tipo de injusto del delito del art. 184 CP que vamos a estudiar con más detalle a continuación, principalmente en relación con el concepto de consentimiento de los delitos contra la libertad sexual de los arts. 178 y ss. CP, pero que tienen una evidente repercusión en el injusto de acoso sexual.

2. El tipo de injusto de acoso ambiental

El Código Penal tipifica el delito de acoso ambiental en el apartado primero del art. 184 en los siguientes términos: "El que solicitare favores de naturaleza sexual, para sí o para un tercero, en el ámbito de una relación laboral, docente o de prestación de servicios o análoga, continuada o habitual, y con tal comportamiento provocare a la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante, será castigado, como autor de acoso sexual, con la pena de prisión de seis a doce meses o multa de diez a quince meses e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o actividad de doce a quince meses".

La más importante modificación realizada por la LOGILS es el considerable aumento de pena, que antes era de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a 10 meses y no preveía la de inhabilitación especial, corrigiendo una importante desproporción en relación con otros delitos, y la introducción de la responsabilidad penal de la persona jurídica para los delitos de acoso sexual en el artículo 184.5 CP.

El tipo básico del art. 184.1 CP se aleja de los conceptos de acoso sexual de la LOIEMH. Lo más llamativo es la reducción del ámbito de lo punible y es que "se recoge una visión parcial y muy restringida del acoso ambiental, pues las conductas que mayormente configuran esta categoría, se llevan a cabo por comportamientos distintos a la solicitud de favores sexuales, que tiene el efecto de producir un entorno sexual no deseado y humillante para la víctima, las cuales siguen sin ser objeto de acoso sexual", como afirma la SAP Madrid 3010/2012, de 9 de julio de 2012, ponente Julián Abad Crespo, al resolver un caso en el que "un oficial de farmacia se había dirigido de forma

[25] Un análisis detallado de los costes económicos para la empresa (directos, indirectos y el coste reputacional) lo hace GUTIÉRREZ ARRANZ, El acoso sexual: prevención, *compliance* y marco legal, Cizur Menor, 2018, pp. 42-45.

libidinosa a una auxiliar y a una farmacéutica adjunta. A una de ellas le había propinado dos palmadas, un beso en la oreja y un abrazo, le había propuesto una siesta en un hotel cercano y le había enviado contenido erótico desde su móvil; a la otra, aprovechando un descuido, le dio un beso en los labios, le acariciaba la pierna o el pelo y rozaba intencionadamente su cuerpo con el de ella". Aunque dichas conductas podrían dar lugar a abusos sexuales, se reconoció que tan solo configuraban un delito de acoso sexual en virtud de la proposición de "echar una siesta" con connotaciones sexuales[26].

De esta manera, el delito de acoso sexual del tipo básico se configura con las conductas de: a) solicitar favores, que tienen que ser de naturaleza sexual, pero que tanto pueden ser para el autor como para un tercero; b) crear una situación gravemente intimidatoria, hostil y humillante a la víctima.

No se exige, por lo tanto, una relación de superioridad entre autor y víctima que, de existir, configuraría el tipo agravado del art. 184.2 CP (ATS 906/2015, de 28 de mayo de 2015, ponente Alberto Gumersindo Jorge Barreiro; STS 349/12, de 26 de abril de 2012, ponente Luciano Varela Castro y STS 1460/03, de 7 de noviembre de 2011, ponente Julián Artemio Sánchez Melgar).

Aquí, la víctima puede consentir con los favores sexuales dentro de su libertad de autodeterminación sexual. Volveremos al tema del consentimiento de la víctima más adelante con relación a la asimetría de las relaciones laborales que causan una situación más compleja que la del acoso ambiental.

De momento, en virtud de las zonas grises que pueden verificarse en la interpretación del tipo de injusto de acoso sexual nos quedaremos con lo que propone LLOBET ANGLÍ[27], es decir, la utilización del principio de adecuación social en sentido estricto como pauta hermenéutica restrictiva esencial en la estera de lo que indica MIR PUIG[28] y tratando de concretarlo cuando en su surgimiento se halle: "(i) una repetición de actos; (ii) una práctica socialmente extendida de aceptación o, al menos, de tolerancia de estos actos; (iii) y una progresiva *opinio iuris libertatis*, es decir, una convicción social

[26] La indeterminación social del concepto de acoso genera las dificultades de delimitación del tipo penal. Cfr. ALTÉS TÁRREGA, La represión penal del acoso en el trabajo, Labos, vol. 2, núm. 1, p. 57. Véase también SOTO SUÁREZ, Supuesto de acoso sexual o el cuidado con las palabras, el Código Penal frente al diccionario de la lengua, Diario La Ley, núm. 8019, 2013.

[27] Cfr. LLOBET ANGLÍ, Restricciones político-criminales, 2021, p. 164

[28] Cfr. MIR PUIG, Derecho Penal. Parte General, 10ª ed., Barcelona, 2015 p. 534.

de que esa conducta tiene que estar jurídicamente permitida", como propone SILVA SÁNCHEZ[29].

La solicitud puede darse por escrito o por medio de gestos (no verbal) o verbalmente y no es necesario el contacto físico entre autor y víctima para que se consume el delito, que se configura como un delito de mera actividad (ATS 906/15, de 28 de mayo de 2015, ponente Alberto Gumersindo Jorge Barreiro). Si se da el contacto físico la conducta podría configurar, incluso, otros tipos penales más graves, como el de abuso sexual, lo que puede ocasionar problemas de delimitación con este delito, algo sobre lo que volveremos más adelante.

Se trata de generar una situación intimidatoria, hostil o humillante a una víctima concreta a la que se dirige la conducta a través de una de las tres situaciones que menciona el tipo penal: a) la intimidación, que es la afectación de la libre configuración de la voluntad; b) la hostilidad, que se produce con la marginación de la víctima por no acceder a la petición de favores sexuales; o c) la humillación, que concurre cuando se ridiculiza a dicha víctima[30].

El delito de acoso sexual se configura a través de "varios actos reiterados de hostigamiento, molestias, etc. acompañados de frases, alusiones o gestos de evidente contenido sexual" y "provoca a la víctima una situación que *objetivamente* pueda calificarse como una amenaza, un atentado contra la integridad moral o una injuria graves"[31].

Solicitar favores sexuales puede ser un acto aislado, aunque por definición acosar sea la reiteración de varios actos; sin embargo, doctrina y jurisprudencia entienden posible que "una sola proposición que resulta seria y creíble a los ojos del sujeto pasivo puede dar lugar al delito"[32], lo que parece contradictorio con el concepto mismo de acoso. Sin

[29] Cfr. LLOBET ANGLÍ, Restricciones político-criminales, 2021, pp. 172-173, refiriéndose a una cita de un trabajo inédito, discutido en el seminario de Derecho penal de la Universidad Pompeu Fabra en octubre de 2020 y a SILVA SÁNCHEZ, Leyes penales en blanco y riesgo permitido, ACEVEDO/COLLADO/MAÑALICH (Coords.), La justicia como legalidad. Estudios en homenaje a Luis Ortiz Quiroga, Santiago de Chile, 2020, pp. 30 ss.

[30] Cfr. DÍAZ MORGADO, IV. Acoso Sexual (art. 184. Acoso por funcionario (arts. 443-444), en CORCOY BIDASOLO (Dir.), Manual de Derecho penal. Parte Especial, Tomo 1, Valencia, 2019, p. 305.

[31] De ahí los problemas concursales. Cfr. MUÑOZ CONDE, Derecho Penal. Parte Especial, 22ª ed. Valencia, 2019, p. 230. Si los reiterados actos hostiles o humillantes en la relación laboral o funcionarial no son "sexuales" y no llegan a constituir trato degradante, pero suponen un grave acoso contra la víctima cometido en el ámbito de cualquier relación laboral o funcionarial prevaliéndose el autor de su relación de superioridad, se puede configurar un delito del artículo 173.1 segundo párrafo.

[32] Cfr. ALTÉS TÁRREGA, La represión penal, p. 58-59.

embargo, y por este motivo, se introdujo un elemento objetivo consistente en que la conducta del sujeto activo sea ofensiva para la víctima con la afectación de su dignidad. Así, será el órgano judicial el encargado de fijar el baremo objetivo del acoso sexual, a través del contexto y "no sólo según la percepción subjetiva a la sensibilidad particular de quien lo padece, sino objetivamente considerada"[33], con lo cual, si la proposición es suficientemente grave, no es necesario que sea reiterada. De todos modos, no basta con la creación de un clima meramente incómodo para la víctima: la doctrina jurisprudencial mayoritaria sostiene que hay que someterla a un clima realmente insoportable (Véase, por ejemplo, la STS 1460/03, de 07 de noviembre de 2003, ponente Julián Artemio Sánchez Melgar). En los casos en los que, de inicio, parece que el comportamiento pueda ser considerado socialmente aceptable se exige la comprobación de ambos requisitos.

Lo que sí es cierto es que la solicitud de favores sexuales no es delictiva en sí misma. La mera petición de acceso carnal, felaciones, etc. es decir, cualquier "favor sexual", que se entiende como cualquier conducta con un mínimo contenido sexual -no bastan insinuaciones de escasa entidad- son *per se* socialmente aceptadas, como también las peticiones de noviazgo o de matrimonio. Para que las solicitudes de favores sexuales se entiendan tipificadas penalmente como acoso ambiental deben dejar el sutil ámbito de lo socialmente aceptado o adecuado, por ejemplo, mandar fotografías pornográficas a la trabajadora o exhibirse enseñando partes del cuerpo, en las que la solicitud de favores sexuales propiamente dicha no llega a concretarse, -sin embargo, se podría considerar que va incluida en dichos comportamientos-, y con dichas conductas sobrepasar el umbral de lo socialmente aceptado o tolerado y *generar un ambiente hostil e intimidatorio para la víctima*. Con relación a la penetraciones o tocamientos no consentidos, hay que poner de relieve que ya serían delictivos, por sí mismos, como tipos de injusto de agresiones sexuales del art. 178 y ss. del CP.

El delito exige la comisión dolosa y no se produce si hay una relación de confianza o amistad -que no es incompatible con la relación laboral-, que permite un cierto tipo de bromas con el *animus iocandi*, aunque las bromas pesadas sí pueden caracterizar una infracción muy grave y el despido no indemnizable del autor, como, por ejemplo, la conducta de colgar en el tablón de anuncios de la empresa un anuncio falso en el cual se utilizaba el número de teléfono de una compañera de trabajo para anunciar que ofrecía

[33] Véase la STC 224/1999, de 13 de diciembre, ponente Carles Viver Pi-Sunyer.

relaciones sexuales (STSJ CANT 415/2008, sala de lo social, de 25 de marzo de 2008, sin embargo, en este caso se consideró un acoso por razón de sexo).

Como regla, las lesiones psíquicas quedan absorbidas por el delito sexual, aunque según la jurisprudencia esta regla no se aplica cuando las lesiones psíquicas se derivan de un delito de acoso, siempre y cuando sea necesario tratamiento psiquiátrico (como se puede verificar en la STS 721/2015, de 22 de octubre de 2015, ponente Cándido Conde Pumpido Tourón).

3. El tipo de injusto de acoso de intercambio o "chantaje sexual"

Se trata del tipo agravado de acoso sexual del apartado segundo del art. 184 CP, donde se dispone que: "Si el culpable de acoso sexual hubiera cometido el hecho prevaliéndose de una situación de superioridad laboral, docente o jerárquica, o sobre persona sujeta a su guarda o custodia, o con el anuncio expreso o tácito de causar a la víctima un mal relacionado con las legítimas expectativas que aquélla pueda tener en el ámbito de la indicada relación, la pena será de prisión de uno a dos años e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o actividad de dieciocho a veinticuatro meses".

Otra vez, la principal alteración es un aumento de la pena, que antes era de prisión de cinco a siete meses o multa de 10 a 14 meses y no se preveía la inhabilitación especial y que ahora corrige el problema de proporcionalidad que se observaba con relación al delito de amenazas condicionales del art. 171 CP. También se incluye a las personas sujetas a la guarda o custodia del sujeto activo.

Se trata del delito de acoso sexual vertical, donde la víctima se encuentra en una situación de inferioridad jerárquica, laboral o docente, lo que facilita a que el autor pueda condicionar una decisión de aceptación de la propuesta de favor sexual; en otras palabras, es más fácil ejercer presión para que la víctima ceda. En este caso, la amenaza de un mal debe ser seria o, por lo menos, creíble, y el autor capaz de llevarla a cabo; también puede ser tácita, pues en los ámbitos de fuerte jerarquía y muy verticalizados éstas son igualmente capaces de generar intimidación[34].

En este supuesto también se exigen los siguientes elementos para el tipo agravado: a) el prevalimiento de superioridad laboral, docente o jerárquica, o sobre persona sujeta

[34] Habrá que hacer un análisis de las circunstancias de cada caso, edad y psicología de la víctima, según MUÑOZ CONDE, Derecho Penal, p. 231.

a su guarda o custodia, es decir, una situación de superioridad entre autor y víctima[35]; o, b) la amenaza de causar a la víctima un mal serio, grave y verosímil relacionado con las expectativas; además, el mal debe poder concretarse desde una perspectiva "ex ante".

Aquí la asimetría hace que sea muy relevante el consentimiento que viene definido por la LOGILS en el art. 178 CP: "sólo se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona", lo que se conoce socialmente como el "solo sí es sí", es decir, fuera de los actos de contenido sexual que se realicen empleando violencia, intimidación o abuso de una situación de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima, así como los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuya situación mental se abusare y los que se realicen cuando la víctima tenga anulada por cualquier causa su voluntad -la sumisión química-, es necesario que se verifique, en el caso concreto, que la persona consintió con el acto practicado, que debe ser interpretado a través de su comportamiento, "de manera que si la víctima llora o grita de dolor o de miedo, aunque guarde silencio, no está prestando su consentimiento[36]".

En el ámbito empresarial la víctima puede encontrarse bajo la presión de ceder a las peticiones de naturaleza sexual de su superior jerárquico para no sufrir las eventuales consecuencias graves y serias de llevarle la contraria. En definitiva, ¿opera el "solo sí es sí" en las empresas? En nuestra opinión, no se anula completamente la voluntad de la persona en la situación de subordinación laboral, con lo cual la regla "solo sí es sí" se podría perfectamente aplicar en ámbitos jerarquizados como son los empresariales o académicos en general. De esta manera, se aplicaría también en las empresas la regla general de consentimiento reforzado para que se exija una manifestación libre y unívoca de expresión de la voluntad de la persona independientemente del género u orientación sexual, teniéndose en cuenta si el contexto es intimidatorio o no, con una análisis caso a caso, pero a priori, las víctimas no pierden su autonomía decisoria, que queda supeditada a las circunstancias de cada caso.

[35] Es necesaria la existencia de una relación de superioridad efectiva y capaz de frustrar las legítimas expectativas que la víctima tiene en la relación laboral, docente o análoga. Una posición más amplia entiende que basta con que el autor se encuentre en situación de control y posibilidad de frustrar tales expectativas, sin que sea necesaria la existencia de una relación jerárquica con la víctima. La segunda, por más extensiva y protectora de las posibles situaciones de abuso de poder, nos parece más correcta.

[36] Cfr. ACALE SÁNCHEZ, Delitos sexuales: razones y sinrazones para esta reforma", Igualdades-Debates, CEPC, 2021. Disponible en: Acale Sánchez: DELITOS SEXUALES: RAZONES Y SINRAZONES PARA ESTA REFORMA (cepc.gob.es). Acceso el 30/08/2022.

Otra cosa diferente es lo que puede ocurrir en situaciones de prevalimiento que afectan de forma más directa y contundente a la libertad sexual de la víctima y que configuran contextos intimidatorios evidentes, como la superioridad numérica de agresores sexuales contra una sola víctima (agresiones sexuales múltiples).

Por otro lado, si la decisión sobre las legítimas expectativas es de naturaleza discrecional, podría no concurrir dicha expectativa si el sujeto pasivo carece de las condiciones mínimas de mérito y capacidad precisas para ello[37].

Si el favor sexual se consuma, la adecuación típica se desplaza al delito de abuso sexual con prevalimiento (SAP Madrid 499/18, de 03 de julio de 2018, ponente María de los Ángeles Montalva Sempere), pues el acoso sexual vertical quedará absorbido por el abuso sexual, aplicándose el principio de consunción (art. 8.3 CP) a favor del tipo de injusto de abuso o agresión sexual (STS 1460/03, de 07 de noviembre de 2003, ponente Julián Artemio Sánchez Melgar). Sin embargo, en el supuesto de agresión sexual con violencia cuando el atentado contra la libertad sexual no está directamente relacionado con la solicitud, el acoso sexual mantiene la autonomía y habrá concurso de delitos y no de normas (véase la STS 343/13, de 30 de abril de 2013, ponente Juan Ramón Berdugo Gomes de la Torre).

4. Subtipo agravado

Cuando la víctima se halle en una situación de especial vulnerabilidad por razón de su edad, enfermedad o discapacidad (art. 184.4 CP), la pena se impondrá en su mitad superior. Se mejora la redacción anterior del art. 184.3 CP, que trataba del subtipo hiperagravado y ahora se prevé una agravación que se aplica a los dos supuestos que acabamos de estudiar del art. 184.1 y 2 CP y del art. 184.3 CP, que trata del acoso sexual en centros de internamiento o detención, custodia o acogida.

5. La introducción de la responsabilidad penal de la persona jurídica

El art. 184.5 CP prevé que "cuando de acuerdo con el establecido en el art. 31 *bis*, una persona jurídica sea responsable de este delito, se le impondrá la pena de multa de seis meses a dos años. Atenidas las reglas establecidas en el artículo 66 *bis*, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado

[37] Prometer un bien o una ventaja tampoco configura el delito, pues "dichas conductas no coartan la formación de voluntad de la víctima. Cosa distinta es que detrás del anuncio del bien se esconda el anuncio tácito de un mal que sí podría subsumirse en esta conducta" como señala DÍAZ MORGADO, IV. Acoso Sexual, p. 305.

7 del artículo 33", es decir, disolución de la persona jurídica, suspensión de actividades, clausura de locales, prohibición de realización de determinadas actividades, inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas y la intervención judicial. Como hemos visto, al margen de la responsabilidad penal, el delito de acoso sexual es una infracción administrativa prevista en la LISOS, con lo cual sería de aplicación el principio del *no bis in idem* para que se paralice el procedimiento administrativo sancionador.

IV. ESTRATEGIAS DE PREVENCIÓN DEL DELITO A TRAVÉS DEL *COMPLIANCE* DE GÉNERO

La idea de que luchar contra el delito es bueno para los objetivos globales del negocio se plasma en la de la cultura del cumplimiento a través de la gestión de riesgos derivados de los tipos de conductas infractoras y penales y en la creación y diseño de un *compliance* de género[38] que incorpore la protección de las trabajadoras contra delitos como el de acoso sexual laboral del art. 184 CP.

Como hemos visto más arriba, con la entrada en vigor de la LOGILS la persona jurídica responde por el delito del art. 184 CP. Por otro lado, con el RDL 6/2019, de 8 de marzo de 2019, sobre medidas urgentes para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres en el empleo y la ocupación, la preocupación sobre temas de igualdad real entre mujeres y hombres van en aumento en virtud de las obligaciones establecidas para las empresas, a la par de un aumento significativo de las actuaciones inspectoras a raíz de la aprobación de la nueva normativa (RDL 6/2019, RD 901/2020 y RD 902/2020), a lo que hay que añadir la reciente puesta en marcha de la nueva Oficina de Lucha contra la Discriminación laboral por razón de sexo y la constitución de la Autoridad Independiente para la Igualdad de Trato y la No Discriminación, previstas en la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación.

No se puede dejar de mencionar la incorporación de nuevas tecnologías en las actuaciones de las inspecciones de Trabajo y Seguridad Social en aras a reforzar tanto el sistema de control de las empresas como el sistema sancionador y que ya se puede observar con las nuevas Actas de Infracción automatizadas. Por estos y otros motivos, un

[38] Desarrolla un programa de *compliance antiacoso sexual*, que bien puede servir de base, con las necesarias adaptaciones, a un más amplio programa de *compliance* de género, GUTIÉRREZ ARRANZ, El acoso sexual: prevención, *compliance* y marco legal, Cizur Menor, 2018, *passim*.

modelo de prevención de incumplimientos tiene que ser claro, preciso y eficaz y debe incluir, como mínimo, lo siguiente: a) mapa de riesgos; b) código de conducta; c) canal de denuncias; d) medidas preventivas y de gestión de la igualdad de oportunidades; e) un órgano de vigilancia, gestión y control del cumplimiento. El programa de cumplimiento debe ser "a medida" o personalizado, como dispone la Circular 1/2016, de la Fiscalía General del Estado, y para eso hay que verificar cómo se encuentra en ese momento la empresa, lo que se puede obtener a través de un mapa de riesgos que identifique las áreas de la empresa más relevantes con una clasificación y valoración de los riesgos sobre la base de frecuencia (probabilidad de que ocurra) e impacto económico o social. Ya hemos identificado más arriba algunos riesgos para las mujeres con relación a los delitos de que pueden ser víctimas en el trabajo, aunque también se puede acudir a métodos como el *sexual experience questionnaire* o encuestas empleadas para medir cuantitativamente ciertos tipos de riesgos.

Una de las obligaciones del programa de cumplimiento es la elaboración de un código de conducta o código de buenas prácticas o ético (art. 48 de la LOI) en materia de igualdad de oportunidades. Hay dos tipos: los que plasman aspiraciones morales de la empresa (compromiso en valores) que la entidad se autoimpone y los que más bien describen conductas que las partes interesadas a quien va dirigido deben observar. De todas formas, estos códigos deberán ser negociados con los representantes de los trabajadores en la forma de negociación colectiva del art. 82 y ss. del ET. La Recomendación de la Comisión Europea sobre un modelo de Código de Conducta es un instrumento útil a la hora de elaborarlo para que esté ajustado al principio de legalidad. El código emana de la dirección o de quienes gestionan equipos y puede identificar conductas no permitidas e incentivar las de otra clase, constituyendo un buen antecedente para la elaboración de un programa de *compliance* de género.

Por otro lado, se trata de poner a la disposición de la plantilla un canal de denuncias de posibles discriminaciones directas o indirectas o de situaciones de acoso laboral, discriminatorio, sexual o por razón de sexo[39].

[39] Con relación al canal de comunicación, afirma GUTIÉRREZ ARRANZ, El acoso sexual, p. 119, que "un buen sistema de transmisión de hechos debe incluir diversas opciones en cuanto al receptor (directores, departamento de RR.H., etc.), y diversas opciones en cuanto al medio: buzón físico, web, … Por supuesto todo depende del tamaño de la organización, pero la idea de que debe proporcionar un sistema de comunicación accesible y contrastado, es la misma con independencia del tamaño".

Uno de los retos más difíciles de superar es la implementación de medidas efectivamente preventivas. En los programas de cumplimiento se deben incluir las medidas preventivas y de gestión de la igualdad de oportunidades; entre otras, el diagnóstico, el plan de igualdad, las auditorías de brecha salarial, el registro salarial, el uso de lenguaje sexista y acciones de formación para mandos, etc. La estrategia de prevención primaria se centra en las políticas de la empresa y en la formación (*compliance training*) y sensibilización. La secundaria implica actuaciones cuando el problema ha ocurrido, para evitar ulteriores episodios y dar una atención rápida al episodio acaecido. Las respuestas a largo plazo, o la intervención terciaria, se orientan a restaurar la situación de normalidad y prevenir futuros episodios y, sobre todo, la victimización.

Quien sea responsable de cumplimiento (o *compliance officer*) puede ser el órgano encargado de la vigilancia, gestión y control de cumplimiento de la normativa de igualdad. No obstante, este órgano puede ser parte de la estructura de *compliance* de la compañía o estar integrado en otras áreas, como la de recursos humanos. Como dispone la ISO 19600 la existencia de este órgano en ninguna medida exonera de responsabilidad a la dirección de la empresa, y para desarrollar las tareas típicas como responsable de *compliance* de género la norma recoge cuáles serían algunas habilidades mínimas deseables para ejercicio de esta función, como competencia en la materia, integridad, habilidades de comunicación y capacidad de influencia.

No hay duda de que la igualdad y la no discriminación son el punto neurálgico de las relaciones laborales, privadas y públicas, y la base para la vida social. En este contexto, aquellas empresas que cuenten con programas de *compliance* de género van a tener ventajas competitivas y una menor exposición a riesgos y contingencias legales y económicas derivadas de resoluciones administrativas o judiciales[40] que puedan acreditar el incumplimiento de las normas de igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres.

BIBLIOGRAFÍA

ACALE SÁNCHEZ, Delitos sexuales: razones y sinrazones para esta reforma", Igualdades-Debates, CEPC, 2021. Disponible en: Acale Sánchez: DELITOS SEXUALES: RAZONES Y SINRAZONES PARA ESTA REFORMA (cepc.gob.es)

[40] Incluso con relación a la posible exención de la responsabilidad civil por daños derivados del delito como consecuencia lógica de la declaración de no culpabilidad penal, como defiende SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, La desobjetivación de la responsabilidad civil *ex delicto*: los programas de cumplimiento, en InDret, núm. 3, 2022. Sin duda este sería un gran incentivo a la adopción de un *compliance* de género por las empresas.

ACALE SÁNCHEZ, La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código penal, Madrid: Editorial Reus, 2006.

ALTÉS TÁRREGA, La represión penal del acoso en el trabajo, Labos, vol. 2, núm. 1, pp. 43-67.

BUSTOS RUBIO, Mobbing y acoso sexual en el trabajo: la inexistente responsabilidad penal de la empresa y los protocolos antiacoso, en CASTELLANO/SELMA, Mapa de riesgos penales y prevención del delito en la empresa, Madrid: Wolters Kluwer, 2020.

CANCIO MELIÁ, El acoso sexual, en MOLINA FERNÁNDEZ (Coord.), Memento Práctico Penal, Madrid: Francis Lefebvre, 2021.

DE LA MATA BARRANCO, La reforma proyectada en los delitos contra la libertad sexual, Almacén del Derecho, Marzo, 2020, disponible en: La reforma proyectada en los delitos contra la libertad sexual - Almacén de Derecho (almacendederecho.org)

DE LA TORRE, Los programas de *compliance* de igualdad, ¿un escudo para evitar incumplimientos?, en Capital Humano, Smarteca, Wolters Kluwer, disponible en: Los programas de compliance de igualdad, ¿un escudo para evitar incumplimientos? (wolterskluwer.es)

DELEGACIÓN DEL GOBIERNO CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO, Macroencuesta de Violencia de Género 2019, disponible en: Macroencuesta de Violencia contra la Mujer 2019 (igualdad.gob.es)

DELEGACIÓN DEL GOBIERNO CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO/COMISIONES OBRERAS, Guía Sindical de Actuación ante el acoso sexual y acoso por razón de sexo en el ámbito laboral, abril, 2021, disponible en: 9e1ed6155db8b6ce692d3aa2dcfd2a94000001.pdf (ccoo.es).

DÍAZ MORGADO, IV. Acoso Sexual (art. 184. Acoso por funcionario (arts. 443-444), en CORCOY BIDASOLO, M. (dir.), Manual de Derecho penal. Parte Especial, Tomo 1, Valencia, 2019.

ELIAS, *Deviant and criminal behavior in the workplace*, Nueva York/Londres: New York University Press, 2013.

GUARDIOLA MADERA (Coord.), Claves Prácticas Francis Lefebvre. Brecha de género: planes de igualdad, registro y auditoría salarial, conciliación, compliance y tutela jurisdiccional, 2ª ed., Madrid: Francis Lefebvre, 2021.

GUTIÉRREZ ARRANZ, El acoso sexual: prevención, *compliance* y marco legal, Cizur Menor: Aranzadi, 2018.

HÖRNLE, #MeToo ¿Implicaciones para el Derecho penal?, En Letra: Derecho Penal, Año VI, núm. 19, 2019, disponible en: #MeToo ¿Implicancias para el derecho penal? | Hörnle | En Letra - Derecho Penal (unam.mx)

INMARK/Instituto de la Mujer, El acoso sexual a las mujeres en el ámbito laboral, 2006, disponible en: INTRODUCCIN (uvigo.es)

LAURENZO COPELLO, La violencia de género en la Ley Integral. Valoración político-criminal, RECPC, 2005.

LLOBET ANGLÍ, Restricciones político-criminales y dogmáticas en el punitivismo de género. En especial, consentimiento, adecuación social y acoso sexual, en FERNÁNDEZ TERUELO/FONSECA FORTES-FURTADO (Dirs.), Violencia de género: Retos pendientes y nuevos desafíos, Cizur Menor: Aranzadi/Thomson Reuters, 2021.

MAQUEDA ABREU, ¿Es la estrategia penal una solución a la violencia contra las mujeres? Algunas respuestas desde un discurso feminista crítico, InDret, núm. 4, 2007.

MATALLÍN EVANGELIO, El nuevo delito de acoso sexual, Valencia: Ediciones Revista General de Derecho, 2000.

MCLAUGHLIN,H./UGGEN, C./BLACKSTONE, A. "The Economic and Career Effects of Sexual Harassment on Working Women", en *Gender and Society*, núm. 31, junio, 2017, disponible en:

THE ECONOMIC AND CAREER EFFECTS OF SEXUAL HARASSMENT ON WORKING WOMEN (nih.gov)

MIR PUIG, Derecho Penal. Parte General, 10ª ed., Barcelona: Repertor, 2015.

MONTANER FERNÁNDEZ, El quebrantamiento de medidas de protección a las víctimas de violencia doméstica ¿Responsabilidad penal de la mujer que colabora o provoca el quebrantamiento?, InDret, núm. 4, 2007.

MONTANER FERNÁNDEZ, ¿El compliance como termómetro de la diligencia penalmente exigible a las empresas?, La Ley Compliance Penal, núm. 1, 2020.

MUÑOZ CONDE, Derecho Penal. Parte Especial, 22ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.

SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, La desobjetivación de la responsabilidad civil *ex delicto*: los programas de cumplimiento, en InDret, núm. 3, 2022.

SILVA SÁNCHEZ, Leyes penales en blanco y riesgo permitido, ACEVEDO/COLLADO/MAÑALICH (Coords.), La justicia como legalidad. Estudios en homenaje a Luis Ortiz Quiroga, Santiago de Chile: Thomson Reuters, 2020.

SOTO SUÁREZ, Supuesto de acoso sexual o el cuidado con las palabras el Código Penal frente al diccionario de la lengua, Diario La Ley, núm. 8019, 2013.

VILLACAMPA ESTIARTE, Pacto de estado en materia de violencia de género: ¿más de lo mismo?, RECPC, núm. 20 (04), 2018.

WU, Y. y VAN ROOIJ, B. "Compliance dynamism: Capturing the Polinormative and Situational Nature of Business Responses to Law", *Journal of Business Ethics*, 2021, 168: 579-591.

* * * * *

Prof. Dr. Javier García Amez

Prof. Ayudante Dr. de Derecho Penal, Univ. de Oviedo, Asturias, España. Socio de la FICP.

~El tipo básico del delito de contaminación ambiental del artículo 325.1 del Código Penal: principales problemas~

Sumario: I. Introducción. II. El bien jurídico protegido. III. El carácter de norma penal en blanco. IV. ¿Delito de peligro abstracto, concreto o hipotético? V. El sujeto activo del delito. V. El elemento subjetivo: delito doloso e imprudente. El error en el sujeto activo. VII. Elementos objetivos del tipo. VIII. La reparación voluntaria del daño como atenuante de la responsabilidad penal. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

La preocupación por la protección del medio ambiente, junto con la idea de desarrollo sostenible, constituye una realidad a la que asistimos a nivel global. El cambio climático, junto con otros problemas ambientales, están en la agenda diaria de los poderes públicos, no sólo por imperativo legal –necesidad de cumplir con una serie de compromisos internacionales adquiridos–, sino por las consecuencias que se derivan de ello para la población. Proteger el medio ambiente implica no sólo preservar este preciado elemento, sino también salvaguardar la salud de las personas frente a los daños que pueden derivarse en la misma a consecuencia de la contaminación. No olvidemos, que vivir en un entorno libre de la misma contribuye a que la persona pueda desarrollar su actividad diaria de manera más saludable, y por tanto sin riesgos de que se provoquen efectos perjudiciales para la salud por el entorno en el que vive.

El constituyente español ha sido consciente de esta necesidad, y en el artículo 45 de la Constitución ha previsto en su apartado primero, "el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona", aunque teniendo en cuenta a su vez que el mismo no sólo es un derecho al disfrute, sino que también se tiene el "deber de conservarlo". De esta manera, se configura no sólo el derecho a poder disfrutar del medio ambiente, sino también el deber de preservarlo para que puedan hacer uso del mismo generaciones futuras, un deber que no corresponde exclusivamente a las personas, sino que también, y así lo recoge el apartado segundo de este mismo artículo 45, es una tarea que han de acometer los distintos poderes públicos[1], de modo que éstos también están obligados a la adopción de medidas que tiendan a salvaguardar el medio ambiente. Una

[1] En concreto señala que "2. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva".

de ellas, y la más frecuente, será la actividad de policía de la Administración Pública, que se materializará en sanciones administrativas, o el deber de reparación del daño a través de la responsabilidad medioambiental. Pero este artículo 45.3 de la Constitución va más allá y recoge la necesidad de que se establezcan, a través de la legislación, sanciones penales, lo que implica la necesaria intervención del Derecho penal para la protección ambiental mediante el establecimiento de delitos en este ámbito[2], consagrando además la dualidad de sanciones en este ámbito: administrativas y penales[3]. Igualmente, a través de este mandato constitucional se puede observar que la protección ambiental no sólo se ha de llevar a cabo y lograr a través del establecimiento de políticas administrativas, sino que también se puede alcanzar mediante el Derecho penal, reforzando de este modo su papel protector, teniendo en cuenta que en este caso la intervención penal vendrá inspirada y guiada por el principio de intervención mínima, de modo que únicamente se contemple para los atentados que puedan ser considerados como más graves para el medio ambiente[4].

En este punto, se plantea la cuestión referente a si el posterior desarrollo de este mandato, a través de la tipificación de los delitos contra el medio ambiente, ha sabido dar un cumplimiento estricto de esta tarea, de modo que la legislación penal tipificase figuras delictivas cuya finalidad sea estrictamente proteger el medio ambiente, o, por el contrario, el legislador protege otros bienes jurídicos –la vida o la integridad física y psíquica–, protegidos indirectamente a través de la legislación ambiental. En este sentido, no existe duda alguna en considerar que un medio ambiente dañado, contribuye a disminuir la calidad de vida de las personas, poniendo en riesgo la salud de las mismas, de manera que toda vez que se cause un daño al medio ambiente, se compromete la salud de las personas, ya que es el sustento necesario para que éstas puedan desarrollarse. Es por ello, por lo que a través del delito de contaminación previsto en el actual artículo 325 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, por la que se aprueba el Código Penal (En adelante, CP), protege no sólo el medio ambiente, sino que, además, contribuye a salvaguardar la vida e integridad física y psíquica de las personas, dándose cumplimiento al mandato que, según hemos señalado más atrás, se recoge en el artículo 45.2 de la Constitución mediante el

[2] Este precepto precisa que "Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado".

[3] Vid. ESCAJEDO SAN EPIFANIO, L., El medio ambiente en la crisis del Estado Social. Su protección penal simbólica, Comares, Albolote, 2006, pp. 118-119.

[4] En idéntico sentido al nuestro, MENDO ESTRELLA, A., El delito ecológico del artículo 325.1 del Código Penal, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 17-18.

establecimiento de una serie de delitos, siendo el principal de ellos el delito de contaminación previsto en el artículo 325.1 del CP, cuya redacción actual es la siguiente[5]:

"Será castigado con las penas de prisión de seis meses a dos años, multa de diez a catorce meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a dos años el que, contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente, provoque o realice directa o indirectamente emisiones, vertidos, radiaciones, extracciones o excavaciones, aterramientos, ruidos, vibraciones, inyecciones o depósitos, en la atmósfera, el suelo, el subsuelo o las aguas terrestres, subterráneas o marítimas, incluido el alta mar, con incidencia incluso en los espacios transfronterizos, así como las captaciones de aguas que, por sí mismos o conjuntamente con otros, cause o pueda causar daños sustanciales a la calidad del aire, del suelo o de las aguas, o a animales o plantas".

No obstante, ha de tenerse presente en todo momento, que en este ámbito ha ido ganando protagonismo la intervención de la Unión Europea mediante el ejercicio de las competencias que tiene atribuidas en el campo medioambiental. Uno de los principales objetivos marcados por la misma es que los Estados miembros adopten medidas de carácter penal para reforzar la protección ambiental, motivo por el cual se aprueba la Directiva 2008/99/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre, relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal. Mediante esta Directiva se obliga a que en el ámbito de la Unión Europea todos los Estados miembros prevean es su legislación interna que una serie de conductas, descritas en el artículo 3[6], sean constitutivas de delito, siempre y cuando sean ilícitas y se cometan dolosamente o, al menos, por imprudencia grave.

El legislador europeo es más ambicioso y, consciente que la mayoría de estas conductas se cometen en el ámbito empresarial, también precisa en su artículo 6 la necesidad que los Estados prevean la responsabilidad penal de estas personas jurídicas,

[5] El artículo 325 ha sido objeto de modificación en tres ocasiones, a través de las Leyes Orgánicas 15/2003, de 25 de noviembre, 5/2010, de 22 de junio y 1/2015, de 30 de marzo.

[6] En concreto, y a los efectos del presente trabajo, en este artículo se recoge la obligatoriedad de que entre otras conductas "Los Estados miembros se asegurarán de que las siguientes conductas sean constitutivas de delito, cuando sean ilícitas y se cometan dolosamente o, al menos, por imprudencia grave: a) el vertido, la emisión o la introducción en el aire, el suelo o las aguas de una cantidad de materiales o de radiaciones ionizantes que cause o pueda causar la muerte o lesiones graves a personas o daños sustanciales a la calidad del aire, la calidad del suelo o la calidad de las aguas o a animales o plantas".

siempre que se cumplan los requisitos que prevé[7], y además se comentan las conductas delictivas que se mencionan en el artículo 3.

II. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

El legislador penal ha llevado a cabo el cumplimiento del mandato constitucional mediante el establecimiento del delito de contaminación ambiental en el artículo 325 del CP. El primer problema que plantea este tipo penal es el bien jurídico que se protege a través del mismo. Si bien es cierto que nos encontramos con un tipo penal que protege el medio ambiente, tal y como se puede observar de su ubicación en el CP, no existe unanimidad en torno a si el mismo es protegido de manera autónoma, o si por el contrario se hace por servir de sustento para el desarrollo de la vida humana, y por tanto proteger el derecho a la vida e integridad física o psíquica de las personas, y con ello su salud.

En este sentido, existen dos corrientes al respecto. Por un lado, aquellas que toman en consideración únicamente el medio ambiente como aquello que es protegido por parte del legislador penal, de modo que adoptan una postura ecocéntrica, y que no exige que con la acción provoque un daño a las personas, sino únicamente al medio ambiente en sí mismo considerado, operando la afección a la salud de las personas como un elemento que servirá a modo de agravante[8].

Por otra parte, se encuentra aquella postura que, por el contrario, distingue entre lo que se considera la protección mediata y la protección inmediata. Así, comparte con la postura anterior que hemos analizado, el hecho de considerar como objeto de protección el medio ambiente en sí mismo considerado, si bien, no lo hace de manera exclusiva, sino que lo hace en la manera en que es el sustento para la vida humana, tal y como señala el

[7] En concreto: "1. Los Estados miembros se asegurarán de que las personas jurídicas pueden ser consideradas responsables por los delitos a los que se hace referencia en los artículos 3 y 4 cuando tales delitos hayan sido cometidos en su beneficio por cualquier persona, a título individual o como parte de un órgano de la persona jurídica, que tenga una posición directiva en la persona jurídica, basada en:

a) un poder de representación de la persona jurídica:
b) una autoridad para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica, o
c) una autoridad para ejercer control dentro de la persona jurídica.

2. Los Estados miembros se asegurarán también de que las personas jurídicas puedan ser consideradas responsables cuando la ausencia de supervisión o control por parte de una persona a que se refiere el apartado 1 haya hecho posible que una persona bajo su autoridad cometa, en beneficio de la persona jurídica, alguno de los delitos a los que se hace referencia en los artículos 3 y 4". Con respecto a la evolución del Derecho penal europeo en el ámbito económico, véase FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., Evolución del Derecho Penal Económico Europeo, en: ABEL SOUTO, M./LORENZO SALGADO, J. M./ SÁNCHEZ STEWART, N. (Coords.), VIII Congreso Internacional sobre prevención y represión del blanqueo de dinero, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 767-780.

[8] Cfr. TERRADILLOS BASOCO, J., Delitos relativos a la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente, en: TERRADILLOS BASOCO, J. (Ed.), Derecho Penal del Medio Ambiente, Trota, Madrid, 1997, p. 43.

artículo 45.2 de la Constitución y siempre teniendo en cuenta que la protección del medio ambiente estará ligada indudablemente a los efectos que la contaminación y los daños ambientales ocasionan sobre la salud de las personas.

A nuestro modo de ver, si se tiene en cuenta la estructura del tipo penal previsto en el artículo 325.1, y sobre todo la necesidad de que se cree un riesgo grave para el medio ambiente, sin que se exija, salvo, como veremos, para el tipo autónomo del apartado segundo de este precepto, que se cause un daño a la salud de las personas, hace que sea difícil sostener que en el bien jurídico en este caso no es el medio ambiente en sí mismo considerado, de modo que el legislador penal ha adoptado una perspectiva ecocéntrica, que se alía con los postulados de la Unión Europea en esta materia, y también ha de tenerse en cuenta que la protección del medio ambiente se ha elevado a la categoría de derecho humano[9].

III. EL CARÁCTER DE NORMA PENAL EN BLANCO

En el seno del artículo 325 del CP podemos encontrar dos tipos delictivos que tienen en común la protección ambiental, ya que ambos constituyen lo que se ha venido a llamar como delito de contaminación ambiental. El apartado primero recoge el tipo básico, que se concreta en la acción de provocar provoque o realice directa o indirectamente una serie de conductas cuyo nexo común es que generan un grave riesgo de daño para el medio ambiente. En concreto, se trata de emisiones, vertidos, radiaciones, extracciones o excavaciones, aterramientos, ruidos, vibraciones, inyecciones o depósitos, que afectan a los principales elementos del medio ambiente, como son la atmósfera, el agua, el suelo o el subsuelo. No obstante, la conducta típica no consiste únicamente en realizar los comportamientos que hemos descrito, sino que, además, también es preciso que se infrinja la normativa medioambiental administrativa, lo que supone la consideración y su consagración como norma penal en blanco, con las ventajas e inconvenientes que de ello se deriva. En este caso, la remisión que se hace por parte del legislador penal, se lleva a cabo no sólo a la normativa ambiental que esté contemplada en otra ley, sino que, consciente de que en el ámbito medioambiental el reparto de competencias, también se remite a lo dispuesto en las "disposiciones generales", es decir, a los reglamentos.

[9] Vid. PAREDES CASTAÑÓN, J. M., El Derecho Penal español del medio ambiente: una evaluación crítica, en: ÁLVAREZ GARCÍA, F. J./COBOS GÓMEZ DE LINARES, M. A./GÓMEZ PAVÓN, P./ MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A./ MARTÍNEZ GUERRA, A. (Coords.), Libro Homenaje al Profesor Luis Rodríguez Ramos, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 761-766.

Esta última remisión ha generado dudas en la doctrina con respecto a su validez, toda vez que puede suponer una vulneración del principio de legalidad penal, recogido en el artículo 25.1 de la Constitución. Esto se debe a que, en el presente caso, este principio se materializa en la necesidad de que la normativa penal venga recogida en una Ley y no en normas de rango inferior, considerándose necesario además que en estos casos la norma que ha de contener la legislación penal es una Ley Orgánica[10]. Esta posible duda de constitucionalidad ha sido disipada por parte del Tribunal Constitucional en su sentencia 127/1990, de 5 de julio, en la que sienta, con carácter general, los requisitos que han de tener este tipo de normas penales para que puedan ser conformes con los postulados del principio de legalidad. De este modo, partiendo de la base de que este principio conlleva la necesidad de que exista una ley como presupuesto de la actuación punitiva del Estado[11]. No obstante, en este punto el Tribunal Constitucional viene a reconocer la opción de relajar las exigencias del principio de legalidad, dando cabida a la posibilidad de que pueda acudirse a las leyes penales en blanco, como sucede en con el artículo 325.1 del CP, aunque en este caso para que sea posible han de darse una serie de requisitos[12]. En primer lugar, el reenvío normativo que se efectúa ha de ser expreso y estar justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal. En segundo lugar, la norma penal, además de señalar la pena, necesariamente ha de contener el núcleo esencial de la prohibición para que pueda cumplirse con la exigencia de certeza, y de este modo la suficiente concreción para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la norma a la que la ley penal se remite, y con ello resulte de esta forma salvaguardada la función de garantía de

[10] Vid. MENDO ESTRELLA, A., El delito ecológico..., 2009, p. 87.

[11] En concreto precisa, en su fundamento de derecho tercero que "El derecho a la legalidad penal comprende una doble garantía: por una parte, de carácter formal, vinculada a la necesidad de una ley como presupuesto de la actuación punitiva del Estado en los bienes jurídicos de los ciudadanos, que exige el rango necesario para las normas tipificadoras de las conductas punibles y de previsión de las correspondientes sanciones, que en el ámbito penal estricto, que es del que se trata en el presente supuesto, debe entenderse como de reserva absoluta de ley, e, incluso, respecto de las penas privativas de libertad de ley orgánica; por otra, referida la seguridad a la prohibición que comporta la necesidad de la predeterminación normativa de las conductas y sus penas a través de una tipificación precisa dotada de la suficiente concreción en la descripción que incorpora. En definitiva, en términos de nuestra Sentencia 133/1987, el principio de legalidad penal implica, al menos, la existencia de una ley (lex scripta), que la ley sea anterior (lex previa) y que la ley describa un supuesto de hecho determinado (lex certa)".

[12] Con carácter previo a esta sentencia, el Tribunal ya había abordado esta problemática en las sentencias 62/1982, de 15 de octubre y 122/1987, de 14 de julio. Igualmente, véase también el trabajo MESTRE DELGADO, E., Límites constitucionales de las remisiones normativas en materia penal, Anuario Español de Derecho Penal, 1988, pp. 504-228.

tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente relevante[13]. Así, se puede observar cómo, la posible inconstitucionalidad del artículo 325.1 del CP, es salvada. La remisión que lleva a cabo a la normativa administrativa, en los términos que hemos expuesto, se hace acomodándose a la doctrina del Tribunal Constitucional, y sirviendo de este modo de ejemplo de la colaboración entre el Derecho penal y el Derecho administrativo, en un ámbito en el cual existe el deber de actuar, según hemos comentado más atrás[14].

IV. ¿DELITO DE PELIGRO ABSTRACTO, CONCRETO O HIPOTÉTICO?

El comportamiento delictivo tipificado en el artículo 325.1 del CP exige no sólo el quebranto de la normativa ambiental, sino que se materialice en un daño sustancial o pueda llegar a causarlo. Es por ello, por lo que en estos casos se ha planteado el debate acerca de la naturaleza de este delito, y que resulta interesante en la medida en que, si se acude a un delito de resultado, de modo que se exija la materialización de un daño al medio ambiente el efecto preventivo de la norma penal se vería aminorado, de modo que en estos casos el Derecho penal interviene una vez que el daño se ha producido, imponiéndose una pena por su causación[15], aunque éste ya se ha materializado. Por el contrario, si hablamos de un delito de peligro, en este punto el efecto preventivo que ofrece la norma penal se ve incrementado, debido fundamentalmente a la propia naturaleza que presentan las actividades potencialmente dañinas para el medio ambiente, toda vez que aún se desconoce con certera cómo van a afectarle, de modo la necesidad de adoptar un enfoque preventivo se muestra como algo necesario, sobre todo si se tiene en cuenta que es preciso dar cumplimiento al principio de prevención en este campo. Por tanto, a la hora de abordar la intervención penal en este ámbito, sin lugar a dudas la opción

[13] De este modo señala que "En el presente caso la Sentencia de la Audiencia Provincial objeto de impugnación apreció en la conducta del acusado, hoy recurrente en amparo, un delito de imprudencia del art. 565, párrafo primero, en relación con el art. 347 bis del Código Penal, introducido por la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, en cuya previsión normativa cabe apreciar el establecimiento de las penas correspondientes a las conductas que se tipifican, la penalización de ilícitos relativos a un sector caracterizado por la intervención administrativa, como es la protección del medio ambiente, y la descripción de los comportamientos sancionados, referidos, en lo que aquí importa, a la provocación o realización directa o indirecta de vertidos de cualquier clase en las aguas terrestres que pongan en peligro grave la salud de las personas o puedan perjudicar gravemente las condiciones de vida animal".

[14] Sobre las relaciones entre el Derecho penal y el Derecho administrativo, véase PAREDES CASTAÑÓN, J. M., La accesoriedad administrativa de la tipicidad penal como técnica legislativa: efectos políticos y efectos materiales, en: QUINTERO OLIVARES, G./MORALES PRATS, F. (Coords.), Estudios de Derecho Ambiental. Libro Homenaje al profesor Josep Miquel Prats Canut, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 621-684.

[15] Vid. MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, A., Los delitos relativos a la protección del medio ambiente, Colex, Madrid, 2008, p. 69.

por la configuración del delito ambiental como un delito de peligro se muestra como la más acertada para alcanzar este fin. La no exigencia de un resultado para incurrir en responsabilidad penal, sino que sea suficiente el mero hecho de crear un peligro de que se dañe el medio ambiente, aumenta la eficacia preventiva en este campo[16]. Esta es la opción por la que se ha decantado el legislador penal, que ha configurado el tipo penal del artículo 325.1 como un delito de peligro.

Ahora bien, lo que ha de analizarse en este caso es si, a la luz de la redacción de este artículo, nos encontramos ante un delito de peligro concreto, abstracto o hipotético. Si acudimos a la jurisprudencia existente con respecto a este precepto del CP, podemos apreciar que no existe una línea uniforme sobre ello, sino que se ha acogido a las tres modalidades en diversos pronunciamientos, de modo que la calificación del delito se muestra confusa. De este modo, en la sentencia de 25 de octubre de 2002, precisa que el legislador penal ha renunciado a incorporar referencia alguna a la producción de un peligro concreto, de modo que extiende la punición a todas las actividades que puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales, previendo una agravación en la pena para aquellos supuestos en los que el riesgo de grave perjuicio fuese para la salud de las personas, por lo que en este caso considera que nos encontramos ante un delito de peligro abstracto. Una consideración, que, tal y como expresa en su sentencia de 14 de enero de 2003, redunda en una mayor eficacia en la protección del medio ambiente, especialmente en los casos de contaminación más graves, en los cuales resulta difícil identificar con certeza el origen de la contaminación cuando se trata de una zona sometida a una intensa agresión, toda vez que los delitos de peligro abstracto no exigen para su consumación la producción de un verdadero resultado de peligro como elemento del tipo objetivo, sino únicamente la comprobación del carácter peligroso de la acción. Además, al tratarse de un delito que no es contra las personas, sino contra el medio ambiente, precisa la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2007, no se hace necesario un peligro concreto de las personas, la vida animal, los bosques o los espacios naturales, sino que, lo que requiere el tipo penal, es una grave alteración de las condiciones de existencia y desarrollo de estos elementos. Ahora bien, aun a pesar de lo expuesto hasta ahora, en la sentencia de 20 de junio de 2006, admite la posibilidad de considerar este delito como un supuesto de peligro concreto, toda vez que se hace necesario la creación

[16] Sobre los delitos de peligro en el ámbito ambiental, véase PAREDES CASTAÑÓN, J. M., Responsabilidad penal y 'nuevos riesgos': el caso de los delitos contra el medio ambiente, Actualidad Penal, 10, 1997, pp. 217-227.

de una situación, debidamente probada, de riesgo suficientemente determinado para el equilibrio de los sistemas naturales, o la para la salud de las personas, siempre que el mismo pueda ser considerado como grave[17].

En su sentencia de 28 de noviembre de 2012, el Tribunal Supremo ha cambiado su doctrina al respecto, y ha considerado estos delitos como de peligro hipotético. En concreto, para el alto Tribunal este delito ha de configurarse como un delito a medio camino entre el peligro concreto y el peligro abstracto, de manera que lo que la situación de peligro no es un elemento del tipo, pero sí lo es la idoneidad del comportamiento efectivamente realizado para producir dicho peligro. No es suficiente, de este modo, con constatar la contravención de la normativa administrativa para poder aplicarlo, sino también algo más, ya que la conducta ha de ser potencialmente peligrosa, de manera que habrá que hacerse un juicio hipotético sobre la potencialidad lesiva de la conducta para que ésta pueda ser incardinada en el tipo penal[18].

En conclusión, a nuestro modo de entender consideramos que, en este caso, nos encontramos ante un delito de peligro hipotético. El empleo del término "puedan perjudicar", nos ayuda a la hora de adoptar esta posición, ya que con ella no se exige la concreción de un determinado peligro para el medio ambiente. A su vez, ha de precisarse que el CP, a la hora de establecer un delito como de peligro concreto, ha reflejado expresamente esta circunstancia en la descripción del tipo penal, para que no quede lugar a dudas –como sucede, por ejemplo, con el tipo autónomo del artículo 325.2 del CP–, algo que no acontece en el apartado primero de este artículo 325 del CP. Es por ello, por lo que entendemos que estamos ante un delito de peligro abstracto o hipotético, y no un delito de peligro concreto. Un hecho que refuerza además el efecto preventivo del Derecho penal en este ámbito, cuya finalidad es anticiparse a todo resultado dañino al medio ambiente, y aquí, la configuración de esta modalidad delictiva como delito de peligro abstracto o hipotético, contribuye a ello.

[17] Cambiará de opinión en la sentencia de 8 de abril de 2008, conforme a la cual "no es precisa la concurrencia de un peligro concreto sobre la salud de las personas o los sistemas naturales, sino la idoneidad de la conducta para su producción, por lo que no es preciso comprobar la producción del riesgo, la concreción del mismo, sino la idoneidad de su producción desde la conducta declarada probada".

[18] Tal y como ha señalado en las sentencias de 25 de mayo de 2004, 13 de febrero de 2008 y 30 de diciembre de 2008. Esta última señala al respecto que "debe hacerse un juicio hipotético sobre la potencialidad lesiva de la conducta, esto es, debe identificarse el riesgo creado o que la conducta es capaz de crear, o en su caso el daño causado como consecuencia del riesgo, y es preciso acreditar que la conducta de que se trate, en las condiciones en que se ejecuta, además de vulnerar las normas protectoras del medio ambiente, es idónea para originar un riesgo grave para el bien jurídico protegido".

V. EL SUJETO ACTIVO DEL DELITO

El tipo penal previsto en el artículo 325.1 no prevé ningún requisito especial o cualidad que deba cumplir aquella persona que comete el hecho delictivo recogido en este precepto. Por tanto, es un delito común que puede ser cometido por cualquiera que realice las distintas actividades previstas en este precepto, como son la provocación o realización directa o indirecta de emisiones, vertidos, radiaciones, extracciones o excavaciones, aterramientos, ruidos, vibraciones, inyecciones o depósitos en la atmósfera, el suelo, el subsuelo o las aguas terrestres, subterráneas o marítimas, incluido el alta mar. De este modo tanto particulares como empresarios podrán realizar las conductas anteriormente señaladas, y con ello, siempre que se genere un peligro de daño grave para el medio ambiente, se les podrá imponer responsabilidad por ello.

El principal problema que se plantea en estos casos es la aparente dificultad de encontrar la persona que ha llevado a cabo la acción, u omisión, sobre todo si se tiene en cuenta la complejidad de localizarla cuando actúa en el ámbito empresarial[19].

Puede suceder que, en estos casos, sobre todo a la hora de llevarse a cabo la conducta típica a través de industrias clandestinas o con autorizaciones ilegales, por ejemplo, que intervenga una autoridad o funcionario público en el hecho. En este caso, ha de tenerse en cuenta la posible aplicación del delito de prevaricación ambiental recogido en el artículo 329 del CP[20].

Finalmente, en aquellos supuestos en los que la persona lleva a cabo una concreta actividad industrial, como es la explotación de instalaciones en las que se realice una actividad peligrosa, o en las que se almacenen o utilicen sustancias o preparados que sean peligrosos, se podrá incurrir en el delito previsto en el artículo 326 *bis* del CP, siempre que se causen o puedan causar daños sustanciales a la calidad del aire, del suelo o de las aguas, a animales o plantas, muerte o lesiones graves a las personas, o puedan perjudicar

[19] Al respecto véase MONTANER FERNÁNDEZ, R., Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal, Atelier, Barcelona, 2008, pp. 73-115.

[20] Este artículo precisa que "1. La autoridad o funcionario público que, a sabiendas, hubiere informado favorablemente la concesión de licencias manifiestamente ilegales que autoricen el funcionamiento de las industrias o actividades contaminantes a que se refieren los artículos anteriores, o que con motivo de sus inspecciones hubiere silenciado la infracción de leyes o disposiciones normativas de carácter general que las regulen, o que hubiere omitido la realización de inspecciones de carácter obligatorio, será castigado con la pena establecida en el artículo 404 de este Código y, además, con la de prisión de seis meses a tres años y la de multa de ocho a veinticuatro meses.

2. Con las mismas penas se castigará a la autoridad o funcionario público que por sí mismo o como miembro de un organismo colegiado hubiese resuelto o votado a favor de su concesión a sabiendas de su injusticia".

gravemente el equilibrio de los sistemas naturales. Si, por el contrario, la persona lleva a cabo una actividad consistente en la gestión de residuos, la persona que lo lleva a cabo podrá ser responsable de un delito de gestión peligrosa y traslado de residuos, recogido en el artículo 326 del CP, siempre que a consecuencia de su actuación se causen o puedan causar daños sustanciales a la calidad del aire, del suelo o de las aguas, o a animales o plantas, muerte o lesiones graves a personas, o puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales[21].

VI. EL ELEMENTO SUBJETIVO: DELITO DOLOSO E IMPRUDENTE. EL ERROR EN EL SUJETO ACTIVO

El delito de contaminación ambiental recogido en el artículo 325.1 del CP precisa que la persona que lleva a cabo la acción u omisión sea consciente de que está actuando contraviniendo la normativa ambiental, y que por tanto está llevando a cabo un acto que, en función de la gravedad del peligro creado, podrá ser o no delito. Es decir, es un delito que requiere la existencia de dolo en el sujeto activo, en cualquiera de las modalidades del mismo, directo o eventual. Un elemento subjetivo que conlleva la necesidad de que el sujeto activo conozca que está realizando un acto de contaminación que contraviene la normativa administrativa, y que además lo hace excediéndose de los límites fijados para imponer una sanción administrativa, constituyendo por tanto su comportamiento delito, siempre que la actividad sea idónea para que pueda afectar de manera grave al medio ambiente[22].

No obstante lo expuesto, y tal y como señala la doctrina, en este ámbito el dolo más frecuente que se dará es el actuar del sujeto activo es el dolo eventual, toda vez que en la

[21] Sobre este delito véase por todos, LOUREIRO FUENTES, M.ª A., Los delitos de gestión ilegal y traslado ilícito de residuos (Art. 326 CP), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 177-272.

Este artículo 326 establece que "serán castigados con las penas previstas en el artículo anterior, en sus respectivos supuestos, quienes, contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general, recojan, transporten, valoricen, transformen, eliminen o aprovechen residuos, o no controlen o vigilen adecuadamente tales actividades, de modo que causen o puedan causar daños sustanciales a la calidad del aire, del suelo o de las aguas, o a animales o plantas, muerte o lesiones graves a personas, o puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales.

2. Quien, fuera del supuesto a que se refiere el apartado anterior, traslade una cantidad no desdeñable de residuos, tanto en el caso de uno como en el de varios traslados que aparezcan vinculados, en alguno de los supuestos a que se refiere el Derecho de la Unión Europea relativo a los traslados de residuos, será castigado con una pena de tres meses a un año de prisión, o multa de seis a dieciocho meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de tres meses a un año".

[22] Vid. MATELLANES RODRÍGUEZ, N., Derecho Penal del Medio Ambiente, Iustel, Madrid, 2008, pp. 124, ALASTUEY DOBÓN, M.ª C., El delito de contaminación ambiental (Artículo 325.1 del Código Penal), Comares, Albolote, 2004, p. 131 y SILVA SÁNCHEZ, J.-M., Delitos contra el medio ambiente, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 88-89.

mayoría de las ocasiones el motivo que le mueve a actuar, y el objetivo de ello, no es generar el peligro de daño al medio ambiente –o dañarlo–, sino el conseguir beneficios económicos[23], bien porque se ha ahorrado los costes de la adopción de medidas preventivas, bien por llevar a cabo su producción de la manera más económica posible sin tener en cuenta los efectos que se puedan desencadenar para el medio ambiente. De este modo, el sujeto activo en estos casos se limita a aceptar el riesgo de daños que se deriva de su comportamiento, puesto que su finalidad no es otra más que garantizar la continuidad empresarial con los menores costes posibles. A tales efectos, es significativa la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2003, a la hora de señalar que "quien conoce suficientemente el peligro concreto generado por su acción, que pone en riesgo específico a otros bienes y sin embargo actúa conscientemente, obra con dolo pues sabe lo que hace, y de dicho conocimiento y actuación puede inferirse racionalmente su aceptación del resultado, que constituye consecuencia natural, y que es la situación de riesgo deliberadamente creada[24]".

La consideración del delito como doloso, trae consigo a su vez la posible aplicación del error como causa de exculpación del sujeto activo del delito. Es decir, entraría en juego el artículo 14 del CP, en sus dos apartados, que recogen el error de tipo y el error de prohibición. Con respecto al primero de ellos, contemplado en el apartado primero de este artículo 14, se dará en aquellos casos en los que el sujeto activo ha actuado con la convicción de que su comportamiento se adecúa en todo momento a la legalidad vigente, sin que pueda subsumirse en el tipo penal del artículo 325.1 del CP, al no darse los elementos objetivos del mismo. El principal problema en estos casos viene marcado por el hecho de que nos encontramos a su vez con un error que versará sobre los elementos del tipo penal, lo que nos lleva a tener que acudir inevitablemente a un error sobre la norma extrapenal, en concreto la normativa ambiental administrativa[25]. De este modo, la persona que actúa es consciente de que lleva a cabo un comportamiento que puede dañar o poner en peligro el medio ambiente, pero lo hace en el convencimiento de que no está

[23] Vid. MENDO ESTRELLA, A., El delito ecológico..., 2009. pp. 144-145.

[24] A su vez, en el fundamento de derecho número 2, es más esclarecedor y precisa que "en el delito ecológico el riesgo requerido por el tipo se encuentra casualmente vinculado con la acción que genera el peligro concreto producido y debe serle atribuido al autor a título de dolo eventual cuando, como sucede en la generalidad de los casos, y en este también, no consta la intencionalidad de perjudicar al medio ambiente o de crear un riesgo".

[25] Así, por ejemplo, desconocimiento de los niveles máximos fijados de emisiones de CO^2, de la cantidad permitida de sustancias tóxicas presentes en los líquidos que se vierten a las aguas, o bien los requisitos técnicos de las propias instalaciones desde la que se actúa.

contraviniendo la normativa ambiental, y por tanto existe un error de tipo, toda vez que uno de los elementos objetivos del mismo es, precisamente, esta vulneración de la normativa administrativa. Esto ha supuesto, que, por parte de la doctrina, se advierta que en el ámbito ambiental todo error sobre la aplicación de la normativa administrativa, o la creencia de estar amparado en la misma, sea considerado como error de tipo y no de prohibición[26]. La consecuencia de que el sujeto activo actúe en este caso en un supuesto de error de tipo, será la prevista en el artículo 14.1 del CP. Si el mismo es invencible, de manera que el sujeto activo no hubiera podido salir de la situación de error, aun poniendo toda la diligencia posible, se excluirá la responsabilidad penal. En cambio, si atendiendo a las circunstancias del hecho, a los conocimientos y aptitudes de la persona, era posible haber salido de esta situación de error, estaremos ante un supuesto de error vencible, el cual conlleva que será posible imponer responsabilidad penal, si bien, en este caso la infracción penal será considerada como imprudente, algo posible dado que el artículo 331 del CP prevé la posibilidad de sancionar, con la pena inferior en grado, a quien lleve a cabo el comportamiento delictivo recogido en el artículo 325.1 del CP mediando imprudencia grave.

También es posible que, en el comportamiento del sujeto activo, y atendiendo a las peculiaridades de este ámbito, el mismo actúe en la creencia de que está amparado en una autorización administrativa, la cual no cumple con todos los requisitos establecidos, o bien actúa excediéndose de los límites de la misma. En este caso nos encontramos con un error de prohibición previsto en el artículo 14.3 del CP, de modo que, aquí, si la persona que actúe con un error invencible sobre el carácter ilícito del hecho constitutivo de la infracción penal, es decir, el incumplimiento de la normativa ambiental que se genera al excederse de las facultades conferidas por la autorización administrativa, o bien por obrar sin ella al no estimarla como necesaria, conllevará la exclusión de responsabilidad penal por el hecho delictivo[27], toda vez que el sujeto no puede considerarse culpable. De lo contrario, si el mismo es vencible, en este caso se aplicará la pena prevista en el artículo 325.1 del CP inferior en uno o dos grados.

[26] Vid. SILVA SÁNCHEZ, J.-M., Delitos..., 1999, pp. 92-93 y MENDO ESTRELLA, A., El delito ecológico..., 2009, pp. 150-151. Este último autor ha precisado que, en el ámbito medioambiental, esta clase de error será frecuente dada la dispersión y complejidad que presenta la normativa administrativa.

[27] Entendemos por error vencible "cuando una persona normal, en la misma situación, hubiera incurrido casi seguro en el mismo error, incluso si se hubiera prestado más atención: era un error inevitable, que el autor no hubiera podido superar ni aun empleando una gran diligencia", MUÑOZ CONDE, F./LÓPEZ PEREGRÍN, C./ GARCÍA ÁLVAREZ, P., Manual de Derecho Penal Medioambiental, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia 2015, p. 175.

Finalmente, ha de precisarse que el legislador penal es consciente de que este comportamiento delictivo en ocasiones se debe a la infracción de una norma de cuidado, a un deber actuar de una manera diligente. Es por ello por lo que en el artículo 331 del CP, se contempla la posibilidad de que este delito sea castigado en su modalidad imprudente, si bien, únicamente en aquellos casos en los que la misma merezca el calificativo de grave. Con esto, se da cumplimiento al mandato previsto en el artículo 12 del CP, conforme al cual únicamente será posible castigar una conducta imprudente como delito, en los casos que expresamente se recoja esta circunstancia. Además, también permite que, en aquellos casos en los que nos encontremos ante un error de tipo vencible, se pueda imponer responsabilidad penal por ello.

De este modo, se deja entrada a la posibilidad de que comportamientos que no se llevan a cabo de manera dolosa y que desembocan en un daño o un peligro del mismo para el medio ambiente, tengan cabida en el ámbito penal, siempre que se lleven a cabo mediante una imprudencia grave, esto es, cuándo la misma implica la omisión de la norma de cuidado más básica, lo que tradicionalmente se ha denominado como imprudencia temeraria[28]. Así, se consigue dotar de mayor entidad al desvalor de la acción, diferenciándolo del desvalor del resultado en el presente delito, puesto que en estos casos lo que califica el comportamiento como imprudente no es el resultado sino la acción.

VII. ELEMENTOS OBJETIVOS DEL TIPO

Los elementos objetivos del tipo penal aparecen descritos en este artículo 325.1 del CP, de manera que exige la creación de un peligro de daño al medio ambiente –o un daño efectivo al mismo–, el cual traiga su causa en un incumplimiento de la normativa ambiental administrativa. Por tanto, el principal problema que se plantea en estos delitos es el relativo a la prueba del nexo de causalidad[29], máxime aún en aquellos casos en los que en la causación del daño intervienen más de un sujeto y es difícil determinar con precisión a cuál de ellos se le ha de imputar la responsabilidad penal, y por tanto considerar como autor del delito. Una dificultad que se acrecienta igualmente cuándo el

[28] Vid. SILVA SÁNCHEZ, J.-M., Delitos..., 1999, p. 170.

[29] Sobre el mismos, véase DE LA CUESTA AGUADO, P. M., Causalidad de los delitos contra el medio ambiente, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, pp. 51-92.

daño se ocasiona en el seno de un entorno empresarial y por tanto encontrar el concreto autor de la conducta es una tarea compleja[30].

En cuando a las conductas que, conforme a este artículo 325.1 del CP, pueden llevarse a cabo por parte del sujeto activo, son variadas. De este modo, prevé la posibilidad de que el daño o el peligro traiga su causa en emisiones, vertidos, radiaciones, extracciones o excavaciones, aterramientos, ruidos, vibraciones, inyecciones o depósitos, en la atmósfera, el suelo, el subsuelo o las aguas terrestres, subterráneas o marítimas, incluido el alta mar, con incidencia incluso en los espacios transfronterizos, así como las captaciones de aguas que, por sí mismos o conjuntamente con otros, cause o pueda causar daños sustanciales a la calidad del aire, del suelo o de las aguas, o a animales o plantas[31].

En general, se observa cómo en estos casos lo que se exige es que la persona lleve a cabo un acto que puede dar lugar a contaminación, y por tanto a provocar un daño en el medio ambiente. No obstante, tal y como hemos advertido previamente, no nos encontramos ante un delito de resultado, sino que su configuración dentro de los delitos de peligro conlleva que el crear un peligro de daño grave para el medio ambiente sea suficiente para poder actuar penalmente. Aquí pues, el desvalor del resultado se ve resaltado frente al desvalor de la acción, viéndose reflejado con la exigencia de que exista una lesión –o un peligro grave– del medio ambiente a través de un acto de contaminación.

Por último, con respecto a la conducta típica, ha de precisarse que, tal y como puede extraerse de la lectura del artículo 325.1 del CP, nos encontramos ante un delito que admite tanto la modalidad activa, como la modalidad omisiva, teniendo en cuenta que en este caso no solo será posible aplicar la omisión propia, sino también la comisión por omisión u omisión impropia prevista en el artículo 11 del CP[32].

---

[30] Al respecto, y sobre esta problemática véanse por todos, FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., Sobre la imputación de omisiones lesivas del medio ambiente en el ámbito de estructuras empresariales: aproximación a la realidad y criterios jurisprudenciales, en: QUINTERO OLIVARES, G./MORALES PRATS, F. (Coords.), Estudios de Derecho Ambiental. Libro Homenaje al profesor Josep Miquel Prats Canut, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 526-529 y FARALDO CABANA, P., Problemas de atribución de la responsabilidad penal derivados de la estructura jerárquica de la empresa, en: QUINTERO OLIVARES, G. /MORALES PRATS, F. (Coords.), Estudios de Derecho Ambiental. Libro Homenaje al profesor Josep Miquel Prats Canut, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 469-523.

[31] Debido al objetivo del presente trabajo, no es posible entrar en profundidad en el análisis de estos términos, los cuales se analizan con mayor amplitud en MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, A., Los delitos relativos..., cit., pp. 89-102, SILVA SÁNCHEZ, J.-M., Delitos..., 1999, pp. 23-80, MENDO ESTRELLA, A., El delito ecológico..., 2009, pp. 57-81.

[32] Sobre la misma y su aplicación en el terreno ambiental, véase por todos FERNÁNDEZ TERUELO, J., en: QUINTERO OLIVARES, G./MORALES PRATS, F. (Coords.), Estudios de Derecho Ambiental. Libro Homenaje al profesor Josep Miquel Prats Canut,, 2008, pp. 529-533.

VIII. LA REPARACIÓN VOLUNTARIA DEL DAÑO COMO ATENUANTE DE LA RESPONSABILIDAD PENAL

El artículo 340 del CP prevé la posibilidad de que los Jueces y Tribunales puedan imponer la pena inferior en grado a las respectivamente previstas, siempre que el culpable del delito hubiera procedido voluntariamente a reparar el daño causado. En concreto, tal y como establece la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 2003, para que esta atenuante entre en escena es preciso que se den dos requisitos de manera cumulativa: que se trate de un delito medioambiental de resultado -daño o lesión-, y la existencia de una conducta conscientemente dirigida a reparar el daño ambiental causado.

Esta atenuante se aplicará aún a pesar de que nos encontramos con un delito de hipotético, en el que, por tanto, alejaría cualquier posibilidad reparatoria del daño al no producirse ningún efecto material a consecuencia del delito. En estos casos, el Tribunal Supremo ha precisado que es necesario hacer lo que califica como "esfuerzo dialéctico" de tal modo que se ha de entender que en la estructura del tipo aparece una primera fase conductual en la que se describe un ataque o agresión material a la naturaleza, que por sí sola no constituye delito, pero que es el presupuesto necesario para que el mismo pueda darse, y, posteriormente, en un segundo momento, nos encontraremos con el verdadero riesgo o peligro necesario para "el nacimiento a la vida jurídica del tipo delictivo en cuestión", tal y como señala la sentencia de 17 mayo de 2003.

Pero no sólo se ha de actuar de una manera voluntaria para reparar los efectos dañinos creados al medio ambiente, sino que, además, esta reparación ha de ser efectiva y eficaz, de modo que no quede en una mera declaración de intenciones o un proyecto de reparación futura[33].

Si se procede de manera voluntaria y eficazmente a reparar el daño que se hubiere causado al medio ambiente, se podrá aplicar esta atenuante y con ello disminuir la responsabilidad penal por el hecho delictivo cometido. Se consagra de esta manera una atenuante para el ámbito ambiental similar a la prevista en el artículo 21.5.ª del CP[34], el cual no resultaría de aplicación en el presente caso al ser el artículo 340 una norma especial y el anterior precepto una norma general, aunque esto sucederá siempre y cuando

[33] Tal y como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 2006.

[34] Vid. SILVA SÁNCHEZ, J.-M., Delitos..., 1999, p. 177. Este artículo contempla como atenuante el "haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral".

la reparación se efectúe con anterioridad a la apertura del juicio oral. Una vez que se proceda a la reparación tras la apertura entraría en juego únicamente el artículo 340 del CP que no contempla límite temporal alguno a la reparación, únicamente exige que la misma sea voluntaria, de manera que con ello se quiere potenciar los derechos de la víctima en aras a sustituir la sanción penal[35].

No obstante, el efecto de esta atenuante tiene que compatibilizarse en todo momento con lo dispuesto en la LRA, más en particular con lo establecido en su artículo 19, que recoge una serie de obligaciones de reparación del daño ambiental causado, si bien, en vía administrativa y no penal, pero que tienen trascendencia a la hora de aplicar el artículo 340 del CP, toda vez que si la reparación fijada en la LRA, se lleva a cabo por un requerimiento previo de la autoridad administrativa, no sería posible aplicar la atenuante que estamos comentando[36].

Finalmente, con respecto a la reparación del daño, y en general a la prevención de nuevos daños, el artículo 339 del CP contempla la posibilidad de que los jueces o tribunales ordenen la adopción, a cargo del autor del hecho, de las medidas necesarias encaminadas a restaurar el equilibrio ecológico perturbado, así como de cualquier otra medida cautelar necesaria para la protección del medio ambiente.

Bibliografía citada

ALASTUEY DOBÓN, M.ª C., El delito de contaminación ambiental (Artículo 325.1 del Código Penal), Comares, Albolote, 2004.

[35] En contra de esta opinión, se ha mostrado TAMARIT SUMALLA, J. M.ª, La reparación como instrumento de protección penal del ambiente, en: QUINTERO OLIVARES, G./ MORALES PRATS, F. (Coords.), Estudios de Derecho Ambiental. Libro Homenaje al profesor Josep Miquel Prats Canut, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. p. 755. Por el contrario, comparte nuestro criterio PUENTE ABA, L. M.ª, Art. 326, en: FARALDO CABANA, P. (Dir.)/ PUENTE ALBA, L. M.ª (Coord.), Ordenación del territorio..., cit., pp. 473-475.

[36] Vid al respecto, BAUCELLS I LLADÓS, J., La atenuante de reparación del daño ambiental ante la Directiva 2004/35 de responsabilidad ambiental, en: QUINTERO OLIVARES, G./ MORALES PRATS, F. (Coords.), Estudios de Derecho Ambiental. Libro Homenaje al profesor Josep Miquel Prats Canut, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. pp. 439-441. En concreto, este artículo 19 de la LRA establece que aquel "operador de cualquiera de las actividades económicas o profesionales enumeradas en el anexo III que cause daños medioambientales como consecuencia del desarrollo de tales actividades está obligado a ponerlo en conocimiento inmediato de la autoridad competente y a adoptar las medidas de reparación que procedan de conformidad con lo dispuesto en esta ley, aunque no haya incurrido en dolo, culpa o negligencia.

2. El operador de una actividad económica o profesional no enumerada en el anexo III que cause daños medioambientales como consecuencia del desarrollo de tal actividad está obligado a ponerlo en conocimiento inmediato de la autoridad competente y a adoptar las medidas de evitación y, sólo cuando medie dolo, culpa o negligencia, a adoptar las medidas reparadoras.

En todo caso, quedan obligados a la adopción de medidas de reparación los operadores que hubieran incumplido los deberes relativos a las medidas de prevención y de evitación de daños".

BAUCELLS I LLADÓS, J., La atenuante de reparación del daño ambiental ante la Directiva 2004/35 de responsabilidad ambiental, en: QUINTERO OLIVARES, G./MORALES PRATS, F. (Coords.), Estudios de Derecho Ambiental. Libro Homenaje al profesor Josep Miquel Prats Canut, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

DE LA CUESTA AGUADO, P. M., Causalidad de los delitos contra el medio ambiente, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.

ESCAJEDO SAN EPIFANIO, L., El medio ambiente en la crisis del Estado Social. Su protección penal simbólica, Comares, Albolote, 2006.

FARALDO CABANA, P., Problemas de atribución de la responsabilidad penal derivados de la estructura jerárquica de la empresa, en: QUINTERO OLIVARES, G./MORALES PRATS, F. (Coords.), Estudios de Derecho Ambiental. Libro Homenaje al profesor Josep Miquel Prats Canut, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., Sobre la imputación de omisiones lesivas del medio ambiente en el ámbito de estructuras empresariales: aproximación a la realidad y criterios jurisprudenciales, en: QUINTERO OLIVARES, G./MORALES PRATS, F. (Coords.), Estudios de Derecho Ambiental. Libro Homenaje al profesor Josep Miquel Prats Canut, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

– Parámetros interpretativos del modelo español de responsabilidad penal de las personas jurídicas y su prevención a través de un modelo de organización o gestión (compliance), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2020.

– Evolución del Derecho Penal Económico Europeo, en: ABEL SOUTO, M./ LORENZO SALGADO, J. M./ SÁNCHEZ STEWART, N. (Coords.), VIII Congreso Internacional sobre prevención y represión del blanqueo de dinero, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

LOUREIRO FUENTES, M.ª A., Los delitos de gestión ilegal y traslado ilícito de residuos (Art. 326 CP), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

MATELLANES RODRÍGUEZ, N., Derecho Penal del Medio Ambiente, Iustel, Madrid, 2008.

MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, A., Los delitos relativos a la protección del medio ambiente, Colex, Madrid, 2008.

MENDO ESTRELLA, A., El delito ecológico del artículo 325.1 del Código Penal, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

MESTRE DELGADO, E., Límites constitucionales de las remisiones normativas en materia penal, Anuario Español de Derecho Penal, 1988.

MONTANER FERNÁNDEZ, R., Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal, Atelier, Barcelona, 2008.

MUÑOZ CONDE, F., LÓPEZ PEREGRÍN, C./GARCÍA ÁLVAREZ, P.: Manual de Derecho Penal Medioambiental, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia 2015.

PAREDES CASTAÑÓN, J. M., Responsabilidad penal y 'nuevos riesgos': el caso de los delitos contra el medio ambiente, Actualidad Penal, n.º 10, 1997.

– La accesoriedad administrativa de la tipicidad penal como técnica legislativa: efectos políticos y efectos materiales, en: QUINTERO OLIVARES, G./MORALES PRATS, F. (Coords.), Estudios de Derecho Ambiental. Libro Homenaje al profesor Josep Miquel Prats Canut, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

– El Derecho Penal español del medio ambiente: una evaluación crítica, en: ÁLVAREZ GARCÍA, F. J./ COBOS GÓMEZ DE LINARES, M. A./ GÓMEZ PAVÓN, P./ MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A./MARTÍNEZ GUERRA, A. (Coords.), Libro Homenaje al Profesor Luis Rodríguez Ramos, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

PUENTE ABA, L. Mª., Art. 326, en FARALDO CABANA, P. (Dir.)/ PUENTE ABA, L. Mª (Coord.): Ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente en el Código Penal y la legislación especial, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

SILVA SÁNCHEZ, J.-M., Delitos contra el medio ambiente, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

TAMARIT SUMALLA, J. Mª, La reparación como instrumento de protección penal del ambiente, en: QUINTERO OLIVARES, G./MORALES PRATS, F. (Coords.), Estudios de Derecho Ambiental. Libro Homenaje al profesor Josep Miquel Prats Canut, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

TERRADILLOS BASOCO, J., Delitos relativos a la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente, en: TERRADILLOS BASOCO, J. (Ed.), Derecho Penal del Medio Ambiente, Trota, Madrid, 1997.

* * * * *

Víctor-Hugo García

Abogado y procurador, Buenos Aires, Argentina. Doctorando por el Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset-Gregorio Marañón, Madrid, España*. Socio de la FICP.

~Sísifo en Baviera. La codificación civil y penal del Imperio Francés y su recepción por parte de Feuerbach~

I. INTRODUCCIÓN

Se afirma que en la simbología desplegada por Tiziano VECELLIO (1490-1576) en la pintura "Carlos V en Mühlberg" (1548), el salto del caballo del Emperador viene a representar la transición desde la Edad Media al Renacimiento[1]. Asimismo, y con una metáfora muy similar, el historiador alemán Reinhard KOSELLECK denominó al siglo XVIII como *Sattelzeit*, debido a que el *Iluminismo* habría funcionado como *montura* (*Sattel*) en el paso definitivo del Medioevo a la Modernidad[2].

De forma introductoria, y ya sin simbología hípica, puede destacarse que Paul Johann Anselm Ritter von FEUERBACH (1778-1833) fue a su vez llamado "el hombre del cruce" debido a que parte de su obra como *pensador* tuvo lugar durante el fin del *Iluminismo* y el comienzo del positivismo[3]. Seguidamente, y ya como *legislador*, FEUERBACH participó de forma decisiva en la redacción del Código Penal para el Reino de Baviera de 1813; cuerpo legal que alcanzó países tan disímiles como Suiza, Argentina y el lejano Reino de Suecia (algo que luego celebró rebautizando al traductor y legislador sueco Olof ZENIUS [1772-1836] como "OZENIUS"[4]).

Varios de los más conocidos doctrinarios de habla hispana consagraron estudios a la legislación penal alemana y su recepción en España y Latinoamérica[5]. Sin embargo,

---

* Abogado y procurador graduado por la Universidad de Buenos Aires con orientación en Derecho penal y Derecho Internacional Público. *Master of Arts* por la Universidad de Estocolmo. Especializado en Derecho Procesal Penal por la Universidad Nacional de José C. Paz. Estudió Derecho penitenciario en Buenos Aires y en España, y Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Filosofía del Derecho y Estudios Latinoamericanos en las universidades de Örebro, Uppsala y Gotemburgo (Reino de Suecia). Publicó artículos en diversas revistas especializadas de Argentina y Europa. Correo de contacto: VictorHugo.DP@usal.es .

[1] CIRLOT, Lourdes, Museo del Prado II, Colección Museos del Mundo, Tomo 7, Madrid, Espasa, 2007.

[2] PERNAU, Margritt/SACHSENMAIER, Dominic (Eds.), Global Conceptual History, 1ª edición, Londres, Bloomsbury, 2016, pp. 31–54.

[3] v. FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter, Tratado de Derecho Penal común vigente en Alemania, traducción al castellano de la 14a edición alemana (Giessen, 1847) por Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeier, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 1989.

[4] Op. cit., p. 54.

[5] BACIGALUPO, Enrique, La recepción de la dogmática penal alemana en España y Latinoamérica, InDret, 2019, nro. 2, p. 3.

poco fue lo que se escribió sobre el Código Civil cuyos proyectos, presentados también por FEUERBACH y Nikolaus Ritter VON GÖNNER (1764-1827), delinearon la metodología con la que, posteriormente, se abordó la redacción del Código penal.

Es así como, a través de un análisis bibliográfico y documental, la presente comunicación abordará los rasgos más salientes del proyecto de código civil bávaro a fin de pasar, seguidamente, a su aplicación en 1812-1813 durante el proceso de codificación penal. Para esto, se presentará un marco teórico que tomará en cuenta algunos estudios previos en la materia y se analizará la labor legislativa desplegada por FEUERBACH con relación al Derecho privado y, posteriormente, al penal. La conclusión tratará de resumir los aspectos comunes que resultaron en su recepción y posterior sanción, y en aquellos que, por su aciaga suerte, lo llevaron a compararse con un conocido personaje de la mitología griega.

II. MARCO TEÓRICO

En opinión de KOSELLECK, el siglo XVIII dio lugar a una *democratización* de muchos de los conceptos que, durante la Edad Media, fueron de uso exclusivo del estamento de la nobleza[6]. Consecuencia de esto fue que, a partir de entonces, las leyes debieran redactarse de forma accesible para, por un lado, los flamantes "ciudadanos" deseosos de tomar parte en debates legislativos, y, por el otro, para su aplicación por parte de jueces que, en palabras de FEUERBACH, debían ser "*servidores de la ley*" (*Diener des Gesetzes*[7]). Tuvo así inicio el proceso de codificación europeo que en Francia llegó a su corolario con la Escuela Exegética[8] y el cual, a su vez, en Alemania fue apoyado incluso por un autor frecuentemente considerado como oscuro y excesivamente abstracto: Georg Friedrich Wilhelm HEGEL (1770-1831).

Así, y en consonancia con la posición de Justus THIBAUT[9](1772-1840), HEGEL se opuso de forma tajante a Friedrich Carl von SAVIGNY (1779-1869) para abogar por la adopción de un código redactado de forma clara[10]. Lo contrario, concluyó, sería algo

[6] Global Conceptual History, 2016, p. 37.

[7] HÖRNLE, Tatjana, Obras Fundacionales. Paul Johann Anselm von Feuerbach y su Tratado de derecho penal común vigente en Alemania (1801), traducción de Víctor-Hugo García, Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, 2021, nro. 2, Buenos Aires, Abeledo Perrot, p. 16.

[8] HESPANHA, A. M., A Cultura Jurídica Europeia. Síntese de um milenio, Coimbra, Edições Almedina, 2018.

[9] THIBAUT, Anton Justus, Sobre la necesidad de un derecho civil general para Alemania, traducción de José Díaz García, Madrid, 2015.

[10] HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, Rasgos Fundamentales de la Filosofía del Derecho o compendio de derecho natural y ciencia del estado, traducción directa del alemán de Eduardo Vásquez, Madrid, Editorial Biblioteca Nueva, 2000, §211, *observación.*

análogo a lo llevado a cabo por el DIONISIO el Tirano, quien publicaba las leyes colocadas en pedestales tan altos que ningún ciudadano podía leerlas[11].

En este contexto de *democratización* legislativa, en el que, agregó SCHMIDT, se buscó la *secularización*, *individualización*, *racionalización* y *humanización* del Derecho penal[12], uno de los más exitosos estadistas alemanes del siglo XIX, el Conde de MONTGELAS (1759-1838), decidió encargar la redacción de códigos civiles y penales a tres doctrinarios del Consejo Legislativo del Reino de Baviera: Adam Barón de ARETIN (1769-1822), el citado GÖNNER, y el propio FEUERBACH. Y no obstante la "enemistad académica" entre los dos últimos, no pasó demasiado tiempo hasta que presentaron los proyectos de Código Civil de 1808-1809 y 1811, a abordarse seguidamente[13].

III. ANÁLISIS DEL CASO

Como se sostuvo, es poco conocido el hecho de que FEUERBACH concedió gran importancia al Derecho privado. En este sentido, un primer paso para su propio proyecto consistió en un análisis pormenorizado del Código Civil francés de 1804, plasmado luego en el informe *"Consideraciones sobre el Espíritu del Código Napoleón y su relación con la Constitución de los estados alemanes en general, y de Baviera en particular"*. Así, sostuvo entonces:

"Legislar en materia de derecho público da fundamento al proceso legislativo en materia de derecho privado, pero este sirve al mismo tiempo como pilar de apoyo de aquel[14]*"*.

Luego, ya sobre la redacción, afirmó SCHUBERT que el proyecto de Código Civil para el Reino de Baviera de 1808-1809 no solo estuvo mayormente basado en un estudio previo de FEUERBACH, sino que también deben atribuírsele tanto la versión final como su revisión técnica[15]. Asimismo, su labor legislativa en materia de Derecho privado no terminó allí: en 1808 fue nombrado miembro de la comisión legislativa para el Código Civil ruso por cuyo proyecto fue condecorado (1811).

---

[11] Op. cit., §215.

[12] SCHMIDT, Eberhard, Die geistesgeschichtliche Bedeutung der Aufklärung für die Entwicklung der Strafjustiz aus der Sicht des 20. Jahrhunderts, *ZStrR*, (nro. 73), 1958, pp. 177-199.

[13] DEMEL, Walter/SCHUBERT, Werner, Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Baiern von 1811-Revidirter Codex Maximilianeus Bavaricus civilis, München, Verlag Rolf Gremer, 1986, pp. XLIII-LVI.

[14] v. FEUERBACH, Anselm, Themis, oder Beiträge zur Gesetzgebung, Landshut, 1812, pp. 3-69.

[15] Der Entwurf von 1811, 1986, p. LVII.

Es interesante observar aquí que, aun siguiendo las ideas generales del flamante Código francés, FEUERBACH debió tomar distancia para señalar las particularidades de los ordenamientos jurídicos alemán y bávaro y la necesidad de un estudio de la cuestión que permitiera eludir los aspectos de una legislación imperial mediante la aplicación de las ideas moderadamente liberales por la que fue finalmente conocido[16]. Esto no pudo ser sino una anticipación de lo que haría luego con el abordaje de la legislación penal, diferenciándose de forma tajante del cuerpo legal criminal del entonces imperio francés.

En este último sentido, finalizado el proyecto civil, un encargo real lo puso a trabajar en el del Código Penal para el Reino de Baviera vigente desde octubre de 1813. Su prestigio y consecuente difusión pueden resumirse citando la opinión de ZAFFARONI:

"(…) en 1814, fue sancionado también en Oldenburg, habiendo servido de modelo para Sajonia-Weimar, Wurtemberg, Hannover, Braunschweig y los cantones suizos de Basel, St. Gallen y Zurich. Este rigió en Baviera hasta 1861, pero pasó a Argentina y Paraguay después de su derogación originaria[17]*."*

La referencia a su fundamento filosófico hace conveniente aclarar que, en aquel momento de consolidación de los Estados nacionales, incluso proyectos legislativos revolucionarios como el "Plan de Legislación Criminal" de Jean-Paul MARAT (1780[18]) consideraron que el ordenamiento jurídico debía garantizar, prioritariamente, la seguridad e integridad del Estado. Luego, ya en la era napoleónica, el Código Penal Imperial de 1810 laicizó el Decálogo reemplazando a Dios por el Estado (o el Emperador), y, en la misma línea que el citado "Plan", dispuso que su parte especial considerase los delitos contra este como los más graves[19].

Por su parte (y a diferencia de Immanuel KANT, para quien los derechos sólo podían concebirse dentro de un Estado, derivados de la garantía externa del imperativo categórico[20]), FEUERBACH consideró que los derechos subjetivos son algo previo a la existencia del contrato estatal. En esa línea, cuestionó incluso a una institución entonces

[16] CATTANEO, Mario A., Anselm Feuerbach, filosofo e giurista liberale, Milano, Edizione di Comunita, 1970.

[17] V. FEUERBACH, Anselm, Anti-Hobbes o sobre los límites del poder supremo y el derecho de coacción del ciudadano contra el soberano, traducción de Leonardo G. Brond, 1ª edición, Buenos Aires, Hammurabi, 2010, pp. 11-54.

[18] MARAT, Jean Paul, Plan de Legislación Criminal, traducción al castellano por A. E. L., Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 2000.

[19] ARNEDO, Miguel/ZAFFARONI, Eugenio, Digesto de Codificación Penal Argentina, Tomo I, Buenos Aires, Editorial AZ, 2007.

[20] V. FEUERBACH, Anselm, Anti-Hobbes, 2010, p. 30.

aceptada como la esclavitud, agregando que el africano libre esclavizado por un "bárbaro europeo" tendría derechos derivados de la razón, aun sin haber vivido bajo la protección de un Estado[21].

Consecuentemente, esta centralidad del ser humano en su pensamiento llevó a que, a *contrario sensu* de la del Imperial de 1810, la parte especial del código penal bávaro considerara a los delitos contra la vida e integridad física de la persona como los más graves. Se trató, por esto, de un código *liberal* el cual, al no positivizar los delitos contra el Estado o el Emperador como los merecedores de penas más altas, continuaba además con una "íntima enemistad" entre FEUERBACH y NAPOLEÓN I (1769-1821) que no tardaría en tener consecuencias.

Es así como, en este marco general, pueden destacarse ahora cinco características particulares del código penal para el Reino de Baviera.

- Primero, la brevedad: sus 459 artículos contrastaban con el Código General para el Reino de Prusia cuyo proyecto fue considerado por FEDERICO II (1712-1786) como "demasiado grueso" (*so dicke*)[22].
- Luego, y a pesar de las objeciones contra sus rasgos imperiales, otra característica a destacar radica en su recepción de la clasificación en *crímenes*, *delitos* y *contravenciones* vigente en el código francés. En esta línea, el Código bávaro reservaba las penas más altas para las conductas más graves (es decir, los crímenes o *Verbrechen*).
- Es también digna de mención la separación del derecho y la moral que involucró la eliminación del delito de blasfemia (*Gotteslästerung*).
- Por otro lado, puede agregarse que si bien sus penas tuvieron un "rigor extremo" que llevó a NAUCKE a atribuirles una "dureza inhumana"[23], otro acierto del código bávaro consistió en su *selección*. Se excluyeron, así, la confiscación y las penas infamantes[24].
- Por último, la profundidad filosófica y precisión técnica de este cuerpo legal llevaron a que se le hiciera una crítica que parece, más bien, un elogio. Es decir,

[21] V. FEUERBACH, Anti-Hobbes, 2010, p. 77.
[22] KIPPER, Eberhard, Johann Paul Anselm Feuerbach- Sein Leben als Denker, Gesetzgeber und Richter, Darmstadt, Carl Heymanns Verlag, 1969, p. 67.
[23] NAUCKE, Wolfgang, Die Modernisierung des Strafrechts durch BECCARIA, KrimG, nro.100, 1989.
[24] VATEL, Charles, Code Pénal du Royaume de Bavière traduit dell allemande avec des explication tirées du commentaire official, París, August Durant Libraire-Éditeur, 1852, pp. XXXIII y XL.

para la doctrina de entonces, el código bávaro era *"demasiado científico"*, y parecía, por esto, *"más un Tratado que una ley vigente*[25]*"*.

No obstante su brillantez y productividad, la permanencia de FEUERBACH en la capital bávara no se prolongaría por mucho más tiempo. En este sentido, varias desavenencias con sus colegas y la publicación de dos artículos críticos con NAPOLEÓN I llevaron a que se le pidiera el alejamiento de Múnich en 1814[26].

IV. CONCLUSIÓN

Por lo expuesto, es posible sistematizar los rasgos de los códigos, destacando los siguientes aspectos:

- Primero, puede decirse, con KOSELLECK, que el *Iluminismo* conllevó la *democratización* legislativa. En este sentido, los avances de Francia se plasmaron en el monumental "Código Napoleón" de 1804.
- Éxitos como este y la alianza de Baviera con el entonces Imperio Francés no significaron, para FEUERBACH, que la recepción del Código NAPOLEÓN debiera hacerse de forma *acrítica*.
- Por el contrario, esta tuvo la forma de un *diálogo* en el que el pensador alemán analizó los códigos, identificó sus aportes y propuso, finalmente, su adaptación al contexto constitucional, civil y penal alemán y bávaro a través de los proyectos de código civil de 1808-1809 y 1811.
- Esta metodología fue mantenida al redactar el Código Penal bávaro de 1813. Consecuentemente, el criterio adoptado por FEUERBACH incluyó el análisis del Código Penal Imperial de 1810, la recepción de la clasificación de conductas punibles y la exclusión de la confiscación y las penas infamantes.

Por desgracia, y como se mencionó, los exhaustivos *travaux préparatoires* del autor no siempre fueron bien recibidos. En este sentido, al referirse a su fallido proyecto de código penal de 1824, confesó amargamente:

"Codificar en Baviera no fue sino como la elusiva piedra de Sísifo la cual, cada vez que era empujada hasta la cima de la montaña mediante un esfuerzo inenarrable, rodaba desde allí otra vez; debiéndose empezarse la ascensión de nuevo, con análogo resultado[27]*."*

[25] Op. cit., p. XXII.
[26] KIPPER, Johann Paul Anselm Feuerbach, 1969, p. 70.
[27] Op. cit., 1969, p. 147.

Para el público hispanohablante, es imposible no ver también, en esta comparación, las labores de quien tradujo el código de 1813 al castellano: Carlos TEJEDOR CARRERO (1817-1902). Es así que su no menos exhaustivo trabajo incluyó la selección de los mejores aportes de FEUERBACH y la refutación de los confusos comentarios de GÖNNER[28]. Sin embargo, tal *Proyecto* terminó vegetando en comisiones parlamentarias durante veinte años para ser seguido, tras su aprobación en 1886, por la de un código procesal penal altamente inquisitivo (1888) basado en un modelo ya obsoleto en la España de principios de 1880[29].

Cabe preguntarse, por lo expuesto, si la labor codificadora no es, en la mayor parte de los casos, similar a la empresa de SÍSIFO: basta recordar también la suerte del Anteproyecto de Código Penal de 2014[30] descartado en Argentina debido a que, entre otras cosas, un legislador propuso "juntar cinco millones de firmas" para que ni siquiera se tratara a nivel parlamentario. No obstante, la actual demagogia punitiva hace necesario tener en cuenta la opinión de otro doctrinario alemán que describió los complicados procesos legislativos como una *"Lucha por el Derecho*[31]*"*.

Por esto, la comparación de FEUERBACH con SÍSIFO da la oportunidad de concluir la presente comunicación citando la opinión de quien seguramente fue una de sus fuentes en la materia: HESÍODO. En este sentido, aunque el jurista y filósofo alemán fue una persona, como mínimo, problemática, la *lucha por el derecho* civil y penal expuesta lleva a que se pueda afirmar que se trató, como aquel rey griego, de alguien indudablemente *"fértil en recursos*[32]".

V. BIBLIOGRAFÍA

ARNEDO, Miguel Alfredo/ZAFFARONI, Eugenio, *Digesto de Codificación Penal Argentina*, Tomo I, Buenos Aires, Editorial AZ, 2007.

BACIGALUPO, Enrique, La recepción de la dogmática penal alemana en España y Latinoamérica, In Dret, 2019, nro.2.

[28] DUVE, Thomas, Del Absolutismo Ilustrado al Liberalismo Reformista? La recepción del Código Penal Bávaro de 1813 de Paul J. A. von Feuerbach en Argentina y el debate sobre la reforma del derecho penal hasta 1921, Revista de Historia del Derecho, nro. 27, 2005, pp. 125–152.

[29] MAIER, Julio, Derecho Procesal Penal. I Fundamentos, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1999.

[30] COMISIÓN PARA LA ELABORACIÓN DEL PROYECTO DE REFORMA, ACTUALIZACIÓN E INTEGRACIÓN DEL CÓDIGO PENAL DE LA NACIÓN, Anteproyecto de Código Penal de la Nación (Decreto PEN 678/12), 1ª edición, Buenos Aires, Infojus, 2014.

[31] V. IHERING, Rudolf, La Lucha por el Derecho, Madrid, Editorial Dykinson, 2018.

[32] MOST, Glenn Warren, Hesiod: The Shield, Catalogue, Other Fragments, Loeb Classical Library, Cambridge (Massachusetts), 2007.

CATTANEO, Mario A., Anselm Feuerbach, filosofo e giurista liberale, Milano, Edizione di Comunita, 1970.

COMISIÓN PARA LA ELABORACIÓN DEL PROYECTO DE REFORMA, ACTUALIZACIÓN E INTEGRACIÓN DEL CÓDIGO PENAL DE LA NACIÓN, Anteproyecto de Código Penal de la Nación (Decreto PEN 678/12), 1ª edición, Buenos Aires, Infojus, 2014.

DEMEL, Walter/SCHUBERT, Werner, Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Baiern von 1811-Revidirter Codex Maximilianeus Bavaricus civilis, München, Verlag Rolf Gremer, 1986.

DUVE, Thomas, Del Absolutismo Ilustrado al Liberalismo Reformista? La recepción del Código Penal Bávaro de 1813 de Paul J. A. von Feuerbach en Argentina y el debate sobre la reforma del derecho penal hasta 1921, Revista de Historia del Derecho, nro. 27, 2005, pp. 125–152.

V. FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter, Tratado de Derecho Penal común vigente en Alemania, traducción al castellano de la 14ª edición alemana (Giessen, 1847) por Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeier, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 1989.

V. FEUERBACH, Anselm, Anti-Hobbes o sobre los límites del poder supremo y el derecho de coacción del ciudadano contra el soberano, traducción de Leonardo G. Brond, 1ª edición, Buenos Aires, Hammurabi, 2010.

V. FEUERBACH, Anselm, Themis, oder Beiträge zur Gesetzgebung, Landshut, 1812.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, Rasgos Fundamentales de la Filosofía del Derecho o compendio de derecho natural y ciencia del estado, traducción directa del alemán de Eduardo Vásquez, Madrid, Editorial Biblioteca Nueva, 2000.

HESPANHA, Antonio, A Cultura Jurídica Europeia. Síntese de um milenio, Coimbra, Edições Almedina, 2018.

HÖRNLE, Tatjana, Obras Fundacionales. Paul Johann Anselm von Feuerbach y su Tratado de derecho penal común vigente en Alemania (1801), traducción de Víctor-Hugo García, Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, 2021, nro. 2, Buenos Aires, Abeledo Perrot.

V. IHERING, Rudolf, La Lucha por el Derecho, Madrid, Editorial Dykinson, 2018.

KIPPER, Eberhard, Johann Paul Anselm Feuerbach- Sein Leben als Denker, Gesetzgeber und Richter, Darmstadt, Carl Heymanns Verlag, 1969,

MAIER, Julio B.J., Derecho Procesal Penal. I Fundamentos, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1999.

MARAT, Jean Paul, Plan de Legislación Criminal, traducción al castellano por A. E. L., Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 2000 (1780).

MOST, Glenn Warren, Hesiod: The Shield, Catalogue, Other Fragments, Loeb Classical Library, Cambridge (Massachusetts), 2007.

NAUCKE, Wolfgang, Die Modernisierung des Strafrechts durch Beccaria, *KrimG*, nro.100, 1989.

PERNAU, Margritt/SACHSENMAIER, Dominic, (Eds.), Global Conceptual History, Londres, Bloomsbury, 2016.

SCHMIDT, Eberhard, Die geistesgeschichtliche Bedeutung der Aufklärung für die Entwicklung der Strafjustiz aus der Sicht des 20. Jahrhunderts, ZStR, nro. 73, 1958, pp. 177-199.

THIBAUT, Anton Justus, Sobre la necesidad de un derecho civil general para Alemania, traducción de José Díaz García, Madrid, Universidad Carlos III, 2015.

VATEL, Charles, Code Pénal du Royaume de Bavière traduit dell allemande avec des explication tirées du commentaire official, París, August Durant Libraire-Éditeur, 1852.

* * * * *

Ildefonso Manuel Gómez Padilla

Fiscal sustituto, España. Socio de la FICP.

~"Solo sí es sí". Análisis jurídico penal comparado~

SUMARIO.- I. DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL E INDEMNIDAD SEXUAL. 1. Agresiones Sexuales. a) Bien jurídico. b) Consentimiento. c) Conducta. d) Consumación. e) Cuestiones concursales. f) Tipo cualificado de violación: 1) Conducta. 2) Sujetos. g) Tipo agravado específico. 2. Abusos Sexuales. a) Actos sexuales no consentidos y de prevalimiento. b) Actos sexuales con engaño. 3. Abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años. a) los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años. b) El delito de participación de menores en comportamientos sexuales. Las conductas tipificadas en el artículo 183 bis CP. c) La cláusula de exención de responsabilidad penal recogida en el artículo 183 quáter CP. 4. Acoso sexual. 5. El ciberacoso. El artículo 183 ter CP. 6. Delitos de exhibición y provocación sexual. 7. Delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y la corrupción de menores. a) Prostitución de personas mayores de edad: 1) La prostitución coactiva. 2) El proxenetismo no coercitivo. 3) Agravaciones específicas. 4) El concurso de delitos del artículo 187.3 CP y otros posibles concursos. b) Prostitución de personas menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección: 1) Tipo básico. 2) Prostitución coercitiva de menores de edad o personas con discapacidad. 3) Agravaciones específicas. 4) La incriminación del cliente de prostitución infantil. c) La pornografía infantil: 1) La captación o utilización de menores de edad o personas con discapacidad con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos. 2) Difusión de pornografía infantil. 3) Posesión de pornografía infantil. 4) Acceso a sabiendas a pornografía infantil. 5) Asistencia a espectáculos pornográficos. 6) Los subtipos agravados del artículo 189 CP. 8. Disposiciones comunes a los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. 1) Perseguibilidad de los delitos contra la libertad y la indemnidad sexuales. 2) El perdón del ofendido. 3) La libertad vigilada. 4) La agravación específica del artículo 192.2 en relación con los ascendientes, tutores, curadores, guardadores o cualquier otra persona encargada de hecho o de derecho del menor. 5) Responsabilidad civil: a) El daño moral en los delitos contra la libertad y la indemnidad sexuales. b) La responsabilidad civil del Estado y demás entes públicos en los delitos cometidos por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones. 6) Penas en relación con las personas jurídicas, consecuencias accesorias y medidas cautelares. 9. Las consecuencias accesorias en relación con los delitos contra la libertad y la indemnidad sexuales. La toma de muestras biológicas del penado para la obtención de identificadores de ADN y su inscripción en la base de datos policial. II. PROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE GARANTÍA INTEGRAL DE LA LIBERTAD SEXUAL. NUEVO MARCO JURÍDICO-PENAL. III. CONCLUSIONES. IV. BIBLIOGRAFÍA.

Resumen.- Con este trabajo, se pretenden analizar los cambios introducidos en los delitos contra la libertad sexual y que a la fecha de confección del presente trabajo a pesar de ser convalidado por el Congreso a fecha 25 de agosto de 2022, aún no ha sido publicado en Boletín Oficial del Estado. Se partirá, para comprender el mayor o menor calado de dicha reforma, de lo anteriormente regulado en toda su extensión, así como se realizará especial hincapié en las novedades que se introducen con la nueva Ley Orgánica.

Nota.- A fecha 7 de septiembre de 2022 se ha publicado la LO 10/2022, de 6 de septiembre de garantía integral de la libertad sexual con una "vacatio legis" de 30 días por la Disposición Final vigesimoquinta, esto es 7 de octubre de 2022.

Palabras Clave.- Agresión sexual, acoso sexual, consentimiento, libertad sexual, indemnidad sexual.

I. DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL E INDEMNIDAD SEXUAL.

Estos delitos se enmarcan en nuestro vigente Código Penal (C.P.) introducido por LO 10/1995, de 23 de noviembre en el Título VIII del libro II, que se ha visto afectado a lo largo de este tiempo por varias reformas, como son: la operada por la LO 11/1999, de 30 de abril; la LO 11/1999, de 30 de abril; la LO 11/2003, de 29 de septiembre; la LO 15/2003, de 25 de noviembre; la LO 5/2010, de 22 de junio; la LO 1/2015, de 30 de

marzo; la LO 8/2021, de 4 de junio y el proyecto de LO de Garantía Integral de la Libertad Sexual aprobado definitivamente en el Congreso de los Diputados el 25 de agosto de 2022, por tanto, solo pendiente de publicación en B.O.E.

Tras la última reforma aprobada y publicada el Título VIII del Libro II del Código Penal se divide en siete Capítulos:

Capítulo I: "De las agresiones sexuales". Artículos 178 a 180.

Capítulo II: "De los abusos sexuales". Artículos 181 y 182.

Capítulo II bis: "De los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años". LO 1/2015, de 30 de marzo. Artículos 183 a 183 quarter.

Capítulo III: "Del acoso sexual". Artículo 184.

Capítulo IV: "De los delitos de exhibicionismo y provocación sexual". Artículos 185 y 186.

Capítulo V: "De los delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores". LO 1/2015, de 30 de marzo. Artículos 187 a 190.

Capítulo VI: "Disposiciones comunes a los capítulos anteriores". Artículos 191 a 194.

Este conjunto de capítulos protege, de manera general, el bien jurídico libertad sexual de los individuos, si bien de manera más particular en alguno de ellos, se puede hablar de los derechos inherentes a la dignidad de la persona humana, el derecho al libre desarrollo de la personalidad e integridad e indemnidad sexual de los menores o incapaces.

1. Agresiones sexuales.

Contempla el art. 178 del C.P. la conducta típica a realizar para incurrir en este delito, siendo necesaria la violencia o intimidación, atentando contra la libertad sexual de otra persona, teniendo como consecuencia jurídica, la pena de prisión de uno a cinco años.

a) Bien jurídico. Como se ha señalado a modo introductorio, el bien jurídico protegido es la libertad sexual, desde dos puntos de vista: uno positivo, bajo el libre ejercicio de la libertad sexual sin más limitación que la injerencia en la libertad ajena; y otro negativo, consistente en el derecho a no verse involucrado en conductas sexuales y derecho a la legítima defensa sobre estas.

b) Consentimiento. Concepto clave con la actual reforma, que se analizará en el epígrafe III del presente trabajo y que antes de la última reforma acometida le confería "valor excusante" al mismo.

c) Conducta. Conforme al artículo 178 C.P. se requiere: en primer lugar, violencia sobre la víctima o intimidación (no irresistible) mediante la que el sujeto activo coarte, limite o anule la voluntad del sujeto pasivo en una relación sexual. Si falta este requisito, aun se puede incurrir en el delito de abuso sexual de los artículos 181 y siguientes C.P; en segundo lugar, contacto corporal entre al menos dos personas sin distinción de sexo, al tiempo que se excluye de ese contacto corporal el acceso carnal vía vaginal, anal o bucal, siendo tipificado este hecho en el artículo 179 C.P.

La Sala II del T.S. en sus últimas resoluciones prescinde del elemento subjetivo del delito que se venía requiriendo habitualmente, esto es, ánimo lúbrico o libidinoso del autor, basta el conocimiento del autor de los elementos del tipo objetivo, carácter sexual de la acción realizada sobre el sujeto pasivo sin consentimiento del mismo. (STS 652/2020 y 517/2016)

***d) Consumación*.** Se produce cuando se da un contacto corporal de contenido sexual entre sujeto activo y pasivo.

***e) Cuestiones concursales*.** Las lesiones producidas en términos generales son absorbidas conforme al artículo 8.3ª C.P., solo se sancionan cuando exceden de lo necesario, encontrándonos en iguales términos con respecto al delito de detención ilegal.

***f) Tipo cualificado de violación*:** Regulado en el artículo 179 C.P.

***1) Conducta*.** Exige la agresión sexual con violencia o intimidación y acceso carnal vía vaginal, anal o bucal.

2) Sujetos. Sin distinción de sexo tanto para el sujeto activo como pasivo.

***g) Tipo agravado específico*.** Regulado en el artículo 180 C.P. en el que se incrementa la pena de prisión de cinco a diez años en el caso del art. 178 C.P. y de doce a quince años para el artículo 179 C.P. siempre que concurran las siguientes circunstancias:

- violencia o intimidación con un carácter particularmente degradante o vejatorio.
- actuación conjunta de dos o más personas.

- víctima especialmente vulnerable, por su edad, enfermedad, discapacidad o situación salvo art. 183 C.P.
- prevaliéndose de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción, o afines con la víctima.
- uso de armas u otros medios peligrosos susceptibles de producir la muerte o lesiones previstas en los artículos 149 y 150 C.P. sin perjuicio de la pena que pudiera corresponder por la muerte o lesiones causadas.

Concurriendo dos o más de las circunstancias anteriores, las penas previstas se impondrán en su mitad superior.

2. Abusos sexuales.

***a) Actos sexuales no consentidos y de prevalimiento*.** Regula el artículo 181 C.P. la conducta típica a realizar para incurrir en este delito, siendo innecesaria la violencia o intimidación, sin consentimiento, atentando contra la libertad sexual de otra persona, teniendo como consecuencia jurídica, la pena de prisión de uno a tres años o multa de dieciocho a veinticuatro meses. En el apartado siguiente se personaliza el hecho en una serie de personas como las privadas de sentido o de cuyo trastorno mental se abuse, así como las personas sobre las que se cometan dichos abusos sexuales anulando su voluntad mediante el uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia al efecto. Igual pena cuando el sujeto actúa prevaliéndose de una situación de superioridad que coarte la libertad de la víctima. Se incrementa la pena de prisión de cuatro a diez años cuando el acceso carnal se produce por vía vaginal, anal o bucal o introducción de miembros corporales y objetos por las dos primeras vías. Las penas señaladas se impondrán en su mitad superior si concurren las circunstancias tercera y cuarta del art. 180.1 C.P.

***b) Actos sexuales con engaño*.** Regulado en el artículo 182 reformado por LO 1/2015, de 30 de marzo, mediante engaño o abusando de confianza, autoridad o influencia sobre la víctima realice actos de carácter sexual con mayor de dieciséis años y menor de dieciocho se le impondrá la pena de prisión de uno a tres años. Si dichos actos se realizan por via vaginal, anal o bucal o con introducción de miembros corporales u objetos vía vaginal o anal, la prisión será de dos a seis años, imponiéndose la pena en su mitad superior si concurren las circunstancias tercera y cuarta del art. 180.1 C.P.

El sujeto activo en este caso es conocedor del engaño, siendo suficiente y eficaz y

el sujeto pasivo tiene acotada cronológicamente la edad entre los dieciséis y los dieciocho años.

3. Abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años.

Se parte de la premisa de la incapacidad de los menores de dieciséis años (antes de la reforma de 2010, menores de trece años) para prestar consentimiento valido en las relaciones sexuales.

El bien jurídico protegido en este caso es la intangibilidad sexual de los menores, no la libertad sexual, ya que no se puede proteger algo a lo que no se tiene derecho, esto es que se niega su capacidad para prestar consentimiento valido para mantener relaciones sexuales.

a) Los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años. Tras su reforma de 2010 y 2015, queda regulado en el artículo 183 C.P. tipificando la realización de actos de carácter sexual con menor de dieciséis años con una pena de prisión de dos a seis años, siempre que se realicen sin violencia o intimidación (abuso sexual), ya que si para esos mismos hechos se emplea la misma, en ese caso nos encontramos con el delito de agresión sexual y la pena se incrementa de cinco a diez años de prisión, siendo incrementada, aun mas, entre ocho a doce años o doce a quince años si el acceso carnal se realiza por las vías ya reiteradas con anterioridad. Por último, las penas de prisión se aplicarán en su mitad superior con algunas de las siguientes circunstancias:

- escaso desarrollo intelectual o físico de la víctima
- actuación conjunta de dos o más personas
- violencia o intimidación con carácter particularmente degradante o vejatorio
- prevalimiento por relación de superioridad o parentesco
- puesta en peligro (dolo o imprudencia) la vida o salud de la víctima
- organización o grupo criminal.

Se añade a la pena de prisión para la totalidad de supuestos expuestos, la pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años en el caso de que el sujeto activo se prevaliese de su condición de autoridad, agente o funcionario público.

b) El delito de participación de menores en comportamientos sexuales. Las conductas tipificadas en el artículo 183 bis CP. La conducta tipificada consiste en determinar a un menor de dieciséis años a participar en actos de naturaleza sexual o les obligan a presenciarlos, aunque el sujeto activo no participe, ascendiendo la pena a seis

meses a dos años de prisión.

c) La cláusula de exención de responsabilidad penal recogida en el artículo 183 quáter CP. Se excepciona a todo lo expuesto la validez del consentimiento del menor de dieciséis años acreditado el grado de desarrollo y madurez de este y siempre que el sujeto activo sea una persona próxima al menor. (Excusa absolutoria).

4. Acoso sexual.

Regulado en el artículo 184 C.P., el tipo básico consiste en solicitar favores sexuales para sí o para tercero en el ámbito de una relación laboral, docente o prestación de servicio, continuada o habitual provocando al sujeto pasivo una situación objetiva y grave intimidatoria, hostil o humillante por lo que será castigado con una pena de prisión de tres a cinco meses o alternativamente multa de seis a diez meses. Si esos mismos hechos se realizan prevaliéndose de una situación de superioridad con anuncio expreso o tácito de causar en el sujeto pasivo un perjuicio en esa relación, la pena se agrava en la prisión de cinco a siete meses o multa de diez a catorce meses (tipo agravado). Por último, se contempla un tipo super agravado, en el caso de que se realice la conducta delictiva descrita sobre victima especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o situación, siendo condenado a la pena de prisión de cinco a siete meses o multa de diez a catorce meses o de seis meses a un año según el supuesto aplicable.

5. El ciberacoso. El artículo 183 ter CP.

Se incurre en la conducta típica de este hecho delictivo (Child Grooming), siempre que un sujeto activo contacte con un menor de dieciséis años a través de internet, teléfono o cualquier otro medio tecnológico de información y comunicación, por tanto, descartando el contacto personal, salvo que sea en un momento inicial o puntual, siempre que el grueso de la acción se desarrolle vía telemática. Al tiempo, debe existir una propuesta de encuentro y actos materialmente tendentes a su consumación con actos de los anteriormente enunciados. Las penas oscilan entre los uno a tres años de prisión o multa de doce a veinticuatro meses, sin perjuicio de las penas que le correspondan por el delito cometido, imponiendo la pena en su mitad superior cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño. Si con la realización de la conducta señalada además se obtiene material pornográfico con presencia de menor, la pena de prisión se incrementa de seis meses a dos años.

6. Delitos de exhibición y provocación sexual.

El primero (exhibicionismo), regulado en el artículo 185 C.P. consistiendo la conducta en ejecutar o hacer ejecutar al sujeto pasivo actos de exhibición obscena ante menores de edad o discapacitados, siempre que no exista contacto físico, puesto que en ese caso serían de aplicación los tipos anteriormente estudiados. La pena de prisión se mueve entre los seis meses a un año o alternativamente multa de 12 a 24 meses. El segundo (provocación sexual), regulado en el artículo 186 C.P. consistente en vender, difundir o exhibir material pornográfico entre menores de edad o discapacitados por cualquier medio, siendo la pena de prisión de seis meses a un año o multa de 12 a 24 meses.

7. Delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y la corrupción de menores.

a) Prostitución de personas mayores de edad: (Artículo 187 C.P.)

1) La prostitución coactiva. Regulada en el artículo 187.1 C.P. consistiendo la conducta típica en la utilización de violencia o intimidación, engaño o abuso de superioridad sobre persona mayor de dieciocho años para que ejerza la prostitución y teniendo como consecuencia jurídico-penal la pena de prisión de dos a cinco años y multa de doce a veinticuatro meses.

2) El proxenetismo no coercitivo. Regulada en el artículo 187.1.2 C.P. castigando con penas de prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses a quien se lucre explotando la prostitución de otra persona aun con su consentimiento, siempre que se den alguna de las siguientes circunstancias:

- que la víctima se encuentre en situación de vulnerabilidad personal o económica.
- que se le impongan para su ejercicio condiciones gravosas, desproporcionadas o abusivas.

3) Agravaciones específicas. Regulada en el artículo 187.2 C.P. aplicándose las penas anteriormente señaladas en su mitad superior, siempre que se den alguna de las siguientes circunstancias:

- sujeto activo se prevale de su condición de autoridad, agente o funcionario público.
- organización o grupo criminal

- sujeto activo ponga en peligro (con dolo o imprudencia grave) la vida o salud de la víctima.

***4) El concurso de delitos del artículo 187.3 CP y otros posibles concursos*.** Las penas señaladas se impondrán sin perjuicio de las que correspondan por las agresiones o abusos sexuales cometidos sobre el sujeto pasivo.

Al tiempo, se pueden producir otras conductas delictivas aparejadas del tipo detención ilegal, tráfico ilegal de personas, trata de seres humanos. Por otro lado, es factible un concurso de normas conforme al artículo 8.3 C.P. para el caso en que las amenazas integrantes de la coacción, exclusivamente orientadas al sujeto pasivo para su continuidad dentro de la prostitución contra su voluntad.

b) Prostitución de personas menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección: (Artículo 188 C.P.)

***1) Tipo básico*.** Artículo 188.1 C.P. consistente en inducir, promover, favorecer o facilitar, lucrarse con la prostitución de un menor de edad o discapacitado o explotarlos para estos fines, imponiéndose penas de prisión de dos a cinco años y multa de doce a veinticuatro meses.

2) Prostitución coercitiva de menores de edad o personas con discapacidad. Artículo 188.1.2 C.P. Mismo hechos anteriores, pero con sujeto pasivo menor de dieciséis años siendo la pena de prisión de cuatro a ocho años y multa de doce a veinticuatro meses.

Mayor agravación en la pena se aplicará en el caso de que los hechos se realizaran concurriendo violencia o intimidación Artículo 188.2 C.P., esto es, penas de prisión de cinco a diez años si la víctima es menor de dieciséis años y prisión de cuatro a seis años en los demás casos.

3) Agravaciones específicas. Artículo 188.3 C.P. concurriendo, además, alguna de las siguientes circunstancias, la pena se aplicará en la superior en grado a las previstas:

- sujeto pasivo especialmente vulnerable por la edad, enfermedad, discapacidad o situación.
- prevaliéndose de su relación de superioridad o parentesco.
- prevaliéndose de su condición de autoridad, agente o funcionario público. Además, se impondrá la pena de inhabilitación absoluta de seis

a doce años.

- sujeto activo ponga en peligro (con dolo o imprudencia grave) la vida o salud de la víctima.
- organización o asociación incluso transitoriamente.

4) La incriminación del cliente de prostitución infantil. Artículo 188.4 C.P. pone su acento en persona adulta que solicite, acepte u obtenga a cambio de remuneración o promesa, una relación sexual con persona menor de edad o con discapacidad, agravando la conducta cuando el menor aún no ha cumplido los dieciséis años. Así, la pena a imponer va de uno a cuatro años de prisión y en el caso de ser menor de dieciséis años la pena de prisión es de dos a seis años.

c) La pornografía infantil: (Artículo 189 C.P.) En la actualidad conforme al Consejo de Europa se puede entender por este término: "cualquier medio audiovisual que utiliza niños en un contexto sexual". Con la reforma LO 1/2015, de 30 de marzo se amplía dicho concepto incluyéndose tanto la pornografía virtual (Artículo 189.1.d) C.P.), como la técnica (Artículo 189.1.c) C.P.)

1) La captación o utilización de menores de edad o personas con discapacidad con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos. (Artículo 189.1.a) C.P.) la conducta típica viene compuesta por dos elementos: la elaboración de material pornográfico realizando imágenes (fotografías, videos, otros…) con utilización de menores o discapacitados, protegiéndose como bien jurídico el derecho al desarrollo equilibrado del menor en su proceso de formación sexual. La consecuencia jurídico-penal es la pena de prisión de uno a cinco años.

2) Difusión de pornografía infantil. (Artículo 189.1.b) C.P.) la conducta recoge la acción-es de producir, vender, distribuir, exhibir o facilitar esas actividades por cualquier medio o su mera posesión con idénticos fines.

3) Posesión de pornografía infantil. (Artículo 189.5 C.P.) la conducta típica consiste en adquirir o poseer pornografía infantil para su propio uso o en su elaboración se haya utilizado discapacitado, teniendo relevancia para determinar su gravedad, conforme a Circular de la Fiscalía General del Estado 2/2015, el número de imágenes, la edad de los menores, el tipo de acto sexual, el tiempo de posesión del material, como fue adquirido o el grado de organización.

4) Acceso a sabiendas a pornografía infantil. (Artículo 189.5.2 C.P.) quien

acceda a sabiendas a pornografía infantil o en su elaboración se utilicen discapacitados por medio de tecnologías de la información y la comunicación.

5) Asistencia a espectáculos pornográficos. (Artículo 189.4 C.P.) castiga la asistencia a sabiendas a espectáculos exhibicionistas o pornográficos en los que participen menores o discapacitados, variando la pena en función de si los participantes en el espectáculo tienen o no dieciséis años.

6) Los subtipos agravados del artículo 189 CP. Ocho supuestos del artículo 189.2 C.P.:

- uso de menores de dieciséis años.
- hechos particularmente degradantes o vejatorios.
- material pornográfico represente a menores o discapacitados como víctimas de violencia física o sexual.
- puesta en peligro (con dolo o imprudencia grave) de la vida de la víctima.
- notoria importancia del material pornográfico.
- sujeto activo perteneciere a organización o asociación incluso transitoriamente.
- responsable sea ascendiente, tutor, curador, guardador, maestro, encargado, aunque sea provisionalmente o de derecho del menor o discapacitado o miembro de la familia que conviva con él o con abuso de confianza o autoridad.
- agravante de reincidencia.

El artículo 190 C.P. equipara Sentencias de Juez o Tribunal extranjero con español en caso de condena para la aplicación de agravante de reincidencia.

8. Disposiciones comunes a los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales.

a) Perseguibilidad de los delitos contra la libertad y la indemnidad sexuales. Artículo 191.1 C.P. Será precisa la denuncia de la persona agraviada, representante legal o querella del Ministerio Fiscal. Cuando la víctima sea menor de edad o discapacitado será suficiente la denuncia por el Ministerio Fiscal.

b) El perdón del ofendido. Artículo 191.2 C.P. no extingue la acción penal ni la responsabilidad.

c) La libertad vigilada. Medida de seguridad (no pena) fundamentada en la

peligrosidad criminal del sujeto activo (artículo 6.1 C.P.). Regulada de manera genérica en el art. 106 C.P. y específicamente, en el art. 192 C.P. ejecutable después del cumplimiento de la pena privativa de libertad, con una duración entre cinco a diez años para los delitos graves y de uno a cinco años para delitos menos graves, dejándose a discreción judicial el imponer la medida para el caso de un solo delito cometido por delincuente primario en atención a su menor peligrosidad.

d) La agravación específica del artículo 192.2 en relación con los ascendientes, tutores, curadores, guardadores o cualquier otra persona encargada de hecho o de derecho del menor. En el presente caso la pena se impondrá en su mitad superior y potestativamente por el juez o tribunal, además, la privación de la patria potestad, inhabilitación especial para su ejercicio, tutela, curatela, guarda o acogimiento de seis meses a seis años, igualmente para empleo o cargo público, ejercicio de profesión u oficio por igual plazo.

***e) Responsabilidad civil*:** El artículo 193 C.P. incluye dentro de este concepto los que procedan en orden a la filiación y fijación de alimentos.

***1) El daño moral en los delitos contra la libertad y la indemnidad sexuales*.** Estimarse "cuando resulte evidenciada como consecuencia lógica e indefectible del comportamiento enjuiciado" (STS Sala Primera 12 de junio de 2007).

***2) La responsabilidad civil del Estado y demás entes públicos en los delitos cometidos por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones*.** Introducida por artículo 121 C.P. Estado, Comunidades Autónomas, Provincias, demás entes responden subsidiariamente de los daños causados penalmente por delitos dolosos y culposos, cuando sean responsabilidad de autoridad, agentes y contratados, funcionarios públicos en el ejercicio de su cargo, siempre que la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento del servicio público sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial derivada del anormal funcionamiento de dichos servicios.

f) Penas en relación con las personas jurídicas, consecuencias accesorias y medidas cautelares. Artículo 194 C.P. cuando se realicen las conductas analizadas con anterioridad en establecimientos, locales, abiertos o no al público, podrá decretarse en la sentencia condenatoria su clausura temporal (no exceder de cinco años) o definitiva, pudiéndose adoptar de manera cautelar.

9. Las consecuencias accesorias en relación con los delitos contra la libertad y la indemnidad sexuales. La toma de muestras biológicas del penado para la obtención de identificadores de ADN y su inscripción en la base de datos policial.

Regulado en el art. 129 bis C.P. en lo que atañe a estos delitos, siempre que conlleve un grave riesgo para la vida, salud o integridad física de las personas, exista peligro de reiteración delictiva, el juez o tribunal podrá acordar la toma de muestras biológicas de su persona y la realización de análisis para la obtención de identificadores de ADN e incorporación a la base de datos policial. Únicamente se podrá obtener información sobre identidad y sexo. En todo caso siendo necesaria la asistencia letrada cuando el investigado se encuentre detenido. (Acuerdo de Pleno No Jurisdiccional de la Sala Segunda del T.S. de 24 de septiembre de 2014). En caso de oposición a la recogida de muestras, podrá imponerse su ejecución de manera forzosa con la mínima medida coactiva posible y proporcionales al caso y respeto a la dignidad.

II. PROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE GARANTÍA INTEGRAL DE LA LIBERTAD SEXUAL. NUEVO MARCO JURÍDICO-PENAL.

El Congreso de los Diputados ha aprobado el 25 de agosto de 2022 la Ley Orgánica de Garantías Integral de la Libertad sexual, conocida como "Ley del solo sí es sí", así consta en el Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados Núm. 204 del presente año en su sesión plenaria núm. 196 de carácter extraordinario. Largo periplo legislativo desde que hace más de dos años quedó expedita la vía con el Anteproyecto. Remontándonos al 26 de julio de 2021 en el Boletín Oficial de las Cortes Generales – Congreso de los Diputados se contempla como Proyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual con el número 121/000062 con propuesta de veto al mismo obrante el Boletín oficial de las Cortes Generales – Senado a 20 de junio de 2022 y posterior Dictamen de la Comisión y escritos de mantenimiento de enmiendas para su defensa ante el pleno del 30 de mayo de 2022 en el Boletín Oficial de las Cortes Generales – Congreso de los Diputados.

Dicha Ley Orgánica viene conformada por un Preámbulo, un Título Preliminar – Disposiciones Generales, ocho Títulos, cinco Disposiciones Adicionales, una Transitoria, y veintitrés Finales.

Sin perjuicio de resaltar a grandes rasgos las principales novedades de la inminente Ley, no centraremos en este trabajo fundamentalmente en la Disposición Final Cuarta que

modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal y más concretamente en el articulado de los delitos contra la libertad sexual. No obstante, se producen modificaciones dignas de reseña en el artículo 36 C.P. que hace referencia a la pena de prisión permanente revisable y de prisión, así como de la progresión al tercer grado, limitando este para el caso de estos delitos; se añade un apartado 2 al artículo 83 C.P. referentes a las prohibiciones y deberes de la suspensión de la ejecución de penas privativas de libertad, haciendo referencia a "delitos contra la libertad sexual, matrimonio forzado, mutilación genital femenina y trata de seres humanos"; se añade un apartado 4 al artículo 172 bis que hace referencia a la coacción al matrimonio, en el que se prevé la posibilidad, además de la "correspondiente responsabilidad civil, la declaración de nulidad o disolución del matrimonio, filiación y fijación de alimentos"; se modifica el primer y último párrafo del apartado 1 del artículo 172 ter que versa sobre delito de acoso o "stalking"; se modifican los apartados 1 y 4 del articulo 173 que versa sobre delito de trato degradante, violencia familiar o de género habitual.

A mi juicio, la principal modificación pasa por la supresión de la distinción entre el concepto de abuso y agresión sexual, convirtiendo el consentimiento expreso en la clave para el enjuiciamiento de los delitos contra la libertad sexual. Así se modifica la rúbrica del Título VIII del Libro II resultando "Delitos contra la libertad sexual" frente a la anterior "Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales".

Por lo que respecta al grueso de la modificación que afecta a la temática de este trabajo, se redactan "ex novo" la totalidad del articulado del Título VIII del Libro II, comprendiendo los artículos 178 a 194 bis, intercalando un 183 bis, un 187 bis, un 189 ter y finalizando con el mencionado 194 bis, esto es un total de veinte artículos.

Como se ha analizado con anterioridad en la regulación aún vigente (se fija en la Disposición final vigesimosegunda la entrada en vigor de la presente Ley Orgánica a los treinta días de su publicación en el B.O.E.), se consideraba agresión sexual, solo en los casos en que se acreditaba que la violación se producía con violencia o intimidación, considerándose la necesidad de modificar la anterior ley, ya que se entiende que se producía una revictimización de la mujer, que se veía obligada a demostrar su resistencia y por tanto que el hecho se había producido contra su voluntad con violencia o intimidación. La principal justificación de este cambio legislativo es consecuencia de la ratificación por España en 2014 del Convenio de Estambul de en el que se reconocen una serie de derechos humanos recogiéndose literalmente: "solo se entenderá que hay

consentimiento cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona".

Consecuencia de lo expuesto, desaparece el delito de abuso sexual, por lo que toda relación sexual sin consentimiento será considerada como agresión sexual (violación), por lo que se modifican las penas aplicables que se analizaran a continuación de una manera más amplia.

Por tanto, el delito de violación, ya no se reserva exclusivamente a los casos en que concurren violencia o intimidación, sino que el delito se consuma con la mera falta del consentimiento y no el medio empleado. Así se considera violencia sexual la agresión, la explotación sexual, el acoso callejero, la mutilación genital femenina, la pornografía sin autorización y la corrupción de menores.

La violencia sexual sin penetración se castiga con prisión de 1 a 4 años (actualmente de 1 a 5 años), y la penetración de 4 a 12 años (actualmente de 6 a 12). También se contempla la desintoxicación, con penas que van desde un año de prisión hasta 12 a 24 meses de multa. El motivo del aumento de la pena es otra innovación en la ley. Entre ellos se encuentran el hecho de que la agresión se produjo en grupo, la víctima sufrió violencia o daños graves, la víctima se encontraba en situación de especial vulnerabilidad, se utilizaron armas o sustancias peligrosas, el agresor era la pareja o familiar de la víctima y se utilizaron productos químicos. . por sexo Violación para revocar un testamento. En estos casos, la pena puede aumentarse de 2 a 8 años en ausencia de infiltración (actualmente de 5 a 10 años) y de 7 a 15 años en presencia de infiltración (actualmente de 12 a 15 años).[1]

Otras novedades destacables de la ley en su faceta garantista son las siguientes:

1. Para con las víctimas, aborda la problemática de la violencia vicaria con la posibilidad de recibir ayudas a las madres de menores asesinados por sus parejas. Al tiempo que se sigue un sistema similar al que ya existe para las víctimas de violencia de genero aplicando un sistema de protección y atención a disposición de las víctimas de violencia sexual, aunque no denuncien. Para ello se crean los centros de crisis de atención las 24 horas, uno por provincia, y contarán con atención psicológica, jurídica y social para la víctima.

[1] https://www.publico.es/mujer/ley-congreso-diputados.html

En apoyo a la efectividad de estas medidas y para evitar la revictimización a la que anteriormente se ha hecho alusión y que se pretende erradicar, se desarrollan medidas procesales de acompañamiento a las víctimas con posibilidad de evitar contacto visual con el presunto agresor o declarar en salas especiales.

2. Se regula la figura del "acoso callejero" definiéndose como: "dirigirse a otra persona con expresiones, comportamientos o proposiciones de carácter sexual que creen a la víctima una situación objetivamente humillante, hostil o intimidatoria, sin llegar a constituir otros delitos de mayor gravedad". Solo perseguibles previa denuncia de la persona agraviada o su representante legal con penas de trabajos en beneficio de la comunidad o medidas de localización.

3. Inclusión de la agravante por sumisión química con inclusión en el sistema público educativo de contenidos de educación sexual e igualdad de género obligatoria en todas las etapas educativas.

4. Medias contra el negocio de la prostitución. Persecución a los proxenetas, que de manera habitual y con ánimo de lucro, destinen cualquier establecimiento o espacio público o privado para la explotación sexual de terceras personas. De este modo, se sancionará el uso de pisos e instalaciones que se utilicen para la explotación sexual.

5. Esta ley persigue cualquier tipo de violencia contra la mujer del tipo mutilación genital femenina, el matrimonio forzado, el acoso con connotación sexual, la trata con fines de explotación sexual, violencias sexuales ejercidas en el entorno digital, como la difusión de actos de violencia sexual a través de los medios tecnológicos, la pornografía no consentida o la extorsión sexual

III. CONCLUSIONES.

La principal modificación pasa por la supresión de la distinción entre el concepto de abuso y agresión sexual, convirtiendo el consentimiento expreso en la clave para el enjuiciamiento de los delitos contra la libertad sexual por lo que el silencio o la pasividad no necesariamente significan que se presta consentimiento.

Se redactan "ex novo" la totalidad del articulado del Título VIII del Libro II, comprendiendo los artículos 178 a 194 bis, sin perjuicio de que la LO modifica un gran elenco de leyes de todos los ámbitos que giran en torno a dicha problemática.

Se opta por un sistema de penas progresivo y proporcional a la gravedad, disuasorio y efectivo debido a la múltiple casuística que se pueden producir en estos delitos. La lista de respuestas que recogerá el Código Penal es muy extensa. Abarca desde agresiones leves que no implican contacto físico o muy graves, como tocar accidentalmente a un desconocido en la vía pública -penable con multa o hasta un año de prisión-, hasta las más graves, como la violación pueden tomarse como ejemplos, los casos de violencia en la conducta de dos o más personas, que sean especialmente humillantes o vayan acompañados de violencia de extrema gravedad, etc. De esta forma, el nuevo sistema de penas permite multas de hasta 12 años de prisión por delitos graves, pero una pena máxima de 15 años por dos delitos agravados.

Por lo tanto, cada violación de la libertad sexual recibirá la responsabilidad penal adecuada de acuerdo con sus características específicas, reforzando así el rigor del principio de derecho penal. El derecho a la asistencia profesional e integral en un centro de ayuda las 24 horas para todas las víctimas de violencia sexual, independientemente de su orientación sexual, edad, raza o etnia, e independientemente de su estatus administrativo.

Por último, el derecho a la reparación de las víctimas de violencia sexual a través de una indemnización evaluado su daño físico y psicológico, perdida de oportunidades educativas, laborales, daños materiales, pérdida de ingresos, daño social o tratamiento terapéutico a cargo del condenado civil o penalmente responsable. Además de las ayudas que la Administración General del Estado o las Comunidades Autónomas presten conforme al artículo 127 bis del C.P.

IV. BIBLIOGRAFÍA.

- https://www.boe.es/
- https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/DS/PL/DSCD-14-PL-204.PDF
- https://www.boe.es/biblioteca_juridica/index.php?tipo=C#:~:text=C%C3%B3digo%20Penal%20y%20legislaci%C3%B3n%20complementaria%20(actualizado)
- https://www.publico.es/mujer/ley-congreso-diputados.html
- https://www.abogacia.es/actualidad/noticias/el-congreso-aprueba-la-ley-de-solo-si-es-si/
- https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/DS/PL/DSCD-14-PL-204.PDF
- https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/Paginas/enlaces/060721-enlace-libertad-sexual.aspx

- https://elderecho.com/luz-verde-ley-organica-garantia-integral-libertad-sexual
- https://www.abogacia.es/actualidad/opinion-y-analisis/reflexiones-sobre-el-proyecto-de-la-ley-organica-de-garantia-integral-de-libertad-sexual/

* * * * *

Dr. Antonio Evaristo Gudín Rodríguez-Magariños

Letrado de la Administración de Justicia adscrito al Servicio común de Ejecutorias de la Audiencia Nacional, España. Socio de la FICP.

~Formación del expediente y acceso a la documentación en el procedimiento de investigación ante la Fiscalía Europea~

Resumen. El procedimiento de investigación ante la Fiscalía Europea constituye un elemento extraño difícil de conjugar en un ordenamiento jurídico que ha preservado el modelo tradicional de instrucción judicializada frente a la generalidad del contexto europeo en que la instrucción se atribuye al Ministerio Fiscal. Lo limitado de la iniciativa legal a través del que se ha puesto en marcha, con referencias continúas a un modelo procesal diametralmente opuesto, está presentando enormes dificultades a la hora de conformar la documentación de las actuaciones y fijar el estatuto de parte en el procedimiento. Se aborda en el presente trabajo las dudas e incertidumbres que está presentado la puesta en práctica de este nuevo modelo procesal y la soluciones que se está dando en los protocolos internos de la Audiencia Nacional.

Abstract. The investigation procedure by the European Public Prosecutor's Office in Spain Law is a strange item that is difficult to combine in a legal system that has preserved the judicial investigation model, which is itself an exceptional system in the European context. The limited legal initiative through which it has been implemented, with continuous references to a diametrically opposed procedural model, is presenting enormous difficulties when it comes to shaping the documentation of the proceedings and establishing the status of a party to the procedure. This paper deals with the doubts and uncertainties that the implementation of this new procedural model is presenting and the solutions that are being given in the internal protocols of the Spanish National Court.

Palabras clave.- Fiscalía Europea, documentación de las actuaciones, Audiencia Nacional, proceso acusatorio, delitos financieros.

Keywords.- European Public Procecutor's Office, Court File, National Court of Spain, financial crimes, adversarial system.

Contenido

I. El nuevo modelo de investigación de la Fiscalía Europea. 601

II. Formación del procedimiento 604

III. Estructuración del expediente ante el Juez de garantías. 607

IV. Formación de las piezas. 609

V. Presentación de escritos por las partes e intervención en el procedimiento. 611

VI. Medios de impugnación. 612

VII. Personación del Ministerio Fiscal en el procedimiento ante el juez de garantías, itineración y presentación de escritos. 614

VIII. Personación de la defensa 615

IX. Personación de la acusación particular 616

X. Las medidas cautelares reales. 618

XI. Afectación a terceros responsables civiles. 619

XII. La intervención de la abogacía del Estado en estos procedimientos. 622

XIII. Diligencias de investigación 622

XIV. Adopción de medidas cautelares personales. 625

XV. Duración de las medidas 627

XVI. Acceso y registro de incidencias en el Sistema de Registros de la Administración de Justicia. ... 627

XVII. Custodia de los efectos del delito. 628
XVIII. Conclusiones 629

Abreviaturas

LEC:	Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, 7 de enero.
Lecrim	Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal.
LFE:	Ley Orgánica 9/2021, de 1 de julio, de aplicación del Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea.
LOPJ	Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio del Poder Judicial
RAPDPUE:	Revista de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de la Universidad Española.
SS:	Sentencia del Tribunal Supremo
STJUE:	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea.
STEDH:	Sentencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos.

I. EL NUEVO MODELO DE INVESTIGACIÓN DE LA FISCALÍA EUROPEA.

El hecho de que la ley de la Fiscalía europea llegué al tiempo de la publicación del enésimo anteproyecto de reforma de la ley procesal penal no ha sido una coincidencia.[1] Nos encontramos ante una norma cuando menos insólita, que se imbrica en un ordenamiento hostil y que no tiene precedentes en el resto de los países de la Unión Europea.[2]

[1] Véase así el preámbulo del Anteproyecto en el que se indica «*La necesidad de un cambio profundo en la configuración del modelo de proceso penal no solo viene impuesta por exigencias de orden constitucional y por la voluntad política compartida de modernizar y mejorar nuestro sistema de administración de justicia. El nuevo paradigma procesal es igualmente coherente con nuestra pertenencia al espacio normativo de libertad y justicia de la Unión Europea. La aprobación del Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea, constituye el impulso definitivo a la reforma estructural del proceso penal español*». Sobre la relación directa relación de ambas iniciativas, véase la nota de prensa publicada por el Gobierno, https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/Paginas/enlaces/241120-enlacejusticia.aspx. Para un examen más detallado de las implicaciones entre ambos textos normativos, véase, RODRÍGUEZ LAINZ, JL /AZAÚSTRE RUIZ, Pablo, El procedimiento especial para la actuación de la Fiscalía Europea en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020, La Ley Penal, nº 153, Sección Derecho Procesal Penal, noviembre-diciembre 2021. VIDAL FERNÁNDEZ, B., El procedimiento especial para la actuación de la fiscalía europea del anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020, Universidad de Valladolid, RAPDPUE, nº 4, 2021, pp. 233-272

[2] El modelo de la Fiscalía Europea nace a raíz de la propuesta que en julio de 2013 se presentó por la Comisión Europea el 17 de julio de 2013, basándose en el mandato del Tratado de Lisboa de crearla. Los artículos 85 y 86 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea prevén que «*La Fiscalía Europea, en su caso en colaboración con Europol, será competente para descubrir a los autores y cómplices de infracciones que perjudiquen a los intereses financieros de la Unión definidos en el reglamento contemplado en el apartado 1, y para incoar un procedimiento penal y solicitar la apertura de juicio contra ellos. Ejercerá ante los órganos jurisdiccionales competentes de los Estados miembros la acción penal relativa a dichas infracciones*». Sin embargo, el 7 de febrero de 2017, el Consejo desiste de lograr una

La Fiscalía ostenta pacíficamente en la mayoría de los países europeos la instrucción desde tiempo inmemorial y su puesta en marcha sólo ha exigido reformas de detalle para la instalación de algo que es connatural al principio de exclusividad de lo jurisdiccional.[3] Resulta meridianamente claro que la anómala situación de nuestro país en el entorno internacional mediante una instrucción enteramente judicializada tiene sus días contados y el modelo de la fiscalía española habrá de imponerse tarde o temprano, siendo el procedimiento ante la Fiscalía Europea el anticipo necesario de tiempos venideros.[4]

Con todo, las reticencias a la aceptación de este modelo ajustado al principio acusatorio, no viene del hecho de que la Fiscalía asuma la función de investigación que le es propia, sino de las dudas e incertidumbres ante el modelo de fiscalía que habrá de ostentar la llevanza de la instrucción de los procedimientos y su independencia frente al

propuesta uniforme por la falta de unanimidad entre los Estados miembros sobre el reglamento propuesto. Como consecuencia de la imposibilidad de llegar a un consenso, diecisiete Estados miembros de la UE (Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Croacia, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Letonia, Lituania, Luxemburgo y Rumanía) solicitaron el 14 de febrero de 2017 que la propuesta se remitiera al Consejo Europeo para su examen. Tras no alcanzarse un acuerdo en el Consejo Europeo del 9 de marzo de 2017, otros dieciséis Estados (los anteriores menos Austria, Estonia y Letonia, más Chipre y Portugal) notificaron al Parlamento Europeo, al Consejo y a la Comisión el 3 de abril de 2017 que procederían a establecer la Fiscalía Europea mediante el mecanismo de la cooperación reforzada en virtud del artículo 86 del TFUE. Los Estados miembros participantes acordaron el texto legislativo para establecer la Fiscalía Europea el 8 de junio de 2017. La propuesta fue aprobada por el Parlamento Europeo el 5 de octubre de 2017, y el 12 de octubre de 2017 el reglamento recibió la aprobación final de los veinte estados miembros participantes, que habían aumentado hasta incluir a Austria e Italia, pasando aprobarse como Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea (DOUE de 31 de octubre de 2017.). En mayo de 2018 se unió a la iniciativa los Países Bajos y en junio de aquel año Malta siendo al día de la fecha veintidós los estados miembros que participan en el proyecto. La Fiscalía no tenía autoridad para comenzar a investigar o perseguir delitos hasta que una decisión de la Comisión lo aprobara, lo cual, según los términos del reglamento, no podía tener lugar hasta tres años después de la entrada en vigor del reglamento en noviembre de 2017, sin embargo, el 6 de mayo de 2021 se adoptó la decisión de la comisión por la que se iniciaban las operaciones, con una fecha de inicio del 1 de junio de 2021.

[3] Así frente a los ciento treinta y un artículos y nueve disposiciones finales de la Ley Orgánica 9/2021, de 1 de julio, en el caso de Francia la habilitación de la oficina del Fiscal europeo es objeto de los artículos 696-108 del Código de Procedimiento Penal que fueron introducidos por la Ley nº 2020-1672 de 24 de diciembre relativa a la Fiscalía Europea, la justifica medioambiental y justicia penal especializada. En Italia El Decreto legislativo de 2 de febrero de 2021, contiene igualmente previsiones puntuales de carácter orgánico. En Alemania, la adaptación legal con el fin de proceder a la aplicación uniforme en toda Alemania de la información del Reglamento (UE) 2017/1939 fue promulgado por la Ley de la Fiscalía Europea (EUStAG) el 10 de julio de 2020 que contiene medidas que suponen un desarrollo de las previsiones del reglamento. En otros países la habilitación legal se ha llevado a efecto mediante una reforma del Estatuto del Ministerio Fiscal.

[4] El modelo que se presenta ahora, de carácter sectorial y fragmentaria constituye el ensayo necesario de estos cambios procesales. Las dificultades implícitas en una reforma orgánica de mayor calado que exigirían una remodelación de la estructura penal cuya puesta en marcha, como señala RODRÍGUEZ PADRÓN, exigiría «*una planificación ordenada y paralela que pueda estar operativa a tiempo para asumir con garantías la transformación que se persigue en nuestra Justicia penal*». Cfr. RODRÍGUEZ PADRÓN, C. El anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal: implicaciones orgánicas, Diario La Ley, nº 9826, Sección Tribuna, 9 de abril de 2021, Wolters Kluwer, La Ley 3975/2021.

poder ejecutivo. [5] Para RODRÍGUEZ PADRÓN, el sistema actualmente vigente atribuyendo la instrucción participa de una garantía reforzada al depositar la instrucción de delitos en manos del Poder Judicial, cuyos miembros— tienen atribuida por la propia Constitución la independencia como su valor originario. Ni obedecen órdenes ni pueden recibirlas sobre la interpretación o aplicación del ordenamiento jurídico (Art. 12 L.OPJ).[6] El hecho es que es ilusorio pensar en la bondad de determinadas decisiones que contienen implícito un juicio de oportunidad por el sólo hecho de que sean adoptadas por alguien que está supuestamente por encima de lo divino y de lo humano. Muchas de estas decisiones que corresponden actualmente a los jueces instructores están sujetas a una valoración discrecional y se justifican en razones de eficacia que son extraños a la condición que es propia de la actividad judicial. Al tomar estas decisiones el juez se aparta del principio de sumisión al imperio de la ley, único referente válido que debe presidir su actuación y tiene presente otras consideraciones. El juicio de legalidad al que debe someterse igualmente la instrucción queda suficientemente garantizado mediante la generalización de un sistema de recursos adecuado y el control de los plazos y términos procesales.

Entre las principales dificultades que han presentado estos anteproyectos procesales cabe señalar las siguientes:

- Duración de la instrucción y facultades del fiscal para prolongar indefinidamente la instrucción de la causa.
- Facultades de las partes en orden al impulso del procedimiento en fase de instrucción y régimen de recursos.
- Efectos de las decisiones de la Fiscalía respecto de terceros que no son parte en el procedimiento.
- Independencia de la Fiscalía para el ejercicio de la función encomendada.
- La falta de cohesión de la normativa que es objeto de aplicación, pudiendo resultar arbitraria la determinación de la norma de conflicto aplicable.[7]

[5] Véase así la STC 1061/1988, de 12 de julio. En la referida sentencia declara la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad del párrafo segundo del art. 2 de la Ley Orgánica 10/1980, de 11 de noviembre, de enjuiciamiento oral de delitos dolosos, menos graves y flagrantes, estimando contrario al sistema de garantías propia del proceso debido la efectiva la acumulación en la misma persona de ambas funciones.

[6] RODRÍGUEZ PADRÓN, C., Diario La Ley, nº 9826, Sección Tribuna, 9 de abril de 2021, Wolters Kluwers, 2021, La Ley 3975/2021, obra cit.

[7] Véase sobre este particular PÉREZ MARÍN, M.A., La actuación de la fiscalía europea y la posible afectación de los derechos y las garantías procesales, Algunas consideraciones preliminares, La Ley Penal, n.º 132, mayo-junio 2018.

En lo que se refiere a la Fiscalía Europea, MARTÍNEZ SANTOS considera adecuadas las previsiones contenidas en el art. 86 del TFUE, en el que la iniciativa de la designación corresponde a la Comisión y la aprobación por el Parlamento. Este autor pone de manifiesto, sin embargo, una deficiente regulación de la posición de los fiscales delegados en el seno del procedimiento y la autonomía de su actuación frente a las instrucciones recibidas de sus superiores jerárquicos. Se hace eco igualmente de las críticas recibidas por no respetar el principio de subsidiariedad, no suficientemente justificado desde el punto de vista de los objetivos fijados por el TFEU al establecer la posibilidad de creación de la Fiscalía Europea, estimando además que sería más fácil alcanzar estos objetivos mediante una estructura colegiada y que la falta de definición de las reglas para la atribución de competencias auxiliares generarán inseguridad jurídica y abrirán la puerta a una tendencia expansiva de las competencias de la Fiscalía Europea. Dicho autor destaca además que no define satisfactoriamente la relación entre la Fiscalía Europea y las agencias de cooperación y las autoridades de los estados miembros, lo que a la larga habrá de dar lugar a situaciones controvertidas.[8]

Abordaremos en estas líneas la difícil delimitación conceptual y documental de la actividad procesal propia de la Fiscalía Europea y la que es propia del Juez de garantías, a la luz de un documento que puede ser de interés en orden al entendimiento del proceso, cuál es, el protocolo de actuación de la Fiscalía Europa y los juzgados centrales en el marco de la Audiencia Nacional. En este documento se plantean en vivo y directo muchas de las dudas e incertidumbres en un aspecto que es fundamental, cuál es, la comunicación entre la Fiscalía y el Juez de garantías.

II. FORMACIÓN DEL PROCEDIMIENTO.

Superado el atávico miedo a la integridad de las actuaciones, la documentación de lo actuado, que de suyo habrá de reproducirse ante el plenario, es cuestión inherente a la exclusividad de la actividad procesal investigadora atribuida al fiscal. En este sentido el art. 17 de la Ley de la Fiscalía Europea (en adelante LFE) es claro al declarar que corresponderá a los Fiscales europeos delegados, no sólo la dirección de la investigación, sino también la formación del procedimiento. Por su parte el protocolo suscrito en el marco de la Audiencia Nacional, siguiendo las previsiones contenidas en el art. 11 de la

[8] MARTÍNEZ SANTOS, A.. The Status of Independence of the European Public Prosecutor's Office an Its Guarantees, dentro de la obra colectiva, The European Public Prosecutor's Office: The Challenge Ahead, coord. Lorena Bachmaier Winter, Edit Srpinger Nature Swizerland AG, 2018, pp 7 y ss.

LFE, precisa también que con carácter general «*la custodia del expediente corresponderá a los Fiscales europeos delegados. Se exceptúan, aquellas piezas o incidentes que se tramitan ante el Juez de Garantías: incidentes de aseguramiento de prueba, piezas de situación personal, etc… cuya custodia corresponde al juzgado. En este sentido el apartado segundo del art. 11 LFE establece sin ningún género de dudas que la documentación necesaria para el desempeño de las funciones atribuidas al Juez de garantías estará bajo la responsabilidad del letrado de la Administración de Justicia que corresponda, corresponde a este dar cuenta de la solicitud presentada por el Fiscal europeo delegado o por las partes, con los particulares necesarios para resolver*».

Cuando se trate del aseguramiento de la prueba, y al objeto de asegurar la integridad del procedimiento, *«corresponderá al letrado de la Administración de Justicia dar cuenta de las solicitudes que se formulen y protocolizar, custodiar y autorizar las actas del aseguramiento, con remisión de lo practicado al Fiscal europeo delegado, reservando copia auténtica a disposición de la autoridad judicial y facilitando testimonio a las partes»*.

Sin embargo, como veremos el entendimiento del modo en que en la práctica se formará el expediente y las comunicaciones entre ambas instancias es una cuestión bastante más compleja que todo esto. Al tiempo de la promulgación de la norma, el Ministerio de Justicia tenía aprobado un único procedimiento y la duda que se nos presentó a los que empezamos a urdir con estos mimbres el tratamiento procesal de estas cuestiones, era la de aperturar un único procedimiento en que se resolviesen cualesquiera incidencias o tantos procedimientos como diligencias se interesasen por la fiscalía. Un entendimiento singularizado de la actuación de la fiscalía, en la que el juez fuese convidado de piedra para la práctica de autorizaciones puntuales abogaba por esto último. Partiendo de este modelo de actuación, la actuación del Juez de garantías dotaría a la fiscalía de plena independencia, al evitar que el juez pudiese interferir en atención a consideraciones internas del procedimiento, pero resultaría manifiestamente menos garantista por cuanto que limitaría el control de garantías a aspectos reglados sin entrar en la cuestión de fondo.

Si lo que se pretende es obtener un control de legalidad sobre el fondo que resolviese las cuestiones planteadas atendiendo a los principios de riesgo de demora y apariencia de buen derecho, en consideración a los de especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad, resultaba imprescindible que existiese un

seguimiento de la causa, máxime en el caso de procedimientos especialmente complejos formado por cientos de diligencias y de intervinientes como son los que atañen a los delitos económicos y la corrupción.

Es por esto por lo que el modelo del legislador español en lo que atiende a la Fiscalía Europea aboga por una intervención constante, pero puntual, del Juez de Garantías. El artículo 25 recoge entre las previsiones que habrá de contener el Decreto de incoación la comunicación de las actuaciones al letrado de la administración de justicia *«a fin de que en aplicación de las normas de reparto determine el juez competente para intervenir en los actos que la ley orgánica le reserva expresamente»*. Dicho lo cual, la pregunta que se nos planteaba entonces es si esta comunicación se limitaba únicamente a suscitar la aplicación de las reglas de reparto o presentaba un contenido sustantivo, de modo que permita desde un inicio el seguimiento de la investigación.

Pero recordemos el contenido íntegro del meritado precepto:

«1. El Fiscal europeo delegado responsable de la investigación comunicará al letrado de la Administración de Justicia el decreto de incoación, a fin de que, en aplicación de las normas de reparto, determine el juez competente para intervenir en los actos que esta ley orgánica reserva expresamente al Juez de garantías. El letrado de la Administración de Justicia comunicará al juez competente la asignación del procedimiento. El número de registro y la determinación del Juez de garantías se notificarán al Fiscal europeo delegado encargado y a la Fiscalía General del Estado.

2. De la misma forma se procederá cuando, conforme a lo dispuesto en el artículo 26 del Reglamento, sea reasignado al Fiscal europeo delegado una investigación procedente de otro Estado o le sea atribuida como consecuencia de una decisión de acumulación o escisión de casos que sean competencia de la Fiscalía. En tales casos, las actuaciones practicadas hasta ese momento tendrán plena validez, sin que se produzca retroacción de las actuaciones, asumiendo el Juez de garantías las competencias que le atribuye esta ley orgánica desde ese momento».

Dado el carácter marginal de esta comunicación, se planteó incluso la posibilidad de que estas diligencias se limitasen a la intervención de los interlocutores a los que alude el precepto, letrado y fiscal allegado al caso, mediante una diligencia de ordenación del primero que documentase la recepción de la designación conforme a las normas de reparto.

Sin embargo, pronto se vio que la intervención del Juez de garantías no podría quedar en la de mero receptor de una comunicación y que de algún modo era necesario revisar la pertinencia de la comunicación remitida y la legalidad de la designación efectuada por el servicio de reparto. Lo que parecía claro es que el contenido mismo del decreto de incoación, la calificación jurídica provisional implícita en el mismo, la determinación de las personas y las víctimas no era susceptible de ningún control en esta instancia sin que fuese promovida su impugnación a instancia de parte. Por otra parte, como veremos el seguimiento del Juez de garantías en la práctica es más una cuestión funcional que substantiva o de fondo al estar limitado el acceso del juez a los particulares que le sean designados.

Pero el que esto fuese así no impedía la existencia de un control de legalidad ordinaria de los presupuestos reglados del procedimiento. De este modo, cabría preguntarse cuál sería la actuación del juzgado en el caso de un decreto en que manifiestamente se excediese de las funciones atribuidas a la fiscalía europea o que directamente interfiriese en el marco de lo jurisdiccional, véase decreto que hiciese declaraciones más allá del carácter provisional e interino que es propio de las diligencias de investigación o que afectase a tercero. Fuere como fuere parece que no es el juez de garantías el llamado a promover cualquier tipo de conflicto jurisdiccional.

III. ESTRUCTURACIÓN DEL EXPEDIENTE ANTE EL JUEZ DE GARANTÍAS.

Fuera de estos supuestos excepcionales, conforme a la dinámica propia del procedimiento no es admisible un control de legalidad ordinaria por parte del Juez de garantías como el que el Fiscal ejerce en el sumario ordinario sobre el instructor. Como hemos visto, del examen del artículo 91 de la Ley resulta claro que el Juez de garantías no tiene acceso sino a los particulares designados por las partes y no a la totalidad del procedimiento y no lleva a efecto sino un control puntual de las incidencias que se le presentan.

Siendo así, el problema que se plantea era como documentar los actos procesales ante el juez de garantías. El protocolo citado opta por el establecimiento de una pieza principal del procedimiento de carácter marcadamente instrumental y diversas piezas separadas comprensivas de las diversas diligencias o incidentes que eventualmente puedan presentarse ante el juez de garantías y que presentan ya un contenido sustantivo.

Con relación a la pieza principal atendido el carácter novedoso del procedimiento resulta difícil saber cuál pueda ser su extensión y alcance. La apertura de actuaciones desde el mismo momento de la comunicación del Decreto de incoación por la Fiscalía parece dar a entender que no debe descartarse la existencia de una actividad del juez de garantías que exceda de tal condición pasiva de receptor de comunicaciones. De entenderse así, la duda que se plantea es si es susceptible de que puedan personarse en esta pieza quienes lo estén en el procedimiento seguido ante la Fiscalía Europea. y de ser así, la pregunta es saber cuál será la extensión y alcance de su intervención en una pieza que ante todo presenta como decimos un carácter manifiestamente instrumental. Cualquier otra cuestión que exceda del control de los elementos reglados de las comunicaciones recibidas de Fiscalía debería ser desestimada de plano debiendo remitirse al procedimiento ante la fiscalía y en su caso darse cauce por el procedimiento correspondiente en alguno de las piezas abiertas al efecto.

Otra de las cuestiones que se suscitaba venía determinada por el contenido de la propia pieza. En principio y tal como hemos visto la pieza deberá quedar limitada a la recepción del contenido del decreto de incoación y de las comunicaciones que se vayan recibiendo en razón a las comparecencias que tenga lugar en el procedimiento. Como veremos el protocolo, sin prescindir de la dirección documental de las diligencias de investigación opta por flexibilizar la itineración del procedimiento permitiendo el acceso a los hitos más importantes del procedimiento en tiempo real. En este sentido y siguiendo el art 27.6 de la LFE previene que de la primera comparecencia y de las que eventualmente hayan de realizarse con posterioridad se remitirá copia al Juez de Garantías. Normalmente esta primera comparecencia ante la Fiscalía Europea se substanciará junto con la declaración de la persona investigada en una única acta (art. 30). Estos traslados se llevarán a efecto por itineración a través del sistema Minerva y la autorización de acceso al sistema de grabación o la plataforma digital dependiente de la fiscalía. Dado que esas comparecencias son grabadas normalmente el Juzgado de Garantías podrá obtener copia del acta escrita, que incluye las prevenciones legales del art. 27 y una descripción de los hechos imputados, además del soporte CD con la grabación de la comparecencia-declaración.

No resulta claro cuál sea el objeto de estos traslados que el juez de Garantías recibe sin conocimiento de la causa. Lo que es evidente, es que el hecho de que el juez de garantías tome conocimiento de estos hitos puntuales en la tramitación del procedimiento

nos deja ver a las claras cuál es la naturaleza y alcance de su intervención, más centrada en aspectos formales que en una valoración de aspectos de oportunidad en orden a la efectividad de la investigación llevada a efecto por el fiscal. Esta limitación de la cognición del juez afectará también a las posibilidades de promocionar el impulso del procedimiento por el resto de las partes personadas.

IV. FORMACIÓN DE LAS PIEZAS.

Como hemos visto junto a la pieza principal de las actuaciones en el que se resolverá todo lo relativo a las incidencias que deban ser objeto de control, el protocolo citado opta por abrir tantas piezas separadas como pretensiones se susciten. La decisión de formación de piezas responde ante todo a un principio de eficiencia e implica una restricción de la publicidad del debate a quienes realmente se vean afectados por las decisiones de la Fiscalía. De ordinario, las resoluciones adoptadas en la pieza se notifican únicamente a quienes susciten la incidencia en cuestión o estimen que su resolución pueda afectarles de algún modo y se personen en la pieza acreditando su condición de parte. Debe tenerse presente, sin embargo, que el artículo 91 prevé que en el caso de impugnación de resoluciones del fiscal delegado el traslado de alegaciones habrá de extenderse a todas las partes personadas. El problema es que no teniendo acceso el juez de garantías al expediente de fiscalía puede resultar a veces complejo saber quién tiene la condición de parte y quién no. La interpretación que se está llevando a efecto es que por partes personadas habrán de entenderse quienes comparezcan en la pieza abierta por el juzgado de Garantías, esto es, quienes conocedores del incidente suscitado y teniendo la condición de parte en aquel se personen formalmente en la pieza para hacer alegaciones en alguno de los supuestos tasados contenidas en la Ley.

En concreto el protocolo de la Audiencias Nacional hace inclusión de las siguientes piezas:

- Pieza de secreto de actuaciones.
- Pieza de situación personal
- Pieza de medidas cautelares
- Pieza de cuenta de abogado.
- Pieza de nulidad de actuaciones extraordinarias
- Pieza de ejecución de títulos judiciales
- Pieza de responsabilidad civil

- Pieza de responsabilidad pecuniaria
- Pieza de protección al testigo
- Pieza de impugnación de justicia gratuita
- Pieza de imposición de multas coercitivas.
- Pieza de cuenta de procurador.
- Pieza de otros incidentes.
- Pieza de investigación patrimonial.
- Piezas de medidas de investigación tecnológica.
- Pieza de Entrada y Registro.
- Pieza referida a auxilio solicitado por los Fiscales europeos delegados de otros Estados Miembros (no en procedimientos FEU sino procedimientos AUX).

La idea es abrir una de estas piezas por cada incidente o impugnación que se comunique por la Fiscalía. Pudiera pensarse que lo propio hubiera sido establecer una pieza principal del procedimiento y un modelo único de pieza separada en el que se sustancien cualesquiera incidencias. La creación artificiosa de piezas podría desnaturalizar el carácter rogado de las incidencias que puedan presentarse ante el juez de garantías. Pero si así se pensó en un principio, pronto se puso de manifiesto que no era posible una intervención puntual del juez y que las decisiones adoptadas por este no se limitaban a la concesión de determinadas autorizaciones, requiriendo un seguimiento mayor o menor de la ejecución de lo resuelto que exigía una tramitación particularizada en atención a la tutela judicial pretendida.

Es el caso, por ejemplo, de las piezas separadas de situación personal. En este sentido el artículo 86 regula el control judicial de las medidas de situación personal, señalando que el Juez de garantías establecerá en la resolución por la que acuerde la imposición de una medida cautelar las condiciones de control del mantenimiento de esta y su duración. Asimismo, las partes legitimadas podrán solicitar la modificación o levantamiento de las medidas cautelares, pero esto no quita a que el juez de garantías considere en cualquier momento del proceso, de oficio o a instancia de parte, que debe revocar una medida cautelar o sustituirla por otra menos gravosa para la persona encausada. Podrá en tal caso adoptar dicha resolución, oídas las partes, sin que sea necesario celebrar una nueva comparecencia. De hecho, el protocolo se pronuncia que las comparecencias apud acta queden documentadas en la propia pieza de situación personal.

De igual modo la adopción de diligencias de investigación que exijan la intervención judicial exigirá la supervisión judicial de la diligencia. En este sentido el artículo 71 señala que la resolución que autorice la diligencia de investigación «*establecerá la forma y condiciones en que haya de ejecutarse, conforme a lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la diligencia de que se trate. Asimismo, establecerá la forma y periodicidad con las que el Fiscal europeo delegado informará al Juez de garantías sobre el desarrollo y los resultados de la medida a fin de asegurar el debido control judicial*». El epígrafe del artículo 74 se refiere también expresamente a esta facultad del juez de garantías, si bien no precisa exactamente cuál sea su contenido, limitándose a señalar, que una vez autorizada la realización de la diligencia o su prórroga, la investigación se llevará a cabo por el Fiscal europeo delegado en los estrictos términos en que haya sido autorizada por el juez de garantías.

V. PRESENTACIÓN DE ESCRITOS POR LAS PARTES E INTERVENCIÓN EN EL PROCEDIMIENTO.

El artículo 41.3 del Reglamento reconoce que los «*sospechosos y acusados disfrutarán de todos los derechos procesales que les proporcione la legislación nacional aplicable, incluida la posibilidad de presentar pruebas, de solicitar que se nombren peritos y se oiga a testigos, así como de solicitar que la Fiscalía Europea obtenga tales medidas en nombre de la defensa*».

La regla general adoptada por el protocolo es que los escritos se presentan ante el Fiscal europeo delegado. Correspondiendo al Fiscal la dirección del procedimiento. Como veremos más detalladamente es ante la Fiscalía donde deberán articularse cualesquiera pretensiones, sin perjuicio de la posibilidad de impugnación que puedan presentarse ante el Juez de garantías. [9]

Sin embargo, deberán presentarse en el Juzgado de Garantías:

1. Los referidos a la solicitud o modificación de las medidas cautelares personales (arts. 77 y ss).

2. Los recursos de apelación contra los autos del JG que sean recurribles (arts. 94 y 95).

[9] RODRÍGUEZ LAÍN, JL. La Intervención de Comunicaciones y otras medidas de investigación tecnológica en el procedimiento de investigación ante la fiscalía europea Diario La Ley, Nº 10022, Sección Tribuna, 4 de marzo de 2022, págs. 3 y 4.

3. Solicitud de la práctica del incidente para el aseguramiento de las fuentes de prueba (art. 96 y ss).

4. Aunque no está expresamente previsto en el protocolo la solicitud de acceso a las actuaciones a consecuencia de la negativa del fiscal a dar acceso a lo actuado (art. 32.2 LFE).

Respecto de la impugnación de los decretos de los Fiscales europeos delegados del tenor de la ley no resultaba claro ante quien debían presentarse. El artículo 91 prevé que admitida a trámite la impugnación el letrado de la Administración de justicia dará traslado al Fiscal europeo delegado y a las demás partes por un plazo común de cinco días. La ley no dice ante quien debe presentarse dicha solicitud, pero parece claro que atendida la necesidad de aportación de los particulares necesarios lo propio es hacerlo ante el Fiscal europeo. En el protocolo se prevé que se presentarán materialmente ante FE, y estos junto con el acuse de LEXNET de notificación de la resolución recurrida y la relación de partes personadas se enviarán al Juez de Garantías. Se prevé que la **incorrecta presentación** de un escrito se documentará por el receptor y se enviará al órgano de destino correcto. Esto es de suma importancia ante las dificultades derivadas de la tendencia natural de las defensas letradas a acudir directamente al Juez de garantías.

VI. MEDIOS DE IMPUGNACIÓN.

Las resoluciones susceptibles de impugnación ante el juez de garantías, a diferencia de lo que ocurre en diligencias previas son limitadas, quedando restringida la impugnación a los supuestos expresamente establecidos en la norma. En todo caso no existe previsión de recurso con efectos no devolutivos ante el Fiscal Delegado.

El modo normal de impugnación es la impugnación ante el juez de garantías a través del procedimiento previsto en el art. 91 de la LFE que presenta un carácter tasado. Sin perjuicio de lo cual, la ley contiene una amplia gama de resoluciones susceptibles de recurso que comprende los hitos más importantes en el seno del procedimiento. Se contienen entre otros:

- El decreto de incoación (art. 23.3 LFE).
- El decreto denegando la práctica de la diligencia de nueva declaración del investigado (art. 30 LFE).

- La propuesta de diligencias de prueba por la defensa (art. 33.2 LFE) y de la acusación particular (art. 38 LFE), así como la denegación de elementos de descargo (art. 34.2 LFE).
- El decreto denegando la personación de la acusación particular (art. 36 LFE) y aquel en el que se deniegue la personación para el ejercicio exclusivamente de la acción de responsabilidad civil (art. 37 LFE).
- El decreto denegando a la acusación particular el acceso a las actuaciones (art. 38 LFE). La denegación de acceso a las actuaciones a la defensa habilita a dicha representación procesal promover directamente esta pretensión ante el juez de garantías sin necesidad de previa impugnación.
- La designación de perito a instancia de parte (art. 44.2 LFE) y la recusación del mismo (art. 44.3 LFE)
- Los decretos sobre medidas cautelares reales (art. 63 LFE).
- El decreto de detención (art. 78 LFE).
- La denegación de la apertura del incidente de aseguramiento de prueba (art. 99 LFE).
- El decreto de reapertura de la investigación (art. 113 LFE).

Conforme al referido precepto en el escrito de impugnación se expondrán «*los motivos en que la impugnación se funda, se designarán los particulares que han de tenerse en cuenta para resolverla y a él se acompañarán, en su caso, los documentos justificativos de las peticiones formuladas*».

Admitida a trámite la impugnación, el Letrado de la Administración de Justicia «*dará traslado de esta al Fiscal europeo delegado y a las demás partes personadas, por un plazo común de cinco días, para que aleguen por escrito lo que estimen conveniente, designen otros particulares que deban ser considerados y presenten los documentos justificativos de sus pretensiones*». En la práctica se están presentando problemas en orden a acreditar la condición de parte en el procedimiento. Por otra parte, resulta discutible si la personación habrá de entenderse referida a quien ostenten esta condición ante la fiscalía o ante la pieza abierta por el Juez de garantías.

Como hemos señalado repetidamente el Juez de garantías no tendrá acceso sino a los particulares designados y, si fuera necesario, solicitará de las partes las informaciones o aclaraciones complementarias que precise, resolviendo sin más trámite la impugnación formulada dentro de los cinco días siguientes. Contra esta resolución no cabe recurso.

Cuestión especialmente compleja es la posibilidad de articular la nulidad de actuaciones. Atendidas el carácter limitado de los medios de impugnación, resulta más que factible que se den supuestos en que no pueda reconducirse la pretensión de nulidad. De ser así, resulta discutible la aplicación de la regulación contenida en la LOPJ en los artículos 239 y siguientes en la medida que la actividad desplegada por el ministerio fiscal se encuentra al margen de lo propiamente jurisdiccional. El hecho es que el artículo 239 de la LOPJ se refiere a actos procesales con carácter general, y comprende y se extiende no sólo a los miembros del órgano jurisdiccional sino a las partes, y es manifiesto que la actividad de la fiscalía se inserta en el seno de un procedimiento que pretende y ampara la tutela judicial efectiva.

De admitirse la procedencia de esta vía de impugnación, son muchas las dudas que se presentan así, si es posible interponerse directamente ante el tribunal o si es preciso la previa denuncia de esta falta ante el Fiscal europeo delegado. Su admisión en todo caso habrá de tener carácter excepcional ante el riesgo de volver modelos pasados extraños a los principios informadores del procedimiento.

Tampoco existe previsión de la posibilidad de formular oposición a la no admisión de algún recurso, como sucede hoy en el recurso de queja frente a la resolución de denegación de un recurso por presentarse fuera de plazo o por no darse los presupuestos requeridos para ello.

VII. PERSONACIÓN DEL MINISTERIO FISCAL EN EL PROCEDIMIENTO ANTE EL JUEZ DE GARANTÍAS, ITINERACIÓN Y PRESENTACIÓN DE ESCRITOS.

La ley no contiene previsión en orden a la personación del Fiscal en los incidentes que son seguidos por el Juez de garantías como se prevé en el artículo 306 de la LECRIM para las diligencias sumariales. No es esta una cuestión menor, y el anexo presenta cierta oscuridad, pues no se entiende bien cuando el fiscal actúa en condición de parte y cuando lo hace como tercera instancia. El protocolo sobre este particular previene al efecto:

«Se remitirán por el canal habitual acompañando en cada caso los documentos exigidos por la ley. Sería importante que una vez que se comunique el decreto de Fiscalía Europea de incoación del expediente, la designación del correspondiente Juez de garantías y la notificación a la Fiscalía Europea y a la FGE se realizará de manera

inmediata. La designación del Juez de Garantías se comunicará a la Fiscalía Europea (FE) por el servicio de recepción de escritos (SCRRDA) por correo electrónico».

De ordinario la mayoría de las comunicaciones recibidas de la Fiscalía por el Juez de garantías se llevan a efecto a través de un procedimiento de itineración, esto es, como traslado de actuaciones como si se tratasen de instancias u organismos independientes y no a través del sistema de notificación lex-net. Aunque pueda presentar a primera vista las mismas garantías es lo cierto que implica una distorsión del principio de igualdad de armas frente al resto de partes personadas, quienes presentan sus escritos por medio de Lex Net, sometido a los plazos y formas previstos en el art. 162 de la LEC, distintos de la itineración.

VIII. PERSONACIÓN DE LA DEFENSA

La condición de parte se tiene desde la comunicación de la investigación que se dirige frente al encausado que se lleva a efecto en la llamada *«primera comparecencia»*. La ley no hace distinción entre personas físicas y jurídicas. Respecto de estas, el artículo 310 bis sigue siendo plenamente aplicable, conteniendo el artículo 123 una previsión específica que viene a aclarar las contenidas en el artículo 130.2 del Código Penal respecto a la extinción de la responsabilidad de las personas jurídicas, en el sentido que de que esta se entenderá extinguida cuando la persona jurídica hubiera sido liquidada con anterioridad a la Audiencia Preliminar que precede a la celebración del juicio y a la que se refiere el artículo 122 del LFE.

La ley contiene su propia relación de derechos, al margen o como complemento de los que le reconoce la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, la Constitución y la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y que se debe completar con determinadas previsiones contenidas a lo largo de su articulado, particularmente en relación con el acceso a las actuaciones (véase art. 67.2 pfo. 2º, art. 76.1 y art. 85 LFE) y a la participación en el procedimiento (art. 34 y 35 LFE). Con todo, se echa en falta la referencia al derecho a ser asistido de letrado al tiempo de la prestación del consentimiento para la práctica de diligencias, punto que ha merecido recientemente un

importante desarrollo jurisprudencial, que hubiera sido conveniente dejar claro en cuanto a su extensión y alcance. [10]

Con todo, la ley reconoce a la defensa un estatuto jurídico respetuoso con el derecho de defensa. En este sentido el artículo 33 LFE permite a la defensa someter a la apreciación del Fiscal europeo delegado la posibilidad de practicar aquellas diligencias que considere útiles para la comprobación de los hechos. El Fiscal europeo delegado puede denegar dichas diligencias cuando no sean relevantes para decidir sobre la naturaleza delictiva del hecho y la determinación de la responsabilidad criminal.

Mas si la redacción del precepto se ha de entender cuando menos mejorable, más dudosas y discutibles son las previsiones contenidas en el artículo 42 que limita la legitimación para solicitar la práctica de diligencias que requieran autorización judicial, al Fiscal europeo delegado y a las acusaciones privando de este derecho a la defensa. Cabría pensar que tal previsión quedaría justificada por el hecho de que interesado consintiese la práctica de dichas diligencias, lo que haría innecesaria la autorización judicial. Es lo cierto, que nuestro ordenamiento reconoce y garantiza la existencia diligencias que restringen los derechos de tercero, véase art. 588 ter c. Por otra parte, la necesidad de deslindar responsabilidad con otros partícipes en los hechos hace cuando menos equiparable su posición a la de las acusaciones en orden a la solicitud y proposición de prueba

Por lo demás, se reconoce al investigado el derecho a aportar a las actuaciones cuantos documentos, informes periciales de parte realizados por su cuenta y a su instancia por el perito de su elección. El Fiscal europeo delegado solo podrá denegar la incorporación al procedimiento de estos documentos e informes cuando sean absolutamente irrelevantes por resultar ajenos al objeto de la investigación. El decreto que lo deniegue podrá ser impugnado ante el Juez de garantías.

IX. PERSONACIÓN DE LA ACUSACIÓN PARTICULAR

La acusación particular queda identificada plenamente con la condición de víctima. Tal condición no se limita al hecho sufrir un perjuicio patrimonial, sino que se hace

[10] Así respecto de dispositivos informáticos STS 332/2019, 27-6-2019, ponente Magro Servet ECLI: ES:TS:2019:2205, consentimiento por la pareja del interesado STS 17-7-2020, ponente Vicente Magro Servet, ECLI:ES:TS:2020:2430, STS 430/2020, 9-9-2020 ECLI:ES:TS:2020:2848, Carmen Lamela Díaz suficiencia de la asistencia de letrado de oficio, STS 6/2021, 13.01.21 Leopoldo Puente Segura ECLI:ES:TS:2021:11

extensiva a cualquiera persona que se sienta ofendida por la infracción cometida, precisión que permite una interpretación progresiva que supere las limitaciones de la proscripción de la acusación popular en estos procedimientos (art. 36.5 LFE).

Señala MONTESINOS que son escasas las referencias a la víctima a lo largo del articulado del Reglamento.[11] Este se limita a señalar que las víctimas tendrán que ser informadas por la Fiscalía Europea de su decisión de que no existen motivos para iniciar una investigación o para ejercer el derecho de avocación (art. 24.7 RGFE); de la trasferencia de un expediente a las autoridades nacionales (art. 34 RGFE); del archivo de un caso (art. 39.4 RGFE) y de informarle de la adopción de las medidas oportunas, como podrían ser medidas cautelares para prevenir la continuación de una infracción (art. 103 RGFE).

Estas limitaciones han supuesto un reto para el legislador español que ha determinado apartarse de los tradicionales principios de nuestro derecho interno, estableciendo previsiones propias y distintas desconocidas en nuestros textos legales, como es la supresión de la acción Popular del procedimiento.

Es lo cierto que atendida la naturaleza de los delitos que son objeto de persecución resulta complejo apreciar la existencia de un perjuicio sensible respecto de algo, como son los delitos tributarios, que en principio son extraños a la restitución o reparación de un daño sensible al ciudadano. Un interés mucho mayor representa a nuestro juicio la justicia restaurativa de intereses difusos, en los que efectivamente pueden quedar afectados una multitud indiscriminada de personas, véase el caso de subvenciones públicas no aplicadas a las finalidades a la que estaban destinadas. Es por esto por lo que la ley pone el acento en la intervención en el proceso de las asociaciones de afectados y otras instancias intermedias. Concretamente se permite el ejercicio de la acción penal a las asociaciones y entidades a las que la ley reconoce legitimación para la defensa de los intereses difusos que se han visto afectados por la comisión del delito investigado.

Por lo demás, el estatuto de la acusación particular no es distinto al de la defensa, reconociéndole el derecho de aportación de informaciones que sea relevantes y participar en los actos de investigación. Se restringe no obstante la posibilidad de solicitar la práctica

[11] MONTESINOS GARCÍA, A., La Nueva Fiscalía Europea, Revista General de Derecho Europeo, nº 46, 2018, p. 37

de pruebas cuando estas sean susceptible de reproducirse en el juicio oral, previsión que viene a recoger la jurisprudencia mayoritaria en relación con la admisión de la prueba.

X. LAS MEDIDAS CAUTELARES REALES.

La posibilidad de aplicación de medidas cautelares reales es lógica consecuencia de las facultades atribuidas a la administración para la exacción de las responsabilidades tributarias. Es por esto por lo que la LFE contiene un amplio margen para la exacción de cualesquiera responsabilidades pecuniarias de la naturaleza que sean. Lo que ha resultado ciertamente sorprendente es la extensión no sólo a deudas liquidas por la Administración Tributaria sino a cualesquiera otras pretensiones que se encuentren amparadas por los principios de riesgo de demora y apariencia de buen derecho.

Ciertamente el artículo 146 de la Ley General Tributaria habilita un amplio margen para proceder a la adopción de medidas cautelares debidamente motivadas para impedir que desaparezcan se destruya o alteren las pruebas determinantes de la existencia o cumplimiento de obligaciones tributarias o que se niegue posteriormente su existencia o exhibición. Las medidas cautelares en el procedimiento recaudación ejecutiva se encuentran preordenadas más que al aseguramiento del pago, a la aclaración de las circunstancias determinantes del devengo de la deuda y podrán consistir, en su caso, en el precinto, depósito o incautación de las mercancías o productos sometidos a gravamen, así como de libros, registros, documentos, archivos, locales o equipos electrónicos de tratamiento de datos que puedan contener la información de que se trate. No existe posibilidad de aseguramiento de bienes en orden a una futura liquidación y las que existen se encuentran enormemente limitadas.

La LFE apuesta, sin embargo, por extender estas medidas al aseguramiento de cualesquiera responsabilidades pecuniarias que puedan derivarse del mismo, incluidas las responsabilidades civiles, las multas y las costas, así como del decomiso que en el futuro pueda acordarse respecto de los efectos, instrumentos y productos del delito. En compensación a este amplio margen discrecional conferido a la Fiscalía, la ley prevé que todos los decretos que se dicten por la Fiscalía en estas materias serán susceptibles de recurso, habilitando incluso el recurso de apelación frente a la resolución que decida definitivamente el incidente.

XI. AFECTACIÓN A TERCEROS RESPONSABLES CIVILES.

Las amplias facultades conferidas a la Fiscalía se hacen extensivas igualmente a tercero. La posición jurídica de los terceros y la facultad de decomiso de los bienes es un tema de capital importancia en materia de lucha contra los delitos contra la corrupción y el crimen organizado. La reforma de 2015 permitió interferir en el tráfico jurídico más allá del régimen de las transmisiones a título lucrativo, haciendo extensiva la nulidad de la causa torpe incluso a los contratos sinalagmáticos en aquellos supuestos en que una persona habría tenido motivos para sospechar, en las circunstancias del caso, de su origen ilícito o que el tercero fuese consciente de que la transacción asumida por el tercero podría dificultar la consecuencia del decomiso. Conforme a la condición de consecuencia del delito, su finalidad no se dirige a la represión de conductas ilícitas, por lo que la ley admite también las figuras del decomiso valor y el decomiso, intervenciones que se encuentran desligadas de la actividad criminal.

La facultad de proceder con carácter cautelar al decomiso frente a terceros estaba supeditada en nuestro ordenamiento a la intervención judicial que se contiene en el art. 127 octies. Debe tenerse también presente lo prevenido en el primer inciso del artículo 42 del reglamento con relación a los actos jurisdiccionales que estén destinados a surtir efectos jurídicos frente a terceros. Tales actos serán objeto de control judicial por los órganos jurisdiccionales nacionales competentes de conformidad con los requisitos y procedimientos establecidos en el Derecho nacional.

El hecho es que la LFE hace extensiva el régimen de responsabilidades civiles a quienes no tienen condición de parte en el procedimiento sin necesidad de recabar la habilitación del juez de garantías. De este modo, el artículo 55 se refiere a las medidas cautelares aplicables a los terceros responsables civiles habilitando la intervención del Fiscal europeo, de oficio o a instancia de parte, quien podrá adoptar medidas cautelares dirigidas a su aseguramiento. Asimismo, podrá tomarse anotación de embargo preventivo o prohibición de disponer de los bienes, como medida cautelar, cuando existan indicios racionales de que el verdadero titular de estos pueda ser el tercero responsable.

La Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ha pronunciado en relación a la intervención de tercero afectado por un decomiso en la STJUE de 21 de octubre de 2021 en los asuntos C-845/19 y C-863/19. Era objeto de discusión en aquella sentencia la intervención por los tribunales búlgaros de determinadas cantidades aprehendidas a parientes de los investigados. El Tribunal procede a valorar la suficiencia de las medidas

y declara que la tutela judicial efectiva que proclama el art. 47 de la Carta aparece reafirmada en la propia Directiva 2014/42 que exige que deban garantizarse las vías efectivas que permitan recurrir las decisiones adoptadas y en general el acceso a un proceso equitativo, y esto no solo a las personas directamente enjuiciadas en el procedimiento, sino también los terceros titulares de bienes o derechos sobre los mismos que pudieran verse afectados por una resolución de decomiso.[12] El Tribunal advierte, en todo caso, de la necesidad de establecer garantías específicas para garantizar la protección de los derechos fundamentales de los terceros afectados por el decomiso. Entre esas garantías, la propia Directiva se refiere expresamente en su art. 8.7 al acceso a un abogado, debiendo interpretarse esa asistencia letrada como un derecho a intervenir en el procedimiento.[13]

Como señala URIARTE VALIENTE, los tribunales españoles fueron conscientes de esa vulneración de derechos fundamentales que se irrogaba al tercero con el decomiso del bien o derecho sin su intervención en el proceso, adoptando diversas soluciones jurisprudenciales frente al problema, incluso antes de la regulación positiva de una solución en nuestra LECrim. Este tercero no sólo puede recurrir la sentencia, sino que su intervención alcanza a todos los actos concretos que se desarrollen.[14]

Con todo existe notorias diferencias en el caso del procedimiento ante la Fiscalía Europea, en el que la cognición del Juez de garantías es ciertamente limitada y en el que no existe una limitación en orden a la duración de estas medidas como sucede con las medidas de carácter personal. El decomiso unilateral de los bienes que se prevé en este precepto parece ir en contra de lo previsto en el artículo 42 que preceptúa expresamente la necesidad de intervención judicial, resultando manifiestamente preocupante una diligencia de esta índole, sin que quede aclarada el modo en que el interesado pueda presentar una impugnación en el seno de un procedimiento en el que no es parte y cuya decisión corresponde al propio promotor del expediente.

El carácter manifiestamente excesivo de las facultades atribuidas a la fiscalía, si se compara con las previsiones contenidas en el artículo 165 de la Ley General Tributaria,

[12] STJUE 14 de enero de 2021, Okrazhna prokuratura, Haskovo y Apelativna prokuratura Plovdiv, C-393/19, EU:C:2021:8, apartado 61.

[13] STJUE 26 de julio de 2017, Sacko, C-348/16, EU:C:2017:591, apartado 34.

[14] URIARTE VALIENTE, L.M. La intervención en el proceso penal de terceros afectados por el decomiso, a propósito de la STJUE de 21 de octubre de 2021 Diario La Ley, Nº 10004, Sección Doctrina, 7 de febrero de 2022.

donde se señala cuando un tercero pretenda el levantamiento del embargo por entender que le pertenece el dominio o titularidad de los bienes o derechos embargados o cuando considere que tiene derecho a ser reintegrado de su crédito con preferencia a la Hacienda Pública, formulará reclamación de tercería ante el órgano administrativo competente. En tal caso dicha reclamación se llevará a efecto a través del procedimiento administrativo de forma semejante a lo que sucede a la tercería impropia en el artículo 592 de LEC y a los artículos 803 ter a y 616 de la LECRIM. Pero si estima insuficiente dicho incidente, la Ley General Tributaria le reconoce el derecho de acudir ante un procedimiento de tercería de dominio en cuyo caso el procedimiento que suspendido ipso iure desde ese mismo momento. Caso de que se interponga tercería de mejor derecho el producto del depósito quedará en suspenso hasta la resolución del a tercería.

Cabe entender aun cuando no exista una previsión en la ley, que la jurisprudencia debería continuar habilitando, como lo ha venido haciendo en la instrucción ordinaria, la posibilidad de interposición de una tercería ante el juez de garantías o ante el ordinario que corresponda para la substanciación del procedimiento. Esta cuestión ha sido abordada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la sentencia de 16/10/2019 (ponente Porres Ortiz de Urbina), en la que se concluye que las previsiones en el artículo 803 ter, apartados a) a d) por la que se regula la intervención de un tercero afectado por el decomiso no agotan todo el contenido de la tercería. En estos preceptos se regula la llamada al proceso del tercero afectado por el decomiso en el que prevé que el tercero de ser conocido deberá ser citado para que pueda y comparecer y plantear su discrepancia; también se dispone que en la sentencia se tendrá que resolver sobe el decomiso, que el tercero podrá recurrir los pronunciamientos que afecten directamente a sus bienes, derechos o situación jurídica. Concluye el Tribunal Supremo señalando que *«no puede afirmarse que el pronunciamiento de una tercería de dominio, en la que se resuelve sobre la legalidad del decomiso no constituya una extensión del fallo de la sentencia»*.

Sin embargo, como señala la propia sentencia *«la finalidad de la tercería de dominio no es reivindicar un bien sino dejar sin efecto un embargo incorrectamente trabado sobre un bien que pertenezca a un tercero al tiempo de la traba, y, por tanto, eliminar los efectos cautelares decretados sobre la cosa, eliminando el riesgo de la posterior adjudicación o venta del bien, conforme a lo previsto en el artículo 601 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Por tanto, la tercería no es una acción declarativa de*

dominio. Su objeto es más limitado. Se resuelve si la traba ha de continuar o si debe alzarse».

Es por esto que no cabe esperar a llegar a juicio para oponerse a una pretensión de embargo y si esto era así cuando la instrucción era gestionada por el juez instructor, con más razón como a fortiori resulta de la legislación de recaudación ejecutiva anteriormente citada.

XII. LA INTERVENCIÓN DE LA ABOGACÍA DEL ESTADO EN ESTOS PROCEDIMIENTOS.

La ley y el protocolo guardan silencio sobre este punto. Ciertamente los delitos a que atiende el título competencial que justifican la existencia del procedimiento son extraños al ámbito competencial que es propio de la abogacía del Estado, pero es lo cierto que en la mayoría de los casos los delitos contra la Hacienda de la Unión Europea se suelen encontrar indisociablemente vinculados a los afectos a la Hacienda de la Unión Europea. Quienes hemos tramitado durante años esta clase de procedimientos conocemos el peso específico de la abogacía del Estado fundamental para el impulso procesal de las actuaciones y la presentación de informes.

XIII. DILIGENCIAS DE INVESTIGACIÓN.

Las diligencias de investigación constituyen el centro del nuevo modelo de investigación que se propugna. El principio que preside esta materia es el del carácter absoluto de la dirección de la investigación por el Fiscal. Las defensas y el resto de interlocutores deben dirigir sus pretensiones a través de la dirección investigadora ostentada por la Fiscalía, quien orienta y decide el sesgo de la investigación y cuyos designios sólo pueden ser corregidos en vía de recurso. Como señala RODRÍGUEZ LAIN la intervención del juez de garantías resulta algo auxiliar, al sólo objeto de autorizar aquellas diligencias de investigación que entrañen una restricción de los derechos fundamentales, pero no entra a resolver sobre la oportunidad de la medida.[15]

RODRÍGUEZ LAÍN plantea si esta exhaustividad y extensión de la intervención de la fiscalía permite excluir la iniciativa de la policía para solicitar directamente la práctica de

[15] RODRÍGUEZ LAÍNZ, JL. La Intervención de Comunicaciones y otras medidas de investigación tecnológica en el procedimiento de investigación ante la fiscalía europea. Diario La Ley, nº 10022, Sección Tribuna, 4 de Marzo de 2022, Wolters Kluwer La Ley, 1530/2021., p. 3.

diligencias.[16] La pregunta es más retórica que práctica si se tiene presente lo limitado de la cognición del procedimiento ante la Fiscalía Europea, frente a la generalidad de la actuación de la jurisdicción ordinaria, pero sirve para poner de manifiesto la exclusividad de la función investigadora, no sólo en orden promover la investigación sino en dirigir por entero la investigación, sin que sea posible, ni permisible una investigación autónoma al margen de la dirección de aquel. La ley supone así un punto y final a algo que de suyo la reforma de 2015 debía haber dejado bien claro, no es posible en un ordenamiento fundado en el principio acusatorio iniciativas que confundan el principio de oportunidad y el de legalidad. Como señala RODRÍGUEZ LAÍN lo que hace ahora la LFE es canalizar la cuestión a la nueva realidad procesal, en la que es el fiscal quien decide sobre las medidas de investigación que pueden solicitarse del Juez de garantías. Por tal razón no es admisible que ni la policía, ni las partes puedan dirigirse directamente al instructor para solicitar la práctica de diligencias (véase art. 33.1 y 39.1 de la LOFE).[17]

Pero la voluntad del legislador no se queda aquí, sino que busca reconocer las herramientas necesarias para el cumplimiento de su cometido en una materia como son los delitos económicos que requieren el acceso a grandes volúmenes de información en tiempo real. La atribución de estas competencias como señala el referido autor no hace sino respetar las previsiones contenidas en el artículo 30 del Reglamento que contienen en sí un haz de actuaciones que se reserva al fiscal como imprescindibles para el ejercicio de su función. En particular estas diligencias se extienden a una cuestión ya de suyo compleja y discutida como es la retención de los datos de las comunicaciones. Así el apartado c) del artículo 30 c) dota de facultades al fiscal para conseguir la presentación de datos informáticos almacenados, ya sean encriptados o descifrados, en su formato original o en otro formato determinado, incluidos los datos relativos a cuentas bancarias y de tráfico, con la excepción de los datos específicamente conservados de conformidad con el Derecho nacional en aplicación del artículo 15, apartado 1, segunda frase, de la Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, en una cuestión respecto de la que debemos recordar que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión ha negado a la Fiscalía la condición de autoridad judicial o agencia administrativa independiente, STJUE de 6 de octubre de 2020 (caso Quadrature du Net) y de 2 de marzo de 2021 (caso Prokuratur).

[16] RODRÍGUEZ LAÍNZ, JL., obra cit., p. 3.
[17] RODRÍGUEZ LAÍNZ, JL., obra ult. cit., p. 4

La LFE reconoce la más amplia legitimación al Fiscal europeo delegado para la práctica de la investigación y aseguramiento de prueba salvo aquellas cuestiones reservadas por la constitución y el resto del ordenamiento jurídico al juez de garantías. En el ejercicio de estas facultades se recalca la necesidad de evitar dilaciones indebidas, asegurándose que se lleven a efecto en el tiempo imprescindible, pero se excluye como veremos la aplicación del artículo 324 de la LECRIM.

La ley contiene previsiones que no alteran los preceptos generales en materia de práctica de prueba testifical, pericial, entrada en lugar cerrado, que no tenga la condición de domicilio, interceptación y conservación de datos de las comunicaciones, entrega vigilada e investigaciones transfronterizas.

Como novedades, cabe señalar también la habilitación de la fiscalía para el acceso a lugares cerrados que no constituyan domicilio. Respecto de las personas jurídicas se remite a lo previsto en la ley de enjuiciamiento criminal, permitiendo el acceso mediante el consentimiento de su representante legal, apoderado o administrador de hecho o de derecho. Estos, en principio, estaría, obligados a cooperar con el Ministerio Público en virtud del deber general de colaboración con la Fiscalía. De este modo, a renglón seguido se señala quedan excluidos en todo caso, requiriendo en todo caso autorización judicial, las dependencias de las entidades públicas, los despachos que tengan reconocidos el secreto profesional y las cajas de seguridad de entidades financieras. Se echa en falta un tratamiento más sistemático de esta cuestión donde ya existe un grueso cuerpo de doctrina La regulación gira en torno a la suficiencia de las facultades de representación, esto es, a cuando la habilitación del representante resulta insuficiente por existir otros intereses superiores afectados.[18]

Respecto de la interceptación de las comunicaciones lo más relevante es la facultad de delegar en el fiscal la ejecución de estas medidas y las facultades del fiscal en orden al expurgo de las intervenciones telefónicas respecto de datos que puedan afectar a la

[18] El Tribunal Europeo de Derecho Humanos, en el caso caso Association for European integration and human rights y Ekdimdzhiev contra Bulgaria de 28 de junio de 2007, estimó que no existen razones que impidan la extensión tanto al espacio domiciliar como a las comunicaciones el derecho a la vida privada reconocidos en el convenio a las personas jurídicas. En nuestro país la línea jurisprudencial dominante estima que para que el domicilio de las personas jurídicas ostenta la misma condición que las personas físicas, debe ponderarse las razones que justifiquen la proyección del espacio físico del que se sirve la persona como manifestación de la cotidianidad de su vida privada. STC 22/1984, de 17 de febrero. Sobre este particular, véase GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, A.E., Cuestiones procesales en torno a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, revista internauta de práctica jurídica, nº. 26, 2011, pp. 86 y 87.

privacidad, regulación que supone una derogación parcial de las previsiones contenidas en el artículo 588 ter i.

XIV. ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES.

La LFE regula también la posibilidad de articular medidas cautelares de carácter personal para asegurar la presencia del investigado a disposición judicial. Si bien la LFE prevé que la adopción o la prórroga de una medida cautelar personal pueda realizarse previa petición del Fiscal europeo delegado o de cualquier otra parte acusadora personada, la regulación de estas medidas está previstas para el supuesto de que sean llevadas a efecto principalmente a solicitud del Fiscal europeo delegado, pero no desconoce que puedan instarse por las acusaciones personadas. No existe una expresión específica respecto de la detención por la policía por alguno de los delitos que son competencia del Fiscal europeo delegado debiendo de entenderse que existe una remisión a las reglas generales.

«En las causas en las que ejerza su competencia, el Fiscal europeo delegado podrá ordenar la detención de las personas investigadas, en los supuestos previstos en el artículo 492 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. El decreto acordando la detención será notificado a la persona investigada y a su defensa, que podrán impugnarlo ante el Juez de garantías.

Si la persona investigada fuera detenida a requerimiento del Fiscal europeo delegado, la Policía Judicial la pondrá a disposición de este inmediatamente y, en todo caso, en el plazo de veinticuatro horas desde su detención». Este plazo se computará desde el momento en que se atribuya por la policía la comisión de un delito competencia del Fiscal europeo delegado, cuando este no hubiese promovido la detención.

«La solicitud de adopción de toda medida cautelar personal o de su prórroga deberá concretar los hechos, los indicios y la finalidad que justifican su necesidad, así como la imposibilidad de alcanzarla a través de una medida menos gravosa, acompañando los elementos probatorios en que se funde. Cuando se inste la adopción o prórroga de la medida cautelar, se deberán acompañar e individualizar en la solicitud los actos de investigación de los que resulten dichos hechos e indicios y aportar o identificar con precisión el soporte documental de los mismos, con antelación suficiente para su examen por el Juez de garantías.»

La ley regula en el art. 81 la comparecencia de las partes en términos semejantes a los contenidos en el artículo 505 de la LECRIM**.** *«Formulada solicitud de adopción o*

prórroga de una medida cautelar personal se convocará de inmediato al Fiscal europeo delegado y a las partes personadas a una comparecencia que se celebrará dentro de las setenta y dos horas siguientes a haberse presentado la solicitud». Se exceptúa el caso de que la persona ya estuviese detenida, en cuyo caso, este término se computará desde la puesta a disposición judicial. Puesto a disposición del juzgado, se abre otro plazo de setenta y dos horas en el que el juez deberá decidir sobre su situación personal, elevando la detención a prisión o dejándola sin efecto. En supuestos de urgencia esta comparecencia se podrá llevar a efecto ante el juzgado de instrucción del lugar donde se haya practicado la detención, en tal supuesto, si se hubiera acordado la prisión, el Juez de garantías convocará a las partes a comparecencia una vez que reciba las diligencias.

«La celebración de la comparecencia exigirá, en todo caso, la presencia del Fiscal europeo delegado y de la persona respecto de la que se haya instado la medida, que deberá estar asistida de su defensa. La comparecencia comenzará con las alegaciones del Fiscal europeo delegado, oyéndose después a las demás partes, si las hubiera, y en último lugar a la persona contra la cual haya de adoptarse. Si a la vista de tales alegaciones el Fiscal europeo delegado desiste de su solicitud se dará por concluida la audiencia. En otro caso, las partes podrán proponer las pruebas que estimen pertinentes, las cuales, una vez admitidas, se practicarán en el acto de la audiencia o en el plazo que fije el órgano judicial, que no podrá exceder nunca de setenta y dos horas. Se rechazará la prueba impertinente y la que no pueda practicarse en dicho acto o plazo.

Si ha de acordarse la suspensión de la audiencia para la práctica de la prueba, el Juez de garantías podrá adoptar, a instancia de parte, la medida cautelar que estime inaplazable. Practicada la prueba, el órgano judicial resolverá a continuación sobre la medida cautelar dictando auto motivado. Contra el auto que resuelva sobre la medida cautelar cabrá recurso de apelación, que no tendrá efecto suspensivo».

Dicha resolución no podrá tomar en consideración hechos distintos y resultar más gravoso que la medida solicitad por las partes. *«No obstante, durante la comparecencia, el órgano judicial podrá someter a debate de las partes la idoneidad de una medida cautelar menos gravosa, acordándola cuando, de acuerdo con las alegaciones formuladas, entienda que puede resultar igualmente conducente a los fines pretendidos. En todo caso, si hubiera sido solicitada la prisión provisional, el órgano judicial podrá acordar en su lugar la libertad provisional con prestación de caución, oyendo a las partes*

en lo relativo a su cuantía, o con imposición de reglas de conducta concretas que hayan sido suficientemente debatidas».

Como hemos visto, aunque no exista una expresa previsión legal, la práctica forense consagrada en el protocolo de actuación ha recogido la posibilidad de documentar estas actuaciones en una pieza separada, en el que se hará el seguimiento de las medidas acordadas.

XV. DURACIÓN DE LAS MEDIDAS

La ley contiene una expresa abrogación en su ámbito de las previsiones contenidas en el art. 324 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuyo rechazo en los procedimientos en materia de corrupción ha resultado una reclamación constante de la Fiscalía. Se prevé por contrapartida una limitación temporal de las medidas restrictivas de derechos. En este sentido el art. 86 al tratar del control judicial de las medidas.

«El Juez de garantías establecerá en la resolución por la que acuerde la imposición de una medida cautelar las condiciones de control del mantenimiento de la misma y su duración. Asimismo, las partes legitimadas podrán solicitar la modificación o levantamiento de las medidas cautelares».

El transcurso del término fijado determinará la extinción de pleno derecho de la medida. De este modo entre las causas de extinción de las medidas, además de la desaparición de los presupuestos tenidos en cuenta para su adopción y el archivo o sobreseimiento de la causa, la ley prevé tanto el transcurso del plazo legal máximo para su adopción, como el transcurso de plazos inferiores a los máximos de duración que hubieran sido judicialmente establecidos sin haberse prorrogado la vigencia de las medidas.

XVI. ACCESO Y REGISTRO DE INCIDENCIAS EN EL SISTEMA DE REGISTROS DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA.

Otra de las cuestiones que ha presentado una especial problemática es la relativas al control del Sistema de Registros del a Administración de Justicia. SIRAJ. Sobre este particular se ha solicitado la incorporación a SIRAJ del tipo de tramitación «Garantías Procedimiento Fiscalía Europea», y se encuentra a la espera de que se dé de alta. Mientras tanto, el registro en SIRAJ para anotar medidas pueden hacerse como **Diligencias**

indeterminadas o Diligencias previas y una vez figure dado de alta en SIRAJ el tipo de tramitación «Garantías Procedimiento Fiscalía Europea» será corregido.

El Fiscal tiene autorizado el acceso a la información del SIRAJ, y en consecuencia, también lo tienen los Fiscales europeos delegados. Sin embargo, es a los LAJ a los que corresponde su modificación. Este problema entendemos que solo afectará a aquellos supuestos en que se haya acordado una detención por los Fiscales europeos delegados Como **solución provisional** para esos supuestos concretos, se ha propuesto que sean los LAJ de los Juzgados de Garantías quienes introduzcan la correspondiente información en el SIRAJ, referente al GFE mediante solicitud expresa de la Fiscalía Europea por medio de oficio.

XVII. CUSTODIA DE LOS EFECTOS DEL DELITO.

Con carácter general, corresponde a los Fiscales europeos delegados la custodia de los efectos intervenidos, incluidos los dispositivos de almacenamiento masivo de información y de la documentación. En el anexo, se previene en cuanto a la custodia de la documentación intervenida (una vez reseñada, foliada y sellada) quedará bajo la custodia de la FE, sin perjuicio de que materialmente se pueda otorgar a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado o de la AEAT a fin de garantizar el espacio y las medidas de seguridad necesarios.

La recepción de los efectos del delito y la custodia de aquellos por la Fiscalía resulta manifiestamente distorsionadora, dando lugar a los engorrosos precintos y desprecintos en orden a asegurar la cadena de custodia. Tal regulación por lo demás no se adecúa al derecho comparado donde una de las funciones esenciales del juez de garantías es precisamente la custodia de los efectos de convicción evitando manipulaciones de su contenido. Hasta tal punto esto es así, que en muchos casos y al objeto de garantizar la bondad de la prueba es el propio juez de garantías el que se allega al registro y toma las medidas oportunas para asegurar la integridad de los vestigios obtenidos. La intervención del fiscal de aquellos efectos y las medidas en orden a asegurar la integridad de su contenido resultan un factor distorsionador que dan lugar a desprecintos y entregas sin cuento a través de instancia intermedias.

La intervención de los dispositivos electrónicos no está sujeta a autorización judicial, pero sí el acceso a su contenido y correspondiente clonado. Respecto del clonado solo se hará con intervención del LAJ cuando se realiza simultáneamente a la ejecución

de una entrada y registro. Fuera de este supuesto, ya se trate de clonados a posteriori a una entrada y registro, o bien de efectos intervenidos en una detención, no resulta necesaria la intervención del LAJ, tal y como resulta de la unánime jurisprudencia del Tribunal Supremo desde el año 1999 hasta la actualidad. Ahora bien, distinto del clonado es una copia selectiva, como normalmente sucede en las diligencias de entrada y registro, utilizándose *«búsquedas selectivas»*. En cuyo caso siempre es necesaria la presencia del LAJ. Pero hemos de insistir, huelga su presencia cuando se trata de un volcado, de una copia íntegra del contenido del dispositivo, que quedará autenticada con el cálculo de la huella HASH.

XVIII. CONCLUSIONES

El sistema escogido para la investigación por la Fiscalía Europea opta por un modelo en el que el fiscal asume el monopolio de la investigación, excluyendo cualquier posibilidad de rehabilitar la figura del juez instructor. Este cambio de perspectiva y las variaciones estructurales que introduce la LFE hacen que este procedimiento se sitúe aislado dentro del marco de la organización penal. El propio hecho de la naturaleza jurídica de una instancia que se coloca en la condición de árbitro de las pretensiones de las defensas, resolviendo pretensiones y dirimiendo controversias, conduce a una asimilación con lo jurisdiccional que no es pretendida, ni buscada y que resulta difícil de encajar en el marco jurisdiccional definido por la LOPJ.[19] Como señala Rodríguez Laín «*el procedimiento de investigación de la LOFE la LECRIM no adquiere más cometido de tratar de cubrir las lagunas o silencios de una norma tan ambiciosa como concentrada. Es un procedimiento de investigación diverso a la investigación criminal tal como se diseña en la LECRIM; aunque dependa tanto de ella para tomar forma*». [20]

Pese a estas limitaciones es claro que nos encontramos ante un procedimiento de naturaleza distinta inspirado en sus propios principios informadores. El legislador opta por que la dirección de la investigación se lleve a efecto por un órgano integrado con autonomía dentro del poder judicial y sometido a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica, con sujeción en todo caso a los de legalidad e imparcialidad. Su actuación se encamina a la averiguación de la verdad de los hechos, para lo cual sus

[19] RODRÍGUEZ PADRÓN, C. Diario La ley, nº 9826, Sección Tribuna, 9 de Abril de 2021, Wolters Kluwer. La Ley 3975/2021, obra cit.

[20] RODRÍGUEZ LAINZ, L., Diario La Ley, nº 10022, Sección Tribuna, 4 de Marzo de 2022, Wolters Kluwer, La Ley 1530/2022, obra cit., p.3

decisiones, que presentan un cierto margen de discrecionalidad, pueden entrar en conflicto con los derechos fundamentales de los investigados y terceras personas. Frente a este posicionamiento, no se debe desconocer el distinto punto de vista que los investigados y de las demás partes personadas pueden tener en orden a defender sus respectivas tesis defensivas. La actuación de estos si bien no tiene por qué coincidir con los fines y principios expuestos responde a otros igualmente dignos de protección como es la presunción de inocencia, la privacidad o la tutela judicial efectiva. La intervención del Juez de garantías responde así a la necesidad de velar también por estos derechos cuando entran en conflicto. Nos situamos así ante un juego dialéctico que debe quedar sometido a las reglas del principio acusatorio.

El modelo propuesto por la LFE ha optado por reducir ese juicio de legalidad del juez de garantías al reconocimiento de una serie de elementos reglados que no habilitan en principio a interferir en la conveniencia de las diligencias que deban practicarse. Se entiende así la limitación de la cognición del juzgador a los particulares designados por las partes, sin que exista un acceso directo al expediente, y se explica también el carácter mediador de la Fiscalía en orden a la presentación de los escritos o la atribución a la propia Fiscalía de decisiones de legalidad ordinaria como es la personación en juicio o la propia documentación del expediente.

Junto a estas restricciones, se incluyen otras bastante más discutibles como es la ausencia de previsiones en materia de nulidad de actuaciones, la limitación del sistema de recursos, los límites a la duración del procedimiento, la garantía de los derechos de los terceros afectados, la custodia de los efectos de convicción y la extensión ilimitada de la cognición en materia de responsabilidades civiles. Todas estas cuestiones se presentan hoy como incógnitas cuya resolución determinará en gran medida del modelo de interacción entre los diversos interlocutores en el procedimiento.

BIBLIOGRAFÍA

CALDERÓN CUADRADO, M.P., La Fiscalía Europea Algunas claves para su entendimiento, Rev. Boliv. de Derecho Nº 29, enero 2020, pp. 230-265

MARTÍNEZ SANTOS, A. The Status of Independence of the European Public Prosecutor's Office an Its Guarantees, dentro de la obra colectiva, The European Public Prosecutor's Office: The Challenge Ahead, coord. Lorena Bachmaier Winter, Edit Srpinger Nature Swizerland AG, 2018, pp 1 - 24.

MONTESINOS GARCÍA, A., La Nueva Fiscalía Europea, Revista General de Derecho Europeo, Editorial Iustel, nº 46, pp. 160 -206.

PÉREZ MARÍN, M.A., La actuación de la fiscalía europea y la posible afectación de los derechos y las garantías procesales. Algunas consideraciones preliminares, La Ley Penal, n.º 132, mayo-junio 2018.

RODRÍGUEZ PADRÓN, C., El anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal: implicaciones orgánicas, Diario La Ley, nº 9826, Sección Tribuna, 9 de abril de 2021, Wolters Kluwer. La Ley 3975/2021

RODRÍGUEZ LAINZ, JL /AZAÚSTRE RUIZ, P., El procedimiento especial para la actuación de la Fiscalía Europea en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020, La Ley Penal, Nº 153, Sección Derecho Procesal Penal, noviembre-diciembre 2021.

RODRÍGUEZ LAINZ, L. La Intervención de Comunicaciones y otras medidas de investigación tecnológica en el procedimiento de investigación ante la fiscalía europea, Diario La Ley, nº 10022, Sección Tribuna, 4 de marzo de 2022, Wolters Kluwer La Ley, 1530/2021.

URIARTE VALIENTE, L.M. La intervención en el proceso penal de terceros afectados por el decomiso, a propósito de la STJUE de 21 de octubre de 2021, Diario La Ley, Nº 10004, Sección Doctrina, 7 de febrero de 2022.

VIDAL FERNÁNDEZ, B., El procedimiento especial para la actuación de la fiscalía europea del anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020, Universidad de Valladolid, RAPDPUE, nº. 4, 2021, págs. 233-272.

JURISPRUDENCIA CITADA

STEDH de 28-06-2007, caso Association for European integration and human rights y Ekdimdzhiev contra Bulgaria.

STJUE de 26-07-2017, Sacko, C-348/16, ECLI:EU:C:2017:591.

STJUE de 6-10-2020, Quadrature du Net, C-511/18, ECLI:EU:C:2020:791.

STJUE de 02-03-2021 2021 Prokuratur, C-746/18, ECLI:EU:C:2021:152.

STJUE 14-01-2021, Okrazhna prokuratur - Haskovo y Apelativna prokuratura- Plovdiv, C-393/19, EU:C:2021:8.

STJUE de 21-10-2021, Okrazhna prokuratura, Varna, C-845/19 y C-863/21 ECLI:EU:C:2021:864.

STC 1061/1988, de 12 de julio, ponente Ángel Latorre. Segura.

STS 332/2019, 27-6-2019, ponente Magro Servet ECLI: ES:TS:2019:2205.

STS 401/2020, 17-7-2020, ponente Vicente Magro Servet, ECLI:ES:TS:2020:2430.

STS 430/2020, 9-9-2020, ponente Carmen Lamela Díaz ECLI:ES:TS:2020:2848.

STS 6/2021, 13-01-2021, ponente Leopoldo Puente Segura ECLI:ES:TS:2021:11.

STS 493/2019, 16-10-2019, (ponente Porres Ortiz de Urbina), sentencia de 16/10/2019 (ponente Porres Ortiz de Urbina).

* * * * *

Dr. Javier Ijalba Pérez

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

~Derecho penal de la seguridad social. Modelo constitucional~

I. INTRODUCCIÓN

Los delitos contra la Seguridad Social fueron concebidos y han evolucionado bajo el modelo de la figura típica del delito fiscal, lo cuál, ha provocado uno de los descuidos más relevantes del Derecho penal[1]. De hecho, estos delitos han recibido una buena parte de su estructura y de su tratamiento del delito contra la Hacienda Pública[2], lo cuál, ha desembocado en un estudio discreto, y en la mayoría de los autores, calificable como un estudio poco específico, y lleno de remisiones al delito fiscal[3].

Sin embargo, hay que reconocer que, en estos últimos años, gracias al avance del Derecho penal económico, y, gracias, también, a la influencia del fenómeno de la corrupción en nuestro país, ha surgido un nuevo tratamiento de estas figuras de fraude contra la Seguridad Social, lo cual, ha favorecido su desarrollo, y creo que, obliga a plantearnos la necesidad de un específico Derecho penal de la Seguridad Social.

Por tanto, en el presente trabajo, me voy a plantear la pertinencia de la pregunta: ¿Es necesario un Derecho penal de la Seguridad Social? Y, en caso afirmativo, ¿qué modelo ofrece la Constitución para diseñar a este Derecho penal? Creo sinceramente que

---

[1] Este olvido provocó la calificación de las conductas de fraude a la Seguridad Social como conductas atípicas o incluso, reconducibles a otras figuras penales como los delitos de estafa o delitos de apropiación indebida. Vid. AYALA GÓMEZ, I.: Observaciones críticas sobre el delito social, Revista de la Faculta de Derecho de la Universidad Complutense nº 6, 1983, p. 43; MORENO MÁRQUEZ, A. M.: Delitos contra la Seguridad Social: el artículo 307 del nuevo Código Penal, Temas Laborales, Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social nº 37, 1996, p. 33; CÁMARA ARROYO, S.: Los delitos de defraudación a la Seguridad Social: análisis de los tipos penales y su problemática, en D. FERNÁNDEZ BERMEJO y C. MALLADA FERNÁNDEZ (dirs.), Delincuencia Económica, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, pp. 481-483.

[2] Así lo reconoce también la jurisprudencia: SAP de Tarragona 38/2005, de 10 de enero, [ECLI:ES:APT:2005:24], FJ 2: "*Como se afirma en la STS 1244/2003, de 3 de octubre, [ECLI:ES:TS:2003:5947], en relación con un delito contra la Hacienda Pública, cuya estructura comisiva viene marcada por intensos trazos de homogeneidad con la conducta contemplada en el artículo 307 CP (con el que además comparte ubicación capitular y sistemática)*". Y la SAP de Málaga 635/2012, de 19 de octubre, [ECLI:ES:APMA:2012:1614], FJ1, que reconoce que: "*han sido muchas veces las que el Tribunal Supremo se ha pronunciado en el mismo sentido, con referencia a los delitos contra la Hacienda Pública, previstos en el artículo 305 del CP , preceptos sin duda paralelos y análogos que también tienen en común consideraciones doctrinales y jurisprudenciales, siendo cierto que la jurisprudencia sobre el artículo 307 del CP , es mucho más reducida*".

[3] Vid. VALLE MUÑIZ, J. M.: La criminalización del fraude a la Seguridad Social, en J. R. SORIANO SORIANO (dir.), Delitos socioeconómicos en el nuevo Código penal, CGPJ, Madrid, 1996, p. 176; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: Derecho penal económico y de la empresa, parte especial, 6ª edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 671.

son cuestiones relevantes, y que, además, están abiertas al diálogo científico y a la discusión doctrinal.

II. ORIGEN DEL DERECHO PENAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL

1. Origen objetivo del Derecho penal de la Seguridad Social

Es evidente, que la cuestión sobre el origen de un Derecho penal de la Seguridad Social no ha brotado de un modo independiente, sino que, se percibe más bien, dentro de los programas de lucha contra el fraude a la Seguridad Social, ante un panorama de crisis económica, en el que la economía sumergida ha podido superar en nuestro país el 30% del PIB[4]. En consecuencia, y, en mi opinión, el Derecho penal de la Seguridad Social ha nacido a partir de la propia concepción de un Derecho penal en su sentido objetivo.

Así, y como ya se hizo clásico en la doctrina, el Derecho penal puede considerarse en dos sentidos: objetivo y subjetivo. En este primer sentido, es decir, en el sentido objetivo, que es el que ahora me interesa, el Derecho penal se concibe como aquel conjunto de normas jurídicas que procuran la protección eficaz de los bienes esenciales de los ciudadanos, y también, la salvaguarda de las instituciones fundamentales del Estado. Por eso, el Derecho penal: "*constituye uno de los medios de control social existentes en las sociedades actuales*"[5].

En consecuencia, el Derecho penal se tolera por la sociedad como un medio de control social, y con el objetivo de proteger a los ciudadanos y al Estado. Pero, dicho medio de control, es decir, el Derecho penal, posee unas notas que lo caracterizan, y, a la vez, lo distinguen. En efecto, se trata de un medio de control social con un carácter eminentemente jurídico, y a la vez, con un elevado nivel de formalismo. Además, de ser

---

[4] Plan de lucha contra el empleo irregular y el fraude contra la Seguridad Social, 2012-2013. En: https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/paginas/enlaces/270412-enlaceempleo.aspx.

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. BOE núm. 312, de 28 de diciembre de 2012, páginas 88050-88063.

[5] MIR PUIG, S.: Fundamentos de Derecho Penal y Teoría del delito, Editorial Reppertor, Barcelona, 2019, p. 11.

En este sentido, hay que destacar que el Derecho penal se considera como la continuación de un conjunto de sistemas de control social, cuya tarea consiste en socializar y educar para la convivencia a los individuos.

Las diferencias entre el sistema jurídico penal y otros sistemas de control social son más bien de tipo cuantitativo: el Derecho penal constituye un "*plus*" adicional en intensidad y gravedad de las sanciones y en el grado de formalización que su imposición y ejecución exige.

Vid. MUÑOZ CONDE, F.: Derecho penal y control social, Fundación Universitaria de Jerez, Jerez, 1985, p. 37: "*Dentro del control social la norma penal, el sistema jurídico penal, ocupa un lugar secundario, puramente confirmador y asegurador de otras instancias mucho más sutiles y eficaces. La norma penal no crea, en efecto, nuevos valores, ni constituye un sistema autónomo de motivación del comportamiento humano en sociedad. Es inimaginable un Derecho penal completamente desconectado de las demás instancias de control social*".

el medio más eficaz del que dispone el Estado para la protección de los ciudadanos. Lo cuál, a veces, genera una visión negativa hacia el Derecho penal, incluso, una actitud de tolerancia, aceptado como un "*mal menor*"; surgiendo, por ello, una conducta de alerta ante una expansión del mismo, prefiriendo el recurso a otros medios de control social que sean menos agresivos para los derechos de los ciudadanos.

En todo caso, y, a pesar de las reticencias, hay que reconocer que el sentido objetivo del Derecho penal se ha impuesto, y ha provocado la consideración de las normas penales como normas jurídicas que persiguen una serie de comportamientos sociales calificados como reprobables, acudiendo para lograrlo a la imposición de determinadas penas para el supuesto de que dichos comportamientos se realicen. De todos modos, el Derecho penal se caracteriza por diferenciar entre las sanciones más graves, es decir, aquellos comportamientos que merecen la imposición de una serie de penas y/o medidas de seguridad, destinadas a castigar los supuestos más peligrosos, y que merecen, por ello, la calificación jurídica de delitos.

Desde esta perspectiva objetiva, el Derecho penal se define como: "*un conjunto de normas jurídicas que definen determinadas conductas como delito y disponen la imposición de penas o medidas de seguridad a quienes lo cometen*"[6]. Es una definición que ha brotado de la doctrina clásica defendida por VON LISTZ[7], y que ha permitido la consideración del Derecho penal como ciencia.

A su vez, el Derecho penal como ciencia permite hablar de un conjunto sistemático de conocimientos jurídicos, que persiguen alcanzar la correcta comprensión de las normas penales, interpretar su contenido, obtener los principios inspiradores, y a partir de ello, ofrecer un sistema coherente que vertebre una Dogmática jurídico-penal.

En este sentido, este conjunto de conocimientos jurídicos que dota al Derecho penal de carácter científico, se distingue, en primer lugar, por su objeto determinado; es decir, el Derecho penal persigue aquellos comportamientos que debe evitar que se cometan por los ciudadanos. Pero, también, se especifica por el instrumento que utiliza para lograr dicha prevención, y, en su caso, para imponer una sanción a los ciudadanos que realicen

[6] BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. et al.: Curso de Derecho Penal: Parte General, Ediciones Experiencia, Barcelona, 2010, p. 30.

[7] VON LISZT, F.: Tratado de Derecho Penal, I, Biblioteca de autores españoles y extranjeros, 2ª edición, Madrid, 1999, p. 5. La obra citada traduce "*Verbrechen als Tatbestand*" como "crimen como hecho", pero, hoy es preferible traducir el término: "*Verbrechen*" como "delito", y el término: "*Tatbestand*" como "supuesto de hecho". Por otra parte, aunque la traducción del Tratado de von Liszt es muy posterior, la 1ª edición alemana es de 1881.

la conducta prohibida y calificada como delito: es decir, las penas[8], que son la intervención represiva más grave para los derechos y la libertad de los ciudadanos, y que, fundamentalmente, son: la pena de prisión y la multa. A estas penas, el Código Penal ha añadido las medidas de seguridad[9], que representan una serie de reacciones privativas, o, al menos, restrictivas de derechos, y que se aplican ante la peligrosidad criminal del sujeto autor del delito, bien, como complemento de la pena, o bien, como sustituto de ésta, en los casos delimitados en que algún sujeto autor sea total o parcialmente irresponsable.

La contemplación de dichos instrumentos específicos del Derecho penal, es decir, de las penas y de las medidas de seguridad, exige admitir que no se trata de un medio de control social más, sino que, representa un medio con una importancia tal, como para que el Estado se lo haya reservado en exclusiva. Y, en efecto, sólo se puede ejercer a través de lo prescrito en las propias normas penales[10], aprobadas con las debidas garantías por

[8] Las penas se caracterizan por dos rasgos esenciales: a) Por su vigor, ya que afecta los bienes más personales (la libertad, la vida, el patrimonio), y a su vez, tiene una mayor repercusión en sus efectos (antecedentes penales, desaprobación moral, deshonor, etc.); b) Se aplican a través de los órganos de justicia y mediante un proceso judicial. Lo cual, se considera como una garantía ante las graves sanciones que representan estas penas. Vid. ANTÓN ONECA, J.: La prevención general y la prevención especial en la teoría de la pena: discurso leído en la apertura del curso académico de 1944 a 1945, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1944, http://hdl.handle.net/10366/115904; BOIX REIG, J.: Significación especial del artículo 25.2 de la Constitución, Escritos Penales, Universidad de Valencia, Valencia, 1979; CID MOLINÉ, J.: Jueces penales y penas en España. Aplicación de las penas alternativas a la privación de libertad en los Juzgados de lo Penal, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009; GARCÍA VALDÉS, C.: Introducción a la penología, 2ª edición, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1982; LANDROVE DÍAZ, G.: Prisión y sustitutivos penales, en G. QUINTERO OLIVARES y F. MORALES PRATS (coords.), El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz, Aranzadi, Pamplona, 2001, pp. 425-436; MAPELLI CAFFARENA, B. y TERRADILLOS BASOCO, J.: Las consecuencias jurídicas del delito, 3ª edición, Civitas, Madrid, 1996; MUÑOZ CONDE, F.: Algunas reflexiones sobre la pena de prisión perpetua y otras sanciones similares a ella, en J. G. FERNÁNDEZ TERUELO, M. M. GONZÁLEZ TASCÓN y S. V. VILLA SIEIRO (coords), Estudios penales en homenaje al profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes, Constitutio Criminalis Carolina, Oviedo, 2013, pp. 447-458; NAVARRO VILLANUEVA, M. C.: Ejecución de la pena privativa de libertad. Garantías procesales, Bosch, Barcelona, 2002; QUINTERO OLIVARES, G.: Determinación de la pena y política criminal, Cuadernos de Política Criminal núm. 4, 1978, pp. 49 y ss.; GONZÁLEZ CAMPO, E. y ZÁRATE CONDE, A.: Derecho penal. Parte general, La Ley, Madrid, 2015.

[9] Sobre las medidas de seguridad: Vid. ALONSO RIMO, A.: Medidas de seguridad y proporcionalidad con el hecho cometido: a propósito de la peligrosa expansión del derecho penal de la peligrosidad, Estudios Penales y Criminológicos nº 29, 2009, pp. 107-140; CHOCLÁN MONTALVO, J. A.: Las medidas de seguridad y corrección en el nuevo CP, Poder Judicial nº 43-44, 1996, pp. 85-118; JORGE BARREIRO, A.: Reflexiones sobre la problemática actual y el futuro de las medidas de seguridad criminales: su regulación en el Derecho penal español y en el Derecho comparado, en D.-M. LUZÓN PEÑA, Derecho penal del Estado Social y Democrático de Derecho, La Ley, Madrid, 2010, pp. 599-660; DE LAMO RUBIO, J.: Penas y medidas de seguridad en el nuevo Código Penal, Bosch, Barcelona, 1999; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E.: Las medidas de seguridad con arreglo al Código Penal: carácter, presupuestos y límites, Revista del Poder Judicial nº 60, 2000, pp. 107-136; y POLAINO NAVARRETE, M. y POLAINO-ORTS, M.: ¿Medidas de seguridad "inocuizadoras" para delincuentes peligrosos? Reflexiones sobre su discutida constitucionalidad y sobre su fundamento y clases de las medidas de seguridad, Actualidad Penal nº 38, 2001, pp. 897 y ss.

[10] Cfr. MIR PUIG, S.: Derecho penal. Parte General, Editorial Reppertor, 10ª edición, Barcelona, 2015, p. 42.

los representantes legítimos del pueblo[11], y aplicables a través de un proceso judicial[12].

En definitiva, estas son las características que han conformado la concepción del Derecho penal en un sentido objetivo. Y que, a la vez, caracterizan al mismo con el rasgo jurídico y formalizado; con la oportuna exigencia de que el legislador determine con claridad tanto los delitos como las penas y/o medidas de seguridad que deben sufrir quienes realicen esos comportamientos típicos[13]. Y este es el fenómeno que también determina al Derecho penal de la Seguridad Social, en el sentido objetivo; que asiste, sobre todo, a partir de la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, a un tratamiento específico tanto de los delitos de fraude a la Seguridad Social como de las propias penas que se deben imponer a los posibles sujetos autores.

2. El Derecho penal de la Seguridad Social y el Derecho administrativo

Como ya he adelantado en el apartado anterior, el Derecho penal no es el único medio de control social; pero, es que, no es ni siquiera el único medio que se ejerce a través de unas normas jurídicas que imponen unas sanciones formalizadas[14]. Surge, por tanto, en este momento, la cuestión relevante sobre la relación entre el Derecho penal de la Seguridad Social y el Derecho administrativo sancionador.

Hay que reconocer, en primer lugar, y como punto de partida, que la convivencia de dos órdenes sancionadores resulta siempre problemática, y, a la vez, genera duplicidades difíciles de resolver. Pero, además, en el ámbito correspondiente de la relación entre el Derecho penal de la Seguridad Social y el Derecho administrativo, y

[11] Por ello, el artículo 81 de la Constitución exige el rango de ley orgánica -y no sólo de ley formal- para el establecimiento de, por lo menos, la mayoría de las penas. El artículo 81 CE no se refiere expresamente al Derecho penal, pero alcanza a éste su declaración de que: "*Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas*". Según el artículo 81.2 CE: "*La aprobación, modificación o derogación de las leyes orgánicas exigirá mayoría absoluta del Congreso, en una votación final sobre el conjunto del proyecto*".

[12] Vid. BARONA VILAR, S. y GÓMEZ COLOMER, J. L. (coords.): Proceso Penal. Derecho Procesal III, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021; NIEVA FENOLL, J.: Derecho Procesal III. Proceso Penal, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019; MARTÍN RÍOS, M. P., PÉREZ MARÍN, Mª. Ángeles y MARTÍN OSTOS, J.: Materiales de Derecho Procesal. Tomo III. Proceso penal, Tecnos, Madrid, 2011.

[13] Es lo que la doctrina denomina como principio de legalidad penal.

La Constitución se refiere expresamente al principio de legalidad del Derecho penal en su artículo 25.1: "*Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento*".

[14] La sanción es la consecuencia derivada de la infracción de una norma. En cambio, la pena es el recurso que utiliza el Estado para reaccionar frente al delito, expresándose como la: "*restricción de derechos del responsable*". Puede que ambos términos se confundan, porque en sí, son similares. En efecto, la pena se puede definir como la sanción que produce la pérdida o restricción de derechos personales de un sujeto hallado responsable de la comisión de una conducta punible. Pero aunque se puedan usar como sinónimos, la pena es propia del ámbito del Derecho penal.

sobre todo, a partir de las últimas reformas legales, se ha vuelto todavía más complicada, y en ciertos casos, origina una elevada conflictividad ante los casos concretos.

En efecto, la tendencia política y criminal del legislador penal en estos últimos años ha estimulado un incremento importante, incluso, exagerado, de la prescripción de los ilícitos penales en el ámbito propio de la Seguridad Social; lo que, ha provocado la intervención punitiva en ámbitos que, hasta entonces, estaban reservados de forma única y exclusiva al Derecho administrativo, es decir, a las infracciones y sanciones propias del Derecho administrativo. En el fondo, y según apoyan autores, como NAVARRO CARDOSO, estamos asistiendo a dos manifestaciones de un sistema jurídico sancionador que debe ser único, y que persigue ejercer el control social ante ciertos comportamientos delictivos, a través de la prevención y de la sanción, y, en todo caso, garantizando los derechos fundamentales de los ciudadanos y el sostenimiento del Estado[15].

En todo caso, conviene insistir en la trascendental, y no siempre, fácil, relación que surge entre el Derecho penal de la Seguridad Social y el Derecho administrativo, que constituye un tema muy delicado. Y es que, por una parte, esta duplicidad de órdenes sancionadores ha supuesto la quiebra del principio de subsidiariedad, por esta inflación del Derecho penal; y también, ha supuesto la crisis del principio de ofensividad, por esta protección de bienes con un carácter formal. En consecuencia, esta hipertrofia sancionadora, me obliga a procurar fijar los límites entre los dos órdenes sancionadores; aunque, son unos límites poco nítidos, y exigen tener que profundizar ante la vigencia de este doble orden.

En primer lugar, y como es reconocido, la Administración de la Seguridad Social posee una potestad sancionadora a aplicar en dos ámbitos concretos: el disciplinario y el gubernativo. A través del primero, esta Administración puede imponer unas sanciones concretas a aquellas personas que se hallan vinculadas con ella, es decir, a aquellas personas que se hallan en una relación de sujeción especial, bien con un carácter permanente, o con un carácter transitorio. Y a través del segundo, esta Administración puede imponer unas sanciones concretas a los administrados en general, y con la finalidad

[15] Cfr. NAVARRO CARDOSO, F.: Infracción administrativa y delito: límites a la intervención del Derecho penal, Ed. Colex/Universidad de las Palmas de Gran Canaria, Madrid, 2001, p. 24; y FERRÉ OLIVÉ, J. C.: Tratado de los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 145-167.

de garantizar el cumplimiento de unos fines públicos, como, por ejemplo, el sostenimiento de las pensiones públicas.

Pero esta dualidad sancionadora tiene la mayor trascendencia en la coexistencia de dos tipos de consecuencias jurídicas: las sanciones y las penas; que, reclaman una delimitación rigurosa. En todo caso, el primer problema comienza porque no hay una definición legal de la pena (en efecto, el art. 34 CP sólo ofrece una delimitación negativa, al señalar que: "*no se reputarán penas*" algunas sanciones y privaciones, o restricciones de derechos). En todo caso, se ha identificado siempre la pena como la consecuencia jurídica vinculada a la comisión de un delito, y que, sigue siendo la sanción principal con la que cuenta nuestro Derecho penal, y, la sanción caracterizada por su mayor gravedad para los derechos del sujeto autor[16].

La justificación de la mayor gravedad de las penas frentes a las sanciones se ha justificado por tres razones: 1) La importancia de los bienes jurídicos que protegen las normas penales; 2) La trascendencia de la intervención sobre esos bienes jurídicos; 3) El efecto estigmatizante de las penas respecto a las sanciones[17].

[16] En ocasiones, se utiliza la expresión sanciones para referirse también a las penas, pero conviene realizar alguna precisión, y tener en cuenta, cuando nos referimos propiamente a la sanción penal, frente a la sanción administrativa.

Por un lado, en cuanto a la severidad de las sanciones, el sistema de infracciones y sanciones típicamente administrativas no guarda relación con las penas, ya que, en estas materias, el sistema penal, de acuerdo con los principios limitadores del *ius puniendi*, antes de recurrir a penas privativas de libertad, ante injustos no graves, lo hace a la multa. Ésta suele quedar diluida en cuantías de relevancia menor, sobre la base de conformidades y acuerdos que ponen fin al procedimiento penal sin la celebración del juicio oral. En definitiva, es frecuente encontrar mayor contundencia, e incluso eficacia, en las sanciones pecuniarias propiamente administrativas, que en las penas.

Y por otro lado, esta duplicidad valorativa entre los sistemas administrativo y penal supone que, en ocasiones, se pueden criminalizar penalmente conductas que, en cambio, en el ámbito administrativo no son merecedoras de sanción. Así, por ejemplo, la sanción penal prevista sin, una equivalente responsabilidad administrativa, cuando se aprecian insolvencias contra la Seguridad Social, en la fase de recaudación (artículos 257.3 y 259 bis 3 CP).

Por lo tanto, conviene utilizar los términos con precisión y distinguir entre sanciones administrativas y penas propiamente dichas.

[17] Hay que recordar que han sido muchos los intentos previos que han tratado de explicar el por qué de la mayor gravedad de la pena; de modo clásico, uno de los más conocidos es el que ofreció el filósofo británico H. L. A. HART, que ofreció cinco criterios: 1) Tiene que acarrear un dolor u otras consecuencias consideradas dolorosas; 2) Tiene que aplicarse ante la violación de unas normas penales; 3) Tiene que aplicarse al culpable, sea real o supuesto, ante la violación realizada; 4) Tiene que infligirse de modo intencional por órganos distintos del culpable; 5) Tiene que ser impuesto y administrado por una autoridad constituida con poder por el sistema jurídico. Vid. HART, H. L. A.: Introducción a los principios de la pena, trad. de J. BETEGÓN y J. R. DE PÁRAMO, Derecho y moral. Ensayos analíticos, Ariel, Barcelona, 1990, p. 165 y ss.

Dentro de las penas, que nuestro vigente Código Penal reconoce, es evidente que la pena privativa de libertad es la pena por excelencia[18], siendo una pena que, en cambio, le está vedada a la Administración en virtud del art. 25.3 de la Constitución[19]. En cambio, la multa es una sanción pecuniaria que es común también al ámbito del Derecho administrativo[20].

En todo caso, y a pesar de esa convergencia entre los dos órdenes sancionadores, e incluso, que, en ciertos casos, la multa administrativa pueda ser más elevada que la multa penal; ésta segunda acarrea un efecto social con unas consecuencias más negativas, es decir, al imponerse en un proceso penal, ello comporta un efecto peyorativo en el ámbito público, que le hace más perjudicial para el sujeto condenado.

Es muy importante el respeto de estas características propias de la pena frente a la sanción, que salvaguardan principio de subsidiariedad del Derecho penal. Es decir, hay que destacar que el Estado sólo debe acudir a la pena, cuando las otras sanciones fracasan en la contención y en la represión del comportamiento ilícito. Por tanto, el Derecho penal se constituye como la *ultima ratio* del ordenamiento jurídico. Una quiebra de dicho principio provocaría una alteración muy peligrosa de los mecanismos de control social del Estado. Además, dicha situación provocaría un menoscabo muy peligroso de las garantías que derivan del Estado de Derecho.

Esta duplicidad de consecuencias jurídicas ante los comportamientos fraudulentos del sujeto, obliga a reconocer la potestad originaria de la Administración que puede imponer sanciones en el ámbito del Derecho administrativo, y no, sin embargo, en el

[18] Entre las penas privativas de libertad contenidas en el Código Penal debemos diferenciar la pena de prisión permanente revisable, la pena de prisión, la pena de localización permanente y la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa. En todas ellas queda afectado el derecho fundamental a la libertad reconocido en el art. 17 CE.

[19] En todo caso, hay que tener en cuenta la excepción, aunque no sea exactamente sobre lo mismo, prevista en el artículo 55 CE sobre suspensión de derechos por las autoridades gubernativas.

El apartado 1 se refiere a la suspensión general de derechos y libertades, y contempla las tres cuestiones: supuestos de hecho que la hacen posible, derechos y libertades que pueden ser suspendidos y efectos de dicha suspensión. Y el apartado 2 contempla la posibilidad de que, sin necesidad de proceder a la declaración de los estados de excepción o sitio, se suspendan ciertos derechos y libertades: "*para personas determinadas en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas*".

[20] Conforme al Código Penal existen dos modalidades de multa como sanción penal: el sistema de días-multa y el sistema de multa proporcional. El primero de ellos constituye el modelo principal, al afirmar el art. 50.2 CP que: "*La pena de multa se impondrá, salvo que la ley disponga otra cosa, por el sistema de días-multa*". La multa proporcional, actúa, por lo tanto, como modelo residual, imponiéndose: "*cuando el Código así lo determine*" (art. 52.1 CP). La multa proporcional está prevista para infracciones como los delitos contra la Seguridad Social (art. 307 CP), en los que la multa se impone atendiendo a factores como el daño causado, el valor del objeto del delito o el beneficio reportado por la infracción.

ámbito del Derecho penal. Y, por otro lado, el Derecho penal de la Seguridad Social establece las penas y las medidas de seguridad, que se deben imponer según el art. 1 de la LECrim a través de un proceso judicial. La decisión sobre qué pena o sanción se debe establecer a través de una u otra rama del ordenamiento jurídico, corresponde en exclusiva al legislador. Una decisión que debe estar cimentada en la mayor gravedad de la afección a los bienes jurídicos, y en el mayor desvalor de la acción[21], como ya he adelantado antes. Por tanto, el Derecho penal ha de ser el último recurso del ordenamiento jurídico, frente a aquellos medios de control social que se revelan como incapaces para evitar esos comportamientos fraudulentos.

Es evidente que una dificultad fundamental por la coexistencia de las penas y las sanciones administrativas radica en la posibilidad de sancionar un mismo hecho con ambas clases de sanciones. Es un problema del que se ha hecho eco la doctrina, sobre todo, la más reciente. Así, el profesor MIR PUIG[22] sostiene, analizando la jurisprudencia reciente, que: "*Aunque tal posibilidad se había previsto en nuestro Derecho, el Tribunal Constitucional ha proclamado el principio contrario de non bis in ídem, como íntimamente unido a los principios de legalidad y tipicidad recogidos principalmente en el artículo 35 de la Constitución*"[23]. La STC de 3 de octubre de 1983[24] confirmó este criterio, y ha insistido en la imposibilidad de que la Administración practique actuaciones dirigidas a sancionar hechos constitutivos de delito, y de que efectúe un enjuiciamiento de los hechos distinto al realizado por un Juez o por un Tribunal. La STC 177/1999, de 11 de octubre[25], estableció también que no es posible que el Juez penal castigue una conducta ya sancionada por la Administración; pero, en cambio, la STC (Pleno) 2/2003,

[21] En principio, los ilícitos penales y los ilícitos administrativos se distinguen en razón de su gravedad, con la consecuencia de que la utilización del recurso más grave, el Derecho penal, debe reducirse al ámbito estrictamente imprescindible para el mantenimiento del orden social.

En este sentido: Vid. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. et al. (2010): Curso de Derecho Penal: Parte General, Ediciones Experiencia, Barcelona, p. 44: "*La integración de una conducta en uno u otro Ordenamiento en función de razones de coyuntura histórica, es decir, el carácter móvil del límite de intervención del Derecho penal, constituye un argumento irrefutable en pro de la diferenciación meramente cuantitativa entre uno y otro ilícito*".

Pero a este principio de la gravedad, deben añadirse los principios penales derivados de la Constitución (artículos 9.3. 24 y 25.1), y elaborados por la doctrina constitucional.

[22] Vid. MIR PUIG, S., Derecho penal. Parte General, Editorial Reppertor, 10ª edición, Barcelona, 2015, pp. 43-44.

[23] STC 229/2003 Pleno de 18 de diciembre, [ECLI:ES:TC:2003:229]; STC 188/2005 Pleno de 7 de julio, [ECLI:ES:TC:2005:118]; STS 784/2006 de 28 de junio, [ECLI:ES:TS:2006:4587]; STS 228/2007 de 14 de marzo, [ECLI:ES:TS:2007:1984]; STS 487/2007 de 29 de mayo, [ECLI:ES:TS:2007:3928].

En contra, la STS 380/2003 de 22 de diciembre, [ECLI:ES:TS:2003:8379].

[24] STC de 3 de octubre de 1983, [ECLI:ES:TC:1983:77].

[25] STC 177/1999, de 11 de octubre, [ECLI:ES:TC:1999:177].

de 16 de enero[26], cambió de criterio y sostuvo la tesis, creo que más correcta, de que en caso de producirse antes una sanción administrativa, ésta no impedirá una pena posterior, sino que, deberá sustituirse una por otra. Sin embargo, la STC 159/1985, 27 de noviembre[27], precisó que el principio *non bis in ídem* no siempre imposibilita la sanción de unos mismos hechos por autoridades de distinto orden, y que los contemplen, por tanto, desde una perspectiva diferente[28].

Hasta aquí, he ofrecido una reflexión sobre el Derecho penal desde el punto de vista objetivo, es decir, como aquel conjunto de normas que asocian los efectos jurídicos de pena y de medida de seguridad, al presupuesto constituido por la realización de un delito; y a la vez, he procurado fijar la diferencia respecto al Derecho administrativo.

3. Origen subjetivo del Derecho penal de la Seguridad Social

Desde el punto de vista subjetivo, hay que reconocer al Derecho penal o *ius puniendi* como esa facultad del Estado para definir delitos, conminar penas, y, a la vez, poder aplicarlas. Por tanto, en esta segunda perspectiva, el Derecho penal es ese derecho que corresponde al Estado de crear y aplicar el Derecho penal objetivo. En cualquier caso, el Derecho penal subjetivo siempre está limitado por el Derecho penal objetivo; porque el Estado sólo puede definir delitos, e imponer penas, en la medida, y con los límites que las normas penales así se lo permitan.

Conviene, ahora, y a pesar del riesgo que supone circunscribir en un concepto, ofrecer una definición del Derecho penal que comprenda las características del mismo, desde la perspectiva objetiva y subjetiva. Así, y siguiendo la tendencia jurídica que surgió hace más de un siglo, se ha hecho clásica la definición que ofreció VON LISZT, y que retomo de nuevo: "*Derecho penal es el conjunto de reglas establecidas por el Estado, que asocian al delito, como supuesto de hecho, a la pena, como legítima consecuencia*"[29].

[26] STC (Pleno) 2/2003, de 16 de enero, [ECLI:ES:TC:2003:2].

[27] STC 159/1985, 27 de noviembre, [ECLI:ES:TC:1985:159].

[28] Y continúa el catedrático: MIR PUIG, S.: Derecho penal. Parte General, Editorial Reppertor, 10ª edición, Barcelona, 2015, p. 44: "*La STC 112/1990, de 18 de junio, [ECLI:ES:TC:1990:112], recoge la doctrina del Tribunal Constitucional que admite la "doble sanción penal y administrativa en los casos en que concurre una relación de sujeción especial (como ocurre en las sanciones disciplinarias a funcionarios) y el fundamento de ambas sanciones no es coincidente*".

[29] VON LISZT, F.: Tratado de Derecho Penal, I, Biblioteca de autores españoles y extranjeros, 2ª edición, Madrid, 1999, p. 5.

De todos modos, esta definición debe ser enriquecida[30], porque durante el siglo XX se han ido prescribiendo las medidas de seguridad. Y, además, porque el Derecho penal no se reduce a prescribir unas normas que asocien las penas y las medidas de seguridad a los delitos; sino que, además, ofrece unas normas con un carácter típicamente preventivo. Y, en último término, el Derecho penal está integrado por unos valores y principios, que superan la condición de meras normas en su sentido positivo.

Por las razones expuestas, creo que debe ofrecerse una definición de Derecho penal más completa, y que comprenda las cuestiones expuestas: "*Derecho penal como el conjunto de normas, valores y principios, que prohíben y desvaloran la comisión de ciertos delitos y asocian a éstos, la imposición de determinadas penas y/o medidas de seguridad, como consecuencias jurídicas*"[31]. Sin olvidar, además, que el Código Penal prescribe ciertas consecuencias accesorias diferentes de las penas y de las medidas de seguridad (Título VI del Libro I CP), como son el decomiso de los bienes y el decomiso de las ganancias procedentes del delito[32]. Y sin ignorar, la tercera consecuencia jurídica, es decir, la responsabilidad civil del delito[33].

---

[30] Cfr. MIR PUIG, S.: Derecho penal. Parte General, Editorial Reppertor, 10ª edición, Barcelona, 2015, p. 45.

[31] *Ibídem*, pp. 47-48.

[32] Sobre el decomiso: Vid. CEREZO DOMÍNGUEZ, A. I.: Comiso, en ORTIZ DE URBINA (coord.), Memento Experto Reforma Penal, Ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2010, pp. 691-720; DÍAZ CABILE, J. A.: El decomiso tras las reformas del Código Penal y Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2015, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología nº 18-10, 2016, en http://criminet.ugr.es/recpc; MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M.: Derecho Penal, parte general, 10ª Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 670-671; GARRIDO CARRILLO, F. J.: El Decomiso: innovaciones, limitaciones y deficiencias en su regulación sustantiva y procesal, Dykinson, 2019; y ETXEBARRIA ZARRABEITIA, X., ECHARRI CASI, F. J. y CASTAÑÓN ÁLVAREZ, M. J.: Práctica procesal penal, Dykinson, Madrid, 2020, pp. 66-73.

[33] La comisión de un delito puede provocar un daño patrimonial y/o moral en la víctima u otros perjudicados. Mediante la pena no se resarce al perjudicado por dicho daño; para ello, se prevé la responsabilidad civil. El autor del delito debe reparar el daño económico producido o indemnizar los perjuicios mediante el pago de una cantidad. Surge la cuestión a nivel doctrinal sobre si, ¿la norma correspondiente a la responsabilidad civil derivada de delito es de naturaleza penal?

Como sostiene el catedrático: MIR PUIG, S.: Derecho penal. Parte General, Editorial Reppertor, 10ª edición, Barcelona, 2015, p. 48: "*En la mayoría de las legislaciones la responsabilidad civil se regula por leyes civiles ajenas al Código Penal, y su imposición tiene lugar en un proceso civil distinto del penal. En Derecho español, en cambio, sucede lo contrario: el Código Penal regula la responsabilidad civil derivada de delito y éste se ventila en el mismo proceso penal (v. artículos 108 a 117 LECrim). Ello resultaría coherente con la consideración de la responsabilidad civil como ese tercer instrumento de política criminal*".

A este respecto, vid. ANTÓN ONECA, en ANTÓN ONECA, J. y RODRÍGUEZ MUÑOZ, J. A.: Derecho penal, I, Madrid, Editorial Akal, 2ª edición, 1986, p. 608.

Sin embargo, la utilización político-criminal de la responsabilidad civil derivada de delito, que resulta conveniente, no ha de oscurecer la naturaleza conceptual de esta clase de responsabilidad. Se trata, como su nombre indica, de una responsabilidad de carácter civil. Aunque el Código civil remite en su artículo 1092 al Código Penal para su regulación, lo hace tras haberla enumerado entre las obligaciones civiles (artículo 1089 CC). De hecho, es preciso recurrir constantemente a los preceptos del Derecho civil para

Conviene reconocer, además, que el Código Penal recompensa al sujeto infractor, si éste reconoce y paga en su totalidad la deuda contraída con la Seguridad Social, bien con la exención de la pena, si con posterioridad a la comisión del delito regulariza su situación con la Seguridad Social (apartado 3 del art. 307 CP); o bien, con la atenuación de la pena (apartado 5 del art. 307 CP). Por tanto, el Derecho penal de la Seguridad Social ha promovido una doctrina que defiende la reparación del daño causado como una de las exigencias propias de la protección de la víctima, a través del reconocimiento y del derecho a una adecuada satisfacción; y no sólo, por medio del castigo al infractor[34].

En efecto, el apartado 3 del art. 307 CP prescribe los requisitos para considerar eficaz la regularización. Así, se exime de pena a las personas obligadas que habiendo defraudado a la Seguridad Social, reconozcan completamente la deuda, y paguen ésta en su totalidad en un período de tiempo determinado. Y por otro lado, el apartado 5 del mismo artículo, concede la atenuación de la pena, que consiste en la facultad judicial de imponer una pena inferior en uno o dos grados, si, antes del transcurso de los dos meses desde la citación judicial como investigado, el sujeto obligado frente a la Seguridad Social o autor del delito satisface la totalidad de la deuda con la Seguridad Social y reconoce los hechos. Esta atenuación de la pena, de carácter potestativo, también entra en juego cuando ya no es posible la regularización, por no cumplir el requisito temporal[35].

---

llenar las numerosas lagunas de la regulación del Código Penal. Vid. MIR PUIG, S.: Derecho penal. Parte General, Editorial Reppertor, 10ª edición, Barcelona, 2015, pp. 48-49.

La diferencia de naturaleza de la responsabilidad penal y la civil derivada de delito se ve confirmada si se compara el sentido de ambas. La pena se prevé como consecuencia de la infracción de la norma que prohíbe penalmente realizar el delito; en cambio, la responsabilidad civil derivada de delito no exige, necesariamente, la infracción de la norma que prohíbe delinquir, es más conveniente verla como la reparación de un daño, que trata de restablecer la situación alterada por el daño. *Ibídem*, p. 51: "*Ello no obsta -como antes he señalado- a que pueda resultar oportuno contemplar la responsabilidad civil desde el prisma de los intereses de la Política Criminal, como un arma civil a utilizar en el tratamiento del delito*".

[34] Cfr. MIR PUIG, S.: Fundamentos de Derecho Penal y Teoría del delito, Editorial Reppertor, Barcelona, 2019, p. 49.

Cfr. ESER, A.: Acerca del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal, en A. ESER et al., De los delitos y de las víctimas, Buenos Aires, (traducción de F. O. GUARIGLIA y F. J. CÓRDOBA), 1992, pp. 15 y ss.; y ROXIN, C.: La reparación en el sistema jurídico-penal de sanciones, en: VV.AA., Jornadas sobre la reforma del Derecho penal en Alemania, Cuadernos del CGPJ, 1991, pp. 19-30.

[35] La reforma operada por la LO 7/2012 ha incorporado en el apartado 5 del artículo 307, un subtipo atenuado, sin precedentes en nuestra legislación penal. El Consejo Fiscal en su Informe al Anteproyecto consideró acertada la inclusión al incentivar al infractor a reparar el perjuicio económico causado y otros posteriores mediante la colaboración para el esclarecimiento de los hechos. Es una atenuación que se expresa en similares términos a los expresados en el artículo 305.6 CP, y que ha encontrado gran acogida en la jurisprudencia (entre otras, Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, núm. 140/2019, de 18 de enero o la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, núm. 195/2017, de 21 de marzo). Sin embargo, este nuevo apartado 5 ha sido objeto de duras críticas por la doctrina, destacando los autores: TERRADILLOS BASOCO, J. y BOZA MARTÍNEZ, D.: El Derecho penal aplicable a las relaciones laborales, Ed. Bomarzo, Albacete, 2017, p. 174, que la consideran falta de justificación.

Igualmente, en ciertos casos, el que resultare finalmente condenado en el proceso judicial, si abonase la deuda a la Seguridad Social o, al menos, se comprometiese a ello, podrá beneficiarse de la *suspensión de la ejecución de la pena* (artículo 308 bis CP). Para ello, deben concurrir los requisitos previstos en el régimen general de suspensión de la ejecución de penas privativas de libertad (capítulo III, del Título III, del Libro I); como además, otros requisitos complementarios descritos en el artículo anterior: es decir, el penado debe abonar la deuda con la Seguridad Social, y ese requisito se entenderá cumplido cuando el penado asuma el compromiso de satisfacer la deuda frente a la Seguridad Social, y las responsabilidades civiles de acuerdo a la capacidad económica, y de facilitar el decomiso acordado (v. artículos 127 a 129 bis CP), y sea razonable esperar que el mismo será cumplido. Y se exige como complemento necesario el deber de veracidad de dicha promesa.

Una vez que he contemplado el Derecho penal en sus dos dimensiones, objetiva y subjetiva, y visto también el objeto y el contenido, conviene abarcar ahora la cuestión relativa a la función. Es pacíficamente admitido por la doctrina que el Derecho penal es un medio de control social, pero, con un carácter formalizado y jurídico; ahora bien, su función propia es la protección de unos bienes fundamentales para la sociedad, y que, son tales, porque por ellos mismos, o, porque están protegidos por otra norma jurídica, deben ser calificados como bienes jurídicos[36].

[36] Cfr. LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A.: Manual de Introducción al Derecho Penal, BOE, Madrid, 2019, p. 34.

A pesar de las diversas propuestas de definición del bien jurídico, tradicionalmente se ha entendido que éste cumple con dos funciones básicas: una función dogmática y otra función crítica.

La función dogmática alude al concepto como el objeto efectivamente protegido por la norma penal. Es un criterio de orientación interpretativa, un elemento dogmático que se articula dentro de la estructura del delito. "*En sentido formal, bien jurídico es el fin de protección de la norma legal (ratio legis), cualquier que sea. Un fin así lo tiene toda norma por el hecho de existir con cierta pretensión de racionalidad (las leyes se dictan siempre para algo) y, más aún, lo crea la propia norma al ser expedida. [...] A este concepto abstracto se llega por el camino de inferir los elementos comunes a los especiales fines de protección de las distintas figuras delictivas. Con esta noción positivista, la teoría del bien jurídico carece de importancia y la gramática dona las reglas supremas de la interpretación jurídica. Con esta concepción, el bien jurídico sólo cumple –precariamente- la "función clasificatoria" de los delitos de la parte especial, pero no impone ninguna delimitación y por tanto no envuelve ningún criterio de legitimación*": CARRASQUILLA FERNÁNDEZ, J.: Derecho penal fundamental, Volumen I, Ibáñez, Bogotá, 1982, p. 87.

Por otro lado, la función crítica o externa, implica abordar el concepto como criterio deslegitimador de supuestos de penalización donde no existe bien jurídico protegido. La función crítica o político criminal se concibe entonces como: "*una función legitimadora, que en cierto modo legitima el Derecho penal desde 'fuera'*" o que también deslegitima, con ocasión de la forma con que se aborde: JIMÉNEZ MEJÍA, D.: La crisis de la noción material de bien jurídico en el derecho penal del riesgo, Nuevo Foro Penal nº 82, enero-junio, Universidad EAFIT, pp. 134-162, 2014, p. 143).

Por otra parte, la noción del bien jurídico implica configurar el objeto protegido por la ley penal a partir del objeto valorado y no desde la valoración del objeto.

Ahora bien, la cuestión que se plantea en este momento es qué tipo de bienes jurídicos debe proteger el Derecho penal; porque es evidente que no protege todos los bienes jurídicos, ni contra cualquier violación a los mismos. La solución final a esta cuestión no se alcanza sin acudir al valor de la justicia, es decir, sin acudir al criterio de legitimidad que inspira el Derecho penal[37].

En la actualidad, y superados los dramáticos ejemplos que la historia ofrece de unos Estados totalitarios, el alcance de esos bienes jurídicos se reconoce a partir del modelo democrático y constitucional que caracteriza a nuestro Estado. En su virtud, hay que convenir que los bienes jurídicos deben ser decididos por los representantes legítimos del pueblo, que, a su vez, deben perseguir el respeto de los valores constitucionales. Esto ya fue reconocido por HORMAZÁBAL, que estableció que el concepto de bien jurídico se obtiene a partir de una noción concreta del poder político o a partir de una teoría política. Por lo tanto, se trata de un problema doctrinal, es decir, un problema que sólo puede ser resuelto a partir de los rasgos típicos que definen al Estado democrático.

Y bajo esta premisa, ese autor ha perseguido alcanzar el sustrato material dentro del proceso de conceptualización del bien jurídico, utilizando, para conseguirlo, aquellas necesidades típicamente humanas que deben orientar al legislador sobre los fines a proteger; evitando, en todo momento, la desfiguración de tal proceso, o la confusión sobre las verdaderas necesidades del hombre, sobre todo, cuando se confunden con el deseo de poder, con el egoísmo, con la ambición, con la codicia, o con la riqueza. Por todo ello, la

El enfoque parte desde un sustrato material, lesionable, que es el fundamento fáctico o real del bien jurídico. Y, por tanto, abre paso a una noción material del bien jurídico: Cfr. HORMAZÁBAL MALAREE, H.: Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho. El objeto protegido por la norma penal, Editorial Jurídica ConoSur, 2ª edición, Santiago de Chile, 1992. Pero esta noción también fue puesta en cuestión ante el Derecho penal del riesgo.

En todo caso, el bien jurídico es un mandato de criminalización y también de deslegitimación, de límite a la política criminal y de intervención penal. Y, por ello, es una noción nada fácil y tampoco pacífica en la doctrina.

[37] LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A.: Manual de Introducción al Derecho Penal, BOE, Madrid, 2019, pp. 34-35: "*Los bienes jurídicos pueden aparecer en la vida real de las más diferentes formas: como objeto psicofísico (la vida, la integridad física), o espiritual-ideal (el honor), como estado real (la paz del hogar), o como relación social (el matrimonio), o como relación jurídica (la propiedad), o como conducta de un tercero (deber de fidelidad del funcionario público, protegido frente al cohecho). La suma de los bienes jurídicos constituye el orden social creado y protegido por el Derecho. Es necesario advertir que el bien jurídico es algo objetivo que reside en las cosas. No es el ordenamiento jurídico quien crea los intereses sino la vida. La tutela jurídica transforma los intereses de la vida en intereses jurídicamente protegidos y, así, en bienes jurídicos*".

solución se encuentra en el Estado democrático[38], entendido como aquel modelo que promueve la participación ciudadana y el control del poder político.

4. El modelo constitucional del Derecho penal de la Seguridad Social

Aunque la naturaleza del Derecho penal puede ser comprendida desde varios modelos, el recurso al modelo del Estado Social y Democrático de Derecho, conlleva reconocer al Derecho penal como aquel medio de control social que debe garantizar la protección de los ciudadanos, es decir, una finalidad típicamente preventiva, y para lograrlo, debe dirigirse, en concreto, a la prevención de los delitos[39], entendidos como aquellos comportamientos que la sociedad considera como dañosos para los bienes jurídicos[40]. Ello exige que la función preventiva sea uno de los fines del Derecho penal.

---

[38] Cfr. HORMAZÁBAL MALAREE, H.: Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho. El objeto protegido por la norma penal, Editorial Jurídica ConoSur, 2ª edición, Santiago de Chile, 1992, p. III.

[39] El delito es una de las formas en que se manifiesta la infracción jurídica, es decir, una de las formas de infracción de los preceptos contenidos en las normas penales. Aunque, no toda infracción constituye delito, sino sólo aquél que ha sido determinado por la norma. El criterio que orienta a la norma para distinguir el delito de otra infracción legal es del grado de intolerancia y rechazo de la misma. Es decir, el delito representa la infracción más grave e intolerable para la sociedad en general.

Una profunda reflexión sobre los elementos que debe reunir el delito a partir de ciertos valores ínsitos es lo que ha dado lugar a la definición analítica del delito como acción típica, antijurídica y culpable. Es precisamente, la teoría general del delito la que procura ofrecer una definición completa del mismo, y sobre todo, ofrecer sus implicaciones.

[40] BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.: El delito de lesiones, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1982, p. 37: "*El traslado al campo penal de la obligación que el artículo 9.º, 2 (de la Constitución) impone a los poderes públicos de "promover" y "remover" los obstáculos que impidan "que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivos" supone la obligación de prevenir la comisión de hechos delictivos incidiendo sobre la generalidad, esto es, se exige constitucionalmente que la prevención general sea uno de los fines perseguidos por la sanción penal*".

Sobre la finalidad de la pena en el Derecho penal y la prevención general: Cfr. MIR PUIG, S.: La función de la pena y teoría del delito en el Estado Social y Democrático de Derecho, Bosch, Barcelona, 1979, Versión alemana en *ZStW*, 95, 1983, pp. 413 y ss.; ID.: Introducción a las bases del Derecho penal, Bosch, Barcelona, 1976, pp. 123, 141 y ss.; HASSEMER, W.: Fines de la pena en el Derecho penal de orientación científico-social, en S. MIR PUIG (ed.), Derecho penal y ciencias sociales, Bellaterra, Barcelona, 1982, pp. 117 y ss.; LUZÓN PEÑA D.-M.: Prevención general y Psicoanálisis, en S. MIR PUIG (ed.), Derecho penal y ciencias sociales, Bellaterra, Barcelona, 1982, pp. 149 y ss.; y BARATTA, A.: Integración-prevención: una "nueva" fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica, en Cuadernos de Política Criminal núm. 24, 1984, pp. 541 y ss.

"*En la actualidad, se señala que la intimidación no es la única vía de la prevención general. Una corriente doctrinal sostiene que esta prevención no debe buscarse solamente a través de la intimidación negativa (esto es, inhibidora de la tendencia a delinquir), sino también mediante la afirmación positiva del Derecho penal, como afirmación de las convicciones jurídicas fundamentales, de la conciencia social de la norma, o de una actitud de respeto por el Derecho. Mientras que la prevención intimidatoria se llama también "prevención general negativa", el aspecto de afirmación del Derecho penal se denomina "prevención general positiva" y, "estabilizadora" o "integradora" de modo sinónimo*": MIR PUIG, S.: Derecho penal. Parte General, Editorial Reppertor, 10ª edición, Barcelona, 2015, p. 89.

En la materia de este trabajo, es particularmente importante la función de la prevención general. En efecto, se buscan proteger las funciones específicas que desarrolla la Seguridad Social. Por una parte, la Seguridad Social cuenta con un sistema recaudatorio o de ingresos, que se nutre de las cuotas aportadas por los particulares (empresarios y trabajadores) y las aportaciones del Estado. Por otra parte, existe un sistema de gastos de la Seguridad Social, que cubre ciertas prestaciones como el desempleo o la asistencia sanitaria.

A su vez, este modelo obliga el reconocimiento del carácter fragmentario del Derecho penal, porque sólo protege a los bienes jurídicos principales, y sólo frente a los ataques más graves. Por eso, se insiste en que el Derecho penal se constituye como la última razón al que debe acudir el ordenamiento jurídico; y obliga a que debe legitimarse como un medio de control social, y de protección eficaz de los ciudadanos.

De hecho, el Estado sólo reconoce una virtualidad propia al Derecho penal, en la medida en que sea absolutamente necesario, y siempre, cómo última razón frente a aquellos comportamientos más graves para los bienes jurídicos.

Esta es la razón de que nuestro modelo constitucional obliga a atribuir al Derecho penal una misión de control social, que busque garantizar la protección de los bienes jurídicos, y sobre todo, el funcionamiento de la sociedad. Lo cual, concede la razón a los que atribuyen al Derecho penal una función preventiva sólo ante aquellos comportamientos que se califican como más peligrosos y graves. Aunque esa función preventiva debe ser orientada por unos principios que la doctrina denomina: principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, principio de proporcionalidad, y principio de culpabilidad[41].

Este es el fundamento por el que el modelo constitucional exige el respeto de una serie de principios que garanticen que la función del Derecho penal se ejerza en beneficio de todos los ciudadanos, y bajo el control de las instituciones del Estado. Por ello, una vez expuesto qué es el Derecho penal, y para qué sirve, conviene expresar qué principios han de orientar al Derecho penal. En mi caso, estos principios son impuestos explícita o implícitamente por la Constitución, es decir, son los principios propios de un Estado Social y Democrático de Derecho (art. 1.º, 1 CE). Por consiguiente, se derivan de sus

El pago de la cotización por parte de empresarios y trabajadores contribuye a la conformación del sistema, es decir, a costear los gastos. Existe así un sistema en funcionamiento, que va mucho más allá del patrimonio de una empresa privada aseguradora e inclusive mucho más allá del patrimonio del Estado. Desde esta perspectiva se caracteriza a la Seguridad Social como una Hacienda Pública especializada (DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: La reforma de los delitos contra la Seguridad Social por Ley Orgánica 7/2012, ADPE nº 3, 2014, pp. 205-222). Y al mantenimiento y conservación de este sistema, se dirigen los tipos previstos en el Código Penal (FERRÉ OLIVÉ, J. C.: Tratado de los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 788-789).

[41] MIR PUIG, S.: Derecho penal. Parte General, Editorial Reppertor, 10ª edición, Barcelona, 2015, pp. 101-102: "*Importará, entonces, no sólo la eficacia de la prevención (principio de la máxima utilidad posible), sino también limitar al máximo sus costos (principio del mínimo sufrimiento necesario) de forma que resulte menos gravosa la protección que ofrece el Derecho penal del Estado Social y Democrático de Derecho que la que supondrían otros medios de control social ilimitados (como la venganza privada o púbica) o desprovistos de garantías (como actuaciones policiales incontroladas, condenas sin proceso legal adecuado, medidas preventivas antedelituales), o que otras formas de Derecho penal autoritario*".

valores constitucionales: la seguridad, la participación y el pluralismo, la libertad, la igualdad, y la dignidad de la persona.

Estos principios son recibidos de una tradición múltiple, que se reconoce deudora tanto del Estado Liberal como del Estado de Derecho, y por supuesto, reforzada por el Estado Democrático[42].

Por lo tanto, las tres características del Estado contemporáneo constituyen el fundamento de los principios del Derecho penal, que puede ejercer el *ius puniendi* sólo si respeta a los mismos, tanto por parte del legislador como por parte del resto de los órganos constitucionales[43].

De este modo, el Estado de Derecho impone la sujeción del *ius puniendi* al Derecho, lo que dará origen al principio de legalidad, que se fundamenta en los valores de seguridad y de democracia. A su vez, el Estado Social procura la legitimidad propia a la función preventiva del Derecho penal, es decir, sólo en la medida en que sea necesaria para proteger los bienes principales de los ciudadanos; lo que dará origen a los principios que dotan de contenido social a la función del Derecho. Y, el Estado Democrático supone el vínculo del Derecho penal al ciudadano, es decir, pone al servicio del mismo este medio de control social y de prevención, lo que dará origen a los principios que se asocian a unos valores: la dignidad, la igualdad, y la participación del ciudadano.

Por tanto, las tres notas del modelo constitucional se hallan de tal modo solapadas, que no se pueden comprender unos principios al margen de los otros. De hecho, el modelo constitucional garantiza un equilibrio entre los principios clásicos, y en ocasiones, opuestos, que derivan del modelo de Estado Liberal como del Estado Social[44]. Con todo, la síntesis resultante, supone una auténtica superación de los modelos clásicos, al añadir una tercera nota fundamental en el modelo constitucional, y que es la derivada del Estado Democrático.

---

[42] ID.: Fundamentos de Derecho Penal y Teoría del delito, Editorial Reppertor, Barcelona, 2019, p. 37: "*Sólo una prevención así limitada podrá desplegar un efecto positivo de afirmación del Derecho propio de un Estado Social y Democrático de Derecho, y sólo así podrán conciliarse las exigencias antitéticas de la retribución, la prevención general y la prevención especial en un concepto superior de prevención positiva*".

[43] Cfr. MIR PUIG, S.: Derecho penal. Parte General, Editorial Reppertor, 10ª edición, Barcelona, 2015, pp. 113-114.

[44] Cfr. MIR PUIG, S.: El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho, Editorial Ariel, S. A., Barcelona, 1994, p. 31.

El Estado Liberal proporcionó la noción de Estado de Derecho[45], es decir, un Estado sujeto al imperio del Derecho que emana de la voluntad general, expresada por los representantes legítimos del pueblo, en los que radica la soberanía popular (art. 1.º, 2 CE); verdadero fruto logrado tras la contraposición de los anteriores Estados Absolutistas. Así, se reconoce en el art. 9.º, 1 CE: "*los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico*".

Por tanto, este modelo de Estado aporta unas garantías jurídicas, que deben asegurar el correcto ejercicio del poder público, y salvaguardar las esferas de libertad y de desarrollo del ciudadano[46]. Este modelo persigue defender a la sociedad del Estado absoluto, a partir de la división de poderes, y que se plasma en el principio de legalidad.

El Estado Social surgió como consecuencia de la distancia que el Estado Liberal había creado entre el Estado y la sociedad[47]. Por lo tanto, este modelo persiguió acercar el Estado a la sociedad[48], configurando un Estado que favorezca unas verdaderas relaciones sociales, que satisfagan las necesidades del ciudadano, reconocido como hombre social. En consecuencia, se asistió a la evolución de un Estado árbitro a un Estado intervencionista, que procurase el bien de la sociedad: "*un Estado que deviene Welfare State*"[49]. A pesar de la relación complicada entre este nuevo Estado y el anterior[50], el paso hacia un Estado Social constituyó una ocasión fundamental para incorporar unas garantías que procuraban el bien de la sociedad. La síntesis más madura se ha logrado a partir de los textos constitucionales que han pretendido ofrecer un modelo de Estado en equilibrio.

De todos modos, lo más determinante para alcanzar ese equilibrio, es partir de una concepción que mantenga el Derecho al servicio de las relaciones sociales, y que, esa función no sirva sólo a una minoría, sino, a la sociedad general. Si esto se alcanza, se puede ofrecer la superación de aquella contradicción entre los dos modelos de Estado, y se puede lograr un Estado orientado al bien de todos los ciudadanos.

---

[45] La expresión procede de: VON MOHL, R.: Die Polizeiwissenscitaft nach den Grundsatzen des Rechtsstaates, Tübingen, Laupp, 1832.

[46] Cfr. MIR PUIG, S.: El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho, Editorial Ariel, S. A., Barcelona, 1994, p. 32.

[47] Cfr. DÍAZ, E.: Estado de Derecho y Sociedad Democrática, Taurus, Madrid, 1975, p. 13.

[48] Cfr. DE ESTEBAN, J. y LÓPEZ GUERRA, L.: El régimen constitucional español, I, Labor Universitaria, Madrid, 1980, pp. 55, 113 y ss.

[49] MIR PUIG, S.: El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho, Editorial Ariel, S. A., Barcelona, 1994, p. 32.

[50] Cfr. DÍAZ, E.: Estado de Derecho y Sociedad Democrática, Taurus, Madrid, 1975, pp. 45 y ss.

El modelo constitucional ha requerido la incorporación de un tercer elemento: el Estado Democrático[51]. Sólo así, se alcanza un Estado al servicio de las condiciones esenciales de cada ciudadano, pero, garantizando el control del ciudadano sobre esas condiciones, es decir, procurando el carácter democrático del poder.

En definitiva, este tercer elemento aparece enriqueciendo la síntesis histórica lograda entre el Estado Liberal y el Estado Social, y ofrece la posibilidad de asegurar la garantía de la libertad, comprendida no sólo en sentido formal, sino también, en sentido real[52]. Por eso, se procura no sólo un régimen político de organización basado en la decisión de la mayoría, y con el consiguiente respeto de las minorías, sino también, la salvaguarda de la autonomía de las personas, construida a partir del respeto a la dignidad y la autonomía de los ciudadanos. De este modo, se conjugan los valores básicos y reconocibles en la Constitución: la libertad, la dignidad, la igualdad, y, la seguridad, como componentes fundamentales de un Estado Social y Democrático de Derecho.

Una vez analizados el concepto, la finalidad, el contenido, e incluso el modelo constitucional de un Derecho penal, hay que volver al objeto específico de mi trabajo. Es decir, a aquello que he calificado como Derecho penal de la Seguridad Social. En efecto, fruto de una evolución legislativa, el Derecho penal en España ha consagrado una serie

---

[51] Cfr. *Ibídem*, pp. 16, 144 y ss. Este autor destaca con fuerza la orientación hacia la "democracia real" del Estado Democrático desde una perspectiva socialista. Vid. PECES-BARBA, G.: La Constitución española de 1978. Un estudio de Derecho y Política, Artes Gráficas Soler, Valencia, 1981, p. 29.

[52] Cfr. MIR PUIG, S.: El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho, Editorial Ariel, S. A., Barcelona, 1994, p. 34.

Vid. ATIENZA RODRÍGUEZ, M.: Constitucionalismo y Derecho Penal, en S. MIR PUIG y M. CORCOY BIDASOLO (dirs.), Constitución y sistema penal, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 19-40; IGNACIO BALCARCE, F.: Dogmática penal y principios constitucionales, Editorial B de f, Buenos Aires, 2014; BERNARDI, A.: La aproximación constitucional al Derecho penal frente a las fuentes e instituciones supranacionales europeas, Revista Penal de México nº 1, 2011, pp. 65-95; CARBONELL MATEU, J. C.: Derecho penal. Concepto y principios constitucionales, 2ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996; GIMBERNAT ORDEIG, E.: Estado de derecho y Ley penal, La Ley, Madrid, 2009; IGLESIAS RÍO, M. A.: Constitución y moderno Derecho penal en la sociedad del riesgo, en M. BALADO RUIZ-GALLEGOS y J. A. GARCÍA REGUEIRO, La Constitución española de 1978 en su XXV aniversario, Bosch, Madrid, 2003, pp. 1015-1026; QUERALT JIMÉNEZ, A.: La recepción constitucional del estándar europeo sobre garantías en el proceso penal, en S. MIR PUIG y M. CORCOY BIDASOLO (dirs.), Garantías constitucionales y Derecho penal europeo, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 223-237; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T.: Expansión del Derecho penal y límites constitucionales, en Constitución, derechos fundamentales y sistema penal (semblanza y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón), Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 1655-1672; SÁINZ CANTERO, J. A.: Política criminal moderna y reforma del ordenamiento penal español, en VV.AA, Derecho y Economía en la sociedad actual, UNED, Granada, 1978; SERRANO GÓMEZ, A. y SERRANO MAÍLLO, M. I.: El mandato constitucional hacia la reeducación y reinserción social, Dykinson, Madrid, 2012; SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, J. R.: Consecuencias de la crisis del Estado Social, en VV.AA., Serta: in memoriam Alexandri Bartta, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004, pp. 921-940; y SIEBER, Ulrich: Límites del Derecho penal. Fundamentos y desafíos del nuevo programa de investigación jurídico-penal en el Instituto Max-Planck de Derecho penal extranjero e internacional, Revista Penal nº 22, 2008, pp. 125-159.

de normas penales que persiguen unos delitos que procuran proteger, con los matices que haré a continuación, la Seguridad Social comprendida como un auténtico bien jurídico[53].

5. Configuración legislativa del Derecho Penal de la Seguridad Social

Estas figuras típicas que han surgido como consecuencia del renovado interés del legislador, y que persiguen el fraude a la Seguridad Social, han sido consideradas por la doctrina, como "*el verdadero eje del Derecho penal económico*"[54], y se hallan incluidas en el Título XVI del Libro II del vigente Código Penal[55]. De hecho, estos nuevos bienes jurídicos protegidos, que el Derecho penal había ignorado hasta hacía muy pocos años, se han convertido en una de las parcelas fundamentales del Derecho penal económico, y que reviste un mayor crecimiento y dinamismo, y que, suscita el interés, cada vez, de más autores, entre los cuáles, se identifica mi trabajo.

Las figuras delictivas que se agrupan en el Título XIV del Código Penal son: el delito de defraudación tributaria (arts. 305 y 305 bis), el delito de defraudación a la Seguridad Social (arts. 307, 307 bis y 307 ter), el delito de fraude de subvenciones (art. 308), el delito de fraudes comunitarios (art. 306), y el delito contable (art. 310).

Los patrones fundamentales que guían la intervención legislativa del Derecho penal en esta materia de los delitos contra la Seguridad Social son[56]:

I) La fijación de un *quantum* (condición objetiva de punibilidad) para que el hecho defraudatorio adquiera verdadera relevancia jurídico-penal a los efectos de los delitos de defraudación contra la Seguridad Social (art. 307 CP); al igual que, ya antes, se había establecido a los efectos del delito de defraudación tributaria (art. 305. 1 CP), del delito de fraude de subvenciones (art. 308 CP), de los delitos de fraudes a la Hacienda, o de fraude a los presupuestos generales de la Unión Europea (arts. 305.3 CP y art. 306 CP).

---

[53] Cfr. OLLÉ SESÉ, M. (2020 b): Capítulo XVIII. Delitos de defraudación a la Seguridad Social, en A. LIÑÁN LAFUENTE, Delitos económicos y empresariales, Dykinson, Madrid, 2020, pp. 469-511.

[54] BAJO FERNÁNDEZ, M. y BACIGALUPO SAGGESE, S.: Delitos contra la Hacienda Pública, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2000, p. XIII.

[55] Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE nº 281, de 24 de noviembre de 1995 Referencia: BOE-A-1995-25444.

Esa misma rúbrica había sido ya introducida por el legislador español en la LO 6/1995, de 29 de junio, ley que modificó esta materia delictiva, todavía bajo la vigencia del CP anterior, llevando a cabo varias modificaciones en el delito de defraudación tributaria y en el fraude de las subvenciones, y tipificando por primera vez en nuestro Derecho el delito de defraudación a la Seguridad Social.

Sobre dicha reforma, Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: Los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, Ed. Tecnos, Madrid, 1995.

[56] Cfr. MORALES PRATS, F.: De los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social, en G. QUINTERO OLIVARES (dir.), F. MORALES PRATS (coord.), Comentarios al Código Penal Español, Tomo II, Aranzadi, Cizur Menor, 2016, p 544.

II) La inclusión de un elenco de causas de levantamiento de la pena "*ex post factum*", cifradas en la noción de la regularización, que se deben verificar objetivamente antes de la notificación del inicio de las actuaciones inspectoras, o con anterioridad a la interposición de la querella o la denuncia por parte del Ministerio Fiscal, del Abogado del Estado, del Letrado de la Seguridad Social, o del representante de la Administración autonómica o local de que se trate, o antes de que el Ministerio Fiscal o el Juez de Instrucción realicen actuaciones que le permitan tener conocimiento formal de la iniciación de las diligencias (arts. 307 y 307.3 ter CP).

En mi opinión, basada en la postura del OLLÉ SESÉ[57], la regularización representa una excusa legal absolutoria, por medio de la cuál, el legislador, por razones de política criminal, y también, de utilidad material, renuncia a la imposición de una pena al sujeto obligado que, dentro de los márgenes temporales fijados en la norma, reconoce y repara el completo daño económico ocasionado. En esta situación, el *ius puniendi* del Estado otorga el perdón al sujeto obligado, al eximirle de toda sanción penal.

III) La introducción de algunas figuras delictivas relativas a los delitos contra la Seguridad Social, como respuesta definitiva a las nuevas necesidades técnicas y político-criminales de protección de los intereses públicos y que trascienden al ámbito social, representando una identidad fundamental frente a los diferentes intereses de la Hacienda Pública (arts. 307 y 307 ter CP). Por tanto, no puedo sino reivindicar, una vez más, la particularidad de estas figuras delictivas, y su no confusión, o remisión indefinida, al delito fiscal. En definitiva, supone una desfiguración y una transgresión de la mente del

[57] Cfr. OLLÉ SESÉ, M.: Consumación, desistimiento y regularización en el delito de defraudación a la Seguridad Social, La Ley Penal nº 144, mayo-junio 2020: Delitos en tiempo de emergencia sanitaria, nº 144, 1 de mayo, Editorial Wolters Kluwer, 2020, p. 16.

También, entre otros: Cfr. FERRÉ OLIVÉ, J. C.: Tratado de los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 816; BUSTOS RUBIO, M.: La regularización en el delito de defraudación a la Seguridad Social, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p . 113; BOIX REIG, J. y GRIMA LIZANDRA, V.: Delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social, en J. BOIX REIG (dir.), Derecho penal parte especial, Vol. II, Delitos económicos, 2ª edición, Iustel, Madrid, 2020, pp. 828, 829 y 856; GALÁN MUÑOZ, A.: Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, en VV.AA., Manual de Derecho penal económico y de la empresa, 3ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 269; y GALLEGO SOLER, J. I. y DÍAZ MORGADO, C.: Delito fiscal (artículos 305-305 bis), en M. CORCOY BIDASOLO y V. GÓMEZ MARTÍN (dirs.), Manual de Derecho penal, económico y de empresa, parte general y parte especial, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 459.

Estos autores sintetizan las diferentes posturas doctrinales sobre la regularización, aunque referida al delito contra la Hacienda Pública, en una de las siguientes consideraciones: elemento negativo del tipo, elemento de carácter omisivo de la conducta típica, supuesto de reparación del daño, causa de justificación, desistimiento voluntario o excusa absolutoria.

legislador, toda reducción de los delitos de fraude a la Seguridad Social a la figura del delito fiscal.

A su vez, y para ofrecer una presentación completa, deseo recordar que se ha sometido al delito de defraudación tributaria a múltiples reformas técnicas (art. 305 CP)[58], consistentes en: la tipificación expresa de formas omisivas; la previsión de unos tipos agravados específicos (art. 305 bis CP), en atención a la utilización de personas interpuestas, la especial gravedad de lo defraudado, o la existencia de una estructura organizativa orientada al fraude; la tipificación expresa de la defraudación consistente en la exclusión del pago de cantidades retenidas, o que se hubieran debido retener, o de ingresos a cuenta de retribuciones en especie.

Por tanto, y en lo que a mi trabajo interesa, las figuras delictivas relativas a la Seguridad Social se han convertido, en el campo de lo doctrinal como de lo práctico, en una de las parcelas más interesantes del Derecho penal económico, y que ofrecen un mayor desarrollo y una mayor virtualidad, dada la evolución legislativa de estos años.

Al tiempo, "*ha surgido un gran debate doctrinal y jurisprudencial sobre esta materia, que ha desembocado en una bibliografía prácticamente inabarcable*"[59].

Por lo tanto, creo necesario reconocer que es uno de los temas que ha despertado importantes polémicas en el Derecho penal moderno, y a las cuáles, pretendo dar

[58] Cfr. APARICIO PÉREZ, J.: La reforma del delito fiscal, Tribuna Fiscal: Revista Tributaria y Financiera números 10/11, 1997, pp. 80-88; ARGILÉS Y GARCÉS DE MARCILLA, J. L.: El nuevo delito fiscal, Crónica Tributaria nº 25, 2009; AYALA GÓMEZ, I.: Los delitos contra la Hacienda Pública relativos a los ingresos tributarios: el llamado delito fiscal del art. 305 CP, en E. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO (dir.), Delitos e infracciones contra la Hacienda pública, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 97-167; BACIGALUPO ZAPATER, E.: La reforma del delito fiscal por LO 7/2012, Diario La Ley nº 8076, 2013; BAJO FERNÁNDEZ M. y BACIGALUPO SAGGESE, S.: Delitos contra la Hacienda Pública, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2000; BAÑERES SANTOS, F.: Delitos contra la Hacienda Pública, contra la Seguridad Social y Fraude Subvenciones, en G. QUINTERO OLIVARES (dir.), Comentario a la Reforma penal de 2015, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 611-617; CORTÉS BECHIARELLI, E.: Delitos contra la Hacienda Pública para épocas de crisis (o sobre el Derecho penal recaudador), en F. J. ÁLVAREZ GARCÍA y J. L. GONZÁLEZ CUSSAC (dirs.), Comentarios a la Reforma penal de 2010, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 347-354; CHOCLÁN MONTALVO, J. A.: Consumación y prescripción del delito fiscal, Actualidad Penal nº 10, 2000, p. 219; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. (2019): Derecho penal económico y de la empresa, parte especial, 6ª edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia; MUÑOZ CUESTA, J.: La reforma del delito fiscal operada por LO 7/2012, de 27 de diciembre, Revista Aranzadi Doctrinal nº 11, 2013, pp. 37-48; QUINTERO OLIVARES, G.: El nuevo delito fiscal, RDFHP nº 173, 1078, pp. 1313-1358; y SILVA SÁNCHEZ, J. M.: El nuevo escenario del delito fiscal en España, Atelier, Barcelona, 2005.

[59] FERRÉ OLIVÉ, J. C.: Tratado de los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 31.

respuesta lo largo de estas páginas[60].

El Derecho penal económico presenta, en efecto, uno de los perfiles doctrinales más complejos, porque abarca una serie de cuestiones de importante índole económica, es decir, porque busca resolver unos conflictos económicos relativos a la Seguridad Social[61]. En concreto, las dificultades que plantea son múltiples, y apuntan en varias direcciones; es decir, van desde la complejidad de aplicar a unas infracciones de tipo económico una norma peculiar como es la norma penal, como la necesidad de adaptar muchos delitos clásicos a las nuevas demandas que reclama la sociedad, y que exigen una nueva orientación del Derecho penal más flexible y sensible a la realidad[62].

Pero, sin duda, la dificultad más importante, y que, genera más polémica, es el abuso de penalizar todas las infracciones económicas a través del Derecho penal de la Seguridad Social, convirtiendo a los juzgados penales en verdaderos recaudadores puestos al servicio de una Administración, que es ávida en su vocación recaudatoria.

En efecto, a la luz del desarrollo del nuevo Derecho penal a nivel legislativo y doctrinal, resulta un problema esencial, la urgente diferenciación entre el ilícito penal y el ilícito administrativo. De modo principal, porque el ordenamiento jurídico quiere operar con la idea de un único Derecho represivo y sancionador, atribuyendo el legislador la entera facultad punitiva a los Jueces y a los Tribunales, con un criterio del todo punto inaceptable, y a la vez, peligroso, para las garantías del ciudadano. Es decir, da la impresión de que nos encierra a todos en el ámbito del Derecho Penal, para encontrar en él, un campo apropiado para perseguir cualquier infracción económica, y siempre, bajo una clara finalidad recaudatoria.

De hecho, lo que se denomina Derecho penal económico no es en realidad un estricto Derecho penal, más que en una mínima parte. Es decir, pienso que, en la mayoría de los casos, y así lo reconoce también BAJO FERNÁNDEZ[63], se trata de un Derecho

[60] *Ibídem*: "*Nuestro legislador ha colaborado activamente en agitar el debate, al someter estos delitos a innumerables reformas. La jurisprudencia, tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo ha participado ampliamente en esta discusión, constituyendo una doctrina muy elaborada que requiere la máxima atención*".

[61] Cfr. TIEDEMANN, K.: Lecciones de Derecho penal económico, Editorial PPU, Barcelona, 1003, p. 27.

[62] Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: La expansión, la reducción y la legitimidad del Derecho penal económico, Revista Penal México nº 5, 2013, p. 72.

[63] Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, M.: El Derecho penal económico. Un estudio de Derecho positivo español, Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, 1973, Disponible en: https://www.google.es/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwiJ9q6ow9rxAhXB7eAKHRRiAlEQFnoECAQQAA&url=https%3A%2F%2Fdialnet.unirioja.es%2Fdescarga%2Farticulo%2F2786010.pdf&usg=AOvVaw05I81kLgH6m7rowQFP9mI7.

administrativo. En el fondo, se trata con la máxima de que la ley "*lo puede todo*" de operar al margen de los criterios propios del Derecho Penal, de los principios y de los valores constitucionales, y del resto de los principios informadores del Derecho penal, con una patente finalidad económica.

En mi opinión, *de lege ferenda*, una futura reforma del Derecho penal económico exigirá una doble finalidad. En primer lugar, una finalidad preventiva que requiere una Administración celosa, y provista de personal especializado en las materias económicas. Y por otro lado, una graduación de las medidas sancionadoras que coloquen a la pena como *ultima ratio* del Derecho, es decir, como última razón esgrimida para restablecer el orden social. Para ello, hay que revestir a dicho Derecho, de los instrumentos adecuados para el tipo de delincuencia que supone la lucha contra el fraude a la Seguridad Social.

Así, en primer término, como ocurre en el resto de los países de nuestro entorno, necesitamos de unas leyes básicas, sistematizadas, y estructuradas; en segundo término, requerimos de una parte general que resuelva de una forma propia, y diferente al resto del Derecho penal, algunas cuestiones propias de la delincuencia económica; y, en tercer término, necesitamos de un procedimiento peculiar que acoja a unos funcionarios especializados de la Seguridad Social. Por tanto, el Derecho penal económico que debe ir surgiendo va a ser configurado como un verdadero Derecho penal especial[64].

A la vez, esta materia del Derecho penal económico referida a los delitos contra la Seguridad Social, añade una gran complejidad que deriva de un marco jurídico internacional, cada vez más invasivo respecto a las competencias de cada Estado[65].

De este modo, cada vez posee una mayor trascendencia las decisiones político-criminales que, en esta materia, puedan adoptar los órganos internacionales, que diseñan los criterios esenciales para la punibilidad de estos delitos económicos[66].

Por otro lado, y no menos importante, hay que reconocer que las soluciones que, a veces, ofrece este Derecho penal de la Seguridad Social, resultan poco comprensibles para ciertas ramas del ordenamiento jurídico, más familiarizadas con su regulación por

[64] En este sentido, el VI Congreso de la Asociación Internacional de Derecho penal, Roma, 1953.

[65] Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J.: La unión del proceso regulatorio y el Derecho penal: una relación polémica, en M. SILVA SÁNCHEZ, Responsabilidad penal de autoridades, directores y asesores de empresa, Ulpiano Editores, Santa Cruz de la Sierra, Santa Cruz de la Sierra, 2016, pp. 23 y ss.

[66] Cfr. TERRADILLOS BASOCO, J.: El derecho penal económico español: de la pujanza económica a la depresión, en VV.AA., Derecho penal y critica al poder punitivo del Estado, Tirant lo Blanch, Bogotá, 2013, p. 305.

un orden sancionador propio del Derecho administrativo. De este modo, y, en esta cuestión correspondiente a los fraudes a la Seguridad Social, se impone la necesidad de proteger unos bienes comunes propios que derivan del Estado Social. Es decir, se manifiesta la necesidad de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos, con un carácter imprescindible para poder constituir un verdadero Estado de bienestar, que atienda a los servicios públicos, y que garantice la cobertura de las prestaciones, mejorando el desarrollo de la sociedad en general[67].

Quiero expresar mi convicción más profunda de que nada de ello se logrará sin el mantenimiento y la vigencia de un Derecho administrativo específico que sustente el modelo económico. Pero, a la vez, es necesario un Derecho penal de la Seguridad Social que satisfaga las necesidades de cada ciudadano, y que, asuma las intuiciones originales que determinan mi investigación. A través de ello, se debe proteger la función social del ingreso público, y, también, la función principal del gasto público[68].

Además, hay que reconocer que, en mi investigación, posee una relevancia fundamental la percepción por la sociedad de las conductas incluidas en el concepto de fraude; es decir, hasta fechas recientes ha existido una convicción compartida de que no era necesario un reproche moral ante la evasión de las cuotas a la Seguridad Social o conceptos de recaudación conjunta, y mucho menos, era necesario un reproche penal[69].

En efecto, ha existido una indiferencia ética y una comprensión social hacia las transgresiones de estas normas propias de la Seguridad Social, que, si no eran realizadas por el sujeto particular, al menos, merecían del mismo, una actitud de aprobación o de tolerancia hacia el sujeto culpable. En todo caso, esta percepción se ha ido transformando gracias a un enorme esfuerzo por la transparencia pública; aunque, no es menos cierto, que esta percepción se ha resentido ante los enormes casos de corrupción que afectan a los ingresos públicos, y, por lo tanto, a la económica nacional.

La existencia de un sistema justo que permita un fondo de ingresos públicos que sustenten la Seguridad Social, requiere de una serie de mecanismos de todo tipo, es decir, no sólo, investigadores, sino, también, coercitivos y sancionadores. Así, se ha

[67] Cfr. DWORKIN, R.: La democracia posible, Paidós, Barcelona, 2008, pp. 119 y ss.

[68] Cfr. FERRÉ OLIVÉ, J. C.: Tratado de los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 33.

[69] Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.: El terrorismo fiscal, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Madrid, 1981, p. 5; y GONZÁLEZ GARCÍA, E.: El delito fiscal en la ley de medidas urgentes de reforma fiscal, Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública nº 135, Madrid, 1978, p. 733.

manifestado el Tribunal Constitucional [STC 110/1984, de 26 de noviembre][70]: [FJ 3]: "*Parece inútil recordar que en el mundo actual la amplitud y la complejidad de las funciones que asume el Estado hace que los gastos públicos sean tan cuantiosos que el deber de una aportación equitativa para su sostenimiento resulta especialmente apremiante. De otra forma se produciría una distribución injusta en la carga fiscal, ya que lo que unos no paguen debiendo pagar, lo tendrán que pagar otros con más espíritu cívico o con menos posibilidades de defraudar. De ahí la necesidad de una actividad inspectora especialmente vigilante y eficaz*"[71].

Hay que defender que todo Estado debe fomentar la solidaridad económica, aunque, sólo se puede alcanzar a través del concurso de unos medios tanto educativos, informativos, preventivos y coercitivos, destacando el recurso último al Derecho penal[72].

III. CONCLUSIONES

Con estas reflexiones, creo haber ofrecido la orientación que debe guiar al Estado, y a la sociedad, ante el fraude a la Seguridad Social, es decir, debe actuar con contundencia ante un fraude que merece la calificación de ser una conducta insolidaria y

[70] STC 110/1984, de 26 de noviembre, [ECLI:ES:TC:1984:110].

[71] Además, la STC 76/1990, de 26 de abril, [ECLI:ES:TC:1990:76], expresa en su FJ 3º: "*La ordenación y despliegue de una eficaz actividad de inspección y comprobación del cumplimiento de las obligaciones tributarias no es, pues, una opción que quede a la libre disponibilidad del legislador y de la Administración, sino que, por el contrario, es una exigencia inherente a "un sistema tributario justo" como el que la Constitución propugna en el artículo 31.1: en una palabra, la lucha contra el fraude fiscal es un fin y un mandato que la Constitución impone a todos los poderes públicos, singularmente al legislador y a los órganos de la Administración tributaria. De donde se sigue asimismo que el legislador ha de habilitar las potestades o los instrumentos jurídicos que sean necesarios y adecuados para que, dentro del respeto debido a los principios y derechos constitucionales, la Administración esté en condiciones de hacer efectivo el cobro de las deudas tributarias, sancionando en su caso los incumplimientos de las obligaciones que correspondan a los contribuyentes o las infracciones cometidas por quienes están sujetos a las normas tributarias*".

Cfr. FERRÉ OLIVÉ, J. C.: Tratado de los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 34-35.

[72] STS 643/2005, de 19 de mayo, [ECLI:ES:TS:2005:3235], FJ 5: "*Cualquier fraude tributario supone un grave atentado contra los principios constitucionales que imponen la real y leal contribución al sostenimiento de los servicios sociales y las cargas públicas. Frente a esta concepción del bien jurídico protegido, algunos sectores doctrinales desvían la esencia de la lesión hacia un delito semejante a los patrimoniales cuyo sujeto pasivo es la Hacienda Pública. Es cierto que al final el perjuicio es económico, pero no puede olvidarse que la justificación de la pena específica, radica en la inadmisible vulneración de los principios de solidaridad tributaria inexcusables en una sociedad democrática. Frente a una discutible optimización fiscal basada en manejos y artificios que, en cierto modo, tiene una cobertura o amparo en la complejidad de las normas tributarias, no se puede compartir o tolerar los fraudes y las trampas cuya única finalidad es eludir el pago de las cuotas generadas y debidas*".

contraria a los intereses colectivos[73], y debe recibir una auténtica reprobación[74], y no la tolerancia de algunos ciudadanos.

De hecho, cada vez existe una mayor convicción por parte de la sociedad en su conjunto de la necesidad de crear unos verdaderos y eficaces mecanismos jurídicos que impidan el fraude a la Seguridad Social, la evasión de las cuotas, y de los conceptos de recaudación conjunta, y el incumplimiento de las obligaciones económicas, y de ingreso de las cuotas obligatorias a la Seguridad Social, que pueden realizar algunos sujetos en perjuicio del interés general.

Pienso que, en este momento, puedo ofrecer el colofón último y, a la vez, necesario para dar el paso esencial de un Estado de Derecho hacia un verdadero Estado Social, con la pertinente característica de Estado Democrático; que satisfaga la exigencia imperiosa de contar con unos mayores ingresos públicos para atender a las nuevas y urgentes necesidades económicas de los ciudadanos, a través de todo un conjunto de prestaciones propias del sistema de la Seguridad Social. Esta nueva situación, pero sobre todo, este

---

[73] Cfr. AA.VV.: Observatorio del delito fiscal. Primer informe del observatorio administrativo previsto en el convenio de 30 de junio de 2005 entre la agencia estatal de administración tributaria y la Secretaría de estado de justicia en materia de prevención y lucha contra el Fraude fiscal, Madrid, 2005, p. 7.

Esta cuestión relativa a los intereses colectivos fue ampliamente discutida a nivel procesal en la conocida Sentencia del Tribunal Supremo, sobre el conocido caso *NOOS*: STS 2056/2018, de 8 de junio, [ECLI: ES:TS:2018:2056]: "*Está vedada su acusación solitaria frente a delitos en los que predominan intereses cuya titularidad está focalizada en personas jurídicas; públicas o privadas, concretas, identificables, cuando éstas expresamente, y en armonía con la posición del Ministerio Público, exteriorizan su decisión de apartarse de la acusación por considerar que los hechos no tienen relieve penal. Se les reconoce sin embargo legitimación aun contradiciendo la posición procesal del Ministerio Público en infracciones que tutelan intereses sociales que no radican en nadie en particular, sino que son difusos, colectivos, de forma que no puede señalarse un concreto perjudicado diferente al genérico cuerpo social. Así las cosas, el tema queda ceñido a dilucidar en qué categoría encajar el delito de tráfico de influencias.*

La respuesta es obvia: no podemos identificar perjudicados concretos, como sucede con delitos de carácter predominantemente patrimonial o con bienes jurídicos más tradicionales como los delitos contra la libertad sexual o contra la integridad corporal o la libertad. El bien jurídico ligado al funcionamiento transparente, objetivo, neutral e imparcial de la Administración Pública es de titularidad (si es que puede hablarse así) social, de todo el colectivo. En esas infracciones viene reconociéndose a la acusación popular una autonomía no estrictamente vicaria de la posición del Ministerio Público. Según la doctrina de esta Sala, esa situación difiere en puntos sustanciales de la que se presenta cuando el Ministerio Publico, órgano imparcial que constitucionalmente tiene atribuida la misión de hacer valer ante los tribunales la legalidad y el interés social y, como consecuencia de ello y entre muchas otras funciones, enarbolar la pretensión acusatoria que entiende procedente en el proceso penal (y, en su caso, oponerse a las improcedentes lo que es también un interés de toda la sociedad), solicita el sobreseimiento y lo hace en concordancia y sintonía, en confluencia con el titular concreto del bien jurídico tutelado por el delito.

El delito de tráfico de influencias pertenece a la primera categoría y por ello hay que aceptar la legitimación de la acusación popular para enarbolar esa pretensión. La decisión condenatoria de la Sala de instancia -cuya confirmación solicita ahora el Ministerio Público- contaba con los presupuestos procesales exigidos por el sistema acusatorio para pronunciarse tras examinar la acusación y la prueba que la avalaba".

[74] Cfr. AA.VV.: El fraude fiscal en la Historia de España, Hacienda Pública Española nº 1, Madrid, 1994.

nuevo planteamiento, demanda un nuevo escenario, pero, también, una nueva convicción en la lucha contra el fraude a la Seguridad Social[75].

En definitiva, considero poder sostener que el Derecho penal de la Seguridad Social está llamado a constituir una parte específica, pero, también, fundamental, del orden sancionador propio del Estado Social y Democrático de Derecho, porque los rasgos propios de este Derecho afectan a la configuración de los nuevos delitos, y a la atribución de las posibles penas, como así se ha llevado a cabo en el Título XIV del Libro II del vigente Código Penal.

* * * * *

[75] Cfr. FERRÉ OLIVÉ, J. C.: Tratado de los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 37; y MUSCO, E.: Diritto penale tributario, Zanichelli, Bolonia, 2011, p. 9.

Maria di Maggio
Doctoranda de la Univ. degli Studi di Bari, Italia. Socia de la FICP.

~Diritto all'oblio: presunzione d'innocenza e funzione rieducativa della pena~

SOMMARIO: I. Le origini del diritto all'oblio. – II. Lo sviluppo della normativa in materia di diritto all'oblio. Il diritto comunitario – 1. Il diritto interno – III. La pubblicità della "notizia": dal processo mediatico all'ultrattività della rete. – IV. Il diritto all'oblio nella Riforma Cartabia. Spunti di riflessione sulla riforma.

I. LE ORIGINI DEL DIRITTO ALL'OBLIO.

Nel corso della storia gli antecedenti storici non mancano. Si pensi alla *damnatio memoriae*, inflitta dal Senato nell'antica Roma. Questi e molti altri riferimenti simili – si pensi all'editto di Nantes di Re Enrico IV[1] – rendono l'idea di quanto il ricordo, la "memoria" abbiano costantemente rappresentato un tassello fondamentale sotto diversi profili[2].

Ricordare per condannare. Non ricordare per assolvere il passato e agevolare la costruzione del futuro. Vale per la società, vale per gli individui: ricordo e oblio definiscono il sé in rapporto agli altri e costruiscono la visione che gli altri hanno dell'identità personale di ciascuno. Essere se stessi senza interferenze esterne significa anche essere ricordati senza che la memoria di fatti passati, riferibili ad un vissuto definitivamente tramontato e superato, si riproponga nel presente.

Nel 1890, BRANDEIS e WARREN scrissero "*The Right to Privacy: The Implicit Made Explicit*", per l'Harvard Law Review, decretando quella che è stata definita,

[1] Il testo prevedeva che «la memoria di tutte le cose relative alle sanguinose guerre religiose rimanesse spenta e assopita, come di cosa non avvenuta, con il veto di rinnovarne la memoria», come ricordato anche da T. TODOROV, Memoria del male, tentazione del bene, (trad. R. Rossi), Garzanti, 2000, p. 240.

[2] In quanto pena, nel primo, secondo caso quale tassello fondamentale del "ritorno alla normalità sociale".

Le stesse funzioni della mente umana, al di là delle imposizioni sociali sul ricordo, secondo quanto sostenuto anche dagli studiosi del settore, selezionano la memoria da mantenere e quella da cancellare.

A differenza dei computer, infatti, il cervello dispone di una memoria a lungo termine «che non è scolpita nella pietra e dalla quale recuperiamo agevolmente le informazioni» D. L. SCHACTER, How the Mind Forgets and Remembers: The Seven Sins of Memory, Houghton Mifflin, Boston, 2001, p. 134 e ss.

al contrario, il ricordo umano è frutto di «preferenze e necessità attuali» V. MAYER-SCHÖNBERGER, Delete: The Virtue of Forgetting in the Digital Age, Princeton University Press, 2009, p. 18 e ss.

A differenza degli archivi virtuali e fisici, le informazioni di cui disponiamo non rimangono per sempre disponibili, ma subiscono il logorio del tempo, dettato dalla "sterilità" ed inattualità del ricordo. Proprio nel solco di questa differenza fondamentale si sviluppa il dibattito circa il diritto all'oblio.

successivamente, "la nascita del diritto alla Privacy"[3], e – citando il Giudice COOLEY – il "diritto ad essere lasciati soli"[4].

Nella stessa elaborazione il diritto all'oblio è il risultato di un processo che ha scandito, nel tempo, il riconoscimento dei diritti della persona e la protezione degli stessi: «dalla proprietà "corporale" nascevano i "diritti incorporei" che ne derivavano, con l'apertura all' "ampio regno" della proprietà immateriale, nei prodotti e nei processi della mente»[5].

L'intensità e la complessità della vita moderna, secondo l'elaborazione dei due giuristi, associate ai progressi tecnologici della civiltà – che implicano costanti invasioni nella vita degli individui – hanno reso ancor più necessaria la salvaguardia della riservatezza, in quanto l'accrescimento della sensibilità nei confronti della "pubblicità" ha determinato il contestuale aumento dell'importanza delle tematiche legate alla privacy.

Tali incursioni nella vita privata sottopongono l'individuo «a dolore e afflizione mentale, di gran lunga maggiori di quanto potrebbe essere inflitto da un semplice danno fisico»[6]. Da questa problematica è iniziato a svilupparsi il tema della tutela del diritto alla riservatezza, di cui il diritto all'oblio rappresenta una «peculiare forma di applicazione»[7].

L'interesse ad ottenere l'oblio di fatti ormai passati e superati è espressione del diritto alla riservatezza che si coniuga ed intreccia con il fattore "tempo". Invero, un fatto che in passato è stato legittimamente sottratto alla sfera privata dell'individuo, in un momento successivo, quando la notizia è divenuta ormai desueta, deve poter essere coperta dal giusto riserbo.

Il diritto all'oblio, quindi, ponendosi quale declinazione del diritto alla riservatezza, è la possibilità di non essere ricordati per fatti passati, i quali devono necessariamente essere «restituiti alla sfera privata dell'individuo»[8]. In quest'ottica anche la colpevolezza,

[3] S. D. WARREN /L. D. BRANDEIS, The Right to Privacy, in Harvard Law Review, 4-1890, pp. 193-220.
[4] T. M. COOLEY, Cooley On Torts - Or, A Treatise On The Law Of Torts Or The Wrongs Which Arise Independently Of Contract, Callaghan and Company, Chicago, 1879, p. 29.
[5] «From corporeal property arose the incorporeal rights issuing out of it; and then there opened the wide realm of intangible property, in the products and processes of the mind». S. D. WARREN /L. D. BRANDEIS, The Right to Privacy, in Harvard Law Review, 4-1890, p. 194.
[6] S. D. WARREN /L. D. BRANDEIS, Harvard Law Review, 4-1890, p. 183.
[7] S. GONELLA, Uno sguardo all'evoluzione del diritto alla riservatezza: la tutela penale, Diritto penale e processo, 4-2007, p.539.
[8] U. AMBROSOLI/M. SIDERI, Diritto all'oblio, dovere della memoria: l'etica nella società interconnessa, Bompiani, Firenze-Milano, 2017, p. 80.

come la personalità dell'individuo, abbandona la sua dimensione statica, per venire in rilievo in tutto il suo dinamismo.

Secondo BRANDEIS e WARREN non può esistere un'identità "permanente", che sia fissa ed indelebile.

Essa è, infatti, una componente molto più complessa dell'individuo, in quanto è formata da una pluralità di esperienze, passate e presenti, in continuo divenire.

In questa prospettiva il diritto all'oblio può essere definito come l'esplicazione della libertà di evolvere nel tempo e a sviluppare autonomamente la propria personalità, rispetto all'immagine che deriva da una determinata condotta passata[9], ben lungi da quello che certa dottrina tedesca definirebbe *Tätertyp*[10].

II. LO SVILUPPO DELLA NORMATIVA IN MATERIA DI DIRITTO ALL'OBLIO. IL DIRITTO COMUNITARIO.

In tempi più recenti, il tema della permanenza di una determinata informazione e della disponibilità della stessa in capo ad un pubblico imprecisato di fruitori (conseguente all'avvento delle nuove tecnologie di diffusione delle informazioni su larga scala) è tornato un argomento vivo di discussione.

In ambito comunitario la questione è venuta in rilievo dapprima nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, per il caso Agencia Española de Protección de Datos e Mario Costeja González contro Google Spain, con la sentenza del 13 maggio 2014 [11].

In questa occasione, per la prima volta, i giudici di Lussemburgo hanno affermato che i cittadini europei hanno il diritto di ottenere che i risultati di una ricerca attraverso il

[9]«La personalità di un individuo viene a rilevare, così, non più nella dimensione statica, ma in quella dinamica che evolve nel tempo. La "colpa" di cui una persona si è macchiata in passato, infatti, non deve creare un'identità permanente di quella persona: l'identità di un individuo è fatta di migliaia di altri componenti, sviluppatesi prima, durante e dopo il momento della "colpa"» U. AMBROSOLI/M. SIDERI, Diritto all'oblio, dovere della memoria: l'etica nella società interconnessa, Bompiani, Firenze-Milano, 2017, p. 81.

[10] Cfr. G. DAHM, Der Tätertyp im Strafrecht, Weicher Verl, Leipzig, 1940; E. WOLF, Vom Wesen des Täters Tübingen, Mohr, 1932; G. GUARNIERI, Il delinquente tipo, Milano, Giuffrè, 1942; A. CALVI, Tipo criminologico e tipo normativo d'autore, Cedam, Padova, 1967; G. BETTIOL, Azione e colpevolezza nelle teorie dei "tipi" di autore, Rivista italiana di diritto penale, 1-1942.

[11]«La Corte di Giustizia dell'Unione Europea, nell'ambito del procedimento C131/12, ha definitivamente stabilito che è nel diritto dei cittadini europei richiedere ai motori di ricerca online l'eliminazione dalle loro pagine dei risultati di eventuali link che rimandino verso contenuti che riguardano quei cittadini e che non sono più rilevanti» U. AMBROSOLI/M. SIDERI, Diritto all'oblio, dovere della memoria: l'etica nella società interconnessa, Bompiani, Firenze-Milano, 2017, p. 88.

web possano essere cancellati, qualora rimandino ad informazioni "non adatte, irrilevanti o non più rilevanti"[12].

La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo successivamente ha riconosciuto il diritto all'oblio[13] in una recentissima sentenza, quella del 27 novembre 2021, relativa al caso Biancardi contro Italia[14].

Inoltre, diverse sono le fonti di diritto sovranazionale che disciplinano il "diritto ad essere dimenticati", attraverso le regole che concernono il trattamento dei dati personali.

Il diritto all'oblio risulta essere, difatti, corollario del diritto alla riservatezza dei dati personali, in quanto quest'ultimo ne è l'antecedente logico: se i dati devono essere gestiti e conservati secondo determinati principi e modalità, la mancanza di tali requisiti ne legittima la cancellazione.

In *primis*, infatti, vi è un riferimento all'articolo 16 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea e all'articolo 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea. Entrambi i riferimenti normativi sanciscono, in via generale, il diritto alla protezione dei dati di carattere personale direttamente riguardanti il cittadino. L'articolo 8, in particolare, stabilisce limiti e modalità del "trattamento" dei dati, nello specifico «secondo il principio di lealtà, per finalità determinate e in base al consenso della persona interessata o a un altro fondamento legittimo previsto dalla legge».

Il diritto all'oblio, dunque, sulla base di queste norme, può essere riconosciuto laddove il trattamento dei dati esorbiti rispetto alle specifiche esigenze e finalità della disponibilità dell'informazione al "pubblico". Diretta espressione di questa regola generale è, appunto, l'inattualità della notizia: una notizia non più attuale non assume più la specifica finalità di informare il lettore su fatti rilevanti, perché ormai obsoleta e non rispondente alla realtà presente.

[12] Per un commento più dettagliato relativo alla sentenza: S. RICCI, Horror vacui: le ricadute penali della sentenza CGCE sul diritto all'oblio, Rivista Penale, La Tribuna, 1-2015, p. 74 ss, e, dello stesso autore, Le ricadute penali della sentenza Corte di Giustizia Europea sul diritto all'oblio, in Cassazione Penale, 3-2015, p. 1247 e ss.

[13] Si considerino anche la sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sez. V, 19 ottobre 2017, n. 71233/2013, Fuchsmann c. Germania e la sentenza, della stessa Corte, sez. V, 28 giugno 2018, n. 60798/10 e 65599/10, M.L. e W.W. c. Germania.

[14] Sul punto si veda A. MALAFRONTE, Libertà di informazione e deindexing nel caso Biancardi c. Italia, in giustiziacivile.com, 12-2021.

Per di più, nella stessa disposizione risulta espressamente riconosciuto il diritto di **«ottenere la rettifica»**[15] **dei dati che riguardano l'individuo.**

Nel quadro normativo così delineato è indispensabile citare il Regolamento 2016/679/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio, che contiene all'articolo 17 il riferimento alla cancellazione dei dati personali e consacra, una volta per tutte, il riconoscimento del diritto all'oblio.

1. Il diritto interno.

Sulla base delle previsioni appena esposte si fondano le richieste di "deindicizzazione" dei dati dal web in Italia, in mancanza di una normativa specifica di riferimento[16].

A questo proposito, occorre precisare che il rimedio riconosciuto per fronteggiare l'utilizzo scorretto dei dati relativi ad un soggetto non consiste nella rimozione del contenuto pubblicato (difatti, la notizia può permanere all'interno degli archivi informatici dei periodici), ma è diretto ad impedire che tramite una sommaria ricerca sui browser si pervenga immediatamente alla notizia, attraverso **«l'oscuramento di determinati link»**[17].

Al momento manca una norma "interna" che preveda il diritto all'oblio e ne regoli i profili e i dati a disposizione dell'interprete sono per lo più di natura giurisprudenziale.

Sul punto, la Suprema Corte di Cassazione si è espressa con l'ordinanza del 20 marzo 2018, n. 6919[18], la quale chiarisce che il diritto all'oblio può subire una restrizione, a favore del diritto di cronaca, ma solo in presenza di alcuni specifici presupposti indicati in cinque punti[19]. In questo caso la *ratio* della compressione del diritto all'oblio può, semmai, rinvenire le proprie radici ove la notizia riguardi una persona "nota" che rivesta

[15] L'ordinamento italiano prevedeva all'interno del Codice Deontologico che disciplina l'attività giornalistica, all'art. 5, e all'interno della legge 112 del 2004, l'istituto della rettifica, che interessava (solo) le notizie difformi dal vero. Per un approfondimento, F. SASSANO, Il diritto all'oblio tra internet e mass media, Key Editore, Milano, 2015.

[16] A. IANNOTTI DELLA VALLE, Il diritto all'oblio "preso meno sul serio" alla luce della sentenza Google/CNIL della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, in Rivista dell'Associazione Italiana Costituzionalisti, 2-2020, p. 523.

[17] S. SICA-V. D'ANTONIO, La procedura di de-indicizzazione, in Il diritto all'oblio su internet dopo la sentenza Google Spain, RomaTrEPress, Roma, 2915, p. 154.

[18] **Cass. civ, I, 20 marzo 2018, n. 6919, RV 647763/1.**

[19] Che l'immagine o la notizia siano d'interesse pubblico; che l'interesse sia effettivo ed attuale; che il soggetto rappresentato sia noto; che la notizia rispetti i limiti di continenza, senza aggiungere insinuazioni e considerazioni personali; che sia consentito al rappresentato il diritto di replica.

un ruolo pubblico particolare, o qualora la stessa mantenga nel tempo un interesse pubblico.

Un anno più tardi, i Giudici di piazza Cavour hanno riconosciuto il diritto ad essere dimenticati relativamente all'eliminazione di una notizia riguardante un delitto commesso ventisette anni prima. Il responsabile aveva già espiato la pena e si stava reintegrando nel tessuto sociale. Con questa pronuncia, la Corte di Cassazione ha valorizzato la prevalenza sul diritto alla cronaca del diritto dell'interessato alla riservatezza, rispetto ad avvenimenti appartenenti alla sfera personale, non più attuali, che ne ledevano la dignità e l'onore e dei quali fosse ormai sopita la memoria collettiva[20].

Da ultimo, la Suprema Corte ha riconosciuto l'esercizio del diritto all'oblio attraverso il procedimento di deindicizzazione della notizia con la sentenza del 27 marzo 2020, n. 7559 e con quella del 31 maggio 2021, n.15160.

Nel primo caso la Suprema Corte aveva respinto la domanda degli eredi di un imprenditore deceduto per l'ottenimento della cancellazione dall'archivio virtuale di un giornale. L'articolo in questione aveva ad oggetto inchieste giudiziarie su fatti commessi dal *decuius*, riconoscendo, invece, il diritto alla deindicizzazione dei contenuti[21].

Nel secondo caso è stata cassata la sentenza, che, solo in ragione del fatto che l'informazione fosse relativamente recente, aveva negato a un imprenditore il diritto alla deindicizzazione. La questione riguardava un articolo pubblicato su un quotidiano *online*, in cui poteva leggersi il contenuto di intercettazioni telefoniche che asserivano una

[20] **«**In tema di rapporti tra diritto alla riservatezza (nella sua particolare connotazione del c.d. diritto all'oblio) e diritto alla rievocazione storica di fatti e vicende concernenti eventi del passato, il giudice di merito - ferma restando la libertà della scelta editoriale in ordine a tale rievocazione, che è espressione della libertà di stampa e di informazione protetta e garantita dall'art. 21 Cost. - ha il compito di valutare l'interesse pubblico, concreto ed attuale alla menzione degli elementi identificativi delle persone che di quei fatti e di quelle vicende furono protagonisti. Tale menzione deve ritenersi lecita solo nell'ipotesi in cui si riferisca a personaggi che destino nel momento presente l'interesse della collettività, sia per ragioni di notorietà che per il ruolo pubblico rivestito. In caso contrario, prevale il diritto degli interessati alla riservatezza rispetto ad avvenimenti del passato che li feriscano nella dignità e nell'onore e dei quali si sia ormai spenta la memoria collettiva**» Cass. civ,** sez. Unite, 22 luglio 2019, n. 19681, RV 654836/1.

[21] **«**È lecita la permanenza di un articolo di stampa nell'archivio informatico di un quotidiano, relativo a fatti risalenti nel tempo oggetto di cronaca giudiziaria, che abbiano ancora un interesse pubblico di tipo storico o socio-economico, purché l'articolo sia deindicizzato dai siti generalisti e reperibile solo attraverso l'archivio storico del quotidiano, in tal modo contemperandosi in modo bilanciato il diritto ex art. 21 Cost. della collettività ad essere informata e a conservare memoria del fatto storico, con quello del titolare dei dati personali archiviati a non subire una indebita compressione della propria immagine sociale**», Cass. civ, I, 27 marzo 2020, n. 7559, RV 657424/1.**

possibile vicinanza di un imprenditore ad associazioni di stampo mafioso. Tale ipotesi, inoltre, non è stata mai confermata da alcuna indagine[22].

Il perimetro di applicazione del diritto alla deindicizzazione quale presidio del diritto ad essere dimenticati viene, così individuato dalla Corte di Cassazione attraverso diverse sentenze, che hanno, negli anni, definito le modalità ed i limiti di esercizio di tale diritto. Vieppiù, le varie pronunce della Corte di Cassazione, come si ha avuto modo di rilevare, riguardano, quasi sempre, informazioni attinenti a procedimenti penali. La valenza empirica di questo dato non può essere trascurato ed impone una riflessione che si concentri sul rapporto tra il processo penale ed il mondo dell'informazione.

III. LA PUBBLICITÀ DELLA "NOTIZIA": DAL PROCESSO MEDIATICO ALL'ULTRATTIVITÀ DELLA RETE.

Come si è visto, al diritto all'oblio è stata riconosciuta una tutela di tipo civilistico, avente ad oggetto, spesse volte, vicende processuali che hanno interessato il "titolare del trattamento dei dati".

Sotto questo profilo si incorre, in effetti, in una "zona grigia" tra interessi e valori in tensione tra loro, all'insegna dell'interdisciplinarietà dell'argomento, il quale richiede un approccio "integrato" che coniughi il sapere della scienza giuridica con quello delle scienze empiriche.

In questa prospettiva la riflessione sociologica[23] e la letteratura penalistica[24], hanno scandagliato le conseguenze del processo mass-mediatico e delle notizie che trapelano

[22] **Cass. civ, I,** 31 maggio 2021, n. 15160, RV 661497/1

[23] Ad esempio, L.D. ALTHEIDE, I mass media, il crimine e il "discorso di paura", in La televisione del crimine. Atti del Convegno "la rappresentazione del crimine" 15-16 maggio 2003, Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano – Università degli Studi di Milano – Bicocca, Vita & Pensiero, Milano, 2005, p. 294, analizzando l'impatto della comunicazione dei media sulle masse ha osservato**:** «I mass media giocano un ruolo notevole nel dar forma alle politiche pubbliche, influenzando ciò che pensa alla gente».

Lo stesso autore aggiunge, citando Surette,: «Ciò che gli spettatori percepiscono come il "problema criminale" è parte della cultura popolare, un'ecologia della comunicazione. Ricostruire il modo in cui la paura è col tempo venuta associandosi ai diversi argomenti può chiarire come i mass media e la cultura popolare influenzino la percezione pubblica del pericolo e del rischio. In effetti il modello proposto da Surette, chiamato "ecologia del crimine", presenta il "mondo della televisione d'intrattenimento" come se le "pecore: i cittadini", dovessero essere protette contro i "lupi famelici: i criminali" da "cani pastore: la polizia"», L.D. ALTHEIDE, La televisione del crimine. Atti del Convegno "la rappresentazione del crimine" 15-16 maggio 2003, 2005, p. 295.

[24] Sui limiti del contemperamento tra la libertà di manifestazione del pensiero e l'interesse alla riservatezza e all'onore, su tutti, F. MANTOVANI, Diritto alla riservatezza e libertà di manifestazione del pensiero con riguardo alla pubblicità dei fatti criminosi, Mucchi, Modena, 1968, p. 97 e ss.

dalle aule di giustizia in relazione alle vicende che vedono implicati i soggetti sottoposti a procedimento penale.

Il problema, in realtà, in una società perennemente interconnessa, non pare esaurirsi soltanto nell'ambito dei *talk show*, dei titoli degli articoli di giornali (cartacei e "*on line*") e in qualsiasi altro veicolo i media possano disporre.

Gli articoli di giornale, a differenza del passato, infatti, sono dematerializzati e sempre presenti e disponibili sul *web*, *perinde ac cadaver*: «i dati personali, allorché filtrati attraverso il processo di indicizzazione proprio dei motori di ricerca, vengono investiti da un potente effetto comunicativo, assolutamente pregnante e differente rispetto alla visualizzazione "semplice" della pagina da cui essi provengono, con il risultato ultimo di creare così un autonomo e delicato comparto», in altri termini, «la ricerca di collegamenti a pagine *web* riferibili ad un nome viene equiparato […] ad una modalità di creazione di un "profilo" di un determinato soggetto»[25].

Ecco, quindi, che i problemi legati alla (distorta) "pubblicità" dei processi ed alla (certosina) selezione giornalistica dei contenuti "da pubblicare"[26], rimangono scolpiti, tra link di siti che riportano determinate informazioni, trapelate nel corso di procedimenti penali.

Come è stato affermato, appunto, «i *media* sono – *tout court* – la semantica della società moderna: nel senso che ne rappresentano la memoria e, di conseguenza, la pietra angolare per la costruzione sociale del mondo. Il sistema massmediatico, pertanto, va ambientato in un'adeguata teoria generale della società moderna. […] La vera questione da risolvere […] non è *come media distorcano la realtà*, ma piuttosto *come essi la costruiscano.* Piuttosto, è nella *routinizzazione* delle informazioni che si esplica la principale funzione dei media, attraverso la consapevole *selezione* di cosa *ricordare* (e far ricordare) e di cosa (far) dimenticare. Il problema sta proprio nel *potere selettivo* che i *media* si sono conquistati "sul campo": ogni scelta finisce infatti per decontestualizzare e *condensare* in un *unicum* identità che fra loro […] di identico non hanno nulla […] Attraverso questa vera e propria "*fabbrica di identità"* si riempie la memoria sociale che non va pensata - si badi - come un serbatoio stabile di dati o di eventi passati (un *fondo*,

[25] S. SICA/V. D'ANTONIO, La procedura di de-indicizzazione, in Il diritto all'oblio su internet dopo la sentenza Google Spain, RomaTrEPress, Roma, 2915, p. 153.

[26] Si veda per un approfondimento sul tema N. LUHMANN, La realtà dei mass media, (trad. it), FrancoAngeli, Milano, 2012.

direbbero gli economisti), bensì come il prodotto dinamico (un *flusso*) della costante discriminazione tra "ricordare" e "dimenticare"»[27].

Inoltre, l'interesse giornalistico in tema di processi (e procedimenti) penali non viene catalizzato nella fase del dibattimento, ma da quanto trapela nelle prime fasi investigative, esclusivamente nella fase che precede il giudizio vero e proprio, determinando, così, un «effetto distorsivo della delocalizzazione»[28] dell'informazione.

Questa stortura è determinata dalla diversa finalità e dalle diverse tempistiche del processo e del mondo dell'informazione: se da un lato il processo ha come obiettivo l'accertamento della verità (ancorché si tratti di verità processuale), che necessita di tempistiche ben definite, l'informazione, al contrario, deve celermente comunicare la notizia fin quando l'interesse della società si mantiene vivo.

Per questa ragione, al fine di «non attendere i tempi troppo lunghi del rinvio a giudizio e delle udienze dibattimentali, si traveste da nascita di un addebito, magari frettolosamente condiviso dall'ordinanza di un giudice delle indagini preliminari, dandogli la fisionomia di una accusa matura e corroborata, pronta a trasformarsi in sentenza»[29], "assolutizzando", così, la colpevolizzazione dell'indagato[30] e convincendo l'intera società della sua colpevolezza.

Il meccanismo insito nell' "autopoiesi" del sistema mediatico confligge[31], dunque, con i principi costituzionalmente garantiti della presunzione di innocenza e della funzione

---

[27] C. PALIERO, La maschera e il volto (percezione sociale del crimine ed "effetti penali" dei media), in Riv. dir. proc. pen., 2006, pp. 481 e 482.

[28] **E. AMODIO, Estetica della giustizia penale: prassi, media, fiction, Giuffrè, Milano, 2016, p. 132.**

[29] **E. AMODIO, op cit. , p. 132.**

[30] **«**Il focus giornalistico si addensa sugli atti processuali che mettono in luce la nascita e il progredire delle indagini esaltando la marcia vittoriosa del pubblico ministero verso la sentenza di condanna**», infatti, «tutto il focus è puntato sulle prime battute delle investigazioni, su arresti, sequestri, intercettazioni e interrogatori. L'informazione pretende di avere il massimo della visibilità in tempi funzionali a lanciare le notizie man mano che gli eventi giudiziari si compiono. Da qui l'incompatibilità con i ritmi frenati dalle maglie delle procedure da rispettare nel rito giudiziario», E. AMODIO, op. cit. pp. 128 e 132.**

[31] Quanto riportato dai media, infatti, incide in vari modi nella vita dei soggetti cui i procedimenti penali sono riferiti, infatti, **«**l'accesso pubblico diffuso ai precedenti penali non sarebbe così importante se le informazioni non comportassero conseguenze così negative per coloro che hanno precedenti penali. L'esplosione delle conseguenze collaterali è il risultato di una politica dura nei confronti della criminalità […]. La politica pubblica dovrebbe concentrarsi sulla riduzione significativa del numero di leggi che richiedono la discriminazione nei confronti degli ex detenuti. Queste leggi segnalano alla società in generale che gli ex criminali rappresentano una casta poco raccomandabile e pericolosa. La riforma dovrebbe partire dal principio che non è desiderabile o giustificabile per il governo infliggere ulteriori punizioni con conseguenze collaterali all'imputato condannato dopo che la pena è stata scontata**»** J.B. JACOBS, The eternal criminal record, Harvard university Press, Cambridge Massachusetts-London, 2015, p. 308 (traduzione dell'autrice).

rieducativa della pena, e la tecnologia del *web*, abbinata a questo processo di informazione delle masse, dilata nel tempo le sofferenze dei soggetti coinvolti.

Il "diritto al segreto del disonore"[32], teso ad evitare l'"etichettamento"[33] dell'imputato (o indagato) diviene in questa prospettiva un utile rimedio all'insanabilità della frattura sociale che si verrebbe a creare tra il "titolare del trattamento" ed il resto della società.

Infatti, ogni persona coinvolta in un processo penale ha il diritto di vedere definita la propria vicenda all'interno delle aule di giustizia e nella parentesi temporale del processo, senza dover sopportare uno stigma perenne che esorbita di gran lunga il "tempo del processo"[34], tuttavia i canali di comunicazione assumono un ruolo centrale nel **«catalizzare** il senso di pericolo incombente attorno ad alcuni, ben precisi, stereotipi criminali, divenuti una risorsa impareggiabile nella guerra dell'audience televisiva**»**[35].

IV. IL DIRITTO ALL'OBLIO NELLA RIFORMA CARTABIA. SPUNTI DI RIFLESSIONE SULLA RIFORMA.

La legge del 27 settembre 2021 n. 134 (cd. riforma Cartabia) all'articolo 1, comma 25[36] prevede, per la prima volta, un espresso riferimento ai provvedimenti di deindicizzazione, tesi a salvaguardare la dignità e riservatezza dell'individuo.

Questa disposizione stabilisce la necessità di «prevedere che il decreto di archiviazione e la sentenza di non luogo a procedere o di assoluzione costituiscano titolo

[32] G.B. FERRI, Diritto all'informazione e diritto all'oblio, in Riv. dir. civ., 1-1990, p. 807 e ss.

[33] **«Ricevere un'etichetta equivale a essere imprigionati in una sorta di destino predeterminato. Ci si ritrova vittime, proprio malgrado, di una forma di determinismo sociale e individuale: i nostri desideri, il nostro divenire e ciò che possiamo sperare e costruire nella nostra vita, tutto entra a far parte di un sapere e di una statistica prestabiliti, che ci esiliano dalla nostra incertezza, che è la condizione della libertà di ogni essere umano o gruppo sociale. Questo determinismo sociale, spesso favorito dagli stessi psicologi, fa parte della visibilità della nostra storia resa pubblica, perché la visibilità contiene questa idea di determinismo e di fatalismo» M. BENASAYAG/G.SCHMIT, L'epoca delle passioni tristi, Feltrinelli, Milano, 2004, pp. 76 e 77.**

[34] **«**In via generale ogni persona coinvolta in un procedimento penale al diritto, una volta concluso con l'archiviazione o l'assoluzione giudizio, e, quindi, venuta meno ogni ragione anche di mero sospetto, che la propria immagine non resti vulnerata e collegata a notizie di stampa che riferiscano solo parzialmente dell'iniziale coinvolgimento, o ignorino l'esito delle indagini**». Anche nel caso in cui il soggetto sia condannato vi è un interesse ad una informazione attuale e corretta, infatti, «il fatto di mantenere attuale un'informazione inerente allontani fatti di cronaca giudiziaria rischia di determinare un continua pregiudizio alla vita lavorativa e affettiva del soggetto che ha ormai espiato la sua pena» P. PALERMO, Diffamazione e diritto all'oblio: equilibrio "elastico" tra tutela penale dell'onore e diritto di cronaca giudiziaria, Rivista penale, CELT La Tribuna, 5-2010, p.529.**

[35] V. MONGILLO, La finalità rieducativa della pena nel tempo presente e nelle prospettive future, in Critica del diritto, Rassegna di dottrina giurisprudenza legislazione e vita giudiziaria, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2009, p. 176.

[36] La novità legislativa è frutto dell'emendamento Costa – Magi pubblicato il 19 maggio 2021.

per l'emissione di un provvedimento di deindicizzazione che, nel rispetto della normativa dell'Unione europea in materia di dati personali, garantisca in modo effettivo il diritto all'oblio degli indagati o imputati», inserendo una integrazione all'art. 154-ter delle disposizioni attuative del codice di procedura penale[37].

Sotto questo profilo, la regola è chiaramente espressione del principio di presunzione di innocenza, di cui all'articolo 27, comma 2 della Costituzione, riconoscendo il diritto al provvedimento di deindicizzazione ove vi sia un decreto di archiviazione, una sentenza di non luogo a procedere o di assoluzione.

D'altronde questa prospettiva ben si coniuga con i contenuti del recentissimo decreto legislativo 8 novembre 2021, n.188[38], con riguardo specialmente all'art. 2.

La norma prevede che è fatto divieto alle autorità pubbliche di indicare pubblicamente come colpevole la persona sottoposta a indagini o l'imputato, fino a quando la colpevolezza non è stata accertata con sentenza o decreto penale di condanna irrevocabili.

In caso di violazione del divieto, ferma l'applicazione delle eventuali sanzioni penali e disciplinari, nonché l'obbligo di risarcimento del danno, l'interessato ha diritto di richiedere all'autorità pubblica la rettifica della dichiarazione resa[39].

In quest'ultimo caso, naturalmente, il Legislatore tutela "a monte" la presunzione d'innocenza, mentre nella previsione contenuta nella riforma Cartabia la tutela è (logicamente) successiva rispetto alla pubblicazione della notizia.

Quanto appena affermato potrebbe apparire il risultato di un'affermazione tautologica, dal momento che è impossibile eliminare (o, più precisamente, deindicizzare) un contenuto inesistente.

In realtà, però, lo schema di decreto legislativo approvato recentemente dal Consiglio dei Ministri, unitamente alla relazione illustrativa[40], ha inserito una

[37] Per un commento di tipo più strettamente processuale G. MANTOVANI, Procedimento penale e diritto all'oblio, Processo penale e giustizia, Giappichelli, 1-2022.

[38] Che recepisce, seppure con un notevole ritardo, la direttiva 343 del 9 marzo 2016 emanata dal Parlamento Europeo e dal Consiglio.

[39] Cfr. G. LOSAPPIO, Nuove garanzie della presunzione di innocenza nella comunicazione delle autorità pubbliche sulle vicende penali, in La Previdenza Forense, 3-2021, p. 245.

[40] https://www.gnewsonline.it/riforma-penale-ecco-i-testi-bollinati/

specificazione: l'interessato può richiedere che sia preclusa l'indicizzazione dei dati personali riportati nella sentenza o nel provvedimento.

Il testo dell'art. 64-ter delle disposizioni attuative del codice di procedura penale, inoltre, al secondo comma riporterebbe, a seguito della modifica, la procedura per applicare la suddetta preclusione: la cancelleria dovrà apporre e sottoscrivere un'annotazione[41] in cui si esplicita chiaramente la preclusione di indicizzazione[42].

La previsione appare singolare, in quanto, generalmente, alla data della pubblicazione della sentenza di proscioglimento, o di non luogo a procedere, o del provvedimento di archiviazione, per le ragioni e l'essenza stessa del "frenetico" processo mass-mediatico, le notizie di cui si richiede la "preclusione dall'indicizzazione" sarebbero già presenti in rete, e quindi indicizzate (ciò giustificherebbe, semmai, una richiesta di deindicizzazione).

Infatti, è inusuale che la stampa, rimasta inerte durante tutto l'*iter* processuale, decida di dedicarsi alla questione soltanto alla sua fine, e con una pronuncia favorevole all'imputato o all'indagato.

Duole constatare, vieppiù, che il disegno (unitamente allo schema e alla relazione illustrativa menzionati) non contempli in alcun modo la disciplina applicabile nel caso in cui a richiedere il provvedimento di deindicizzazione sia un soggetto che sia stato condannato ed abbia già scontato la propria pena, tesorizzando l'esperienza giurisprudenziale della Corte di Cassazione ed i principi in materia.

In questi ultimi casi non assumerebbe rilievo soltanto il principio di presunzione di innocenza, ma anche la valorizzazione funzione rieducativa della pena, di cui all'articolo 27, comma 3 della Costituzione.

La sopravvivenza della notizia in rete per un tempo indefinito ed il continuo accostamento del nome del soggetto a quanto accaduto, potrebbe precludere e rendere impossibile il reinserimento sociale del reo.

[41] Il contenuto dell'annotazione è già espresso all'interno della nuova previsione normativa: «ai sensi e nei limiti dell'articolo 17 del Regolamento del Parlamento europeo del 27 Aprile 2016, n. 679, è preclusa l'indicizzazione dei dati personali dell'interessato riportati nel provvedimento».

[42] La stessa procedura toccherebbe nel caso in cui venga richiesta la deindicizzazione, con la formula: «il presente provvedimento costituisce titolo per ottenere, ai sensi e nei limiti dell'articolo 17 del regolamento (UE) n. 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 Aprile 2016, un provvedimento di sottrazione dell'indicizzazione, da parte dei motori di ricerca generalisti, di contenuti relativi al procedimento penale, rispetto a ricerche condotte a partire dal nominativo dell'istante».

A ciò si aggiunga l'estrema riluttanza con cui sia i motori di ricerca che gli organi competenti soddisfano le legittime richieste di deindicizzazione.

Anche chi è stato condannato, infatti, non merita di essere vittima dell'*ultrattività* della rete, che vede l'imperversare continuo "in prima pagina" di errori e pene ormai passate.

Il diritto alla cronaca, anche in questi casi, non può sostanziarsi in una "pena aggiuntiva", atipica ed inumana, ma dovrebbe esaurirsi nel diritto di informazione, funzionale rispetto al dinamismo dello sviluppo della personalità umana.

Tali considerazioni sono mosse anche dal fatto che la giurisprudenza di merito e legittimità ha già riconosciuto, in questi ultimi casi, il provvedimento di deindicizzazione. Addirittura, anche nei lavori preparatori relativi alla riforma Cartabia vi sono i riferimenti alla giurisprudenza e all'evoluzione dei perimetri del diritto all'oblio.

Sarebbe auspicabile, quindi, che il legislatore, estendendo la tutela prevista all'articolo 1, comma 25, riconoscesse il diritto alla deindicizzazione anche in capo ai condannati [43], nell'ottica del reinserimento nella società, per non svilire la funzione rieducativa della pena, conferendole, invece una nuova forza (questa volta, precettiva), valutando contesto empirico-giurisprudenziale ed incidenza sistemica della nuova previsione.

L'intervento del legislatore ben si coniugherebbe con la rinnovata sensibilità dimostrata attraverso diversi interventi che hanno ad oggetto il "trascorrere del tempo" e le vicende giudiziarie, come accaduto in tema di prescrizione ed improcedibilità, nell'ambito delle altre norme immediatamente precettive della riforma Cartabia[44], perché: «si esiste, si accade, si finisce, si cambia sempre nella inarrestabile progressione dell'entropia»[45], e gli avvenimenti vengono inghiottiti nella spirale «inesorabile»[46] del tempo.

* * * * *

[43] Attraverso, ad esempio, la previsione di un limite temporale ed una serie di limitazioni all'esercizio del diritto, così come descritte dalla Suprema Corte.

[44] Si veda G. LOSAPPIO, Tempo e sistema penale, in La riforma Cartabia. La prescrizione, l'improcedibilità e le altre norme immediatamente precettive, a cura di B. ROMANO e A. MARANDOLA, Pacini Giuridica, Pisa, 2021, p. 5 e ss.

[45] G. LOSAPPIO, op cit., p. 6.

[46] G. LOSAPPIO, Sine die. La "riforma" della prescrizione, in Giurisprudenza Penale web, 1-2020, p.1.

Prof. Dr. Dr. h.c. Daniel Montero Zendejas

Catedrático de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos y de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Presidente del Observatorio Ciudadano del Sistema Penitenciario Nacional. Socio de la FICP.

~Crisis y desafíos del Derecho penal ante la inteligencia artificial. Reto del Estado democrático de Derecho~

Resumen.- La presente Comunicación, se inscribe en los retos del derecho penal frente al ciberterrorismo, bioterrorismo y todas las manifestaciones que inciden en la alteración del orden público, la paz social y la tranquilidad de todas las personas que viven en un territorio, región o zona geográfica de nuestro planeta, que engloba el concepto de terrorismo y que ha sido analizado este concepto no solamente desde la óptica jurídica, consignada en los ordenamientos sustantivos y adjetivos de la materia penal, sino también en la perspectiva ideológica; donde existen trabajos puntuales que han definido este fenómeno como una manifestación de grupos bien focalizados encaminada a destruir culturas y aspectos económicos de la nueva relación que se vincula a procesos de producción global en una nueva relación: hombre-fábrica y en especial, con grupos que la potencializan más allá de las relaciones de capital para dar paso a esquemas de liberación religiosa o de extrema derecha, radicales con diversos temas que abrazan alrededor del mundo como son los conflictos de Medio Oriente, armenios contra musulmanes, palestinos contra israelitas, talibanes, kurdos, yihadistas, sin omitir el éxodo de Siria. En ese sentido destaca la investigación de Zarrouk.[1]

Asimismo, se analiza la crisis del derecho penal frente al uso de tecnologías para llevar actos que pueden ser constitutivos de delito realizados de manera recurrente con fines de lucro por parte de organizaciones criminales sin importar lugar o residencia de la misma en su operación, en especial con recursos de procedencia ilícita, competencia del derecho internacional penal.

Abstract.- This Communication is part of the challenges of criminal law against cyberterrorism, bioterrorism and all manifestations that affect the alteration of public order, social peace and tranquility of all people living in a territory, region or geographical area of our planet, which encompasses the concept of terrorism and that this concept has been analyzed not only from a legal perspective, recorded in the substantive and adjective regulations of criminal matters, but also from an ideological perspective; where there are specific works that have defined this phenomenon as a manifestation of well-focused groups aimed at destroying cultures and economic aspects of the new relationship that is linked to global production processes in a new relationship: man-factory and especially, with groups that they potentiate it beyond capital relations to give way to religious or far-right liberation schemes, radicals with various issues that they embrace around the world such as conflicts in the Middle East, Armenians against Muslims, Palestinians against Israelis, Taliban, Kurds , jihadists, without omitting the exodus from Syria. In this sense, Zarrouk's research stands out.

Likewise, the crisis of criminal law is analyzed in the face of the use of technologies to carry out acts that may constitute a crime carried out on a recurring basis for profit by criminal organizations regardless of their place or residence in their operation, especially with resources of illicit origin, jurisdiction of international criminal law.

Sumario: Introducción. I. Retos del estado frente a las TICs. II. Retos y desafíos del derecho frente a la Inteligencia Artificial (IA). III. Conclusiones. IV. Bibliografía.

INTRODUCCIÓN

La crisis del derecho penal se manifiesta en la crisis del estado, pues a pesar de su inseparable binomio, la conceptualización del estado moderno deja atrás las

[1] ZARROUK, Mourad, Orígenes del terrorismo global: una propuesta de análisis, Revista de relaciones internacionales, estrategia y seguridad, vol. 6, no. 1, Bogotá, Colombia, junio, 2011.

connotaciones Maquiavélicas que le asignaron esa categoría.

El inicio de este siglo ha hecho, entre otras tantas consideraciones sociológicas, antropológicas, ideológicas, económicas y jurídicas, fundamentalmente; que el planeta se achique y que con un solo dispositivo podamos conocer el universo informativo, documental y visual de los sucesos que acompañan a la sociedad de nuestros días.

Fenómenos que la globalización y antes el posfordismo concibieron en la estandarización de una sociedad en riesgo[2] y que al concentrar el producto interno bruto del mundo en solamente doscientas treinta y seis familias,[3] lograra la polarización de la población entre los que más tienen y los que su única riqueza es la pobreza.

En otras palabras, la pobreza y la extrema pobreza en la que viven una vasta población del mundo y que las estadísticas muestran los porcentajes para éste 2022 de los ocho mil millones de habitantes en el planeta de acuerdo con las cifras dadas a conocer por organismos internacionales como OCDE, Naciones Unidas, FAO, UNESCO, FONDO MONETARIO INTERNACIONAL y demás instituciones afines, 800 millones viven con 2.15 dólares al día.[4]

Esto ha creado entre otros factores incluyentes que la corrupción, simulación, impunidad y vicios añejos en gobiernos no abiertos, sin rendición de cuentas, hagan de una forma de gobierno, un capital político a base de compra de votos en una ciudadanía apática, insensible, alienada y solamente con la esperanza de recibir las dadivas del populismo envuelto del discurso democrático constitucional, pero que en el fondo se torna más dictatorial, entendiendo a ésta no solamente como un régimen político, sino como un sistema de vida fundado en el constante mejoramiento económico, social y cultural del pueblo.[5]

El razonamiento dogmático entre política criminal y derecho penal en un país como México que no cuenta con ella y visualizar solamente al derecho penal en el marco de las clases gobernantes, resulta poco relevante, pues carece de rigor científico; el derecho penal como una ciencia debe ser general, para gobernantes y gobernados. De no ser así,

---

[2] Cfr. INNERARITY Daniel/ SOLANA Javier, La humanidad amenazada: gobernar los riesgos globales, Paidós, España, 2011.

[3] MONTERO ZENDEJAS, Daniel, La desaparición del estado, Porrúa, México, 1999, p. 392.

[4] THE WORLD BANK, Hoja informativa: un ajuste de líneas de pobreza global, en: https://www.worldbank.org/en/news/factsheet/2022/05/02/fact-sheet-an-adjustment-to-global-poverty-lines, consultada el día 23 de septiembre de 2022.

[5] Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 3, en: https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm, consultada el día 01 de septiembre de 2022.

se estará frente a un estado fallido que anula los principios de equidad y justicia al igual que toda posibilidad de asumir un reconocimiento y respeto a los derechos humanos, en consecuencia, una política criminal es inexistente.

En este orden de ideas, pobreza, ignorancia, sumisión, control político e ideológico, militarismo, la minimización de la teoría material de soberanía con el rompimiento de fronteras que trae el libre mercado, la desaparición del estado y con él, el propio estado de derecho, la crisis del derecho penal es más que evidente, pues a pesar de un mandato constitucional que recrea el cumplimiento de su normatividad, la normalidad lo rebaza, aniquilando otro de sus basamentos, el respeto a los derechos humanos y el principio pro homine que el convencionalismo garantiza.

I. RETOS DEL ESTADO FRENTE A LAS TICs

Hemos iniciado esta comunicación bajo los supuestos teóricos y metodológicos que derivan de la existencia del estado bajo los tamices de la democracia representativa y participativa que nos recuerda las recomendaciones de Guillermo O´Donnell[6] quien como asesor de Naciones Unidas, encuestó a más de 16 países latinoamericanos y trece preferían un gobierno autoritario que resolviera sus problemas de salud, educación, vivienda, empleo, a uno de corte democrático que solo se queda en el discurso inocuo e inicuo de sus necesidades; para asumir con el modelo de desarrollo democrático y de libre mercado la justificación de la realidad social de la población en el mundo.

Pronósticos que conllevan a la adopción de conductas antisociales y antijurídicas que vulneran el ius puniendi consustancial al estado, al dejar en indefensión a la mayoría que integramos la sociedad global.

En ningún momento es justificar o interactuar pobreza-delito o delito es igual a pobreza, debate por demás analizado y resuelto por la doctrina.

Nuestra intención, es el abordar características endógenas y exógenas que hacen de la tipicidad el elemento sine qua non para encuadrar una conducta y de ahí partir a estadios superiores en la axiología jurídica y donde la razón del estado se sintetiza al bien común que implica, libertad, igualdad y justicia.

[6] Cfr. O´DONNELL, Guillermo, "Notas sobre la democracia en América Latina" en La democracia en América Latina. Hacia una democracia de ciudadanas y ciudadanos, PNUD, New York, USA, 2004, p. 26, ss.

Sin embargo, las connotaciones de hipótesis metodológicas y argumentación científica, ha generado una nueva vertiente en la interpretación de la política criminal global y acepciones que ubican a formas de gobierno bajo pronósticos que anulan el gobierno del, para y por el pueblo; al recordar apotegmas como el expresado por Anatole France "…pobre democracia cuántos crímenes se han cometido en tu nombre"[7] y dar cabida a la infocracía.

Ante ese escenario, habrá que analizar no solamente a la crisis democrática que deviene del uso de las TICs, donde bots, algoritmos, granjas, entre otros procedimientos que conlleva la digitalización de gobiernos abiertos con herramientas como el blockchain logra con noice, orientar preferencias en un mundo de cyborgs y de zombis digitales.

En este concierto de revolución tecnológica, de una red 5G, de legislaciones particulares de criptomonedas, del derecho universal de la internet y simultáneamente de brecha digital, la pregunta es: ¿dónde está el derecho para regular este nuevo modelo de desarrollo tecnológico para garantizar la privacidad y no el robo de identidad, de hackeo financiero y secuestro informativo? ¿hasta dónde el derecho y más aún el derecho penal se ha acoplado a los grandes desafíos de ésta era digital?

El bloque constitucional que deriva del convencionalismo y del principio pro homine, donde el constituyente permanente se ciña al poder revisor de la propia constitución; o sea, ¿hasta dónde el derecho interno puede ser alterado por el derecho internacional público y centrar su objeto en lo que desencadena el rompimiento del estado de derecho por violencia e inseguridad? ¿hasta dónde el derecho penal puede ser disuasivo y frenar la erosión social que acompaña al propio estado y con ello, no atentar contra su propia naturaleza?

II. RETOS Y DESAFIOS DEL DERECHO FRENTE A LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL (IA)

Retos y desafíos de nuestro tiempo que significan un replanteamiento estructural del derecho penal, procesal penal y en general, de la ciencia penal con sus diferentes ámbitos de integración como la criminología, victimología, penología, criminalística, penitenciarismo y ejecución penal.

[7] FRANCE, Anatole en MONTERO ZENDEJAS, Daniel, La desaparición del estado democrático, México, Porrúa, 1999, p. 176.

De igual forma, en delitos cibernéticos, la teoría de la culpa, existencia o no de dolo, preterintencionalidad y elementos conspicuos que acompañan los debates doctrinales del siglo XX, deben ser vistos como eso, una doctrina que acuño formalismos que determinaron la procuración y administración de justicia en los órganos competentes de estados cuya radiografías se han transformado vertiginosamente y colocan en la mesa de la discusión nuevos patrones de conducta delincuencial para su sanción, independientemente de donde se desarrollen y cuyos efectos pueden o no ser en otro país, región o zona y es ahí, donde nos debemos de detener y meditar si la tipificación de un delito corresponde al país donde se gestó y los efectos de éste en otro país. No significa si hay ignorancia como excluyente de responsabilidad o se reduzca una sentencia al existir una consideración de esta naturaleza por cuestiones de inimputabilidad; nos referimos a la existencia o no de un delito cibernético, regulado o no por una ley penal que satisfaga las exigencias de una sociedad que se encuentra inmersa en el uso de TICs y de la Inteligencia Artificial (IA).

El espacio aéreo, entendido como la nube y donde se encuentran todos nuestros datos, comportamiento crediticio, comercial, gustos, amigos, en síntesis, nuestra historia se encuentra garantizada para que nuestra individualidad no se pierda y nuestra libertad no sea vulnerada por medio de la venta de esa información a los grandes magnates de la comunicación como son Facebook (actualmente Meta), Instagram, TikTok, Google o cualquier otra aplicación que comparta nuestros datos.

Esa debe ser la discusión de nuestros días, no solamente si los elementos constitutivos de la teoría del delito continúan en la vertiente de colegas y teóricos, o si es competencia del estructuralismo o del finalismo, o si bien se ubica en la escuela minimalista del derecho penal.

Debemos asumir que los niños y jóvenes del presente están siendo invadidos de tecnologías que en países no desarrollados y sin reglamentación alguna, menos punitiva, se están convirtiendo en actores pasivos de esta revolución tecnológica y donde nuestra historia, evolución se sintetiza en un algoritmo; no pudiendo distinguir, en ocasiones, si su realidad es virtual o no.

Ese es el futuro de nuestra niñez, la automatización, que podría caer en el supuesto de no querer ni entender, al derivarse nuevamente un conflicto entre el supuesto doctrinario y la realidad cognitiva como paso previo a la robotización de la Inteligencia Artificial.

La cadena de blockchain redimensiona fronteras, evade reglas de sistemas financieros internacionales, reduce espacios de comercialización al erradicar costos de intermediación, pero la pregunta subsiste: ¿los recursos económicos que se emplean son o no de procedencia ilícita? ¿la banca de Shanghái en China para el cambio de criptomonedas responde a los paradigmas del derecho penal? ¿o la propia legislación para este efecto en El Salvador?

¿Hasta dónde la escuela positiva del derecho penal de Ferri, Garofalo y Lombroso continua en nuestro acervo digital? la respuesta es obvia.

En otras palabras, contamos con la internet como un derecho humano, pero no con energía en sus diferentes modalidades para su aplicación en procesos de educación, cultura, información, entrenamiento; con la consecuente brecha digital al igual que los contenidos de ésta; o sea, en los derechos de los pueblos indígenas, etnias o lugares y provincias distantes de esta tecnología, podríamos hablar de un derecho cibernético.

Interrogantes todas ellas, para ubicar en el centro del debate el bien jurídico tutelado por el propio derecho como es la vida, la libertad, la justicia.

Por razones de espacio, solo mencionaré la reducción de edad como países avanzados, Noruega, Dinamarca, Finlandia a los quince años, los Países Bajos, Irlanda, Bélgica a los doce y otros que oscilan a los diez años. México persiste en los 18 años como otros tantos.

Es de destacar que en esos países donde la criminalidad se refleja en su población penitenciaria, continua el debate de que si son arrebatadas sus garantías de niño e inocencia cuando su punibilidad es mayor a diez años.

Consideramos que es por razones de educación y de prevención que responde a una política criminal definida, empero que la revolución tecnológica les ha colocado herramientas a esos infantes que antes no se conocían sus alcances en el manejo de redes sociales, juegos virtuales y demás mecanismos que la era tecnológica les ha proporcionado al romper los estándares de la escuela positiva del derecho penal y donde sus características físicas Lombroso clasifico.

El perfil de estos infantes y de los denominados nerds se encasillan en otro perfil que hasta ahora hemos visualizado.

Las características de los perfiles criminógenos de esta ruptura de concepción en el manejo de edades punibles, ha destacado el debate parlamentario en países nórdicos sobre todo si son sustraídos de un desarrollo armónico e integral.

En México los cárteles de la droga como auténticos factores reales de poder y no grupos criminales que se ubican en la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, se han mimetizado con la sociedad civil, se han arraigado en órganos deliberativos, se han hecho parte de su sociedad, sin embargo, las pugnas entre grupos antagónicos como lo son el Cártel de Sinaloa y el de Jalisco Nueva Generación, se han confrontado junto con células afines y si los ubicamos en la categorización de la ciencia política, podríamos definirlos como grupos de presión, que cumplida su misión desaparecen, han realizado por su carrera en la comercialización de fentanilo, cocaína, heroína y demás sustancias psicotrópicas y alucinógenas, actos que pueden ser equiparables a terrorismo, más aun cuando detenemos a revisar la legislación penal mexicana y establecer lo preceptuado en el artículo 139 del Código Penal Federal.

III. CONCLUSIONES

Al inicio de esta comunicación nos referimos a los riesgos del estado y su desaparición, al desafío del derecho penal, no solamente desde sus bases doctrinarias y lograr confrontar lo dogmático de sus discusiones formales en expresiones de teóricos del siglo pasado y apuntar los retos que se confrontan con la revolución tecnológica e Inteligencia Artificial y la necesidad de crear nuevos tipos penales para detener los efectos de una red de comunicación que en el despliegue informativo orienta preferencias, automatiza comportamientos y erradica libertades.

Todo ello, sin omitir el deber que nos asiste como estudiosos de esta materia, en la necesidad de blindar y asegurar que el estado de indefensión en que nos encontramos frente a las grandes plataformas digitales prevalezca nuestra libertad individual y garantías constitucionales.

Como colofón, deseo enfatizar que aunado al diagnóstico de nuestra realidad global del siglo XXI, el derecho debe orientar su energía y tutela no en base de ordenamientos que derivaron de autocracias, sino de preservar conceptos que el Tercer Estado de Sieyès contempló o de la argumentación de doctrinarios como Bodin, Locke, Montesquieu, para defender la soberanía del estado en la división de poderes, y concluir que todo lo que

atentara contra él, habría que extirparlo, no siendo otra cosa que el concebido derecho penal del enemigo de nuestros días.

Asimismo, enfatizar que la Ley FinTech y todas aquellas disposiciones para sancionar y controlar operaciones económicas de procedencia ilícita deberán estar alineadas a este nuevo marco de retos que el derecho penal económico y el derecho internacional penal contemplan.

La erradicación de violencia e inseguridad que genera la lucha de cárteles de droga, de paraísos fiscales, fortalecimiento de Unidades de Inteligencia Financiera, policías cibernéticas, digitalización de gobiernos abiertos, protección de datos personales, lucha contra el bioterrorismo, terrorismo, robo de datos, secuestro informativo, control de granjas donde los bots, posicionan, crean o destruyen una figura pública un producto, una ideología.

Desafíos y retos de una agenda nacional e internacional, de teoría y de dogmática legal para arribar a un estado de derecho acorde a este siglo XXI y donde la ciencia penal es insustituible.

Tampoco es mi deseo profundizar en temas de corrupción, inexistencia o no de la división de poderes y de la autonomía del poder judicial, si el modelo de justicia oral representa un fracaso para países latinoamericanos, si la impunidad aniquila cualquier dato estadístico de aplicación de justicia, si existe un derecho victimario o no. En suma, si el derecho punitivo del estado lo salvaguardara de estas contradicciones y si la axiología legal permitirá la reivindicación de una sociedad global bajo la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.

IV. BIBLIOGRAFÍA

INNERARITY Daniel/ SOLANA Javier, La humanidad amenazada: gobernar los riesgos globales, Paidós, España, 2011.

MONTERO ZENDEJAS, Daniel, La desaparición del estado, Porrúa, México, 1999.

O´DONNELL, Guillermo, “Notas sobre la democracia en América Latina” en: La democracia en América Latina. Hacia una democracia de ciudadanas y ciudadanos, PNUD, New York, USA, 2004.

THE WORLD BANK, Hoja informativa: un ajuste de líneas de pobreza global, en:

https://www.worldbank.org/en/news/factsheet/2022/05/02/fact-sheet-an-adjustment-to-global-poverty-lines

ZARROUK, Mourad, Orígenes del terrorismo global: una propuesta de análisis, Revista de relaciones internacionales, estrategia y seguridad, vol. 6, no. 1, Bogotá, Colombia, junio, 2011.

* * * * *

M.ª Dolores Pardeza Nieto

Juez adscrita a Tribunal Superior de Justicia de Navarra, España. Socia de la FICP.

~El porqué de la reforma de los delitos sexuales~

El Congreso de los Diputados ha dado su visto bueno al proyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual de 6 de junio de 2022, aprobada en pleno extraordinario de 25 de agosto, con la que se pretende combatir la violencia sexual para lo cual se reformulan estos delitos.

El origen de esta reforma lo encontramos en el popularmente conocido como caso "La manada", su gran repercusión mediática ha llevado a replantear los conceptos de abuso y agresión sexual que tanta polémica han generado. Las protestas debidas a para unos, escasa pena inicial impuesta, (9 años de prisión) al hecho de que la víctima no se pronunciara respecto al consentimiento desató la polémica. Los acusados defendían unas relaciones sexuales consentidas, postura que recoge el Magistrado D. Ricardo Javier González quien nos explica en su voto particular de la Sentencia de la Audiencia de Navarra que no apreció violencia ni tampoco el resto de los magistrados que componían la sala, quienes condenan por un delito de abuso y no de agresión sexual.

La prueba de la grabación de los hechos fue usada como elemento probatorio de cargo y de descargo tanto por la defensa como por las acusaciones, existió una duda razonable que hizo que en primera instancia se condenara por abuso tanto por la Audiencia de Navarra como por el Tribunal Superior de Justicia. La diferencia en la calificación jurídica radica en la existencia o no de violencia o intimidación y en la prestación de consentimiento. Sin embargo el Tribunal Supremo consideró que existió violación y eleva las penas de 9 a 15 años de prisión, consideran que existió un delito continuado de violación, argumentan que el relato de los hechos describía un auténtico escenario intimidatorio en el que la víctima en ningún momento consiente los actos sexuales que se llevaron a cabo; señaló que la situación "intimidante" del grupo sobre la víctima es la que hizo que la joven "adoptara una actitud de sometimiento, haciendo lo que los autores le decían que hiciera**,** ante la angustia e intenso agobio que la situación le produjo por el lugar recóndito, angosto y sin salida en el que fue introducida a la fuerza"

La nueva tipificación de los delitos sexuales suprime la agresión y el abuso considerándose todas agresiones: todas las conductas que atenten contra la libertad sexual sin el consentimiento de la otra persona será agresión.

Se definen de nuevo este concepto agresión sexual de esta forma:

"Se consideran violencias sexuales los actos de naturaleza sexual no consentidos o que condicionan el libre desarrollo de la vida sexual en cualquier ámbito público o privado, lo que incluye la agresión sexual, el acoso sexual y la explotación de la prostitución ajena, así como todos los demás delitos previstos en el título VIII del libro II de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, orientados específicamente a proteger a personas menores de edad."

El tipo básico de las agresiones sexuales se amplía a cualquier acto que atente contra la libertad sexual definiéndose el consentimiento cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona.

También se define el consentimiento de modo afirmativo tal y como pide el Convenio de Estambul, así: "sólo entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona", invirtiéndose así la carga de la prueba.

El artículo 178.2 CP queda con la siguiente redacción: "A los efectos del apartado anterior, se consideran en todo caso agresión sexual los actos de contenido sexual que se realicen empleando violencia, intimidación o abuso de una situación de superioridad o vulnerabilidad de la víctima, así como los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuya situación mental se abusare y los que se realicen cuando la víctima tenga anulada por cualquier causa su voluntad. "

Se prevé una agravación para los casos de sumisión química, es decir cuando para la comisión de estos hechos el autor haya anulado la voluntad de la víctima suministrándole fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto.

Otra de las agravantes que contempla la nueva ley es forzar a la pareja, que el agresor sea pareja o ex pareja castigado con dos años de prisión y el acoso callejero este nuevo delito que se castiga con localización, multa o trabajos en beneficio de la

comunidad se refiere a comportamientos o proposiciones sexuales hostiles, intimidatorias o humillantes.

Se introduce una graduación en atención a la menor entidad del hecho cuya pena puede degradarse hasta la multa.

Para ver como se resuelven los problemas concursales que surgirán al aplicar los nuevos tipos deberemos esperar los pronunciamientos de los tribunales. Cuestiones como¿se agrava el medio empleado o se agrava el hecho por el estado de la víctima? Si eliminamos por la reforma la distinción entre la agresión y el abuso por medio de violencia, ¿no supone un acto de violencia la sumisión química?

La reforma introduce también en atención del derecho a reparación integral de la víctima la atención inmediata, pudiendo los servicios sociales acreditar una situación de violencia sexual, para lo que se creará un servicio por provincia de atención permanente de 24 horas (2024) casas de niños y niñas para menores donde acudirán los distintos profesionales

También las mujeres en situación irregular que hayan sido víctimas de violencia sexual tendrán derecho a permiso de residencia y trabajo.

Se castigará tanto la difusión como la redifusión de material privado sin el consentimiento de la víctima con la pena de multa de uno a tres meses a quien habiendo recibido imágenes o grabaciones audiovisuales sin autorización de la persona afectada y que menoscaben gravemente la intimidad de esa persona las difunda, revele o ceda a terceros sin el consentimiento del afectado, lo que se complementará con la actuación de la Agencia de Protección de Datos quien creará un canal sencillo para denunciar estos comportamientos.

Por último, otra de las novedades es que se incluye el concepto de violencia económica en la ley contra la violencia de genero.

Se pasa así de un sistema que exige demostrar que la víctima se negó y resistió a todo lo contrario en el que se requiere un consentimiento afirmativo, todo acto sexual sin un consentimiento claro será agresión o violación, no siendo preciso que medie violencia o intimidación.

Esta reforma plantea dudas en su aplicación ¿Debe tener la misma pena aquel que atente contra la libertad sexual mediante violencia o intimidación del que lo haga a una

víctima que carezca de consentimiento? ¿Tendrá la misma pena el que ataca a la víctima con violencia que el supuesto en el que se está iniciando una relación de pareja con el desarrollo de prácticas sexuales?

¿Deberá pedirse consentimiento previo, expreso de participar en el acto sexual? ¿Qué ocurriría si la victima da el consentimiento, pero después no manifiesta su cambio de criterio?

Se irán esclareciendo todas las dudas a partir de su entrada en vigor a partir del mes de septiembre de 2022.

* * * * *

Dra. Yolanda Pardo González
Juez adscrita al Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Socia de la FICP.

~*Me too* y la nueva regulación del delito de acoso sexual~

I. INTRODUCCIÓN: EL MOVIMIENTO *ME TOO*.

El movimiento conocido a nivel internacional con el nombre de "*Me too*", tuvo su origen en 2.017, a partir de la denuncia de la artista norteamericana Alyssa Milano contra el productor y magnate de la industria cinematográfica Harvey Weinstein, quien propuso lo siguiente en la red *Twitter*: "Si has sido acosada o agredida sexualmente escribe "me too" como respuesta a este tuit"[1].

No se trató de una denuncia ante la autoridad judicial sino ante las redes sociales, basada en las numerosas acusaciones de abusos sexuales aparecidas en los medios de información en Estados Unidos, referidas a las coacciones sexuales ejercidas por el citado magnate cinematográfico frente a jóvenes artistas, consistentes en un intercambio de favores sexuales a cambio de promoción profesional, sino que la actriz Alyssa Milano propuso la promoción de un hashtag en las redes sociales, a modo de denuncia de tales hechos, simplemente bajo el concepto de *me too* (en español, yo también) hashtag que superó todas las previsiones y se extendió por todo el mundo, principalmente a través de la red *Twiter*, bajo diversas denominaciones: #*QuellaVoltaChe* (aquella vez que) en Italia, #*YoTambién* en España y Latinoamérica o el #*BalanceTonPorc* (Denuncia a tu cerdo) en Francia

Sin embargo, el concepto *Me too*, ya había sido usado y popularizado en Estados Unidos por la activista afroamericana Tarana Burke, activista feminista y antirracista, quien usó la frase por primera vez como hashtag en el año 2006 a través de la red social *Myspace*.

El hashtag relanzado por Alyssa Milano se hizo viral y fue retuiteado más de 200.000 veces el 15 de octubre de 2017[2] y más de 500.000 veces al día siguiente[3] y en

[1] *If you've been sexually harassed or assaulted write 'me too' as a reply to this tweet.*
RESPERS, Lisa (16 de octubre de 2017). MeToo: Social media flooded with personal stories of assault. CNN.
https://edition.cnn.com/2017/10/15/entertainment/me-too-twitter-alyssa-milano

[2] loc. cit.

[3] SINI, Rozina (16 de octubre de 2017). 'MeToo' and the scale of sexual abuse. BBC News. https://www.bbc.com/news/blogs-trending-41633857.

Facebook hubieron más de 12 millones de entradas las primeras 24 horas[4].

Hay que referirse necesariamente al gran número de artistas, profesionales de los medios de comunicación y celebridades que se volcaron en el movimiento[5], expresando con el hashtag que también habían sufrido acoso sexual en el desarrollo de su vida profesional, hecho que, con toda seguridad, actuó como dinamizador viral de la iniciativa.

La referencia al movimiento *Me too* se sustenta en que los delitos relativos a la denuncia viral, cobraron una gran importancia ante la opinión pública mundial y, en igual medida en España, pese a la existencia previa de su regulación en nuestro ordenamiento jurídico en el art. 184 del CP bajo la tipificación de acoso sexual, si bien las denuncias origen del movimiento también incluyen el tipo penal de abuso sexual.

Lejos del efecto mediático producido por el movimiento *Me too*, señalar el antecedente, también mediático, en nuestro país. del llamado "caso Nevenka", referido al acoso sexual del alcalde de Ponferrada sobre la teniente de alcalde de Hacienda Nevenka Fernández y que culminó con la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León núm. 1/2002 de 29 de mayo de 2002 que condenó al alcalde como autor de un delito de acoso sexual a la pena de multa de nueve meses con una cuota diaria de veinticuatro euros (24 euros) y a la indemnización por todos los conceptos en la cantidad de 12.000 euros. La pena impuesta por acoso sexual fue rebajada por la STS 1460/2003, de 7 de noviembre, en el sentido que absolvió al autor de la comisión del subtipo agravado, y rebajó la pena de multa en tres meses, en las mismas condiciones impuestas por la sentencia de instancia.

La sentencia del Tribunal Supremo contuvo dos votos particulares formulados por los magistrados Excmo. Sr. D. Jose Manuel Maza Martin y Excmo. Sr. D. Diego Ramos Gancedo, votos particulares ambos en favor de la estimación del recurso de casación formulado por la víctima, respecto a la condena por delito de lesiones atendiendo a la gravedad de la depresión sufrida por la víctima como consecuencia del delito de acoso sexual.

[4] More than 12M 'Me Too' Facebook posts, comments, reactions in 24 hours. CBS News. https://www.cbsnews.com/news/metoo-more-than-12-million-facebook-posts-comments-reactions-24-hours.

[5] RIFE, Katie. An incomplete, depressingly long list of celebrities' sexual assault and harassment stories. The A.V. Club.
https://www.avclub.com/an-incomplete-depressingly-long-list-of-celebrities-se-1819628519

Si bien no con la repercusión mediática del movimiento Me too, la sentencia del caso Nevenka tuvo un fuerte impacto en la opinión pública española, siendo el primer antecedente de condena por acoso sexual en el ámbito laboral y respecto a una figura política de relevancia.

II. ANÁLISIS A PARTIR DEL PROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE GARANTÍA INTEGRAL DE LA LIBERTAD SEXUAL, APROBADO EN FECHA 25 DE AGOSTO DE 2022.

Tal como hemos expresado, la denuncia del movimiento *Me too* se refiere al delito tipificado en el art. 184 del CP como acoso sexual, aunque como hemos anunciado, las denuncias relacionadas con el movimiento también incluyen el tipo penal de abuso sexual, dependiendo del posible consentimiento a la proposición por parte de la víctima.

El proyecto de LO de garantía integral de la libertad sexual aprobado finalmente por el Congreso de los Diputados en fecha 25 de agosto de 2022, modifica el artículo 184 CP que queda redactado como sigue:

> «*Artículo 184.*
>
> *1. El que solicitare favores de naturaleza sexual, para sí o para un tercero, en el ámbito de una relación laboral, docente, de prestación de servicios o* ***análoga,*** *continuada o habitual, y con tal comportamiento provocare a la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante, será castigado, como autor de acoso sexual,* ***con la pena de prisión de seis a doce meses o multa de diez a quince meses e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o actividad de doce a quince meses.***
>
> *2. Si el culpable de acoso sexual hubiera cometido el hecho prevaliéndose de una situación de superioridad laboral, docente o jerárquica****, o sobre persona sujeta a su guarda o custodia****, o con el anuncio expreso o tácito de causar a la víctima un mal relacionado con las legítimas expectativas que aquella pueda tener en el ámbito de la indicada relación,* ***la pena será de prisión de uno a dos años e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o actividad de dieciocho a veinticuatro meses****.*
>
> ***3. Asimismo, si el culpable de acoso sexual lo hubiera cometido en centros de protección o reforma de menores, centro de internamiento de personas extranjeras, o cualquier otro centro de detención, custodia o acogida, incluso de estancia temporal, la pena será de prisión de uno a dos años e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o actividad de dieciocho a veinticuatro meses, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 443.2.***
>
> *4. Cuando la víctima se halle en una situación de especial vulnerabilidad por razón de su edad, enfermedad o discapacidad, la pena* ***se impondrá en su mitad superior****.*
>
> ***5. Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis, una persona jurídica sea responsable de este delito, se le impondrá la pena de multa de seis meses a dos años. Atenidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.»***

(En negrita las modificaciones respecto a la anterior redacción del art. 184 CP).

El legislador ha modificado el precepto, tanto en las acciones de las dinámicas comisivas, que se consideraran delictivas, como en el aumento de la punibilidad.

Así, se incrementan las presuntas conductas acosadoras y se amplía el abanico de los sujetos activos del delito, incrementando el castigo al llamado "acoso horizontal" o entre personas iguales, en el sentido de que ocupan un mismo status en el centro de trabajo docente o análogo, aumentando la pena e implementando una pena accesoria de inhabilitación sin precisar un requisito adicional de prevalimiento a pesar de que continua siendo para el legislador, de mayor gravedad, cuando se cometen las mismas acciones desde una posición de poder sobre la víctima.

Las penas previstas ya no se consideran tan nimias o insignificantes, como eran criticadas por ciertos sectores en las anteriores versiones del código penal, pues en la mayoría de los casos, además de la pena principal, cobra especial relevancia la pena accesoria de inhabilitación, que no es alternativa ni potestativa, sino preceptiva, en el nuevo redactado del precepto.

Las ultimas demandas sociales y las opiniones vertidas por parte de la doctrina, que venían reclamando mayor punibilidad para este tipo de acciones, han encontrado respuesta en la reforma, que ahora sí, ampliado el precepto, se han contemplado unos supuestos que tenían, por un lado, un encaje punible deficitario y, por otro, se han ampliado a supuestos que no se contemplaban, me refiero en concreto, al apartado 3 y 5 del nuevo precepto.

Según algún sector doctrinal, la única modalidad de acoso como figura delictiva, atendiendo a la punibilidad y requisitos exigidos en el tipo, es la prevista en el párrafo segundo del precepto, conocida como "acoso vertical" o "chantaje sexual".

En opinión de este sector doctrinal "esta segunda infracción, la agravada, debería ser la única que debería permanecer en ese contexto delictivo como "genuino atentado de dicha naturaleza a la libertad sexual de las personas, en si misma dotada de la suficiente entidad penal como para ser criminalmente sancionada a tales efectos"[6].

Pero lejos queda la figura genérica básica de acoso introducida en el CP 1999, el proyecto recientemente aprobado, tiene a mi juicio, una visión acertada de futuro y el

[6] CARMONA SALGADO, Concepción. Perspectiva multidisciplinar de las diversas modalidades de acoso. Vlex, 2018.

legislador, sin modificar la esencia, ha dado un paso en la regulación del tipo delictivo, que debe ser acogido positivamente.

Procede un análisis, aunque no exhaustivo, de los cambios introducidos.

El bien jurídico protegido sigue siendo, la libertad sexual, al igual que en todos los delitos tipificados en el titulo VIII, del Libro II CP.

El tipo penal básico previsto en el art. 184.1 CP castiga al que solicitare favores de naturaleza sexual, para sí o para un tercero, en el ámbito de una relación laboral, docente o de prestación de servicios, o análoga, continuada o habitual, y con tal comportamiento provocare a la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante.

La primera novedad introducida en el apartado 1 del precepto, consiste en una ampliación del ámbito donde puede realizarse el tipo penal, mediante el término "análoga", término que pretende alcanzar supuestos no previstos expresamente en la norma, con el carácter futurible de *numerus apertus.*

En cuanto a la modificación respecto de la punibilidad, no solo se prevé un incremento de la pena -prisión de seis a doce meses o multa de diez a quince meses- sino que se introduce una nueva pena accesoria, no prevista con anterioridad, consistente en la inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o actividad de doce a quince meses.

El tipo penal de acoso, en relación a la punibilidad, ya no puede considerarse de escaso reproche penal, sin obviar que la propia ubicación sistemática del tipo -capítulo VI, capitulo VIII- conlleva automáticamente la aplicación de la disposición común a todos los delitos contra la libertad e indemnidad sexual (art. 191 a 193 CP). En estas disposiciones comunes se regulan las siguientes cuestiones: requisitos de procedibilidad, aplicación de la libertad vigilada a estas infracciones, agravación de la responsabilidad para sujetos activos que son responsables de menores o personas con discapacidad, algunas cuestiones de responsabilidad civil y la medida de seguridad o cautelar de clausura temporal de locales.

El tipo básico sigue exigiendo para su realización la concurrencia de tres requisitos:

1. Ha de existir una pretensión traducida en una solicitud de favores de naturaleza sexual entre iguales, que puede ser verbal, escrita por insinuaciones o gestos y consiste en exteriorizar una pretensión o petición con un propósito sexual.

2 . Debe existir entre la víctima y el autor una relacion laboral, docente o de prestación de servicios habitual o continuada, habiéndose añadido la posibilidad de relación análoga.

3. Se exige como resultado, que la víctima, como consecuencia de la acción delictiva, se coloque en una situación objetivamente humillante, hostil o de hostigamiento o intimidación grave.

La STS 1460/2003, de 7 de noviembre ya estableció los elementos que deben concurrir para calificar una conducta de acoso sexual:

> "*1º.- La acción típica está constituida por la solicitud de favores sexuales.*
>
> *2º.- Tales favores deben solicitarse tanto para el propio agente delictivo como para un tercero.*
>
> *3º.- El ámbito en el cual se soliciten dichos favores lo ha de ser en el seno de una relacion laboral, docente o de prestación de servicios, continuada o habitual.*
>
> *4º.- Con tal comportamiento se ha de provocar en la victima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante.*
>
> *5º.- Entre la acción que despliega el agente y el resultado exigido por la norma penal debe existir un adecuado enlace de causalidad.*
>
> *6º.- El autor tiene que obrar con dolo, no permitiendo la ley formas imprudentes en su comisión*".

El léxico utilizado nos indica qué se considera por acción delictiva, consumándose el tipo por la simple solicitud de favores sexuales, de cualquier contenido, que se hace llegar a una persona de su mismo entorno laboral, docente, de prestación de servicios o análoga, sin ser exigible la concesión del favor por la destinataria, ya que, de concederse, podríamos estar ante la consumación de otro tipo penal.

La acción típica, como ya he mencionado anteriormente, se consuma con ese requerimiento, petición o solicitud y no exige el legislador siquiera que se verbalice, siendo suficiente que se exteriorice de manera directa e inequívoca, y tampoco exige que la víctima acceda, pero sí que provoque en la misma una situación de intimidación grave, hostil o de humillación y, por tanto, estamos ante un delito de resultado, cuya única prueba de cargo, en ocasiones, se reduce a la credibilidad del testimonio de la víctima, por lo que, en mi opinión, además de la intención dolosa del autor es necesario un resultado anímico

en la victima. En este sentido, no comparto la visión de un sector doctrinal que cataloga este delito como de mera actividad.

Sí que comparto la doctrina referida a la problemática concursal, especialmente con el delito de abuso sexual, ya que en relación a este delito (art. 181.3 y 182 CP) debe repararse en que el delito de acoso no requiere que el favor sexual haya sido consumado, basta con la solicitud, mientras que el delito de abuso si que exige la existencia de esos abusos. Podría pensarse que como en ambos casos está comprometida o afectada la autodeterminación sexual habrá que concluir que se trata de un concurso de normas que se resuelve por el principio de consunción (art. 8.3 CP), puesto que el delito de abuso sexual consume al delito de acoso. No obstante, cuando los hechos se desarrollen en planos temporales y pueda afirmarse la existencia de distintas acciones, no será un concurso de normas sino un concurso real de delitos[7].

La STS 349/2012, de 26 de abril determina lo que debemos entender como una situación gravemente intimidatoria, hostil o humillante afirmando que "*el tipo penal no requiere que la víctima sucumba y padezca más trastornos que la mera ubicación en una situación que merezca aquellas calificaciones. Existe responsabilidad penal, aunque la entereza de la víctima le permita afrontar sin otros daños la situación indicada. Desde luego no es necesario que como efecto de dicha situación la victima padezca estrés alguno, por más que en el caso que juzgamos además concurra éste".*

Siguiendo con el análisis del precepto, la parte subjetiva del tipo exige dolo, no siendo posible la comisión por imprudencia. El dolo debe abarcar todos los requisitos enumerados, siendo posible la modalidad de comisión por dolo eventual.

Respecto a la nueva regulación del subtipo agravado del art. 184.2 CP, la novedad principal respecto a la anterior regulación, reside en la introducción como víctimas a los sometidos a guarda o custodia del autor y, siguiendo el criterio de punibilidad establecida en el tipo básico, el legislador ha procedido a un aumento de la duración de la pena de prisión de uno a dos años, así como la imposición de la pena accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o actividad, de dieciocho a veinticuatro meses.

[7] BARJA DE QUIROGA, Jacobo y GRANADOS PÉREZ, Carlos, Manual de Derecho Penal, Tomo II, Ed. Aranzadi, 2018.

El apartado 3 del art.184 constituye una importante novedad, estableciendo un nuevo subtipo agravado relativo a la protección de víctimas acogidas en centros de detención, custodia o acogida, castigando con la pena de prisión de uno a dos años e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o actividad de dieciocho a veinticuatro meses, salvaguardando el concurso de normas (art. 8.1 CP) en el supuesto previsto en el art. 443.2 CP respecto a los funcionarios de instituciones penitenciarias o de centros de protección o corrección de menores, con lo que este precepto será de aplicación a los centros que no tengan la condición de instituciones penitenciarias o centros de protección de menores (comisarias y otros centros de detención, centros de acogida de inmigrantes, centros de menores…).

El nuevo apartado 4 se corresponde con el anterior apartado 3 pero aumentando la punibilidad respecto a las víctimas de especial vulnerabilidad, por razón de su edad, enfermedad o discapacidad, estableciendo la pena del tipo básico en su mitad superior.

Por último, la mayor novedad de la reforma en cuanto al delito de acoso sexual reside en la previsión regulada en el apartado 5 del art. 184, respecto a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a lo establecido en el art. 31 bis CP y la posibilidad de imponer, a la persona jurídica, las penas, consideradas todas ellas como graves, establecidas en el art. 33.7 CP.

A título indicativo, en referencia al caso Nevenka citado, hubiera podido ser imputada en la instrucción, la Administración Pública dirigida por la autoridad condenada.

La STS 830/2014, de 28 noviembre condenó por responsabilidad civil subsidiaria a una conocida entidad de centros comerciales a indemnizar a una víctima de acoso sexual, empleada en uno de sus centros, por parte de uno de sus superiores, en la cantidad de 75.000 euros de conformidad con lo dispuesto en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Considero de interés reproducir parcialmente la motivación de tal condena:

"*SEXTO*

En realidad, el motivo que debe ser analizado con mayor profundidad en lo tocante a este recurrente (persona jurídica), *es el motivo cuarto que, bajo el amparo de estricta infracción legal, denuncia la infracción del art. 120.4º del Código Penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) , censurando la concurrencia de los requisitos necesarios para declarar la responsabilidad civil subsidiaria.*

Se queja de que el delito no se ha cometido en el desempeño de las obligaciones y funciones o servicios laborales del acusado en el marco de su dependencia con Mercadona.

El art. 120, apartado 4º, del Código Penal dispone que serán responsables civiles subsidiarias: «Las personas naturales o jurídicas dedicadas a cualquier género de industria o comercio, por los delitos o faltas que hayan cometido sus empleados o dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus obligaciones o servicios».

Según resulta de la jurisprudencia de esta Sala (Sentencias como la 84/2009, de 30 de enero (RJ 2009, 441) y 85/2007, de 9 de febrero (RJ 2007, 800) , entre muchas otras), declara que para que pueda entrar en juego la clase de responsabilidad de que aquí se trata, exigen: a) una relación de dependencia del autor de la acción y la persona o entidad implicada en aquella; b) que el responsable penal actúe en el marco de las funciones propias del cargo o empleo, aun cuando lo hubiera hecho con cierta extralimitación; y, c), consecuentemente, cierto engarce o conexión entre el delito y la clase de actividad propia de la relación de empleo.

…

Por lo demás, el acoso laboral significa, como su nombre indica, que el delito se produjo en el ámbito empresarial de la entidad recurrente.

La inexistencia del establecimiento de controles a los empleados que dirigen la tienda supone el primer módulo para declarar la responsabilidad civil subsidiaria de la empresa.

Además, en el caso enjuiciado, no puede decirse que la acción delictiva fuera puntual o episódica, sino más bien muy prolongada en el tiempo, lo que significa que cualquier tipo de control brilló por su ausencia.

Ciertamente no puede llegarse a declararse un beneficio a la empresa por razón de tal actividad delictiva, al modo de cómo hoy se describe en el art. 31 bis del Código Penal, pero ha de convenirse que ***no estamos juzgando la responsabilidad penal de la persona jurídica, cuyos controles para su activación han de ser más rigurosos, sino estamos declarando un aspecto meramente civil, cual es la responsabilidad civil subsidiaria****, que por tal carácter, deberá recaer directa y principalmente sobre el acusado Pedro Enrique y tras su insolvencia en su principal, al no haberse implantado los controles necesarios para evitar este tipo de conductas en la empresa, estando justificada tal responsabilidad civil no solamente en los principios clásicos de la falta in eligendo o in vigilando, sino en la responsabilidad objetiva por la que esta Sala Casacional camina incesantemente para procurar la debida protección de las víctimas en materia de responsabilidad civil subsidiaria.*"

Es evidente que con la nueva redacción no estaríamos ante una responsabilidad civil subsidiaria, sino ante una responsabilidad penal, con las consecuencias a las que ya alude la sentencia del alto tribunal transcrita.

III. CONCLUSIONES.

La primera conclusión debe formularse a modo de pregunta: ¿Ha influido el movimiento Me too en la reforma del art. 184 CP?

Según mi opinión, y volviendo al inicio de la ponencia, si bien ya existía el tipo delictivo en el ordenamiento jurídico español, el movimiento Me too ha puesto en las

páginas de toda la prensa nacional e internacional y en los medios de comunicación audiovisuales, el delito de acoso sexual en los ámbitos laborales y profesionales, de la misma manera que el movimiento "No es No" ha tenido idénticas consecuencias respecto al delito de abusos sexuales y, si bien no procede una afirmación rotunda, sí que a mi entender ha movilizado una reforma desde largo tiempo esperada.

A pesar, como ya se ha expresado, de una rotunda calificación positiva de la reforma, permanecen los problemas comunes a todos los tipos delictivos de carácter sexual respecto a la prueba de cargo, la cual, en numerosas ocasiones, sigue siendo la declaración de la víctima, siendo de aplicación la doctrina jurisprudencial previa a la reforma, constituyendo especial referencia la STS 695/2020, de 16 de diciembre respecto a la denominada "declaración progresiva de la víctima", siendo de utilidad la figura del derecho anglosajón *victim impact statements* (declaración por escrito de la víctima), en referencia a la prueba de único testigo.

Apuntar, a mi juicio, una nota negativa en la reforma, referida a la exigencia del tipo básico en cuanto a que la relación entre autor y víctima debe ser continuada o habitual, cuando, según mi opinión, también debieran estar incluidas en el tipo delictivo las relaciones temporales o puntuales, dependiendo en todo caso, de la repercusión emocional o psíquica en la víctima.

* * * * *

Montserrat Vilà Roura

Abogada no ejerciente. Funcionaria del Ministerio de Justicia, España. Socia de la FICP.

~Análisis de la STS, Sala penal, 635/2022, de 23 de junio de 2022, referente a la consideración que tienen los patinetes eléctricos a efectos del delito de conducción sin licencia del art. 384 CP~

SUMARIO: I. Introducción. II. Hechos probados. III. Motivos del recurso de casación. IV. Resolución del recurso de casación. 1. El recurso de casación contra las sentencias dictadas en apelación por las audiencias provinciales. 2. Sobre la admisión del recurso. 3. Consideración de los patinetes eléctricos a efectos del artículo 384 del Código Penal. 4. El error y la comisión imprudente en este tipo de delitos. V. Conclusiones. VI. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

Analizamos la novedosa STS, Sala Segunda, 635/2022, de 23 de junio de 2022, referente a la nueva realidad social, en que existen múltiples vehículos de dos ruedas con motor eléctrico. La cual, resuelve el recurso de casación interpuesto contra la sentencia que condena al acusado como autor responsable de un delito de conducción sin permiso. Los Fundamentos de Derecho de dicha Sentencia, se estructuran en cuatro partes: el preliminar, en relación con el recurso de casación contra las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales, el primero, sobre la admisión del presente recurso, el segundo, hace mención a la consideración de los patinetes eléctricos a efectos del artículo 384 del Código penal y el último, referente al error y a la comisión imprudente en este tipo de delitos.

Destacar el especial énfasis que hace relacionado con la necesidad de que conste en los hechos probados los elementos configurativos y todas las características necesarias para poder clasificar correctamente el vehículo que se ha conducido. Siendo necesaria una legislación administrativa más concreta o la expedición de una certificación administrativa sobre las características técnicas del vehículo, dada la diversidad de estos aparatos en la sociedad actual.

II. HECHOS PROBADOS

El Juzgado mixto núm. 1 de Puente Genil elevó las diligencias urgentes núm. 19/2020 por no haber conformidad del acusado al Juzgado de lo Penal núm. 4 de Córdoba, en que dictó sentencia núm. 63/2020, en fecha 1 de julio de 2020, en el procedimiento de juicio rápido núm. 111/2020. La sentencia establecía, como hechos probados, los siguientes: El acusado, sobre las 11:00 horas del día 15 de junio de 2020, conducía el

ciclomotor con matrícula XXX por una de las calles de la población de Puente Genil, cuando fue interceptado por una patrulla de la Guardia Civil, la cual observó que no llevaba el casco reglamentario y posteriormente vieron que este conducía sin haber obtenido nunca la licencia de conducción. Y dictó sentencia en que condenaba al acusado como autor responsable de un delito de conducción sin permiso o licencia de conducción, tipificado en el artículo 384 del CP.

Como consecuencia de dicha resolución, se interpuso recurso de apelación por la representación procesal del condenado ante la Audiencia Provincial de Córdoba. La cual dictó la sentencia núm. 259/2020, en fecha 8 de octubre de 2020, decidiendo rebajar la pena multa impuesta y añadiendo en los hechos probados, que el acusado no conocía que necesitaba tener la licencia de conducir para circular con su patinete eléctrico, este desconocimiento lo podía haber evitado, manteniendo los demás pronunciamientos de la sentencia apelada.

Posteriormente, la representación procesal del condenado interpuso recurso de casación contra la sentencia dictada en apelación por la Audiencia Provincial de Córdoba.

III. MOTIVOS DEL RECURSO DE CASACIÓN

La defensa interpuso recurso de casación contra la sentencia en segunda instancia por tres motivos. El primero de ellos, por infracción de precepto constitucional, de conformidad con el art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante LECr), y los dos últimos, por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 de la LECr, por indebida aplicación del art. 14.1 y 3 del Código Penal, uno, porque el error apreciado en la sentencia debía ser de tipo y no de prohibición y el otro, considera que, aunque el error sea vencible, conlleva una falta de tipicidad, por la inexistencia de dolo.

IV. RESOLUCIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN

Los fundamentos de derecho de la presente resolución, se estructura en cuatro partes: el preliminar en relación con el recurso de casación contra las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales, el primero sobre la admisión del recurso, el segundo hace mención a la consideración de los patinetes eléctricos a efectos del artículo 384 del Código penal y el último relacionado con el error y la comisión imprudente en este tipo de delitos.

1. El recurso de casación contra las sentencias dictadas en apelación por las audiencias provinciales

El Tribunal Supremo menciona que el presente recurso se ha interpuesto en virtud del art. 847.1 b) de la LECr en relación con el art. 849.1 del mismo cuerpo legal, en que se puede interponer recurso casacional contra las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales y por la Sala Penal de la Audiencia Nacional por infracción de ley, mediante el motivo de haberse vulnerado un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de la Ley Penal, inadmitiendo los que se formulen en virtud de infracciones procesales, constitucionales o por quebrantamiento de forma. No obstante, se permite alegar normas constitucionales para fomentar el recurso por infracción de la norma penal sustantiva.

El motivo de esta modalidad del recurso, es la función de unificar la doctrina por parte de la presente Sala, referente a todos los delitos tipificados en el CP, excepto cuando se haya enjuiciado solamente delitos leves. Y se fundamenta, en la seguridad jurídica (art. 9.3 CE), más que en la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), debido a su función.

En el caso de que se inadmita el recurso por esta Sala, la providencia dictada no será recurrible.

Todo lo que dispone en este fundamento, es de conformidad con el punto primero del Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 9 de junio de 2016, sobre unificación de criterios sobre el alcance de la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2015, en el ámbito del recurso de casación, en concreto sobre la interpretación del art. 847.1, letra b) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y también de acuerdo con lo que dijo en su día la misma sala, en la Sentencia núm. 210/2017, de 28 de marzo , que resolvió el primer recurso de casación interpuesto contra las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales.

2. Sobre la admisión del recurso

El Tribunal decide admitir el recurso de casación interpuesto, siendo el motivo alegado la infracción de un precepto constitucional, en relación con el art. 852 de la LECr, aunque debería ser inadmitido. El motivo de su admisión es que el argumento del motivo se puede reconducir a la infracción de una norma penal sustantiva conforme el art. 549.1 de la LECr., debido a que argumenta que los hechos enjuiciados no se pueden tipificar como un delito de conducción sin permiso o licencia de un vehículo a motor o ciclomotor del art. 384 del CP.

En el presente caso, se tiene que constatar la gran divergencia que existe entre los hechos probados por el Juzgado de lo Penal y los de la Audiencia Provincial. Puesto que, el Juzgado decide que el acusado conducía un ciclomotor y la Audiencia acuerda que era un patinete eléctrico y no un ciclomotor lo que conducía el acusado.

Además, también se tiene que hacer énfasis al interés casacional del motivo de impugnación, ya que referente a este tema, existen sentencias contradictorias dictadas por las Audiencias Provinciales de España. Y de la existencia a posteriori de la sentencia recurrida, del Real Decreto 970/2020, de 10 de noviembre, que modifica el Real Decreto 2822/1998, de 23 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Vehículos (en adelante RGV).

3. Consideración de los patinetes eléctricos a efectos del artículo 384 del código penal

En primer lugar, cabe hacer especial hincapié a la primera sentencia dictada por el Pleno de esta Sala, referente a la consideración que tiene los patinetes eléctricos a efectos del delito de conducción sin licencia del art. 384 CP, siendo la sentencia núm. 120/2022, de 10 de enero de 2022, en que dicta doctrina a fin de resolver este tema, y así poner fin a las sentencias disconformes entre juzgados y tribunales.

Reproduciendo todo el fundamento jurídico cuarto de dicha sentencia, el cual establece que:

- Es muy importante aplicar el RD 970/2020, de 10 de noviembre, por el que modifica el Reglamento General de Circulación (en adelante RGC) aprobado por el RD 1428/2003, de 21 de noviembre, y el Reglamento General de Vehículos (en adelante RGV), ya que define y categoriza a los Vehículos de Movilidad Personal (en adelante VMP), y a su vez, servirá para aclarar los hechos que se enjuicien sobre la conducción sin licencia, para poder determinar si la conducta está tipificada o no en el delito del art. 384 CP. Este RD del 2020 se aplicará, aunque los hechos enjuiciados hubieran pasado con anterioridad a su entrada en vigor, dado que opera a favor del reo.

- El RD mencionado, establece que los VMP no son considerados como vehículos a motor, define el concepto de bicicletas de pedales con pedaleo asistido e introduce nuevas categorías como son: los VMP, el cuatriciclo ligero, el cuatriciclo pesado y el ciclo de motor**.**

- El RGV modificado por el RD del 2020, contiene distintas definiciones a tener en cuenta:

Define que son ciclomotores: los ciclomotores de dos ruedas, los ciclos de motor y los VMP.

El VMP es definido como aquel vehículo de una o más ruedas, apto para una sola plaza e impulsado únicamente por motores eléctricos que pueden llegar por diseño a una velocidad mínima de 6 km/h y a una máxima de 25 Km/h. Pueden tener un asiendo o sillín, pero no un sistema de autoequilibrado. Pero a su vez, se excluye de estos: los vehículos para competiciones, los vehículos con una tensión de trabajo superior a 100VCC o 240 VAC, los vehículos para personas con una movilidad reducida y los vehículos incluidos en el ámbito del Reglamento (UE) n.º 168/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de enero de 2013.

- Un vehículo de dos ruedas, no se puede considera por sí mismo un ciclomotor, es necesario que en los hechos probados de la resolución consten todas las características técnicas esenciales del vehículo, para poder clasificar correctamente el tipo de vehículo que se trata.

- Conforme el Dictamen 2/2021, del Fiscal de Sala, Coordinador de Seguridad Vial, en que informa que no se puede catalogar un vehículo conforme la Ley de Seguridad Vial (en adelante LSV), dado que cuando entró en vigor esta ley, no existían muchas de las modalidades de movilidad que hay en la actualidad. Según esta ley, todo vehículo de dos, tres o cuatro ruedas que no superase los 45 km/h se consideraría, de forma equivocada, que es un ciclomotor. Actualmente, para clasificar técnicamente un vehículo se tiene que observar la definición del mencionado RD del 2020, puesto que los VMP son una categoría autónoma de vehículos distintos de los vehículos a motor, incluso de los ciclomotores.

- En consecuencia, la conducción de un VMP no está incluida en una forma típica de los delitos contra la Seguridad Vial, excepto que se utilice de forma fraudulenta la categoría de VMP para camuflar los ciclomotores o motocicletas. No es necesaria la obtención de un permiso o licencia de conducir para manejar un VMP.

- En el caso enjuiciado, en los hechos probados no se menciona si tiene o no sistema de autoequilibrado, si tiene sillín o no, ni tampoco sobre su velocidad máxima, para poderlo definir como ciclomotor o como VMP.

- Es importante establecer que no se consideran VMP, conforme el RD del 2020, los vehículos que no lleguen a 6 Km/h, ni los vehículos para personas con movilidad reducida. De aquí la relevancia de la velocidad que pueden llegar a coger, siendo un dato primordial para afectar en el bien jurídico protegido, que es la seguridad vial.

- Para enjuiciar una conducción sin licencia o permiso del artículo 384 CP, es necesario que en los hechos probados de la resolución, consten todos los datos que forman el concepto administrativo de ciclomotor o vehículo a motor, como puede ser su velocidad máxima, si tiene sillín o no, … y la exigencia de haber obtenido el permiso o licencia de conducción, con el cual se demuestra que el conductor reúne todos los requisitos de capacidad, de conocimientos y de habilidades necesarias para conducir el artefacto. Y en el caso, de que no consten en los autos todos los datos necesarios para poder clasificar adecuadamente el tipo de vehículo que se conducía, se requerirá un dictamen pericial para su categorización.

- Como cláusula final de la presente sentencia, debido a la nueva realidad social en que cada vez hay más vehículos con las características de VMP circulando por nuestro país y afectando la seguridad vial, creen necesario una legislación administrativa más precisa, que detalle si es necesario o no la obtención de una licencia para conducirlos y sobre los aspectos que se considere de interés, o que se expida un certificado administrativo sobre las características técnicas de dichos vehículos.

El Tribunal Supremo, en la sentencia que analizamos, declara que en aplicación a la mencionada doctrina y de conformidad con los hechos probados, en que no se hace referencia a las características técnicas del vehículo y que de forma incondicional se califica como ciclomotor, estima el primer motivo de la casación. Lo estima, puesto que los hechos probados se pueden tipificar como un delito de conducción sin permiso o licencia de un vehículo a motor o ciclomotor del art. 384 del CP.

4. El error y la comisión imprudente en este tipo de delitos

El Tribunal, en su fundamento jurídico tercero resuelve el segundo y tercer motivo de la impugnación.

Ante todo, se tiene que tener en cuenta que la Audiencia Provincial añadió en los hechos probados de la sentencia en apelación que “El acusado desconocía la necesidad de obtención de permiso o licencia para conducir el patinete eléctrico; desconocimiento que podía haber evitado”.

El TS no puede entrar a valorar si el error fue vencible o invencible a causa de la confusa legislación que existe en relación con los hechos probados. Esto es, como consecuencia de que el presente tribunal casacional no puede entrar a valor de forma conjunta todas las circunstancias que pasaron en el caso concreto, ya que excedería de su jurisdicción.

No obstante, el Tribunal si entra a valorar el motivo del recurso en lo que se refiere a la calificación del error, en que se debía haber observado como error de tipo[1] y no de prohibición[2], y aun siendo definido como vencible el error, se debía haber dictado una sentencia absolutoria. Todo ello, acorde con el art. 14.1. inciso segundo del CP en relación con el delito del art. 384 de la misma norma legal, el cual no tipifica la acción imprudente.

En nuestro caso, y de conformidad con el párrafo que añadió el tribunal provincial, el error es de tipo, dado que la ausencia de conocimiento del acusado no era sobre el delito que conlleva la conducción sin permiso de un vehículo o ciclomotor, sino que era sobre la clasificación del patinete eléctrico que conducía, considerado como ciclomotor.

Menciona que, aun no entrando a valorar la cuestión en relación con la clasificación del error como vencible o invencible, se dispone que es de tipo vencible de acuerdo con el fallo de la sentencia de apelación, la cual considero que el error era vencible. Y, por consiguiente, se estima también este motivo del recurso, Declarando que no está tipificada la acción imprudente en el delito del art. 384 CP.

Para concluir, falla estimando el recurso de casación interpuesto y absuelve al acusado del delito de conducción sin licencia de conducir. Además, declara las costas del presente recurso de oficio.

[1] El error de tipo se encuentra regulado en el artículo 14.1 del CP, es sobre uno de los hechos constitutivos de la infracción penal. Por lo tanto, excluye el dolo al haber desconocimiento sobre la ilicitud del hecho. A su vez puede ser invencible o invencible.

Si es un error de tipo invencible, es aquel que, atendiendo las circunstancias del hecho y las personales del autor, no se podía haber evitado, y conlleva la exclusión de la responsabilidad criminal. En cambio, si es un error de tipo vencible, se podía haber evitado, y será castigada la infracción como imprudente.

[2] El error de prohibición de conformidad con lo dispuesto en el art. 14.3 del CP, es sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal de la infracción penal. Por ello, excluye la antijuricidad y la tipicidad. También puede ser vencible o invencible.

Si es un error de prohibición invencible, no se podría haber evitado, y su autor queda exento de responsabilidad criminal. Por el contrario, si es un error de prohibición vencible, se podía haber evitado y no se ha hecho, y en este caso se impone la pena inferior en uno o dos grados.

V. CONCLUSIONES

De todas las reflexiones que preceden se pueden deducir las siguientes conclusiones:

1ª - No todo vehículo de dos ruedas, puede ser considerado por sí mismo un ciclomotor o un vehículo a motor.

2ª.- Es importantísimo que en los hechos probados consten las características técnicas del vehículo para poderlo clasificar, y en el caso de que no consten es necesario un dictamen pericial para su categorización.

3ª.- Para que sea tipificado los hechos probados como un delito del art. 384 CP, es necesario que se requiera la obtención previa de un permiso o licencia para conducir el vehículo a motor o ciclomotor.

4ª.- El error en relación con la clasificación del aparato que se conduce, es un error de tipo, y aunque sea vencible, no se puede castigar penalmente la conducta, ya que no está tipificada la acción imprudente en este delito.

5ª.- Es necesario una legislación administrativa estatal que regule todos los aspectos relacionados con los VMP, por el hecho de que en la actualidad cada vez hay más vehículos con las características de VMP circulando por la vía pública y afectando la seguridad vial.

VI. LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA

Reglamento (UE) n.º 168/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de enero de 2013, relativo a la homologación de los vehículos de dos o tres ruedas y los cuatriciclos, y a la vigilancia del mercado de dichos vehículos.

Constitución Española de 1978.

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

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.

Real Decreto 2822/1998, de 23 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Vehículos.

Real Decreto 1428/2003, de 21 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Circulación para la aplicación y desarrollo del texto articulado de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, aprobado por el Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo.

Real Decreto 970/2020, de 10 de noviembre, por el que se modifican el Reglamento General de Circulación, aprobado por Real Decreto 1428/2003, de 21 de noviembre y el Reglamento General de Vehículos, aprobado por Real Decreto 2822/1998, de 23 de diciembre, en materia de medidas urbanas de tráfico.

Dictamen 2/2021, del Fiscal de Sala, Coordinador de Seguridad Vial.

STS, Sala 2ª, núm. 120/2022, de 10 de enero de 2022.

STS, Sala 2ª, núm. 210/2017, de 28 de marzo de 2017.

Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 9 de junio de 2016, sobre unificación de criterios sobre el alcance de la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2015, en el ámbito del recurso de casación.

* * * * *

II. LEGISLACIÓN Y PROYECTOS DE LEY

1. España

Ley Orgánica 6/2022, de 12 de julio, complementaria de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

FELIPE VI

REY DE ESPAÑA

A todos los que la presente vieren y entendieren.

Sabed: Que las Cortes Generales han aprobado y Yo vengo en sancionar la siguiente ley orgánica:

PREÁMBULO

I

La Comisión de Igualdad del Congreso de los Diputados aprobó con fecha de 27 de abril de 2022 la Proposición de Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación, con la introducción de una disposición final nueva de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Al tratarse de una modificación de carácter orgánico, la Comisión de Igualdad acordó elevar a la Mesa de la Cámara la solicitud de desglose de dicha parte orgánica.

Artículo único. Modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Uno. Se modifica el artículo 22, excepción 4.ª, que queda redactado como sigue:

«4.ª Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas, antigitanos u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, edad, orientación o identidad sexual o de género, razones de género, de aporofobia o de exclusión social, la enfermedad que padezca o su discapacidad, con independencia de que tales condiciones o circunstancias concurran efectivamente en la persona sobre la que recaiga la conducta.»

Dos. Se modifican los puntos 1 y 2 del artículo 510 que quedan redactados como sigue:

«1. Serán castigados con una pena de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses:

a) Quienes públicamente fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquel, por motivos racistas, antisemitas, antigitanos u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, aporofobia, enfermedad o discapacidad.

b) Quienes produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para fomentar, promover, o incitar directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquel, por motivos racistas, antisemitas, antigitanos u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, aporofobia, enfermedad o discapacidad.

c) Quienes públicamente nieguen, trivialicen gravemente o enaltezcan los delitos de genocidio, de lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, o enaltezcan a sus autores, cuando se hubieran cometido contra un grupo o una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia al mismo, por motivos racistas, antisemitas, antigitanos, u otros referentes a la ideología, religión o creencias, la situación familiar o la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, aporofobia, enfermedad o discapacidad, cuando de este modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mismos.

2. Serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a doce meses:

a) Quienes lesionen la dignidad de las personas mediante acciones que entrañen humillación, menosprecio o descrédito de alguno de los grupos a que se refiere el apartado anterior, o de una parte de los mismos, o de cualquier persona determinada por razón de su pertenencia a ellos por motivos racistas, antisemitas, antigitanos u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, aporofobia, enfermedad o discapacidad, o produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para lesionar la dignidad de las personas por representar una grave humillación, menosprecio o descrédito de alguno de los grupos mencionados, de una parte de ellos, o de cualquier persona determinada por razón de su pertenencia a los mismos.

b) Quienes enaltezcan o justifiquen por cualquier medio de expresión pública o de difusión los delitos que hubieran sido cometidos contra un grupo, una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquel por motivos racistas, antisemitas, antigitanos u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, aporofobia, enfermedad o discapacidad, o a quienes hayan participado en su ejecución.

Los hechos serán castigados con una pena de uno a cuatro años de prisión y multa de seis a doce meses cuando de ese modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mencionados grupos.»

Disposición final única. Entrada en vigor.

La presente ley orgánica entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

Por tanto,

Mando a todos los españoles, particulares y autoridades, que guarden y hagan guardar esta ley orgánica.

Madrid, 12 de julio de 2022.

FELIPE R.

El Presidente del Gobierno,

PEDRO SÁNCHEZ PÉREZ-CASTEJÓN

Ley Orgánica 9/2022, de 28 de julio, por la que se establecen normas que faciliten el uso de información financiera y de otro tipo para la prevención, detección, investigación o enjuiciamiento de infracciones penales, de modificación de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas y otras disposiciones conexas y de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

FELIPE VI

REY DE ESPAÑA

A todos los que la presente vieren y entendieren.

Sabed: Que las Cortes Generales han aprobado y Yo vengo en sancionar la siguiente ley orgánica:

PREÁMBULO

I

La lucha contra cualquier forma grave de delincuencia, en particular, contra el fraude financiero, el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo, constituye una prioridad para la Unión Europea. En consecuencia, facilitar el intercambio y el acceso a los datos financieros resulta imprescindible al objeto de prevenir, detectar, investigar o enjuiciar, no sólo la comisión de estas acciones delictivas, sino también, respecto de otros delitos de especial gravedad.

No en vano, el modelo actual de acceso y de intercambio de información financiera es lento en comparación con el ágil ritmo con que los fondos pueden transferirse internacionalmente, dado que obtener información financiera requiere demasiado tiempo y ralentiza las investigaciones y las actuaciones judiciales.

Sin embargo, conviene recordar que el hecho de facilitar el acceso a la información financiera se compadece con la protección del derecho a la intimidad de los ciudadanos, reconocido y protegido en el artículo 18.4 de la Constitución al prever que «la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos». La protección de los datos personales se reconoce, igualmente, en el artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 y en el artículo 16.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Por su parte, el Tribunal Constitucional en la sentencia 292/2000, de 30 de noviembre, declara la existencia del derecho fundamental a la protección de datos, ya abordado en la sentencia 254/1993, de 20 de julio, pero en este caso, la novedad estriba en reconocer el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal como una categoría autónoma y distinta del clásico derecho a la intimidad, desde una amplia perspectiva de la noción de vida privada.

Este pronunciamiento coincidió en el tiempo con varias resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que entienden la protección de datos como un derecho fundamental autónomo, permitiendo a su titular disponer y controlar sus propios datos personales. Este derecho significa, en la práctica, que los ciudadanos tienen la facultad de consentir la recogida, la obtención y el acceso a los datos personales, su posterior almacenamiento y tratamiento, así como su uso por un tercero, ya sea el Estado o un particular.

II

La correcta comprensión del sentido último de esta ley requiere conocer el contexto normativo europeo, que ha evolucionado hacia un marco más sólido y coherente al objeto de reforzar la seguridad, mejorar el enjuiciamiento de los delitos financieros, luchar contra el blanqueo de capitales y prevenir los delitos fiscales en los Estados miembros.

Cabe mencionar, como el antecedente más lejano, la Directiva 91/308/CEE del Consejo, de 10 de junio de 1991, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales. Posteriormente, se adoptó la Decisión 2000/642/JAI, de 17 de octubre de 2000, relativa a las disposiciones de cooperación entre las unidades de información financiera de los Estados miembros para el intercambio de información.

La segunda Directiva 2001/97/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de diciembre de 2001, por la que se modificó la Directiva 91/308/CEE del Consejo, de 10 de junio de 1991, amplió el concepto de delito, incluyendo una noción más extensa de blanqueo que comprende la posesión y transferencia de bienes a sabiendas de que proceden de cualquier actividad delictiva. La tercera Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo, se completó con la Decisión 2007/845/JAI del Consejo, de 6 de diciembre de 2007, sobre la cooperación entre los organismos de recuperación de activos de los Estados miembros en el ámbito del seguimiento y la identificación de productos del delito o de otros bienes relacionados con el delito.

Más próxima en el tiempo, se aprobó la Directiva (UE) 2015/849 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, y por la que se modifica el Reglamento (UE) 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, y se derogan la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y la Directiva 2006/70/CE de la Comisión (IV Directiva antiblanqueo).

Esa Directiva se incorporó al ordenamiento jurídico español mediante el Real Decreto-ley 11/2018, de 31 de agosto, de transposición de directivas en materia de protección de los compromisos por pensiones con los trabajadores, prevención del blanqueo de capitales y requisitos de entrada y residencia de nacionales de países terceros y por el que se modifica la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento

Administrativo Común de las Administraciones Públicas; y que modificó la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo.

A continuación, se adoptó la Directiva (UE) 2018/843 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2018, por la que se modifica la Directiva (UE) 2015/849 relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, y por la que se modifican las Directivas 2009/138/CE y 2013/36/UE (V Directiva antiblanqueo).

Esa Directiva impulsó la coordinación y colaboración, a todos los niveles, de las Unidades de Inteligencia Financiera (UIF) de los Estados miembros, tanto entre ellas como entre las UIF y las entidades obligadas. A este respecto, cabe recordar que las mencionadas UIF se encargan de recoger y analizar la información que reciben con el objetivo de establecer vínculos entre las transacciones sospechosas y la actividad delictiva subyacente, a fin de prevenir y luchar contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo.

La regulación trae causa de los atentados terroristas en París y Bruselas, que amenazaron la paz y la seguridad de la Unión Europea, al tiempo que obligaron a fortalecer la lucha contra la financiación del terrorismo. La Directiva se transpuso en nuestro ordenamiento jurídico mediante el Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de competencia, prevención del blanqueo de capitales, entidades de crédito, telecomunicaciones, medidas tributarias, prevención y reparación de daños medioambientales, desplazamiento de trabajadores en la prestación de servicios transnacionales y defensa de los consumidores.

III

Por último, se aprobó la Directiva (UE) 2019/1153 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, por la que se establecen normas destinadas a facilitar el uso de información financiera y de otro tipo para la prevención, detección, investigación o enjuiciamiento de infracciones penales y por la que se deroga la Decisión 2000/642/JAI del Consejo, objeto de transposición por esta ley. La Directiva forma parte de la Agenda Europea de Seguridad adoptada en 2015 que reclamaba la adopción de medidas adicionales con el propósito de desarticular la delincuencia grave y organizada, toda vez que se inscribe en el correspondiente Plan de acción para reforzar la lucha contra la financiación del terrorismo.

La Directiva se articula como un instrumento jurídico independiente y específico que permite un acceso directo e inmediato a los registros centralizados de cuentas bancarias y de pagos. En España, ese registro se denomina Fichero de Titularidades Financieras, al que pueden acceder las autoridades competentes a efectos de prevención, detección, investigación o enjuiciamiento de infracciones penales, así como también, los organismos de recuperación de activos.

Este Fichero contiene los datos identificativos (nombre y apellidos o denominación social y el tipo y número de documento identificativo) de los titulares o, en su caso, de representantes o autorizados, así como de cualquier otra persona con poderes de

disposición; además, incluirá el tipo de cuenta o depósito y la fecha de apertura y cancelación. No obstante, se advierte que el Fichero de Titularidades Financieras no contiene ninguna información acerca de saldos y movimientos, sino exclusivamente la identificación del producto financiero, de la entidad de crédito en la que está y de los titulares y autorizados de la cuenta.

El acceso a esa información de manera directa e inmediata y en el marco de una cooperación leal y rápida, se entiende como indispensable para alcanzar el éxito de una investigación penal acerca de un delito considerado como grave. En efecto, la dificultad de acceder a determinada información financiera constituye un obstáculo para la investigación de delitos graves, y también entorpece la desarticulación de tramas terroristas o la localización e inmovilización de los ingresos procedentes de actividades delictivas. Interesa poner de relieve que numerosas investigaciones llegan a un punto muerto, precisamente, ante la imposibilidad de acceder de forma oportuna, exacta y completa a los datos financieros relevantes.

Con carácter previo a la aprobación de la Directiva, la mayor parte de las autoridades competentes en la Unión Europea carecían de acceso directo a la información almacenada en los registros centralizados de cuentas bancarias o en sistemas de recuperación de datos, respecto de la identidad de los titulares de cuentas bancarias. En la práctica, esta dificultad en el acceso provocaba retrasos significativos, susceptibles de afectar a las investigaciones penales.

Con el propósito de abordar esta situación, la Directiva (UE) 2019/1153 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, prevé el acceso directo de las autoridades competentes a los registros nacionales centralizados de cuentas bancarias o a los sistemas de recuperación de datos. En paralelo, se autorizará el acceso indirecto a la Agencia de la Unión Europea para la Cooperación Policial (Europol) a través de las unidades nacionales de los Estados miembros. Si bien Europol no lleva a cabo investigaciones penales, sí que apoya las acciones de los Estados miembros.

A tenor de todo lo expuesto, resulta crucial reforzar la seguridad, mejorar el enjuiciamiento de los delitos financieros, luchar contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo, así como prevenir los delitos fiscales. Para alcanzar este fin urge mejorar el acceso a la información por parte, no sólo de las UIF, sino también de las autoridades públicas responsables de la prevención, detección, investigación o enjuiciamiento de delitos graves, así como potenciar su capacidad para llevar a cabo investigaciones financieras y mejorar la cooperación. La realidad reveló que las UIF de los Estados miembros contaban con diferentes grados de acceso a las bases de datos, lo que se traducía en un insuficiente intercambio de información entre los servicios policiales y judiciales y las propias UIF. En definitiva, se trata de reforzar la cooperación policial y judicial penal.

En España, las funciones propias de la UIF son asumidas por el Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias (en adelante, Servicio Ejecutivo de la Comisión), responsable de analizar la información financiera y remitir un informe de inteligencia financiera a las autoridades designadas, si

apreciara la existencia de indicios o certezas de blanqueo de capitales, delitos subyacentes conexos o financiación del terrorismo.

Dado el carácter sensible de los datos financieros, debe establecerse, de manera específica, el tipo y alcance de la información susceptible de intercambio para lograr un equilibrio entre la eficiencia y la protección de los datos personales. Para ello, se estará a lo dispuesto en la Ley Orgánica 7/2021, de 26 de mayo, de protección de datos personales tratados para fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales; en el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento General de Protección de Datos); en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales; y en la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo.

De este modo, la ley complementa el régimen de acceso a la información financiera y del intercambio de información en la lucha contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo; con la novedad de que ya no estará circunscrito solamente a esta esfera de actuación, sino que se ve ampliado al ámbito de la prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales graves.

Esta nueva perspectiva obedece a que la Directiva (UE) 2019/1153 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, no desplaza ni sustituye la acción de las Directivas antiblanqueo, sino que se sitúa en paralelo a las mismas, a fin de mejorar el acceso y el intercambio de información financiera; en rigor, las Directivas antiblanqueo se basan en la regulación del Mercado Interior, mientras que la Directiva objeto de transposición se centra en reforzar la cooperación policial y judicial penal.

IV

La Ley se estructura a lo largo de cuatro capítulos, en 14 artículos, tres disposiciones adicionales y once finales.

El capítulo I regula las disposiciones y obligaciones generales destinadas a facilitar el acceso a la información financiera contenida en el Fichero de Titularidades Financieras bajo el amparo de la protección de las libertades públicas y los derechos fundamentales.

Asimismo, se facilita el acceso a la información de las autoridades competentes por parte del Servicio Ejecutivo de la Comisión, en su condición de UIF para la prevención y la lucha contra el blanqueo de capitales, los delitos subyacentes conexos y la financiación del terrorismo.

Del mismo modo, este capítulo recoge las definiciones a los efectos de esta ley, cobrando especial relevancia el concepto de «delitos graves» en base al anexo I del Reglamento (UE) 2016/794 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2016, relativo a la Agencia de la Unión Europea para la Cooperación Policial (Europol).

Por último, se precisa que las autoridades competentes para acceder y consultar el Fichero de Titularidades Financieras, sin perjuicio de las incluidas en el artículo 43.3 de la Ley 10/2010, de 28 de abril, son: los Jueces y Tribunales del orden jurisdiccional penal; el Ministerio Fiscal; la Fiscalía Europea; las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado; las Policías Autonómicas con competencias estatutariamente asumidas para la investigación de delitos graves; la Oficina de Gestión y Recuperación de Activos del Ministerio de Justicia; las oficinas de recuperación de activos designadas por España de conformidad con la Decisión 2007/845/JAI, de 6 de diciembre de 2007; y la Dirección Adjunta de Vigilancia Aduanera de la Agencia Estatal de Administración Tributaria. Estas autoridades lo serán en el ejercicio de sus competencias en materia de prevención, detección, investigación o enjuiciamiento de infracciones penales graves, puesto que son éstas las finalidades del uso de la información financiera que establece la Directiva objeto de transposición.

Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 46.1 de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, también podrán solicitar y recibir información financiera o análisis financieros del Servicio Ejecutivo de la Comisión: el Ministerio Fiscal; la Fiscalía Europea; las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, y las Policías Autonómicas con competencias estatutariamente asumidas para la investigación de delitos graves; además de los Jueces y Tribunales del orden jurisdiccional penal; la Dirección Adjunta de Vigilancia Aduanera de la Agencia Estatal de Administración Tributaria; así como la Oficina de Gestión y Recuperación de Activos del Ministerio de Justicia y las oficinas de recuperación de activos designadas por España.

En el capítulo II se establecen las medidas que permiten a las autoridades competentes acceder a la información contenida en el Fichero de Titularidades Financieras y su intercambio. El acceso o la consulta de esa información conlleva la existencia de un registro pormenorizado de los accesos (fecha, hora, número de referencia del expediente nacional, entre otros).

En cuanto al capítulo III, relativo al intercambio de información, se abordan las solicitudes de información de las autoridades competentes a la UIF, lo que significa que el Servicio Ejecutivo de la Comisión responderá a aquellas solicitudes de información financiera que obren en su poder. No obstante, no estará obligado a responder cuando concurran circunstancias que perjudiquen las investigaciones o los análisis en curso.

Paralelamente, el Servicio Ejecutivo de la Comisión, junto con las autoridades competentes, responderá a las solicitudes de naturaleza policial a la mayor brevedad posible, y antes de las 72 horas en caso de información financiera. Cuando las solicitudes requieran o se refieran a análisis financieros, se responderán a la mayor brevedad posible.

Concluye este capítulo regulando el intercambio de información financiera y análisis del Servicio Ejecutivo de la Comisión con las autoridades competentes de otros Estados miembros de la Unión Europea y con Europol. Esta regulación responde a la necesidad de un intercambio más eficaz de información y de una coordinación más estrecha entre las autoridades nacionales a escala transfronteriza.

El capítulo IV establece una serie de disposiciones complementarias relativas al tratamiento de datos personales derivadas de la aplicación de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, de la Ley Orgánica 7/2021, de 26 de mayo, de protección de datos personales tratados para fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales, así como del Reglamento General de Protección de Datos y de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, que adapta el Reglamento en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de éstos.

En cuanto a las disposiciones adicionales, la primera establece el régimen del Centro Nacional de Inteligencia; la segunda pone de relieve la ausencia de incremento de gasto público; y la tercera concreta ciertos aspectos del acceso al Registro Común de Datos de Identidad de la Unión Europea en aplicación de los Reglamentos europeos de interoperabilidad en el ámbito de la cooperación policial y judicial, el asilo y la migración.

Por su parte, las once finales incorporan la reforma de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, en cuanto al acceso al Fichero de Titularidades Financieras; la modificación de la Ley 8/2011, de 28 de abril, por la que se establecen medidas para la protección de las infraestructuras críticas, respecto a la colaboración de los operadores críticos; la modificación de la Ley Orgánica 7/2021, de 26 de mayo, de protección de datos personales tratados para fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales, en cuanto a su régimen sancionador.

Finalmente, se introducen tres nuevas Disposiciones finales por las que se modifican la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas (LOFCA), la Ley 22/2009, de 18 de diciembre, por la que se regula el sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía (LSFA) y la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

La modificación de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas, y de la Ley 22/2009, de 18 de diciembre, por la que se regula el sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía y se modifican determinadas normas tributarias, tiene por objeto articular la cesión a las Comunidades Autónomas del nuevo impuesto sobre el depósito de residuos en vertederos, la incineración y la coincineración de residuos.

Este impuesto ha sido creado mediante la Ley 7/2022, de 8 de abril, de residuos y suelos contaminados para una economía circular, cuyas disposiciones transitorias séptima y octava prevén un régimen transitorio de cesión del rendimiento, así como de competencias normativas y de gestión en relación con este impuesto. Así, se prevé que las Comunidades Autónomas puedan percibir transitoriamente el importe del impuesto correspondiente a los hechos imponibles que se produzcan en su territorio, así como

asumir por delegación del Estado las competencias de gestión sobre el mismo, transitoriedad que se mantendrá en tanto no se produzcan los acuerdos en los marcos institucionales de cooperación en materia de financiación autonómica establecidos en nuestro ordenamiento y las modificaciones normativas necesarias para su configuración y aplicación plena como tributo cedido.

Las modificaciones normativas a que hacen referencia las disposiciones citadas, y que resultan necesarias para la configuración y aplicación plena de este impuesto como tributo cedido, implican también la modificación de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas.

Concretamente, en esta ley Orgánica se procede a incluir el impuesto sobre el depósito de residuos en vertederos, la incineración y la coincineración de residuos en la lista de figuras tributarias que pueden ser objeto de cesión a las Comunidades Autónomas, así como a habilitar la atribución a éstas de competencias normativas sobre los tipos impositivos y la gestión de este impuesto. En la Ley 22/2009, de 18 de diciembre, se especifican las condiciones de la cesión y el punto de conexión, así como el alcance de las competencias normativas y de aplicación del impuesto que se atribuyen a las Comunidades Autónomas. La efectividad de lo establecido en ambas leyes queda, no obstante, supeditada a la adopción de los acuerdos necesarios en los marcos institucionales de cooperación en materia de financiación autonómica establecidos en nuestro ordenamiento.

En cuanto a la modificación del Código Penal, se modifica el artículo 234, apartado 2. Se acomete la reforma de los delitos de hurto para dar una respuesta adecuada a los casos de multirreincidencia. La reforma resulta necesaria porque, si bien la regulación actual prevé expresamente la posibilidad de aplicar una modalidad agravada del delito de hurto cuando el autor es multirreincidente, el Tribunal Supremo considera que esta posibilidad debe reservarse para los casos en que los delitos de hurto cometidos con anterioridad superan los 400 euros, pues de lo contrario se produciría un desproporcionado salto punitivo entre la pena prevista en el artículo 234.2 del Código Penal para los delitos de hurto inferiores a 400 euros, que es una pena de multa de 1 a 3 meses, y la pena prevista en el artículo 235.1.7.ª del Código Penal para los casos de multirreincidencia, que es una pena de prisión de 1 a 3 años. Esta regulación, conforme a la interpretación efectuada por el Tribunal Supremo, está suponiendo que los delitos leves de hurto que se cometen de manera multirreincidente no cuenten con una suficiente respuesta penal, a pesar de que son delitos que están siendo objeto de una creciente preocupación por afectar directamente no solo al turismo, al comercio y a la economía en general, sino también a la propia seguridad de los ciudadanos. Por ese motivo, se considera necesaria una reforma del artículo 234.2 del Código Penal que permita sancionar más gravemente los casos de hurtos leves no superiores a 400 euros cuando se producen de forma multirreincidente. A estos efectos, para evitar el salto desproporcionado de pena criticado por el Tribunal Supremo, se opta por aumentar la pena de estos delitos de hurto leve, pero sin llegar a la pena de prisión del tipo agravado del artículo 235.1 del Código Penal. Se prevé así que en los casos de hurtos leves o inferiores a 400 euros se aumente la pena siempre que el autor sea multirreincidente y la

cuantía total de lo sustraído, incluyendo los delitos de hurto cometidos con anterioridad, exceda los 400 euros. En tal caso, sin embargo, se deberá imponer no ya la pena del tipo agravado del artículo 235.1 del Código Penal, sino la pena del tipo básico del artículo 234.1 del Código Penal, que es una pena de prisión de 6 a 18 meses. De esta forma, se consigue dar a los casos de multirreincidencia una respuesta penal más disuasoria y ajustada a la gravedad de la conducta, sin incurrir en un incremento desproporcionado de la pena.

Asimismo, las demás disposiciones finales recogen la naturaleza de ley orgánica; el título competencial; la habilitación para el desarrollo reglamentario; la incorporación al Derecho interno de la Directiva (UE) 2019/1153 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019; y la entrada en vigor de la ley.

Entre las cuestiones más relevantes de esta ley destaca la supresión de la previa autorización judicial o del Ministerio Fiscal para acceder al Fichero de Titularidades Financieras, tal y como se recogía en el artículo 43.3 de le Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, con el fin de garantizar un acceso directo e inmediato, en los términos expresamente previstos por la Directiva. Ese mismo artículo creó el citado Fichero, operativo desde el 6 de mayo de 2016, entendido como un registro centralizado de cuentas bancarias en el que se encuentran millones de cuentas y depósitos.

En realidad, el Fichero de Titularidades Financieras contiene los datos identificativos de los titulares de las cuentas. No incluye información acerca de saldos ni movimientos (ingresos o transferencias), sino que únicamente permite acceder a la identificación del producto financiero, de la entidad de crédito y de los titulares y autorizados de la cuenta o producto. En el supuesto de requerir un acceso más allá de estos datos, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad solicitarán previa autorización judicial o del Ministerio Fiscal.

En definitiva, el acceso al Fichero proporciona una foto estática, sin información alguna que revele la capacidad económica de las personas afectadas; si bien se trata de información sensible, de ahí que tanto la Directiva como esta ley aludan a la necesidad de un acceso proporcionado y dentro del concepto de «intimidad económica» que maneja nuestra jurisprudencia. De este modo, el ordenamiento jurídico español se inscribe en la misma realidad jurídica que el resto de los Estados miembros de la Unión Europea.

V

En la elaboración de esta ley se han observado los principios de buena regulación exigidos en el artículo 129 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

En primer lugar, se trata de una norma necesaria, dado que la transposición de la Directiva (UE) 2019/1153 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, exige una ley de carácter orgánico, al afectar la norma comunitaria a un derecho fundamental reconocido en el artículo 18 de la Constitución, y por imperativo del artículo 81 de la misma.

En este sentido, el artículo 18 de la Constitución dispone que se garantiza la intimidad personal y familiar y la propia imagen, así como el secreto de las comunicaciones, además de advertir de que sólo una ley podrá limitar el uso de la informática para preservar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos.

El principio de necesidad está estrechamente vinculado al de seguridad jurídica, en cuanto a la materia objeto de regulación, puesto que la transposición de la citada Directiva se lleva a cabo mediante una ley orgánica. Por lo que la tramitación e integración en el ordenamiento jurídico goza de las garantías que amparan las normas de esta naturaleza.

Respecto al principio de proporcionalidad, esta ley contempla las garantías necesarias para que el acceso a la información financiera sea proporcional, oportuno, mínimo y suficiente, a fin de cumplir con los objetivos que se persiguen, es decir, la prevención, detección, investigación o enjuiciamiento de infracciones penales graves. El acceso a la información financiera está sujeto a los principios que rigen todo tratamiento de datos personales, de resultas, se exige que no sean tratados para fines distintos de los establecidos en la norma.

Se cumple, también, con el principio de transparencia, puesto que esta ley ha sido sometida a los correspondientes trámites de participación pública, esto es, el de consulta pública previa y el de audiencia e información pública.

En la tramitación, además de los diversos Ministerios concernidos por razón de la materia, han emitido informe la Agencia Española de Protección de Datos, el Consejo Fiscal y el Consejo General del Poder Judicial. Asimismo ha sido objeto de dictamen por parte del Consejo de Estado.

Por último, la ley se dicta al amparo de la regla 29.ª del artículo 149.1 de la Constitución, que atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de seguridad pública; regla 14.ª del artículo 149.1 de la Constitución que atribuye al Estado la competencia exclusiva sobre Hacienda General y Deuda del Estado; y 6.ª del artículo 149.1 de la Constitución, que atribuye al Estado la competencia exclusiva sobre legislación penal.

CAPÍTULO I

Disposiciones generales

Artículo 1. Objeto y ámbito de aplicación.

1. Esta ley tiene por objeto establecer medidas destinadas a facilitar:

a) El acceso a la información financiera y a la información del Fichero de Titularidades Financieras, así como su uso por las autoridades competentes para la prevención, detección, investigación o enjuiciamiento de infracciones penales graves.

b) El acceso a la información de las autoridades competentes por parte del Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias (en adelante, el Servicio Ejecutivo de la Comisión), en su condición de

Unidad de Inteligencia Financiera (UIF), para la prevención y la lucha contra el blanqueo de capitales, los delitos subyacentes conexos y la financiación del terrorismo.

2. Las obligaciones y disposiciones incluidas en esta ley se entenderán sin perjuicio de:

a) El Reglamento (UE) 2016/794 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2016, relativo a la Agencia de la Unión Europea para la Cooperación Policial (Europol).

b) La Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo.

c) Las obligaciones que resulten de los instrumentos de la Unión Europea en el ámbito de la asistencia judicial o del reconocimiento mutuo de resoluciones en materia penal y, en todo caso, de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, y de la Ley 31/2010, de 27 de julio, sobre simplificación del intercambio de información e inteligencia entre los servicios de seguridad de los Estados miembros de la Unión Europea.

d) Los canales para el intercambio de información entre las autoridades competentes o de la facultad de las autoridades competentes, en virtud del Derecho de la Unión Europea o de nuestro ordenamiento jurídico, para obtener información que obre en poder de los sujetos obligados.

Artículo 2. Definiciones.

1. A efectos de esta ley se entenderá por:

a) «Organismos de recuperación de activos»: las oficinas nacionales establecidas o designadas por España de conformidad con la Decisión 2007/845/JAI, de 6 de diciembre de 2007, sobre cooperación entre los organismos de recuperación de activos de los Estados miembros en el ámbito del seguimiento y la identificación de productos del delito o de otros bienes relacionados con el delito.

b) «Información financiera»: todo tipo de información o datos, como los relativos a activos financieros, movimientos de fondos y relaciones comerciales financieras que obren en poder del Servicio Ejecutivo de la Comisión, en su condición de UIF, con la finalidad de prevenir, detectar y combatir eficazmente el blanqueo de capitales, sus delitos subyacentes conexos y la financiación del terrorismo.

c) «Análisis financiero»: los resultados del análisis operativo y estratégico que haya llevado a cabo el Servicio Ejecutivo de la Comisión, en su condición de UIF.

d) «Datos del Fichero de Titularidades Financieras»: la información acerca de productos declarables, como son las cuentas bancarias y de pago, así como las cajas de seguridad, que transmiten las entidades declarantes respecto a datos identificativos de los titulares y de sus titulares reales y datos identificativos de los representantes o autorizados y de cualquier otra persona con poderes de disposición. La información de los productos a declarar incluye la numeración que los identifique, el tipo de producto declarado y las fechas de apertura y de cancelación.

En el caso de las cajas de seguridad, se incluirá la duración del periodo de arrendamiento. También, se incluyen aquellos otros datos de identificación que se declaren al Fichero en virtud del Reglamento de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo.

e) «Información de naturaleza policial»: todo tipo de información o datos que obren en poder de las autoridades competentes en el contexto de la prevención, detección, investigación o enjuiciamiento de infracciones penales, incluyendo todo tipo de información o datos que obren en poder de autoridades públicas o entes privados en el marco de la prevención, detección, investigación o enjuiciamiento de infracciones penales y que esté a disposición de las autoridades competentes sin necesidad de adoptar medidas coercitivas.

Dicha información puede consistir, entre otros, en registros de antecedentes penales, información sobre investigaciones, información sobre la inmovilización e incautación de activos u otras medidas de investigación o de carácter provisional, así como en información sobre condenas y decomisos, cuyo tratamiento está sujeto a los principios de necesidad y proporcionalidad.

f) «Delitos graves»: las formas de delincuencia enumeradas en el anexo I del Reglamento (UE) 2016/794 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2016.

g) «Delitos subyacentes conexos»: los delitos que den lugar a fondos, bienes o activos de origen ilícito conforme a lo establecido en el artículo 1.2 de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo.

2. A los efectos de esta ley serán de aplicación el resto de las definiciones incluidas en el artículo 2 de la Directiva (UE) 2019/1153 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, por la que se establecen normas destinadas a facilitar el uso de información financiera y de otro tipo para la prevención, detección, investigación o enjuiciamiento de infracciones penales y por la que se deroga la Decisión 2000/642/JAI del Consejo.

Artículo 3. Autoridades competentes.

1. A los efectos de esta ley, y sin perjuicio de los órganos autorizados en virtud del artículo 43.3 de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, son autoridades competentes para acceder y consultar el Fichero de Titularidades Financieras, en el ejercicio de sus respectivas competencias para la prevención, detección, investigación o enjuiciamiento de infracciones penales graves, las siguientes:

a) Los Jueces y Tribunales del orden jurisdiccional penal.

b) El Ministerio Fiscal.

c) La Fiscalía Europea en el ámbito de sus competencias.

d) Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

e) Las Policías Autonómicas con competencias estatutariamente asumidas para la investigación de delitos graves.

f) La Oficina de Recuperación y Gestión de Activos del Ministerio de Justicia y las oficinas de recuperación de activos designadas por España de conformidad con la Decisión 2007/845/JAI, de 6 de diciembre de 2007.

g) La Dirección Adjunta de Vigilancia Aduanera de la Agencia Estatal de Administración Tributaria.

2. Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 46.1 de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, tienen la condición de autoridades competentes para solicitar y recibir información financiera o análisis financieros del Servicio Ejecutivo de la Comisión, en el ejercicio de sus respectivas competencias para la prevención, detección, investigación o enjuiciamiento de infracciones penales graves, las siguientes:

a) Los Jueces y Tribunales del orden jurisdiccional penal.

b) El Ministerio Fiscal.

c) La Fiscalía Europea en el ámbito de sus competencias.

d) Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

e) Las Policías Autonómicas con competencias estatutariamente asumidas para la investigación de delitos graves.

f) La Dirección Adjunta de Vigilancia Aduanera de la Agencia Estatal de Administración Tributaria.

g) La Oficina de Gestión y Recuperación de Activos del Ministerio de Justicia y las oficinas de recuperación de activos designadas por España de conformidad con la Decisión 200/845/JAI, de 6 de diciembre de 2007.

3. El uso de la información financiera o de los análisis financieros deberá atenerse al régimen de utilización de inteligencia financiera establecido en el artículo 46 de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo.

CAPÍTULO II

Acceso al Fichero de Titularidades Financieras por parte de las autoridades competentes

Artículo 4. Acceso y consulta al Fichero de Titularidades Financieras.

1. Las autoridades competentes incluidas en el apartado 1 del artículo 3 accederán y consultarán, de manera directa e inmediata, la información contenida en el Fichero de Titularidades Financieras, cuando sea necesario para el ejercicio de sus competencias y funciones de prevención, detección, investigación o enjuiciamiento de un delito grave o para apoyar una investigación penal en relación con un delito grave, incluida la

identificación, localización e inmovilización de los activos relacionados con dicha investigación.

2. Las solicitudes de acceso y el tratamiento de la información y los datos personales podrán atenderse por las autoridades competentes en respuesta a las solicitudes remitidas mediante sistemas de cooperación internacional.

3. No será accesible, ni objeto de consulta por las autoridades competentes en virtud de la presente ley, la información suplementaria que pudiera contenerse en el Fichero de Titularidades Financieras en virtud del artículo 32.bis, apartado 4 de la Directiva (UE) 2015/849 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, y por la que se modifica el Reglamento (UE) n.º 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, y se derogan la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y la Directiva 2006/70/CE de la Comisión.

Artículo 5. Condiciones para el acceso y la consulta.

1. El acceso y la consulta al Fichero de Titularidades Financieras sólo podrán ser realizados, caso por caso, por personal específicamente designado y autorizado para realizar estas tareas a través de los puntos únicos de acceso establecidos por las autoridades competentes, en los términos que se determinan en la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, y en su Reglamento.

2. Este personal, en todo caso, estará debidamente cualificado, tendrá un elevado nivel de integridad y observará unas estrictas normas profesionales de confidencialidad y protección de datos personales.

3. Se adoptarán aquellas medidas técnicas y organizativas necesarias a fin de garantizar la seguridad de los sistemas y los datos a efectos del acceso y consulta de esta información, a fin de hacer frente a los posibles riesgos y amenazas de ciberseguridad atendiendo, en particular, a las normas y recomendaciones que le sean de aplicación, tanto en el ámbito europeo como nacional.

Artículo 6. Seguimiento del acceso y la consulta.

1. El Servicio Ejecutivo de la Comisión llevará un registro de cada una de las operaciones de acceso y consulta al Fichero de Titularidades Financieras realizadas por las autoridades competentes comprendidas en el apartado 1 del artículo 3 que incluirá, al menos, los siguientes datos:

a) El número de referencia del expediente nacional.

b) La fecha y hora de la búsqueda o consulta.

c) El tipo de datos utilizados para iniciar la búsqueda o consulta.

d) El identificador único de los resultados.

e) La autoridad competente designada que haya consultado el registro.

f) El identificador de usuario único de la persona que haya realizado la búsqueda o consulta, así como, en su caso, el de la persona que la haya ordenado y, en la medida de lo posible, el identificador de usuario único del destinatario de los resultados de dicha búsqueda o consulta, si no fuera el mismo.

2. El registro de las operaciones de acceso y consulta del Fichero de Titularidades Financieras debe ser examinado regularmente por el delegado de protección de datos del Servicio Ejecutivo de la Comisión y estará a disposición de la Agencia Española de Protección de Datos, a solicitud de ésta, para el ejercicio de sus potestades legalmente reconocidas.

3. Los registros únicamente podrán utilizarse para la supervisión de la protección de datos, lo que incluye la comprobación de la admisibilidad de una solicitud y de la legalidad del tratamiento de los datos, así como para garantizar la seguridad de los datos. Dichos registros estarán protegidos por medidas adecuadas contra el acceso no autorizado y serán suprimidos una vez transcurridos cinco años desde su creación, salvo que resulten necesarios a efectos de procedimientos de supervisión que estén en curso o que sean necesarios para cumplir con cualquier otra obligación legal del responsable del tratamiento.

4. El personal que gestione el Fichero de Titularidades Financieras participará en programas de formación especializados y tendrá la cualificación y el conocimiento pertinente del Derecho de la Unión Europea y de la normativa nacional aplicable, incluido en el ámbito de la protección de datos.

CAPÍTULO III

Intercambio de información y análisis financieros

Artículo 7. Solicitudes de información dirigidas al Servicio Ejecutivo de la Comisión por parte de las autoridades competentes.

1. El Servicio Ejecutivo de la Comisión cooperará con las autoridades competentes designadas en el apartado 2 del artículo 3 y responderá a las solicitudes de información financiera que obren en su poder y de análisis financieros ya realizados. En el caso de información financiera, el plazo de respuesta a las solicitudes será de 72 horas desde su recepción. Cuando las solicitudes requieran o se refieran a análisis financieros, se responderán a la mayor brevedad posible.

Las solicitudes de información estarán debidamente motivadas en función de la necesidad y de las circunstancias del caso y tendrán como finalidad la prevención, detección, investigación o enjuiciamiento de delitos graves.

2. El Servicio Ejecutivo de la Comisión no atenderá estas solicitudes cuando concurran motivos objetivos por los que el traslado de la información solicitada podría resultar perjudicial para las investigaciones o los análisis en curso. Tampoco atenderá estas solicitudes en circunstancias excepcionales, cuando la transmisión de la información pudiera ser manifiestamente desproporcionada respecto de los intereses legítimos de una

persona física o jurídica, o resulte irrelevante respecto al propósito para el que se haya solicitado.

3. La utilización de la información financiera o del análisis financiero con fines distintos de los originalmente aprobados estará sujeta a la autorización previa del Servicio Ejecutivo de la Comisión, que atenderá las solicitudes efectuadas con arreglo al apartado 1, salvo que concurra alguna de las circunstancias del apartado 2, lo que deberá ser debidamente motivado.

4. La decisión de proceder a la transmisión de la información corresponderá al Servicio Ejecutivo de la Comisión, que motivará de manera adecuada toda negativa a atender una solicitud de información.

5. Las autoridades competentes designadas en el apartado 2 del artículo 3 podrán tratar la información financiera y los análisis financieros recibidos del Servicio Ejecutivo de la Comisión para fines específicos dirigidos a la prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de los delitos graves, distintos de los fines para los que los datos personales incluidos en la información o los análisis hayan sido recogidos, de acuerdo con lo establecido en el artículo 6.3 de la Ley Orgánica 7/2021, de 26 de mayo, de protección de datos personales tratados para fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales.

Artículo 8. Solicitudes de información dirigidas a las autoridades competentes por parte del Servicio Ejecutivo de la Comisión.

1. Las autoridades competentes colaborarán con el Servicio Ejecutivo de la Comisión y responderán a las solicitudes de información de naturaleza policial a la mayor brevedad posible.

2. Estas solicitudes estarán debidamente motivadas en función de las circunstancias del caso y dirigidas, en el ámbito de sus competencias, a la prevención, detección y lucha contra el blanqueo de capitales, los delitos subyacentes conexos y la financiación del terrorismo.

Artículo 9. Intercambio de información financiera relativa al terrorismo entre el Servicio Ejecutivo de la Comisión y las Unidades de Inteligencia Financiera de otros Estados miembros de la Unión Europea.

1. Con carácter excepcional y urgente, el Servicio Ejecutivo de la Comisión podrá intercambiar con las UIF de otros Estados miembros de la Unión Europea, la información financiera o los análisis financieros que puedan ser pertinentes para el tratamiento o el análisis de información relacionada con el terrorismo o con la delincuencia organizada vinculada al mismo. Este intercambio de información se llevará a cabo a la mayor brevedad posible.

2. La transmisión de esta información deberá realizarse a través de comunicaciones electrónicas seguras y específicas que garanticen un elevado nivel de seguridad de los datos.

Artículo 10. Intercambio de información financiera y análisis financieros con autoridades competentes de Estados miembros de la Unión Europea.

1. Las autoridades competentes españolas incluidas en el apartado 2 del artículo 3 podrán intercambiar la información financiera o los análisis financieros obtenidos del Servicio Ejecutivo de la Comisión con una autoridad competente designada para recibir dicha información de otro Estado miembro de la Unión Europea, previa solicitud debidamente motivada en función de las circunstancias del caso y dirigida a la prevención, detección y la lucha contra el blanqueo de capitales, los delitos subyacentes conexos y la financiación del terrorismo, de acuerdo con los mecanismos vigentes de cooperación policial y judicial.

2. Las autoridades competentes españolas incluidas en el apartado 2 del artículo 3 podrán solicitar a las autoridades competentes de otros Estados miembros de la Unión Europea, la información y los análisis a los que se refiere el apartado anterior, procedentes de sus respectivas UIF, con las condiciones previstas en dicho apartado.

3. Las autoridades competentes españolas únicamente podrán utilizar la información o los análisis financieros intercambiados a los fines para los que se solicitaron, salvo que obtengan la autorización previa de la UIF que los haya facilitado al objeto de su utilización para otros propósitos. Igualmente, toda transmisión de la información financiera o de los análisis financieros obtenidos por las autoridades competentes españolas del Servicio Ejecutivo de la Comisión, así como todo uso de dicha información con fines distintos de los originariamente aprobados, deberá contar con el consentimiento previo de dicho Servicio Ejecutivo.

4. La transmisión de esta información deberá llevarse a cabo a través de comunicaciones electrónicas seguras y específicas que garanticen un elevado nivel de seguridad de los datos.

Artículo 11. Intercambio de información con Europol.

1. Las autoridades competentes incluidas en el apartado 1 del artículo 3 responderán a las solicitudes de información sobre el Fichero de Titularidades Financieras formuladas por Europol a través de la Unidad Nacional de Europol. Las solicitudes de Europol deberán estar debidamente motivadas en función de las circunstancias del caso, encontrarse incluidas en el ámbito de su competencia y dirigirse al desempeño de sus funciones conforme a lo establecido en el artículo 7, apartados 6 y 7 del Reglamento (UE) 2016/794 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2016.

2. El Servicio Ejecutivo de la Comisión responderá a las solicitudes que formule Europol respecto a información financiera y análisis financieros a través de la Unidad Nacional de Europol. Las solicitudes de Europol deberán estar debidamente motivadas en función de las circunstancias del caso, encontrarse incluidas en el ámbito de su competencia y dirigirse al desempeño de sus funciones conforme a lo establecido en el artículo 7, apartados 6 y 7 del Reglamento (UE) 2016/794 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2016.

El Servicio Ejecutivo de la Comisión no atenderá estas solicitudes cuando concurran motivos objetivos por los que la comunicación de la información solicitada podría resultar perjudicial para las investigaciones o los análisis en curso. Tampoco atenderá estas solicitudes, en circunstancias excepcionales, cuando la transmisión de la información pudiera ser manifiestamente desproporcionada respecto de los intereses legítimos de una persona física o jurídica, o resulte irrelevante respecto al propósito para el que se haya solicitado.

En los demás supuestos, se responderán las solicitudes a la mayor brevedad posible y con la misma diligencia que si procedieran de otra UIF de un Estado miembro de la Unión Europea.

3. Los intercambios de información con Europol, de acuerdo con los apartados 1 y 2, se efectuarán electrónicamente a través de los siguientes sistemas o de aquellos que los sustituyan:

a) SIENA, o

b) La Red de Unidades de Información Financiera (FIU.net), en su caso.

CAPÍTULO IV

Protección de datos de carácter personal

Artículo 12. Protección de datos de carácter personal.

1. El tratamiento de datos de carácter personal, en aplicación de esta ley, estará a lo dispuesto en el artículo 32 de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, en la Ley Orgánica 7/2021, de 26 de mayo, de protección de datos personales tratados para fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales y, en lo que resulte de aplicación, en el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE, así como en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

2. En el ámbito de aplicación de esta ley se podrán tratar categorías especiales de datos personales cuando sea necesario para cumplir con los fines del artículo 1. En las solicitudes de información se motivará esta necesidad y solo se accederá a la misma en los supuestos en los que tal circunstancia pueda acreditarse.

3. El tratamiento de categorías especiales de datos personales efectuado por las autoridades competentes y por el Servicio Ejecutivo de la Comisión en el marco del intercambio de información y análisis financiero, así como el realizado en virtud del intercambio de información y de análisis financieros con la participación de la Unidad Nacional de Europol, únicamente podrá ser llevado a cabo por las personas que estén sometidas a un deber específico de confidencialidad y reserva, que hayan recibido una formación específica y sean individualmente autorizadas para ello. Este tratamiento se

realizará de conformidad con las normas aplicables en materia de protección de datos, de acuerdo con las orientaciones del delegado de protección de datos designado por la autoridad competente, y será igualmente aplicable a los datos de los menores de edad o a los antecedentes penales.

4. No obstante, cuando ese tratamiento de categorías especiales de datos personales se realice por órganos judiciales y fiscalías en actuaciones o procedimientos de su competencia, así como el realizado dentro de la gestión de la Oficina judicial y fiscal, en lo que respecta al tratamiento de los datos de carácter personal por parte de las autoridades competentes, con fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales, se regirá por lo dispuesto en la Ley Orgánica 7/2021, de 26 de mayo, de protección de datos personales tratados para fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales, sin perjuicio de las disposiciones de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, las leyes procesales que le sean aplicables y, en su caso, por la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

Artículo 13. Registro de solicitudes de información.

1. Las autoridades competentes y el Servicio Ejecutivo de la Comisión deberán llevar un registro de solicitudes de información realizadas al amparo de esta ley, donde figurará, como mínimo, la información siguiente:

a) El nombre y los datos de contacto de la organización y del miembro del personal que hayan solicitado la información y, en la medida de lo posible, el nombre y los datos de contacto del destinatario de los resultados de la búsqueda o la consulta.

b) La referencia al asunto para el que se solicita la información.

c) El objeto de las solicitudes.

d) Cualquier medida de ejecución de las solicitudes.

2. Los registros se conservarán durante un período de 5 años desde que hayan sido realizados y se utilizarán solamente a efectos de comprobar la legalidad del tratamiento, controlar el cumplimiento de las medidas y de las políticas de protección de datos, así como de garantizar la integridad y la seguridad de los datos personales.

Dichos registros estarán a disposición de la autoridad de protección de datos competente a solicitud de ésta, de conformidad con las potestades establecidas en su normativa específica.

Artículo 14. Elaboración de estadísticas.

El Servicio Ejecutivo de la Comisión y las autoridades competentes, a fin de evaluar la eficacia de los sistemas de lucha contra los delitos graves de los Estados miembros, elaborarán la información estadística oportuna y completa relativa al cumplimiento de esta ley, que se facilitará a la Comisión Europea con una periodicidad anual y que incluirá al menos:

a) El número de consultas efectuadas por las autoridades competentes al Fichero de Titularidades Financieras de conformidad con el artículo 4 de esta ley.

b) El número de solicitudes cursadas por cada autoridad competente incluida en esta ley; el seguimiento dado a dichas solicitudes; el número de asuntos investigados; el número de personas enjuiciadas; y el número de personas condenadas por delitos graves, cuando se disponga de esta información.

c) La información sobre el tiempo de respuesta del Servicio Ejecutivo de la Comisión y de las autoridades competentes a las solicitudes que reciban, desde su recepción.

d) La información sobre el coste de los recursos humanos o tecnológicos dedicados a las solicitudes tanto nacionales como internacionales cursadas en aplicación de esta ley, en caso de que fuera posible.

Disposición adicional primera. Centro Nacional de Inteligencia.

El Centro Nacional de Inteligencia podrá acceder y consultar el Fichero de Titularidades Financieras, así como solicitar y recibir información financiera o análisis financieros del Servicio Ejecutivo de la Comisión, para el ejercicio de las funciones que le encomienda la Ley 11/2002, de 6 de mayo, reguladora del Centro Nacional de Inteligencia.

Disposición adicional segunda. No incremento de gasto público.

Las medidas contempladas en esta ley serán atendidas con las disponibilidades presupuestarias ordinarias y no podrán suponer incremento de dotaciones ni de retribuciones ni de otros gastos de personal al servicio del sector público.

Disposición adicional tercera. Acceso al Registro Común de Datos de Identidad de la Unión Europea.

En aplicación del artículo 20 del Reglamento (UE) 2019/818 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo, relativo al establecimiento de un marco para la interoperabilidad entre los sistemas de información de la UE en el ámbito de la cooperación policial y judicial, el asilo y la migración y por el que se modifican los Reglamentos (UE) 2018/1726, (UE) 2018/1862 y (UE) 2019/816; así como del artículo 20 del Reglamento (UE) 2019/817 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativo al establecimiento de un marco para la interoperabilidad de los sistemas de información de la UE en el ámbito de las fronteras y los visados y por el que se modifican los Reglamentos (CE) n.° 767/2008, (UE) 2016/399, (UE) 2017/2226, (UE) 2018/1240, (UE) 2018/1726 y (UE) 2018/1861 del Parlamento Europeo y del Consejo, y las Decisiones 2004/512/CE y 2008/633/JAI del Consejo, se establece lo siguiente:

1. Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad designados, podrán acceder al Registro Común de Datos de Identidad (RCDI), a efectos de identificación de las personas, en los casos previstos en el artículo 20.1 y para los fines previstos en el artículo 2.1.b) y c) de dichos Reglamentos. Podrá, igualmente consultarse el RCDI en caso de catástrofe natural,

accidente o ataque terrorista, solo con el fin de identificar a personas desconocidas o restos humanos sin identificar.

En el marco de la aplicación del artículo 20.1 de los citados Reglamentos, no se realizará esta consulta en caso de personas menores de doce años, salvo en interés superior del menor.

2. Para ello, de acuerdo con lo establecido en el artículo 20.2 de ambos Reglamentos, los cuerpos policiales designados podrán, únicamente a efectos de identificación, consultar el RCDI con los datos biométricos de la persona, tomados durante el control de identidad, siempre que el procedimiento se haya iniciado en presencia de esta. Se prohíbe cualquier tipo de práctica discriminatoria, incluida entre los nacionales de terceros países que no sean miembros de la Unión Europea.

Cuando no puedan ser utilizados los datos biométricos o cuando la consulta con dichos datos resulte infructuosa, se podrá consultar el RCDI con los datos de identidad de la persona en combinación con los datos del documento de viaje, o con los datos que facilite.

3. El procedimiento y los criterios para efectuar dichos accesos se establecerán por Orden del Ministerio del Interior.

Disposición final primera. Modificación de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo.

Se modifican los apartados 1, 3 y 4 del artículo 43 de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, que quedan redactados como sigue:

> **«Artículo 43. Fichero de Titularidades Financieras.**
>
> 1. Con la finalidad de prevenir, impedir y detectar el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo, así como para fines de prevención, detección, investigación o enjuiciamiento de delitos graves, las entidades de crédito, las entidades de dinero electrónico y las entidades de pago (en adelante, las entidades declarantes) deberán declarar al Servicio Ejecutivo de la Comisión, con la periodicidad que reglamentariamente se determine, la apertura o cancelación de cuentas corrientes, cuentas de ahorro, depósitos y de cualquier otro tipo de cuentas de pago, así como los contratos de alquiler de cajas de seguridad y su periodo de arrendamiento, con independencia de su denominación comercial.
>
> Las declaraciones no incluirán las cajas de seguridad, cuentas y depósitos de las sucursales o filiales de las entidades declarantes españolas en el extranjero.
>
> La declaración contendrá, en todo caso, los datos identificativos de los titulares y de sus titulares reales y los datos identificativos de los representantes o autorizados y cualesquiera otras personas con poderes de disposición. La información de los productos a declarar incluirá en todo caso la numeración que los identifique, el tipo de producto declarado y las fechas de apertura y de cancelación. En el caso de las cajas de seguridad se incluirá la duración del periodo de arrendamiento. Reglamentariamente se podrán determinar otros datos de identificación que deban ser declarados.

(…)

3. Con ocasión de la investigación de delitos relacionados con el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, podrán acceder al Fichero de Titularidades Financieras los órganos jurisdiccionales con competencias en la investigación de estos delitos, el Ministerio Fiscal y la Fiscalía Europea en el ejercicio de sus competencias, así como:

Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y las Policías Autonómicas con competencias estatutariamente asumidas para la investigación de los delitos graves.

Los organismos de recuperación de activos, incluida la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos, podrán acceder al Fichero cuando les haya sido encomendada la localización de activos por los órganos judiciales o fiscalías, así como en la realización de sus funciones de intercambio de información con otras oficinas análogas de la Unión Europea o instituciones de terceros Estados cuyo fin sea el embargo o decomiso en el marco de un procedimiento penal y se trate de delitos relacionados con el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo.

La Secretaría de la Comisión de Vigilancia de Actividades de Financiación del Terrorismo podrá acceder al Fichero en el marco de las competencias que tiene atribuidas en materia de bloqueo de los saldos, cuentas y posiciones, incluidos los bienes depositados en cajas de seguridad abiertas por personas o entidades vinculadas a organizaciones terroristas, en virtud de los artículos 1 y 2 de la Ley 12/2003, de 21 de mayo, de prevención y bloqueo de la financiación del terrorismo, y del Reglamento de la Comisión de Vigilancia de Actividades de Financiación del Terrorismo, aprobado por el Real Decreto 413/2015, de 29 de mayo.

El Centro Nacional de Inteligencia podrá acceder a los datos declarados en el Fichero de Titularidades Financieras para el cumplimiento de las funciones que tiene asignadas en su normativa reguladora.

La Agencia Estatal de Administración Tributaria podrá acceder al Fichero de Titularidades Financieras para el ejercicio de sus competencias en materia de prevención y lucha contra el fraude, en los términos previstos en la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, y en el artículo 7.3 bis del Reglamento (UE, Euratom) n.º 883/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de septiembre de 2013, relativo a las investigaciones efectuadas por la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude. Igual acceso dispondrán las Haciendas Forales para la mencionada finalidad.

Toda petición de acceso a los datos del Fichero de Titularidades Financieras habrá de realizarse a través de los respectivos puntos únicos de acceso que deberán asignarse a todas las autoridades anteriormente señaladas y deberá ser adecuadamente motivada por el órgano requirente, que será responsable de la regularidad del requerimiento. En ningún caso podrá requerirse el acceso al Fichero para finalidades distintas de las previstas en este artículo. Los accesos quedarán registrados y los datos de los registros se conservarán por un plazo de 5 años.

4. Sin perjuicio de las competencias que correspondan a la Agencia Española de Protección de Datos y al Consejo General del Poder Judicial en relación con los tratamientos con fines jurisdiccionales realizados por los órganos judiciales, un miembro del Ministerio Fiscal designado por el Fiscal General del Estado, de conformidad con los trámites previstos en el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, y que durante el ejercicio de esta actividad no

se encuentre desarrollando su función en alguno de los órganos del Ministerio Fiscal encargados de la persecución de los delitos de blanqueo de capitales o financiación del terrorismo, velará por el uso adecuado del fichero, a cuyos efectos podrá requerir, con posterioridad a cualquier acceso, justificación completa de los motivos del mismo.»

Disposición final segunda. Modificación de la Ley 8/2011, de 28 de abril, por la que se establecen medidas para la protección de las infraestructuras críticas.

1. Se modifican los apartados c) y d) del artículo 13 de la Ley 8/2011, de 28 de abril, por la que se establecen medidas para la protección de las infraestructuras críticas, que quedan redactados como sigue:

«**Artículo 13. Operadores críticos.**

(…)

c) Elaborar el Plan de Seguridad del Operador en los términos y con los contenidos que se determinen reglamentariamente, debiendo acreditar la implantación de las medidas exigidas por la autoridad competente a través de la certificación oportuna.

d) Elaborar, según se disponga reglamentariamente, un Plan de Protección Específico por cada una de las infraestructuras consideradas como críticas en el Catálogo, debiendo acreditar la implantación de las medidas exigidas por la autoridad competente a través de la certificación oportuna.»

2. Se añade un nuevo apartado h) al artículo 13 con el siguiente tenor:

«h) Constituir un Área de Seguridad del Operador, de la manera que reglamentariamente se determine.»

Disposición final tercera. Modificación de la Ley Orgánica 7/2021, de 26 de mayo, de protección de datos personales tratados para fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales.

Se modifica el artículo 61 de la Ley Orgánica 7/2021, de 26 de mayo, de protección de datos personales tratados para fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales, que queda redactado como sigue:

«**Artículo 61. Régimen jurídico.**

1. El ejercicio de la potestad sancionadora que corresponde a las autoridades de protección de datos competentes, se regirá por lo dispuesto en el presente capítulo, por los títulos VII y IX de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales y, en cuanto no la contradiga, con carácter supletorio, por la normativa sobre el procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas y el régimen jurídico del sector público.

2. En el supuesto de las infracciones recogidas en los artículos 58. j) y 59. j), el ejercicio de la potestad sancionadora corresponderá respectivamente, a las personas titulares de la Secretaría de Estado de Seguridad y de las Delegaciones del Gobierno. Estos procedimientos se regirán por la normativa sobre procedimiento administrativo común de

las Administraciones Públicas y el régimen jurídico del sector público, sin perjuicio de las especialidades que se recogen en este capítulo.»

Disposición final cuarta. Modificación de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas.

Se modifica la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas, que queda redactada en la forma siguiente:

Uno. Se modifica el artículo 11 que queda redactado de la siguiente manera:

«Solo pueden ser cedidos a las Comunidades Autónomas, en las condiciones que establece la presente ley, los siguientes tributos:

a) Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, con carácter parcial con el límite máximo del 50 por ciento.

b) Impuesto sobre el Patrimonio.

c) Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

d) Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

e) Impuesto sobre el Valor Añadido, con carácter parcial con el límite máximo del 50 por ciento.

f) Los Impuestos Especiales de Fabricación, con carácter parcial con el límite máximo del 58 por ciento de cada uno de ellos, excepto el Impuesto sobre la Electricidad y el Impuesto sobre Hidrocarburos.

g) El Impuesto sobre la Electricidad.

h) El Impuesto Especial sobre Determinados Medios de Transporte.

i) Los Tributos sobre el Juego.

j) El Impuesto sobre Hidrocarburos, con carácter parcial con el límite máximo del 58 por ciento para el tipo estatal general y en su totalidad para el tipo estatal especial y para el tipo autonómico.

k) El Impuesto sobre el Depósito de Residuos en vertederos, la incineración y la coincineración de residuos.

Dos. Se modifica el apartado 2 del artículo 19, que queda redactado de la siguiente manera:

«2. En caso de tributos cedidos, cada Comunidad Autónoma podrá asumir, en los términos que establezca la ley que regule la cesión de tributos, las siguientes competencias normativas:

a) En el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, la fijación de la cuantía del mínimo personal y familiar y la regulación de la tarifa y deducciones de la cuota.

b) En el Impuesto sobre el Patrimonio, la determinación de mínimo exento y tarifa, deducciones y bonificaciones.

c) En el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, reducciones de la base imponible, tarifa, la fijación de la cuantía y coeficientes del patrimonio preexistente, deducciones, bonificaciones, así como la regulación de la gestión.

d) En el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, en la modalidad "Transmisiones Patrimoniales Onerosas", la regulación del tipo de gravamen en arrendamientos, en las concesiones administrativas, en la transmisión de bienes muebles e inmuebles y en la constitución y cesión de derechos reales que recaigan sobre los mismos, excepto los derechos reales de garantía; y en la modalidad "Actos Jurídicos Documentados", el tipo de gravamen de los documentos notariales. Asimismo, podrán regular deducciones de la cuota, bonificaciones, así como la regulación de la gestión del tributo.

e) En los Tributos sobre el Juego, la determinación de exenciones, base imponible, tipos de gravamen, cuotas fijas, bonificaciones y devengo, así como la regulación de la aplicación de los tributos.

f) En el Impuesto Especial sobre Determinados Medios de Transporte, la regulación de los tipos impositivos.

g) En el Impuesto sobre Hidrocarburos, la regulación del tipo impositivo autonómico.

h) En el Impuesto sobre el Depósito de Residuos en vertederos, la incineración y la coincineración de residuos, la regulación de los tipos impositivos y de la gestión del tributo.

En el ejercicio de las competencias normativas a que se refiere el párrafo anterior, las Comunidades Autónomas observarán el principio de solidaridad entre todos los españoles, conforme a lo establecido al respecto en la Constitución; no adoptarán medidas que discriminen por razón del lugar de ubicación de los bienes, de procedencia de las rentas, de realización del gasto, de la prestación de los servicios o de celebración de los negocios, actos o hechos; y mantendrán una presión fiscal efectiva global equivalente a la del resto del territorio nacional.

Asimismo, en caso de tributos cedidos, cada Comunidad Autónoma podrá asumir por delegación del Estado la aplicación de los tributos, la potestad sancionadora y la revisión, en su caso, de los mismos, sin perjuicio de la colaboración que pueda establecerse entre ambas Administraciones, todo ello de acuerdo con lo especificado en la ley que fije el alcance y condiciones de la cesión.

Lo previsto en el párrafo anterior no será de aplicación en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, en el Impuesto sobre el Valor Añadido ni en los Impuestos Especiales de Fabricación. La aplicación de los tributos, potestad sancionadora y revisión de estos impuestos tendrá lugar según lo establecido en el apartado siguiente.

Las competencias que se atribuyan a las Comunidades Autónomas en relación con los tributos cedidos pasarán a ser ejercidas por el Estado cuando resulte necesario para dar cumplimiento a la normativa sobre armonización fiscal de la Unión Europea.»

Tres. Se añade una nueva disposición transitoria cuarta, que queda redactada de la siguiente manera:

«**Cuarta**.

Para que la cesión del Impuesto sobre el Depósito de Residuos en vertederos, la incineración y la coincineración de residuos sea efectiva en los términos establecidos en esta ley, deberán ser adoptados los acuerdos necesarios para su configuración y aplicación plena como tributo cedido en los marcos institucionales de cooperación en materia de financiación autonómica establecidos en nuestro ordenamiento.»

Disposición final quinta. Modificación de la Ley 22/2009, de 18 de diciembre, por la que se regula el sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía y se modifican determinadas normas tributarias.

Se modifica la Ley 22/2009, de 18 de diciembre, por la que se regula el sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía y se modifican determinadas normas tributarias, en la forma que se indica a continuación:

Uno. Se modifica el apartado 1 del artículo 25, que queda redactado de la siguiente manera:

«1. Con el alcance y condiciones establecidos en este título, se cede a las Comunidades Autónomas, según los casos, el rendimiento total o parcial en su territorio de los siguientes tributos:

a) Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

b) Impuesto sobre el Patrimonio.

c) Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

d) Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

e) Tributos sobre el Juego.

f) Impuesto sobre el Valor Añadido.

g) Impuesto sobre la Cerveza.

h) Impuesto sobre el Vino y Bebidas Fermentadas.

i) Impuesto sobre Productos Intermedios.

j) Impuesto sobre el Alcohol y Bebidas Derivadas.

k) Impuesto sobre Hidrocarburos.

l) Impuesto sobre las Labores del Tabaco.

m) Impuesto sobre la Electricidad.

n) Impuesto Especial sobre Determinados Medios de Transporte.

o) Impuesto sobre las Ventas Minoristas de Determinados Hidrocarburos.

p) Impuesto sobre el Depósito de Residuos en vertederos, la incineración y la coincineración de residuos.»

Dos. Se modifica el apartado 1 del artículo 26, que queda redactado de la siguiente manera:

«1. Se entiende por rendimiento cedido de los tributos que se señalan en el artículo anterior:

A) El importe de la recaudación líquida derivada de las deudas tributarias correspondientes a los distintos hechos imponibles cedidos, en el caso de:

a) El Impuesto sobre el Patrimonio.

b) El Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

c) El Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

d) Los Tributos sobre el Juego.

e) El Impuesto Especial sobre Determinados Medios de Transporte.

f) El Impuesto sobre las Ventas Minoristas de Determinados Hidrocarburos.

g) El Impuesto sobre el Depósito de Residuos en vertederos, la incineración y la coincineración de residuos.

B) El importe de la recaudación líquida efectivamente ingresada derivada de la parte de la deuda tributaria cedida, en el caso de:

a) El Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

b) El Impuesto sobre el Valor Añadido.

c) El Impuesto sobre la Cerveza.

d) El Impuesto sobre el Vino y Bebidas Fermentadas.

e) El Impuesto sobre Productos Intermedios.

f) El Impuesto sobre el Alcohol y Bebidas Derivadas.

g) El Impuesto sobre Hidrocarburos.

h) El Impuesto sobre las Labores del Tabaco.

i) El Impuesto sobre la Electricidad.»

Tres. Se añade un nuevo artículo 44 bis, que queda redactado de la siguiente manera:

«**Artículo 44 bis. Alcance de la cesión y puntos de conexión en el Impuesto sobre el Depósito de Residuos en vertederos, la incineración y la coincineración de residuos.**

1. Se cede a la Comunidad Autónoma el rendimiento del Impuesto sobre el Depósito de Residuos en vertederos, la incineración y la coincineración de residuos producido en su territorio.

2. Se considerará producido en el territorio de una Comunidad Autónoma el rendimiento del Impuesto sobre el Depósito de Residuos en vertederos, la incineración y la coincineración de residuos cuando se ubique en su territorio el vertedero o la instalación de incineración o coincineración en la que se entreguen los residuos objeto del impuesto.»

Cuatro. Se añade un nuevo artículo 52 bis, que queda redactado de la siguiente manera:

«**Artículo 52 bis. Alcance de las competencias normativas en el Impuesto sobre el Depósito de Residuos en vertederos, la incineración y la coincineración de residuos.**

1. En el Impuesto sobre el Depósito de Residuos en vertederos, la incineración y la coincineración de residuos, las Comunidades Autónomas podrán incrementar los tipos de gravamen aplicables a cada una de las categorías de residuos e instalaciones previstas en el artículo 93 de la Ley 7/2022, de 8 de abril, de residuos y suelos contaminados para una economía circular, respecto de los residuos depositados, incinerados o coincinerados en sus respectivos territorios. No obstante, no podrán regular la clasificación de residuos y de

instalaciones contenida en dicho precepto que da lugar a la aplicación de tipos de gravamen diferenciados.

2. Las Comunidades Autónomas también podrán regular los aspectos de gestión y liquidación.»

Cinco. Se modifica el artículo 53, que queda redactado de la siguiente manera:

«**Artículo 53. Supuesto de no uso de las competencias normativas.**

Si una Comunidad Autónoma no hiciera uso de las competencias normativas que le confieren los artículos 46, excepto la letra b) del punto 1, a 52 bis, se aplicará, en su defecto, la normativa del Estado.»

Seis. Se modifica el apartado 1 del artículo 54, que queda redactado de la siguiente manera:

«1. La Comunidad Autónoma se hará cargo, por delegación del Estado y en los términos previstos en esta Sección, de la aplicación de los tributos, así como de la revisión de los actos dictados en ejercicio de la misma en los siguientes tributos:

a) Impuesto sobre el Patrimonio.

b) Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

c) Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

d) Tributos sobre el Juego.

e) Impuesto Especial sobre Determinados Medios de Transporte.

f) Impuesto sobre las Ventas Minoristas de Determinados Hidrocarburos.

g) Impuesto sobre el Depósito de Residuos en vertederos, la incineración y la coincineración de residuos.»

Siete. Se modifica el artículo 55, que queda redactado de la siguiente manera:

«1. En la gestión tributaria de los Impuestos sobre el Patrimonio, sobre Sucesiones y Donaciones, sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, de los Tributos sobre el Juego, del Impuesto Especial sobre Determinados Medios de Transporte, del Impuesto sobre las Ventas Minoristas de Determinados Hidrocarburos y del Impuesto sobre el Depósito de Residuos en vertederos, la incineración y la coincineración de residuos corresponderá a las Comunidades Autónomas:

a) La incoación de los expedientes de comprobación de valores, utilizando los mismos criterios que el Estado.

En el caso de concesiones administrativas que superen el ámbito territorial de una Comunidad Autónoma, la comprobación de valores corresponderá a la Comunidad Autónoma en cuyo territorio se encuentre el domicilio fiscal de la entidad concesionaria.

b) La realización de los actos de trámite y la práctica de liquidaciones tributarias.

c) La calificación de las infracciones y la imposición de sanciones tributarias.

d) La publicidad e información al público de obligaciones tributarias y su forma de cumplimiento.

e) La aprobación de modelos de declaración.

f) En general, las demás competencias necesarias para la gestión de los tributos.

2. No son objeto de delegación las siguientes competencias:

a) La contestación de las consultas reguladas en los artículos 88 y 89 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, salvo en lo que se refiera a la aplicación de las disposiciones dictadas por la Comunidad Autónoma en el ejercicio de sus competencias.

b) La confección de los efectos estancados que se utilicen para la gestión de los tributos cedidos.

c) Las que a continuación se citan, en relación con el Impuesto Especial sobre Determinados Medios de Transporte:

a') La homologación por parte de la Administración tributaria de los vehículos automóviles, en los supuestos contemplados en el artículo 65, apartado 1, letra a), número 3.º de la Ley 38/1992, de 28 de diciembre, de Impuestos Especiales.

b') La aplicación del supuesto de no sujeción regulado en el número 9.º del precepto citado en la letra a') anterior, cuando se trate de vehículos destinados a ser utilizados por las Fuerzas Armadas, por los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado y por el Resguardo Aduanero.

c') La aplicación de las exenciones a que se refieren las letras e) y h) del apartado 1 del artículo 66 de la Ley 38/1992, de 28 de diciembre, de Impuestos Especiales, siempre que, en el caso de esta última letra, se trate de aeronaves matriculadas por el Estado o por empresas u organismos públicos o estatales.

d) Los acuerdos de concesión de las exenciones previstas en las letras a), b), y c) del apartado 1 de la Disposición Seis del Impuesto sobre las Ventas Minoristas de Determinados Hidrocarburos, regulado en el artículo 9 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

3. Los documentos y autoliquidaciones de los Impuestos sobre Sucesiones y Donaciones, sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, sobre Determinados Medios de Transporte, sobre las Ventas Minoristas de Determinados Hidrocarburos y sobre el Depósito de Residuos en vertederos, la incineración y la coincineración de residuos se presentarán y surtirán efectos liberatorios exclusivamente ante la oficina competente de la Comunidad Autónoma a la que corresponda el rendimiento de acuerdo con los puntos de conexión aplicables. Cuando el rendimiento correspondiente a los actos o contratos contenidos en el mismo documento se considere producido en distintas Comunidades Autónomas, procederá su presentación en la oficina competente de cada una de ellas, si bien la autoliquidación que en su caso se formule solo se referirá al rendimiento producido en su respectivo territorio.

4. Las competencias en materia de gestión previstas en este artículo se podrán realizar mediante diligencias de colaboración entre las distintas Administraciones tributarias competentes.

5. En el Impuesto sobre el Depósito de Residuos en vertederos, la incineración y la coincineración de residuos los modelos de autoliquidación que aprueben las Comunidades Autónomas deberán contener los mismos datos que los aprobados por la persona titular del Ministerio de Hacienda y Función Pública. Asimismo, las Órdenes reguladoras de la creación del Censo de obligados tributarios sujetos a este impuesto, así como del

procedimiento para la inscripción de estos en el Registro territorial deberán ser sustancialmente iguales a las establecidas por la persona titular del Ministerio de Hacienda y Función Pública.»

Ocho. Se modifica el apartado 1 del artículo 56, que queda redactado de la siguiente manera:

«1. Corresponderá a las Comunidades Autónomas la recaudación:

a) En período voluntario de pago y en período ejecutivo, de los Impuestos sobre Sucesiones y Donaciones, Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, Determinados Medios de Transporte, Ventas Minoristas de Determinados Hidrocarburos, sobre el Depósito de Residuos en vertederos, la incineración y la coincineración de residuos y los Tributos sobre el Juego.

b) En periodo voluntario de pago, las liquidaciones del Impuesto sobre el Patrimonio practicadas por la Comunidad Autónoma, y en período ejecutivo todos los débitos por este Impuesto.»

Nueve. Se modifica el apartado 1 del artículo 58, que queda redactado de la siguiente manera:

«1. Respecto de los Impuestos sobre el Patrimonio, sobre Sucesiones y Donaciones, sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, Tributos sobre el Juego, Impuesto Especial sobre Determinados Medios de Transporte, Impuesto sobre las Ventas Minoristas de Determinados Hidrocarburos e Impuesto sobre el Depósito de Residuos en vertederos, la incineración y la coincineración de residuos corresponden a las Comunidades Autónomas las funciones previstas en el artículo 141 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, aplicando las normas legales y reglamentarias que regulen las actuaciones inspectoras del Estado en materia tributaria y siguiendo los planes de actuación inspectora, que habrán de ser elaborados conjuntamente por ambas Administraciones, y de cuya ejecución darán cuenta anualmente las Comunidades Autónomas al Ministerio de Economía y Hacienda, al Congreso de los Diputados y al Senado.»

Diez. Se modifica el apartado 1 del artículo 60, que queda redactado de la siguiente manera:

«1. Todos los actos, documentos y expedientes relativos a los Impuestos sobre Sucesiones y Donaciones, sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, los Tributos sobre el Juego, Impuesto Especial sobre Determinados Medios de Transporte, Impuesto sobre las Ventas Minoristas de Determinados Hidrocarburos e Impuesto sobre el Depósito de Residuos en vertederos, la incineración y la coincineración de residuos de los que se deriven derechos y obligaciones de contenido económico, serán intervenidos y contabilizados por las Comunidades Autónomas con arreglo a los principios generales de la Ley General Presupuestaria.»

Once. Se añade un nuevo apartado 6 al artículo 61, que queda redactado de la siguiente manera:

«6. Las Comunidades Autónomas facilitarán trimestralmente a la Agencia Estatal de Administración Tributaria, en las condiciones concretas y por los medios que se determinen, información detallada sobre la recaudación del Impuesto sobre el Depósito de Residuos en vertederos, la incineración y la coincineración de residuos que incluirá de

manera específica todos los datos incluidos en los modelos de autoliquidación del impuesto presentados por los contribuyentes y las liquidaciones practicadas por la administración.»

Doce. Se modifica el apartado 1 del artículo 62, que queda redactado de la siguiente manera:

«1. Corresponderá a la autoridad competente de la Comunidad Autónoma respectiva poner en conocimiento del Ministerio Fiscal los hechos que estime constitutivos de delitos contra la Hacienda Pública con arreglo al Código Penal respecto de los siguientes tributos:

a) Impuesto sobre el Patrimonio.

b) Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

c) Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

d) Tributos sobre el Juego.

e) Impuesto especial sobre Determinados Medios de Transporte.

f) Impuesto sobre las Ventas Minoristas de Determinados Hidrocarburos.

g) Impuesto sobre el Depósito de Residuos en vertederos, la incineración y la coincineración de residuos.»

Trece. Se modifica el apartado 1 del artículo 63, que queda redactado de la siguiente manera:

«1. La investigación tributaria de las cuentas y operaciones activas y pasivas de los Bancos, Cajas de Ahorro, Cooperativas de Crédito y cuantas personas físicas o jurídicas se dediquen al tráfico bancario o crediticio, se realizarán en orden a la aplicación de los Impuestos sobre el Patrimonio, sobre Sucesiones y Donaciones y sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, Tributos sobre el Juego, Impuesto Especial sobre Determinados Medios de Transporte, Impuesto sobre las Ventas Minoristas de Determinados Hidrocarburos e Impuesto sobre el Depósito de Residuos en vertederos, la incineración y la coincineración de residuos, previa autorización de la autoridad competente de la Comunidad Autónoma respectiva.»

Catorce. Se añade una nueva disposición adicional novena, que queda redactada de la siguiente manera:

«**Disposición adicional novena. Impuesto sobre el Depósito de Residuos en vertederos, la incineración y la coincineración de residuos.**

El rendimiento cedido del Impuesto sobre el Depósito de Residuos en vertederos, la incineración y la coincineración de residuos no será tenido en cuenta a los efectos del cálculo del Fondo de Garantía de Servicios Públicos Fundamentales, del Fondo de Suficiencia Global, ni de los Fondos de Convergencia Autonómica previstos en esta ley.

La cesión de este tributo no supondrá la revisión del Fondo de Suficiencia Global en los términos previstos en el artículo 21.2 de la presente ley.»

Quince. Se añade una nueva disposición transitoria octava, que queda redactada de la siguiente manera:

«**Disposición transitoria octava. Efectividad de la cesión del Impuesto sobre el Depósito de Residuos en vertederos, la incineración y la coincineración de residuos.**

Para que la cesión del Impuesto sobre el Depósito de Residuos en vertederos, la incineración y la coincineración de residuos sea efectiva en los términos establecidos en esta ley, deberán ser adoptados los acuerdos necesarios para su configuración y aplicación plena como tributo cedido en los marcos institucionales de cooperación en materia de financiación autonómica establecidos en nuestro ordenamiento.»

Disposición final sexta.

El apartado 2 del artículo 234 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal quedará redactado como sigue:

«Artículo 234.

2. Se impondrá una pena de multa de uno a tres meses si la cuantía de lo sustraído no excediese de 400 euros, salvo si concurriese alguna de las circunstancias del artículo 235. No obstante, en el caso de que el culpable hubiera sido condenado ejecutoriamente al menos por tres delitos comprendidos en este Título, aunque sean de carácter leve, siempre que sean de la misma naturaleza y que el montante acumulado de las infracciones sea superior a 400 €, se impondrá la pena del apartado 1 de este artículo.

No se tendrán en cuenta antecedentes cancelados o que debieran serlo.»

Disposición final séptima. Naturaleza de la ley.

Esta ley tiene naturaleza de ley orgánica. No obstante, tienen carácter ordinario:

a) El capítulo I.

b) El artículo 14.

c) La disposición adicional primera y segunda.

d) Las disposiciones finales primera, segunda, quinta, séptima, octava, novena y décima.

Disposición final octava. Título competencial.

Esta ley se dicta al amparo de la regla 29.ª del artículo 149.1 de la Constitución, que atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de seguridad pública.

Las Disposiciones finales cuarta y quinta se dictan al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.1.14.ª de la Constitución que atribuye al Estado la competencia sobre Hacienda general y Deuda del Estado.

La Disposición final sexta se dicta al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.1.6.ª de la Constitución que atribuye al Estado la competencia sobre legislación penal.

Disposición final novena. Desarrollo reglamentario.

Se habilita al Gobierno para dictar las disposiciones necesarias al objeto de desarrollar y aplicar lo previsto en esta ley.

Disposición final décima. Incorporación de Derecho de la Unión Europea.

Mediante esta ley se incorpora al Derecho español la Directiva (UE) 2019/1153 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, por la que se establecen normas destinadas a facilitar el uso de información financiera y de otro tipo para la

prevención, detección, investigación o enjuiciamiento de infracciones penales y por la que se deroga la Decisión 2000/642/JAI del Consejo.

Disposición final undécima. Entrada en vigor.

Esta ley entrará en vigor al mes de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

Por tanto,

Mando a todos los españoles, particulares y autoridades, que guarden y hagan guardar esta ley orgánica.

Madrid, 28 de julio de 2022.

FELIPE R.

El Presidente del Gobierno,

PEDRO SÁNCHEZ PÉREZ-CASTEJÓN

Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual.

FELIPE VI

REY DE ESPAÑA

A todos los que la presente vieren y entendieren.

Sabed: Que las Cortes Generales han aprobado y Yo vengo en sancionar la siguiente ley orgánica:

PREÁMBULO

I

La ciudadanía supone el ejercicio de todo un conjunto de derechos humanos ligados a la libertad y a la seguridad, que están íntimamente relacionados con la libertad de movimiento y de uso de los espacios, pero también con las relaciones personales y la capacidad de decisión sobre el propio cuerpo. El acceso efectivo de las mujeres y las niñas a estos derechos ha sido históricamente obstaculizado por los roles de género establecidos en la sociedad patriarcal, que sustentan la discriminación de las mujeres y penalizan, mediante formas violentas, las expresiones de libertad contrarias al citado marco de roles.

Este estado de cosas se sitúa en abierta contradicción con el orden de valores que establece nuestra Constitución, que en su artículo 1.1 declara que son valores superiores de nuestro ordenamiento la libertad y la igualdad, mandata, en consecuencia, a los poderes públicos en el artículo 9.2 a promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, reconoce en su artículo 10 la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes y el derecho al libre desarrollo de la personalidad como fundamentos del orden político y la paz social, consagra en su artículo 14 el principio de igualdad, y a continuación garantiza, en los artículos 15 y 17, los derechos a la vida y la integridad física y a la libertad y seguridad.

En su expresión física y también simbólica, las violencias sexuales constituyen quizá una de las violaciones de derechos humanos más habituales y ocultas de cuantas se cometen en la sociedad española, que afectan de manera específica y desproporcionada a las mujeres y a las niñas, pero también a los niños.

Se consideran violencias sexuales los actos de naturaleza sexual no consentidos o que condicionan el libre desarrollo de la vida sexual en cualquier ámbito público o privado, lo que incluye la agresión sexual, el acoso sexual y la explotación de la prostitución ajena, así como todos los demás delitos previstos en el Título VIII del Libro II de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, orientados específicamente a proteger a personas menores de edad. La presente ley orgánica pretende dar respuesta especialmente a las violencias sexuales cometidas en el ámbito digital, lo que comprende la difusión de actos de violencia sexual a través de medios tecnológicos, la pornografía no consentida y la extorsión sexual. Asimismo, entre las conductas con

impacto en la vida sexual, se consideran violencias sexuales la mutilación genital femenina, el matrimonio forzado, el acoso con connotación sexual y la trata con fines de explotación sexual. Por último, en coherencia con las recomendaciones de la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre violencia contra las mujeres, sus causas y sus consecuencias, se incluye el homicidio de mujeres vinculado a la violencia sexual, o feminicidio sexual, como la violación más grave de los derechos humanos vinculada a las violencias sexuales, que debe ser visibilizada y a la que se ha de dar una respuesta específica.

Las violencias sexuales vulneran el derecho fundamental a la libertad, a la integridad física y moral, a la igualdad y a la dignidad de la persona y, en el caso del feminicidio sexual, también el derecho a la vida. Estas violencias impactan en el derecho a decidir libremente, con el único límite de las libertades de las otras personas, sobre el desarrollo de la propia sexualidad de manera segura, sin sufrir injerencias o impedimentos por parte de terceros y exentas de coacciones, discriminación y violencia.

En los últimos años, gracias a las movilizaciones y acciones públicas promovidas por el movimiento feminista, las violencias sexuales han obtenido una mayor visibilidad social y se ha puesto de manifiesto la envergadura de los desafíos a que se enfrentan los poderes públicos para su prevención y erradicación.

Las violencias sexuales no son una cuestión individual, sino social; y no se trata de una problemática coyuntural, sino estructural, estrechamente relacionada con una determinada cultura sexual arraigada en patrones discriminatorios que debe ser transformada. Al mismo tiempo que se inflige un daño individual a través de la violencia sobre la persona agredida, se repercute de forma colectiva sobre el conjunto de las mujeres, niñas y niños que reciben un mensaje de inseguridad y dominación radicado en la discriminación, y sobre toda la sociedad, en la reafirmación de un orden patriarcal. Por ello, la respuesta a estas violencias debe emerger del ámbito privado y situarse indiscutiblemente en la esfera de lo público, como una cuestión de Estado.

Las consecuencias físicas, psicológicas y emocionales de las violencias sexuales pueden afectar gravemente o incluso impedir la realización de un proyecto vital personal a las mujeres y las niñas, que se pueden ver sometidas a las relaciones de poder que sustentan este tipo de violencias. En el caso de los niños, las violencias sexuales también son fruto de relaciones de poder determinadas por el orden patriarcal, tanto en el ámbito familiar como en otros ámbitos de tutela adulta. Si bien la protección genérica de la infancia y la adolescencia frente a los diferentes tipos de violencia viene establecida en otras normas, resulta imprescindible complementar mediante esta ley dicho suelo básico con medidas específicas para garantizar la protección de las niñas y niños menores de dieciocho años frente a las violencias sexuales.

A contrario sensu, resulta también imprescindible dar respuesta a la indefensión específica sufrida por las mujeres mayores debido a la persistencia de esquemas patriarcales.

Además de la edad, otros factores determinan que no todas las víctimas de violencias sexuales cuenten con las mismas oportunidades de vivir sin violencia y de obtener una respuesta adecuada en su búsqueda de apoyo, protección y justicia. Esta ley orgánica adopta la interseccionalidad como concepto básico para describir las obligaciones del Estado frente a las discriminaciones y su impacto. La discriminación por motivos de género está unida de manera indivisible a otros factores de discriminación como la discapacidad, el origen racial o étnico, la orientación sexual, la identidad sexual, la clase social, la situación administrativa, el país de procedencia, la religión, la convicción u opinión o el estado civil.

Esta ley orgánica pretende impulsar la prevención de las violencias sexuales y garantizar los derechos de todas las víctimas, poniendo las bases para la eliminación de los obstáculos añadidos que algunas encuentran por los factores de discriminación descritos. Para asegurar la prevención, una respuesta efectiva a las víctimas y la sanción proporcional de estas conductas, se confiere una importancia central a la puesta en marcha de medidas integrales e interdisciplinares de actuación institucional y profesional especializada y coordinada.

II

España ha ratificado los principales tratados y convenios internacionales de derechos humanos que establecen la obligación de actuar con la debida diligencia frente a todas las formas de violencia contra las mujeres, entre ellas las violencias sexuales. Cabe destacar la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de Naciones Unidas, el Convenio sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica del Consejo de Europa (Convenio de Estambul) y el Convenio sobre la lucha contra la trata de seres humanos del Consejo de Europa (Convenio de Varsovia).

El Convenio de Estambul establece la obligación de las administraciones públicas de actuar desde el enfoque de género frente a la violencia contra las mujeres, que define de manera amplia como «todos los actos de violencia basados en el género que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada».

Este marco internacional de promoción y protección de los derechos humanos, incluida la lucha contra toda clase de discriminación y violencia que sufren las mujeres y las niñas, encontró un nuevo impulso con la aprobación de los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la Agenda 2030 de Naciones Unidas, que, en su objetivo 5, establece entre sus metas eliminar todas las formas de violencia contra todas las mujeres y las niñas en los ámbitos público y privado, el matrimonio infantil, precoz y forzado y la mutilación genital femenina.

Respecto a la prevención y respuesta específica a las violencias sexuales contra niñas y niños, España asumió compromisos concretos derivados de la ratificación del Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y

el abuso sexual (Convenio de Lanzarote) y de la aprobación de la Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo.

En cumplimiento de las obligaciones internacionales y de la Constitución, desde 2004, en España se han desarrollado importantes avances normativos y de políticas públicas para promover la igualdad de género y combatir la violencia contra las mujeres. La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra a la Violencia de Género, supuso un gran paso adelante para garantizar una respuesta integral y coordinada frente a la violencia contra las mujeres cometida en el ámbito de las relaciones afectivas.

A pesar de los avances, el abordaje integral de las violencias sexuales, cometidas contra las mujeres, las niñas y los niños, en cualquier ámbito de relaciones o por parte de desconocidos, constituye, actualmente, un desafío pendiente al que esta ley pretende dar respuesta.

Mecanismos de Naciones Unidas, como el Comité para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) o el Grupo de trabajo sobre discriminación contra la mujer en la legislación y en la práctica, han recomendado a España la ampliación del marco normativo para incluir un abordaje integral frente a esta violencia, el impulso de acciones para eliminar los estereotipos de género que sustentan la violencia sexual, la puesta en marcha de recursos asistenciales adecuados para las víctimas y la recopilación de datos estadísticos sobre estas violencias para el desarrollo de políticas públicas eficaces.

Por su parte, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas ha recomendado a España que adopte todas las medidas apropiadas para combatir la violencia de género contra las mujeres con discapacidad psicosocial y para prevenir, investigar y ofrecer reparaciones por las violaciones de sus derechos humanos, enjuiciando a las personas responsables. Asimismo, el Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas ha recomendado a nuestro país que se investiguen activamente los casos de explotación y de abusos sexuales de niños, se enjuicie a los autores y se asegure que reciban las sanciones apropiadas en caso de que se demuestre su culpabilidad; y que se adopte un marco nacional de coordinación entre administraciones e instituciones para responder adecuadamente a situaciones de violencia contra los niños, malos tratos o descuido, prestando especial atención a sus dimensiones de género.

Por su parte, la Recomendación General 35 (2017) del CEDAW sobre la violencia por razón de género contra la mujer desarrolla el alcance de las obligaciones de los Estados frente a todas las formas de violencia contra las mujeres y las niñas causadas por agentes estatales o particulares, entre ellas las violencias sexuales, y afirma que deben abarcar la obligación de prevenir, investigar, enjuiciar y sancionar a los responsables y garantizar la reparación a las víctimas.

El Pacto de Estado contra la Violencia de Género adoptado en el Congreso de los Diputados y en el Senado, cuya aprobación culminó en diciembre de 2017 con los acuerdos alcanzados entre el Gobierno y el resto de administraciones, autonómicas y locales, también reconoció la magnitud de los desafíos para la prevención y la adecuada respuesta frente a las violencias sexuales y estableció medidas transversales.

Por último, ha de señalarse que el primer informe de evaluación de la aplicación por parte de España del Convenio de Estambul, realizado por el Grupo de Expertos en Acción contra la Violencia contra las Mujeres y la Violencia Doméstica (GREVIO) del Consejo de Europa, expresa su preocupación por la concentración de esfuerzos en la violencia en el seno de la pareja en detrimento de otras formas de violencia, en particular la violencia sexual, el matrimonio forzado y la mutilación genital femenina, cuestiones a las que esta ley hace frente.

El GREVIO identifica una serie de cuestiones que requieren acción urgente, tales como fortalecer las medidas para prevenir y combatir la violencia que afecta a mujeres expuestas a discriminación interseccional; reforzar la formación de profesionales como agentes policiales, trabajadores de la salud y docentes, y evaluar las diferentes capacitaciones disponibles para el poder judicial; mejorar la prestación de servicios de apoyo, en particular mediante la adopción de medidas efectivas para garantizar una provisión de alojamiento suficiente; o reforzar el marco legal sobre violencia psicológica, acoso, violencia sexual, acoso sexual y mutilación genital femenina. Todo ello son cuestiones a las que la ley da respuesta.

Esta ley orgánica pretende dar cumplimiento a las mencionadas obligaciones globales en materia de protección de los derechos humanos de las mujeres, las niñas y los niños frente a las violencias sexuales, integrándose también en la política exterior española; y, siguiendo el mandato del artículo 9.2 de la Constitución, remover los obstáculos para la prevención de estas violencias, así como para garantizar una respuesta adecuada, integral y coordinada que proporcione atención, protección, justicia y reparación a las víctimas. Para ello, esta ley orgánica extiende y desarrolla para las violencias sexuales todos aquellos aspectos preventivos, de atención, sanción, especialización o asistencia integral que, estando vigentes para otras violencias, no contaban con medidas específicas para poder abordar de forma adecuada y transversal las violencias sexuales. Además, como novedad, se desarrolla el derecho a la reparación, como uno de los ejes centrales de la responsabilidad institucional para lograr la completa recuperación de las víctimas y las garantías de no repetición de la violencia.

III

Esta ley orgánica consta de un título preliminar, ocho títulos, cinco disposiciones adicionales, una disposición transitoria, y veinticinco disposiciones finales, adoptando una perspectiva integral y novedosa en el ámbito de las violencias sexuales que se materializa en la modificación de las disposiciones del ordenamiento jurídico necesarias para llevar a efecto los objetivos y principios de esta ley orgánica.

Los principios rectores establecidos en el Título Preliminar tienen como fundamento último un enfoque respecto de la respuesta institucional que coloca a las víctimas en una posición de titulares de derechos humanos y a las administraciones públicas en la posición de garantes de los mismos, como titulares de obligaciones. Asimismo, incluye la perspectiva de género e interseccionalidad como prisma desde el que garantizar que todas las acciones judiciales, medidas de protección y de apoyo y servicios para las víctimas, se adecúan a sus diversas necesidades y respetan y fortalecen su autonomía, con especial atención a las víctimas menores de edad y con discapacidad.

El Título I establece medidas de mejora de la investigación y la producción de datos sobre todas las formas de violencia sexual, con el fin de estudiar sus causas estructurales y sus efectos, su frecuencia y los índices de condena, así como la eficacia de las medidas adoptadas para aplicar esta ley orgánica.

El Título II prevé actuaciones para la prevención y la detección de las violencias sexuales como base fundamental para su erradicación. Así, el Capítulo I dispone medidas de prevención y sensibilización contra las violencias sexuales en el ámbito educativo, sanitario y sociosanitario, digital y de la comunicación, publicitario, laboral, de la Administración Pública y castrense, así como en lugares residenciales y de privación de libertad; en tanto el Capítulo II prevé el desarrollo de protocolos y formación para la detección de las violencias sexuales en tres ámbitos fundamentales: el educativo, el sanitario y el sociosanitario, con el fin de identificar y dar respuesta a las violencias sexuales más ocultas, como la mutilación genital femenina, la detección de casos de aborto y esterilizaciones forzosos.

El Título III, sobre formación, establece las medidas de formación necesarias para garantizar la especialización de profesionales con responsabilidad directa en la prevención y detección de la violencia sexual, así como en la atención integral, la protección y la justicia, como una de las principales garantías de aplicación de esta ley orgánica. Contiene medidas de formación en el ámbito docente y educativo, sanitario, sociosanitario y de servicios sociales y de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Asimismo, se prevé la formación en las Carreras Judicial y Fiscal y de letrados de la Administración de Justicia, en el ámbito de la abogacía, en el ámbito forense y, por último, en el penitenciario. Además, se regula la formación del personal en el exterior.

El Título IV, sobre el derecho a la asistencia integral especializada y accesible, se divide en dos capítulos.

El Capítulo I define el alcance y garantía de este derecho, que comprenderá, al menos, la información y orientación a las víctimas, la atención médica y psicológica, tanto inmediata y de crisis como de recuperación a largo plazo, la atención a las necesidades económicas, laborales, de vivienda y sociales, el asesoramiento jurídico previo y a la asistencia jurídica gratuita en los procesos derivados de la violencia, el seguimiento de sus reclamaciones de derechos, los servicios de traducción e interpretación y la asistencia especializada en el caso de mujeres con discapacidad, las niñas y los niños.

Este capítulo desarrolla las recomendaciones del Consejo de Europea en términos de servicios apropiados y estándares mínimos. Concretamente, se promueve la creación, entre otros, de los «centros de crisis», como servicios públicos interdisciplinares de atención permanente, que ofrecen asistencia en crisis para víctimas de violencias sexuales, sus familiares, y personas del entorno. También se establecen los servicios de asistencia integral a víctimas de trata y explotación sexual como recursos específicos para dar respuesta a este perfil de víctimas con necesidades específicas.

Respecto a las víctimas menores de edad, en este capítulo se establecen las bases para la implementación en España del modelo Children's House anglosajón o Barnahus escandinavo (Casa de Niños y Niñas), que desde hace una década se está extendiendo a otros países europeos. Este modelo sitúa en el centro de la intervención a la niña o al niño víctima de violencias sexuales, lo cual requiere la participación conjunta y coordinada, en un lugar específico, adaptado y adecuado a sus necesidades, del conjunto de profesionales que intervienen en la ruta de atención y de obtención de justicia. En el plano de la justicia, este modelo da respuesta a dos importantes objetivos: reduce drásticamente las fuentes de victimización secundaria para el niño o la niña y, al ofrecer mayores garantías de obtener un testimonio en condiciones de seguridad y tranquilidad, aumenta las posibilidades de concluir satisfactoriamente la investigación de hechos, de por sí complejos de acreditar.

El Capítulo II del Título IV prevé medidas para garantizar la autonomía económica de las víctimas con el fin de facilitar su recuperación integral a través de ayudas y medidas en el ámbito laboral y de empleo público que concilien los requerimientos de la relación laboral o del empleo público con las circunstancias de aquellas trabajadoras o funcionarias que sufran violencias sexuales. Estas ayudas serán compatibles con las establecidas en la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual; con las previstas en el Real Decreto 1369/2006, de 24 de noviembre, por el que se regula el programa de renta activa de inserción para desempleados con especiales necesidades económicas y dificultad para encontrar empleo; y con las establecidas en la Ley 19/2021, de 20 de diciembre, por la que se establece el ingreso mínimo vital. También serán compatibles con la percepción de las indemnizaciones establecidas por sentencia judicial.

El Título V regula la actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Concretamente, prevé la obligación de una actuación policial especializada y mejoras relativas a la calidad de la atención en el proceso de denuncia, la investigación exhaustiva y la protección efectiva de mujeres, niñas y niños en riesgo.

El Título VI aborda el acceso y la obtención de justicia, y consta de dos capítulos.

El Capítulo I, sobre actuaciones fundamentales para la acreditación del delito, prevé la especialización en violencia sexual de las unidades de valoración forense integral que asisten a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer. Asimismo, establece la obligación de especialización del personal médico forense que realice los exámenes de interés legal.

El Capítulo II establece medidas judiciales de protección y acompañamiento reforzado para las víctimas, así como medidas sobre protección de datos y limitación a la publicidad. Se aborda también la protección frente a las violencias sexuales de las mujeres españolas en el exterior.

El Título VII consagra el derecho a la reparación como un derecho fundamental en el marco de obligaciones de derechos humanos; derecho que comprende la indemnización por daños y perjuicios materiales y morales que corresponda a las víctimas de violencias sexuales de acuerdo con las normas penales sobre responsabilidad civil derivada de delito, las medidas necesarias para su completa recuperación física, psíquica y social y las garantías de no repetición, así como acciones de reparación simbólica.

Asimismo, en aras de garantizar una completa recuperación y de establecer garantías de no repetición, se establece que las administraciones podrán garantizar ayudas complementarias destinadas a las víctimas que, por especificidad o gravedad de las secuelas derivadas de la violencia, no encuentren una respuesta adecuada o suficiente en la red de recursos de atención o recuperación. Para financiar dichas ayudas, se podrán emplear los bienes, efectos y ganancias decomisados por los jueces y tribunales a los condenados por los delitos previstos en el artículo 127 bis del Código Penal.

El Título VIII prevé medidas fundamentales para garantizar la aplicación efectiva de la ley. Establece la obligación de desarrollarla a través de una Estrategia estatal y de evaluar su eficacia e impacto, para lo cual se pondrán en marcha mecanismos de recogida de datos. También prevé un sistema integral de respuesta institucional en el que la Administración General del Estado, en particular, el Ministerio de Igualdad, a través de la Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género, impulsará la creación de políticas públicas dirigidas a ofrecer tutela a las víctimas de las violencias contempladas en la presente ley orgánica.

Por último, se introducen cinco disposiciones adicionales referidas a la aprobación de la Estrategia estatal de prevención y respuesta a las violencias machistas; a la financiación del coste que de las medidas introducidas por esta ley orgánica se deriva para la Seguridad Social mediante transferencia de los Presupuestos Generales del Estado; a la evaluación de la aplicación de la ley orgánica; al sistema de financiación de las políticas públicas en materia de violencia contra las mujeres en el marco del Pacto de Estado contra la Violencia de Género; y a la evaluación y monitoreo de la actividad de las instituciones en materia de violencia contra las mujeres. Además se introducen una disposición transitoria única y veinticinco disposiciones finales.

La disposición final primera modifica la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aprobada por Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, siendo lo más relevante la incorporación de la figura de la revocación de la renuncia de la acción civil cuando los efectos del delito fueran más graves de lo previsto inicialmente, lo que es habitual en delitos contra la libertad sexual.

Las disposiciones finales segunda y tercera modifican, respectivamente, la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación, y la Ley 34/1988,

de 11 de noviembre, General de Publicidad, para adaptarlas a las previsiones de la presente ley orgánica.

La disposición final cuarta modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Como medida más relevante, elimina la distinción entre agresión y abuso sexual, considerándose agresiones sexuales todas aquellas conductas que atenten contra la libertad sexual sin el consentimiento de la otra persona, cumpliendo así España con las obligaciones asumidas desde que ratificó en 2014 el Convenio de Estambul. Este cambio de perspectiva contribuye a evitar los riesgos de revictimización o victimización secundaria. También se introduce expresamente como forma de comisión de la agresión sexual la denominada «sumisión química» o mediante el uso de sustancias y psicofármacos que anulan la voluntad de la víctima. Igualmente, y en línea con las previsiones del Convenio de Estambul, se introduce la circunstancia cualificatoria agravante específica de género en estos delitos.

Por último, se reforman otros preceptos de dicho Código relacionados con la responsabilidad de las personas jurídicas, la suspensión de la ejecución de penas en los delitos de violencia contra la mujer, el perjuicio social y los delitos de acoso, incluido el acoso callejero.

La disposición final quinta modifica la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, para garantizar la protección de las víctimas de violencias sexuales.

La disposición final sexta modifica el artículo 31 bis de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, para evitar la incoación de expediente administrativo sancionador en el caso de las mujeres víctimas de violencias sexuales que denuncien su situación, como ya ocurre en el caso de víctimas de violencia de género.

La disposición final séptima modifica la Ley Orgánica 5/2000, 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

La disposición final octava modifica el artículo 2 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, para excluir del concepto de subvenciones las ayudas económicas a las víctimas de violencias sexuales concedidas según lo establecido en el artículo 40 de dicha ley.

La disposición final novena modifica la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, con el objetivo de dar cumplimiento al Pacto de Estado contra la violencia de género.

Las disposiciones finales décima y undécima adaptan a la presente norma, respectivamente, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, y la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo.

La disposición final duodécima modifica la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, para garantizar la protección de las víctimas de violencias sexuales, así como su acceso a los servicios de asistencia y apoyo.

La disposición final decimotercera modifica la Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre, del Código Penal Militar, tipificando las violencias sexuales y el acoso sexual en este ámbito.

Por su parte, las disposiciones finales decimocuarta y decimoquinta modifican, respectivamente, el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, y el Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, con el fin de introducir diversos derechos laborales para las víctimas de violencias sexuales, en la línea de lo previsto en la normativa actual para las víctimas de violencia de género.

Las novedades en el plano laboral se reflejan asimismo en la modificación de la Ley General de la Seguridad Social, aprobada por Real Decreto Legislativo 8/2015, que lleva a cabo la disposición final decimosexta.

La disposición final decimoséptima establece los preceptos de la ley que tienen carácter orgánico, y las disposiciones finales decimoctava y decimonovena recogen los títulos competenciales en los que se ampara la norma y las competencias autonómicas.

Las disposiciones finales vigésima y vigesimoprimera prevén modificaciones legislativas futuras en materia de especialización judicial y de garantía, a las víctimas de delitos contra la libertad sexual, del derecho a la asistencia jurídica gratuita.

La disposición final vigesimosegunda prevé la creación, en el plazo de un año desde la entrada en vigor de la norma, de un fondo de bienes decomisados por delitos contra la libertad sexual destinado a financiar las medidas de reparación a las víctimas. Por su parte, la disposición final vigesimotercera se refiere a la futura modificación del reglamento de ayudas a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, aprobado por Real Decreto 738/1997, de 23 de mayo.

Finalmente, la disposición final vigesimocuarta se refiere al desarrollo reglamentario de la norma por parte del Gobierno y la disposición final vigesimoquinta regula la entrada en vigor de la norma.

IV

La presente ley orgánica se adecua a los principios de buena regulación previstos en el artículo 129 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Dicho precepto dispone que, en el ejercicio de la iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria, las administraciones públicas actuarán de acuerdo con los principios de necesidad, eficacia, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia y eficiencia.

En virtud de los principios de necesidad y eficacia, la iniciativa normativa debe estar justificada por una razón de interés general, basarse en una identificación clara de los fines perseguidos y ser el instrumento más adecuado para garantizar su consecución.

En este sentido, la norma viene justificada por una razón de interés general tan poderosa como es la necesidad de erradicar las violencias sexuales que sufren las mujeres de todas las edades y los niños. Esta es una realidad innegable en nuestro país, como

ilustran, entre otros, los datos aportados por la Macroencuesta sobre Violencia Contra la Mujer del año 2019. El porcentaje de mujeres de 16 o más años residentes en España que han sufrido violencia sexual fuera del ámbito de la pareja a lo largo de la vida es del 6,5%. Es decir, 1.322.052 mujeres han sufrido este tipo de violencia y el 0,5% (103.487) en los últimos 12 meses.

Un 2,2% (453.371 mujeres) del total de mujeres de 16 o más años residentes en España han sido violadas alguna vez en su vida. Estos datos son en realidad una aproximación de mínimos, pues se trata de la prevalencia revelada, pero debe tenerse en cuenta que es probable que las mujeres que han sufrido los casos más graves no sean capaces de contarlo en una encuesta como esta debido al trauma que supone. En el caso de las niñas menores de 16 años, el porcentaje es del 3,4%, lo que se traduce en unas 703.925 niñas víctimas de violencias sexuales. Además, el 12,4% de las mujeres que han sufrido violencia sexual fuera de la pareja dice que en alguna de las agresiones sexuales participó más de una persona. Finalmente, casi en el 50% (40,6%) de los casos, la violencia se repitió más de una vez.

Además, esta ley orgánica se basa en una identificación clara de los fines perseguidos, toda vez que los identifica de forma expresa en el apartado 3 de su artículo 1.

Asimismo, al tratarse de una norma compleja que abarca un ámbito particular pero amplio de la violencia contra las mujeres, la regulación por una ley *ad hoc* exhaustiva constituye el instrumento más adecuado para garantizar la consecución de dichos fines.

En virtud del principio de proporcionalidad, la iniciativa que se proponga deberá contener la regulación imprescindible para atender la necesidad a cubrir con la norma, tras constatar que no existen otras medidas menos restrictivas de derechos, o que impongan menos obligaciones a los destinatarios. En este sentido, la norma es respetuosa con el principio de intervención mínima del Derecho penal y al mismo tiempo facilita el acceso de las víctimas de violencias sexuales a los derechos garantizados, de lo que resulta ilustrativa, en particular, la regulación de las formas de acreditar la existencia de violencias sexuales.

A fin de garantizar el principio de seguridad jurídica, esta ley orgánica introduce un marco normativo estable, predecible, integrado, claro y de certidumbre, que facilita su conocimiento y comprensión y, en consecuencia, la actuación y toma de decisiones, todo ello en coherencia con el resto del ordenamiento jurídico, nacional y de la Unión Europea, así como con las obligaciones asumidas por nuestro país a nivel internacional, en particular mediante la ratificación del Convenio de Estambul. Ello queda patente en las disposiciones finales que operan las modificaciones necesarias en otras normas a fin de garantizar la coherencia interna, así como la necesaria actualización del ordenamiento jurídico.

En aplicación del principio de transparencia, se han puesto a disposición de la ciudadanía los documentos propios del proceso de elaboración de la norma, como su memoria del análisis de impacto normativo, elaborado de acuerdo con lo establecido en

el Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre, por el que se regula la Memoria del Análisis de Impacto Normativo, y se ha posibilitado que las potenciales personas destinatarias tengan una participación activa en la elaboración de la norma, mediante los trámites de audiencia e información pública. Así mismo, se ha recabado de manera directa el criterio de nueve organizaciones y asociaciones representativas de intereses relacionados con el ámbito objetivo de la norma.

Por último, en aplicación del principio de eficiencia, la iniciativa normativa evita la imposición de cargas administrativas y racionaliza, en su aplicación, la gestión de los recursos públicos.

V

La presente ley orgánica se dicta al amparo de las competencias exclusivas atribuidas al Estado por los títulos competenciales recogidos en los artículos 149.1. 1.ª, 2.ª, 4.ª, 5.ª, 6.ª, 7.ª, 13.ª, 16.ª, 17.ª, 18.ª, 21.ª, 27.ª, 29.ª, 30.ª y 31.ª de la Constitución.

TÍTULO PRELIMINAR

Disposiciones generales

Artículo 1. Objeto y finalidad.

1. El objeto de la presente ley orgánica es la garantía y protección integral del derecho a la libertad sexual y la erradicación de todas las violencias sexuales.

2. La finalidad de la presente ley orgánica es la adopción y puesta en práctica de políticas efectivas, globales y coordinadas entre las distintas administraciones públicas competentes, a nivel estatal y autonómico, que garanticen la sensibilización, prevención, detección y la sanción de las violencias sexuales, e incluyan todas las medidas de protección integral pertinentes que garanticen la respuesta integral especializada frente a todas las formas de violencia sexual, la atención integral inmediata y recuperación en todos los ámbitos en los que se desarrolla la vida de las mujeres, niñas, niños y adolescentes, en tanto víctimas principales de todas las formas de violencia sexual.

3. En particular, las medidas de protección integral y de prevención estarán encaminadas a la consecución de los siguientes fines:

a) Mejorar la investigación, la recolección, la recopilación y la producción de datos sobre todas las formas de violencia sexual de forma sistemática y desagregada, con el fin de estudiar y analizar su situación, sus causas estructurales y sus efectos, su frecuencia y los índices de condena, así como la eficacia de las medidas adoptadas para aplicar esta ley orgánica.

b) Fortalecer las medidas de sensibilización ciudadana y de prevención, promoviendo políticas eficaces de sensibilización y formación en los ámbitos educativo, laboral, digital, publicitario y mediático, entre otros.

c) Garantizar los derechos de las víctimas de violencias sexuales exigibles ante las administraciones públicas asegurando una atención integral inmediata, un acceso rápido,

transparente y eficaz a los servicios establecidos al efecto, así como una recuperación en todos los ámbitos en los que desarrollan sus vidas.

d) Garantizar la autonomía económica de las víctimas con el fin de facilitar su empoderamiento y su recuperación integral a través de ayudas y medidas en el ámbito laboral, en el empleo público y en el ámbito del trabajo autónomo, que concilien los requerimientos en estos ámbitos con las circunstancias de aquellas trabajadoras por cuenta ajena y por cuenta propia y empleadas públicas que sufran violencias sexuales.

e) Garantizar la reparación integral de las víctimas de las violencias sexuales, incluida su recuperación, su empoderamiento y la restitución económica y moral de las mismas.

f) Establecer un sistema integral de tutela institucional en el que la Administración General del Estado, a través de la Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género, en colaboración con el Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer, así como los Observatorios existentes en los diferentes ámbitos autonómicos y siempre respetando el nivel competencial de cada institución, impulse la adopción de políticas públicas dirigidas a ofrecer tutela a las víctimas de las violencias contempladas en la presente ley orgánica, impulsando en todo momento la autonomía de estas mujeres para desarrollar su proyecto de vida.

g) Fortalecer el marco legal vigente para asegurar una protección integral a las víctimas de violencias sexuales, de acuerdo con lo establecido en la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito.

h) Promover la colaboración y participación de las entidades, asociaciones y organizaciones que desde el movimiento feminista y la sociedad civil actúan contra las violencias sexuales.

i) Garantizar la adecuada formación y capacitación de las personas profesionales que intervienen en el proceso de información, atención, detección, protección y tratamiento de las víctimas, incidiendo en las características y necesidades de las víctimas menores de edad y con discapacidad.

j) Asegurar el principio de transversalidad de las medidas, de manera que en su aplicación se tengan en cuenta las necesidades y demandas específicas de las víctimas de violencias sexuales.

Artículo 2. Principios rectores.

A efectos de la presente ley orgánica, serán principios rectores de la actuación de los poderes públicos los siguientes:

a) Respeto, protección y garantía de los derechos humanos y fundamentales. La actuación institucional y profesional llevada a cabo en el marco de la presente ley orgánica se orientará a respetar, proteger y garantizar los derechos humanos previstos en los tratados internacionales de derechos humanos.

b) Diligencia debida. La respuesta ante las violencias sexuales se extenderá a todas las esferas de la responsabilidad institucional tales como la prevención, protección,

asistencia, reparación a las víctimas y promoción de la justicia, y estará encaminada a garantizar el reconocimiento y ejercicio efectivo de los derechos.

c) Enfoque de género. Las administraciones públicas incluirán un enfoque de género fundamentado en la comprensión de los estereotipos y las relaciones de género, sus raíces y sus consecuencias en la aplicación y la evaluación del impacto de las disposiciones de la ley orgánica, y promoverán y aplicarán de manera efectiva políticas de igualdad entre mujeres y hombres y para el empoderamiento de las mujeres y las niñas.

d) Prohibición de discriminación. Las instituciones públicas garantizarán que las medidas previstas en esta ley orgánica se apliquen sin discriminación alguna por motivos de sexo, género, origen racial o étnico, nacionalidad, religión o creencias, salud, edad, clase social, orientación sexual, identidad sexual, discapacidad, estado civil, migración o situación administrativa, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

e) Atención a la discriminación interseccional y múltiple. En aplicación de la presente ley orgánica, la respuesta institucional tendrá en especial consideración a las víctimas de violencias sexuales afectadas por otros factores superpuestos de discriminación, tales como el origen racial o étnico, la nacionalidad, la discapacidad, la orientación sexual, la identidad sexual, la edad, la salud, la clase social, la migración, la situación administrativa u otras circunstancias que implican posiciones más desventajosas de determinados sectores para el ejercicio efectivo de sus derechos.

f) Accesibilidad. Se garantizará que todas las acciones y medidas que recoge esta ley orgánica sean concebidas desde la accesibilidad universal, para que sean comprensibles y practicables por todas las víctimas, de modo que los derechos que recoge se hagan efectivos para víctimas con discapacidad, en situación de dependencia, con limitaciones idiomáticas o diferencias culturales, para mujeres mayores y para niñas y niños.

g) Empoderamiento. Todas las políticas que se adopten en ejecución de la presente ley orgánica pondrán los derechos de las víctimas en el centro de todas las medidas, adoptando un enfoque victimocéntrico y dirigiéndose en particular a respetar y promover la autonomía de las víctimas y a dar herramientas para empoderarse en su situación particular y evitar la revictimización y la victimización secundaria.

h) Participación. En el diseño, aplicación y evaluación de los servicios y las políticas públicas previstas en esta ley orgánica, se garantizará la participación de las víctimas de violencias sexuales y de las entidades, asociaciones y organizaciones del movimiento feminista y la sociedad civil, incluidas las organizaciones sindicales y empresariales, con especial atención a la participación de las mujeres desde una óptica interseccional.

i) Equidad territorial. Todas las políticas que adopten las administraciones públicas para la ejecución de la presente ley han de tener como objetivo asegurar la equidad en el acceso a los servicios y recursos en los territorios de su competencia, considerando especialmente las zonas rurales y periferias urbanas.

j) Cooperación. Todas las políticas que se adopten en ejecución de la presente ley orgánica se aplicarán por medio de una cooperación efectiva entre todas las administraciones públicas, instituciones y organizaciones implicadas en la lucha contra las violencias sexuales. En el seno de la Conferencia Sectorial de Igualdad podrán adoptarse planes y programas conjuntos de actuación entre todas las administraciones públicas competentes con esta finalidad.

Artículo 3. Ámbito de aplicación.

1. El ámbito de aplicación objetivo de esta ley orgánica comprende las violencias sexuales, entendidas como cualquier acto de naturaleza sexual no consentido o que condicione el libre desarrollo de la vida sexual en cualquier ámbito público o privado, incluyendo el ámbito digital. Se considera incluido en el ámbito de aplicación, a efectos estadísticos y de reparación, el feminicidio sexual, entendido como homicidio o asesinato de mujeres y niñas vinculado a conductas definidas en el siguiente párrafo como violencias sexuales.

En todo caso se consideran violencias sexuales los delitos previstos en el Título VIII del Libro II de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, la mutilación genital femenina, el matrimonio forzado, el acoso con connotación sexual y la trata con fines de explotación sexual. Se prestará especial atención a las violencias sexuales cometidas en el ámbito digital, lo que comprende la difusión de actos de violencia sexual, la pornografía no consentida y la infantil en todo caso, y la extorsión sexual a través de medios tecnológicos.

2. La presente ley orgánica es de aplicación a las mujeres, niñas y niños que hayan sido víctimas de violencias sexuales en España, con independencia de su nacionalidad y de su situación administrativa; o en el extranjero, siempre que sean de nacionalidad española, pudiendo a estos efectos recabar la asistencia de embajadas y oficinas consulares prevista en el artículo 51, todo ello sin perjuicio de lo establecido en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, respecto a la competencia de los tribunales españoles.

3. En el caso de la violencia ejercida contra niñas, niños y adolescentes, las disposiciones contenidas en esta ley orgánica deberán estar alineadas con lo establecido en la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de Protección Integral de la Infancia y la Adolescencia frente a la Violencia.

4. En el marco de la legislación vigente, habrá que tomar en consideración, junto con la libertad sexual, la protección frente a las violencias sexuales cometidas contra menores o contra personas con capacidad jurídica modificada, como manifestación de la dignidad de la persona humana y el derecho que todo ser humano tiene a un libre desarrollo de su personalidad, sin intervenciones traumáticas en su esfera íntima por parte de terceras personas.

TÍTULO I

Investigación y producción de datos

Artículo 4. Investigación y datos.

1. La Administración General del Estado y las comunidades autónomas con competencias en la materia, realizarán estudios, encuestas y trabajos de investigación sobre las causas, características, extensión, índices de condena y consecuencias de las violencias sexuales incluidas en esta ley orgánica, así como sobre los protocolos de actuación y prácticas de detección y prevención de los centros educativos y las administraciones y sobre las perspectivas y necesidades de las víctimas, para evaluar la amplitud, la evolución, las tendencias en todas las formas de violencia sexual y, en su caso, las nuevas formas de violencia sexual, tanto en el ámbito privado como en el público, especialmente en los ámbitos familiar, laboral y educativo. Todos los estudios, encuestas y trabajos de investigación e informes resultantes serán de libre acceso y publicados de forma periódica en las plataformas digitales de las administraciones públicas que los hayan realizado.

Se incorporarán datos estadísticos proporcionados por el Consejo General del Poder Judicial de forma trimestral, desglosado por tribunales, provincias y partidos judiciales con el fin de disponer de una información integral de la evolución de estos de forma similar a como se prevé en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

2. La Administración General del Estado, en colaboración con las comunidades autónomas y las Entidades Locales, realizará y mantendrá actualizado un mapa de recursos de atención a las víctimas de violencias sexuales.

Artículo 5. Órgano responsable.

A efectos de lo dispuesto en el artículo anterior, la Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género, con el apoyo del Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer, o los organismos estatales y autonómicos competentes en políticas de igualdad, actuará como órgano permanente de recogida y análisis de la información sobre las distintas formas de violencia sexual, y en particular:

a) Elaborará y ofrecerá, en su ámbito competencial, información actualizada acerca de las distintas formas de violencia sexual que se producen en España o contra víctimas españolas que se encuentren en el extranjero.

b) Elaborará recomendaciones destinadas a la inclusión de nuevos indicadores sobre violencia sexual en los estudios, encuestas y demás trabajos de investigación, elaborados, promovidos o impulsados por centros, públicos y privados, encargados del estudio y seguimiento de las diferentes formas de violencia contra las mujeres, incluida la macroencuesta de violencia contra la mujer.

c) Promoverá el análisis de los factores más relevantes que producen y reproducen las violencias sexuales, desde un enfoque de género e interseccional.

d) Elaborará recomendaciones y propuestas de acción destinadas a la erradicación de las violencias sexuales que se pondrán a disposición del departamento competente en materia de igualdad, las comunidades autónomas y las entidades locales. Estas recomendaciones y propuestas estarán dirigidas tanto a las administraciones públicas como a empresas y particulares.

e) Impulsará la coordinación interministerial y la cooperación con otras instituciones y órganos de carácter académico y social.

Artículo 6. Fomento de la investigación en materia de violencia sexual.

Las administraciones públicas competentes en materia de investigación fomentarán la investigación relativa a las violencias sexuales, con especial énfasis en los instrumentos de detección, prevención, así como la efectividad de las medidas de protección, incluidas las violencias relacionadas con formas de discriminación interseccional o múltiple.

TÍTULO II

Prevención y detección

CAPÍTULO I

Medidas de prevención y sensibilización

Artículo 7. Prevención y sensibilización en el ámbito educativo.

1. El sistema educativo español incluirá, dentro de sus principios de calidad, la integración de contenidos basados en la coeducación y en la pedagogía feminista sobre educación sexual e igualdad de género y educación afectivo-sexual para el alumnado, apropiados en función de la edad, en todos los niveles educativos y con las adaptaciones y apoyos necesarios para el alumnado con necesidades educativas específicas, respetando en todo caso las competencias en materia de educación de las comunidades autónomas y en colaboración con el ámbito sanitario.

2. Los currículos de todas las etapas educativas no universitarias incluirán contenidos formativos sobre el uso adecuado y crítico de internet y las nuevas tecnologías, destinados a la sensibilización y prevención de las violencias sexuales, la protección de la privacidad y los delitos cometidos a través de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación promoviendo una educación en la ciudadanía digital mediante la consecución de competencias digitales adaptadas a nivel correspondiente del tramo de edad.

3. Las administraciones educativas impulsarán, en las universidades de su respectiva competencia, la inclusión de los anteriores contenidos formativos en los planes de estudios conducentes a la obtención de títulos universitarios oficiales en los que resulte coherente conforme a las competencias inherentes a los mismos.

4. Los servicios de inspección educativa, u órganos que las administraciones educativas competentes determinen, velarán por el cumplimiento y aplicación de lo previsto en los apartados 1 y 2 de este artículo en todos los ámbitos del sistema educativo.

Artículo 8. Prevención y sensibilización en el ámbito sanitario, sociosanitario y de servicios sociales.

Las administraciones sanitarias, sociosanitarias y de servicios sociales competentes, en el seno del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud y del Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, promoverán la adopción de medidas para la prevención y sensibilización de las violencias sexuales sobre las personas usuarias de los recursos sanitarios, sociosanitarios y de servicios sociales, respetando, en todo caso, las competencias en estas materias de las comunidades autónomas.

Artículo 9. Campañas institucionales de prevención e información.

1. Con el fin de prevenir las violencias sexuales, tanto en el ámbito público como en el privado, incluyendo el ámbito digital, las administraciones públicas, en el marco de sus respectivas competencias, impulsarán las siguientes campañas:

a) Campañas de concienciación dirigidas a toda la población orientadas a combatir los estereotipos de género y las creencias que sustentan las violencias sexuales.

b) Campañas de concienciación y sensibilización dirigidas específicamente a hombres, adolescentes y niños para erradicar los prejuicios basados en roles estereotipados de género, así como para contribuir activamente a la prevención de todas las formas de violencia recogidas en la presente ley orgánica, así como de la demanda de toda clase de servicios vinculados con la explotación sexual y de la pornografía que naturaliza la violencia sexual.

c) Campañas generales de información dirigidas a mujeres, así como a niñas y niños, que faciliten la identificación de las distintas situaciones del ciclo de la violencia de género e incluyan información sobre los derechos, pautas de actuación y recursos disponibles en caso de conocer o sufrir violencias sexuales.

d) Campañas de concienciación y sensibilización destinadas a desincentivar la demanda de toda clase de servicios vinculados con la explotación sexual, la prostitución y de la pornografía que naturaliza la violencia sexual, así como sobre las consecuencias que tiene para las mujeres prostituidas.

e) Campañas de concienciación y sensibilización dirigidas a la sociedad que resalten la importancia de la promoción de los grupos de mujeres, supervivientes o feministas como herramientas indispensables para la concienciación y cambio.

f) Campañas de concienciación y sensibilización dirigidas específicamente a hombres, adolescentes y niños para promocionar la toma de responsabilidad en los grupos de iguales, pudiendo ser así agentes de cambio.

2. Las campañas se realizarán de manera que sean accesibles a la población, tomando en consideración circunstancias tales como la edad, la discapacidad, el idioma, el medio rural, la insularidad o la eventual residencia en el extranjero de nacionales españolas. Para ello, tendrán especial divulgación en los medios de comunicación de

titularidad pública y en los centros educativos, sociales, sanitarios, laborales, culturales y deportivos.

Artículo 10. Medidas de prevención en el ámbito digital y de la comunicación.

1. Los poderes públicos, en el ámbito de sus respectivas competencias, promoverán, respetando en todo caso la libertad de expresión, la independencia y la libre prestación de servicios, las siguientes medidas que contribuyan a prevenir las violencias sexuales en el ámbito de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, incluyendo la apología de estas conductas:

a) Acuerdos con prestadores de servicios de la sociedad de la información establecidos en España para que participen en la elaboración y aplicación de planes y medidas de prevención y sensibilización en el ámbito digital, y fomenten buenas prácticas en relación con el tratamiento de los casos.

b) Formación del personal de los medios de comunicación con el fin de capacitarlo para informar sobre las violencias sexuales con objetividad, sin estereotipos de género, con pleno respeto a la dignidad de las víctimas y su derecho a la libertad, el honor, la intimidad, la propia imagen y la protección de datos.

c) La adopción de acuerdos de autorregulación que, contando con mecanismos de control preventivo y de resolución extrajudicial de controversias, contribuyan a la prevención de las violencias sexuales y a la sensibilización del personal de los medios de comunicación sobre el tema.

2. Las administraciones educativas competentes y las universidades impulsarán la inclusión, en los planes de estudios conducentes a la obtención de los títulos universitarios oficiales de las profesiones relacionadas con los medios de comunicación, de contenidos dirigidos a la sensibilización y formación en materia de violencias sexuales, con particular atención a los estereotipos de género y a los derechos de las víctimas.

3. La Agencia Española de Protección de Datos garantizará la disponibilidad de un cauce accesible y seguro de denuncia de la existencia de contenidos ilícitos en Internet que comportaran un menoscabo grave del derecho a la protección de datos personales.

Artículo 11. Prevención y sensibilización en el ámbito publicitario.

1. Se considerará ilícita la publicidad que utilice estereotipos de género que fomenten o normalicen las violencias sexuales contra las mujeres, niñas, niños y adolescentes, así como las que supongan promoción de la prostitución en los términos establecidos en la Ley 34/1998, de 11 de noviembre, General de Publicidad.

2. Las administraciones públicas promoverán la adopción de acuerdos de autorregulación con las asociaciones del ámbito publicitario, con el fin de garantizar que la prevención de las violencias sexuales se integre como uno de los objetivos de los códigos de conducta publicitaria. A efectos de lo anterior, se promoverá que las plantillas de las empresas de este sector reciban formación sobre esta materia.

3. Las administraciones educativas competentes y las universidades impulsarán la inclusión, en los planes de estudios conducentes a la obtención de los títulos universitarios

o títulos de formación profesional oficiales relacionados con la publicidad, de contenidos dirigidos a la prevención, sensibilización y formación en materia de violencias sexuales. Se prestará particular atención a los estereotipos de género.

Artículo 12. Prevención y sensibilización en el ámbito laboral.

1. Las empresas deberán promover condiciones de trabajo que eviten la comisión de delitos y otras conductas contra la libertad sexual y la integridad moral en el trabajo, incidiendo especialmente en el acoso sexual y el acoso por razón de sexo, en los términos previstos en el artículo 48 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, incluidos los cometidos en el ámbito digital.

Asimismo, deberán arbitrar procedimientos específicos para su prevención y para dar cauce a las denuncias o reclamaciones que puedan formular quienes hayan sido víctimas de estas conductas, incluyendo específicamente las sufridas en el ámbito digital.

2. Las empresas podrán establecer medidas que deberán negociarse con los representantes de las personas trabajadoras, tales como la elaboración y difusión de códigos de buenas prácticas, la realización de campañas informativas, protocolos de actuación o acciones de formación.

De las medidas adoptadas, de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo anterior, podrá beneficiarse la plantilla total de la empresa cualquiera que sea la forma de contratación laboral, incluidas las personas con contratos fijos discontinuos, con contratos de duración determinada y con contratos en prácticas. También podrán beneficiarse las becarias y el voluntariado. Asimismo, podrán beneficiarse de las anteriores medidas aquellas personas que presten sus servicios a través de contratos de puesta a disposición.

Las empresas promoverán la sensibilización y ofrecerán formación para la protección integral contra las violencias sexuales a todo el personal a su servicio.

Las empresas deberán incluir en la valoración de riesgos de los diferentes puestos de trabajo ocupados por trabajadoras, la violencia sexual entre los riesgos laborales concurrentes, debiendo formar e informar de ello a sus trabajadoras.

3. Las empresas que adecúen su estructura y normas de funcionamiento a lo establecido en esta ley orgánica serán reconocidas con el distintivo de «Empresas por una sociedad libre de violencia de género». Cabe valoración de la retirada de este distintivo cuando se den circunstancias que así lo justifiquen.

4. Por real decreto se determinará el procedimiento y las condiciones para la concesión, revisión periódica y retirada del distintivo al que se refiere el apartado anterior, las facultades derivadas de su obtención y las condiciones de difusión institucional de las empresas que lo obtengan.

Artículo 13. Prevención y sensibilización en la Administración Pública, los organismos públicos y los órganos constitucionales.

1. En el marco de lo establecido en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, y en la legislación autonómica, las administraciones públicas, los organismos públicos y los órganos constitucionales deberán promover condiciones de trabajo que eviten las

conductas que atenten contra la libertad sexual y la integridad moral en el trabajo, incidiendo especialmente en el acoso sexual y el acoso por razón de sexo, incluidos los cometidos en el ámbito digital. Asimismo, deberán arbitrar procedimientos o protocolos específicos para su prevención, detección temprana, denuncia y asesoramiento a quienes hayan sido víctimas de estas conductas.

2. Las administraciones públicas competentes y sus organismos vinculados o dependientes promoverán la información y sensibilización y ofrecerán formación para la protección integral contra las violencias sexuales al personal a su servicio, autoridades públicas y a los cargos públicos electos.

3. Se establecerán medidas y campañas de prevención, concienciación y promoción de la denuncia para la prevención de casos de mutilación genital femenina, trata de mujeres con fines de explotación sexual y matrimonio forzado, incluyendo las operaciones de colaboración entre agentes y entidades nacionales e internacionales, por medio de acuerdos bilaterales o multilaterales que favorezcan el intercambio de información para lograr dicho fin dentro del marco de la cooperación internacional al desarrollo.

Artículo 14. Prevención y sensibilización en el ámbito castrense.

El Ministerio de Defensa incluirá en sus planes de formación de los mandos y en la instrucción y adiestramiento de la tropa y marinería, suboficiales y oficiales, medidas de prevención y sensibilización frente a las violencias sexuales, incluidas específicamente las cometidas en el ámbito digital. Estas medidas se dirigirán tanto al personal civil del Ministerio de Defensa como al personal militar, teniendo en cuenta, en particular, el personal que se encuentra destacado en el exterior.

Artículo 15. Prevención y sensibilización en instituciones residenciales y en centros penitenciarios, de detención, o de internamiento involuntario de personas.

Las administraciones públicas, en el ámbito de sus respectivas competencias, impulsarán medidas destinadas a promover las condiciones que eviten las conductas contra la libertad sexual y la integridad moral en instituciones residenciales, en centros penitenciarios, de detención, o de internamiento involuntario de personas. Asimismo, deberán arbitrar procedimientos específicos para su prevención y para dar cauce a las denuncias o reclamaciones que puedan formular quienes hayan sido víctimas de estas conductas.

Será necesario prever protocolos específicos de detección de prácticas de violencia sexual en estas instituciones y articular un procedimiento de investigación de los casos detectados, garantizando siempre el acompañamiento y protección de las víctimas de la violencia y la tramitación de las denuncias o reclamaciones que puedan.

Asimismo, deberán arbitrar procedimientos específicos para su prevención, estableciendo las medidas necesarias para que las instituciones residenciales sean un entorno seguro, libre de violencias, partiendo de la necesaria formación específica en materia de violencia sexual del personal que trabaja en esos centros.

Artículo 16. Espacios públicos seguros.

1. La Administración General del Estado y las comunidades autónomas con competencias en la materia, apoyarán a las Entidades Locales para que desarrollen políticas urbanísticas y de seguridad con enfoque de género que garanticen que los espacios públicos de los municipios sean seguros y accesibles para todas las mujeres, las niñas y los niños.

2. Las empresas integrarán la perspectiva de género en la organización de los espacios de sus centros de trabajo con el fin de que resulten seguros y accesibles para todas las trabajadoras.

Artículo 17. Partidos políticos y organizaciones sociales.

Los partidos políticos y las organizaciones sociales legalmente constituidas deben tener un protocolo para prevenir, detectar y combatir la violencia machista. Se debe informar del mismo y se realizarán acciones para sensibilizar a sus miembros. Periódicamente, se evaluará y se revisará el funcionamiento y la aplicación de los procedimientos establecidos en el protocolo.

CAPÍTULO II

Detección de las violencias sexuales

Artículo 18. Responsabilidad institucional de detección de las violencias sexuales.

1. Las administraciones públicas competentes en materia educativa, sanitaria, sociosanitaria y social, desarrollarán, en el marco de sus respectivas competencias, actuaciones encaminadas a la detección e identificación de situaciones de violencia sexual. Para ello, promoverán la elaboración de protocolos específicos de detección, actuación y derivación en el ámbito educativo, social y sanitario, con especial atención a las víctimas menores de edad y con discapacidad.

2. Sin perjuicio de lo establecido en los artículos 262 y 264 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aprobada por Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, en cuanto al deber de denunciar, cuando las violencias sexuales detectadas afecten a niñas o niños, la responsabilidad institucional conllevará el cumplimiento del deber de comunicación previsto en el Título II de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia.

3. Las víctimas y quienes conocieran alguna situación de violencia sexual que afecte al derecho fundamental a la protección de datos personales podrán comunicarla a la Agencia Española de Protección de Datos, o a las autoridades autonómicas de protección de datos, sin perjuicio de la salvaguarda del principio de reserva de jurisdicción y la necesaria preferencia de la jurisdicción penal sobre la Administración en el conocimiento de aquellos hechos que pueden constituir una infracción penal.

4. Todos los poderes públicos actuarán con la diligencia debida con el fin de que las víctimas de violencia puedan acceder a un ejercicio efectivo de los derechos previstos en esta ley y en los Convenios Internacionales contra la violencia de género.

Artículo 19. Detección y respuesta en el ámbito educativo.

Las administraciones educativas, en el ámbito de sus respectivas competencias y en el marco de la conferencia sectorial correspondiente, promoverán la aplicación, permanente actualización y difusión de protocolos que contengan pautas de actuación para la prevención, detección y erradicación de las violencias sexuales en el ámbito educativo, tanto público como privado, y para cada uno de los niveles educativos, incluido el ámbito universitario, en el marco de lo establecido en la legislación en materia de universidades que resulte de aplicación. Tales protocolos impulsarán actividades continuadas de prevención y sistemas de detección precoz e intervención para casos de violencias sexuales, de acuerdo con los principios rectores de la presente ley orgánica.

Artículo 20. Detección e intervención en el ámbito sanitario.

1. Las administraciones sanitarias, en el seno del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, promoverán la adecuada formación del personal sanitario y no sanitario para la detección de las violencias sexuales y propondrán las medidas que estimen necesarias a fin de optimizar la contribución del ámbito sanitario para la detección y respuesta frente a las violencias sexuales.

2. En los Planes Nacionales de Salud que proceda se contemplará un apartado de prevención, detección e intervención integral frente a las violencias sexuales.

3. La Comisión contra la Violencia de Género del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud se ocupará del apoyo técnico y la orientación de las medidas sanitarias necesarias para implementar lo dispuesto en este precepto, así como de la evaluación y proposición de las medidas necesarias para que el sector sanitario contribuya a la prevención, detección y respuesta diligente frente a estas violencias.

4. La Comisión contra la Violencia de Género elaborará, con implicación del Observatorio de Salud de las Mujeres, un protocolo común de actuaciones desde los servicios sanitarios en materia de violencias sexuales que incluya pautas de detección e intervención, tanto frente a las violencias recientes como a las producidas en el pasado. Las comunidades autónomas con competencias sobre la materia podrán crear protocolos análogos en el ámbito de su territorio.

5. El protocolo común de actuaciones será el marco desde el que actualizar y mejorar los protocolos sanitarios autonómicos existentes, asegurando una actuación homogénea y adecuada del personal sanitario en el conjunto del Estado.

Artículo 21. Detección e intervención en el ámbito sociosanitario y en el sistema de servicios sociales.

1. Las administraciones públicas, en el ámbito de sus respectivas competencias y en el seno del Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, y del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud promoverán los procedimientos y la adecuada formación del personal sociosanitario y del sistema de los servicios sociales generales para la detección de las violencias sexuales, que deberá incluir tanto los espacios residenciales como los ambulatorios.

2. En los planes de servicios sociales, de prevención de las situaciones de dependencia y de prevención de deficiencias y de intensificación de discapacidades, así como en otros en los que proceda, se contemplará un apartado de prevención, detección e intervención integral frente a las violencias sexuales.

Artículo 22. Detección de casos de mutilación genital femenina, trata de mujeres con fines de explotación sexual y matrimonio forzado.

Los poderes públicos establecerán protocolos de actuación que permitan la detección y atención de casos de mutilación genital femenina, de trata de mujeres con fines de explotación sexual y de matrimonio forzado, para lo cual se procurará la formación específica necesaria para la especialización profesional, pudiendo incluirse acciones específicas en el marco de la cooperación internacional al desarrollo.

TÍTULO III

Formación

Artículo 23. Garantía de especialización profesional a través de la formación.

1. La especialización profesional se garantizará, en todos los niveles de la Administración, a través de la formación inicial obligatoria y la formación continua que deberán recibir todos los sectores profesionales mencionados en el presente Título, especialmente, aquellos que intervienen, directa o indirectamente en la prevención, detección, reparación y respuesta a las violencias sexuales, en la atención a las víctimas que tienen relación directa con los agresores, con especial atención a la formación del personal que tenga un contacto directo y habitual con menores de edad.

2. En aplicación de esta ley orgánica, el Gobierno, en colaboración con las comunidades autónomas, elaborará un programa marco de formación y de reciclaje de los sectores profesionales mencionados en el presente Título que abarque, además de los aspectos específicos relacionados con cada sector, los estereotipos de género, el trauma y sus efectos y la responsabilidad en la reducción de la victimización secundaria. Se prestará particular atención a la situación y necesidades de las víctimas de discriminación interseccional.

3. Las administraciones públicas fomentarán y promoverán la formación especializada de los sectores previstos en este Título, con especial incidencia en la formación de los profesionales en ejercicio.

Artículo 24. Formación en el ámbito docente y educativo.

1. Las administraciones educativas competentes y las universidades impulsarán la inclusión de contenidos dirigidos a la capacitación para la prevención, sensibilización, detección y formación en materia de violencias sexuales en los planes de estudios de los títulos universitarios oficiales que conducen al ejercicio de profesiones docentes.

2. En la formación continua del profesorado de los ámbitos y niveles educativos no universitarios y del personal de administración y servicios se incorporarán contenidos dirigidos a la capacitación para sensibilizar y prevenir las violencias sexuales, en particular en el entorno digital.

3. En la formación permanente del profesorado universitario y del personal de administración y servicios se incorporarán contenidos dirigidos a la capacitación para la prevención, sensibilización y detección en materia de violencias sexuales.

Artículo 25. Formación del sector sanitario, sociosanitario y de servicios sociales.

1. Las administraciones educativas competentes y las universidades impulsarán la incorporación de contenidos formativos para la prevención, detección, intervención y apoyo a las víctimas de violencias sexuales en los planes de estudios de los títulos universitarios o títulos de formación profesional oficiales del ámbito de las ciencias de la salud y del ámbito de los servicios sociales en los que resulte coherente conforme a las competencias inherentes a los mismos.

2. Asimismo, las administraciones públicas competentes se asegurarán de que los planes de formación continua de las personas trabajadoras del Sistema Nacional de Salud y de la red de servicios sociales se incluyan temas dedicados a la sensibilización y formación en materia de prevención, detección y actuación en casos de violencias sexuales, así como en el tratamiento de las víctimas de violencias sexuales y sus derechos.

Artículo 26. Formación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

1. Las administraciones públicas competentes adoptarán las medidas necesarias para garantizar que, en el temario de acceso a los cuerpos de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, autonómicos y locales, se incluyan temas dedicados a la perspectiva de género en la función policial, así como a las medidas de protección integral contra las violencias sexuales.

2. Asimismo, las administraciones públicas competentes se asegurarán de que, tanto en la formación inicial para el alumnado de nuevo ingreso, como en la formación permanente y continua para la promoción interna y de actualización, se incluyan temas dedicados a la sensibilización y formación en materia de prevención, detección, sanción y erradicación de las violencias sexuales, así como en el tratamiento de las víctimas de violencias sexuales y sus derechos.

3. En la formación del personal de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado desplazado en países en conflicto se incluirá formación específica sobre prevención, detección y respuesta a las violencias sexuales.

Artículo 27. Formación en las Carreras Judicial y Fiscal y de todo el personal al servicio de la Administración de Justicia.

1. El Ministerio de Justicia, el Consejo General del Poder Judicial y la Fiscalía General del Estado adoptarán las medidas necesarias para garantizar que, en el temario de acceso a las Carreras Judicial y Fiscal, así como al Cuerpo de Letrados de la Administración de Justicia y otro personal al servicio de la Administración de Justicia, se incluyan temas dedicados a la igualdad entre hombres y mujeres desde una perspectiva interseccional, y en especial, a la protección integral contra todas las violencias sexuales, considerando la situación de las mujeres, niñas, niños y adolescentes afectados por formas

múltiples e interrelacionadas de discriminación, como las mujeres con discapacidad o inmigrantes, entre otras.

2. El Ministerio de Justicia, en colaboración en su caso con la Fiscalía General del Estado, el Consejo General del Poder Judicial y las comunidades autónomas con competencias al respecto, asegurarán que, en la formación inicial y continua de los integrantes de la Carrera Judicial, del Ministerio Fiscal y demás personal al servicio de la Administración de Justicia se incluya transversalmente la perspectiva de género y, en especial, las obligaciones del sistema de justicia en relación con las violencias sexuales, considerando el derecho al acceso a la justicia de las mujeres, niñas, niños y adolescentes afectados por formas múltiples e interrelacionadas de discriminación.

Artículo 28. Formación en el ámbito de la abogacía.

1. Las administraciones públicas, en colaboración con el Consejo General de la Abogacía Española y los Colegios de la Abogacía, así como el Consejo General de Procuradores de España y los Colegios Oficiales de Procuradores, garantizarán una formación adecuada, periódica y gratuita de los letrados y procuradores encargados de asistir a víctimas de violencias sexuales, en materia de igualdad, perspectiva de género y protección integral contra todas las violencias sexuales, considerando en particular el derecho al acceso a la justicia de las mujeres, niñas, niños y adolescentes afectados por formas múltiples e interrelacionadas de discriminación, como las mujeres con discapacidad o inmigrantes, entre otras.

2. Los Colegios de la Abogacía, exigirán para el ejercicio del turno de oficio cursos de especialización en violencia de género que incluirán como línea de formación una específica en violencias sexuales.

Artículo 29. Formación en el ámbito forense.

1. El Ministerio de Justicia adoptará las medidas necesarias para garantizar que, en el temario de acceso al Cuerpo Nacional de Médicos Forenses, se incluyan temas dedicados a la igualdad y la no discriminación por razón de género desde una perspectiva interseccional, y en especial, a la protección integral contra todas las violencias sexuales, considerando la situación de las mujeres, niñas, niños y adolescentes afectados por formas múltiples e interrelacionadas de discriminación, como las mujeres con discapacidad o inmigrantes, entre otras.

2. Las administraciones públicas, en el ámbito de sus respectivas competencias, asegurarán que los Institutos de Medicina Legal, en la formación inicial y continua de los equipos multidisciplinares de profesionales integrados en las unidades de valoración forense integral y de los equipos psicosociales especializados que asistan a los juzgados, incluyan transversalmente la perspectiva de género, así como la capacitación para la identificación de las violencias sexuales.

3. Asimismo, se garantizará la formación para una adecuada especialización de todo el personal del Cuerpo Nacional de Médicos Forenses que realice la valoración de circunstancias y daños ocasionados en casos de violencias sexuales, considerando

especialmente la situación de mujeres, niñas, niños y adolescentes afectados por formas múltiples e interrelacionadas de discriminación.

Artículo 30. Formación en el ámbito penitenciario y otros centros de internamiento o custodia.

1. Las administraciones públicas competentes en materia penitenciaria asegurarán que, en la formación inicial, continua y para la promoción y la capacitación profesional de quienes trabajan en los centros penitenciarios y de menores infractores, se incluya transversalmente la perspectiva de género, así como medidas dirigidas a su formación respecto a la protección integral contra las violencias sexuales en el ámbito de sus funciones, considerando la situación de las mujeres, niñas, niños y adolescentes afectados por formas múltiples e interrelacionadas de discriminación, como las mujeres con discapacidad o inmigrantes, entre otras.

2. Asimismo, se garantizará esta formación al personal que preste sus servicios en los centros de internamiento de personas extranjeras y otros centros de custodia o acogida, incluidos los de estancia temporal y los de menores de edad.

Artículo 31. Formación del personal en el exterior.

El Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación proporcionará formación inicial y continua al personal funcionario y contratado localmente que se encargue, en el ámbito de la asistencia consular o en cualesquiera otras funciones, de la atención a las víctimas españolas de violencias sexuales en el extranjero.

Artículo 32. Medidas relativas a la evaluación, verificación y acreditación de centros y de títulos universitarios.

1. En las actividades de evaluación, verificación y acreditación de planes de estudios de títulos universitarios se tendrá en cuenta el grado de cumplimiento de lo previsto en este Título.

La ausencia de los contenidos en materia de igualdad de género y de prevención y erradicación de las violencias sexuales sin justificación apropiada podrá dar lugar a un informe desfavorable motivado del correspondiente órgano de verificación o evaluación.

2. Las universidades establecerán un itinerario formativo en materia de prevención de la violencia contra las mujeres y de promoción de la igualdad entre mujeres y hombres, evaluable y acreditable por la Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación o la autoridad competente del Ministerio de Educación y Formación Profesional o, en su caso, los órganos competentes de las comunidades autónomas, en los planes de estudios conducentes a la obtención de títulos universitarios oficiales en los que resulte coherente conforme a las competencias inherentes a los mismos.

TÍTULO IV

Derecho a la asistencia integral especializada y accesible

CAPÍTULO I

Alcance y garantía del derecho

Artículo 33. El derecho a la asistencia integral especializada y accesible.

1. Todas las personas comprendidas en el apartado 2 del artículo 3 de esta ley orgánica tienen derecho a la asistencia integral especializada y accesible que les ayude a superar las consecuencias físicas, psicológicas, sociales o de otra índole, derivadas de las violencias sexuales. Este derecho comprenderá, al menos:

a) Información y orientación sobre sus derechos y recursos, en los términos previstos en el artículo 34.

b) Atención médica especializada en los centros sanitarios y psicológica, tanto inmediata, como de emergencia y crisis en centros 24 horas, de acompañamiento y de recuperación integral en el largo plazo.

c) Los servicios de salud mental que se presten a las mujeres víctimas de violencias sexuales deberán ser diseñados con perspectiva de género y derechos humanos y deberán garantizar el consentimiento libre e informado de la mujer para cualquier tratamiento médico. Para ello, se le deberán facilitar los apoyos que pueda necesitar para ejercer ese derecho, así como para la adopción de decisiones sobre su propia vida.

d) Atención a las necesidades económicas, laborales, de vivienda y sociales, tanto inmediata, como de emergencia y crisis en centros 24 horas, de acompañamiento y de recuperación integral en el largo plazo, en los términos establecidos en el artículo 35.

e) Asesoramiento jurídico previo y asistencia jurídica gratuita en los procesos derivados de la violencia, en los términos previstos en la legislación de asistencia jurídica gratuita.

f) Seguimiento de sus reclamaciones de derechos.

g) Servicios de traducción e interpretación, incluidos los servicios de lengua de signos, subtitulación, guías intérpretes, así como otro personal especializado de apoyo para la comunicación.

h) Asistencia personal, como un recurso disponible para las mujeres con discapacidad que fortalezca su autonomía ante todas las actuaciones judiciales, las medidas de protección y de apoyo y los servicios para las víctimas.

i) Atención especializada, en el caso de niñas y niños víctimas de violencias sexuales y de víctimas de trata y explotación sexual.

2. En los instrumentos y procedimientos de cooperación entre la Administración General del Estado y las comunidades autónomas en las materias reguladas en este Título se incluirán compromisos de aportación de recursos financieros suficientes destinados a las comunidades autónomas referidos específicamente a la prestación de los servicios.

3. Los servicios sociosanitarios, así como el Instituto de las Mujeres y los organismos de igualdad de las comunidades autónomas orientarán y valorarán los programas y acciones que se lleven a cabo en el marco del derecho a la asistencia integral especializada y accesible y emitirán recomendaciones para su mejora.

4. Los servicios de información y orientación, atención psicosocial inmediata, telefónica y en línea, asesoramiento jurídico 24 horas, los servicios de acogida y asistencia social integral, consistentes en orientación jurídica, psicológica y social destinadas a las víctimas de violencias sexuales, así como los centros de crisis 24 horas, tendrán carácter de servicios esenciales.

En caso de que concurra cualquier situación que dificulte el acceso o la prestación de tales servicios, las administraciones públicas competentes adoptarán las medidas necesarias para garantizar su normal funcionamiento y su adaptación, si fuera necesario, a las necesidades específicas de las víctimas derivadas de la situación de estado de alarma u otra situación excepcional.

Igualmente, se garantizará el normal funcionamiento y prestación del sistema de seguimiento por medios telemáticos del cumplimiento de las medidas cautelares y penas de prohibición de aproximación en materia de violencia de género.

5. Los servicios de salud mental que se presten a las mujeres víctimas de violencias sexuales deberán ser diseñados con perspectiva de género y derechos humanos y deberán garantizar el consentimiento libre e informado de la mujer para cualquier tratamiento médico. Para ello, se le deberán facilitar los apoyos que pueda necesitar para ejercer ese derecho, así como para la adopción de decisiones sobre su propia vida.

Artículo 34. Derecho a la información.

1. Las víctimas de violencias sexuales tienen derecho a recibir plena información y asesoramiento adecuado a su situación personal, a través de los servicios, organismos u oficinas que dispongan las administraciones públicas.

Dicha información comprenderá las medidas contempladas en esta ley orgánica relativas a su protección y seguridad y a los derechos y ayudas en ella previstos, así como la referente al lugar de prestación de los servicios de atención, emergencia y crisis, apoyo y recuperación integral.

A tal efecto las administraciones públicas competentes desplegarán, financiarán y asegurarán los servicios de información y asesoramiento especializados que consideren necesarios para hacer efectivo tal derecho.

2. Se garantizará, a través de los medios necesarios, el acceso integral de las mujeres con discapacidad, así como de las niñas y los niños víctimas de violencias sexuales, a la información sobre sus derechos y sobre los recursos existentes. Esta información deberá ofrecerse en formato accesible y comprensible adaptado a las circunstancias de edad y discapacidad, incluyendo sistemas tales como la lengua de signos u otras modalidades u opciones de comunicación, incluidos los sistemas alternativos y aumentativos. En su caso, se proporcionará, además, a la persona representante de la víctima o a quien tenga atribuida su guarda, protección o defensa, sin perjuicio del deber de atención inmediata e información previsto en el artículo 16.4 de la Ley Orgánica 8/2021 de protección integral de la infancia y adolescencia frente a la violencia, y el derecho de los niños, niñas y adolescentes a estar acompañados de una persona de su confianza previsto en el artículo 17.2 de la misma ley.

3. Asimismo, se articularán los medios necesarios para que las víctimas de violencias sexuales que, por sus circunstancias personales, sociales o idiomáticas, puedan tener dificultades para el acceso a la información, tengan garantizado el ejercicio efectivo de este derecho, garantizando siempre que la información esté disponible en las reconocidas como lenguas propias de cada territorio.

Artículo 35. Servicios de asistencia integral especializada y accesible.

1. Las administraciones públicas, en el ámbito de sus respectivas competencias, promoverán el derecho a la asistencia integral especializada y accesible, en los términos expresados en los artículos anteriores, mediante la disponibilidad de los siguientes servicios:

a) Centros de crisis 24 horas: servicios que brindan atención psicológica, jurídica y social. Bajo criterios de atención permanente y actuación urgente, proveerán apoyo y asistencia en situaciones de crisis para víctimas, familiares y personas del entorno. Estos centros incluyen el acompañamiento y la información telefónica y presencial las 24 horas del día todos los días del año.

b) Servicios de recuperación integral: servicios interdisciplinares de recuperación psicológica y acompañamiento social, educativo, laboral y jurídico que trabajan para apoyar la recuperación psicológica de las víctimas en el largo plazo, así como para atender las mencionadas necesidades de acompañamiento.

c) Servicios de atención a víctimas de trata y explotación sexual: servicios que comprenden, al menos, asistencia psicológica, atención jurídica y asesoramiento social en su propio idioma.

d) Servicios de atención especializada a niñas y niños víctimas de violencias sexuales: servicios adaptados y adecuados a sus necesidades, que proveen asistencia psicológica, educativa y jurídica, y que se constituyen en el lugar de referencia para las víctimas, al que se desplaza el conjunto de profesionales intervinientes en los procesos asistenciales y judiciales.

2. En todos los casos, el acceso a estos servicios será gratuito y se respetará la dignidad, la confidencialidad y el derecho a la protección de datos de carácter personal de las víctimas y de terceras personas.

3. Estos servicios actuarán coordinadamente y en colaboración con los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, los órganos judiciales competentes, los servicios sanitarios y sociosanitarios, las unidades de valoración forense y las instituciones encargadas de prestar asistencia jurídica a las víctimas del ámbito geográfico correspondiente y, en su caso, las Oficinas de Asistencia a las Víctimas del Delito.

4. Se garantizará la disponibilidad de estos servicios a través de la previsión de un número suficiente de centros, con personal suficiente y cualificado, y de un reparto equitativo de los mismos que asegure la accesibilidad a las mujeres de las zonas rurales y alejadas de los núcleos urbanos de gran densidad.

Artículo 36. Garantía de los derechos de las víctimas en situación administrativa irregular.

Las víctimas de violencias sexuales en situación administrativa irregular, de acuerdo con la legislación de extranjería, gozarán de los derechos reconocidos en esta ley orgánica en igualdad de condiciones con el resto de las víctimas. Asimismo, tendrán derecho a la residencia y trabajo en los términos previstos para las autorizaciones por circunstancias excepcionales en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, reguladora de los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social en aquellos supuestos no regulados en esta norma y que serán desarrollados reglamentariamente.

Artículo 37. Acreditación de la existencia de violencias sexuales.

1. A estos efectos, también podrán acreditarse las situaciones de violencias sexuales mediante informe de los servicios sociales, de los servicios especializados en igualdad y contra la violencia de género, de los servicios de acogida destinados a víctimas de violencias sexuales de la Administración Pública competente, o de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social, en los casos objeto de actuación inspectora; por sentencia recaída en el orden jurisdiccional social; o por cualquier otro título, siempre que ello esté previsto en las disposiciones normativas de carácter sectorial que regulen el acceso a cada uno de los derechos y recursos.

En el caso de víctimas menores de edad, y a los mismos efectos, la acreditación podrá realizarse, además, por documentos sanitarios oficiales de comunicación a la Fiscalía o al órgano judicial.

2. El Gobierno y las comunidades autónomas, en el marco de la Conferencia Sectorial de Igualdad, diseñarán, de común acuerdo, los procedimientos básicos que permitan poner en marcha los sistemas de acreditación de las situaciones de violencias sexuales.

3. Los datos personales, tanto de las víctimas como de terceras personas, contenidos en los citados documentos serán tratados con las garantías establecidas en la normativa de protección de datos personales.

CAPÍTULO II

Autonomía económica, derechos laborales y vivienda

Artículo 38. Derechos laborales y de Seguridad Social.

1. Las trabajadoras víctimas de violencias sexuales tendrán derecho, en los términos previstos en el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, a la reducción o a la reordenación de su tiempo de trabajo, a la movilidad geográfica, al cambio de centro de trabajo, a la adaptación de su puesto de trabajo y a los apoyos que precisen por razón de su discapacidad para su reincorporación, a la suspensión de la relación laboral con reserva de puesto de trabajo y a la extinción del contrato de trabajo.

El período de suspensión tendrá una duración inicial que no podrá exceder de seis meses, salvo que de las actuaciones de tutela judicial resultase que la efectividad del

derecho de protección de la víctima requiriese la continuidad de la suspensión. En este caso, el juez podrá prorrogar la suspensión por períodos de tres meses, con un máximo de dieciocho meses.

2. Las víctimas de violencias sexuales tendrán derecho a la protección por desempleo en los términos previstos en el texto refundido de la Ley de Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, y en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

3. Las empresas que formalicen contratos de interinidad, siempre que el contrato se celebre con una persona desempleada, para sustituir a trabajadoras víctimas de violencia sexual que hayan suspendido su contrato de trabajo o ejercitado su derecho a la movilidad geográfica o al cambio de centro de trabajo tendrán derecho a una bonificación del 100% de las cuotas empresariales a la Seguridad Social por contingencias comunes durante todo el período de suspensión de la trabajadora sustituida o durante seis meses en los supuestos de movilidad geográfica o cambio de centro de trabajo. Cuando se produzca la reincorporación, esta se realizará en las mismas condiciones existentes en el momento de la suspensión del contrato de trabajo, garantizándose los ajustes razonables que se puedan precisar por razón de discapacidad.

4. Las ausencias o faltas de puntualidad al trabajo motivadas por la situación física o psicológica derivada de las violencias sexuales se considerarán justificadas y serán remuneradas cuando así lo determinen los servicios sociales de atención o servicios de salud, según proceda, sin perjuicio de que dichas ausencias sean comunicadas por la trabajadora a la empresa a la mayor brevedad.

5. A las trabajadoras por cuenta propia víctimas de violencias sexuales que cesen en su actividad para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral se les considerará en situación de cese temporal de la actividad, en los términos previstos en el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, y se les suspenderá la obligación de cotización durante un período de seis meses que les serán considerados como de cotización efectiva a efectos de las prestaciones de Seguridad Social. Asimismo, su situación será considerada como asimilada al alta.

A los efectos de lo previsto en el párrafo anterior, se tomará una base de cotización equivalente al promedio de las bases cotizadas durante los seis meses previos a la suspensión de la obligación de cotizar.

Artículo 39. Programa específico de empleo.

1. En el marco de los planes anuales de empleo a los que se refiere el artículo 11 del texto refundido de la Ley de Empleo, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, se incluirá un programa de acción específico para las víctimas de violencias sexuales inscritas como demandantes de empleo. Este programa incluirá medidas para favorecer el inicio de una nueva actividad por cuenta propia.

2. Las trabajadoras desempleadas que hayan sufrido violencias sexuales, así como las trabajadoras autónomas que hubiesen cesado su actividad por ser víctimas de violencias sexuales, tendrán derecho, en el momento de demandar un empleo, a participar en las ayudas de contenido económico a que se refiere el artículo 41, así como a participar en programas específicos de inserción laboral.

Artículo 40. Derechos de las funcionarias públicas.

1. Las funcionarias públicas víctimas de violencias sexuales tendrán derecho a la reducción o a la reordenación de su tiempo de trabajo, a la movilidad geográfica de centro de trabajo y a la excedencia en los términos que se determinen en su legislación específica.

2. Las ausencias totales o parciales al trabajo motivadas por la situación física o psicológica derivada de la violencia sexual sufrida por una mujer funcionaria se considerarán justificadas y serán remuneradas cuando así lo determinen los servicios sociales de atención o los servicios de salud, según proceda, sin perjuicio de que dichas ausencias sean comunicadas por las funcionarias a su Administración a la mayor brevedad.

3. La acreditación de las circunstancias que dan lugar al reconocimiento de los derechos de movilidad geográfica de centro de trabajo, excedencia y reducción o reordenación del tiempo de trabajo se realizará en los términos establecidos en el artículo 37.

Artículo 41. Ayudas económicas a las víctimas de violencias sexuales.

1. Cuando las víctimas de violencias sexuales careciesen de rentas superiores, en cómputo mensual, al salario mínimo interprofesional, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias, recibirán una ayuda económica equivalente a seis meses de subsidio por desempleo.

En el supuesto de víctimas de violencias sexuales dependientes económicamente de la unidad familiar, cuando ésta no obtenga rentas superiores, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias, a dos veces el salario mínimo interprofesional, recibirán en todo caso la ayuda económica descrita en este artículo.

2. El importe de la ayuda podrá percibirse, a elección de la víctima, en un pago único o en seis mensualidades. Dicha ayuda podrá prorrogarse por una sola vez, siempre que sigan sin superarse los umbrales económicos descritos en el apartado 1.

Cuando la víctima de la violencia sexual tuviera reconocida oficialmente una discapacidad en grado igual o superior al 33%, el importe será equivalente a doce meses de subsidio por desempleo, prorrogables por una sola vez, siempre que se mantengan las condiciones que dieron lugar a la concesión inicial.

En el caso de que la víctima tenga personas a cargo, su importe podrá alcanzar el de un período equivalente al de dieciocho meses de subsidio, o de veinticuatro meses si la víctima o alguno de los familiares que conviven con ella tiene reconocida oficialmente una discapacidad en grado igual o superior al 33%, en los términos que establezcan las disposiciones de desarrollo de la presente ley orgánica. Dicha ayuda será igualmente

prorrogable por una sola vez, en los mismos términos que los anteriores, siempre que se mantengan las condiciones que dieron lugar a la concesión inicial.

3. Por real decreto se regulará el procedimiento de concesión de estas ayudas, financiadas con cargo a los Presupuestos Generales del Estado. En cualquier caso, la concurrencia de las circunstancias de violencia se acreditará de conformidad con lo establecido en el artículo 37.

4. Estas ayudas serán compatibles con la percepción de las indemnizaciones acordadas por sentencia judicial, o, alternativamente, con cualquiera de las ayudas previstas en la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual. Igualmente, serán compatibles con las ayudas previstas en el Real Decreto 1369/2006, de 24 de noviembre, por el que se regula el programa de renta activa de inserción para desempleados con especiales necesidades económicas y dificultad para encontrar empleo; con las ayudas establecidas en la Ley 19/2021, de 20 de diciembre, por la que se establece el ingreso mínimo vital, y con la percepción de las ayudas que establezcan las comunidades autónomas en este ámbito material.

5. Las víctimas acreditadas de violencia sexual tendrán la consideración jurídica de víctimas de violencia de género a los efectos del artículo 2.2.c) del Real Decreto 1369/2006, de 24 de noviembre, por el que se regula el programa de renta activa de inserción para desempleados con especiales necesidades económicas y dificultad para encontrar empleo.

Artículo 42. Acceso a la vivienda.

Las administraciones públicas promoverán el acceso prioritario de las víctimas de violencias sexuales al parque público de vivienda y a los programas de ayuda de acceso a la vivienda, en los términos que se establezcan.

Asimismo, promoverán el acceso prioritario de las víctimas de violencias sexuales a los establecimientos residenciales y otros centros de atención a las personas en situación de dependencia.

TÍTULO V

Actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad

Artículo 43. Actuación policial especializada.

1. Las unidades de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado especializadas en la prevención de la violencia de género y en el control de la ejecución de las medidas judiciales adoptadas, así como las policías autonómicas y las policías locales que hayan acordado asumir dichas competencias, ampliarán su trabajo especializado a las violencias sexuales y desarrollarán protocolos de intervención y asistencia a víctimas en colaboración con los centros especializados en materia de igualdad y contra la violencia sexual y de género.

2. Se adaptarán todas las herramientas y protocolos policiales de trabajo para la recogida de información, la coordinación, la valoración del riesgo, la prevención, la

atención, el seguimiento y la protección de las víctimas. En particular, para la protección de las víctimas menores de edad se estará a lo dispuesto en el artículo 50 de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y a la adolescencia frente a la violencia. Para ello, los órganos judiciales y los servicios sociosanitarios y los centros educativos facilitarán a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado toda aquella información de la que se deriven elementos que permitan determinar la existencia de un riesgo para la integridad de la víctima o de su entorno.

3. Las víctimas de violencias sexuales tendrán derecho a ser atendidas por personal expresamente formado en materia de género y violencias sexuales, que brindará una respuesta con el mayor grado de sensibilidad, calidad, celeridad y eficacia posible, evitando actuaciones que representen un incremento de la victimización y la duplicación o repetición de las intervenciones. En los casos de víctimas menores de edad, la atención policial y la investigación serán conducidas por unidades especializadas en la investigación y prevención de situaciones de violencia contra la infancia y la adolescencia y preparadas para una correcta y adecuada intervención ante tales casos.

4. Con la finalidad de hacer efectiva la protección de las víctimas, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado deberán coordinarse y colaborar con los cuerpos de policía de las comunidades autónomas que desarrollen las funciones de protección de las personas y bienes y el mantenimiento del orden y la seguridad ciudadana dentro de su territorio, en los términos previstos en sus Estatutos de Autonomía, en la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, y en sus leyes de policía.

5. El Ministerio del Interior, en el ámbito de sus competencias, promoverá la realización de estudios, informes y estadísticas tendentes a delimitar la magnitud de la violencia sexual en España.

Artículo 44. Investigación policial.

Las administraciones públicas competentes arbitrarán todos los medios disponibles, incluidas las técnicas más avanzadas, para garantizar la eficacia de las investigaciones realizadas por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad a fin de verificar y acreditar los hechos que puedan constituir violencia sexual, siempre preservando la integridad e intimidad de las víctimas.

Las distintas Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que actúen en un mismo territorio colaborarán, dentro de su ámbito competencial, para lograr un eficaz desarrollo de sus funciones en el ámbito de la lucha contra la violencia sexual, en los términos previstos en la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

Las administraciones públicas, en el ámbito de sus competencias, potenciarán la labor de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad mediante el desarrollo de herramientas tecnológicas interoperables que faciliten la investigación de los delitos.

Artículo 45. Protección efectiva de las víctimas en riesgo.

1. Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y las policías autonómicas y locales competentes desplegarán medidas de evaluación del riesgo y de protección orientadas a

garantizar la no repetición de la violencia y a brindar protección efectiva ante represalias o amenazas, haciendo posible que las mujeres, niñas y niños vivan en condiciones de libertad y seguridad. Estas medidas se podrán mantener en los casos de sobreseimiento provisional, siempre respetando el derecho a la intimidad de las víctimas, si se valora su necesidad.

2. En el mismo sentido, a través de las unidades especializadas, se deberá vigilar y controlar el cumplimiento exacto de las medidas acordadas por los órganos judiciales encaminadas a la protección de la víctima a través de la vigilancia de los investigados o condenados o el control de localización a través de dispositivos telemáticos de control del cumplimiento de penas y medidas de seguridad de alejamiento, cuando su utilización sea acordada mediante resolución judicial.

Artículo 46. Colaboración policial.

El Gobierno, a través de acuerdos con las comunidades autónomas y las Entidades Locales, promoverá la formación y la colaboración de las policías autonómicas y locales con la finalidad de mejorar la respuesta policial frente a las distintas formas de violencia sexual, especialmente en lo relativo a la primera atención y a la protección de víctimas en situación de riesgo. Para ello, revisará y actualizará los acuerdos y protocolos en materia de colaboración entre los diferentes Cuerpos y Fuerzas de Seguridad.

TÍTULO VI

Acceso y obtención de justicia

CAPÍTULO I

Actuaciones fundamentales para la acreditación del delito

Artículo 47. Unidades de valoración forense integral.

1. Las unidades de valoración forense integral, adscritas a los Institutos de Medicina Legal o a otros órganos competentes, en su caso, se ocuparán también de los casos de violencias sexuales contra las mujeres, niñas y niños, para lo cual serán reforzadas y se garantizará su presencia en todo el territorio del Estado. Su intervención se producirá desde las primeras fases del proceso, incluido el servicio de guardia.

2. La Administración General del Estado y las comunidades autónomas que hayan asumido competencias en materia de justicia ordenarán a las unidades de valoración forense integral que diseñen protocolos de actuación global e integral en casos de violencia sexual. En dichos protocolos se tendrán en cuenta, en particular, las necesidades y derechos de las víctimas, con atención específica a las sometidas a formas de discriminación múltiple, especialmente a las víctimas menores de edad y con discapacidad. Asimismo, se establecerán protocolos para realizar los informes de valoración, que incluirán el daño social.

3. Dichas unidades realizarán una valoración de la gravedad de la situación y del riesgo de reiteración de la violencia a efectos de gestionar el riesgo y garantizar, en su caso, la coordinación de la seguridad y el apoyo a las víctimas.

Artículo 48. Práctica forense disponible, accesible y especializada.

1. La Administración General del Estado y las administraciones de las comunidades autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, garantizarán la disponibilidad del personal médico forense para asegurar que el examen y las actuaciones de interés legal se practiquen a las víctimas sin demoras y conjuntamente con el reconocimiento ginecológico o médico preceptivo y todo aquel estudio médico necesario. En todo caso, se evitará la reiteración de reconocimientos salvo que resultaren estrictamente indispensables para la investigación.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 363 y 778.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aprobada por Real Decreto de 14 de septiembre de 1982, la recogida de muestras biológicas de la víctima y otras evidencias, incluidas imágenes, que puedan contribuir a la acreditación de las violencias sexuales, que se realizará previo consentimiento informado, no estará condicionada a la presentación de denuncia o al ejercicio de la acción penal. Las muestras biológicas y evidencias que se recojan por el centro sanitario se conservarán debidamente para su remisión, garantizando la cadena de custodia y del modo más inmediato posible, al Instituto de Medicina Legal. El plazo y demás condiciones de conservación se determinará mediante protocolos científicos por los organismos competentes.

3. Se garantizará la especialización adecuada del personal del Cuerpo Nacional de Médicos Forenses que intervenga en los casos de violencias sexuales con el fin de asegurar la calidad de su intervención y la no victimización secundaria, especialmente en los casos de víctimas menores de edad.

CAPÍTULO II

Protección, acompañamiento y seguridad de las víctimas

Artículo 49. Información y acompañamiento en el ámbito judicial.

1. Sin perjuicio de las competencias atribuidas a las Oficinas de Asistencia a la Víctima reguladas en la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, se promoverá su formación específica y refuerzo de las mismas a través de los medios materiales y personales necesarios para contribuir adecuadamente a la información y acompañamiento de las víctimas de violencias sexuales.

2. Las Oficinas de Asistencia a las Víctimas proporcionarán información general y sobre la interposición de la denuncia y el proceso penal, así como sobre el derecho a recibir indemnización y sobre cómo obtener asistencia letrada gratuita.

3. También realizarán el acompañamiento a las víctimas que lo soliciten a lo largo del proceso judicial, con las especificidades necesarias en caso de víctimas con discapacidad.

4. Asimismo, y para apoyar esta labor, se impulsará la suscripción de protocolos de colaboración entre las Oficinas de Asistencia a las Víctimas y los servicios de atención integral especializada previstos en el artículo 35, con el objetivo de alcanzar una adecuada

coordinación que dé respuesta a las necesidades de las mujeres, niñas y niños y sus procesos de recuperación y acceso a la justicia.

5. La Administración General del Estado y las comunidades autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, tomarán medidas específicas para garantizar la protección, acompañamiento y seguridad de las víctimas de violencias sexuales menores de edad.

Artículo 50. Protección de datos y limitaciones a la publicidad.

1. En las actuaciones y procedimientos relacionados con la violencia sexual se protegerá la intimidad de las víctimas, y en especial sus datos personales.

2. La Agencia Española de Protección de Datos ejercerá las funciones y potestades que le corresponden de acuerdo con lo previsto en el artículo 47 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, con el fin de garantizar una protección específica de los datos personales de las mujeres en los casos de violencia sexual, especialmente cuando esta se perpetúe a través de las tecnologías de la información y la comunicación.

3. El juzgado o tribunal competente podrá acordar, de oficio o a instancia de parte, que las vistas se desarrollen a puerta cerrada y que las actuaciones sean reservadas.

4. La Agencia garantizará la disponibilidad de un canal accesible y seguro de denuncia de la existencia de contenidos ilícitos en Internet que comportaran un menoscabo grave del derecho a la protección de datos personales.

Artículo 51. Asistencia de Embajadas y Oficinas Consulares.

Las Embajadas y Oficinas Consulares de España en el exterior, dentro de sus deberes generales de protección a los españoles y españolas en el exterior, asistirán a las víctimas de violencia sexual, proporcionándoles orientación y acompañamiento de manera prioritaria dentro de sus capacidades. Se entenderá asimismo que se encuentran amparadas por el Protocolo Interministerial de Actuación para la Atención de las Mujeres Españolas Víctimas de Violencia de Género en el Exterior. Las Embajadas y Oficinas Consulares, en coordinación con la Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género, facilitarán, en su caso, la repatriación de las víctimas a España.

TÍTULO VII

Derecho a la reparación

Artículo 52. Alcance y garantía del derecho a la reparación.

Las víctimas de violencias sexuales tienen derecho a la reparación, lo que comprende la indemnización a la que se refiere el artículo siguiente, las medidas necesarias para su completa recuperación física, psíquica y social, las acciones de reparación simbólica y las garantías de no repetición. Para garantizar este derecho, y sin perjuicio de las competencias autonómicas en la materia, se elaborará un programa administrativo de reparación a las víctimas de violencias sexuales que incluya medidas simbólicas, materiales, individuales y colectivas.

Artículo 53. Indemnización.

1. La indemnización por daños y perjuicios materiales y morales que corresponda a las víctimas de violencias sexuales de acuerdo con las leyes penales sobre la responsabilidad civil derivada del delito, deberá garantizar la satisfacción económicamente evaluable de, al menos, los siguientes conceptos:

a) El daño físico y psicológico, incluido el daño moral y el daño a la dignidad.

b) La pérdida de oportunidades, incluidas las oportunidades de educación, empleo y prestaciones sociales.

c) Los daños materiales y la pérdida de ingresos, incluido el lucro cesante.

d) El daño social, entendido como el daño al proyecto de vida.

e) El tratamiento terapéutico, social y de salud sexual y reproductiva.

2. La indemnización será satisfecha por la o las personas civil o penalmente responsables, de acuerdo con la normativa vigente.

Artículo 54. Pensión de orfandad y prestación de orfandad.

En los casos de muerte en el marco de alguna de las conductas previstas en el apartado 1 del artículo 3, los hijos e hijas de las víctimas, cualquiera de sea la naturaleza de su filiación, por naturaleza o por adopción, podrán percibir una pensión, o, en su caso, una prestación de orfandad, de acuerdo con lo dispuesto en el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre.

Artículo 55. Completa recuperación y garantías de no repetición.

1. Las administraciones públicas garantizarán las medidas necesarias para procurar la completa recuperación física, psíquica y social de las víctimas a través de la red de recursos de atención integral previstos en el título IV. Asimismo, promoverán el restablecimiento de su dignidad y reputación, la superación de cualquier situación de estigmatización y el derecho de supresión aplicado a buscadores en Internet y medios de difusión públicos.

2. Las administraciones públicas podrán establecer ayudas complementarias destinadas a las víctimas que, por la especificidad o gravedad de las secuelas derivadas de la violencia, no encuentren una respuesta adecuada o suficiente en la red de recursos de atención y recuperación, quienes podrán recibir ayudas adicionales para financiar los tratamientos sanitarios adecuados, incluyendo los tratamientos de reconstrucción genital femenina, si fueran necesarios.

3. Con el objetivo de cumplir las garantías de no repetición, las administraciones públicas, en el marco de sus respectivas competencias, impulsarán las medidas necesarias para que las víctimas de violencias sexuales cuenten, en todo momento, con protección efectiva ante represalias o amenazas, según lo previsto en el Título IV.

4. Para dar cumplimiento a lo dispuesto en el apartado anterior, las administraciones públicas promoverán programas específicos dirigidos a favorecer la reinserción y prevenir la reincidencia de las personas condenadas por delitos contra la libertad sexual.

Artículo 56. Fondos para la reparación a las víctimas.

1. La Administración General del Estado y las administraciones de las comunidades autónomas con competencias en la materia recibirán fondos para hacer efectivo el derecho a la reparación de las víctimas, resultantes de la ejecución de los bienes, efectos y ganancias decomisados por los jueces y tribunales a los condenados por los delitos previstos en el artículo 127 bis del Código Penal.

2. Estos fondos podrán destinarse a financiar las ayudas establecidas en el artículo 55.2 de esta ley orgánica, así como medidas de inserción laboral y fomento de la autonomía económica, dirigidas prioritariamente a las víctimas de explotación sexual y trata con fines de explotación sexual, en coordinación con las comunidades autónomas y las entidades locales.

Artículo 57. Reparación simbólica y enfoque reparador integral transformador.

1. La reparación simbólica para las víctimas de violencias sexuales incluirá, por parte de los poderes públicos, el reconocimiento de la violencia y declaraciones institucionales que restablezcan la dignidad y reputación de las víctimas siempre desde un enfoque reparador integral transformador.

2. Las administraciones públicas promoverán el compromiso colectivo contra las violencias sexuales y el respeto por las víctimas.

3. Los poderes públicos promoverán acciones de rechazo a las violencias sexuales y adoptarán las medidas necesarias para evitar la repetición del delito.

TÍTULO VIII

Medidas para la aplicación efectiva de la ley orgánica

Artículo 58. Estructura institucional.

1. La Secretaría de Estado de Igualdad y contra la Violencia de Género o el departamento competente en materia de igualdad impulsarán, en colaboración y cogobernanza con el resto de los poderes públicos tales como Comunidades y Ciudades Autónomas, Diputaciones Forales, Diputaciones Provinciales, Cabildos, Consejos Insulares y Entidades que integran la Administración Local, en el ámbito de sus competencias y con la participación de organizaciones de la sociedad civil, incluidas las organizaciones sindicales y empresariales, la propuesta, formulación, coordinación, seguimiento y evaluación de las políticas en aplicación de esta ley orgánica por parte de la Administración General del Estado para la protección integral del derecho a la libertad sexual y para la erradicación de todas las violencias sexuales.

2. Dentro de las funciones que tienen encomendadas en materia de violencia de género la Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género, las Unidades de

Coordinación contra la Violencia sobre la Mujer, las Unidades de Violencia sobre la Mujer y el Observatorio Estatal de Violencia sobe la Mujer, se entenderán comprendidas todas aquellas violencias a las que se refiere esta ley orgánica.

Artículo 59. Colaboración para una intervención coordinada.

1. En el ámbito de sus competencias, las administraciones sanitarias y las educativas, la Administración de Justicia, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, los servicios sociales y los organismos de igualdad articularán protocolos de detección, atención e intervención o derivación de las violencias sexuales que aseguren una actuación global, coordinada e integral de las distintas administraciones públicas y servicios implicados y que garanticen la actividad probatoria en los procesos que se sigan.

2. En las actuaciones previstas en este artículo se considerará de forma especial la situación de las mujeres, niñas y niños que, por sus circunstancias personales y sociales, puedan tener mayor riesgo de sufrir violencias sexuales o mayores dificultades para acceder a los servicios previstos en esta ley orgánica, prestando particular atención a las sometidas a discriminación interseccional, debido a la situación migratoria, la situación de exclusión social, la edad, o la discapacidad.

Artículo 60. Estrategia estatal de prevención y respuesta a las violencias machistas.

1. La Estrategia estatal de prevención y respuesta a las violencias machistas constituye el instrumento para el impulso, desarrollo y coordinación de las políticas y los objetivos generales establecidos en esta ley orgánica.

2. Corresponde a la Conferencia Sectorial de Igualdad su preparación, seguimiento y evaluación, garantizándose la participación de todos los departamentos ministeriales implicados y las organizaciones representativas de los intereses sociales afectados en cada una de estas fases. La aprobación de la Estrategia corresponderá al Consejo de Ministros.

3. La Estrategia tendrá carácter cuatrienal y establecerá los mecanismos de evaluación y seguimiento que se determinen.

Artículo 61. Mesa de coordinación estatal sobre violencias sexuales.

1. Se crea la Mesa de coordinación estatal sobre violencias sexuales, como órgano colegiado de consulta y asesoramiento, con el fin de servir a los agentes implicados, administraciones y asociaciones especializadas, en coordinación con el Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer.

2. Reglamentariamente, se establecerá su régimen de funcionamiento, competencias y composición, garantizándose, en todo caso, la participación del conjunto de las administraciones públicas, organizaciones de mujeres, organizaciones de mujeres afectadas por las violencias sexuales, incluyendo a las pertenecientes a los grupos más vulnerables a la discriminación interseccional, y profesionales de reconocido prestigio en el ámbito del tratamiento de las violencias sexuales.

3. Este órgano deberá participar en la preparación, elaboración, ejecución y evaluación de la Estrategia estatal a la que se refiere el artículo 60, actuando en

coordinación con los órganos que pudieran crear las comunidades autónomas para dicho fin.

Disposición adicional primera. Aprobación de la Estrategia estatal de prevención y respuesta a las violencias machistas.

En el plazo de un año desde la entrada en vigor de la presente ley orgánica, el Gobierno aprobará y pondrá en marcha la Estrategia estatal de prevención y respuesta a las violencias machistas conforme a lo establecido en el artículo 60 de esta ley orgánica que servirá para las comunidades autónomas que no dispongan de una Estrategia propia.

Disposición adicional segunda. Financiación de costes para la Seguridad Social con cargo a los Presupuestos Generales del Estado.

El coste que de las medidas introducidas por esta ley orgánica se deriva para la Seguridad Social se financiará mediante transferencia de los Presupuestos Generales del Estado.

Disposición adicional tercera. Evaluación de la aplicación de la ley orgánica.

El Gobierno, en colaboración con las comunidades autónomas, a los tres años de la entrada en vigor de esta ley orgánica, elaborará y remitirá al Congreso de los Diputados un informe en el que se hará una evaluación de los efectos de su aplicación en la lucha contra las violencias sexuales.

A estos efectos, las administraciones públicas competentes recogerán datos estadísticos sobre la actuación institucional en materia de prevención, detección, atención integral, protección, justicia y reparación, incorporando tanto la información procedente de todas las administraciones públicas e instituciones como de las organizaciones especializadas en la asistencia a las víctimas, además de la relativa a los procesos penales en materia de violencias sexuales.

Disposición adicional cuarta. Sistema de financiación de las políticas públicas en materia de violencia contra las mujeres en el marco del Pacto de Estado Contra la Violencia de Género.

A los efectos de garantizar la estabilidad financiera de las políticas desarrolladas por las administraciones públicas en relación a la lucha contra la violencia contras las mujeres, en el marco del Pacto de Estado Contra la Violencia de Género, el Gobierno garantizará el sistema de financiación articulado por el Pacto de Estado contra la violencia de género que permite destinar partidas presupuestarias vinculadas al Pacto y dirigidas a distintos departamentos ministeriales, a las comunidades autónomas y a las Entidades Locales. Este sistema de financiación permite transferencias directas, finalistas y condicionadas al cumplimiento de las medidas recogidas en los acuerdos del Pacto de Estado.

La Conferencia Sectorial de Igualdad fijará los criterios objetivos con arreglo a los cuales las comunidades autónomas y las Ciudades de Ceuta y Melilla podrán acceder a las cantidades de esta partida reservadas para dichas administraciones, las cuales se ejecutarán vía transferencia finalista y directa.

No obstante, la Comunidad Autónoma del País Vasco y la Comunidad Foral de Navarra se regirán, en estos aspectos financieros, por sus regímenes especiales de Concierto Económico y de Convenio.

Los acuerdos de la Conferencia Sectorial en los que se fijen los criterios objetivos de distribución, así como la distribución resultante, podrán determinar el porcentaje de las transferencias que podrá destinarse a gastos de personal y gastos corrientes de gestión vinculados al desarrollo de las actuaciones acordadas.

Con carácter excepcional, no resultará de aplicación a dichas partidas reservadas a las comunidades autónomas y las Ciudades de Ceuta y Melilla lo dispuesto en la regla Sexta del artículo 86.2 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria en relación con los remanentes no comprometidos resultantes al final del ejercicio.

Disposición adicional quinta. Evaluación y monitoreo de la actividad de las instituciones en materia de violencia contra las mujeres.

El Gobierno, las comunidades autónomas, las Entidades que forman parte de la Administración Local, así como el Ministerio Fiscal y el Poder Judicial, en el marco de sus competencias, elaborarán informes cuatrienales de cumplimiento de las medidas en materia de violencia contra las mujeres, que serán remitidos a las Cortes Generales como medida de evaluación y rendición de cuentas sobre los procesos de implementación de la normativa y de las políticas públicas y su impacto en la violencia contra las mujeres, con especial atención a la rendición de cuentas por parte del conjunto de administraciones públicas de las medidas del Pacto de Estado contra la violencia de género y de los fondos previstos en el Pacto de Estado contra la Violencia de Género.

A estos efectos, las administraciones públicas competentes recogerán datos estadísticos, homogéneos y de manera permanente sobre la actuación institucional en materia de prevención, detección, atención integral, protección, justicia y reparación, incorporando tanto la información procedente de todas las administraciones públicas como de las organizaciones especializadas en la asistencia a las víctimas, además de la relativa a los procesos penales en materia de violencia contra las mujeres.

Disposición transitoria única. Aplicación de medidas.

En los procesos sobre hechos contemplados en la presente ley orgánica que se encuentren en tramitación a su entrada en vigor, los juzgados o tribunales que los estén conociendo podrán adoptar las medidas previstas en el Capítulo II del Título VI.

Disposición final primera. Modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aprobada por Real Decreto de 14 de septiembre de 1882.

Se modifica la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aprobada por Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, en los siguientes términos:

Uno. Se añade un nuevo segundo párrafo al artículo 13 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con el siguiente tenor literal:

> «En la instrucción de delitos cometidos a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información o de la comunicación, el juzgado podrá acordar, como

> primeras diligencias, de oficio o a instancia de parte, las medidas cautelares consistentes en la retirada provisional de contenidos ilícitos, en la interrupción provisional de los servicios que ofrezcan dichos contenidos o en el bloqueo provisional de unos y otros cuando radiquen en el extranjero.»

Dos. Se añade un nuevo segundo párrafo al artículo 112 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pasando el actual segundo párrafo al tercer lugar, con el siguiente tenor literal:

> «No obstante, aun cuando se hubiera previamente renunciado a la acción civil, si las consecuencias del delito son más graves de las que se preveían en el momento de la renuncia, o si la renuncia pudo estar condicionada por la relación de la víctima con alguna de las personas responsables del delito, se podrá revocar la renuncia al ejercicio de la acción civil por resolución judicial, a solicitud de la persona dañada o perjudicada y oídas las partes, siempre y cuando se formule antes del trámite de calificación del delito.»

Tres. Se añade un nuevo párrafo al artículo 544 bis, que queda redactado como sigue:

> «En el caso de que se investigue alguno de los delitos mencionados en el artículo 3 de la Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual, de acordarse alguna de las medidas de protección de la víctima previstas en este precepto, podrá acordarse mediante resolución motivada la utilización de dispositivos telemáticos para el control de su cumplimiento.»

Cuatro. Se modifica el apartado 3 del artículo 681 que queda redactado como sigue:

> «3. Queda prohibida, en todo caso, la divulgación o publicación de información relativa a la identidad de víctimas menores de edad, de víctimas con discapacidad necesitadas de especial protección y de las víctimas de los delitos de violencia sexual referidos en el artículo 3 de esta ley, así como de datos que puedan facilitar su identificación de forma directa o indirecta, o de aquellas circunstancias personales que hubieran sido valoradas para resolver sobre sus necesidades de protección, así como la obtención, divulgación o publicación de imágenes suyas o de sus familiares.»

Cinco. Se modifica el segundo párrafo del artículo 709, que queda redactado como sigue:

> «El Presidente podrá adoptar medidas para evitar que se formulen a la víctima preguntas innecesarias relativas a la vida privada, en particular a la intimidad sexual, que no tengan relevancia para el hecho delictivo enjuiciado, salvo que, excepcionalmente y teniendo en cuenta las circunstancias particulares del caso, el Presidente considere que sean pertinentes y necesarias. Si esas preguntas fueran formuladas, el Presidente no permitirá que sean contestadas.»

Disposición final segunda. Modificación de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación.

Se modifica la letra m) del apartado 1 del artículo 31, que queda redactada como sigue:

«m) Personalidades de reconocido prestigio en la lucha para la erradicación de la violencia sexual y de género.»

Disposición final tercera. Modificación de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad.

Se modifica el párrafo a) del artículo 3, que quedará redactado como sigue:

«a) La publicidad que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución, especialmente a los que se refieren sus artículos 14, 18 y 20, apartado 4. Se entenderán incluidos en la previsión anterior los anuncios que presenten a las mujeres de forma vejatoria, bien utilizando particular y directamente su cuerpo o partes del mismo como mero objeto desvinculado del producto que se pretende promocionar, bien su imagen asociada a comportamientos estereotipados que vulneren los fundamentos de nuestro ordenamiento coadyuvando a generar las violencias a que se refieren la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género y la Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual.

Asimismo, se entenderá incluida en la previsión anterior cualquier forma de publicidad que coadyuve a generar violencia o discriminación en cualquiera de sus manifestaciones sobre las personas menores de edad, o fomente estereotipos de carácter sexista, racista, estético o de carácter homofóbico o transfóbico o por razones de discapacidad, así como la que promueva la prostitución.»

Disposición final cuarta. Modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en los siguientes términos:

Uno. Se modifican los apartados 2 y 3 y se añade un nuevo apartado 4, en el artículo 36, en los siguientes términos:

«2. La pena de prisión tendrá una duración mínima de tres meses y máxima de veinte años, salvo lo que excepcionalmente dispongan otros preceptos del presente Código.

Cuando la duración de la pena de prisión impuesta sea superior a cinco años, el juez o tribunal podrá ordenar que la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario no se efectúe hasta el cumplimiento de la mitad de la pena impuesta.

En cualquier caso, cuando la duración de la pena de prisión impuesta sea superior a cinco años y se trate de los delitos enumerados a continuación, la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario no podrá efectuarse hasta el cumplimiento de la mitad de la misma:

a) Delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código.

b) Delitos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal.

c) Delitos del Título VII bis del Libro II de este Código, cuando la víctima sea una persona menor de edad o persona con discapacidad necesitada de especial protección.

d) Delitos del artículo 181.

e) Delitos del Capítulo V del Título VIII del Libro II de este Código, cuando la víctima sea menor de dieciséis años.

En los supuestos de las letras c), d) y e), si la condena fuera superior a cinco años de prisión la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario no podrá efectuarse sin valoración e informe específico acerca del aprovechamiento por el reo del programa de tratamiento para condenados por agresión sexual.

3. La autoridad judicial de vigilancia penitenciaria, previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social y valorando, en su caso, las circunstancias personales de la persona condenada y la evolución del tratamiento reeducador, podrá acordar razonadamente, oídos el Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes, la aplicación del régimen general de cumplimiento, salvo en los supuestos contenidos en el apartado anterior.

4. En todo caso, la autoridad judicial de vigilancia penitenciaria, según corresponda, podrá acordar, previo informe del Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes, la progresión a tercer grado por motivos humanitarios y de dignidad personal de las personas condenadas enfermas muy graves con padecimientos incurables y de las personas septuagenarias, valorando, especialmente, su escasa peligrosidad.»

Dos. Se añade un nuevo segundo párrafo al apartado 2 del artículo 83, con la siguiente redacción:

«Las anteriores prohibiciones y deberes se impondrán asimismo cuando se trate de delitos contra la libertad sexual, matrimonio forzado, mutilación genital femenina y trata de seres humanos.»

Tres. Se añade un apartado 4 al artículo 172 bis, con la siguiente redacción:

«4. En las sentencias condenatorias por delito de matrimonio forzado, además del pronunciamiento correspondiente a la responsabilidad civil, se harán, en su caso, los que procedan en orden a la declaración de nulidad o disolución del matrimonio así contraído y a la filiación y fijación de alimentos.»

Cuatro. Se modifica el apartado 1 y se añade un nuevo apartado 5 del artículo 172 ter, que quedan redactados como sigue:

«1. Será castigado con la pena de prisión de tres meses a dos años o multa de seis a veinticuatro meses el que acose a una persona llevando a cabo de forma insistente y reiterada, y sin estar legítimamente autorizado, alguna de las conductas siguientes y, de esta forma, altere el normal desarrollo de su vida cotidiana:

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

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

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

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

Cuando la víctima se halle en una situación de especial vulnerabilidad por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o por cualquier otra circunstancia, se impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años.»

«5 (nuevo). El que, sin consentimiento de su titular, utilice la imagen de una persona para realizar anuncios o abrir perfiles falsos en redes sociales, páginas de contacto o cualquier medio de difusión pública, ocasionándole a la misma situación de acoso, hostigamiento o humillación, será castigado con pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a doce meses.»

Cinco. Se modifican los apartados 1 y 4 del artículo 173, quedando redactados como sigue:

«1. El que infligiera a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años.

Con la misma pena serán castigados los que, en el ámbito de cualquier relación laboral o funcionarial 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.

Se impondrá también la misma pena al que de forma reiterada lleve a cabo actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante, tengan por objeto impedir el legítimo disfrute de la vivienda.

Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis, una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en los tres párrafos anteriores, se le impondrá la pena de multa de seis meses a dos años. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los Jueces y Tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.»

«4. Quien cause injuria o vejación injusta de carácter leve, cuando el ofendido fuera una de las personas a las que se refiere el apartado 2 del artículo 173, será castigado con la pena de localización permanente de cinco a treinta días, siempre en domicilio diferente y alejado del de la víctima, o trabajos en beneficio de la comunidad de cinco a treinta días, o multa de uno a cuatro meses, esta última únicamente en los supuestos en los que concurren las circunstancias expresadas en el apartado 2 del artículo 84.

Las mismas penas se impondrán a quienes se dirijan a otra persona con expresiones, comportamientos o proposiciones de carácter sexual que creen a la víctima una situación objetivamente humillante, hostil o intimidatoria, sin llegar a constituir otros delitos de mayor gravedad.

Los delitos tipificados en los dos párrafos anteriores sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o su representante legal.»

Seis. Se modifica la rúbrica del Título VIII del Libro II, que queda redactada como sigue:

«TÍTULO VIII

Delitos contra la libertad sexual»

Siete. Se modifica el Capítulo I del Título VIII del Libro II, que queda redactado como sigue:

«CAPÍTULO I

De las agresiones sexuales

Artículo 178.

1. Será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, como responsable de agresión sexual, el que realice cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento. Sólo se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona.

2. A los efectos del apartado anterior, se consideran en todo caso agresión sexual los actos de contenido sexual que se realicen empleando violencia, intimidación o abuso de una situación de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima, así como los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuya situación mental se abusare y los que se realicen cuando la víctima tenga anulada por cualquier causa su voluntad.

3. El órgano sentenciador, razonándolo en la sentencia, y siempre que no concurran las circunstancias del artículo 180, podrá imponer la pena de prisión en su mitad inferior o multa de dieciocho a veinticuatro meses, en atención a la menor entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable.»

Artículo 179.

Cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado como reo de violación con la pena de prisión de cuatro a doce años.

Artículo 180.

1. Las anteriores conductas serán castigadas con la pena de prisión de dos a ocho años para las agresiones del artículo 178.1 y de siete a quince años para las del artículo 179 cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias, salvo que las mismas hayan sido tomadas en consideración para determinar que concurren los elementos de los delitos tipificados en los artículos 178 o 179:

1.ª Cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas.

2.ª Cuando la agresión sexual vaya precedida o acompañada de una violencia de extrema gravedad o de actos que revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio.

3.ª Cuando los hechos se cometan contra una persona que se halle en una situación de especial vulnerabilidad por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o por cualquier otra circunstancia, salvo lo dispuesto en el artículo 181.

4.ª Cuando la víctima sea o haya sido esposa o mujer que esté o haya estado ligada por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia.

5.ª Cuando, para la ejecución del delito, la persona responsable se hubiera prevalido de una situación de convivencia o de parentesco, por ser ascendiente, o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, o de una relación de superioridad con respecto a la víctima.

6.ª Cuando el responsable haga uso de armas u otros medios igualmente peligrosos, susceptibles de producir la muerte o alguna de las lesiones previstas en los artículos 149 y 150 de este Código, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 194 bis.

7.ª Cuando para la comisión de estos hechos el autor haya anulado la voluntad de la víctima suministrándole fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto.

2. Si concurrieren dos o más de las anteriores circunstancias, las penas respectivamente previstas en el apartado 1 de este artículo se impondrán en su mitad superior.

3. En todos los casos previstos en este capítulo, cuando el culpable se hubiera prevalido de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público, se impondrá, además, la pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años.»

Ocho. Se modifica el Capítulo II del Título VIII del Libro II, que queda redactado como sigue:

«CAPÍTULO II

De las agresiones sexuales a menores de dieciséis años

«**Artículo 181.**

1. El que realizare actos de carácter sexual con un menor de dieciséis años, será castigado con la pena de prisión de dos a seis años.

A estos efectos se consideran incluidos en los actos de carácter sexual los que realice el menor con un tercero o sobre sí mismo a instancia del autor.

2. Si en las conductas del apartado anterior concurre alguna de las modalidades de agresión sexual descritas en el artículo 178, se impondrá una pena de prisión de cinco a diez años.

En estos casos, en atención a la menor entidad del hecho y valorando todas las circunstancias concurrentes, incluyendo las circunstancias personales del culpable, podrá imponerse la pena de prisión inferior en grado, excepto cuando medie violencia o intimidación o concurran las circunstancias mencionadas en el artículo 181.4.

3. Cuanto el acto sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o en introducción de miembros corporales u objetos por algunas de las dos primeras vías, el responsable será castigado con la pena de prisión de seis a doce años de prisión en los casos del apartado 1, y con la pena de prisión de diez a quince años en los casos del apartado 2.

4. Las conductas previstas en los apartados anteriores serán castigadas con la pena de prisión correspondiente en su mitad superior cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

a) Cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas.

b) Cuando la agresión sexual vaya precedida o acompañada de una violencia de extrema gravedad o de actos que revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio.

c) Cuando los hechos se cometan contra una persona que se halle en una situación de especial vulnerabilidad por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o por cualquier otra circunstancia, y, en todo caso, cuando sea menor de cuatro años.

d) Cuando la víctima sea o haya sido pareja del autor, aun sin convivencia.

e) Cuando, para la ejecución del delito, el responsable se hubiera prevalido de una situación de convivencia o de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima.

f) Cuando el responsable haga uso de armas u otros medios igualmente peligrosos, susceptibles de producir la muerte o alguna de las lesiones previstas en los artículos 149 y 150 de este Código, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 194 bis.

g) Cuando para la comisión de estos hechos el autor haya anulado la voluntad de la víctima suministrándole fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto.

h) Cuando la infracción se haya cometido en el seno de una organización o de un grupo criminal que se dedicare a la realización de tales actividades.

5. En todos los casos previstos en este artículo, cuando el culpable se hubiera prevalido de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público, se impondrá, además, la pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años.

Artículo 182.

1. El que, con fines sexuales, haga presenciar a un menor de dieciséis años actos de carácter sexual, aunque el autor no participe en ellos, será castigado con una pena de prisión de seis meses a dos años.

2. Si los actos de carácter sexual que se hacen presenciar al menor de dieciséis años constituyeran un delito contra la libertad sexual, la pena será de prisión de uno a tres años.

Artículo 183.

1. El que a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de dieciséis años y proponga concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 181 y 189, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento, será castigado con la pena de uno a tres años de prisión o multa de doce a veinticuatro meses, sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos. Las penas se impondrán en su mitad superior cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño.

2. El que, a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de dieciséis años y realice actos dirigidos a embaucarle para que le facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas en las que se represente o aparezca un menor, será castigado con una pena de prisión de seis meses a dos años.

Artículo 183 bis.

Salvo en los casos en que concurra alguna de las circunstancias previstas en el apartado segundo del artículo 178, el libre consentimiento del menor de dieciséis años excluirá la responsabilidad penal por los delitos previstos en este capítulo cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez física y psicológica.»

Nueve. Se suprime el Capítulo II bis del Título VIII del Libro II.

Diez. Se modifica el artículo 184, que queda redactado como sigue:

«**Artículo 184.**

1. El que solicitare favores de naturaleza sexual, para sí o para un tercero, en el ámbito de una relación laboral, docente, de prestación de servicios o análoga, continuada o habitual, y con tal comportamiento provocare a la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante, será castigado, como autor de acoso sexual, con la pena de prisión de seis a doce meses o multa de diez a quince meses e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o actividad de doce a quince meses.

2. Si el culpable de acoso sexual hubiera cometido el hecho prevaliéndose de una situación de superioridad laboral, docente o jerárquica, o sobre persona sujeta a su guarda o custodia, o con el anuncio expreso o tácito de causar a la víctima un mal relacionado con las legítimas expectativas que aquella pueda tener en el ámbito de la indicada relación, la pena será de prisión de uno a dos años e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o actividad de dieciocho a veinticuatro meses.

3. Asimismo, si el culpable de acoso sexual lo hubiera cometido en centros de protección o reforma de menores, centro de internamiento de personas extranjeras, o cualquier otro centro de detención, custodia o acogida, incluso de estancia temporal, la pena será de prisión de uno a dos años e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o actividad de dieciocho a veinticuatro meses, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 443.2.

4. Cuando la víctima se halle en una situación de especial vulnerabilidad por razón de su edad, enfermedad o discapacidad, la pena se impondrá en su mitad superior.

5. Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis, una persona jurídica sea responsable de este delito, se le impondrá la pena de multa de seis meses a dos años. Atenidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.»

Once. Se añade una letra d) que sustituye al último párrafo del artículo 189 ter, con la siguiente redacción:

«d) Disolución de la persona jurídica, conforme a lo dispuesto en el artículo 33.7 b) de este Código, pudiendo decretarse, atendidas las reglas recogidas en el artículo 66 bis, las demás penas previstas en el mismo que sean compatibles con la disolución.»

Doce. Se modifica la ubicación y el contenido del artículo 190, que pasa a incluirse en el Capítulo VI del Título VIII del Libro II y queda redactado como sigue:

«**Artículo 190.**

La condena de un Juez o Tribunal extranjero, impuesta por delitos comprendidos en este Título, será equiparada a las sentencias de los Jueces o Tribunales españoles a los efectos de la aplicación de la circunstancia agravante de reincidencia.»

Trece. Se modifica el apartado 1 del artículo 191, que queda redactado como sigue:

«1. Para proceder por los delitos de agresiones sexuales y acoso sexual será precisa denuncia de la persona agraviada, de su representante legal o querella del Ministerio Fiscal, que actuará ponderando los legítimos intereses en presencia. Cuando la víctima sea menor

de edad, persona con discapacidad necesitada de especial protección o una persona desvalida, bastará la denuncia del Ministerio Fiscal.»

Catorce. Se modifica el apartado 3 del artículo 192, que queda redactado como sigue:

«3. La autoridad judicial impondrá a las personas responsables de la comisión de alguno de los delitos de los Capítulos I o V cuando la víctima sea menor de edad y en todo caso de alguno de los delitos del Capítulo II, además de las penas previstas en tales Capítulos, la pena de privación de la patria potestad o de inhabilitación especial para el ejercicio de los derechos de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, por tiempo de cuatro a diez años. A las personas responsables del resto de delitos del presente Título se les podrá imponer razonadamente, además de las penas señaladas para tales delitos, la pena de privación de la patria potestad o la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de los derechos de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, por el tiempo de seis meses a seis años, así como la pena de inhabilitación para empleo o cargo público o ejercicio de la profesión u oficio, retribuido o no, por el tiempo de seis meses a seis años.

Asimismo, la autoridad judicial impondrá a las personas responsables de los delitos comprendidos en el presente Título, sin perjuicio de las penas que correspondan con arreglo a los artículos precedentes, una pena de inhabilitación especial para cualquier profesión, oficio o actividades, sean o no retribuidos, que conlleve contacto regular y directo con personas menores de edad, por un tiempo superior entre cinco y veinte años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en la sentencia si el delito fuera grave, y entre dos y veinte años si fuera menos grave. En ambos casos se atenderá proporcionalmente a la gravedad del delito, el número de los delitos cometidos y a las circunstancias que concurran en la persona condenada.»

Quince. Se modifica el artículo 194, que queda redactado como sigue:

«**Artículo 194.**

En los supuestos tipificados en los capítulos IV y V de este título, cuando en la realización de los actos se utilizaren establecimientos o locales, abiertos o no al público, se decretará en la sentencia condenatoria su clausura definitiva. La clausura podrá adoptarse también con carácter cautelar.»

Dieciséis. Se introduce un nuevo artículo 194 bis con la siguiente redacción:

«**Artículo 194 bis.**

Las penas previstas en los delitos de este título se impondrán sin perjuicio de la que pudiera corresponder por los actos de violencia física o psíquica que se realizasen.»

Diecisiete. Se modifica el apartado 7 del artículo 197, que queda redactado como sigue:

«7. Será castigado con una pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a doce meses el que, sin autorización de la persona afectada, difunda, revele o ceda a terceros imágenes o grabaciones audiovisuales de aquélla que hubiera obtenido con su anuencia en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros, cuando la divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal de esa persona.

> Se impondrá la pena de multa de uno a tres meses a quien habiendo recibido las imágenes o grabaciones audiovisuales a las que se refiere el párrafo anterior las difunda, revele o ceda a terceros sin el consentimiento de la persona afectada.
>
> En los supuestos de los párrafos anteriores, la pena se impondrá en su mitad superior cuando los hechos hubieran sido cometidos por el cónyuge o por persona que esté o haya estado unida a él por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, la víctima fuera menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección, o los hechos se hubieran cometido con una finalidad lucrativa.»

Dieciocho. Se modifica el apartado 2 del artículo 443, que queda redactado como sigue:

> «2. El funcionario de Instituciones Penitenciarias, de centros de protección o reforma de menores, centro de internamiento de personas extranjeras, o cualquier otro centro de detención, o custodia, incluso de estancia temporal, que solicitara sexualmente a una persona sujeta a su guarda, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a doce años.»

Disposición final quinta. Modificación de la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual.

Se modifica la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, en los siguientes términos:

Uno. Se modifica el apartado 2 del artículo 1, que queda redactado como sigue:

> «2. Se beneficiarán asimismo de las ayudas contempladas por esta ley las víctimas de violencias sexuales en el sentido de la Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual, incluidas las víctimas de homicidio subsiguiente a un delito contra la libertad sexual.»

Dos. Se modifican los apartados 1 y 2 del artículo 2, que queda redactado como sigue:

> «1. Podrán acceder a estas ayudas quienes, en el momento de perpetrarse el delito, sean españoles o nacionales de algún otro Estado miembro de la Unión Europea o quienes, no siéndolo, residan habitualmente en España, sean nacionales de otro Estado que reconozca ayudas análogas a los españoles en su territorio.
>
> Asimismo, podrán acceder a las ayudas las mujeres nacionales de cualquier otro Estado que se hallen en España, cualquiera que sea su situación administrativa, cuando la afectada sea víctima de violencias sexuales en el sentido de la Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual, incluidas las víctimas de homicidio subsiguiente a un delito contra la libertad sexual, o víctima de violencia de género en los términos previstos en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la Violencia de Género.
>
> La condición de víctima de violencia de género o violencia sexual deberá acreditarse por cualquiera de los siguientes medios de prueba:
>
> a) A través de la sentencia condenatoria.

b) A través de la resolución judicial que hubiere acordado como medida cautelar de protección de la víctima la prohibición de aproximación o la prisión provisional del inculpado.

c) De la forma establecida en el artículo 23 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre o en el artículo 36 de la Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual.

En el caso de fallecimiento consecuencia de la violencia sufrida, lo previsto en los párrafos anteriores será exigible respecto de las personas beneficiarias a título de víctimas indirectas, con independencia de la nacionalidad o residencia habitual de la víctima fallecida.

2. Podrán acceder a estas ayudas, a título de víctimas directas, las personas que sufran lesiones corporales graves o daños graves en su salud física o mental como consecuencia directa del delito, incluidas las víctimas de la violencia vicaria, prevista en el artículo 1.4. de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, cuando su familiar o allegado menor de edad fallezca como consecuencia del delito.»

Tres. Se modifican los apartados 2 y 4 del artículo 6, quedando redactados como sigue:

«2. El importe de la ayuda se establecerá mediante la aplicación de coeficientes correctores sobre las cuantías máximas previstas en el apartado anterior, en la forma que reglamentariamente se determine y en atención a:

a) La situación económica de la víctima y de la persona beneficiaria.

b) El número de personas que dependieran económicamente de la víctima y de la persona beneficiaria.

c) El grado de afectación o menoscabo que sufriera la víctima dentro de los límites de aquella situación que le correspondiera de entre las previstas por el artículo 6.1.b) de esta ley.

En el supuesto de que la afectada sea víctima de violencias sexuales en el sentido de la Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual, o víctima de violencia de género en los términos previstos en el artículo 2.1 de esta ley, el importe de la ayuda, calculado de acuerdo con lo establecido en los apartados anteriores, se incrementará en un veinticinco por ciento. En los casos de muerte consecuencia de alguna de estas formas de violencia, la ayuda será incrementada en un veinticinco por ciento para beneficiarios hijos menores de edad o mayores respecto de los que se hayan establecido judicialmente medidas de apoyo.»

«4. En los supuestos de violencias sexuales y de violencias de género que causaren a la víctima daños en su salud mental, el importe de la ayuda sufragará la reparación económica de los daños y perjuicios sufridos, debiendo ser evaluados, al menos, los siguientes conceptos:

a) El daño físico y mental, incluido el daño a la dignidad, el dolor, el sufrimiento y la angustia emocional.

b) La pérdida de oportunidades, incluidas las oportunidades de educación, empleo y prestaciones sociales.

c) Los daños materiales y la pérdida de ingresos, incluido el lucro cesante.

d) El daño social, incluida la exclusión de la familia o comunidad.

e) El tratamiento terapéutico, social y de salud sexual y reproductiva libremente elegido por la víctima, en la cuantía máxima que reglamentariamente se determine.

f) Las actividades domésticas y de cuidados no remuneradas.

Será procedente la concesión de esta ayuda aun cuando las lesiones o daños sufridos por la víctima no sean determinantes de incapacidad temporal.

En cualquier caso, la ayuda prevista por este apartado será compatible con la que correspondiera a la víctima si las lesiones o daños sufridos produjeran incapacidad temporal o lesiones invalidantes.»

Cuatro. Se añade un segundo párrafo al apartado 1 del artículo 7, con el siguiente tenor literal:

«No obstante, en el supuesto de violencias sexuales y de violencia de género, el plazo de prescripción será de cinco años y no afectará el transcurso del mismo desde que se produjo el hecho causante, comenzando a contarse en todo caso desde que recaiga resolución judicial firme que ponga fin provisional o definitivamente al proceso o desde el momento en que se acredite su condición de víctima conforme a lo establecido en el artículo 23 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, o el artículo 37 de la Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 10 de la presente ley. Si no se hubiera sustanciado procedimiento judicial, el plazo de prescripción de cinco años comenzará a contar desde la comisión del hecho delictivo.»

Cinco. Se modifica la letra e) del apartado 2 del artículo 9, que queda redactada como sigue:

«e) Copia de la resolución judicial firme que ponga fin al proceso penal, ya sea sentencia, auto de rebeldía o que declare el archivo por fallecimiento de la persona culpable, o declare el sobreseimiento provisional de la causa o el sobreseimiento libre por darse los supuestos previstos por los artículos 383, 641.2.º o 637.3.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, respectivamente.»

Seis. Se modifican los apartados 1, 3 y 4 del artículo 10, que quedan redactados como sigue:

«1. Podrán concederse ayudas provisionales con anterioridad a que recaiga resolución judicial firme que ponga fin al proceso penal, siempre que quede acreditada la precaria situación económica en que hubiese quedado la víctima o sus beneficiarios.

Reglamentariamente se determinarán los criterios en virtud de los cuales se considerará precaria la situación económica de la víctima del delito, a los efectos de poder acceder a la concesión de ayudas provisionales.

En los supuestos en que la víctima del delito tenga la consideración de víctima de violencias sexuales o de violencia de género, en los términos previstos en el artículo 2.1 de esta ley, podrán concederse las ayudas provisionales cualquiera que sea la situación económica de la víctima o de sus beneficiarios.»

«3. La solicitud de ayuda provisional deberá contener, además de los extremos a que se refiere el artículo 66.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, los siguientes datos:

a) La calificación de las lesiones o daños a la salud, así como los daños a las víctimas de violencias sexuales, realizada por el órgano y mediante el procedimiento que se determine reglamentariamente.

b) Acreditación documental del fallecimiento en su caso y de la condición de beneficiario a título de víctima indirecta.

c) Informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios razonables para suponer que el fallecimiento, las lesiones o los daños se han producido por un hecho con caracteres de delito violento, doloso o contra la libertad sexual.

4. La ayuda provisional no podrá ser superior al 80 por 100 del importe máximo de ayuda establecido por esta ley para los supuestos de muerte, lesiones corporales graves, daños graves en la salud o daños por delitos contra la libertad sexual, según corresponda.

Su cuantía se establecerá mediante la aplicación de los coeficientes correctores a los que se refiere el artículo 6.2.»

Siete. Se añaden dos párrafos al apartado 5 del artículo 15, con el siguiente tenor literal:

«Aun cuando el proceso se vea abocado a resolución que ponga fin al proceso penal por los supuestos de rebeldía, archivo por fallecimiento del culpable, o pudiera recaer sobreseimiento provisional de la causa o el sobreseimiento libre por darse los supuestos previstos por los artículos 383, 641.2.º o 637.3.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, o hubiere recaído ya resolución judicial firme, siempre que existieren indicios razonables de haberse cometido los delitos objeto de aplicación de la presente ley, el Ministerio Fiscal, una vez recabado el informe forense, vendrá obligado a solicitar y recabar, incluso con la interposición de los recursos oportunos, la información relativa a la identidad de la víctima, los daños físicos y psíquicos sufridos, su conexión causal con los hechos indiciariamente constitutivos de delito y en definitiva, cualquier prueba conducente para la obtención de la ayuda pública prevista en la presente ley.

El Ministerio Fiscal actuará de la misma manera en los casos en que no se haya sustanciado proceso por haberse acreditado la violencia por medios no judiciales.»

Disposición final sexta. Modificación de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

Se modifica el artículo 31 bis, que queda redactado como sigue:

«**Artículo 31 bis. Residencia temporal y trabajo de mujeres extranjeras víctimas de violencia de género o de violencias sexuales.**

1. Las mujeres extranjeras, cualquiera que sea su situación administrativa, tienen garantizados los derechos reconocidos en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, en caso de que sean víctimas de violencia de género; y los derechos reconocidos en la Ley Orgánica de garantía integral

de la libertad sexual, en caso de que sean víctimas de violencias sexuales; así como, en ambos casos, a las medidas de protección y seguridad establecidas en la legislación vigente.

2. Si al denunciarse una situación de violencia de género o de violencia sexual contra una mujer extranjera se pusiera de manifiesto su situación irregular, no se incoará el expediente administrativo sancionador por infracción del artículo 53.1.a), y se suspenderá el expediente administrativo sancionador que se hubiera incoado por la comisión de dicha infracción con anterioridad a la denuncia o, en su caso, la ejecución de las órdenes de expulsión o de devolución eventualmente acordadas.

3. La mujer extranjera que se halle en la situación descrita en el apartado anterior podrá solicitar una autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales a partir del momento en que se hubiera dictado una orden de protección a su favor o, en su defecto, informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de violencia de género o sexual. Dicha autorización no se resolverá hasta que concluya el procedimiento penal. En el momento de presentación de la solicitud, o en cualquier otro posterior a lo largo del proceso penal, la mujer extranjera, por sí misma o a través de representante, también podrá solicitar una autorización de residencia por circunstancias excepcionales a favor de sus hijos menores de edad o que tengan una discapacidad y no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades, o una autorización de residencia y trabajo en caso de que fueran mayores de dieciséis años y se encuentren en España en el momento de la denuncia.

Sin perjuicio de lo anterior, la autoridad competente para otorgar la autorización por circunstancias excepcionales concederá una autorización provisional de residencia y trabajo a favor de la mujer extranjera y, en su caso, las autorizaciones de residencia provisionales a favor de sus hijos menores de edad o con discapacidad, o de residencia y trabajo si fueran mayores de dieciséis años, previstas en el párrafo anterior, que se encuentren en España en el momento de la denuncia. Las autorizaciones provisionales eventualmente concedidas concluirán en el momento en que se concedan o denieguen definitivamente las autorizaciones por circunstancias excepcionales.

4. Cuando el procedimiento penal concluyera con una sentencia condenatoria o con una resolución judicial de la que se deduzca que la mujer ha sido víctima de violencia de género o de violencia sexual, incluido el archivo de la causa por encontrarse el investigado en paradero desconocido o el sobreseimiento provisional por expulsión del denunciado, se notificará a la interesada la concesión de las autorizaciones solicitadas. En el supuesto de que no se hubieran solicitado, se le informará de la posibilidad de concederlas, otorgándole un plazo para su solicitud.

Si del procedimiento penal concluido no pudiera deducirse la situación de violencia de género o sexual, se incoará el expediente administrativo sancionador por infracción del artículo 53.1.a) o se continuará, en el supuesto de que se hubiera suspendido inicialmente.»

Disposición final séptima. Modificación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

Se modifica la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, en los siguientes términos:

Uno. Se añade un apartado 5 al artículo 7 en los siguientes términos:

«5. Cuando la medida impuesta lo sea por la comisión de un delito de los previstos en los Capítulos I y II del Título VIII del Código Penal, el Juez impondrá de forma accesoria, en todo caso, la obligación de someterse a programas formativos de educación sexual y de educación en igualdad.»

Dos. Se modifica el apartado 2 del artículo 10, con la siguiente redacción:

«Cuando el hecho sea constitutivo de alguno de los delitos tipificados en los artículos 138, 139, 178 a 183 y 571 a 580 del Código Penal, o de cualquier otro delito que tenga señalada en dicho Código o en las leyes penales especiales pena de prisión igual o superior a quince años, el Juez deberá imponer las medidas siguientes:

a) si al tiempo de cometer los hechos el menor tuviere catorce o quince años de edad, una medida de internamiento en régimen cerrado de uno a cinco años de duración, complementada en su caso por otra medida de libertad vigilada de hasta tres años.

b) si al tiempo de cometer los hechos el menor tuviere dieciséis o diecisiete años de edad, una medida de internamiento en régimen cerrado de uno a ocho años de duración, complementada en su caso por otra de libertad vigilada con asistencia educativa de hasta cinco años. En este supuesto sólo podrá hacerse uso de las facultades de modificación, suspensión o sustitución de la medida impuesta a las que se refieren los artículos 13, 40 y 51.1 de esta ley orgánica, cuando haya transcurrido al menos, la mitad de la duración de la medida de internamiento impuesta.

c) cuando el delito cometido lo sea de los tipificados en los artículos 178 a 183 del Código Penal, las medidas previstas en los dos apartados anteriores deberán acompañarse de una medida de educación sexual y educación para la igualdad.»

Tres. Se modifica el apartado 1 del artículo 13, con la siguiente redacción:

«1. El Juez competente para la ejecución, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o del letrado del menor, previa audiencia de estos e informe del equipo técnico y, en su caso, de la entidad pública de protección o reforma de menores, podrá en cualquier momento dejar sin efecto la medida impuesta, reducir su duración o sustituirla por otra, siempre que la modificación redunde en el interés del menor y se exprese suficientemente a este el reproche merecido por su conducta. Cuando el delito cometido esté tipificado en los Capítulos I y II del Título VIII del Código Penal, sólo podrá dejarse sin efecto la medida si se acredita que la persona sometida a la misma ha cumplido la obligación prevista en el apartado 5 del artículo 7.»

Cuatro. Se modifica el apartado 2 del artículo 19, con la siguiente redacción:

«2. A efectos de lo dispuesto en el apartado anterior, se entenderá producida la conciliación cuando el menor reconozca el daño causado y se disculpe ante la víctima, y ésta acepte sus disculpas, y se entenderá por reparación el compromiso asumido por el menor con la víctima o perjudicado de realizar determinadas acciones en beneficio de aquellos o de la comunidad, seguido de su realización efectiva. Todo ello sin perjuicio del acuerdo al que hayan llegado las partes en relación con la responsabilidad civil.

Cuando la medida sea consecuencia de la comisión de alguno de los delitos tipificados en los Capítulos I y II del Título VIII del Código Penal, o estén relacionados con la violencia de género, no tendrá efecto de conciliación, a menos que la víctima lo solicite expresamente

y que el menor, además, haya realizado la medida accesoria de educación sexual y de educación para la igualdad.»

Disposición final octava. Modificación de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones.

Se añade una nueva letra i) al apartado 4 del artículo 2, con el siguiente tenor literal:

«i) Las ayudas económicas a las víctimas de violencias sexuales concedidas según lo establecido en el artículo 41 de la Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual y en la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual.»

Disposición final novena. Modificación de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, se modifica en los siguientes términos:

Uno. El artículo 3 queda redactado del siguiente modo:

«**Artículo 3. Planes de sensibilización.**

1. Desde la responsabilidad del Gobierno del Estado y de manera inmediata a la entrada en vigor de esta ley, con la consiguiente dotación presupuestaria, se pondrá en marcha un Plan Estatal de Sensibilización y Prevención de la Violencia de Género con carácter permanente que como mínimo recoja los siguientes elementos:

a) Que introduzca en el escenario social las nuevas escalas de valores basadas en el respeto de los derechos y libertades fundamentales y de la igualdad entre hombres y mujeres, así como en el ejercicio de la tolerancia y de la libertad dentro de los principios democráticos de convivencia, todo ello desde la perspectiva de las relaciones de género.

b) Dirigido tanto a hombres como a mujeres, desde un trabajo comunitario e intercultural, incluyendo el ámbito de las tecnologías de la información y el digital.

c) Que contemple un amplio programa de formación complementaria y de reciclaje de los profesionales que intervienen en estas situaciones.

d) Controlado por una Comisión de amplia participación, que se creará en un plazo máximo de un mes, en la que se ha de asegurar la presencia de las víctimas y su entorno, las instituciones, los profesionales y de personas de reconocido prestigio social relacionado con el tratamiento de estos temas.

La Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género, oída la Comisión a la que se refiere el párrafo anterior, elaborará el Informe anual de evaluación del Plan Estatal de Sensibilización y Prevención de la Violencia de Género y lo remitirá a las Cortes Generales.

2. Los poderes públicos, en el marco de sus competencias, impulsarán además campañas de información y sensibilización específicas con el fin de prevenir la violencia de género.

3. Las campañas de información y sensibilización contra esta forma de violencia se realizarán de manera que se garantice el acceso a las mismas de las personas con discapacidad.»

Dos. El artículo 17 queda redactado del siguiente modo:

«**Artículo 17. Garantía de los derechos de las víctimas.**

1. Todas las mujeres víctimas de violencia de género tienen garantizados los derechos reconocidos en esta ley, sin que pueda existir discriminación en el acceso a los mismos.

2. La información, la asistencia social integral y la asistencia jurídica a las víctimas de la violencia de género, en los términos regulados en este capítulo, contribuyen a hacer reales y efectivos sus derechos constitucionales a la integridad física y moral, a la libertad y seguridad y a la igualdad y no discriminación por razón de sexo.

3. Los servicios de información y orientación, atención psicosocial inmediata, telefónica y en línea, asesoramiento jurídico 24 horas, los servicios de acogida y asistencia social integral, consistentes en orientación jurídica, psicológica y social destinadas a las víctimas de violencias contra las mujeres tendrán carácter de servicios esenciales.

En caso de que concurra cualquier situación que dificulte el acceso o la prestación de tales servicios, las administraciones públicas competentes adoptarán las medidas necesarias para garantizar su normal funcionamiento y su adaptación, si fuera necesario, a las necesidades específicas de las víctimas derivadas de la situación de dicha situación excepcional.

Igualmente, se garantizará el normal funcionamiento y prestación del sistema de seguimiento por medios telemáticos del cumplimiento de las medidas cautelares y penas de prohibición de aproximación en materia de violencia de género.»

Tres. El artículo 18 queda redactado del siguiente modo:

«Artículo 18. Derecho a la información.

1. Las mujeres víctimas de violencia de género tienen derecho a recibir plena información y asesoramiento adecuado a su situación personal, sin que pueda existir discriminación en el acceso a los mismos, a través de los servicios, organismos u oficinas que puedan disponer las administraciones públicas.

Dicha información comprenderá las medidas contempladas en esta ley relativas a su protección y seguridad, y los derechos y ayudas previstos en la misma, así como la referente al lugar de prestación de los servicios de atención, emergencia, apoyo y recuperación integral.

2. Se garantizará, a través de los medios necesarios, que las mujeres con discapacidad víctimas de violencia de género tengan acceso integral a la información sobre sus derechos y sobre los recursos existentes. Esta información deberá ofrecerse en formato accesible y comprensible a las personas con discapacidad, tales como lengua de signos u otras modalidades u opciones de comunicación, incluidos los sistemas alternativos y aumentativos.

3. Asimismo, se articularán los medios necesarios para que las mujeres víctimas de violencia de género que por sus circunstancias personales y sociales puedan tener una mayor dificultad para el acceso integral a la información, tengan garantizado el ejercicio efectivo de este derecho. La información deberá ser accesible para las mujeres que desconozcan el castellano o, en su caso, la otra lengua oficial de su territorio de residencia.»

Cuatro. El artículo 19 queda redactado del siguiente modo:

«Artículo 19. Derecho a la atención integral.

1. Las mujeres víctimas de violencia de género tienen derecho a servicios sociales de atención, de emergencia, de apoyo y acogida y de recuperación integral. La organización de estos servicios por parte de las comunidades autónomas y las Corporaciones Locales responderá a los principios de atención permanente, actuación urgente, especialización de prestaciones y multidisciplinariedad profesional.

2. La atención multidisciplinar implicará especialmente:

a) Información a las víctimas.

b) Atención psicológica.

c) Apoyo social.

d) Seguimiento de las reclamaciones de los derechos de la mujer.

e) Apoyo educativo a la unidad familiar.

f) Formación preventiva en los valores de igualdad dirigida a su desarrollo personal y a la adquisición de habilidades en la resolución no violenta de conflictos.

g) Apoyo a la formación e inserción laboral.

3. Los servicios adoptarán fórmulas organizativas que, por la especialización de su personal, por sus características de convergencia e integración de acciones, garanticen la efectividad de los indicados principios, asegurando, en todo caso, la disponibilidad, accesibilidad y calidad de los mismos. En todo caso, se procurará una distribución territorial equitativa de los servicios y se garantizará su accesibilidad a las mujeres de las zonas rurales y otras zonas alejadas.

4. Estos servicios actuarán coordinadamente y en colaboración con los Cuerpos de Seguridad, los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, los servicios sanitarios y las instituciones encargadas de prestar asistencia jurídica a las víctimas del ámbito geográfico correspondiente. Estos servicios podrán solicitar al órgano judicial las medidas urgentes que consideren necesarias.

5. También tendrán derecho a la asistencia social integral a través de estos servicios sociales los menores que se encuentren bajo la patria potestad o guarda y custodia de la persona agredida, o convivan en contextos familiares en los que se cometen actos de violencia de género. A estos efectos, los servicios sociales deberán contar con personal específicamente formado para atender a los menores, con el fin de prevenir y evitar de forma eficaz las situaciones que puedan comportar daños psíquicos y físicos a los menores que viven en entornos familiares donde existe violencia de género. En particular, deberán contar con profesionales de la psicología infantil para la atención de las hijas e hijos menores víctimas de violencia de género, incluida la violencia vicaria.

6. En los instrumentos y procedimientos de cooperación entre la Administración General del Estado y la Administración de las comunidades autónomas en las materias reguladas en este artículo, se incluirán compromisos de aportación, por parte de la Administración General del Estado, de recursos financieros referidos específicamente a la prestación de los servicios.

7. Los organismos de igualdad orientarán y valorarán los programas y acciones que se lleven a cabo y emitirán recomendaciones para su mejora.»

Cinco. Se añade un artículo 19 bis con la siguiente redacción:

«**Artículo 19 bis. Derecho a la atención sanitaria.**

1. El Sistema Público de Salud garantizará a las mujeres víctimas de violencia de género, así como a sus hijos e hijas, el derecho a la atención sanitaria, con especial atención psicológica y psiquiátrica, y al seguimiento de la evolución de su estado de salud hasta su total recuperación, en lo concerniente a la sintomatología o las secuelas psíquicas y físicas derivadas de la situación de violencia sufrida. Asimismo, los servicios sanitarios deberán contar con psicólogos infantiles para la atención de los hijos e hijas menores que sean víctimas de violencia vicaria.

2. Estos servicios se prestarán, garantizando la privacidad y la intimidad de las mujeres y el respeto, en todo caso, a las decisiones que ellas tomen en relación a su atención sanitaria.

3. Asimismo, se establecerán medidas específicas para la detección, intervención y asistencia en situaciones de violencia contra mujeres con discapacidad, mujeres con problemas de salud mental, adicciones u otras problemáticas u otros casos de adicciones derivadas o añadidas a la violencia.»

Seis. El artículo 21 queda redactado del siguiente modo:

«**Artículo 21. Derechos laborales y de Seguridad Social.**

1. La trabajadora víctima de violencia de género tendrá derecho, en los términos previstos en el Estatuto de los Trabajadores, a la reducción o a la reordenación de su tiempo de trabajo, a la movilidad geográfica, al cambio de centro de trabajo, a la adaptación de su puesto de trabajo y a los apoyos que precise por razón de su discapacidad para su reincorporación, a la suspensión de la relación laboral con reserva de puesto de trabajo y a la extinción del contrato de trabajo.

2. En los términos previstos en la Ley General de la Seguridad Social y en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, la suspensión y la extinción del contrato de trabajo previstas en el apartado anterior darán lugar a situación legal de desempleo. El tiempo de suspensión se considerará como periodo de cotización efectiva a efectos de prestaciones de Seguridad Social y de desempleo.

3. Las empresas que formalicen contratos de interinidad, para sustituir a trabajadoras víctimas de violencia de género que hayan suspendido su contrato de trabajo o ejercitado su derecho a la movilidad geográfica o al cambio de centro de trabajo, tendrán derecho a una bonificación del 100 por 100 de las cuotas empresariales a la Seguridad Social por contingencias comunes, durante todo el período de suspensión de la trabajadora sustituida o durante seis meses en los supuestos de movilidad geográfica o cambio de centro de trabajo. Cuando se produzca la reincorporación, ésta se realizará en las mismas condiciones existentes en el momento de la suspensión del contrato de trabajo, garantizándose los ajustes razonables que se puedan precisar por razón de discapacidad.

4. Las ausencias o faltas de puntualidad al trabajo motivadas por la situación física o psicológica derivada de la violencia de género se considerarán justificadas y serán remuneradas, cuando así lo determinen los servicios sociales de atención o servicios de salud, según proceda, sin perjuicio de que dichas ausencias sean comunicadas por la trabajadora a la empresa a la mayor brevedad.

5. A las trabajadoras por cuenta propia víctimas de violencia de género que cesen en su actividad para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral, se les considerará en situación de cese temporal de la actividad en los términos previstos en el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, y se les suspenderá la obligación de cotización durante un período de seis meses, que les serán considerados como de cotización efectiva a efectos de las prestaciones de Seguridad Social. Asimismo, su situación será considerada como asimilada al alta.

A los efectos de lo previsto en el párrafo anterior, se tomará una base de cotización equivalente al promedio de las bases cotizadas durante los seis meses previos a la suspensión de la obligación de cotizar.»

Siete. El artículo 22 queda redactado del siguiente modo:

«**Artículo 22. Programa específico de empleo.**

1. En el marco de los planes anuales de empleo a los que se refiere el artículo 11 del texto refundido de la Ley de Empleo, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, se desarrollará un programa de acción específico para las víctimas de violencia de género inscritas como demandantes de empleo.

Este programa incluirá medidas para favorecer el inicio de una nueva actividad por cuenta propia.»

Ocho. El artículo 23 queda redactado del siguiente modo:

«**Artículo 23. Acreditación de situaciones de violencia de género.**

Las situaciones de violencia de género que dan lugar al reconocimiento de los derechos regulados en esta ley se acreditarán mediante una sentencia condenatoria por cualquiera de las manifestaciones de la violencia contra las mujeres previstas en esta ley, una orden de protección o cualquier otra resolución judicial que acuerde una medida cautelar a favor de la víctima, o bien por el informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de que la demandante es víctima de violencia de género. También podrán acreditarse las situaciones de violencia contra las mujeres mediante informe de los servicios sociales, de los servicios especializados, o de los servicios de acogida de la Administración Pública competente destinados a las víctimas de violencia de género, o por cualquier otro título, siempre que ello esté previsto en las disposiciones normativas de carácter sectorial que regulen el acceso a cada uno de los derechos y recursos.

En el caso de víctimas menores de edad, la acreditación podrá realizarse, además, por documentos sanitarios oficiales de comunicación a la Fiscalía o al órgano judicial.

El Gobierno y las comunidades autónomas, en el marco de la Conferencia Sectorial de Igualdad, diseñarán, de común acuerdo, los procedimientos básicos que permitan poner en marcha los sistemas de acreditación de las situaciones de violencia de género.»

Nueve. Se añade un nuevo Capítulo V sobre el "Derecho a la reparación" dentro Título II sobre los "Derechos de las mujeres víctimas de violencia de género", compuesto por el artículo 28 bis y el artículo 28 ter con la siguiente redacción:

«CAPÍTULO V

Derecho a la reparación

Artículo 28 bis. Alcance y garantía del derecho.

Las víctimas de violencia de género tienen derecho a la reparación, lo que comprende la compensación económica por los daños y perjuicios derivados de la violencia, las medidas necesarias para su completa recuperación física, psíquica y social, las acciones de reparación simbólica y las garantías de no repetición.

Artículo 28 ter. Medidas para garantizar el derecho a la reparación.

1. Las víctimas de violencia de género tienen derecho a la reparación, lo que comprende la indemnización a la que se refiere el apartado siguiente, las medidas necesarias para su completa recuperación física, psíquica y social, las acciones de reparación simbólica y las garantías de no repetición.

2. Las administraciones públicas asegurarán que las víctimas tengan acceso efectivo a la indemnización que corresponda por los daños y perjuicios, que deberá garantizar la satisfacción económicamente evaluable de, al menos, los siguientes conceptos:

a) El daño físico y psicológico, incluido el daño moral y el daño a la dignidad.

b) La pérdida de oportunidades, incluidas las oportunidades de educación, empleo y prestaciones sociales.

c) Los daños materiales y la pérdida de ingresos, incluido el lucro cesante.

d) El daño social, entendido como el daño al proyecto de vida.

e) El tratamiento terapéutico, social y de salud sexual y reproductiva.

3. La indemnización será satisfecha por la o las personas civil o penalmente responsables, de acuerdo con la normativa vigente.

4. Las administraciones públicas garantizarán la completa recuperación física, psíquica y social de las víctimas a través de la red de recursos de atención integral previstos en el Título II. Asimismo, con el objetivo de garantizar la recuperación simbólica, promoverán el restablecimiento de su dignidad y reputación, la superación de cualquier situación de estigmatización y el derecho de supresión aplicado a buscadores en Internet y medios de difusión públicos.

Asimismo, las administraciones públicas podrán establecer ayudas complementarias destinadas a las víctimas que, por la especificidad o gravedad de las secuelas derivadas de la violencia, no encuentren una respuesta adecuada o suficiente en la red de recursos de atención y recuperación. En particular, dichas víctimas podrán recibir ayudas adicionales para financiar los tratamientos sanitarios adecuados, incluyendo los tratamientos de reconstrucción genital femenina, si fueran necesarios.

5. Con el objetivo de cumplir las garantías de no repetición, las administraciones públicas, en el marco de sus respectivas competencias, impulsarán las medidas necesarias para que las víctimas cuenten con protección efectiva ante represalias o amenazas.

6. Las administraciones públicas promoverán, a través de homenajes y de acciones de difusión pública, el compromiso colectivo frente a la violencia contra las mujeres y el respeto por las víctimas.»

Diez. El artículo 29 queda redactado del siguiente modo:

«Artículo 29. La Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género.

1. La Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género, adscrita al Ministerio de Igualdad o al departamento con competencias en la materia, formulará las políticas públicas en relación con la violencia de género a desarrollar por el Gobierno y elaborará la Macroencuesta de Violencia contra las Mujeres. Asimismo, coordinará e impulsará cuantas acciones se realicen en dicha materia, trabajando en colaboración y coordinación con las administraciones con competencia en la materia.

2. La persona titular de la Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género estará legitimada ante los órganos jurisdiccionales para intervenir en defensa de los derechos y de los intereses tutelados en esta ley en colaboración y coordinación con las administraciones con competencias en la materia.

3. Reglamentariamente se determinará el rango y las funciones concretas de la persona titular de la Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género.»

Once. El artículo 32 queda redactado del siguiente modo:

«**Artículo 32. Planes de colaboración.**

1. Los poderes públicos elaborarán planes de colaboración que garanticen la ordenación de sus actuaciones en la prevención, asistencia y persecución de los actos de violencia de género, que deberán implicar a las administraciones sanitarias, la Administración de Justicia, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y los servicios sociales y organismos de igualdad.

2. En desarrollo de dichos planes, se articularán protocolos de actuación que determinen los procedimientos que aseguren una actuación global e integral de las distintas administraciones y servicios implicados, y que garanticen la actividad probatoria en los procesos que se sigan.

3. Las administraciones con competencias sanitarias promoverán la aplicación, permanente actualización y difusión de protocolos que contengan pautas uniformes de actuación sanitaria, tanto en el ámbito público como privado, y en especial, del Protocolo aprobado por el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud.

Tales protocolos impulsarán las actividades de prevención, detección precoz e intervención continuada con la mujer sometida a violencia de género o en riesgo de padecerla.

Los protocolos, además de referirse a los procedimientos a seguir, harán referencia expresa a las relaciones con la Administración de Justicia, en aquellos casos en que exista constatación o sospecha fundada de daños físicos o psíquicos ocasionados por estas agresiones o abusos.

4. En las actuaciones previstas en este artículo se considerará de forma especial la situación de las mujeres que, por sus circunstancias personales y sociales puedan tener mayor riesgo de sufrir la violencia de género o mayores dificultades para acceder a los servicios previstos en esta ley, tales como las pertenecientes a minorías, las inmigrantes, las que se encuentran en situación de exclusión social, las mujeres con discapacidad, las mujeres mayores o aquellas que viven en el ámbito rural.»

Doce. El artículo 47 queda redactado del siguiente modo:

«**Artículo 47. Formación.**

El Gobierno, el Consejo General del Poder Judicial y las comunidades autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, asegurarán una formación específica relativa a la igualdad y no discriminación por razón de sexo y sobre violencia de género en los cursos de formación de Jueces y Magistrados, Fiscales, Secretarios Judiciales, Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y Médicos Forenses. En todo caso, en los cursos de formación anteriores se introducirá el enfoque de la discapacidad de las víctimas y se tendrá en cuenta la violencia vicaria.»

Trece. El artículo 66 queda redactado del siguiente modo:

«**Artículo 66. De la medida de suspensión del régimen de visitas, estancia, relación o comunicación con los menores.**

El Juez ordenará la suspensión del régimen de visitas, estancia, relación o comunicación del inculpado por violencia de género respecto de los menores que dependan de él. Si, en interés superior del menor, no acordara la suspensión, el Juez deberá pronunciarse en todo caso sobre la forma en que se ejercerá el régimen de estancia, relación o comunicación del inculpado por violencia de género respecto de los menores que dependan del mismo. Asimismo, adoptará las medidas necesarias para garantizar la seguridad, integridad y recuperación de los menores y de la mujer, a través de servicios de atención especializada, y realizará un seguimiento periódico de su evolución, en coordinación con dichos servicios.»

Catorce. Se da una nueva redacción a la disposición adicional segunda, con el siguiente tenor literal:

«**Disposición adicional segunda. Protocolos de actuación.**

El Gobierno y las comunidades autónomas que hayan asumido competencias en materia de justicia, organizarán en el ámbito que a cada una le es propio los servicios forenses de modo que cuenten con unidades de valoración forense integral encargadas de diseñar protocolos de actuación global e integral en casos de violencia de género. Estos protocolos deberán prestar especial atención a la violencia vicaria.»

Quince. Se añade una nueva disposición adicional vigesimoprimera, con el siguiente tenor literal:

«**Disposición adicional vigesimoprimera. Macroencuesta de violencia contra la mujer.**

La Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género realizará y publicará los resultados de la Macroencuesta de violencia contra la mujer prevista en el artículo 29 de esta ley con una periodicidad mínima trienal.»

Dieciséis. Se da una nueva redacción a la disposición adicional decimonovena, con el siguiente tenor literal:

«**Disposición adicional decimonovena. Fondo de garantía de pensiones de alimentos.**

En el marco de la protección contra la violencia económica en los términos previstos en esta ley, el Estado garantizará el pago de alimentos reconocidos e impagados a favor de los

hijos e hijas menores de edad en convenio judicialmente aprobado o en resolución judicial, a través de una legislación específica que concretará el sistema de cobertura en dichos supuestos y que, en todo caso, tendrá en cuenta las circunstancias de las víctimas de violencia de género.

Para reforzar las medidas de apoyo a las víctimas de violencia económica, el Gobierno modificará la regulación actual del Fondo de Garantía de Pensiones en el sentido de mejorar su accesibilidad, su eficacia y su dotación económica, a través de la modificación del Real Decreto 1618/ 2007, de 7 de diciembre, sobre organización y funcionamiento del Fondo de Garantía del Pago de Alimentos.»

Disposición final décima. Modificación de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

Se modifica la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, en los siguientes términos:

Uno. Se modifica la letra d) del apartado 1 del artículo 37, que queda redactada como sigue:

«d) Colaborar con las campañas institucionales dirigidas a fomentar la igualdad entre mujeres y hombres y a erradicar la violencia contra las mujeres.»

Dos. Se modifica la letra d) del apartado 1 del artículo 38, que queda redactada como sigue:

«d) Colaborar con las campañas institucionales dirigidas a fomentar la igualdad entre mujeres y hombres y a erradicar la violencia contra las mujeres.»

Tres. Se modifica el artículo 48, que queda redactado como sigue:

«**Artículo 48. Medidas específicas para prevenir la comisión de delitos y otras conductas contra la libertad sexual y la integridad moral en el trabajo.**

1. Las empresas deberán promover condiciones de trabajo que eviten la comisión de delitos y otras conductas contra la libertad sexual y la integridad moral en el trabajo, incidiendo especialmente en el acoso sexual y el acoso por razón de sexo, incluidos los cometidos en el ámbito digital.

Con esta finalidad se podrán establecer medidas que deberán negociarse con los representantes de los trabajadores, tales como la elaboración y difusión de códigos de buenas prácticas, la realización de campañas informativas o acciones de formación.

2. Los representantes de los trabajadores deberán contribuir a prevenir la comisión de delitos y otras conductas contra la libertad sexual y la integridad moral en el trabajo, con especial atención al acoso sexual y el acoso por razón de sexo, incluidos los cometidos en el ámbito digital, mediante la sensibilización de los trabajadores y trabajadoras frente al mismo y la información a la dirección de la empresa de las conductas o comportamientos de que tuvieran conocimiento y que pudieran propiciarlo.»

Cuatro. Se modifica el artículo 66, que queda redactado como sigue:

«**Artículo 66. Aplicación en las Fuerzas Armadas de las normas referidas al personal de las administraciones públicas.**

Las normas referidas al personal al servicio de las administraciones públicas en materia de igualdad, protección integral contra la violencia de género y la violencia sexual, y la conciliación de la vida personal, familiar y profesional serán de aplicación en las Fuerzas Armadas, con las adaptaciones que resulten necesarias y en los términos establecidos en su normativa específica.»

Cinco. Se modifica el artículo 68, que queda redactado como sigue:

«**Artículo 68. Aplicación de las normas referidas al personal de las administraciones públicas en las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.**

Las normas referidas al personal al servicio de las administraciones públicas en materia de igualdad, prevención de la violencia de género y la violencia sexual, y la conciliación de la vida personal, familiar y profesional serán de aplicación en las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, adaptándose, en su caso, a las peculiaridades de las funciones que tienen encomendadas, en los términos establecidos por su normativa específica.»

Disposición final undécima. Modificación de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo.

Se modifica la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo, en los siguientes términos:

Uno. Se modifica el apartado 5 del artículo 14, que queda redactado como sigue:

«5. La trabajadora autónoma económicamente dependiente que sea víctima de violencia de género o de violencias sexuales tendrá derecho a la adaptación del horario de actividad con el objeto de hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral.»

Dos. Se modifica la letra g) del apartado 1 del artículo 15, que queda redactada como sigue:

«g) Por decisión de la trabajadora autónoma económicamente dependiente que se vea obligada a extinguir la relación contractual como consecuencia de ser víctima de violencia de género o de violencias sexuales.»

Tres. Se modifica el párrafo f) del apartado 1 del artículo 16, que queda redactado como sigue:

«f) La situación de violencia de género o de violencias sexuales, para que la trabajadora autónoma económicamente dependiente haga efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral.»

Disposición final duodécima. Modificación de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito.

Se modifica la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito, en los siguientes términos:

Uno. Se modifica el apartado 1 del artículo 3, que queda redactado como sigue:

«1. Toda víctima tiene derecho a la protección, información, apoyo, asistencia, atención y reparación, así como a la participación activa en el proceso penal y a recibir un trato respetuoso, profesional, individualizado y no discriminatorio desde su primer contacto con las autoridades o funcionarios, durante la actuación de los servicios de asistencia y apoyo a las víctimas y, en su caso, de justicia restaurativa, a lo largo de todo el proceso penal y por un período de tiempo adecuado después de su conclusión, con independencia de que se conozca o no la identidad del infractor y del resultado del proceso.

En todo caso estará vedada la mediación y la conciliación en supuestos de violencia sexual y de violencia de género.»

Dos. Se modifica el primer párrafo y la letra m) del apartado 1 del artículo 5, que quedan redactados como sigue:

«1. Toda víctima tiene derecho, desde el primer contacto con las autoridades y funcionarios, incluyendo el momento previo a la presentación de la denuncia, a recibir, de manera inmediata, información adaptada a sus circunstancias y condiciones personales y a la naturaleza del delito cometido y de los daños y perjuicios sufridos, sobre los siguientes extremos:

m) a ser notificada de las resoluciones a las que se refiere el artículo 7. A estos efectos, la víctima podrá designar una dirección de correo electrónico o, en su defecto, una dirección postal o domicilio, al que serán remitidas las comunicaciones y notificaciones por la autoridad.»

Tres. Se modifica el apartado 1 del artículo 7, que queda redactado como sigue:

«1. Toda víctima será informada de manera inmediata de la fecha, hora y lugar del juicio, así como del contenido de la acusación dirigida contra el infractor, y se le notificarán las siguientes resoluciones:»

Cuatro. Se modifica el tercer párrafo del artículo 10, que queda redactado como sigue:

«Los hijos menores y los menores sujetos a tutela, guarda y custodia de las víctimas de violencia de género, de violencia sexual, o de personas víctimas de violencia doméstica tendrán derecho a las medidas de asistencia y protección previstas en los Títulos I y III de esta ley.»

Cinco. Se modifica el primer inciso de la letra a) del apartado 2 y el apartado 4 del artículo 23, que quedan redactados como sigue:

«a) Las características y circunstancias personales de la víctima y en particular:»

«4. En el caso de víctimas de algún delito contra la libertad sexual se aplicarán en todo caso las medidas expresadas en los párrafos a), b), c) y d) del artículo 25.1.»

Seis. Se modifican las letras b) y d) del apartado 1 del artículo 25, que quedan redactadas como sigue:

«b) Que se les reciba declaración por profesionales que hayan recibido una formación especial para reducir o limitar perjuicios a la víctima, así como en perspectiva de género, o con su ayuda.»

«d) Que la toma de declaración, cuando se trate de alguna de las víctimas a las que se refieren los números 3.º y 4.º de la letra b) del apartado 2 del artículo 23 y las víctimas de trata con fines de explotación sexual, se lleve a cabo por una persona que, además de cumplir los requisitos previstos en la letra b) de este apartado, sea del mismo sexo que la víctima, cuando esta así lo solicite, salvo que ello pueda perjudicar de forma relevante el desarrollo del proceso o deba tomarse la declaración directamente por un juez o fiscal.»

Siete. Se modifica la rúbrica y el apartado 1 del artículo 26, que quedarán redactados como siguen:

«Artículo 26. Medidas de protección para menores, personas con discapacidad necesitadas de especial protección y víctimas de violencias sexuales.

1. En el caso de las víctimas menores de edad, víctimas con discapacidad necesitadas de especial protección y víctimas de violencias sexuales, además de las medidas previstas en el artículo anterior se adoptarán, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, las medidas que resulten necesarias para evitar o limitar, en la medida de lo posible, que el desarrollo de la investigación o la celebración del juicio se conviertan en una nueva fuente de perjuicios para la víctima del delito. En particular, serán aplicables las siguientes:

a) Las declaraciones recibidas durante la fase de investigación serán grabadas por medios audiovisuales y podrán ser reproducidas en el juicio en los casos y condiciones determinadas por la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

b) La declaración podrá recibirse por medio de personas expertas.»

Ocho. Se modifica el artículo 34, que quedará redactado como sigue:

«**Artículo 34. Sensibilización.**

Los poderes públicos fomentarán campañas de sensibilización social en favor de las víctimas, así como la autorregulación de los medios de comunicación social de titularidad pública y privada en orden a preservar la intimidad, la imagen, la dignidad y los demás derechos de las víctimas. Estos derechos deberán ser respetados por los medios de comunicación social.»

Disposición final decimotercera. Modificación de la Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre, del Código Penal Militar.

Se modifica la Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre, del Código Penal Militar, en los siguientes términos:

Uno. Se modifica el apartado 1 del artículo 42, que queda redactado como sigue:

«1. El militar que maltratare de obra a un superior o atentare contra su libertad sexual será castigado con la pena de seis meses a cinco años de prisión, pudiendo imponerse, además, la pena de pérdida de empleo y sin perjuicio de la pena que corresponda por los resultados lesivos producidos o las agresiones y otros atentados contra la libertad sexual efectivamente cometidos, conforme al Código Penal.»

Dos. Se modifica el artículo 47, que queda redactado como sigue:

«**Artículo 47.**

El superior que tratare a una persona subordinada de manera degradante, inhumana o humillante, o le agrediere sexualmente, será castigado con la pena de seis meses a cinco años de prisión, pudiendo imponerse, además, la pena de pérdida de empleo, sin perjuicio de las penas que correspondan por los resultados lesivos producidos o por la agresión sexual conforme al Código Penal.»

Tres. Se modifica el artículo 48, que queda redactado como sigue:

«**Artículo 48.**

El superior que, respecto de una persona subordinada, realizare actos de acoso tanto sexual y por razón de sexo como profesional, le amenazare, coaccionare, injuriare o calumniare, atentare de modo grave contra su intimidad, dignidad personal o en el trabajo, o realizare actos que supongan discriminación grave referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, razones de género, la enfermedad que padezca o su discapacidad, será castigado con la pena de seis meses a cuatro años de prisión, pudiendo imponerse, además, la pena de pérdida de empleo.»

Cuatro. Se modifica el artículo 49, que queda redactado como sigue:

«**Artículo 49.**

El militar que, sin incurrir en los delitos de insulto a superior o abuso de autoridad, públicamente, en lugares afectos a las Fuerzas Armadas o a la Guardia Civil o en acto de servicio, maltratare de obra a otro militar, le tratare de manera degradante, inhumana o humillante, o le agrediere sexualmente, será castigado con la pena de seis meses a tres años de prisión, sin perjuicio de las penas que le puedan corresponder por los resultados lesivos producidos o las agresiones y otros atentados contra la libertad sexual efectivamente cometidas, conforme al Código Penal.»

Disposición final decimocuarta. Modificación del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre.

Se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, en los siguientes términos:

Uno. Se modifica el primer párrafo del apartado 8 del artículo 37, que quedará redactado como sigue:

«Las personas trabajadoras que tengan la consideración de víctima de violencia de género, de violencias sexuales o de terrorismo tendrán derecho, para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral, a la reducción de la jornada de trabajo con disminución proporcional del salario o a la reordenación del tiempo de trabajo, a través de la adaptación del horario, de la aplicación del horario flexible o de otras formas de ordenación del tiempo de trabajo que se utilicen en la empresa. También tendrán derecho a realizar su trabajo total o parcialmente a distancia o a dejar de hacerlo si este fuera el sistema establecido, siempre en ambos casos que esta modalidad de prestación de servicios sea compatible con el puesto y funciones desarrolladas por la persona.»

Dos. Se modifica el apartado 4 del artículo 40, que queda redactado como sigue:

> «4. Las personas trabajadoras que tengan la consideración de víctimas de violencia de género, de víctimas del terrorismo o de víctimas de violencias sexuales, que se vean obligadas a abandonar el puesto de trabajo en la localidad donde venían prestando sus servicios, para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral, tendrán derecho preferente a ocupar otro puesto de trabajo, del mismo grupo profesional o categoría equivalente, que la empresa tenga vacante en cualquier otro de sus centros de trabajo.
>
> En tales supuestos, la empresa estará obligada a comunicar a las personas trabajadoras las vacantes existentes en dicho momento o las que se pudieran producir en el futuro.
>
> El traslado o el cambio de centro de trabajo tendrá una duración inicial de entre seis y doce meses, durante los cuales la empresa tendrá la obligación de reservar el puesto de trabajo que anteriormente ocupaban las personas trabajadoras.
>
> Terminado este periodo, las personas trabajadoras podrán optar entre el regreso a su puesto de trabajo anterior, la continuidad en el nuevo, decayendo en este caso la obligación de reserva, o la extinción de su contrato, percibiendo una indemnización de veinte días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de doce mensualidades.»

Tres. Se modifica la letra n) del apartado 1 del artículo 45, que queda redactada como sigue:

> «n) Decisión de la trabajadora que se vea obligada a abandonar su puesto de trabajo como consecuencia de ser víctima de violencia de género o de violencia sexual.»

Cuatro. Se modifica la letra m) del apartado 1 del artículo 49, que queda redactada como sigue:

> «m) Por decisión de la trabajadora que se vea obligada a abandonar definitivamente su puesto de trabajo como consecuencia de ser víctima de violencia de género o de violencia sexual.»

Cinco. Se modifica la letra b) del apartado 4 del artículo 53, que queda redactada como sigue:

> «b) La de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del periodo de suspensión a que se refiere la letra a); el de las personas trabajadoras que hayan solicitado uno de los permisos a los que se refieren los apartados 4, 5 y 6 del artículo 37, o estén disfrutando de ellos, o hayan solicitado o estén disfrutando la excedencia prevista en el artículo 46.3; y el de las trabajadoras víctimas de violencia de género o de violencia sexual por el ejercicio de su derecho a la tutela judicial efectiva o de los derechos reconocidos en esta ley para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral.»

Seis. Se modifica la letra b) del apartado 5 del artículo 55, que queda redactada como sigue:

> «b) El de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del periodo de suspensión a que se refiere la letra a); el de las personas trabajadoras que hayan solicitado uno de los permisos a los que se refieren los apartados 4, 5 y 6 del artículo 37, o estén disfrutando de ellos, o hayan solicitado o estén disfrutando la excedencia prevista en el artículo 46.3; y el de las trabajadoras víctimas de violencia de género o de violencia sexual por el ejercicio de derecho a la tutela judicial efectiva o de los derechos reconocidos en esta ley para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral.»

Disposición final decimoquinta. Modificación del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre.

Se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, en los siguientes términos:

Uno. Se modifica la rúbrica y la letra d) del artículo 49, que quedan redactados como sigue:

> «Artículo 49. Permisos por motivos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, por razón de violencia de género o de violencia sexual y para las víctimas de terrorismo y sus familiares directos.»
>
> «d) Permiso por razón de violencia de género o de violencia sexual sobre la mujer funcionaria: las faltas de asistencia de las funcionarias víctimas de violencia de género o de violencias sexuales, totales o parciales, tendrán la consideración de justificadas por el tiempo y en las condiciones en que así lo determinen los servicios sociales de atención o de salud según proceda.
>
> Asimismo, las funcionarias víctimas de violencia sobre la mujer o de violencias sexuales, para hacer efectiva su protección o su derecho de asistencia social integral, tendrán derecho a la reducción de la jornada con disminución proporcional de la retribución, o a la reordenación del tiempo de trabajo, a través de la adaptación del horario, de la aplicación del horario flexible o de otras formas de ordenación del tiempo de trabajo que sean aplicables, en los términos que para estos supuestos establezca el plan de igualdad de aplicación o, en su defecto, la Administración Pública competente en cada caso.
>
> En el supuesto enunciado en el párrafo anterior, la funcionaria pública mantendrá sus retribuciones íntegras cuando reduzca su jornada en un tercio o menos.»

Dos. Se modifica la rúbrica y el apartado 1 del artículo 82, que quedan redactados como sigue:

> «Artículo 82. Movilidad por razón de violencia de género, violencia sexual y violencia terrorista.
>
> 1. Las mujeres víctimas de violencia de género o de violencia sexual que se vean obligadas a abandonar el puesto de trabajo en la localidad donde venían prestando sus servicios, para hacer efectiva su protección o el derecho a la asistencia social integral, tendrán derecho al traslado a otro puesto de trabajo propio de su cuerpo, escala o categoría profesional, de análogas características, sin necesidad de que sea vacante de necesaria cobertura. Aun así,

en tales supuestos, la Administración Pública competente estará obligada a comunicarle las vacantes ubicadas en la misma localidad o en las localidades que la interesada expresamente solicite.

Este traslado tendrá la consideración de traslado forzoso.

En las actuaciones y procedimientos relacionados con la violencia de género o con la violencia sexual, se protegerá la intimidad de las víctimas, en especial sus datos personales, los de sus descendientes y los de cualquier persona que esté bajo su guarda o custodia.»

Tres. Se modifica la letra d) del apartado 1 y el primer párrafo del apartado 5 del artículo 89, que quedan redactados como sigue:

«d) Excedencia por razón de violencia de género o de violencia sexual.»

«Las funcionarias víctimas de violencia de género o de violencia sexual, para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral, tendrán derecho a solicitar la situación de excedencia sin tener que haber prestado un tiempo mínimo de servicios previos y sin que sea exigible plazo de permanencia en la misma.»

Disposición final decimosexta. Modificación del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre.

Se modifica el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, en los siguientes términos:

Uno. Se modifica el apartado 5 del artículo 165, que queda redactado como sigue:

«5. El período de suspensión con reserva del puesto de trabajo, contemplado en el artículo 48.8 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores para supuestos de violencia de género o violencia sexual, tendrá la consideración de período de cotización efectiva a efectos de las correspondientes prestaciones de la Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, nacimiento y cuidado de menor, desempleo y cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave.»

Dos. Se modifica el apartado 1.d) 7.ª del artículo 207, que queda redactado como sigue:

«7.ª La extinción del contrato por voluntad de la trabajadora por ser víctima de la violencia de género o violencia sexual prevista en el artículo 49.1.m) del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.»

Tres. Se modifica el tercer párrafo del apartado 1 del artículo 224, que queda redactado como sigue:

«Tendrán derecho a la prestación de orfandad, en régimen de igualdad, cada uno de los hijos e hijas de la causante fallecida, cualquiera que sea la naturaleza de su filiación, cuando el fallecimiento se hubiera producido por violencia contra la mujer, en los términos en que se defina por la ley o por los instrumentos internacionales ratificados por España, y en todo caso cuando se deba a la comisión contra la mujer de alguno de los supuestos de violencias sexuales determinados por la Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual, siempre que los hijos e hijas se hallen en circunstancias equiparables a una orfandad

absoluta y no reúnan los requisitos necesarios para causar una pensión de orfandad. La cuantía de esta prestación será el 70 por ciento de su base reguladora, siempre que los rendimientos de la unidad familiar de convivencia, incluidas las personas huérfanas, dividido por el número de miembros que la componen, no superen en cómputo anual el 75 por ciento del Salario Mínimo Interprofesional vigente en cada momento, excluida la parte proporcional de las pagas extraordinarias.»

Cuatro. Se modifican el ordinal 2.º de la letra b) del apartado 1 y la letra b) del apartado 3 del artículo 267, que quedan redactados como sigue:

«2.º Por decisión de las trabajadoras víctimas de violencia de género o de violencia sexual al amparo de lo dispuesto en el artículo 45.1.n) del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.»

«b) La situación legal de desempleo prevista en los apartados 1.a).5.º y 1.b).2.º de este artículo cuando se refieren, respectivamente, a los supuestos de los artículos 49.1.m) y 45.1.n) del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, se acreditará por comunicación escrita del empresario sobre la extinción o suspensión temporal de la relación laboral, junto con la orden de protección a favor de la víctima o, en su defecto, junto con cualquiera de los documentos a los que se refieren el artículo 23 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, o el artículo 37 de la Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual.»

Cinco. Se modifica el segundo párrafo de la letra b) del apartado 4 del artículo 271, que queda redactado como sigue:

«Los trabajadores por cuenta propia que soliciten la reanudación de la prestación o subsidio por desempleo con posterioridad a los veinticuatro meses desde el inicio de la suspensión deberán acreditar que el cese en la actividad por cuenta propia tiene su origen en la concurrencia de motivos económicos, técnicos, productivos u organizativos, fuerza mayor determinante del cese, pérdida de licencia administrativa, violencia de género, violencia sexual, divorcio o separación matrimonial, cese involuntario en el cargo de consejero o administrador de una sociedad o en la prestación de servicios a la misma y extinción del contrato suscrito entre el trabajador autónomo económicamente dependiente y su cliente, todo ello en los términos previstos reglamentariamente.»

Seis. Se modifica el tercer párrafo del artículo 300, que queda redactado como sigue:

«Para la aplicación de lo establecido en los párrafos anteriores el servicio público de empleo competente tendrá en cuenta la condición de víctima de violencia de género o de violencia sexual, a efectos de atemperar, en caso necesario, el cumplimiento de las obligaciones que se deriven del compromiso suscrito.»

Siete. Se modifica el párrafo segundo de la letra b) del apartado 1 del artículo 329, que queda redactado como sigue:

«En los supuestos previstos en el artículo 331.1.d), no existirá la obligación de cotizar a la Seguridad Social, estando a lo previsto en el artículo 21.5 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, y en el artículo 38.5 de la Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual.»

Ocho. Se modifica la letra d) del apartado 1 del artículo 331, que queda redactada como sigue:

> «d) La violencia de género o la violencia sexual determinante del cese temporal o definitivo de la actividad de la trabajadora autónoma.»

Nueve. Se modifica la letra c) del apartado 1 del artículo 332, que queda redactada como sigue:

> «c) La violencia de género o la violencia sexual, por la declaración escrita de la solicitante de haber cesado o interrumpido su actividad económica o profesional, a la que se adjuntará cualquiera de los documentos a los que se refieren el artículo 23 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género o el artículo 37 de la Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual.
>
> De tratarse de una trabajadora autónoma económicamente dependiente, aquella declaración podrá ser sustituida por la comunicación escrita del cliente del que dependa económicamente en la que se hará constar el cese o la interrupción de la actividad. Tanto la declaración como la comunicación han de contener la fecha a partir de la cual se ha producido el cese o la interrupción.»

Diez. Se modifica el ordinal 4.º de la letra a) del apartado 1 y la letra d) del apartado 2 del artículo 335 que quedan redactados como sigue:

> «4.º Por causa de violencia de género o violencia sexual, en las socias trabajadoras.»
>
> «d) En el caso de violencia de género o violencia sexual, por la declaración escrita de la solicitante de haber cesado o interrumpido su prestación de trabajo en la sociedad cooperativa, a la que se adjuntará cualquiera de los documentos a los que se refieren el artículo 23 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, o el artículo 37 de la Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual. La declaración ha de contener la fecha a partir de la cual se ha producido el cese o la interrupción.»

Once. Se modifica la letra d) del apartado 1 del artículo 336, que queda redactado como sigue:

> «d) La violencia de género o violencia sexual determinante del cese temporal o definitivo de la profesión de la trabajadora autónoma.»

Doce. Se modifica el apartado 2 del artículo 337, que queda redactado como sigue:

> «2. El reconocimiento de la situación legal de cese de actividad se podrá solicitar hasta el último día del mes siguiente al que se produjo el cese de actividad. No obstante, en las situaciones legales de cese de actividad causadas por motivos económicos, técnicos, productivos u organizativos, de fuerza mayor, por violencia de género, violencia sexual, por voluntad del cliente, fundada en causa justificada y por muerte, incapacidad y jubilación del cliente, el plazo comenzará a computar a partir de la fecha que se hubiere hecho constar en los correspondientes documentos que acrediten la concurrencia de tales situaciones.»

Disposición final decimoséptima. Naturaleza y rango jurídico.

Las normas contenidas en el Título Preliminar y las disposiciones finales primera, apartado uno, segunda, cuarta, sexta y undécima tienen rango orgánico.

Disposición final decimoctava. Título competencial.

La presente ley orgánica se dicta al amparo de las competencias exclusivas atribuidas al Estado por los títulos competenciales recogidos en los artículos 149.1. 1.ª, 2.ª, 4.ª, 5.ª, 6.ª, 7.ª, 13.ª, 16.ª, 17.ª, 18.ª, 21.ª, 27.ª, 29.ª, 30.ª y 31.ª de la Constitución.

Disposición final decimonovena. Competencias autonómicas.

Las previsiones de actuación de las diversas administraciones públicas contempladas en la presente ley se llevarán a cabo en el marco de la consideración de las competencias de las comunidades autónomas en los diversos ámbitos concernidos y de las disposiciones adoptadas por estas en su desarrollo.

Disposición final vigésima. Especialización en violencias sexuales.

1. En el plazo de un año a contar desde la entrada en vigor de esta ley orgánica, el Gobierno remitirá a las Cortes Generales un proyecto de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, dirigido a establecer, a través de los cauces previstos en la propia norma, la especialización en violencia sexual de la Fiscalía y los jueces que sirvan o pretendan servir en juzgados de violencia sobre la mujer. Y, con este propósito, se revisarán las competencias de los juzgados de violencia sobre la mujer y de la fiscalía contra la violencia sobre la mujer, así como las pruebas selectivas de especialización de jueces y magistrados. Todo ello contará con la dotación presupuestaria necesaria a tales fines.

2. Del mismo modo, y en el plazo establecido en el apartado anterior, se procederá a regular la composición y funcionamiento de los equipos técnicos adscritos a los juzgados de violencia sobre la mujer y la forma de acceso a los mismos de acuerdo con los criterios de especialización y formación recogidos en esta ley orgánica, así como a la realización de las modificaciones legislativas que sean necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente disposición.

Disposición final vigesimoprimera. Asistencia jurídica gratuita a las víctimas de violencias sexuales.

En el plazo de un año desde la entrada en vigor de la presente ley orgánica, el Gobierno remitirá a las Cortes Generales un proyecto de reforma de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, al objeto de garantizar la asistencia jurídica gratuita a las víctimas de violencias sexuales, en los términos y con los objetivos previstos en esta ley orgánica.

Disposición final vigesimosegunda. Fondo de bienes decomisados por delitos contra la libertad sexual.

En el plazo de un año desde la entrada en vigor de la presente ley orgánica, el Gobierno remitirá a las Cortes Generales un proyecto de ley por la que se cree y se regule

un fondo de bienes decomisados por delitos contra la libertad sexual destinado a financiar las medidas de reparación a las víctimas previstas en el Título VII de esta ley.

Disposición final vigesimotercera. Modificaciones reglamentarias.

El Gobierno, en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de esta ley orgánica, procederá a la adaptación a lo dispuesto en esta ley orgánica del Reglamento de ayudas a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, aprobado por Real Decreto 738/1997, de 23 de mayo.

En el plazo mencionado en el apartado anterior, la Administración General del Estado y las Administraciones Autonómicas, en el ámbito de sus respectivas competencias, adaptarán su normativa a las previsiones contenidas en la presente ley orgánica.

Disposición final vigesimocuarta. Habilitación para el desarrollo reglamentario.

Se autoriza al Gobierno a dictar cuantas disposiciones sean necesarias para el desarrollo y ejecución de esta ley orgánica en el marco de sus competencias.

Disposición final vigesimoquinta. Entrada en vigor.

La presente ley orgánica entrará en vigor a los treinta días de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

No obstante, el Capítulo I del Título IV y el Título VI de la ley serán de aplicación en el plazo de seis meses desde su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

Asimismo, la letra e) del apartado 1 del artículo 33 de esta ley será de aplicación a partir de la entrada en vigor de la modificación normativa prevista en la disposición final vigesimoprimera.

Por tanto,

Mando a todos los españoles, particulares y autoridades, que guarden y hagan guardar esta ley orgánica.

Madrid, 6 de septiembre de 2022.

FELIPE R.

El Presidente del Gobierno,

PEDRO SÁNCHEZ PÉREZ-CASTEJÓN

Ley Orgánica 11/2022, de 13 de septiembre, de modificación del Código Penal en materia de imprudencia en la conducción de vehículos a motor o ciclomotor.

FELIPE VI

REY DE ESPAÑA

A todos los que la presente vieren y entendieren.

Sabed: Que las Cortes Generales han aprobado y Yo vengo en sancionar la siguiente ley orgánica:

PREÁMBULO

La reforma del Código Penal llevada a cabo por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, llevó aparejada la derogación del Libro III relativo a las faltas y la reconducción de las conductas allí incluidas que o bien pasaron a tipificarse como delitos leves o quedaron fuera del ámbito del Código Penal. A este hecho se unió la aprobación 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, que supuso un cambio muy importante en la reclamación de las indemnizaciones por los daños sufridos como consecuencia de un siniestro. Mediante dicha ley, se produjo la supresión del auto de cuantía máxima, con el establecimiento de un nuevo y más complejo sistema de exigencia por los daños sufridos por las personas y sus bienes, así como la fijación de los gastos y otros perjuicios a cuya indemnización se tenga derecho según establezca la normativa aplicable.

La Ley Orgánica 2/2019, de 1 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de imprudencia en la conducción de vehículos a motor o ciclomotor y sanción del abandono del lugar del accidente, supuso, entre otras cuestiones, dotar al sistema penal de una mayor seguridad jurídica para poder objetivar conductas que constituyen acciones peligrosas generadoras de riesgo de la imprudencia menos grave, así como llevar a cabo una mayor adecuación de las penas y las conductas merecedoras de reproche penal.

Sin perjuicio de todo ello, tras la reforma de 2015, que ha deparado, por diferentes motivos, un incremento del dictado de autos de archivo y, al tiempo, una reducción de la respuesta penal ante los siniestros viales, cuestiones ambas en una línea perjudicial para las víctimas, se ha puesto de manifiesto la necesidad de fijar por ley determinados supuestos en los que la imprudencia merecía un reproche penal, bien como imprudencia grave, bien como imprudencia menos grave. Así, la Ley Orgánica 2/2019, de 1 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, introdujo, entre otras importantes reformas, la consideración como imprudencia grave de «la conducción [de vehículos a motor o ciclomotor] en la que la concurrencia de alguna de las circunstancias previstas en el artículo 379 determinara la producción del hecho [la muerte]» (artículo 142.1, párrafo segundo), y lo mismo si el hecho producido fuesen

lesiones previstas en los artículos 147.1, 149 o 150 (artículo 152.1, párrafo segundo).

El 26 de abril del año 2021, el Fiscal de Sala Coordinador de Seguridad Vial intervino en la Comisión sobre Seguridad Vial, como gran conocedor de la problemática que afecta a las víctimas de accidentes, reiteró la importancia de su protección y que, al efecto, recientemente había remitido a las policías de tráfico un oficio detallando de forma pormenorizada los supuestos en los que se habrá de levantar atestado, con el fin de garantizar la protección de las víctimas y asegurar su adecuado resarcimiento económico.

Vemos pues que la reforma tampoco ha dado la respuesta esperada en opinión de determinados colectivos como la Mesa Española de la Bicicleta, que han concluido la necesidad de proceder a una nueva reforma del Código Penal para evitar los resquicios de la ley que posibilitan que se archiven imprudencias menos graves cuando se produzcan lesiones o muerte tras la comisión de una infracción catalogada como «grave» en el Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, y que, por rutina, los tribunales consideran «leves» y por tanto no generadoras de responsabilidad penal, en uso de la facultad que les da la norma con esta redacción, «apreciada la gravedad de ésta por el juez o el tribunal (referida a la imprudencia menos grave)».

Se introduce así una modificación en el texto legal que no pretende restarle al juez la facultad de apreciar si se cometió una imprudencia, ni la de si se cometió o no una infracción administrativa grave de normas de tráfico, ni tampoco la de establecer el nexo causal entre el acto imprudente y el resultado de muerte o de lesiones relevantes. Su finalidad es reforzar el espíritu que animó la reforma de 2019 y establecer *ope legis* que, en todo caso, si el juez o tribunal determinan que hubo una imprudencia conduciendo un vehículo a motor o ciclomotor concurriendo una infracción grave de las normas de circulación de vehículos a motor y seguridad vial y, como consecuencia derivada de esta infracción, se produjo la muerte o lesiones relevantes, la imprudencia ha de ser calificada, como mínimo, como imprudencia menos grave, pero nunca como leve si las lesiones son relevantes o se causa la muerte, de modo que se considere objetivamente delito si el causante comete una infracción calificada como grave por el texto refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial.

Además, se reduce la pena de multa a uno o dos meses en caso de provocarse por imprudencia menos grave lesiones que necesitan tratamiento médico o quirúrgico que no son invalidantes, pero sí relevantes. Con esa reducción de la pena, la consecuencia es que no sea preceptivo estar asistido de abogado y procurador y que el proceso se juzgue por un juez de instrucción, pero sin menoscabo de todas las garantías para la víctima.

En delitos de imprudencia menos grave, se elimina que sea facultativa la sanción de pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores y se dispone que sea preceptiva, como en todos los delitos contra la seguridad vial.

Finalmente se plantean otras dos medidas: la primera consiste en una modificación del texto refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, aprobado por Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre, con el

objetivo de establecer la obligatoriedad para la autoridad administrativa de poner en conocimiento de la autoridad judicial los hechos derivados de infracciones de tráfico con resultado de lesión o muerte, acompañando tal comunicación con el oportuno atestado, y la segunda, en relación concretamente con los casos en que se produce un resultado de muerte, supone la configuración del delito tipificado en el apartado 2 del artículo 142 del Código Penal como un delito público cuando la causación de la muerte por imprudencia menos grave se produzca utilizando vehículo a motor o ciclomotor, eliminando en tales casos la exigencia de denuncia de la persona agraviada o de su representante legal, de modo que la autoridad judicial pueda proceder a investigar los hechos directamente.

Artículo único. Modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en los siguientes términos:

Uno. Los párrafos segundo y cuarto del apartado 2 del artículo 142 tendrán la siguiente redacción:

> «Si el homicidio se hubiera cometido utilizando un vehículo a motor o un ciclomotor, se impondrá también la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de tres a dieciocho meses. Se reputará en todo caso como imprudencia menos grave aquella no calificada como grave en la que para la producción del hecho haya sido determinante la comisión de alguna de las infracciones graves de las normas de tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial. La valoración sobre la existencia o no de la determinación deberá apreciarse en resolución motivada.»

> «Salvo en los casos en que se produzca utilizando un vehículo a motor o un ciclomotor, el delito previsto en este apartado solo será perseguible mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.»

Dos. Los párrafos primero y segundo del apartado 2 del artículo 152 tendrán la siguiente redacción:

> «2. El que por imprudencia menos grave causare alguna de las lesiones a que se refiere el artículo 147.1, será castigado con la pena de multa de uno a dos meses, y si se causaren las lesiones a que se refieren los artículos 149 y 150, será castigado con la pena de multa de tres meses a doce meses.
>
> Si los hechos se hubieran cometido utilizando un vehículo a motor o un ciclomotor, se impondrá también la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de tres a dieciocho meses. A los efectos de este apartado, se reputará en todo caso como imprudencia menos grave aquella no calificada como grave en la que para la producción del hecho haya sido determinante la comisión de alguna de las infracciones graves de las normas de tráfico, circulación de vehículos y seguridad vial. La valoración sobre la existencia o no de la determinación deberá apreciarse en resolución motivada.»

Tres. El apartado 1 del artículo 382 bis queda redactado como sigue:

> «1. El conductor de un vehículo a motor o de un ciclomotor que, fuera de los casos contemplados en el artículo 195, voluntariamente y sin que concurra riesgo propio o de

> terceros, abandone el lugar de los hechos tras causar un accidente en el que fallecieren una o varias personas o en el que se les causare alguna de las lesiones a que se refieren los artículos 147.1, 149 y 150, será castigado como autor de un delito de abandono del lugar del accidente.»

Disposición final primera. Modificación del texto refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, aprobado por Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre.

El apartado 1 del artículo 85 del texto refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, aprobado por Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre, queda redactado como sigue:

> «1. Cuando en un procedimiento sancionador se ponga de manifiesto un hecho que ofrezca indicios de delito perseguible de oficio, la autoridad administrativa lo pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal, por si procede el ejercicio de la acción penal, y acordará la suspensión de las actuaciones.
>
> En todo caso, cuando se produzca un accidente de tráfico con resultado de lesión o muerte, la autoridad administrativa lo pondrá en conocimiento de la autoridad judicial, acompañando la comunicación del oportuno atestado.»

Disposición final segunda. Naturaleza de la ley.

Esta ley tiene naturaleza de ley orgánica. No obstante, la disposición final primera tiene carácter de ley ordinaria.

Disposición final tercera. Título competencial.

Esta ley se dicta al amparo del artículo 149.1.6.ª de la Constitución, que atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de legislación penal.

La disposición final primera se dicta al amparo del artículo 149.1.21.ª de la Constitución, que atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia sobre tráfico y circulación de vehículos a motor.

Disposición final cuarta. Entrada en vigor.

La presente ley orgánica entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

Por tanto,

Mando a todos los españoles, particulares y autoridades, que guarden y hagan guardar esta ley orgánica.

Madrid, 13 de septiembre de 2022.

FELIPE R.

El Presidente del Gobierno,

PEDRO SÁNCHEZ PÉREZ-CASTEJÓN

Ley Orgánica 13/2022, de 20 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, para agravar las penas previstas para los delitos de trata de seres humanos desplazados por un conflicto armado o una catástrofe humanitaria.

FELIPE VI

REY DE ESPAÑA

A todos los que la presente vieren y entendieren.

Sabed: Que las Cortes Generales han aprobado y Yo vengo en sancionar la siguiente ley orgánica:

PREÁMBULO

La invasión del territorio de Ucrania por tropas de la Federación de Rusia está provocando un desastre humanitario de nefastas consecuencias, con millones de ucranianos y ucranianas desplazados en toda Europa, decenas de miles de ellos en España. Estas personas que han tenido que abandonar su país en circunstancias terribles, debido a este cruento conflicto bélico, se exponen a situaciones de extrema vulnerabilidad, especialmente las mujeres, las niñas y los niños desplazados frente a los traficantes de seres humanos, que ya han sido detectados acechando a esas personas.

El Informe [2020/2029(INI)] de 1 de febrero de 2021, de la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior y la Comisión de Derechos de las Mujeres e Igualdad de Género del Parlamento Europeo, sobre la aplicación de la Directiva 2011/36/UE relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas, instaba a los Estados a establecer sanciones penales severas para los delitos de trata.

Ante estas circunstancias, resulta procedente la aprobación de una Ley de modificación del Código Penal que incremente convenientemente las penas previstas para los delitos de trata de seres humanos en los supuestos de desplazados por un conflicto armado o una catástrofe humanitaria.

En este sentido, se introduce para estos casos una nueva modalidad agravada en el apartado 4 del artículo 177 bis de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Artículo único. Modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Se añade una letra c) al apartado 4 del artículo 177 bis de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, con la siguiente redacción:

> «c) la víctima sea una persona cuya situación de vulnerabilidad haya sido originada o agravada por el desplazamiento derivado de un conflicto armado o una catástrofe humanitaria.»

Disposición final. Entrada en vigor.

La presente ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

Por tanto,

Mando a todos los españoles, particulares y autoridades, que guarden y hagan guardar esta ley orgánica.

Madrid, 20 de diciembre de 2022.

FELIPE R.

El Presidente del Gobierno,

PEDRO SÁNCHEZ PÉREZ-CASTEJÓN

Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre, de transposición de directivas europeas y otras disposiciones para la adaptación de la legislación penal al ordenamiento de la Unión Europea, y reforma de los delitos contra la integridad moral, desórdenes públicos y contrabando de armas de doble uso

FELIPE VI

REY DE ESPAÑA

A todos los que la presente vieren y entendieren.

Sabed: Que las Cortes Generales han aprobado y Yo vengo en sancionar la siguiente ley orgánica.

PREÁMBULO

I

La legislación penal constituye un ámbito jurídico clave para fundamentar las bases de un Estado de Derecho.

El artículo 1 de la Constitución Española de 1978 establece que «España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político».

La plena vigencia de los valores constitucionales, la calidad de nuestra democracia y la convivencia misma, dependen en buena medida de la aplicación de una legislación penal coherente con aquellos principios, actualizada y eficaz.

La presente ley pretende afrontar algunos de los retos pendientes en la legislación penal española, en relación con ciertos tipos y penas que la evolución social, la experiencia y el Derecho comparado invitan a revisar desde hace mucho tiempo.

Algunos de esos tipos y penas presentes en nuestra legislación penal responden aún a realidades sociales y configuraciones doctrinales propias de hace dos siglos. Es tiempo ya, por tanto, para que el ordenamiento jurídico español actualice ciertas definiciones, en cuanto a los comportamientos delictivos y a las respuestas adecuadas en las sociedades del siglo XXI.

Es preciso aportar calidad, claridad y modernidad en algunos ámbitos de la legislación penal española que presentan problemas evidentes de indeterminación y obsolescencia. El mandato de certeza propio del principio de legalidad penal requiere una actuación insoslayable e inaplazable al respecto.

Por otra parte, España forma parte de las instituciones europeas y comparte propósitos y tareas de coordinación crecientes en materia judicial y de seguridad. La armonización de nuestra legislación penal con los estándares más claramente asentados en la doctrina y en la práctica jurídica de los países de la Unión Europea constituye una obligación incontestable, en consecuencia.

La presencia en nuestro ordenamiento de tipos penales inexistentes en la mayoría de los Estados integrantes de la Unión Europea, o la vigencia de penas desproporcionadas en relación a las que se aplican en los países vecinos, resulta altamente disfuncional en lo relativo al funcionamiento de la mencionada cooperación judicial y de seguridad.

Esta ley busca dar solución a buena parte de estas dificultades y desafíos.

En tal sentido, el Código Penal, tal y como señala la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, ha de tutelar los valores y principios básicos de la convivencia social. Cuando esos valores y principios cambian, es preciso actualizar su contenido para que pueda seguir cumpliendo su labor social.

El devenir social, la incardinación de nuestro país en la Unión Europea y la pertenencia a determinados organismos internacionales que marcan pautas de actuación, no solo en la represión de las conductas delictivas sino en el respeto a los derechos fundamentales como límite de actuación de los poderes públicos, exigen una modificación de determinados tipos penales, posibilitando así seguir contando con un Código Penal que responde al tiempo en que la sociedad se halla y da una respuesta actual, segura y propia de un Estado de Derecho como el nuestro a nuevas formas delictivas o a la evolución de otras ya existentes.

La presente ley orgánica consta de dos artículos, tres disposiciones transitorias y seis disposiciones finales. El primer artículo es de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, con varios apartados sobre diferentes materias, pero todos ellos con el objetivo último de adaptación de nuestro ordenamiento a la normativa europea o de modernización del mismo ante las nuevas realidades sociales. El segundo, de modificación de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando, para reforzar la sanción de armas de doble uso.

En primer lugar, esta ley responde a la necesidad de transposición de determinadas Directivas cuya introducción en el Derecho español es urgente. En este sentido, de acuerdo con el principio de cooperación leal, consagrado en el artículo 4.3 del Tratado de la Unión Europea, el cumplimiento de los plazos para la transposición de directivas europeas constituye uno de los principales objetivos que condicionan el diseño de la política legislativa de un Estado miembro. Tal obligación se ha intensificado al constituir en la actualidad uno de los objetivos prioritarios del Consejo Europeo. En el escenario diseñado por el Tratado de Lisboa, la Unión Europea fija como una de sus principales prioridades la construcción del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia en el que, entre otros fines, esté garantizada la adopción de medidas adecuadas para la prevención y la lucha contra la delincuencia.

Mediante un itinerario de convergencia y armonización, y al amparo del principio general de subsidiariedad reconocido en el artículo 5 del Tratado de la Unión Europea, se establece una serie de «reglas mínimas comunes» para determinados segmentos del Derecho penal especial, los denominados «eurodelitos», siendo aquellos de especial gravedad que tengan una dimensión transfronteriza, incluida la falsificación de medios de pago y la delincuencia informática. Ello implica la necesidad de una ajustada y

diligente transposición al ordenamiento jurídico español, en concreto, de diversas directivas que afectan al ámbito penal sustantivo. Tal es el caso, en primer lugar, de la Directiva (UE) 2019/713 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, sobre la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo y por la que se sustituye la Decisión Marco 2001/413/JAI del Consejo. Asimismo, se perfecciona la transposición de la Directiva 2014/57/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, sobre las sanciones penales aplicables al abuso de mercado.

La Directiva (UE) 2019/713 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, sobre la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo y por la que se sustituye la Decisión Marco 2001/413/JAI del Consejo, se inserta dentro de la línea de la política criminal europea de lucha contra la criminalidad organizada, ámbito en el que los instrumentos de pago no dinerarios se han articulado como un medio para facilitar la obtención y blanqueo de las ganancias obtenidas con dichas acciones delictivas. Al mismo tiempo, el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo representan un obstáculo para el mercado único digital, ya que socavan la confianza de los consumidores y provocan pérdidas económicas directas, con especial incidencia en el ámbito transnacional.

La directiva persigue también ser un complemento y refuerzo, en la esfera digital, de la Directiva 2013/40/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de agosto de 2013, relativa a los ataques contra los sistemas de información, que fue objeto de transposición a nuestro ordenamiento mediante Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal, al abordar un aspecto diferente de la ciberdelincuencia. En este caso, específicamente en los artículos 197 bis y ter, se trató de la tipificación de las interferencias en los sistemas de información -no de las transmisiones personales, que ya estaban tipificadas-, así como la facilitación o la producción de programas informáticos o equipos específicamente diseñados o adaptados para la comisión de estos delitos, además de los supuestos de daños informáticos en los artículos 264 a 264 ter.

Igualmente, la Directiva se complementa con la norma de transposición de la Directiva 2014/62/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a la protección penal del euro y otras monedas frente a la falsificación, y por la que se sustituye la Decisión marco 2000/383/JAI del Consejo, efectuada en los artículos 386 y 387 del Código Penal mediante la Ley Orgánica 1/2019, de 20 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, para transponer Directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero y de terrorismo, y abordar cuestiones de índole internacional.

La relevancia de los delitos informáticos ha sufrido un crecimiento exponencial a lo largo de los años, como consecuencia del incremento del denominado ciberespacio y el consecuente aumento de la ciberpoblación en el ámbito de Internet. Así, si bien es cierto que España no ha culminado actualmente la trasposición de la directiva, hay que señalar que las estrategias seguidas por el legislador a lo largo de este largo proceso de desarrollo

tecnológico han sido entre otras la introducción de figuras penales paralelas a las tradicionales, en las que se incorpora a cada tipo el equivalente mediante el uso de nuevas tecnologías. De este modo, se han ido cubriendo poco a poco las lagunas de punibilidad, que ha ido poniendo de manifiesto la jurisprudencia según surgían nuevas modalidades de comisión de esta clase de delitos.

Ello facilita la integración, de una manera armónica, de las exigencias normativas derivadas de la Directiva (UE) 2019/713, de 17 de abril, en el texto del vigente Código Penal.

La Directiva, sin embargo, se centra en una regulación conjunta del fraude y de la falsificación de los medios de pago distintos del efectivo, alejándose de la sistemática clásica de nuestro Código Penal, que atiende prioritariamente a los diferentes bienes jurídicos tutelados o puestos en peligro, tales como el patrimonio, la seguridad del tráfico o la fe pública, y no al concreto modo de comisión. Al propio tiempo otorga especial relevancia a los medios de pago inmateriales, y entre ellos, los soportes digitales de intercambio. Estos han de ser entendidos como aquellos que permiten efectuar transferencias de dinero electrónico, de monedas virtuales y otros criptoactivos, ahora bien, en estos dos últimos casos, solo en la medida en que puedan usarse de manera habitual para efectuar pagos. Por ello, es palmario que el ámbito de protección que ofrece esta reforma se extiende a las monedas de carácter virtual. En consecuencia, y a fin de cumplir con el principio de taxatividad propio del Derecho penal, se ha procedido a incluir una cláusula de interpretación auténtica de tales conceptos. Quedan incluidos, por tanto, todos los instrumentos de pago distintos del efectivo, incluidas las monedas virtuales y otros criptoactivos que se utilicen como medio de pago y los monederos electrónicos en una definición lo suficientemente abierta como para permitir la flexibilidad necesaria para adecuarse a los rápidos avances tecnológicos.

Manteniendo la sistemática de nuestro Código Penal, se ha optado por explicitar todas las conductas cuya tipificación autónoma exige la directiva, bien vinculándolas al ámbito de la estafa (fraude en la denominación de la directiva), esencialmente cuando los medios de pago han sido obtenidos de forma ilícita, bien al de las falsedades (falsificación o alteración fraudulenta en la denominación de la directiva), incluyendo en estos casos tanto la falsificación como su uso fraudulento. Igualmente se tipifican de forma autónoma los actos preparatorios para la comisión de tales conductas.

II

La Directiva 2014/57/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, sobre las sanciones penales aplicables al abuso de mercado, fue incorporada al ordenamiento jurídico español mediante la Ley Orgánica 1/2019, de 20 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, para transponer directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero y de terrorismo, y abordar cuestiones de índole internacional.

En el artículo primero de esta ley orgánica se incorpora la modificación del apartado 5 del artículo 285 del Código Penal. El apartado 2 del artículo 7 de la Directiva

2014/57/UE, por conexión con el párrafo segundo del apartado 2 de su artículo 3, exige que los delitos relativos a operaciones con información privilegiada cometidos por sujetos que no tienen acceso reservado a la información privilegiada, al igual que el resto de delitos recogidos en el artículo, se castiguen con penas privativas de libertad cuya duración máxima sea de, al menos, cuatro años. La Ley Orgánica 1/2019, de 20 de febrero, no introdujo, sin embargo, esta previsión.

Así, la duración máxima de la pena indicada en este apartado en la actualidad resulta inferior a cuatro años, que es la que exige para estos supuestos la Directiva 2014/57/UE. Es por ello que la presente ley orgánica extiende al apartado 5 del artículo 285 la aplicación de las penas señaladas en el resto del artículo para el tipo general del apartado 1 y el tipo agravado del apartado 3, cuya duración máxima sí supera los cuatro años exigidos por la norma europea.

III

En segundo lugar, mediante esta ley se completa la transposición de la Directiva (UE) 2019/1 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018, encaminada a dotar a las autoridades de competencia de los Estados miembros de medios para aplicar más eficazmente las normas sobre competencia y garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior, conocida como Directiva ECN+.

La Directiva establece determinadas normas para garantizar que las autoridades nacionales de competencia (ANC) dispongan de las garantías de independencia, recursos y competencias de aplicación e imposición de multas, necesarias para poder aplicar efectivamente los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, de modo que no se falsee la competencia en el mercado interior y que los consumidores y las empresas no se vean perjudicados por el Derecho y las medidas nacionales que impiden la aplicación eficaz de las normas por parte de las autoridades nacionales de competencia. La implantación de garantías fundamentales que aseguren que las ANC apliquen de manera uniforme y eficaz los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea lleva a instar a los Estados Miembros a que prevean la exoneración o reducción de la responsabilidad penal de personas que hayan podido cometer un delito relacionado con estas prácticas anticompetencia y presten cooperación activa en los términos que establece la Directiva. Dice la propia Directiva que los Estados miembros podrían prever que las autoridades competentes puedan elegir entre la protección a las personas frente a sanciones o solo la atenuación de dichas sanciones, en función del resultado de la evaluación del interés por procesar o por sancionar en función de su contribución a la detección e investigación del cártel.

La Directiva se ha traspuesto parcialmente mediante el Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de competencia, prevención del blanqueo de capitales, entidades de crédito, telecomunicaciones, medidas tributarias, prevención y reparación de daños medioambientales, desplazamiento de trabajadores en la prestación de servicios transnacionales y defensa de los consumidores. La transposición por este Real Decreto-

ley ha sido exclusivamente del apartado 1 del artículo 23, relativo a procedimientos administrativos.

El Código Penal español sanciona con penas privativas de libertad conductas subsumibles en los artículos 1 y 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia: la alteración de precios en concursos y subastas públicas (artículo 262), la detracción de materias primas o productos de primera necesidad (artículo 281) y la alteración de los precios (artículo 284.1.º).

El apartado 3 del artículo 23 de la Directiva ECN+ deja libertad a los Estados miembros para elegir entre no imponer ninguna sanción en el procedimiento judicial penal o solamente atenuarla, en la medida en que la contribución de las personas, contemplada en el apartado 2, a la detección e investigación del cártel secreto sea mayor que el interés por el enjuiciamiento o la sanción a estas personas.

Si bien en nuestro ordenamiento jurídico penal las medidas premiales basadas en la colaboración con las autoridades por parte del responsable del delito han sido la rebaja o atenuación de penas, tal precedente no puede llevar, sin más, a una solución simplista de la atenuación. Por el contrario, razones relativas conducen a la exención de la responsabilidad criminal. En concreto:

a) Los acuerdos restrictivos de la competencia no solo perjudican a los consumidores a través del incremento de precios y de la reducción de la producción y calidad de bienes y servicios, sino que también privan a la economía del dinamismo y la innovación que producen las presiones competitivas.

b) La política de clemencia supone un mecanismo efectivo y esencial en la lucha contra conductas anticompetitivas. Busca detectar cárteles secretos mediante la denuncia de alguno de sus integrantes: el informante debe ofrecer a la autoridad de competencia información y pruebas útiles que le permitan perseguir el cártel. Por tanto, contribuyen al enjuiciamiento eficiente y la imposición de sanciones a las infracciones más graves del Derecho de la competencia.

c) La Directiva ECN+ amplía el ámbito subjetivo de los beneficiarios de clemencia para abarcar tanto a los que pueden ser beneficiarios de la misma como a los que pueden solicitarla. En efecto, como regla se entiende por las autoridades de competencia que, salvo que la empresa indique expresamente lo contrario, al solicitar la clemencia lo hace también en beneficio de los directivos partícipes en la conducta. Además, se permite que la persona física pueda solicitar a título particular el beneficio de exención, ya no en nombre de la empresa a la que representa, sino en su propio nombre. El que se establezca en favor de las personas físicas la posibilidad de acudir a la autoridad nacional de competencia para solicitar, en su propio nombre, el beneficio de la clemencia por su participación en un cártel, tiene una relevancia fundamental y potenciadora, puesto que su efecto inmediato es que la persona física ocupe a título individual el primer puesto en el orden de prioridad del programa de clemencia.

d) Finalmente, la mayoría de los Estados miembros ha optado por la exención de la responsabilidad criminal para los directivos gestores y otros miembros del personal,

presentes y pasados, que acuden a los programas de clemencia. En este sentido, cabe citar Francia (apartado IV artículo L. 420-6-1 del Código de Comercio), Italia (artículo 31 quater de la Ley de Competencia), Dinamarca o Eslovenia. En Austria se establece como un supuesto de suspensión del procedimiento por razones de oportunidad. Atendiendo a la finalidad de la Directiva y sus consideraciones sobre los programas de clemencia en cuanto instrumento eficaz para la lucha contra los cárteles secretos y un enjuiciamiento eficiente, quedaba pendiente la transposición del artículo 23 de la misma, para la que se propone en el Derecho interno que, cuando se dé una cooperación activa por parte de directivos, gestores y otros miembros del personal, actuales y antiguos, de empresa que participan en cártel secreto, en los términos previstos en la Directiva, la consecuencia debe ser la exoneración de la responsabilidad penal.

IV

Se modifica también el artículo 173 del Código Penal, con el objetivo de introducir, dentro de los delitos contra la integridad moral, una específica modalidad delictiva en la que se castigue la ocultación del cadáver, atendiendo al sufrimiento que tal conducta puede ocasionar en los familiares o allegados de la persona fallecida, estableciendo una pena agravada con respecto a la prevista en el párrafo primero del artículo 173.1.

Esta modificación obedece a que cuando se produce la muerte de un familiar o allegado, la imposibilidad de disponer del cuerpo para darle las honras fúnebres que nuestras costumbres sociales y religiosas prescriben, supone un dolor añadido que se ve especialmente agravado cuando obedece a la actuación de un tercero que oculta el cadáver deliberadamente. Así, en algunos casos de clara notoriedad en los que los responsables de un homicidio o un asesinato se han negado a revelar el paradero del cadáver de su víctima, incluso cuando ya han sido condenados en firme y cuando, en consecuencia, ningún perjuicio penal podría acarrearles dar razón de su paradero, se produce una acción que causa un daño específico a los familiares y allegados de la víctima y que resulta particularmente reprochable.

Por ello, resulta necesario que, en estos y otros casos parecidos, el hecho de ocultar el cadáver se castigue penalmente, con independencia de la pena que corresponda, en su caso, por el delito previo que haya ocasionado la muerte, pues se trata de un injusto añadido que merece una respuesta penal diferenciada. Al tratarse de un injusto diferenciado que atenta contra un bien jurídico distinto, el castigo de esta conducta no puede realizarse en el marco de los delitos contra la vida, como el delito de homicidio o el delito de asesinato.

Por otra parte, hay que tener en cuenta que, debido precisamente a ese carácter diferenciado, el hecho de ocultar el cadáver también puede merecer un reproche penal cuando quien lo lleva a cabo no se ha visto implicado en ningún delito previo contra la vida.

Tampoco en el Derecho comparado la ocultación del cadáver se regula como modalidad agravada o específica de los delitos contra la vida. Por lo general, tal conducta puede dar lugar a un delito contra la dignidad o el respeto de los muertos (artículo 412

del Código Penal italiano y 168 del Código Penal alemán) o a un delito de obstrucción a la justicia (artículo 434-7 del Código Penal francés), sin diferenciar en ningún caso en función de si quien comete el delito es a su vez el autor de un previo delito de homicidio o asesinato.

La ocultación del cadáver constituye, más bien, como ha apuntado el propio Tribunal Supremo, un atentado contra la integridad moral de los familiares o allegados, que se ven privados de esta forma de disponer del cuerpo de la persona querida según sus costumbres o creencias religiosas.

Aunque la regulación actual del delito contra la integridad que se recoge en el artículo 173 del Código Penal ya permite castigar el acto de ocultar el cadáver, ante la preocupación social que han generado algunos casos recientes, y visto el especial sufrimiento ocasionado a los familiares y allegados de las víctimas de algunos delitos cuando los responsables se han negado a dar cuenta del paradero del cadáver, es procedente hacer una referencia expresa en dicho precepto a este tipo de supuestos, contemplando además un agravamiento de la pena por razón del especial desvalor que tal hecho merece.

V

Se modifica el artículo 311 del Código Penal para añadir un nuevo párrafo que sanciona a quienes impongan condiciones ilegales a las personas trabajadoras mediante su contratación bajo fórmulas ajenas al contrato de trabajo, o las mantengan en contra de requerimiento o sanción administrativa.

El delito recogido en el artículo 311 del Código Penal ha sido definido por la jurisprudencia como «el tipo central del Derecho Penal del trabajo» y «núcleo esencial de la tutela penal del trabajador». Protege las condiciones mínimas exigibles e irrenunciables de la contratación laboral, un bien jurídico de innegable dimensión colectiva. El precepto está concebido para garantizar la indemnidad de la propia relación laboral mediante la sanción de aquellas conductas que atenten de forma más grave contra los derechos y condiciones laborales de las personas trabajadoras.

La incorporación de las nuevas tecnologías a la organización del mercado de trabajo ha propiciado una forma de elusión de responsabilidades empresariales mediante el camuflaje jurídico del trabajo por cuenta ajena bajo otras fórmulas que niegan a las personas trabajadoras los derechos individuales y colectivos que a tal condición reconoce, con carácter de indisponibles e irrenunciables, la legislación laboral, con respaldo expreso de la Constitución y de los tratados internacionales que vinculan a nuestro país.

El conjunto de instrumentos de tutela de la relación de trabajo reposa en el ordenamiento jurídico laboral, que garantiza la eficacia de sus preceptos mediante las instituciones, administrativas y judiciales, que permiten asegurar la vigencia de las normas y de las decisiones judiciales. No obstante, cuando los medios preventivos y sancionadores con que cuenta el ordenamiento laboral ceden ante nuevas formas de criminalidad grave, es inevitable el recurso, como última ratio, al Derecho penal.

Por un lado, el nuevo precepto pretende cubrir una laguna de punibilidad sobre hechos vinculados, en general pero no exclusivamente, a nuevas tecnologías que, a partir del uso de sistemas automatizados, permiten el incumplimiento masivo de la correcta utilización del contrato de trabajo; conductas que no pudieron ser previstas por el legislador de 1995 pero que no puede desconocer el de 2022. Por otro lado, pretende garantizar la efectividad del ordenamiento jurídico laboral y de su sistema de control administrativo ante incumplimientos del mismo en detrimento de los derechos, individuales y colectivos, de las personas trabajadoras.

El sistema penal no puede eludir sus obligaciones en materia de protección de estos derechos, colectivos e irrenunciables, frente a los ataques más graves y por ello se propone la introducción de un nuevo numeral 2.º en el artículo 311. Se trata de un tipo especial, que acota el ámbito de la autoría a aquellos que violan los derechos de las personas trabajadoras; de resultado lesivo, eludiendo así el expansionismo punitivo y de medios tasados, que acota el *modus operandi* a la utilización espuria de un contrato o a la desatención del llamamiento a adecuarse a la legalidad que se le ha hecho mediante requerimiento o sanción al infractor o infractora.

VI

La reforma implica un regreso al modelo tradicional español, es decir, al anterior a la reforma de 2015. En efecto, porque la Ley Orgánica 1/2015 supuso también en esta materia una ruptura con nuestra tradición codificadora ya bicentenaria. Lo hizo al reformar drásticamente la regulación de los delitos de malversación siguiendo parcialmente el modelo alemán, al definirlos en referencia a los delitos de apropiación indebida y administración desleal. Es decir, como figuras de naturaleza eminentemente patrimonial. Sin embargo, y a diferencia del modelo alemán, los mantuvo dentro de los «Delitos contra la Administración Pública». Con este cambio construyó un híbrido entre delitos contra el patrimonio y delitos contra el correcto funcionamiento de los servicios públicos.

Pero a su vez introdujo como típicas cualquier conducta no solo de las clásicas de apropiación o distracción de recursos públicos con ánimo de lucro propio o de tercero, sino que lo extendió a conductas de deficiente o abusiva administración, esto es, desleal e infiel, y en consecuencia posibilitó abiertamente la punición de comportamientos consistentes en desviaciones presupuestarias, despilfarro o gastos de difícil justificación y, por supuesto, cualquier gasto de dudosa legalidad o de incierta finalidad pública.

Sin embargo, no siguió la legislación alemana en su elenco de penas por el delito de malversación, que allí llegan hasta los cinco años de prisión, mientras que en España pueden alcanzar los doce años.

Ya el Consejo General del Poder Judicial y el Consejo Fiscal en sus Informes emitidos en relación con la reforma de 2015, se mostraron abiertamente contrarios a la propuesta que equiparaba la apropiación indebida con la administración desleal y pidieron mantener el modelo tradicional.

Pues bien, la presente modificación supone el regreso al modelo que siempre se compartió con Francia, Italia y Portugal. Se configura sobre dos ejes centrales. El primero radica en su sistematización, dentro de los delitos contra la Administración Pública, originalmente delitos de los funcionarios públicos cometidos en el ejercicio de sus cargos. De este modo se subraya su naturaleza pluriofensiva de infracción patrimonial, de una parte, pero también lesiva del interés general al afectar justamente al patrimonio común, y con ello al cumplimiento de las funciones y finalidades públicas. A su vez, el segundo eje central descansa en la distinción entre las conductas de apropiación o distracción de los fondos públicos hacia beneficios directos o indirectos de carácter privado, y de otra parte, los comportamientos que, sin comportar una apropiación definitiva o el uso temporal para fines privados, suponen una desviación de las finalidades legalmente establecidas o una auténtica administración desleal con perjuicio a la causa pública.

Por consiguiente, el texto distingue claramente entre tres niveles de malversación: la apropiación de fondos por parte del autor o que éste consienta su apropiación por terceras personas (artículo 432), que integra la conducta más grave y contiene diversas agravaciones; el uso temporal de bienes públicos sin *animus rem sibi habendi* y con su posterior reintegro (artículo 432 bis) y un desvío presupuestario o gastos de difícil justificación (artículo 433).

De este modo, la apropiación de caudales públicos queda castigada como en la actualidad, mientras que los desvíos presupuestarios tendrán una pena más leve, pero en todo caso implicarán pena de prisión, salvo en el caso de que no quede comprometido o entorpecido el servicio al que estuviesen consignados los fondos desviados.

El Código Penal de 1995 no incluyó un precepto semejante porque delimitó los delitos de malversación exclusivamente para las conductas de apropiación definitiva o temporal o desviación de fondos públicos para fines privados. De lo que se seguía la despenalización absoluta de cualquier comportamiento de desviación presupuestaria o si se prefiere de usos públicos distintos a los previstos legalmente. De suerte que cualquier comportamiento en el que un funcionario destinaba o aplicaba caudales públicos a finalidades públicas distintas a las previstas, resultaba completamente atípico.

Ahora bien, existía debate acerca de la caracterización de lo que es un uso público, esto es, si además de las conductas de estricta desviación presupuestaria también incluía alcanzar finalidades discutibles por su legalidad o por su propia consideración de públicas. No obstante, en la actualidad la sociedad española ha evolucionado hacia una mayor intolerancia hacia ciertos comportamientos de administración desleal del patrimonio público, si bien nunca equipara su gravedad y castigo con las conductas de sustracción o desvío hacia intereses particulares, que integran la noción común de corrupción. De esta manera se corrige la inseguridad y la desproporción introducidas en la reforma de 2015 igualando el reproche a hechos con un desvalor nítidamente diferente, como hacen otros países europeos con una tradición jurídica similar a la española.

En la misma línea de recuperar nuestro clásico sistema legal y a la vez volver a compartir una regulación similar a la de Francia, Italia y Portugal, se reintroduce una modalidad atenuada de la malversación consistente en el uso temporal de bienes o efectos

públicos, como existía también antes de 2015 y como se da en los casos de los países antes referidos. El cambio se sitúa ahora en una actualización de la penalidad que responde a la actual sensibilidad de la sociedad española frente a esta clase de comportamientos.

Por otro lado, se introducen mejoras técnicas en los artículos 433 ter y 434. En el primero se contiene una definición, a los efectos penales, de patrimonio público, con idéntica funcionalidad a la desempeñada por los artículos 24 y 25. El segundo dispone una cláusula premial ahora redactada de forma similar a otras semejantes contempladas en el Código Penal. El resto de preceptos de este capítulo no sufren modificaciones.

En resumen, la presente reforma viene a sancionar cualquier clase de gasto indebido de fondos públicos por quien siendo autoridad o funcionario público tiene encomendada su custodia o administración.

VII

La presente reforma introduce por primera vez en el ordenamiento jurídico español el delito de enriquecimiento ilícito. España incorpora así una figura de vanguardia para la lucha contra la corrupción siguiendo diversas recomendaciones y tendencias internacionales y europeas, entre las que destacan la de Naciones Unidas a través de la Convención contra la Corrupción del año 2003, la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, de 20 de noviembre de 2008, relativa a la creación de un delito que penalizase la posesión de bienes injustificados para luchar contra la criminalidad organizada, así como el anuncio de la presidenta de la Comisión Europea en el año 2022 de la intención de reforzar la lucha contra la corrupción en materia de enriquecimiento ilícito. En los últimos años, diversos países europeos como Francia, Luxemburgo, Portugal o Lituania han introducido este delito en sus respectivas legislaciones, por lo que su incorporación al Código Penal supone tanto un avance claro en la lucha contra la corrupción como una homologación con algunas de las legislaciones más avanzadas del entorno internacional.

La figura que se incorpora se configura como un delito de desobediencia. De este modo, para incurrir en el tipo penal no basta con poseer un patrimonio cuyo origen no sea explicable a partir de los ingresos declarados, sino que debe existir un requerimiento previo por parte de los organismos administrativos o judiciales competentes para la comprobación de dicho patrimonio. Solo ante la negativa a detallar a dichos órganos el origen de un incremento patrimonial o de una cancelación de deudas o ante una explicación manifiestamente falsa sobre los mismos se incurriría en el tipo penal. Tradicionalmente, la figura del enriquecimiento ilícito o injusto había generado controversia constitucional al ser configurado como un delito de sospecha, por su posible colisión con el derecho fundamental a la presunción de inocencia, algo que se evita con la actual regulación que sigue el ya citado modelo de desobediencia que han incorporado recientemente países como Portugal.

VIII

Se aborda igualmente la reforma de los delitos contra el orden público del título XXII del libro II de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

La revisión de este título persigue los siguientes objetivos: en primer lugar, armonizar la legislación española sobre esta materia con la de los países de nuestro entorno; en segundo lugar, adecuar su regulación a la realidad histórica actual, que resulta muy diferente de aquella en la que fueron concebidas algunas figuras; en tercer lugar, mejorar la redacción y clarificar la estructura de los tipos penales afectados.

El tipo de sedición del artículo 544 del vigente Código penal fue introducido en el ordenamiento español a través del Código Penal de 1822 en el título III de la Parte primera, bajo la rúbrica «De los delitos contra la seguridad interior del Estado, y contra la tranquilidad y orden público». En la actualidad, mantiene prácticamente inalterada su redacción original, si bien su reciente aplicación ha permitido establecer criterios interpretativos, sobre todo en lo referido a la intensidad de la afectación del orden público y el uso de la violencia, que se ven reflejados en la presente reforma.

Desde un principio, la conducta típica de este delito se ha basado en el alzamiento para la consecución de ciertos objetivos. Ya el artículo 250 del Código Penal de 1870 consideraba reos de este delito a los que se alzaren pública y tumultuariamente para conseguir por la fuerza o fuera de las vías legales determinados objetivos, tal y como hace actualmente el artículo 544 del Código penal de 1995. A lo largo de los años se han ido introduciendo mínimas variaciones en cuanto a los objetivos concretos que en este delito debía perseguir el alzamiento, pero apenas se ha modificado el elemento central de la conducta típica.

La reforma más importante en esta materia se produce con la aprobación del Código Penal de 1995, que reubica el delito de sedición para configurarlo como un delito contra el orden público, con una tipificación y una pena que no se ajustan a los mejores estándares de los países de nuestro entorno.

La escasa aplicación que hasta fechas recientes ha experimentado este delito ha impedido apreciar con claridad los graves problemas de interpretación que se derivan de la difícil delimitación del tipo penal y de la confusa definición de la conducta típica.

La doctrina ha criticado efectivamente la falta de claridad acerca del contenido y alcance del tipo delictivo de sedición, circunstancia esta que opera en contra del mandato de certeza propio del principio de legalidad penal. Tampoco puede obviarse, por otra parte, el hecho de que la comisión de este delito puede presentarse vinculada en su desarrollo al ejercicio de derechos y libertades fundamentales como el derecho de reunión o la libertad de expresión. Conviene, en este sentido, evitar un posible efecto disuasorio sobre el ejercicio de tales derechos y libertades constitucionales, lo que hace particularmente necesario precisar cuál es exactamente la conducta castigada y de qué forma lesiona o pone en peligro el bien penalmente protegido.

De igual forma, debe fortalecerse la importancia del principio de proporcionalidad a la hora de establecer la pena hasta ahora asociada a este delito. Destaca la elevada

gravedad de las penas previstas hasta la fecha, teniendo en cuenta no solo la amplitud con la que se define la conducta típica, sino también el marco penal en el que se mueven estos delitos en otros ordenamientos jurídicos europeos.

Los problemas de proporcionalidad se agudizan por la defectuosa delimitación que actualmente se hace entre la sedición y otros delitos o infracciones administrativas basados igualmente en una alteración del orden público que implique resistencia o desobediencia a la autoridad, que en algunos casos requieren además una conducta violenta o intimidatoria. Y es que, una vez que el delito de sedición es claramente separado del delito de rebelión y pasa a ser configurado como un delito contra el orden público, resulta complicado precisar el lugar sistemático que le corresponde en relación con otros delitos que atentan contra este mismo bien jurídico. De hecho, en otros ordenamientos es difícil encontrar un delito específico que pueda identificarse con este delito de sedición del artículo 544 del Código Penal.

A la vista de la regulación que de estos comportamientos llevan a cabo los países con los que España comparte tradición jurídica, resultaba imprescindible revisar el tratamiento que el Código Penal español viene realizando de los delitos contra el orden público.

Es deber del Estado dotar al ordenamiento de tipos penales que permitan dar la respuesta jurídica más adecuada a los nuevos retos para la convivencia que plantea el presente y que, como es lógico, no son recogidos en toda su complejidad en una legislación de hace dos siglos.

De este modo, la reciente aplicación de este precepto ha puesto de manifiesto imprecisiones normativas de dudosa compatibilidad con el principio de legalidad penal y el principio de proporcionalidad. Unas imprecisiones, además, que se suman al carácter obsoleto y carente de reflejo en la legislación de los países europeos de nuestro entorno jurídico. Todos estos factores aconsejan abordar de forma simultánea la supresión de esta figura a la vez que se acomete una reforma integral de otros tipos penales para centrar la acción legislativa en materia penal en la protección del bien jurídico del orden público.

Esta reforma integral del tipo penal del delito de desórdenes públicos pretende: dar una respuesta jurídico penal adecuada a nuevos fenómenos sociales que afectan a la figura del ejercicio de las legítimas competencias por parte de las autoridades; reforzar el principio de legalidad penal en todas sus expresiones y muy especialmente en lo relativo a la debida proporcionalidad entre delitos y penas y a la taxatividad de los tipos penales; acercar la legislación penal española a la de los países de nuestro entorno; adecuar a los valores propios de una sociedad democrática y permitir a los operadores jurídicos interpretar con total claridad la legislación existente sobre la materia cuando deban aplicarla.

Así, las principales modificaciones operadas sobre los delitos contra el orden público, son las siguientes: en primer lugar, se introduce una nueva regulación del delito de desórdenes públicos para dotarlo de unos contornos más claros, describiendo los elementos necesarios y confluyentes para su comisión: la actuación en grupo, la finalidad

de atentar contra la paz pública, entendida esta como la normalidad de la convivencia con un uso pacífico de los derechos, especialmente los derechos fundamentales y, por último, la existencia de violencia o intimidación. La confluencia de estos tres elementos no solo aporta una mayor precisión al tipo penal, sino que además ayuda a distinguirlo de otros delitos sobre las personas o las cosas y permite distinguir entre comportamientos amparados por los derechos fundamentales de reunión y de libertad de expresión y comportamientos antijurídicos claramente destinados a perjudicar la convivencia o a poner en peligro la paz y tranquilidad públicas. En este sentido, se reintegra en el tipo la exigencia de la actuación en grupo, regresando a la formulación original contenida en el Código Penal de 1995 y eliminando la confusa, contradictoria y perturbadora referencia a su comisión individual operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo.

En segundo lugar, se introduce una modalidad agravada de desórdenes públicos. Esta modalidad agravada exige que el delito de desórdenes públicos sea cometido por una multitud cuyas características (número, organización y finalidad) sean idóneas para afectar gravemente el orden público, entendido como el normal funcionamiento de las instituciones y servicios públicos. Se configura, así, como un tipo de peligro que, aunque no exige que el orden público llegue a verse efectivamente afectado o impedido, sí requiere que se hayan dispuesto los elementos de una forma adecuada para haberlo puesto en peligro.

De este modo, el bien jurídico del orden público se convierte en el centro de esta figura penal, evitando problemas de imprecisión jurídica existentes hasta ahora. Las penas asociadas a este nuevo tipo penal se sitúan, además, en los contornos de las jurisdicciones europeas de nuestro entorno, que prevén, como se hace en esta reforma, una respuesta penal a fenómenos específicos y especialmente graves de alteración del orden público cuando este se ve objetivamente amenazado por multitudes constituidas para conseguir dicho fin. España incorpora así un modelo de protección avanzada del orden público ante estos riesgos muy similar al de países europeos con los que comparte valores jurídicos y con los que aspira a una plena homologación. Cabe citar, por ejemplo, los códigos penales de Alemania, Francia, Italia, Suiza, Bélgica o Portugal.

En líneas generales, la regulación que se hace de tales ilícitos en países de nuestro entorno, en comparación con la que ofrece nuestro Código Penal, se caracteriza no solo por la menor gravedad de las penas o la exigencia en todo caso de violencia o intimidación, sino también por la ausencia de una figura específica equiparable al delito de sedición. Tal tipología ha sido objeto de derogación en ordenamientos como el alemán, donde se encontraba regulado en el parágrafo 115 de su norma penal, que castigaba a los que tomaban parte en una asonada o alzamiento público en el que se llevara a cabo precisamente un acto de resistencia del parágrafo 113; un delito que, sin embargo, fue criticado por castigar el mero hecho de formar parte de la asonada, sin exigir que se hiciera uso de la violencia o de la amenaza, y que fue finalmente derogado en 1970, una tendencia que se asume en la presente reforma.

En definitiva, se opera una profunda modificación de los «desórdenes públicos». Así, el nuevo artículo 557 se estructura en varios apartados. En el apartado 1 se contiene

el tipo básico de desórdenes públicos, que contempla ataques de relevante entidad para el orden público. En cambio, el apartado 2 describe un tipo cualificado para situaciones de excepcional capacidad para afectar la paz pública e idóneas para alterar gravemente el orden público. En este sentido, es necesario destacar el carácter excepcional del delito descrito en este segundo apartado, que no puede considerarse una mera agravación de las conductas descritas en el apartado 1 ni pretende sustituir el actual 557 bis (muy al contrario, y, como se verá más adelante, las conductas agravadas de este apartado 1 se recogen en el apartado 3 en una sucesión penal del actual 557 bis), sino un comportamiento autónomo y con elementos (número, organización y propósito de la multitud) dispuestos desde el inicio para alterar gravemente el orden público, con una intensidad notablemente mayor de la que se puede producir en la modalidad normal de desórdenes públicos regulada en el apartado 1.

A su vez, el apartado 3 sintetiza y selecciona las agravaciones actualmente recogidas en el artículo 557 bis, que ahora queda derogado. Por su parte, el apartado 4 mantiene la punición de los actos preparatorios. A continuación, el apartado 5 formula una conducta de peligro para la vida o integridad con ocasión de encuentros de cierto número de personas. El precepto se cierra con el apartado 6 que mantiene la cláusula concursal vigente.

Por último, el nuevo artículo 557 bis viene a suceder al derogado artículo 557 ter.

Consecuentemente con lo anterior, la reforma diferencia varias modalidades, tanto por la entidad de la finalidad perseguida en el ataque, como por la gravedad de los medios empleados, y siempre que se trate de un sujeto activo plural. Por consiguiente, y con carácter general, es pertinente escalonar distintas penalidades de modo que resulten en abstracto y en concreto proporcionadas a estos parámetros.

Para la aplicación de las reformas penales contenidas en esta ley a los delitos cometidos antes de su entrada en vigor, las disposiciones transitorias primera, segunda y tercera reproducen las disposiciones transitorias de otras leyes orgánicas destinadas a modificar el Código Penal, como la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, o la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, que a su vez se corresponden sustancialmente con las que en su momento estableció el Código Penal de 1995, en su redacción original dada por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, que son disposiciones que hoy se encuentran vigentes y han sido convenientemente interpretadas por el Tribunal Supremo. Por consiguiente, aun cuando no se estableciera régimen transitorio en esta ley, se llegaría a las mismas conclusiones por aplicación del artículo 2.2 del Código Penal y de la disposición transitoria quinta de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre. No obstante, la diversidad de interpretaciones realizadas en recientes reformas que afectan al Código Penal aconseja su introducción expresa, conforme al principio de seguridad jurídica garantizado en el artículo 9.3 de la Constitución Española.

IX

La regulación de la infracción de contrabando de material de defensa y de productos y tecnologías de doble uso, responde al establecimiento de un sistema de control de las operaciones de comercio exterior derivado de obligaciones internacionales de España.

El sistema punitivo a través del contrabando busca como uno de sus objetivos sacar del circuito el material o los productos o tecnologías a los que se aplica cuando no se conoce con anterioridad por la Administración la realización de la operación. Objetivo que se alcanza con la intervención del material o de los productos o de la tecnología objeto del comercio exterior.

Si bien el Código Penal tipifica la fabricación, comercialización o tenencia de las armas de guerra, armas de fuego o armas químicas, biológicas, nucleares o radiológicas, minas antipersonas o municiones en racimo, en relación con productos y tecnología de doble uso solo están tipificadas las acciones previas al comercio exterior de productos y tecnologías que vayan a ser destinadas a programas de proliferación, con la posible comisión del delito de contrabando en grado de tentativa. Se considera necesario tipificar las conductas de conspiración y proposición de operaciones de comercio exterior sobre productos y tecnologías de doble uso, a cuyo fin se modifica el artículo 3 de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando.

Por otro lado, habida cuenta de la especialización, el nivel técnico y el empleo de estructuras financieras complejas que implican la realización de este tipo de conductas delictivas, así como la materialización de parte o la totalidad de estas en territorio extranjero o en aguas internacionales, se considera adecuado atribuir a la Audiencia Nacional la instrucción y enjuiciamiento de causas por este tipo de acciones delictivas, lo que exige la modificación del artículo 65 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

X

Se modifican los artículos 182 y 183 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para establecer la inhabilidad procesal del periodo que media entre los días 24 de diciembre y 6 de enero de cada año judicial con el fin de compatibilizar los principios de seguridad jurídica, el derecho de defensa y los derechos de los y las profesionales que se relacionan con la Administración de Justicia, concretamente, el derecho al descanso y a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en dicho periodo.

Esta medida no supone la paralización de la actividad en los órganos y oficinas judiciales, que continuarán prestando el servicio público, afectando especialmente al cómputo procesal de los plazos, que se verá interrumpido y que se reanudará inmediatamente después del transcurso de este periodo. El precepto deja a salvo la posibilidad de habilitación de estos días en los términos previstos en la legislación orgánica y en las leyes procesales.

Las personas profesionales de la abogacía, la procura y los graduados y graduadas sociales aspiran a la regulación de una serie de medidas que permitan una mayor conciliación de la vida personal y familiar con su desempeño profesional ante los

tribunales de justicia. Si bien la mayor parte de las mismas han sido atendidas por otras leyes, resulta necesario anticipar en esta norma la declaración de inhabilidad del período navideño, a cuyo efecto se modifican el artículo 130.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, y el artículo 43.4 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.

Artículo primero. Modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

La Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, queda modificada como sigue:

Uno. Se introduce un párrafo segundo nuevo en el artículo 173.1, con la siguiente redacción:

> «Igual pena se impondrá a quienes, teniendo conocimiento del paradero del cadáver de una persona, oculten de modo reiterado tal información a los familiares o allegados de la misma.»

Dos. Se modifica la redacción del artículo 248, que queda redactado como sigue:

> «Artículo 248.
>
> Cometen estafa los que, con ánimo de lucro, utilizaren engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno.
>
> Los reos de estafa serán castigados con la pena de prisión de seis meses a tres años. Para la fijación de la pena se tendrá en cuenta el importe de lo defraudado, el quebranto económico causado al perjudicado, las relaciones entre este y el defraudador, los medios empleados por este y cuantas otras circunstancias sirvan para valorar la gravedad de la infracción.
>
> Si la cuantía de lo defraudado no excediere de 400 euros, se impondrá la pena de multa de uno a tres meses.»

Tres. Se modifica el artículo 249, que queda redactado como sigue:

> «Artículo 249.
>
> 1. También se consideran reos de estafa y serán castigados con la pena de prisión de seis meses a tres años:
>
> a) Los que, con ánimo de lucro, obstaculizando o interfiriendo indebidamente en el funcionamiento de un sistema de información o introduciendo, alterando, borrando, transmitiendo o suprimiendo indebidamente datos informáticos o valiéndose de cualquier otra manipulación informática o artificio semejante, consigan una transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de otro.
>
> b) Los que, utilizando de forma fraudulenta tarjetas de crédito o débito, cheques de viaje o cualquier otro instrumento de pago material o inmaterial distinto del efectivo o los datos obrantes en cualquiera de ellos, realicen operaciones de cualquier clase en perjuicio de su titular o de un tercero.
>
> 2. Con la misma pena prevista en el apartado anterior serán castigados:

a) Los que fabricaren, importaren, obtuvieren, poseyeren, transportaren, comerciaren o de otro modo facilitaren a terceros dispositivos, instrumentos o datos o programas informáticos, o cualquier otro medio diseñado o adaptado específicamente para la comisión de las estafas previstas en este artículo.

b) Los que, para su utilización fraudulenta, sustraigan, se apropiaren o adquieran de forma ilícita tarjetas de crédito o débito, cheques de viaje o cualquier otro instrumento de pago material o inmaterial distinto del efectivo.

3. Se impondrá la pena en su mitad inferior a los que, para su utilización fraudulenta y sabiendo que fueron obtenidos ilícitamente, posean, adquieran, transfieran, distribuyan o pongan a disposición de terceros tarjetas de crédito o débito, cheques de viaje o cualesquiera otros instrumentos de pago materiales o inmateriales distintos del efectivo.»

Cuatro. Se modifica el apartado 1 del artículo 252, que queda redactado como sigue:

«1. Serán castigados con las penas del artículo 248 o, en su caso, con las del artículo 250, los que teniendo facultades para administrar un patrimonio ajeno, emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico, las infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas y, de esa manera, causen un perjuicio al patrimonio administrado.»

Cinco. Se modifica el apartado 1 del artículo 253, que queda redactado como sigue:

«1. Serán castigados con las penas del artículo 248 o, en su caso, del artículo 250, salvo que ya estuvieran castigados con una pena más grave en otro precepto de este Código, los que, en perjuicio de otro, se apropiaren para sí o para un tercero, de dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble, que hubieran recibido en depósito, comisión, o custodia, o que les hubieran sido confiados en virtud de cualquier otro título que produzca la obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido.»

Seis. Se añade un apartado 3 en el artículo 262, que queda redactado como sigue:

«3. Quedarán exentos de responsabilidad criminal los directores, administradores de hecho o de Derecho, gerentes y otros miembros del personal actuales y anteriores de cualquier sociedad, constituida o en formación, que en esa condición hayan cometido alguno de los hechos previstos en este artículo, cuando pongan fin a su participación en los mismos y cooperen con las autoridades competentes de manera plena, continua y diligente, aportando informaciones y elementos de prueba de los que estas carecieran, que sean útiles para la investigación, detección y sanción de las demás personas implicadas, siempre que se cumplan las siguientes condiciones:

a) Cooperen activamente en este sentido con la autoridad de la competencia que lleva el caso,

b) estas sociedades o personas físicas hayan presentado una solicitud de exención del pago de la multa de conformidad con lo establecido en la Ley de Defensa de la Competencia,

c) dicha solicitud se haya presentado en un momento anterior a aquel en que los directores, administradores de hecho o de Derecho, gerentes y otros miembros del personal actuales o anteriores de la sociedad, constituida o en formación, hayan sido informados de que están siendo investigados en relación con estos hechos,

d) se trate de una colaboración activa también con la autoridad judicial o el Ministerio Fiscal, proporcionando indicios útiles y concretos para asegurar la prueba del delito e identificar a otros autores.»

Siete. Se modifica el apartado 5 del artículo 285, que queda redactado como sigue:

«5. Las mismas penas previstas en este artículo se impondrán cuando el responsable del hecho, sin tener acceso reservado a la información privilegiada, la obtenga de cualquier modo distinto de los previstos en el apartado anterior y la utilice conociendo que se trata de información privilegiada.»

Ocho. Se introduce un nuevo artículo 288 bis con la siguiente redacción:

«Artículo 288 bis.

En los supuestos previstos en los artículos 281 y 284 de este Código, quedarán exentos de responsabilidad criminal los directores, administradores de hecho o de Derecho, gerentes y otros miembros del personal actuales y anteriores de cualquier sociedad, constituida o en formación, que en esa condición hayan cometido alguno de los hechos previstos en ellos, cuando pongan fin a su participación en los mismos y cooperen con las autoridades competentes de manera plena, continua y diligente, aportando informaciones y elementos de prueba de los que estas carecieran, que sean útiles para la investigación, detección y sanción de las demás personas implicadas, siempre que se cumplan las siguientes condiciones:

a) Cooperen activamente en este sentido con la autoridad de la competencia que lleva el caso,

b) estas sociedades o personas físicas hayan presentado una solicitud de exención del pago de la multa de conformidad con lo establecido en la Ley de Defensa de la Competencia,

c) dicha solicitud se haya presentado en un momento anterior a aquel en que los directores, administradores de hecho o de Derecho, gerentes y otros miembros del personal actuales y anteriores de cualquier sociedad, constituida o en formación, que en esa condición hayan sido informados de que están siendo investigados en relación con estos hechos,

d) se trate de una colaboración activa también con la autoridad judicial o el Ministerio Fiscal proporcionando indicios útiles y concretos para asegurar la prueba del delito e identificar a otros autores.»

Nueve. Se añade un nuevo numeral 2.º en el artículo 311, pasando los actuales numerales 2.º a 4.º a ser 3.º a 5.º, con la siguiente redacción:

«2.º Los que impongan condiciones ilegales a sus trabajadores mediante su contratación bajo fórmulas ajenas al contrato de trabajo, o las mantengan en contra de requerimiento o sanción administrativa.»

Diez. Se modifica el texto de la rúbrica de la sección 4.ª del capítulo II del título XVIII del libro II, que queda redactado como sigue:

«De la falsificación de tarjetas de crédito y débito, cheques de viaje y demás instrumentos de pago distintos del efectivo.»

Once. Se modifica el artículo 399 bis, que queda redactado como sigue:

«Artículo 399 bis.

1. El que altere, copie, reproduzca o de cualquier otro modo falsifique tarjetas de crédito o débito, cheques de viaje o cualquier otro instrumento de pago distinto del efectivo, será castigado con la pena de prisión de cuatro a ocho años.

Se impondrá la pena en su mitad superior cuando los efectos falsificados afecten a una generalidad de personas o cuando los hechos se cometan en el marco de una organización criminal dedicada a estas actividades.

Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los anteriores delitos, se le impondrá la pena de multa de dos a cinco años. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.

2. La tenencia de tarjetas de crédito o débito, cheques de viaje o cualesquiera otros instrumentos de pago distintos del efectivo falsificados, destinados a la distribución o tráfico será castigada con la pena señalada a la falsificación.

3. El que sin haber intervenido en la falsificación usare, en perjuicio de otro y a sabiendas de la falsedad, tarjetas de crédito o débito, cheques de viaje o cualesquiera otros instrumentos de pago distintos del efectivo falsificados, será castigado con la pena de prisión de dos a cinco años.

4. El que, para su utilización fraudulenta y a sabiendas de su falsedad, posea u obtenga, para sí o para un tercero, tarjetas de crédito o débito, cheques de viaje o cualquier otro instrumento de pago distinto del efectivo será castigado con pena de prisión de uno a dos años.»

Doce. Se añade un nuevo artículo 399 ter, con la siguiente redacción:

«Artículo 399 ter.

A los efectos de este Código, se entiende por instrumento de pago distinto del efectivo cualquier dispositivo, objeto o registro protegido, material o inmaterial, o una combinación de estos, exceptuada la moneda de curso legal, que, por sí solo o en combinación con un procedimiento o conjunto de procedimientos, permite al titular o usuario transferir dinero o valor monetario incluso a través de medios digitales de intercambio.»

Trece. Se modifica el artículo 400, que queda redactado como sigue:

«Artículo 400.

La fabricación, recepción, obtención, tenencia, distribución, puesta a disposición o comercialización de útiles, materiales, instrumentos, sustancias, datos y programas informáticos, aparatos, elementos de seguridad o cualquier otro medio diseñado o adaptado específicamente para la comisión de los delitos descritos en los capítulos anteriores, se castigarán con la pena señalada en cada caso para los autores.»

Catorce. Se modifica el artículo 432, que queda redactado como sigue:

«Artículo 432.

1. La autoridad o funcionario público que, con ánimo de lucro, se apropiare o consintiere que un tercero, con igual ánimo, se apropie del patrimonio público que tenga a su cargo por razón de sus funciones o con ocasión de las mismas, será castigado con una pena de prisión de dos a seis años, inhabilitación especial para cargo o empleo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de seis a diez años.

2. Se impondrán las penas de prisión de cuatro a ocho años e inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años si en los hechos que se refieren en el apartado anterior hubiere concurrido alguna de las circunstancias siguientes:

a) se hubiera causado un daño o entorpecimiento graves al servicio público,

b) el valor del perjuicio causado o del patrimonio público apropiado excediere de 50.000 euros,

c) las cosas malversadas fueran de valor artístico, histórico, cultural o científico; o si se tratare de efectos destinados a aliviar alguna calamidad pública.

Si el valor del perjuicio causado o del patrimonio público apropiado excediere de 250.000 euros, se impondrá la pena de prisión en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado.

3. Los hechos a que se refiere el presente artículo serán castigados con una pena de prisión de uno a dos años y multa de tres meses y un día a doce meses, y en todo caso inhabilitación especial para cargo o empleo público y derecho de sufragio pasivo por tiempo de uno a cinco años, cuando el perjuicio causado o el valor del patrimonio público sea inferior a 4.000 euros.»

Quince. Se introduce un nuevo artículo 432 bis, con la siguiente redacción:

«Artículo 432 bis.

La autoridad o funcionario público que, sin ánimo de apropiárselo, destinare a usos privados el patrimonio público puesto a su cargo por razón de sus funciones o con ocasión de las mismas, incurrirá en la pena de prisión de seis meses a tres años, y suspensión de empleo o cargo público de uno a cuatro años.

Si el culpable no reintegrara los mismos elementos del patrimonio público distraídos dentro de los diez días siguientes al de la incoación del proceso, se le impondrán las penas del artículo anterior.»

Dieciséis. Se modifica el artículo 433, que queda redactado como sigue:

«Artículo 433.

La autoridad o funcionario público que, sin estar comprendido en los artículos anteriores, diere al patrimonio público que administrare una aplicación pública diferente de aquélla a la que estuviere destinado, incurrirá en las penas de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial de empleo o cargo público de dos a seis años, si resultare daño o entorpecimiento graves del servicio al que estuviere consignado, y de inhabilitación de empleo o cargo público de uno a tres años y multa de tres a doce meses, si no resultare.»

Diecisiete. Se introduce un nuevo artículo 433 ter con la siguiente redacción:

«Artículo 433 ter.

A los efectos del presente Código, se entenderá por patrimonio público todo el conjunto de bienes y derechos, de contenido económico-patrimonial, pertenecientes a las Administraciones públicas.»

Dieciocho. Se modifica el artículo 434, que queda redactado como sigue:

«Artículo 434.

Si el culpable de cualquiera de los hechos tipificados en este capítulo hubiere reparado de modo efectivo e íntegro el perjuicio causado al patrimonio público antes del inicio del juicio oral, o hubiera colaborado activa y eficazmente con las autoridades o sus agentes para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para el completo esclarecimiento de los hechos delictivos, los jueces y tribunales impondrán al responsable de este delito la pena inferior en uno o dos grados.»

Diecinueve. Se añade un nuevo artículo 438 bis con la siguiente redacción:

«Artículo 438 bis.

La autoridad que, durante el desempeño de su función o cargo y hasta cinco años después de haber cesado en ellos, hubiera obtenido un incremento patrimonial o una cancelación de obligaciones o deudas por un valor superior a 250.000 euros respecto a sus ingresos acreditados, y se negara abiertamente a dar el debido cumplimiento a los requerimientos de los órganos competentes destinados a comprobar su justificación, será castigada con las penas de prisión de seis meses a tres años, multa del tanto al triplo del beneficio obtenido, e inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de dos a siete años.»

Veinte. Se suprime el capítulo I del título XXII del libro II, integrado por los artículos 544 a 549.

Veintiuno. Se modifica el artículo 557, que queda redactado como sigue:

«Artículo 557.

1. Serán castigados con la pena de prisión de seis meses a tres años los que, actuando en grupo y con el fin de atentar contra la paz pública, ejecuten actos de violencia o intimidación:

a) Sobre las personas o las cosas; u

b) obstaculizando las vías públicas ocasionando un peligro para la vida o salud de las personas; o

c) invadiendo instalaciones o edificios alterando gravemente el funcionamiento efectivo de servicios esenciales en esos lugares.

2. Los hechos descritos en el apartado anterior serán castigados con la pena de prisión de tres a cinco años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por el mismo tiempo cuando se cometan por una multitud cuyo número, organización y propósito sean idóneos para afectar gravemente el orden público. En caso de hallarse los autores constituidos en autoridad, la pena de inhabilitación será absoluta por tiempo de seis a ocho años.

3. Las penas de los apartados anteriores se impondrán en su mitad superior a los intervinientes que portaran instrumentos peligrosos o a los que llevaran a cabo actos de pillaje.

Estas penas se aplicarán en un grado superior cuando se portaran armas de fuego.

4. La provocación, la conspiración y la proposición para las conductas previstas en los apartados 2 y 3 del presente artículo serán castigadas con las penas inferiores en uno o dos grados a las respectivamente previstas.

5. Será castigado con pena de prisión de seis meses a dos años quien en lugar concurrido provocara avalancha, estampida u otra reacción análoga en el público que pongan en situación de peligro la vida o la salud de las personas.

6. Las penas señaladas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que les puedan corresponder a los actos concretos de lesiones, amenazas, coacciones o daños que se hubieran llevado a cabo.»

Veintidós. Se modifica el artículo 557 bis, que queda redactado como sigue:

«Artículo 557 bis.

Los que, actuando en grupo, invadan u ocupen, contra la voluntad de su titular, el domicilio de una persona jurídica pública o privada, un despacho, oficina, establecimiento o local, aunque se encuentre abierto al público, y causen con ello una perturbación relevante de la paz pública y de su actividad normal, serán castigados con una pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a doce meses, salvo que los hechos ya estuvieran castigados con una pena más grave en otro precepto de este Código.»

Veintitrés. Se suprime el artículo 557 ter.

Veinticuatro. Se suprime el artículo 559.

Veinticinco. Se modifica el apartado 4 del artículo 573 bis, que queda redactado como sigue:

«4. El delito de desórdenes públicos previsto en los apartados 2 y 3 del artículo 557, así como el delito de rebelión, cuando se cometan por una organización o grupo terrorista o individualmente pero amparados en ellos, se castigarán con la pena superior en grado a las previstas para tales delitos.»

Artículo segundo. Modificación de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando.

Se introduce un nuevo apartado 4 en el artículo 3 de Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando, con la siguiente redacción:

«4. La conspiración y la proposición para cometer un delito de contrabando de material de defensa, o de material o productos y tecnologías de doble uso serán castigadas con la pena inferior en uno o dos grados a lo que corresponde a este delito.»

Disposición transitoria primera. Legislación aplicable.

1. Los delitos cometidos hasta el día de la entrada en vigor de esta ley se juzgarán conforme a la legislación penal vigente en el momento de su comisión. No obstante lo anterior, se aplicará esta ley, una vez que entre en vigor, si las disposiciones de la misma son más favorables para el reo, aunque los hechos hubieran sido cometidos con anterioridad a su entrada en vigor.

2. Para la determinación de cuál sea la ley más favorable se tendrá en cuenta la pena que correspondería al hecho enjuiciado con la aplicación de las normas completas del Código en su redacción anterior y con las del Código resultante de la reforma operada por la presente ley y, en su caso, la posibilidad de imponer medidas de seguridad.

3. En todo caso, será oído el reo.

Disposición transitoria segunda. Revisión de sentencias.

1. El Consejo General del Poder Judicial, en el ámbito de las competencias que le atribuye el artículo 98 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, podrá asignar la revisión de las sentencias firmes dictadas antes de la vigencia de esta ley a uno o varios de los Juzgados de lo Penal o secciones de las Audiencias Provinciales dedicados en régimen de exclusividad a la ejecución de sentencias penales.

Dichos jueces o tribunales procederán a revisar las sentencias firmes y en las que el penado esté cumpliendo efectivamente la pena, aplicando la disposición más favorable considerada taxativamente y no por el ejercicio del arbitrio judicial. En las penas privativas de libertad no se considerará más favorable esta ley cuando la duración de la pena anterior impuesta al hecho con sus circunstancias sea también imponible con arreglo a esta reforma del Código. Se exceptúa el supuesto en que esta ley contenga para el mismo hecho la previsión alternativa de una pena no privativa de libertad; en tal caso, deberá revisarse la sentencia.

2. No se revisarán las sentencias en que el cumplimiento de la pena esté suspendido, sin perjuicio de hacerlo en caso de que se revoque la suspensión y antes de proceder al cumplimiento efectivo de la pena suspendida.

Igual regla se aplicará si el penado se encuentra en período de libertad condicional.

Tampoco se revisarán las sentencias en que, con arreglo a la redacción anterior de los artículos del Código y a la presente reforma, corresponda exclusivamente pena de multa.

3. No serán revisadas las sentencias en que la pena esté ejecutada o suspendida, aunque se encuentren pendientes de ejecutar otros pronunciamientos del fallo, así como las ya totalmente ejecutadas, sin perjuicio de que el juez o tribunal que en el futuro pudiera tenerlas en cuenta a efectos de reincidencia deba examinar previamente si el hecho en ellas penado ha dejado de ser delito o pudiera corresponderle una pena menor de la impuesta en su día, conforme a esta ley.

4. En los supuestos de indulto parcial, no se revisarán las sentencias cuando la pena resultante que se halle cumpliendo el condenado se encuentre comprendida en un marco imponible inferior respecto a esta ley.

Disposición transitoria tercera. Reglas de invocación de la normativa aplicable en materia de recursos.

En las sentencias dictadas conforme a la legislación que se deroga y que no sean firmes por estar pendientes de recurso, se observarán, una vez producida la entrada en vigor de esta ley, las siguientes reglas:

a) Si se trata de un recurso de apelación, las partes podrán invocar y el juez o tribunal aplicará de oficio los preceptos de la nueva ley, cuando resulten más favorables al reo.

b) Si se trata de un recurso de casación, aún no formalizado, el recurrente podrá señalar las infracciones legales basándose en los preceptos de la nueva ley.

c) Si, interpuesto recurso de casación, estuviera sustanciándose, se pasará de nuevo al recurrente, de oficio o a instancia de parte, por el término de ocho días, para que adapte, si lo estima procedente, los motivos de casación alegados a los preceptos de la nueva ley, y del recurso así modificado se instruirán las partes interesadas, el fiscal y el magistrado ponente, continuando la tramitación conforme a derecho.

Disposición final primera. Modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

La Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, se modifica en los siguientes términos:

Uno. Se modifica la letra b) y se añade una letra g) en el apartado 1 del artículo 65 en los siguientes términos:

> «b) Falsificación de moneda y fabricación de tarjetas de crédito y débito falsas y cheques de viajero falsos o cualquier otro instrumento de pago distinto del efectivo, siempre que sean cometidos por organizaciones o grupos criminales.»
>
> «g) Delitos de contrabando de material de defensa, de otros materiales y de productos y tecnología de doble uso.»

Dos. Se modifica el apartado 1 del artículo 182, que queda redactado como sigue:

> «1. Son inhábiles a efectos procesales los sábados y domingos, los días de fiesta nacional y los festivos a efectos laborales en la respectiva Comunidad Autónoma o localidad.
>
> El Consejo General del Poder Judicial, mediante reglamento, podrá habilitar estos días a efectos de actuaciones judiciales en aquellos casos no previstos expresamente por las leyes.»

Tres. Se modifica el artículo 183, que queda redactado como sigue:

> «Artículo 183.

> Serán inhábiles los días del mes de agosto, así como todos los días desde el 24 de diciembre hasta el 6 de enero del año siguiente, ambos inclusive, para todas las actuaciones judiciales, excepto las que se declaren urgentes por las leyes procesales. No obstante, el Consejo General del Poder Judicial, mediante reglamento, podrá habilitarlos a efectos de otras actuaciones.»

Disposición final segunda. Modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Se modifica el apartado 2 del artículo 130 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, que queda redactado como sigue:

> «2. Son días inhábiles a efectos procesales los sábados y domingos, y los días que median entre el 24 de diciembre y el 6 de enero del año siguiente, ambos inclusive, los días de fiesta nacional y los festivos a efectos laborales en la respectiva Comunidad Autónoma o localidad. También serán inhábiles los días del mes de agosto.»

Disposición final tercera. Modificación de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.

Se modifica el apartado 4 del artículo 43 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, que queda redactado como sigue:

> «4. Los días del mes de agosto y los días que median entre el 24 de diciembre y el 6 de enero del año siguiente, ambos inclusive, serán inhábiles, salvo en las modalidades procesales de despido, extinción del contrato de trabajo de los artículos 50, 51 y 52 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, movilidad geográfica, modificación sustancial de las condiciones de trabajo, suspensión del contrato y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor, derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral del artículo 139, impugnación de altas médicas, vacaciones, materia electoral, conflictos colectivos, impugnación de convenios colectivos y tutela de derechos fundamentales y libertades públicas, tanto en el proceso declarativo como en trámite de recurso o de ejecución.
>
> Tampoco serán inhábiles dichos días para la adopción de actos preparatorios, medidas precautorias y medidas cautelares, en particular en materia de prevención de riesgos laborales, accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, así como para otras actuaciones que tiendan directamente a asegurar la efectividad de los derechos reclamados o para aquellas que, de no adoptarse, pudieran dar lugar a un perjuicio de difícil reparación.
>
> Serán hábiles el mes de agosto y los días que median entre el 24 de diciembre y el 6 de enero del año siguiente, ambos inclusive, para el ejercicio de las acciones laborales derivadas de los derechos establecidos en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.»

Disposición final cuarta. Títulos competenciales.

La presente ley orgánica se dicta al amparo del artículo 149.1.5.ª y 6.ª de la Constitución española, que atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de Administración de Justicia y de legislación penal y procesal.

Disposición final quinta. Incorporación de Derecho de la Unión Europea.

Mediante esta ley orgánica se incorporan al Derecho español la Directiva (UE) 2019/713, de 17 de abril de 2019, sobre la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo y por la que se sustituye la Decisión Marco 2001/413/JAI del Consejo. También se completa la transposición al Derecho español de la Directiva 2014/57/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, sobre las sanciones penales aplicables al abuso de mercado y de la Directiva (UE) 2019/1 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018, encaminada a dotar a las autoridades de competencia de los Estados miembros de medios para aplicar más eficazmente las normas sobre competencia y garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior.

Disposición final sexta. Entrada en vigor.

Esta ley orgánica entrará en vigor a los veinte días de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

No obstante lo anterior, las disposiciones finales primera, segunda y tercera entrarán en vigor el día de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

Por tanto,

Mando a todos los españoles, particulares y autoridades, que guarden y hagan guardar esta ley orgánica.

Madrid, 22 de diciembre de 2022.

FELIPE R.

El Presidente del Gobierno,

PEDRO SÁNCHEZ PÉREZ-CASTEJÓN

2. Argentina

Ley Nacional de respuesta integral al VIH, hepatitis virales, otras infecciones de transmisión sexual -ITS- y tuberculosis -TBC- N° 27.675.

El Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina reunidos en Congreso, etc. sancionan con fuerza de Ley:

LEY NACIONAL DE RESPUESTA INTEGRAL AL VIH, HEPATITIS VIRALES, OTRAS INFECCIONES DE TRANSMISIÓN SEXUAL –ITS– Y TUBERCULOSIS –TBC–

CAPÍTULO I

Disposiciones generales

Artículo 1°- Declaración de interés público nacional. Declárese de interés público y nacional:

a) La respuesta integral e intersectorial a la infección por el virus de inmunodeficiencia humana –VIH–, las hepatitis virales, otras infecciones de transmisión sexual –ITS– y la tuberculosis –TBC–;

b) Los medicamentos, vacunas, procedimientos y productos médicos y no médicos para la prevención, diagnóstico, tratamiento y cura del VIH, las hepatitis virales, otras ITS y la TBC, así como también la disponibilidad de formulaciones pediátricas para VIH, hepatitis virales, otras ITS, y la TBC; y el acceso universal, oportuno y gratuito a los mismos;

c) La investigación y el desarrollo de tecnologías locales para la producción pública nacional de medicamentos e insumos que garanticen la sustentabilidad de las políticas públicas vinculadas y la defensa de la soberanía sanitaria nacional de conformidad a lo previsto en las leyes 26.688, 27.113 y decretos reglamentarios;

d) La utilización de las salvaguardas de salud del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (ADPIC) de conformidad a lo previsto en la ley 24.481, su reglamentación y normas complementarias, que permitan garantizar la sustentabilidad de los tratamientos para VIH, hepatitis virales, otras ITS y TBC;

e) La participación activa de las personas con VIH, hepatitis virales, otras ITS y tuberculosis, en la elaboración de los lineamientos para el diseño e implementación de las políticas públicas, en cumplimiento de los tratados internacionales suscriptos por nuestro país;

f) La promoción del establecimiento de nuevos centros de testeos, como estrategia para lograr efectuar mayor cantidad de diagnósticos;

g) La disponibilidad de los medicamentos en el lugar de residencia del paciente, con el fin de facilitar su adherencia al tratamiento.

Artículo 2°- Respuesta integral e intersectorial. Definición. Se entiende por respuesta integral e intersectorial al VIH, las hepatitis virales, la TBC y las ITS, a aquella que basada en la estrategia de la atención primaria de salud (APS) –que forma parte de la Declaración de la Conferencia de Alma-Ata– garantiza la investigación, prevención integral y combinada, diagnóstico, tratamiento, cura, asistencia interdisciplinaria (social, legal, psicológica, médica y farmacológica), y la reducción de riesgos y daños del estigma, la discriminación y la criminalización hacia las personas con VIH, hepatitis virales, TBC e ITS. Además, se comprenden los cuidados paliativos y la rehabilitación de estas patologías, incluyendo las asociadas, derivadas y concomitantes, así como los efectos adversos derivados de las mismas y/o de sus tratamientos. A tal efecto, la autoridad de aplicación deberá promover que las autoridades de salud de cada jurisdicción, en coordinación con las áreas de educación, desarrollo social, trabajo y las restantes que pudiesen corresponder, juntamente con las obras sociales, los prestadores de salud y los restantes organismos comprendidos en la presente, articulen con las instancias nacionales, provinciales y/o locales la implementación de programas que garanticen la atención interdisciplinaria e intersectorial de acuerdo a los principios y propósitos establecidos en la presente ley.

Artículo 3°- Acceso universal y gratuito a la salud. Los agentes del servicio público de salud, las obras sociales y entidades enmarcadas en las leyes 23.660 y 23.661, las empresas de medicina prepagas y todos aquellos agentes alcanzados por la ley 26.682, así como todas las instituciones que actualmente o en el futuro formen parte integrante del sistema de salud de la República Argentina, independientemente de la figura jurídica que posean y de su objeto principal, están obligadas a brindar asistencia integral, universal, gratuita, a las personas expuestas y/o afectadas por el VIH, las hepatitis virales, otras ITS y la TBC, y las distintas herramientas e innovaciones de la estrategia de la prevención combinada; según lo dispuesto en el artículo 2° de la presente ley.

Artículo 4°- Orden público. Las disposiciones de la presente ley son de orden público y de aplicación en todo el territorio de la República Argentina. Se invita a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a sancionar para el ámbito de sus exclusivas competencias las normas correspondientes, que de ninguna manera podrán limitar o restringir los derechos consagrados en esta ley.

Artículo 5°- Principios rectores. Las disposiciones de la presente ley y de las normas complementarias que se establezcan se cumplirán garantizando el enfoque de derechos humanos y las normas de los Tratados Internacionales del artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional.

CAPÍTULO II

Derechos y garantías

Artículo 6°- Derechos. Toda persona con VIH, hepatitis virales, otras ITS y/o TBC deberán acceder a los siguientes derechos:

a) Derecho a recibir asistencia integral conforme a los artículos 1°, 2° y 3° de la presente ley;

b) Derecho a recibir un trato digno y respetuoso, sin discriminación ni criminalización de ningún tipo, en todos los ámbitos en razón de su condición de salud;

c) Derecho al resguardo de la confidencialidad, privacidad e intimidad, en acuerdo a la Ley de Protección de los Datos Personales 25.326;

d) Derecho a no declarar su diagnóstico y/o estadío de su infección;

e) Derechos laborales, educativos, asistenciales, de seguridad social, de consumidores y usuarios de servicios públicos y en el marco de relaciones de consumo y de toda índole, sin ningún tipo de discriminación o demora para el acceso.

Artículo 7°- Personas bajo situaciones especiales. Son derechos de las personas privadas de la libertad y personas bajo situaciones especiales de residencia, entendiéndose por éstas a aquellas que permanezcan en hogares convivenciales, hogares de personas adultas mayores, centros de atención de salud mental, hospitales, centros de internación, instituciones de las fuerzas de seguridad y servicio penitenciario:

a) El derecho al acceso a la promoción, atención de la salud, prevención, diagnóstico y tratamiento, tal como establezca la autoridad de aplicación, en consonancia con los derechos establecidos en la presente ley. Este derecho debe ser garantizado aún cuando las modalidades de ejecución de la pena hagan que la persona se encuentre fuera de las dependencias, cómo en los casos de prisión domiciliaria;

b) El derecho al trato digno, respetuoso y con las garantías de confidencialidad e intimidad del diagnóstico y tratamiento;

c) El derecho a no ser objeto de pruebas obligatorias de diagnóstico de VIH, hepatitis virales y otras ITS, de manera compulsiva;

d) El derecho a recibir la realización voluntaria de pruebas diagnósticas, con su correspondiente consentimiento informado. En aquellos casos en que exista riesgo cierto e inminente de propagación de enfermedades contagiosas, se deberán establecer medidas que integren y equilibren la dignidad personal y la protección de la salud colectiva.

Artículo 8º- Prueba diagnóstica en el ámbito laboral. Se prohíbe la oferta y la realización de la prueba diagnóstica de VIH, hepatitis virales y otras ITS en los exámenes médicos preocupacionales, como así también durante el transcurso y como parte de la relación laboral. Las ofertas de empleo no podrán contener restricciones por estos motivos. En el caso de accidentes de trabajo podrá requerirse la prueba diagnóstica de VIH, hepatitis virales y otras ITS, al sólo efecto de proteger la salud de la persona

afectada. No podrá condicionarse la permanencia o promoción en los puestos de trabajo a la realización o al resultado de esta prueba.

Artículo 9°- Derechos laborales. Las personas con VIH, hepatitis virales, otras ITS y/o TBC tienen los siguientes derechos laborales:

a) El derecho al trabajo y a la permanencia en el mismo, sin discriminación, despidos, suspensiones, hostigamientos, reducciones salariales, violencia, violación de la confidencialidad, para la población referida en la presente ley.

Se presume, salvo prueba en contrario, que el despido de personas con VIH, hepatitis virales, otras ITS y/o TBC obedece a razones de discriminación;

b) El derecho a que no sea condicionado el ingreso a fuentes laborales o a la promoción de puestos de trabajo por la realización de pruebas diagnósticas;

c) El derecho a no ser objeto de pruebas diagnósticas de modo compulsivo;

d) El derecho a ser beneficiarios de políticas de empleabilidad para personas con VIH, hepatitis virales, otras ITS y/o TBC, impulsando el acceso universal, asistencia integral y no discriminación, conforme a la "Recomendación sobre el VIH/SIDA y el mundo del trabajo" de la OIT;

e) El derecho a la inclusión de las personas con VIH, hepatitis virales, otras ITS y/o TBC en los programas de formación y capacitación del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social o el organismo que en un futuro lo reemplace;

f) El derecho a ser beneficiarios de políticas de acciones afirmativas que fomenten la inclusión laboral, tanto en el ámbito público como en el privado, para la población contemplada en esta ley, garantizando la confidencialidad del diagnóstico.

Artículo 10.- Instituciones educativas. Ninguna institución educativa, pública o privada, podrá solicitar pruebas de VIH, hepatitis virales, otras ITS y/o TBC a postulantes e integrantes de la comunidad educativa como requisito de ingreso, permanencia, promoción o para el acceso a becas, debiendo contemplar de igual modo todos los derechos laborales estipulados en artículo 9° de la presente.

CAPÍTULO III

De las mujeres y/o personas con capacidad de gestar

Artículo 11.- Acceso a la información. Toda mujer y/o persona con capacidad de gestar con VIH y/o hepatitis B y/o C y/u otras ITS embarazada tiene derecho a:

a) Que se le brinde la información sanitaria necesaria, vinculada a su salud, como a la de su hijo/a, tanto en el embarazo como en el post parto. Dicha información deberá ser actualizada, clara y basada en evidencia;

b) Que se le informe sobre la medicación que tomará su hijo/a, dosis y pasos del seguimiento del niño/a con exposición perinatal al VIH o Hepatitis B o C y/u otra ITS. Así como también datos sobre qué hacer y dónde acudir en caso de rotura, robo y/o pérdida de la medicación del niño/a.

Artículo 12.- Derechos del niño/a. Todo/a hijo/a nacido de una mujer y/o persona con capacidad de gestar con VIH tiene derecho a:

a) Acceder de manera universal y gratuita a la leche, así como al tratamiento de inhibición de la lactancia durante los primeros dieciocho (18) meses, y bajo resguardo de la confidencialidad, de acuerdo a lo establecido en el artículo 3° de la presente.

b) Obtener los beneficios del inciso a) si él o la progenitora recibieran el diagnóstico de VIH luego del parto, dentro de los dieciocho (18) meses de vida del niño/a, modificable de acuerdo a la evidencia científica disponible, conforme lo determine la autoridad de aplicación.

Artículo 13.- Atención integral embarazo y post-parto. Toda mujer o persona con capacidad de gestar embarazada tiene derecho a la atención integral, debiéndose:

a) Garantizar la atención integral durante todo el proceso gestacional y post parto;

b) Garantizar el acceso a la información acerca de las opciones de parto, favoreciendo el derecho al parto por vía vaginal, conforme a la ley 26.485.

CAPÍTULO IV

Diagnóstico

Artículo 14.- Carácter de la prueba diagnóstica. La prueba para el diagnóstico de infección por VIH, hepatitis virales y otras ITS deberá estar acompañada con el debido asesoramiento y participación previa y posterior al testeo.

Toda prueba deberá ser:

a) Voluntaria, sólo puede efectuarse con el consentimiento de la persona;

b) Gratuita en todos los subsistemas de salud;

c) Confidencial, tanto la prueba como el resultado de la misma;

d) Universal, para toda persona que la solicite;

e) Realizada con el debido asesoramiento y participación previa y posterior al testeo, en un marco que garantice la vinculación de la persona diagnosticada con los sistemas de salud.

Se deberá garantizar el acceso universal y gratuito a todas las pruebas de diagnóstico de la TBC y la detección sistemática de contactos y grupos en situación de vulnerabilidad.

Asimismo, se deberá garantizar el acceso universal y gratuito a todas las pruebas de detección de otras infecciones de transmisión sexual.

Artículo 15.- Consentimiento informado. A los fines de la realización y/o procesamiento de las pruebas diagnósticas para la detección de VIH es requisito suficiente la solicitud y firma del consentimiento informado de la persona interesada, de acuerdo con la instrumentalización establecida en la normativa vigente, no siendo obligatoria la presentación de la orden firmada por un médico/a. Las instituciones que

realicen las pruebas de VIH deben capacitar a los equipos de salud, necesarios y pertinentes para la correcta implementación de la técnica y deberán encontrarse bajo los controles de calidad del proceso diagnóstico, conforme a las recomendaciones, que oportunamente emita la autoridad de aplicación. El mismo no será requerido en la modalidad de testeo auto administrada.

Artículo 16.- Ofrecimiento de la prueba diagnóstica. Establécese la obligatoriedad del ofrecimiento de la prueba diagnóstica del VIH y las hepatitis B, C y otras ITS en las consultas de las especialidades establecidas por la autoridad de aplicación. El ofrecimiento debe ir acompañado de información científica pertinente y actualizada acorde al grado de autonomía progresiva y al contexto sociocultural.

El personal de salud estará obligado a ofrecer la prueba de VIH, hepatitis B y C y sífilis a las personas gestantes, en cumplimiento de la ley 25.543, ampliando sus alcances al período de lactancia y a sus parejas sexuales.

Artículo 17.- Diagnóstico positivo de VIH y Hepatitis virales. En caso de diagnóstico positivo de VIH y de todas las hepatitis virales se deberán arbitrar, en el marco del deber de confidencialidad, todas las medidas posibles a fin de garantizar la más rápida comunicación del resultado de acuerdo de lo que establezca la autoridad de aplicación, garantizando la disponibilidad oportuna del resultado e informando sobre las características de la infección y las diferentes opciones de tratamiento en concordancia con lo establecido por la ley 26.529 y demás derechos que asisten a las personas, fortaleciendo su vinculación con el sistema de salud.

Establécese asimismo la obligatoriedad de ofrecer al paciente el seguimiento del tratamiento y la provisión de los medicamentos en su lugar de residencia.

Artículo 18.- Donación de sangre, tejidos, órganos y células. Se establece la obligatoriedad de la detección del VIH, hepatitis virales e ITS y de sus anticuerpos:

a) En sangre humana destinada a transfusión, elaboración de plasma y otros derivados sanguíneos de origen humano para cualquier uso terapéutico;

b) En los donantes de órganos, tejidos y células para trasplante y otros usos humanos.

Se deberá notificar a la persona donante la positividad de acuerdo a lo establecido en el artículo 17° de la presente ley.

CAPÍTULO V

De la vigilancia epidemiológica

Artículo 19.- Notificación. La notificación de casos de diagnóstico positivo, fallecimiento y causas de muerte por VIH, hepatitis virales e ITS, se realizará de acuerdo a la ley 15.465 y las normas específicas elaboradas por la autoridad de aplicación. El plazo máximo de notificación será de treinta (30) días. La misma se realizará conforme lo establezca la autoridad de aplicación.

Artículo 20.- Control y vigilancia. Las autoridades sanitarias de los distintos ámbitos de aplicación de esta ley establecerán y mantendrán actualizadas, con fines estadísticos y epidemiológicos, la información de sus áreas de influencia correspondiente a la prevalencia, incidencia y carga viral de las personas con VIH y hepatitis virales, así como también los casos de fallecimiento y las causas de su muerte.

Sin perjuicio de la notificación obligatoria de los prestadores, las obras sociales y las empresas de medicina privada deberán presentar a la Superintendencia de Servicios de Salud o la autoridad que la reemplace en el futuro, una actualización trimestral de los casos.

CAPÍTULO VI

De la autoridad de aplicación

Artículo 21.- Autoridad de Aplicación. Funciones. El Ministerio de Salud de la Nación es la autoridad de aplicación de la presente ley a través del área específica que designe a tal efecto. La misma, en coordinación con las demás autoridades sanitarias, a través del COFESA, deberá implementar y actualizar medidas positivas y articuladas en los ámbitos nacional, provincial y municipal, incluyendo la concreción de convenios relevantes que aseguren:

a) Determinantes sociales de la salud: Políticas públicas tendientes a dar respuesta a situaciones de vulnerabilidad social que afecten el acceso integral al derecho a la alimentación, la salud, el trabajo, la educación y la vivienda de las y los destinatarios de la presente ley;

b) Desarrollo de programas: El desarrollo y el fortalecimiento de programas sustentables existentes y los que se crearán en el futuro, de conformidad con la presente ley, garantizando los recursos para su financiación y ejecución; asegurando la incorporación de las organizaciones y/o redes de las personas afectadas dentro de las políticas inherentes al VIH, Hepatitis virales, otras ITS y TBC como parte fundamental en las estrategias de promoción de la salud, prevención, diagnóstico, tratamiento, acompañamiento, adherencia y reducción del estigma, la discriminación y la criminalización; en la función de asesorar en los temas respectivos;

c) Acuerdos institucionales: Promover la concertación de convenios locales, provinciales, nacionales e internacionales para la formulación y desarrollo de programas comunes relacionados con los fines de esta ley, garantizando la defensa de la soberanía nacional;

d) Sistemas de información: La existencia y actualización del sistema de información estadística y epidemiológica para contribuir a la formulación e implementación de políticas públicas relacionadas al VIH, hepatitis virales, otras ITS y TBC, posibilitando el acceso a datos y permitiendo visualizar la distribución y administración en las provincias;

e) Capacitación: La formación, capacitación y entrenamiento periódico para todos los equipos que trabajan en VIH, hepatitis virales, otras ITS y TBC, incluyendo

autoridades de los tres poderes del Estado y los/as trabajadores/as de la salud y medios de comunicación sobre las directrices internacionales vigentes en materia de derechos humanos conforme la legislación nacional y tratados internacionales, así como también sobre la promoción de la salud, prevención, diagnóstico, tratamiento, acompañamiento, adherencia y reducción del estigma, discriminación y criminalización;

f) Investigación: El desarrollo de actividades de investigación coordinadas con otros organismos públicos y privados, organizaciones de personas con VIH, hepatitis virales, otras ITS y TBC, o que trabajen con ellas, involucrando los subsistemas de salud de la Nación y cooperando en el intercambio regional y global;

g) Campañas: Llevar a cabo campañas de sensibilización, difusión y concientización a la población para garantizar el derecho de acceso a la información sobre:

1. Las características del VIH, las hepatitis virales, otras ITS y la TBC.

2. Las posibles causas y vías de transmisión.

3. Las medidas aconsejables de prevención.

4. Los tratamientos adecuados y oportunos para mejorar la calidad de vida de las personas afectadas.

5. Los derechos que asisten a las personas con VIH, hepatitis virales, otras ITS y TBC, especialmente para la eliminación del estigma y la discriminación.

Dicha información deberá ser promovida por el Sistema Nacional de Medios Públicos Sociedad del Estado y en todos los niveles del Sistema Educativo Nacional conforme lo establecido por la ley 26.150 y las que la modifiquen, incluyendo la educación superior;

h) Promoción de derechos y fortalecimiento de las organizaciones: La implementación de políticas de difusión de derechos de las personas con VIH, hepatitis virales, otras ITS y TBC, y de fortalecimiento de las organizaciones de la sociedad civil que las agrupen, o que trabajen en la temática;

i) Promoción de la salud: La promoción, dentro del sistema de salud en todos los niveles, de los lineamientos establecidos en la presente ley;

j) Prevención y profilaxis: La disponibilidad y accesibilidad a insumos, materiales preventivos, medicamentos y vacunas para la prevención del VIH, hepatitis virales, otras ITS y TBC.

El acceso a todas las herramientas de prevención combinada en todos los casos que sea requerida, con prescripción médica y bajo las normativas emitidas por la autoridad de aplicación;

k) Pruebas diagnósticas y estudios de seguimiento: El acceso gratuito a las pruebas de detección de VIH, hepatitis virales, otras ITS y TBC, y a los análisis y estudios necesarios para su confirmación y seguimiento, garantizando la periodicidad en la realización, conforme al artículo 3° de la presente ley;

l) Logística: La logística y distribución de los medicamentos e insumos necesarios para la promoción de la salud, prevención, atención y tratamiento de manera oportuna, gratuita y en respeto de los derechos de las personas con VIH, hepatitis virales, otras ITS y TBC;

m) Vulnerabilidad social: La especial atención a las personas con VIH, hepatitis virales, otras ITS y TBC que se encuentren en situación de vulnerabilidad de derechos, transitoria o permanente;

n) Transición: La creación de programas para la transición del uso de servicios de pediatría hacia los servicios de salud integral en la adultez; y especial protección a las personas que hubieran nacido con VIH, hepatitis virales e ITS. Igual seguimiento corresponderá en la atención de personas adultas mayores;

o) Poblaciones clave y/o en situación de mayor vulnerabilidad: La provisión de tratamientos y servicios oportunos para la asistencia integral que den respuesta efectiva a las necesidades especiales de todas aquellas que presenten situaciones de mayor vulnerabilidad sanitaria y socioeconómica, especialmente aquellas reconocidas por el Programa Conjunto de las Naciones Unidas para el VIH y el SIDA (ONUSIDA);

p) Mujeres: Desarrollar programas destinados a la promoción de la salud, prevención del VIH, las hepatitis virales y otras ITS, teniendo en cuenta las desigualdades, discriminaciones y violencias que sufren las mujeres, con especial atención a la relación existente entre todos los tipos y modalidades de violencia contra las mujeres y el VIH y en todos los ámbitos. Se promoverán políticas públicas que brinden especial atención a niñas, adolescentes, jóvenes y adultas en todas sus diversidades; en la atención de la salud integral, la salud sexual y la salud reproductiva;

q) Tratamientos: El acceso universal al tratamiento para el VIH, las hepatitis virales, otras ITS y TBC en forma gratuita, conforme al artículo 3° de la presente ley. Incluyendo tanto formulación pediátrica como para adultos, tratamientos para las coinfecciones, enfermedades oportunistas, patologías endócrinas, metabólicas, toxicidades asociadas al tratamiento y otras patologías asociadas; y lo inherente a prevenir la transmisión vertical y demás relacionadas con la protección y calidad de vida de las personas;

r) Adherencia: El desarrollo de programas que apoyen la adherencia a los tratamientos de las personas con VIH, hepatitis virales, otras ITS y TBC, con especial atención a personas afectadas por efectos adversos prolongados, coinfectadas, con otras patologías y/o con historial de resistencias a los tratamientos;

s) Reducción de daños: El desarrollo de programas sustentables que implementen políticas para la reducción de daños en usuarios de sustancias psicoactivas a los fines de la prevención de la transmisión del VIH, las hepatitis virales, otras ITS y TBC, asegurándose el respeto de todos sus derechos y garantías;

t) Asistencia legal: La creación de instancias de apoyo y asistencia legal gratuitas a las personas con VIH, hepatitis virales, otras ITS y TBC y su entorno que hayan sido discriminadas, vulneradas o criminalizadas por la sola condición de la infección; y

u) Diversidad cultural: Adaptación de los programas y servicios en función del respeto de la diversidad cultural, de la interculturalidad, de los pueblos y comunidades indígenas y su participación en el diseño, la implementación y el monitoreo de las políticas que establece la presente ley.

Artículo 22.- Comisión Nacional de VIH, Hepatitis virales, otras ITS y TBC. Créase la Comisión Nacional de VIH, Hepatitis Virales, otras ITS y TBC integrada de forma interministerial e intersectorial por representantes de los organismos estatales, sociedades científicas, organizaciones de la sociedad civil con trabajo en VIH, hepatitis virales, otras ITS y TBC y redes de personas con VIH, hepatitis virales, otras ITS y TBC, cuya integración debe ser determinada por vía reglamentaria garantizando representación federal y de géneros.

La Comisión tendrá las siguientes funciones:

a) Diseño, monitoreo y evaluación de las políticas públicas en materia de VIH, hepatitis virales, otras ITS y TBC;

b) Directrices de prevención, diagnóstico, tratamiento y asistencia en la materia y sus respectivas actualizaciones;

c) Establecer los lineamientos para la capacitación y formación de los equipos de trabajo para la atención de las personas con VIH, hepatitis virales, otras ITS y TBC;

d) Participación en la elaboración de las campañas y/o programas de sensibilización, difusión y concientización;

e) Realizar recomendaciones a la autoridad de aplicación respecto de los lineamientos de la presente ley;

f) Realizar la estructuración, gestión y agenda del Observatorio Nacional sobre Estigma y Discriminación.

El presupuesto que garantice la representación federal y el funcionamiento de la comisión será establecido por vía reglamentaria.

Artículo 23.- Observatorio Nacional sobre Estigma y Discriminación. Créase el Observatorio Nacional sobre Estigma y Discriminación por VIH, Hepatitis Virales, otras ITS y TBC con el fin de visibilizar, documentar, disuadir y erradicar las vulneraciones a los derechos humanos de las personas afectadas.

El mismo funcionará en la órbita del Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo. Su composición se determinará de acuerdo a lo establecido en inciso e) del artículo 1° de la presente ley.

CAPITULO VII

De la seguridad social

Artículo 24.- Jubilación especial de carácter excepcional para las personas con VIH y/o hepatitis B y/o C. Créase un Régimen de Jubilación Especial para las personas con VIH y/o hepatitis B y/o C. Para el caso de las hepatitis B y/o C, en la medida en la

que éstas condicionen la vida o generen algún impedimento según criterios a establecer por la autoridad de aplicación, basados en indicadores objetivables de vida.

Artículo 25.- Derechos. Tendrán derecho a la prestación básica universal, la prestación compensatoria y la prestación adicional por permanencia, instituidas por el artículo 17 incisos a), b) y e) de la ley 24.241 sus complementarias y modificatorias, para las personas con VIH y/o Hepatitis B y/o C, que cumplan los siguientes requisitos:

a) Haber cumplido cincuenta (50) años de edad al momento de solicitar el beneficio;

b) Acreditar veinte (20) años de servicios computables en uno o más regímenes del sistema de reciprocidad;

c) Acreditar diez (10) años de transcurrido el diagnóstico al momento de solicitar el beneficio, con la acreditación que establezca la autoridad de aplicación.

Artículo 26.- Haberes. El haber se actualizará de conformidad a lo establecido en el artículo 32 de la ley 24.241, sus complementarias y modificatorias.

Artículo 27.- Incompatibilidad. El goce de la jubilación especial para las personas con VIH y/o hepatitis B y/o C resulta incompatible con el trabajo en relación de dependencia.

Artículo 28.- Casos no contemplados. Para los supuestos no contemplados en el presente capítulo, se aplicará supletoriamente la ley 24.241, sus complementarias y modificatorias.

Artículo 29.- Normas complementarias. Facúltase al Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, a la Secretaría de Seguridad Social (SSS) y a la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSES) a dictar las normas aclaratorias y complementarias pertinentes, en el ámbito de sus competencias, para la efectiva implementación del presente.

Artículo 30.- Pensión no contributiva para personas con VIH y/o hepatitis B y/o C. Créase con alcance nacional, la pensión no contributiva para personas con VIH y/o hepatitis B y/o C, de carácter vitalicio y no contributivo, que se encuentren en situación de vulnerabilidad social.

Artículo 31.- Derechos. Tendrán derecho a la pensión no contributiva para personas con VIH y/o hepatitis B y/o C, que cumplan con los siguientes requisitos:

a) Ser argentino/a nativo/a o naturalizado/a, o extranjero/a residente en el país, mayor de dieciocho (18) años de edad. Las personas naturalizadas y extranjeras deberán contar con una residencia continuada de por lo menos cinco (5) años en el país, anteriores al pedido de la pensión no contributiva;

b) Acreditar el diagnóstico al momento de solicitar la pensión no contributiva. Con la acreditación que establezca la autoridad de aplicación;

c) No ser titular de jubilación, pensión o retiro, de carácter contributivo o no contributivo.

Artículo 32.- Pago. La pensión para personas con VIH y/o hepatitis B y/o C, consistirá en el pago de una prestación mensual equivalente al setenta por ciento (70%) del haber mínimo garantizado a que se refiere el artículo 125° de la ley 24.241, sus complementarias y modificatorias.

Artículo 33.- Compatibilidades. El goce de la pensión no contributiva para personas con VIH y/o hepatitis B y/o C, resulta compatible con la percepción de otros programas sociales.

Artículo 34.- Fecha inicial de pago. La presente prestación devengará desde el primer día del mes posterior al del otorgamiento.

Artículo 35.- Normas complementarias. Facúltase a la autoridad de aplicación y a la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSES) a dictar las normas aclaratorias y complementarias pertinentes, en el ámbito de sus competencias, para la efectiva implementación del presente.

CAPÍTULO VIII

Del régimen de sanciones

Artículo 36.- Sanciones. Para el caso de incumplimiento de las obligaciones dispuestas en la presente ley, se establece el siguiente régimen sancionatorio, manteniendo los principios de gradualidad y proporcionalidad de las penas, considerando la reincidencia y gravedad de las conductas:

a) La conducta de los funcionarios que incumplan con las disposiciones de la presente ley, será considerada culpa grave en los términos del régimen disciplinario correspondiente;

b) Los sujetos obligados en el artículo 3º que incumplan las disposiciones establecidas en esta ley serán pasibles de las siguientes penalidades:

1. Apercibimiento.

2. Multas de diez (10) a cien (100) salarios mínimo, vital y móvil (establecido por el Consejo Nacional del Empleo, la Productividad y el Salario Mínimo, Vital y Móvil).

3. Intervención en los términos del Artículo 28, inciso c) de la ley 23.660; y

4. Cancelación de la inscripción en el Registro Nacional de Obras Sociales.

Artículo 37.- Afectación de la recaudación. El monto recaudado en concepto de sanciones por la autoridad competente se destinará a programas llevados a cabo por organismos e instituciones de bien público que lleven a cabo acciones tendientes al cumplimiento de la presente ley.

Artículo 38.- Procedimiento. Las infracciones a esta ley serán sancionadas por las autoridades competentes previo sumario, con audiencia de prueba y defensa a las partes, según los procedimientos administrativos correspondientes.

Artículo 39.- Incumplimiento. La falta de pago de las sanciones aplicadas hace exigible su cobro por ejecución fiscal, constituyendo suficiente título ejecutivo el testimonio autenticado de la resolución condenatoria firme.

Artículo 40.- Procedimientos provinciales. En cada provincia y en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires los procedimientos se ajustarán a lo que al respecto resuelvan las autoridades competentes de cada jurisdicción, de modo concordante con las disposiciones de este Capítulo.

Artículo 41.- Facultades de fiscalización y control. Las autoridades competentes estarán facultadas para fiscalizar y controlar el cumplimiento de la ley mediante inspecciones y/o pedidos de informes según estime pertinente. A tales fines, sus funcionarios autorizados podrán requerir el auxilio de la fuerza pública y de las autoridades jurisdiccionales competentes.

CAPÍTULO IX

Disposiciones finales

Artículo 42.- Presupuesto. Los gastos que demande el cumplimiento de la presente ley serán atendidos con cargo al presupuesto nacional que anualmente se aprueba y todo otro recurso y/o financiamiento que a tal fin se disponga.

Artículo 43.- Derogaciones. Derógase la ley 23.798, teniendo en cuenta que los derechos y garantías consagrados en sus normas complementarias y reglamentarias continuarán en vigencia hasta la reglamentación de la presente ley, y derógase también el decreto 906/95.

Artículo 44.- Reglamentación. El Poder Ejecutivo nacional reglamentará las disposiciones de la presente ley dentro de los noventa (90) días de su promulgación.

Artículo 45.- Comuníquese al Poder Ejecutivo nacional.

DADA EN LA SALA DE SESIONES DEL CONGRESO ARGENTINO, EN BUENOS AIRES, A LOS TREINTA DÍAS DEL MES DE JUNIO DEL AÑO DOS MIL VEINTIDÓS.

REGISTRADA BAJO EL N° 27675

CLAUDIA LEDESMA ABDALA DE ZAMORA - SERGIO MASSA - Marcelo Jorge Fuentes - Eduardo Cergnul

e. 18/07/2022 N° 54271/22 v. 18/07/2022

Proyecto de reforma de la Ley N° 24.660 de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad.

Se propone la reforma del Capítulo IV de la Ley N° 24.660 titulado "Disciplina" en sus artículos 79 a 99. En los fundamentos del Proyecto se aclara que la regulación argentina en la materia "presenta un sensible atraso en el contexto internacional […]".

El Proyecto de ley es resultante de una propuesta de modificación legislativa consensuada entre la Defensoría General de la Nación y el Poder Ejecutivo Nacional (Subsecretaría de Asuntos Penitenciarios del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación) en el marco del caso N° 12.672 "Guillermo Patricio Lynn vs. Argentina" que tramitó ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Se trata de una petición contra la República Argentina presentada el 29 de diciembre de 2000, en relación con el procedimiento mediante el cual se impuso al peticionante una sanción disciplinaria y las consecuencias derivadas de esta imposición.

Explica el Proyecto que: "En el marco de dicho trámite, la referida Comisión ha emitido el 5 de octubre de 2018 el informe de fondo (CIDH, Informe No 106/18), concluyendo que el 'Estado argentino' es responsable por la violación de los artículos 5 (integridad personal), 7.1 y 7.3 (libertad personal), 8.1, 8.2, 8.2b), 8.2c), 8.2d) y h) (garantías judiciales) y 25.1 (protección judicial) de la CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, aprobada por nuestro país mediante la Ley No 23.054. En particular, la Comisión fijó en ese informe estándares y recomendó al ESTADO NACIONAL disponer medidas para asegurar que los procesos sancionatorios seguidos contra las personas privadas de libertad cumplan con las garantías mínimas del debido proceso."

Para acceder al Proyecto de ley: www.senado.gob.ar

III. NOTICIAS DE LA FICP

1. Congresos, seminarios y cursos

La FICP ha (co)organizado o (co)organiza actualmente los siguientes congresos, seminarios y cursos:

(i) III Congreso Internacional de la FICP

Jueves 15 y viernes 16 de septiembre de 2022. Sobre "**Problemas y retos de las ciencias penales**". Evento organizado por la FICP, con la coordinación del Área de Derecho Penal de la Univ. de Alcalá. Directores: Profs. Dres. Dres. h.c. Diego-M. Luzón Peña (Catedrático de la Univ. de Alcalá, Madrid, y Presidente de honor de la FICP), Javier de Vicente Remesal (Catedrático de la Univ. de Vigo y Presidente de la FICP) y Miguel Díaz y García Conlledo (Catedrático de la Univ. de León y patrono fundador de la FICP). Lugar: Aula Magna de la Facultad de Derecho, Univ. de Alcalá, Alcalá de Henares (Madrid), España.

Actividad desarrollada en el ámbito y con financiación de los proyectos de investigación RTI2018-101401-B-I00 (MCIU/AEI/FEDER, UE) (IP: Profs. Dres. Luzón Peña y Roso Cañadillas), PID2019-108567RB-C21 (AEI) (IP: Prof. Dr. Díaz y García Conlledo). Financiada asimismo por la FICP, el Departamento de Ciencias Jurídicas y el Vicerrectorado de Investigación y Transferencia de la Univ. Alcalá (UAH-ORG2022-023), así como la Asociación de Amigos de la UAH.

Las sesiones del III Congreso Internacional de la FICP fueron retransmitidas en directo por Zoom para los asistentes virtuales y fueron igualmente grabadas para su difusión posterior entre la comunidad científica. Los **enlaces de los vídeos de cada una de las sesiones** son los siguientes**:** (i) jueves 15 de septiembre, sesión de mañana: aquí; (ii) jueves 15 de septiembre, sesión de tarde: aquí; (iii) viernes 16 de septiembre: aquí. Las Actas del III Congreso Internacional de la FICP, con el programa y cartel, los vídeos de las sesiones y los archivos con las ponencias y comunicaciones, se encuentran disponibles en sección de Actas de Congresos y Seminarios.

A continuación se muestra una selección de fotos del evento, la totalidad de las cuales está publicada en el álbum correspondiente de nuestra Galería.

Imágenes de la inauguración del III Congreso Internacional de la FICP con el Director del Departamento de Ciencias Jurídicas de la Univ. de Alcalá y los tres Directores (de izq. a dcha., los Profs. Dres. de Vicente*, Luzón*, Díez Ballesteros y Díaz y García Conlledo*), así como de los ponentes de la mesa 1, integrada de izq. a dcha. por los Profs. Dres. Gómez Martín*, Foffani*, Paredes* (moderador), Corcoy* y Greco*, de manera presencial, y el Prof. Dr. Martínez-Buján* de manera virtual.

Imágenes de la mesa 2, integrada por las Profs. Dras. García Mosquera* (moderadora) y Roso Cañadillas* de manera presencial, así como por los Profs. Dres. Aller*, Tavares* y Guzmán Dálbora* de manera virtual.

Imágenes de la mesa 3, integrada por los Profs. Dres. Durán* (moderadora) y Rusconi* de manera presencial, y Modolell*, De Luca* y Armaza* de manera virtual.

Imágenes de la mesa 4, integrada por la moderadora Prof. Dra. Barber Burusco* de manera presencial, y los Profs. Dres. Cancio*, Moreno* y Náquira* de manera virtual.

Imágenes de la mesa 5, integrada de izq. por los Profs. Dres. Schünemann* (traducido por la Prof. Dra. Sacher* a su izq.), Jericó Ojer* (moderadora), Peñaranda Ramos* y Morillas Cueva* de manera presencial, y por la Prof. Dra. da Palma Pereira* de manera virtual.

Imágenes de la mesa 6, integrada de izq. a dcha. por los Profs. Dres. Sanz Morán*, Muñoz Conde*, Lozano-Higuero* (moderador), Boix* y Castaldo*, así como de la clausura del III Congreso por los Directores y la Sra. Decana, la Prof. Dra. Isabel Garrido.

Asistentes al Congreso en la escalinata imperial de la Facultad de Derecho de la Univ.de Alcalá

(ii) Jornada en homenaje a la Prof. Dra. Mirentxu Corcoy Bidasolo*: un modelo integral de Derecho Penal

17 de junio de 2022. Evento organizado por el Área de Derecho penal del Departamento de Derecho Penal y Criminología y Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Univ. de Barcelona, con la colaboración de la FICP. Directores académicos: Profs. Dres. Gómez Martín*, Bolea Bardon*, Gallego Soler*, Hortal Ibarra* y Joshi Jubert. Lugar: Aula Magna de la Facultad de Derecho, Univ. de Barcelona.

La jornada, cuyo programa se encuentra disponible en nuestra sección de Eventos anteriores, contó con intervenciones de numerosos miembros de la FICP: entre los patronos, además de la homenajeada, patrona fundadora de la FICP, participaron los Profs. Dres. Dres. h.c. Díaz y García Conlledo* y Ángel Sanz Morán*, así como el Prof. Dr. Gómez Martín*. Entre los socios, los Profs. Dres. Dres. h.c. mult. Silva Sánchez* y Demetrio Crespo*, así como los Profs. Dres. Bolea Bardon*, Gallego Soler*, Guzmán Dálbora* y Hortal Ibarra*. El acto culminó con la entrega por los directores a la homenajeada de la obra "Un modelo integral de Derecho penal. Libro Homenaje a la Profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo".

Entrega del LH a la homenajeada por los directores del evento y coordinadores de la obra.

(iii) XXI Seminario Internacional de Filosofía del Derecho y Derecho Penal

7 — 8 de julio de 2022. Sobre "**Discurso de odio y delitos de odio**". Evento organizado por las Áreas de Derecho Penal y Filosofía del Derecho de la Univ. de León, Castilla y León (España), conjuntamente con la FICP. Directores: Profs. Dres. Dres. h.c. Miguel Díaz y García Conlledo* y Juan Antonio García Amado*, Catedráticos respectivamente de Derecho Penal y Filosofía del Derecho de la Univ. de León. En la presente edición han sido ponentes el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Manuel Atienza Rodríguez y los Profs. Dres. Rosario de Vicente Martínez, Víctor Gómez Martín* y Pablo de Lora Deltoro. Lugar: Salón de Grados de la Facultad de Derecho, Univ. de León, León, España.

El cartel del seminario se encuentra disponible en nuestra sección de Eventos anteriores. Las actas del evento serán publicadas próximamente en la web de la FICP, en la sección de Actas de Congresos y Seminarios.

A la izq., los Directores, los Profs. Dres. Dres. h.c. García Amado* y Díaz y García Conlledo* inauguran el Seminario. A la dcha., el Prof. García Amado* presenta la ponencia del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Atienza.

A la izq., el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Luzón Peña* presenta la ponencia de la Prof. Dra. de Vicente. A la dcha, el Prof. Dr. Gómez Martín* imparte su ponencia, moderado por la Prof. Dra. Corcoy*

(iv) VII Congreso Nacional Penitenciario Legionense

20-21 de septiembre de 2022. Sobre "**Pasado, presente y futuro de la prisión en España**". Evento organizado por el Área de Derecho Penal de la Univ. de León, conjuntamente con la Agrupación de Cuerpos de la Administración de Instituciones Penitenciarias (Acaip), la Fundación Sociedad y Justicia y la FICP. Director: Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Miguel Díaz y García Conlledo*, Catedrático de Derecho Penal, Univ. de León, y patrono fundador de la FICP. Lugar: Salón de Grados de la Facultad de Derecho, Univ. de León. León, España.

El programa del congreso se encuentra disponible en nuestra sección de Eventos anteriores.

(v) Taller "Stop a las violencias sexuales... También desde el Derecho penal"

14-18 de noviembre de 2022. Evento organizado por el grupo de investigación de Derecho Penal de la Univ. de León y la FICP, en el marco de la Semana de la Ciencia en Castilla y León. Dirección: Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Miguel Díaz y García Conlledo* (Catedrático de Derecho Penal de la Univ. de León y patrono fundador de la FICP). Lugar: Salón de Grados de la Facultad de Derecho, Univ. de León, León, España.

El cartel del taller se encuentra disponible en nuestra sección de Eventos anteriores.

(vi) Seminario permanente de metodología docente activa. Experiencia docente comparada.

23-25 de noviembre de 2022. Sobre "**El Derecho penal en la prevención y castigo de las violencias sexuales**". Evento organizado por el grupo de investigación de Derecho Penal de la Univ. de León y la FICP, en el marco de la Semana de la Ciencia en Castilla y León. Dirección: Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Miguel Díaz y García Conlledo*

(Catedrático de Derecho Penal de la Univ. de León y patrono fundador de la FICP). Lugar: Salón de Grados de la Facultad de Derecho, Univ. de León, León, España.

El cartel y programa del seminario se encuentra disponible en nuestra sección de Eventos anteriores.

2. Publicaciones de la FICP

Además de sus dos revistas, la FICP ha coeditado las siguientes obras:

(i) Libro-Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario

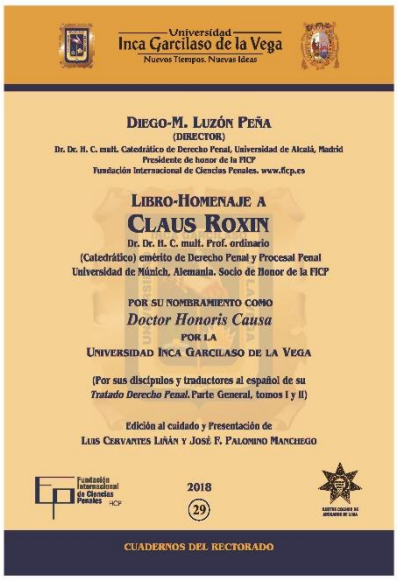
VICENTE REMESAL, Javier de/DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel/PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel/OLAIZOLA NOGALES, Inés/TRAPERO BARREALES, María A./ROSO CAÑADILLAS, Raquel/LOMBANA VILLALBA, Jaime (dirs.), Libro-Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario, tomos I y II, Madrid, Reus / FICP, 2020. ISBN: 978-8429023176.

El índice con las publicaciones de los 172 autores (118 de ellos miembros de la FICP) puede localizarse en nuestra página web www.ficp.es en Otras publicaciones de la FICP.

Portada y contraportada del vol. I

(ii) 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 UniversidadInca Garcilaso de la Vega / FICP, 2018, 793 pp. ISBN: 978-9972-04-592-9.

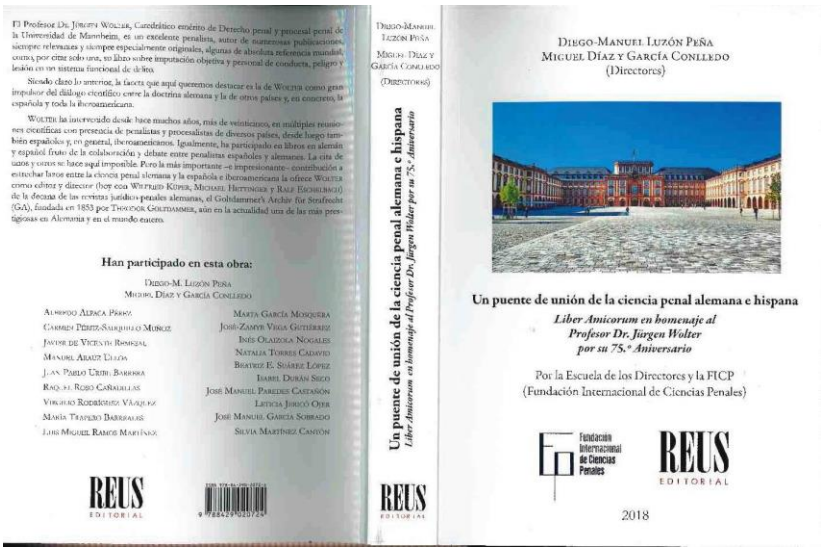


Han contribuido a la obra otros patronos y socios de la FICP, además de los anteriormente señalados: (i) entre los patronos, los Profs. Dres. Paredes Castañón, Olaizola Nogales, Trapero Barreales, Roso Cañadillas, Barber Burusco, Durán Seco y Jericó Ojer; (ii) entre los socios, el Prof. Dr. Dr. h.c. 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 sección de Otras publicaciones de la FICP.

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), quien les indicará el procedimiento que se debe seguir.

(iii) *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, Olaizona 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 sección de Otras publicaciones de la FICP.

(iv) Actas de Congresos y Seminarios con ISSN

Se recuerda que 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:

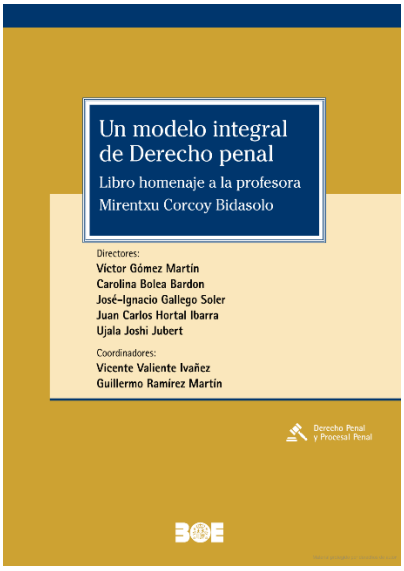
- Actas de los Congresos Internacionales de la FICP (ISSN 2695-3986)
- Actas de los Seminarios Interuniversitarios Internacionales anuales de la FICP, Univ. de Alcalá (ISSN 2695-3994)
- Actas de los Seminarios Internacionales anuales de la FICP, Univ. de León (ISSN 2695-4001)

3. Otras publicaciones sobre los patronos de la FICP

(i) Libro homenaje a la Prof. Dra. Mirentxu Corcoy Bidasolo*

GÓMEZ MARTÍN*/BOLEA BARDON*/GALLEGO SOLER*/HORTAL IBARRA*/JOSHI JUBERT (dirs.), Un modelo integral de Derecho penal. Libro Homenaje a la Profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022. Disponible electrónicamente aquí. La obra contiene números artículos de miembros de la FICP (v. en la sección IV.2, Publicaciones recientes de los miembros de la FICP).

La obra se entregó a la homenajeada el pasado 17 de junio de 2022, al finalizar la "Jornada en homenaje a la Prof. Mirentxu Corcoy Bidasolo*: un modelo integral de Derecho Penal", organizada por el Área de Derecho penal del Departamento de Derecho Penal y Criminología y Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Univ. de Barcelona, en colaboración con la FICP, y dirigida por los directores de la referida obra. Lugar: Aula Magna de la Facultad de Derecho, Univ. de Barcelona, Barcelona, España.



IV. NOTICIAS DE LOS MIEMBROS DE LA FICP

1. Distinciones, galardones; grados académicos[1]

(i) Acto en homenaje al Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Luzón Peña*. Entrega solemne, aplazada por la pandemia desde abril de 2020, del Libro-Homenaje al Profesor Diego-M. Luzón Peña* con motivo de su 70.º aniversario, de su Festgabe alemana en la revista GA y del número de Libertas en su homenaje

El pasado viernes 16 de septiembre de 2022, a las 18 h**.,** tuvo lugar en el Salón de Actos del Rectorado de la Univ. de Alcalá el acto de entrega solemne al Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Luzón Peña* de su Libro-Homenaje, así como de dos números monográficos de revisas en su honor: Freundesgabe für Diego-M. Luzón Peña* en el n.º 4/2020 de la revista alemana Goltdammer's Archiv für Strafrecht (GA) y del n.º 9, 2020 de la revista Libertas. El evento se retransmitió en directo y está disponible en el siguiente enlace. A continuación se muestra una selección de fotos del acto, la totalidad de las cuales puede consultarse en nuestra Galería fotográfica.

Inaugración del acto de homenaje al Prof. Luzón* con la intervención del Rector Magnífico de la UAH y de los ponentes invitados: el Prof. Dr.

[1] Los miembros de la FICP están identificados mediante un asterisco.

Dr. h.c. mult. Muñoz Conde*, el Prof. Dr. Boix Reig* y el Prof. Dr. Dr. h.c. Quintero Olivares.

Intervenciones de los Profs. Dres. Roso*, Paredes*, Olaizola* y Díaz y García Conlledo*.

Arriba: entrega de los números monográfico de Libertas y del GA, así como la intervención del Prof. Dr. Dr. h.c. de Vicente. Abajo, entrega del LH-Luzón y discurso del homenajeado.

(ii) Jornada en homenaje a la Prof. Dra. Mirentxu Corcoy Bidasolo*

17 de junio de 2022. Evento organizado por el Área de Derecho penal del Departamento de Derecho Penal y Criminología y Derecho Internacional Público y

Relaciones Internacionales de la Univ. de Barcelona, con la colaboración de la FICP. Directores académicos: Profs. Dres. Gómez Martín*, Bolea Bardon*, Gallego Soler*, Hortal Ibarra* y Joshi Jubert. Lugar: Aula Magna de la Facultad de Derecho, Univ. de Barcelona.

La jornada, cuyo programa se encuentra disponible en nuestra sección de Eventos anteriores, contó con intervenciones de numerosos miembros de la FICP: entre los patronos, además de la homenajeada, patrona fundadora de la FICP, participaron los Profs. Dres. Dres. h.c. Luzón Peña*, Díaz y García Conlledo* y Ángel Sanz Morán*, así como el Prof. Dr. Gómez Martín*. Entre los socios, los Profs. Dres. Dres. h.c. mult. Silva Sánchez* y Demetrio Crespo*, así como los Profs. Dres. Bolea Bardon*, Gallego Soler*, Guzmán Dálbora* y Hortal Ibarra*. El acto culminó con la entrega por los directores a la homenajeada de la obra "Un modelo integral de Derecho penal. Libro Homenaje a la Profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo".

(iii) Seminario Internacional Homenaje al Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Ignacio Berdugo Gómez de la Torre*

29 y 30 de septiembre de 2022**.** "Decían ayer, decimos hoy, dirán mañana". Evento organizado por el Área de Derecho Penal de la Univ. de Salamanca. Además del homenajeado, el seminario contará con la intervención de numerosos socios de la FICP: los Profs. Dres. Dres. h.c. mult. Francisco Muñoz Conde*, Luis Arroyo Zapatero*, Miguel Ángel Núñez Paz* y Eduardo Demetrio Crespo*, los Profs. Dres. Guillermo Portilla Contreras*, Luigi Foffani*, Ana I. Pérez Cepeda*, Laura Zúñiga Rodríguez*, Dino Carlos Caro Coria*, Demelsa Benito Sánchez*, Ana E. Liberatore Bechara* y la Dra. M.ª José Lescano*. Lugar: Edificio histórico de la Univ. de Salamanca, Salamanca, España. Más información, en: homenajeignacioberdugo@usal.es.

La inauguración del evento fue grabada y se encuentra disponible en este enlace.

Cartel del Seminario y diversos momentos de la inauguración, con los Profs. Dres. Dres. h.c. mult. Berdugo Gómez de la Torre* y Arroyo Zapatero* en primera fila.

(iv) Investidura del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Díaz y García Conlledo* como Prof. Honorario de la Univ. de Vigo

El Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Miguel Díaz y García Conlledo*, Catedrático de Derecho Penal de la Univ. de León y patrono fundador de la FICP, fue nombrado en mayo de 2022 Miembro Honorífico del Claustro de Profesores de la Facultad de Ciencias Jurídicas y del Trabajo de la Universidad de Vigo, Galicia, España. Su investidura tuvo lugar en el Acto de Graduación de la promoción de Derecho, que se celebró el día 1 de julio, a las 18 horas, en el Salón de Actos de la Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales, Campus As Lagoas-Marcosende, de la Univ. de Vigo.

Algunas imágenes del acto durante el que se nombró Prof. Honorario al Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Díaz y García Conlledo*

A la izq., el Prof. Dr. Dr. h.c. de Vicente* presenta su laudatio del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Miguel Díaz y García Conlledo*. A la dcha., este último emite su discurso. En el centro, abrazo entre los dos profesores.

(v) Investidura de la Prof. Dra. Pilar Gutiérrez Santiago* como Doctora *honoris causa* por la Univ. Católica de Cuenca, Ecuador

10 de agosto de 2022**.** El Consejo Universitario de la Universidad Católica de Cuenca y por solicitud de la Unidad Académica de Ciencias Sociales, otorgó el máximo reconocimiento institucional de doctorado *honoris causa* a la Prof. Dra. María Pilar Gutiérrez Santiago*, Catedrática de Derecho Civil de la Univ. de León, España, por su gran trayectoria profesional y méritos de carácter académico, filosófico y científico, a nivel nacional e internacional.

Entrega por el Rector Magnífico de la Univ. Católica de Cuenca del Doctorado honoris causa a la Prof. Dra. Gutiérrez Santiago*, que posa junto al Prof. Dr. Dr. h.c. García Amado*.

(vi) Investidura del Prof. Dr. Mario Caterini* como Doctor *honoris causa* por la Univ. Nacional de Rosario, Argentina

7 de septiembre de 2022. Por disposición unánime del Consejo Superior de la Universidad Nacional de Rosario, Argentina, el Prof. Dr. Mario Caterini* fue investido como Doctor *honoris causa* por la Universidad Nacional de Rosario. Como cierre del acto el Prof. Dr. Dr. h.c. Caterini* brindó una conferencia magistral sobre "Manifiesto por la legalidad penal y contra la fuerza creativa de la jurisprudencia". Puede obtenerse más información en la noticia de la Univ. de Rosario y verse el vídeo de la ceremonia aquí.

El Prof. Dr. Dr. h.c. Caterini* es Catedrático acreditado de la Universidad de Calabria y Director del Istituto di Studi Penalistici "Alimena" (ISPA), así como socio de la FICP. Además, es investigador en la Universidad de Calabria, conferencista a nivel internacional y autor de numerosas obras y publicaciones en Italia, España, Argentina, Brasil, Alemania, México, China, Estados Unidos, Colombia, Rumania y Serbia.

Diversos momentos del acto de investidura del Prof. Dr. Caterini* como Doctor *honoris causa* por la Univ. de Rosario, Argentina

(vii) Reconocimiento y conferencia inaugural del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Carlos M.ª Romeo Casabona* en el Acto conmemorativo "25 años de legislación biomédica en España"

El pasado 19 de mayo de 2022, el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Carlos M.ª Romeo Casabona* impartió la conferencia inaugural, titulada "Veinticinco años de Bioderecho en España", en el acto conmemorativo "25 años de legislación biomédica en España". El acto fue organizado por el Congreso de los Diputados, el Comité de Bioética de España y la Univ. del País Vasco. Lugar: Sala Ernest Lluch, Congreso de los Diputados, Madrid, España.

El Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Romeo Casabona* durante su conferencia en el Acto conmemorativo. A la dcha., posando ante la Sala junto al resto de ponentes de la mesa.

(viii) Nombramiento del Prof. Dr. José Luis González Cussac* como Presidente de la Asociación de Profesorado de Derecho Penal de las Universidades Españolas (APDP)

Durante la celebración de la Asamblea General Extraordinaria de Socios de la APDP, el Prof. Dr. José Luis González Cussac* (Catedrático de Derecho Penal de la Univ. de Valencia y socio de la FICP) fue nombrado Presidente de la asociación, con una Junta Directiva integrada por los Profs. Dres. Fernando Miró Llinares* (Vicepresidente), Ana I. Pérez Machío (Vicepresidenta), Silvia Mendoza Calderón (Secretaria), Fernando Navarro Cardoso (Vocal), Raquel Montaner Fernández (Vocal), Marta Pantaleón Díaz* (Vocal) y José A. Ramos Vázquez (Vocal tesorero).

El Prof. Dr. José Luis González Cussac*, tras su nombramiento.

(ix) Obtención de una plaza de Prof. Titular de Derecho Penal en la Univ. de Vigo por el Prof. Dr. Virxilio Rodríguez Vázquez*

El 7 de octubre de 2022 obtuvo la plaza de Profesor Titular de Derecho Penal en la Univ. de Vigo, Galicia, España, el Prof. Dr. Virxilio Rodríguez Vázquez*, socio de la FICP, tras superar el correspondiente concurso. El tribunal del concurso, al que se presentó como candidato único, estuvo presidido por el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Miguel Díaz y García Conlledo* y compuesto además por el Prof. Dr. Dr. h.c. Javier de Vicente Remesal* (secretario del tribunal, y Presidente de la FICP) y los Profs. Dres. José Manuel Paredes Castañón*, Isabel Durán Seco* y Leticia Jericó Ojer* (vocales), patronos todos ellos de la FICP. Lugar: Aula Magna, Facultad de Derecho, Campus de Ourense, de la Universidad de Vigo, España.

Arriba: el Prof. Dr. Rodríguez Vázquez* presenta su ejercicio. Abajo a la izq., el Prof. Dr. Rodríguez Vázquez* posa junto a los miembros del tribunal. De izq. a dcha, los Profs. Durán Seco*, de Vicente Remesal*, Rodríguez Vázquez*, Díaz y García Conlledo*, Paredes Castañón* y Jericó Ojer*. Abajo a la dcha., posado junto a los miembros del tribunal y otros asistentes: el Prof. Dr. Luzón Peña* (centro), Julita Campos y la Prof. Dra. García Mosquera* (detrás izq. y dcha. respectivamente).

Imagen de los asistentes al concurso en la Facultad de Derecho de la Univ. de Vigo

2. Publicaciones recientes de los miembros de la FICP

(i) Miembros del Patronato (con asterisco los patronos y secretaria):

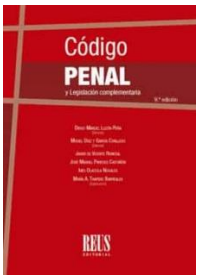
- de Vicente Remesal, Javier*, El tratamiento jurídico-penal de las lesiones causadas por intervenciones quirúrgicas, en: Gómez Martín, Víctor*/Bolea Bardon, Carolina/Gallego Soler, José Ignacio/Hortal Ibarra, Juan Carlos/Joshi Jubert, Ujala (Dirs.). Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo, t. I, Ed. Boletín Oficial del Estado (BOE), Madrid, 2022, pp. 515-527. Disponible aquí.
- de Vicente Remesal, Javier*, El consentimiento en las lesiones causadas por intervenciones quirúrgicas, Libertas, 11, 2022, pp. 323-413.
- de Vicente Remesal, Javier*, Errores médicos y seguridad del paciente: de la búsqueda de un "quién", a quien castigar, al descubrimiento de un "qué", que prevenir, en Santana Vega, Dulce M./Fernández Bautista, Silvia/Cardenal Montraveta, Sergi/Carpio Briz, David I./Castellvi Monserrat, Carlos (dirs.)., Una perspectiva global del Derecho penal. Libro Homenaje al Prof. Dr. Joan J. Queralt Jiménez, Barcelona, Atelier, 2022, pp. 531-543.
- Luzón Peña, Diego-M.*, Delitos omisivos impropios o de comisión por omisión, en ForFICP 2022-1, pp. 14-194 (181 pp.); y en Libertas 11 2022, pp. 43-253 (211 pp.).
- Luzón Peña, Diego-M.*, El Derecho penal entre la protección de los ciudadanos y los límites y garantías, en: Gómez Martín, Víctor*/Bolea Bardon, Carolina/Gallego Soler, José Ignacio/Hortal Ibarra, Juan Carlos/Joshi Jubert, Ujala (Dirs.). Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo, t. I, Ed. Boletín Oficial del Estado (BOE), Madrid, 2022, pp. 685-699. Disponible aquí.
- Luzon Peña, Diego-M.*, Derecho de corrección de menores, Cuadernos de Política Criminal, 137, 2022, pp. 5-26.
- Luzón Peña, Diego-M.*, Obediencia debida como causa de justificación: la discusión sobre sus requisitos, en Santana Vega, Dulce M./Fernández Bautista, Silvia/Cardenal Montraveta, Sergi/Carpio Briz, David I./Castellvi Monserrat, Carlos (dirs.)., Una perspectiva global del Derecho penal. Libro Homenaje al Prof. Dr. Joan J. Queralt Jiménez, Barcelona, Atelier, 2022, pp. 265-280.
- Luzón Peña, Diego-M.*, Mención legal o no del miedo insuperable como emoción asténica: su exculpación en diversos Códigos por inexigibilidad penal individual frente a las emociones esténicas o violentas, en: Palma, M. F./Sousa Mendes/et al.

(dirs.), Prof. Dr. Augusto Silva Dias *in memoriam*, Lisboa, AAFDL/IDPCC, 2022, pp. 377-391.

- Luzón Peña, Diego-M.*, Exclusión de la responsabilidad penal en las intervenciones médicas: causas de justificación y de exclusión de la tipicidad, en A. Borja Pozo/J.A García Amado* (coords.), Responsabilidad jurídica médica, Univ. Católica de Cuenca, Ecuador, 2022, pp. 251-262.
- Luzón Peña, Diego-M.*, Agustín Jorge Barreiro: El universitario, el penalista, el amigo. Recuerdo póstumo, en ForFICP 2022-1, pp. 6-11.
- Luzón Peña, Diego-M.*, Eximentes en el ejercicio de la profesión médica: causas de justificación y de exclusión de la tipicidad, en Estudios penales en Homenaje al Profesor José Manuel Lorenzo Salgado, Valencia, Tirant lo blanch, 2021, pp. 811-820.
- Luzón Peña, Diego-M.*, Delitos omisivos impropios: posición de garante o no, autoría o participación y equivalencia, en ForFICP 2021-3, pp. 32-95.
- Luzón Peña, Diego-M.*, Ejercicio legítimo de derecho: cuestiones generales, en: Libro Homenaje al Profesor Luis Arroyo Zapatero: un Derecho Penal humanista (coords.: de Vicente/Gómez Iniesta/Martín López/Muñoz de Morales Romero/Nieto Martín), vol. I, Madrid, BOE, 2021, pp. 355 ss. Disponible aquí.
- Luzón Peña, Diego-M.*, Ejercicio legítimo del cargo y cumplimiento del deber. Cuestiones generales y límites, en: Las garantías penales: un homenaje a Javier Boix Reig (coords.: Jareño Leal/Mira Benavent/Doval País/Juanatey Dorado/Lloria García/Moreno Alcázar/Aguado López/Anarte Borrallo), Madrid, Iustel, 2021
- Luzón Peña, Diego-M.*, Bemerkungen zum Versuchsbeginn bei der Mittäterschaft, Goltdammer‘s Archiv für Strafrecht, 5, 2021. N.º dedicado monográficamente a Claus Roxin por su 90 aniversario, pp. 283-287
- Luzón Peña, Diego-M.*, Traducción de G. Jakobs, Recensión de Claus Roxin/Luís Greco, Strafrecht, Allgemeiner Teil, I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre [Derecho penal, Parte General, I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito], 5.ª ed., München, Beck, 2020, XXXV, 1249 pp., en: InDret 2021-2, pp. 474-478. También en: Foro FICP 2021-1, pp. 193-200.
- Luzón Peña, Diego-M.*/ Díaz y García Conlledo, M.*, Jürgen Wolter: mucho más que un gran vínculo entre la ciencia penal alemana e hispana. En la despedida de Jürgen Wolter de la dirección de Goltdammer’s Archiv für Strafrecht; en: ForFICP 2022-2 (Número monográfico en Homenaje al Prof. Dr. Jürgen Wolter con motivo de su despedida como Director de Goltdammer's Archiv für Strafrecht: GA. Número conjunto de las revistas Libertas, Foro FICP, España, EnLetra Derecho Penal: ELDP, Argentina; y Revista do Instituto de Ciências Penais, RICP, Brasil), pp. 7-15; también en: Libertas 10 2021, pp. 10-18; en ELDP (En Letra Derecho Penal, Argentina) 15, 2022-2; y en: Revista do Instituto de Ciências Penais (RICP, Brasil) 7-2 2022. Homenajem ao Prof. Dr. Jürgen Wolter em razão da sua despedida

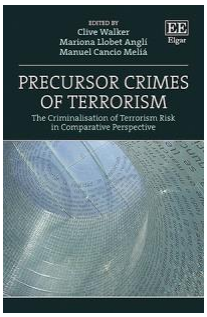
como editor do Goltdammer's Archiv für Strafrecht (GA). (Em conjunto con as revistas Libertas, Foro FICP e EnLetra Derecho Penal), pp. XXVIII –XXXVI.

- Luzón Peña, Diego-M.*/Díaz y García Conlledo, M.*, Jürgen Wolter: weit mehr als ein großer Vermittler zwischen der deutschen und der spanischsprachigen Strafrechtswissenschaft. Zum Abschied Jürgen Wolters von der Schriftleitung von Goltdammer's Archiv für Strafrecht; en: ForFICP 2022-2, pp. 16-25; Libertas 10 2021, pp. 19-28; ELDP (En Letra Derecho Penal, Argentina) 15, 2022-2; y en Revista do Instituto de Ciências Penais (RICP, Brasil) 7-2 2022, pp. XIX-XXVII.
- Luzón Peña, Diego-Manuel* /Díaz y García Conlledo, Miguel* (dirs.)/de Vicente Remesal, Javier*/Paredes Castañón, José Manuel*/Olaizola Nogales, Inés*/ Trapero Barreales, María A.* (coords..), Código Penal y legislación complementaria, 9.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, Cardona Cardona, Serrano Suárez, Ramos Martínez, Cantillo Arcón, Molina Álvarez, Alemán Aróstegui, Barrientos Pérez. Madrid, Reus, 2022



- Luzón Peña, Diego-M.*/Díaz y García Conlledo, Miguel*, Prólogo, en: Lombana Villalba, Jaime*, Los delitos de concusión y cohecho, Legis, 2021, pp. 13-15. ISBN 978-958-797-195-8 (edición en papel) / 978-958-797-196-8 (ebook).
- Barber Burusco, Soledad*, El delito de abandono del lugar del accidente: cuestionable lesividad y clara desproporción. En: Gómez Martín, Víctor/Bolea Bardon, Carolina*/Gallego Soler, José Ignacio*/Hortal Ibarra, Juan Carlos*/Joshi Jubert, Ujala (Dirs.). Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo, t. II, Ed. Boletín Oficial del Estado (BOE), Madrid, 2022, pp. 1001-1010.
- Cancio Meliá, Manuel*. Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas, Ed. B de F, Buenos Aires, Argentina, 2022.
- Cancio Meliá, Manuel*/Pantaleón Díaz, Marta, ¿Responsabilidad penal por contagios individuales de coronavirus?: algunos problemas de imputación, en: Gómez Martín, Víctor*/Bolea Bardon, Carolina/Gallego Soler, José Ignacio/Hortal Ibarra, Juan Carlos/Joshi Jubert, Ujala (Dirs.). Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo, t. I, Ed. Boletín Oficial del Estado (BOE), Madrid, 2022, pp. 489-502. Disponible aquí.

- Cancio Meliá, Manuel*, Sedición y proporcionalidad en la STS 459/2019, en Santana Vega, Dulce M./Fernández Bautista, Silvia/Cardenal Montraveta, Sergi/Carpio Briz, David I./Castellvi Monserrat, Carlos (dirs.)., Una perspectiva global del Derecho penal. Libro Homenaje al Prof. Dr. Joan J. Queralt Jiménez, Barcelona, Atelier, 2022, pp. 457-469.
- Cancio Meliá, Manuel*/Walker, Clive/Llobet Anglí, Mariona (eds.), Precursor Crimes of Terrorism: the Criminalisation of Terrorism Risk in Comparative Perspective, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2021. Más información sobre la obra, aquí.



- Cancio Meliá, Manuel*, Spanish writing on the wall? Glorification of terrorism under Spanish law, en: Walker, Clive/Llobet Anglí, Mariona/Cancio Meliá, Manuel* (eds.), Precursor Crimes of Terrorism: the Criminalisation of Terrorism Risk in Comparative Perspective, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2021, pp. 127 ss. Más información sobre la obra, aquí.
- Cancio Meliá, Manuel*, Espacio jurídico de la Unión Europea, ciudadanía de la Unión y extradición de ciudadanos de la UE. Consideraciones desde la perspectiva hispano-alemana, en: Libro Homenaje al Profesor Luis Arroyo Zapatero: un Derecho Penal humanista (coords.: de Vicente/Gómez Iniesta/Martín López/Muñoz de Morales Romero/Nieto Martín), vol. I, Madrid, BOE, 2021, pp. 101-114. Disponible aquí.
- Cancio Meliá, Manuel*, Selbstverantwortung des "Opfers" und Rechtsgüterschutz in der objektiven Zurechnungslehre Roxins (= Autorresponsabilidad de la "víctima" y protección de bienes jurídicos en la teoría de la imputación objetiva de Roxin), Goltdammer's Archiv für Strafrecht, 5/2021, pp. 255-258.
- Cancio Meliá, Manuel*/Oubiña Barbolla, Sabela, Rapport national: Espagne, en: Donini/Bin/Diamanti (eds.), Prévenir le terrorisme international. Les modèles européens de récompense des collaborateurs de justice, Jovene, Napoli 2021, pp. 271-310.
- Cancio Meliá, Manuel*/Oubiña Barbolla, Sabela, Des questions de droit substantiel: problèmes selectionnés, en: Donini/Bin/Diamanti (eds.), Prévenir le terrorisme international. Les modèles européens de récompense des collaborateurs de justice, Jovene, Napoli 2021, pp. 455-462.
- Cancio Meliá, Manuel*/Pantaleón Díaz, Marta, Derecho Penal y coronavirus:

algunos problemas de imputación, Anuario de la Facultad de Derecho de la Univ. Autónoma de Madrid, 2, 2021, pp. 239-254.

- Corcoy Bidasolo, Mirentxu*, Principio de autonomía y derecho a la ayuda a morir. Algunas consideraciones respecto de la eutanasia, en Santana Vega, Dulce M./Fernández Bautista, Silvia/Cardenal Montraveta, Sergi/Carpio Briz, David I./Castellvi Monserrat, Carlos (dirs.)., Una perspectiva global del Derecho penal. Libro Homenaje al Prof. Dr. Joan J. Queralt Jiménez, Barcelona, Atelier, 2022, pp. 485-496.
- Corcoy Bidasolo, Mirentxu*, Autoría paralela y concurrencia de riesgos, en: Las garantías penales: un homenaje a Javier Boix Reig (coords.: Jareño Leal/Mira Benavent/Doval País/Juanatey Dorado/Lloria García/Moreno Alcázar/Aguado López/Anarte Borrallo), Madrid, Iustel, 2021.
- Díaz y García Conlledo, Miguel*, A vueltas con el dolo, en: Gómez Martín, Víctor*/Bolea Bardon, Carolina/Gallego Soler, José Ignacio/Hortal Ibarra, Juan Carlos/Joshi Jubert, Ujala (Dirs.). Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo, t. I, Ed. Boletín Oficial del Estado (BOE), Madrid, 2022, pp. 541-559. Disponible aquí.
- Díaz y García Conlledo, Miguel*, Prólogo, en: Vallejo Jiménez, Geovana A.*, Problemas de la responsabilidad penal de los especialistas en psiquiatría, cirugía estética, ortopedia y traumatología: supuestos prácticos, Bogotá, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 11-15 (disponible aquí).
- Díaz y García Conlledo, Miguel*, Breves reflexiones sobre los ultrajes a España, al hilo de la STC 190/2020, de 15 de diciembre, en: Libro Homenaje al Profesor Luis Arroyo Zapatero: un Derecho Penal humanista (coords.: de Vicente/Gómez Iniesta/Martín López/Muñoz de Morales Romero/Nieto Martín), vol. II, Madrid, BOE, 2021, pp. 1355 ss. Disponible aquí.
- Díaz y García Conlledo, Miguel*, Über Gefühle, Heimatlander, Flaggen und Hymnen, Goltdammer's Archiv für Strafrecht, 5/2021, pp. 259-265.
- Díaz y García Conlledo, Miguel*, Criminalidad y deporte, en: Gamero Casado, Eduardo/Millán Garrido, Antonio (dirs.), Manual de Derecho del Deporte, Tecnos, Madrid, 2021, pp. 912-968.
- Díaz y García Conlledo, Miguel*, Autoría y participación en el Derecho penal, Boletín Amachaq Escuela Jurídica, nº 1, Cuestiones actuales y críticas sobre la Teoría del delito, 2021, pp. 59-77.
- Díaz y García Conlledo, Miguel*/Trapero Barreales, María A.*, ¿Razones válidas para la reforma de los delitos sexuales?, en Santana Vega, Dulce M./Fernández Bautista, Silvia/Cardenal Montraveta, Sergi/Carpio Briz, David I./Castellvi Monserrat, Carlos (dirs.)., Una perspectiva global del Derecho penal. Libro Homenaje al Prof. Dr. Joan J. Queralt Jiménez, Barcelona, Atelier, 2022, pp. 545-570.

- Díaz y García Conlledo, Miguel*/Trapero Barreales, María A.*. La actuación conjunta como cualificación en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual, Libertas, 11, 2022, pp. 8-42.
- García Amado, Juan Antonio*, Sobre proporcionalidad y garantismo en las decisiones judiciales, Si-Lex, 11 de mayo de 2022. Disponible aquí.
- Gómez Martín, Víctor*/Bolea Bardon, Carolina/Gallego Soler, José Ignacio/Hortal Ibarra, Juan Carlos/Joshi Jubert, Ujala (Dirs.). Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo, t. I y II, Ed. Boletín Oficial del Estado (BOE), Madrid, 2022. Disponible aquí.
- Gómez Martín, Víctor*, ¿Un nuevo golpe de gracia a las investigaciones internas corporativas?: Reflexiones en voz alta sobre la Sentencia del Tribunal Supremo 328/2021, de 22 de marzo, en: Gómez Martín, Víctor*/Bolea Bardon, Carolina/Gallego Soler, José Ignacio/Hortal Ibarra, Juan Carlos/Joshi Jubert, Ujala (Dirs.). Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo, t. II, Ed. Boletín Oficial del Estado (BOE), Madrid, 2022, pp. 1166-1178. Disponible aquí.
- Gómez Martín, Víctor*, De bromistas y raperos: una deconstrucción crítica de las condenas a Pablo Hasél, en Santana Vega, Dulce M./Fernández Bautista, Silvia/Cardenal Montraveta, Sergi/Carpio Briz, David I./Castellvi Monserrat, Carlos (dirs.)., Una perspectiva global del Derecho penal. Libro Homenaje al Prof. Dr. Joan J. Queralt Jiménez, Barcelona, Atelier, 2022, pp. 793-803.
- Gómez Martín, Víctor*, Rapeando rimas ¿de odio punible?, en Teijón Alcalá, M. (dir.), El odio como motivación criminal, Wolters-Kluwer, Madrid, 2022, pp. 37-50.
- Gómez Martín, Víctor*, Compliance penal y evitación de ganancias ilícitas, en Puente Aba, L. (dir.) / Souto García, E. M. (coord..), Ganancias ilícitas y Derecho penal, Comares, Granada, 2022, págs. 1-23
- Greco, Luís*, ¿Imputación objetiva como objeto del dolo?: reflexiones con motivo de la sentencia del BGH sobre el escándalo de los trasplantes de Göttingen (BGHSt 62, 223), en: Gómez Martín, Víctor*/Bolea Bardon, Carolina/Gallego Soler, José Ignacio/Hortal Ibarra, Juan Carlos/Joshi Jubert, Ujala (Dirs.). Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo, t. I, Ed. Boletín Oficial del Estado (BOE), Madrid, 2022, pp. 645-656. Disponible aquí.
- Greco, Luís*, La regla de exclusión probatoria en Alemania. Una exposición crítica, en Santana Vega, Dulce M./Fernández Bautista, Silvia/Cardenal Montraveta, Sergi/Carpio Briz, David I./Castellvi Monserrat, Carlos (dirs.)., Una perspectiva global del Derecho penal. Libro Homenaje al Prof. Dr. Joan J. Queralt Jiménez, Barcelona, Atelier, 2022, pp. 849-860.
- Greco, Luís*, La teoría de la imputación objetiva: una introducción, Puno, Zela Grupo Editorial, 2021.

- Greco, Luís*, Schuld ohne Vergeltung, Goltdammer's Archiv für Strafrecht, 5/2021, pp. 266-271.
- Jericó Ojer, Leticia*, Eutanasia y Derecho penal: algunos puntos de análisis sobre la regulación de la prestación de la ayuda mara morir en la LORE, en: Gómez Martín, Víctor*/Bolea Bardon, Carolina/Gallego Soler, José Ignacio/Hortal Ibarra, Juan Carlos/Joshi Jubert, Ujala (Dirs.). Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo, t. II, Ed. Boletín Oficial del Estado (BOE), Madrid, 2022, pp. 1195-1212. Disponible aquí.
- Jericó Ojer, Leticia*, El abuso económico sobre la persona mayor vulnerable por razón de su edad: un análisis desde la perspectiva penal, en: Hualde Manso (dir.), El abuso de influencia e influencia indebida en los mayores vulnerables, Thomson Reuters Aranzadi, 2021, pp. 119-168.
- Jericó Ojer, Leticia*, Responsabilidad penal por la obtención y revelación de información confidencial: garantías que establece la Directiva 2019/1937 para los alertadores y las decisiones jurisprudenciales españolas al respecto en: Olaizola Nogales/Sierra Hernaiz/López López (dirs.), Molina Álvarez/Alemán Aróstegui (coords.), Análisis de la directiva UE 2019/1937 Whistleblower desde las perspectivas penal, procesal, y administrativo-financiera, Thomson Reuters Aranzadi, 2021, pp. 81-117.
- Lombana Villalba, Jaime*, Los delitos de concusión y cohecho, Luzón Peña, D.M.*/Díaz y García Conlledo, M.* (prólogo), Legis, 2021, 237 pp. ISBN 978-958-797-195-8 (edición en papel) / 978-958-797-196-8 (ebook).

- Olaizola Nogales, Inés*, La directiva (UE) 2019/1937 "whistleblower": su eficacia contra la corrupción, en: Gómez Martín, Víctor*/Bolea Bardon, Carolina/Gallego Soler, José Ignacio/Hortal Ibarra, Juan Carlos/Joshi Jubert, Ujala (Dirs.). Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy

Bidasolo, t. I, Ed. Boletín Oficial del Estado (BOE), Madrid, 2022, pp. 269-278. Disponible aquí.

- Olaizola Nogales, Inés*, El delito de tráfico de influencias. Un delito innecesario ¿o no?, en Santana Vega, Dulce M./Fernández Bautista, Silvia/Cardenal Montraveta, Sergi/Carpio Briz, David I./Castellvi Monserrat, Carlos (dirs.)., Una perspectiva global del Derecho penal. Libro Homenaje al Prof. Dr. Joan J. Queralt Jiménez, Barcelona, Atelier, 2022, pp. 641-652.
- Olaizola Nogales, Inés*, La relación entre el delito de acoso sexual y el delito de acoso laboral, Libertas, 11, 2022, pp. 254-282.
- Olaizola Nogales, Inés*/Sierra Hernaiz, E./López López, H. (dirs.), Molina Álvarez, I./Alemán Aróstegui, L. (coords.), Análisis de la directiva UE 2019/1937 Whistleblower desde las perspectivas penal, procesal, y administrativo-financiera, Thomson Reuters Aranzadi, 2021.
- Paredes Castañón, José Manuel*, La función de las ciencias empíricas en la imputación del injusto penal: el caso de los juicios de valoración, en: Demetrio Crespo (dir.), Derecho penal y comportamiento humano. Avances de la neurociencia y la inteligencia artificial, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 55-75. También en Libertas, 11, 2022, pp. 283-303.
- Paredes Castañón, José Manuel*, Metodología para la imputación del injusto penal, en: Gómez Martín, Víctor*/Bolea Bardon, Carolina/Gallego Soler, José Ignacio/Hortal Ibarra, Juan Carlos/Joshi Jubert, Ujala (Dirs.). Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo, t. I, Ed. Boletín Oficial del Estado (BOE), Madrid, 2022, pp. 799-810. Disponible aquí.
- Paredes Castañón, José Manuel*, La lucha contra la aporofobia en la Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana: abordaje del trabajo sexual, en: Benito Sánchez, Demelsa/ Pérez Cepeda, Ana Isabel (coords.): Propuestas al legislador y a los operadores de la justicia para el diseño y la aplicación del Derecho penal en clave anti-aporófoba, Ratio Legis, 2022, pp. 169-178.
- Paredes Castañón, José Manuel*, El mercado como objeto de regulación y protección jurídica: el caso de las restricciones verticales a la competencia, Revista Penal (México), 18, 2021, pp. 141-170.
- Paredes Castañón, José Manuel*, Instrumental Rationality of the Legislator and Social Stereotypes About Crime: Models of Punitive Argumentation, en: Becerra, José (ed.), Criminal Law-Making. Theory and Practice, 2021, pp. 147-168.
- Paredes Castañón, José Manuel*, ¿Puede la Policía entrar a la fuerza en viviendas en las que se celebren fiestas ilegales?, Blog Trazos de Aprendizaje y de Experiencia, 30 de marzo de 2021. Disponible aquí.
- Paredes Castañón, José Manuel*, Delitos contra los sentimientos religiosos y libertad de expresión: dos observaciones, Blog Trazos de Aprendizaje y de Experiencia, 30 de abril de 2021. Disponible aquí.

- Paredes Castañón, José Manuel*, Sobre los indultos a l@s líderes independentistas catalan@s, Blog Trazos de Aprendizaje y de Experiencia, 2 de julio de 2021. Disponible aquí.
- Paredes Castañón, José Manuel*, Discurso político-criminal gerencialista y exclusión social, en: Pérez Machío, Ana I./ De la Cuesta Arzamendi, José Luis (dtores.): Contra la política criminal de la tolerancia cero. Libro-Homenaje al Profesor Dr. Ignacio Muñagorri Laguía, 2021, pp. 177-193
- Paredes Castañón, José Manuel*, Discurso político-criminal gerencialista y exclusión social, Revista Penal, 48, 2021, pp. 132-142.
- Paredes Castañón, José Manuel*, Dolo y psicología de sentido común, en: Dos Santos Soares, Gleyson (org.): Ciências criminais em tópicos especiais (ISBN: 978-65-89565-16-1): 277-294 (2021)
- Peñaranda Ramos, Enrique*, Participación en suicidio, eutanasia, autonomía personal y responsabilidad de terceros, en: Tomás-Valiente Lanuza (ed.), La eutanasia a debate. Primeras reflexiones sobre la Ley Orgánica de Regulación de la Eutanasia, Madrid, Marcial Pons, 2021, pp. 199-242.
- Pérez-Sauquillo Muñoz, Carmen*, ¿Son los delitos cumulativos la respuesta para la protección penal del medio ambiente y otros bienes jurídicos supraindividuales?, Revista de Derecho Penal (dir. Donna), 2022-1: Derecho Penal ambiental, pp. 55-114.
- Pérez-Sauquillo Muñoz, Carmen*, Eine Theorie der kollektiven Rechtsgüter: Überlegungen anhand der öffentlichen Gesundheit, Goltdammer's Archiv für Strafrecht, 6/2021, pp. 328-339. Versión en español, actualizada y ampliada: Una teoría sobre los bienes jurídicos colectivos: reflexiones al hilo del ejemplo de la salud pública, Libertas, 11, 2022, pp. 304-322.
- Roso Cañadillas, Raquel*, El profesional del art. 196 CP: denegación de asistencia sanitaria o abandono de servicios sanitarios. En: Gómez Martín, Víctor*/Bolea Bardon, Carolina/Gallego Soler, José Ignacio/Hortal Ibarra, Juan Carlos/Joshi Jubert, Ujala (Dirs.). Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo, t. II, Ed. Boletín Oficial del Estado (BOE), Madrid, 2022, pp. 1373-1388. Disponible aquí.
- Roso Cañadillas, Raquel*, ¿La punibilidad de la participación imprudente? Comentario a la STS 351/2020 de 25 de junio, InDret, 1, 2022, pp. 499-513. También en:
- Roxin, Claus/Greco, Luís*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre, 5.ª ed., C.H. Beck, 2020.
- Sanz Morán, Ángel*, A propósito de la denominada "alevosía frustrada", Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal, 66, 2022, pp. 13-15.
- Sanz Morán, Ángel*, Una reforma inaplazable. El nuevo *status* procesal del inimputable en el Anteproyecto de LECrim. de 2020, en: Gómez Martín,

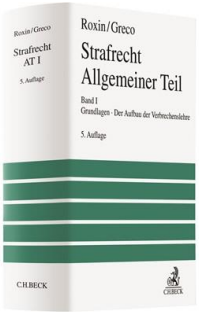
Víctor*/Bolea Bardon, Carolina/Gallego Soler, José Ignacio/Hortal Ibarra, Juan Carlos/Joshi Jubert, Ujala (Dirs.). Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo, t. II, Ed. Boletín Oficial del Estado (BOE), Madrid, 2022, pp. 1593-1605. Disponible aquí.

- Sanz Morán, Ángel*, Los denominados "automatismos legislativos": ¿categoría trasladable a España?, en Santana Vega, Dulce M./Fernández Bautista, Silvia/Cardenal Montraveta, Sergi/Carpio Briz, David I./Castellvi Monserrat, Carlos (dirs.)., Una perspectiva global del Derecho penal. Libro Homenaje al Prof. Dr. Joan J. Queralt Jiménez, Barcelona, Atelier, 2022, pp. 95-104.
- Sanz Morán, Ángel*, Cervantes en la cárcel de Valladolid, en: Libro Homenaje al Profesor Luis Arroyo Zapatero: un Derecho Penal humanista (coords.: de Vicente/Gómez Iniesta/Martín López/Muñoz de Morales Romero/Nieto Martín), vol. I, Madrid, BOE, 2021, pp. 649 ss. Disponible aquí.
- Sotomayor Acosta, Juan Oberto* (dir.), Revista Nuevo Foro Penal, 99, 2022 (accesible aquí).

- Trapero Barreales, María A.*, ¿Son punibles los daños informáticos imprudentes?: el estado de la cuestión. En: Gómez Martín, Víctor*/Bolea Bardon, Carolina/Gallego Soler, José Ignacio/Hortal Ibarra, Juan Carlos/Joshi Jubert, Ujala (Dirs.). Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo, t. II, Ed. Boletín Oficial del Estado (BOE), Madrid, 2022, pp. 1423-1432. Disponible aquí.

(ii) Socios (con asterisco los socios):

- Roxin, Claus*/Greco, Luís, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre, 5.ª ed., C.H. Beck, 2020.



- Roxin, Claus*, La teoría del delito en la discusión actual, t. I y II, 3.ª ed. Breña, Instituto Pacífico, 2021.
- Abanto Vásquez, Manuel*, Autoblanqueo de capitales y su relación con la defraudación tributaria, en: Libro Homenaje al Profesor Luis Arroyo Zapatero: un Derecho Penal humanista (coords.: de Vicente/Gómez Iniesta/Martín López/Muñoz de Morales Romero/Nieto Martín), vol. II, Madrid, BOE, 2021, pp. 1179 ss. Disponible aquí.
- Abel Souto, Miguel*, El nuevo tipo agravado de blanqueo en el ejercicio profesional de los obligados por la normativa de prevención, incorporado por la Ley Orgánica 6/2021, y los proveedores de servicios de cambio de moneda virtual y de custodia de monederos electrónicos. En: Gómez Martín, Víctor/Bolea Bardon, Carolina*/Gallego Soler, José Ignacio*/Hortal Ibarra, Juan Carlos*/Joshi Jubert, Ujala (Dirs.). Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo, t. II, Ed. Boletín Oficial del Estado (BOE), Madrid, 2022, pp. 975-988.
- Acale Sánchez, María*, De la *santa hermandad*, al *santo reproche:* reflexiones en torno a la aflictividad del catálogo de penas, en: Libro Homenaje al Profesor Luis Arroyo Zapatero: un Derecho Penal humanista (coords.: de Vicente/Gómez Iniesta/Martín López/Muñoz de Morales Romero/Nieto Martín), vol. II, Madrid, BOE, 2021, pp. 777 ss. Disponible aquí.
- Aguilar Cárceles, Marta María*. Derecho Penal y adicciones sin sustancia. Estudio de la relación entre la conducta delictiva y el juego patológico, Ed. Reus, Madrid, 2022.
- Aller Maisonnave, Germán*, Acerca del Derecho victimal. En: Gómez Martín, Víctor/Bolea Bardon, Carolina*/Gallego Soler, José Ignacio*/Hortal Ibarra, Juan Carlos*/Joshi Jubert, Ujala (Dirs.). Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo, t. I, Ed. Boletín Oficial del Estado (BOE), Madrid, 2022, pp. 33-46.
- Alpaca Pérez, Alfredo*. Teoría de las normas e injusto penal, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2022.
- Álvarez García, Francisco Javier*/Ventura Püschel, Arturo, Política criminal y sexo: a vueltas con la criminalización de la prostitución (consentida), en: Libro Homenaje al Profesor Luis Arroyo Zapatero: un Derecho Penal humanista (coords.: de Vicente/Gómez Iniesta/Martín López/Muñoz de Morales Romero/Nieto Martín), vol. II, Madrid, BOE, 2021, pp. 1219 ss. Disponible aquí.
- Álvarez García, Francisco Javier* (dir.). Tratado de Derecho penal español. Parte especial. T.I: delitos contra las personas, 3.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.
- Álvarez García, Francisco Javier* (dir.). Tratado de Derecho penal español. Parte especial. T.VI: delitos contra el orden público (II), Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.

- Arroyo Zapatero, Luis*, Política criminal humanista para la sociedad contemporánea, Cuenca, Universidad de Castilla-La Mancha, 2021. Disponible aquí.
- Arroyo Zapatero, Luis*, La «conspiracy» norteamericana y los límites de la leal cooperación jurídica internacional. Una cuestión de garantías penales. El ejemplo de Nuremberg, en: Las garantías penales: un homenaje a Javier Boix Reig (coords.: Jareño Leal*/Mira Benavent/Doval País*/Juanatey Dorado/Lloria García/Moreno Alcázar/Aguado López/Anarte Borrallo), Madrid, Iustel, 2021.
- Bacigalupo Saggese, Silvina*, El cambio de paradigma de la gobernanza empresarial: su incidencia en los deberes de los administradores y en la responsabilidad penal. En: Gómez Martín, Víctor/Bolea Bardon, Carolina*/Gallego Soler, José Ignacio*/Hortal Ibarra, Juan Carlos*/Joshi Jubert, Ujala (Dirs.). Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo, t. I, Ed. Boletín Oficial del Estado (BOE), Madrid, 2022, pp. 419-434. Disponible aquí.
- Bacigalupo Saggese, Silvina*, Delitos contra la Hacienda Pública Fiscal, Seguridad Social y subvenciones, Ed. Lefebvre, Madrid, 2022.
- Bacigalupo Saggese, Silvina*, Las funciones del compliance officer: independencia, facultades de investigación y responsabilidad penal, en: El Derecho penal en el siglo XXI: Liber Amicorum en honor al profesor José Miguel Zugaldía Espinar (dir.: Marín de Espinosa Ceballos), Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 49 ss.
- Barquín Sanz, Jesús*, Acerca de las penas interdictivas en el subsistema punitivo de las personas jurídicas. En: Gómez Martín, Víctor/Bolea Bardon, Carolina*/Gallego Soler, José Ignacio*/Hortal Ibarra, Juan Carlos*/Joshi Jubert, Ujala (Dirs.). Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo, t. I, Ed. Boletín Oficial del Estado (BOE), Madrid, 2022, pp. 445-457. Disponible aquí.
- Basso, Gonzalo J.*, The relevance of mandatory minimum penalties: an introduction with reference to precursor crimes of terrorism in Spain, en: Walker, Clive/Llobet Anglí, Mariona/Cancio Meliá, Manuel* (eds.), Precursor Crimes of Terrorism: the Criminalisation of Terrorism Risk in Comparative Perspective, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2021, pp. 292 ss. Más información sobre la obra, aquí.
- Benítez Ortúzar, Ignacio*, La "privación del ejercicio del derecho de sufragio pasivo" como consecuencia de una sentencia penal desvinculada del delito cometido: los devastadores efectos extrapenales de una sanción que no requiere motivación. En: Gómez Martín, Víctor/Bolea Bardon, Carolina*/Gallego Soler, José Ignacio*/Hortal Ibarra, Juan Carlos*/Joshi Jubert, Ujala (Dirs.). Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy

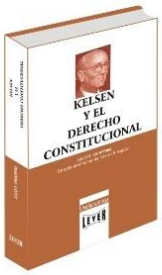
Bidasolo, t. I, Ed. Boletín Oficial del Estado (BOE), Madrid, 2022, pp. 459-471. Disponible aquí.

- Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio*, Los retos del Derecho penal internacional en la Amazonia brasileña, en: Libro Homenaje al Profesor Luis Arroyo Zapatero: un Derecho Penal humanista (coords.: de Vicente/Gómez Iniesta/Martín López/Muñoz de Morales Romero/Nieto Martín), vol. II, Madrid, BOE, 2021, pp. 1235 ss. Disponible aquí.
- Berríos Díaz, Gonzalo*, El quebrantamiento de condena en la Ley de Responsabilidad Penal del Adolescente, Política Criminal, vol. 17, núm. 33, 2022, pp. 89-109.
- Boix Reig, Javier*, Derecho Penal: Parte Especial, Volumen II: Delitos económicos, Madrid, Iustel Publicaciones, 2020.
- Boldova Pasamar, Miguel Ángel*, Menores de edad penalmente responsables de delitos sexuales. En: Gómez Martín, Víctor/Bolea Bardon, Carolina*/Gallego Soler, José Ignacio*/Hortal Ibarra, Juan Carlos*/Joshi Jubert, Ujala (Dirs.). Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo, t. II, Ed. Boletín Oficial del Estado (BOE), Madrid, 2022, pp. 1023-1036. Disponible aquí.
- Bolea Bardón, Carolina*, ¿Cuestiona la agravación del quebrantamiento de condena por razón de género el principio de responsabilidad por el hecho? En: Gómez Martín, Víctor/Bolea Bardon, Carolina*/Gallego Soler, José Ignacio*/Hortal Ibarra, Juan Carlos*/Joshi Jubert, Ujala (Dirs.). Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo, t. II, Ed. Boletín Oficial del Estado (BOE), Madrid, 2022, pp. 1037-1046. Disponible aquí.
- Cancio Meliá, Manuel/Pantaleón Díaz, Marta*, Derecho Penal y coronavirus: algunos problemas de imputación, Anuario de la Facultad de Derecho de la Univ. Autónoma de Madrid, 2, 2021, pp. 239-254.
- Carbonell Mateu, Juan Carlos*/Martínez Garay, Lucía (dirs.), Derecho Penal y orden constitucional. Límites de los derechos políticos y reformas pendientes, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.
- Carbonell Mateu, Juan Carlos*, LORE: una ley emanada de la dignidad, en: El Derecho penal en el siglo XXI: Liber Amicorum en honor al profesor José Miguel Zugaldía Espinar (dir.: Marín de Espinosa Ceballos), Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 671 ss.
- Carbonell Mateu, Juan Carlos*, Derecho a amar y libertad para morir, en: Libro Homenaje al Profesor Luis Arroyo Zapatero: un Derecho Penal humanista (coords.: de Vicente/Gómez Iniesta/Martín López/Muñoz de Morales Romero/Nieto Martín), vol. II, Madrid, BOE, 2021, pp. 1275 ss. Disponible aquí.

- Cardenal Montraveta, Sergi*, La responsabilidad penal de los menores, 2ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.
- Cardenal Montraveta, Sergi*, La valoración de la situación económica del penado al determinar el importe de la multa. En: Gómez Martín, Víctor/Bolea Bardon, Carolina*/Gallego Soler, José Ignacio*/Hortal Ibarra, Juan Carlos*/Joshi Jubert, Ujala (Dirs.). Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo, t. I, Ed. Boletín Oficial del Estado (BOE), Madrid, 2022, pp. 503-514. Disponible aquí.
- Carpio Briz, David*, Estrategias de seguridad nacional y política criminal: un proyecto conceptual de integración. En: Gómez Martín, Víctor/Bolea Bardon, Carolina*/Gallego Soler, José Ignacio*/Hortal Ibarra, Juan Carlos*/Joshi Jubert, Ujala (Dirs.). Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo, t. I, Ed. Boletín Oficial del Estado (BOE), Madrid, 2022, pp. 47-62. Disponible aquí.
- Carpio Delgado, Juana*/Holgado González, M. (dirs.). Delitos de opinión y libertad de expresión: un análisis interdisciplinar. Cuestiones de la parte general de los delitos de opinión, Pamplona, Aranzadi, 2021.
- Castellví Monserrat, Carlos*, ¿Prohibir el enaltecimiento del terrorismo vulnera la libertad de expresión? En: Gómez Martín, Víctor/Bolea Bardon, Carolina*/Gallego Soler, José Ignacio*/Hortal Ibarra, Juan Carlos*/Joshi Jubert, Ujala (Dirs.). Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo, t. II, Ed. Boletín Oficial del Estado (BOE), Madrid, 2022, pp. 1047-1057. Disponible aquí.
- Chiappini, Julio E.*, El delito de concierto para delinquir, Bogotá, Leyer, 2022.

- Chiappini, Julio E.*, Delitos contra el patrimonio cultural sumergido. Tesoros y naufragios en el mar colombiano, Leyer, Bogotá, 2022.

- Chiappini, Julio E.*, Kelsen y el Derecho constitucional, Bogotá, Leyer, 2021.



- Chiappini, Julio E.*, Falso testimonio y soborno a testigos, Bogotá, Leyer, 2021.

- Chiappini, Julio E.*, El delito de violación de domicilio, Buenos Aires, Di Plácido, 2021.
- Coca Vila, Ivó*, Strafrechtliche Pflichtenkollision als Institut der Maximierung der Zahl der Überlebenden, Goltdammer's Archiv für Strafrecht, 8/2021, pp. 446-461.
- Coca Vila, Ivó*, Triaje y colisión de deberes jurídico-penal: Una crítica al giro utilitarista, InDret, 1/2021.
- Coca Vila, Ivó*/Pantaleón Díaz, Marta*, Lo intransferible y lo asegurable en el sistema de responsabilidad de los administradores societarios: un estudio sobre los límites de orden público a los seguros D&O, Anuario de Derecho Civil, 74-1, 2021.
- Cruz Blanca, María José*. Determinación y aplicación de la pena de prisión en sentido estricto. Teoría y práctica judicial, Ed. Dykinson, Madrid, 2022.
- Demetrio Crespo, Eduardo* (dir.), Derecho penal y comportamiento humano. Avances desde la neurociencia y la inteligencia artificial, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

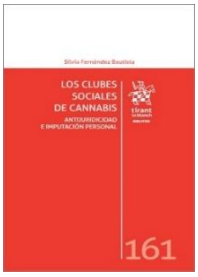
- Demetrio Crespo, Eduardo*, Sedaciones paliativas y responsabilidad penal. En: Gómez Martín, Víctor/Bolea Bardon, Carolina*/Gallego Soler, José Ignacio*/Hortal Ibarra, Juan Carlos*/Joshi Jubert, Ujala (Dirs.). Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo, t. I,

Ed. Boletín Oficial del Estado (BOE), Madrid, 2022, pp. 117-128. Disponible aquí.

- Demetrio Crespo, Eduardo*, Espíritu del tiempoy Derecho penal, en: Libro Homenaje al Profesor Luis Arroyo Zapatero: un Derecho Penal humanista (coords.: de Vicente/Gómez Iniesta/Martín López/Muñoz de Morales Romero/Nieto Martín), vol. I, Madrid, BOE, 2021, pp. 125 ss. Disponible aquí.
- Díaz Arana, Andrés Felipe*, El fundamento de la irrelevancia penal de la actuación médico-sanitaria. En: Gómez Martín, Víctor/Bolea Bardon, Carolina*/Gallego Soler, José Ignacio*/Hortal Ibarra, Juan Carlos*/Joshi Jubert, Ujala (Dirs.). Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo, t. I, Ed. Boletín Oficial del Estado (BOE), Madrid, 2022, pp. 529-539. Disponible aquí.
- Dopico Gómez-Aller, Jacobo*, ¿Responsabilidad penal de personas jurídicas por absorción de sociedades? A la vez, algunas consideraciones constitucionales al hilo del caso Santander-Popular (SAN nº 246/2019, de 39 de abril). En: Gómez Martín, Víctor/Bolea Bardon, Carolina*/Gallego Soler, José Ignacio*/Hortal Ibarra, Juan Carlos*/Joshi Jubert, Ujala (Dirs.). Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo, t. I, Ed. Boletín Oficial del Estado (BOE), Madrid, 2022, pp. 573-588. Disponible aquí.
- Dopico Gómez-Aller, Jacobo*, Omisión de impedir delitos y accesoriedad respecto del delito no impedido, en: Libro Homenaje al Profesor Luis Arroyo Zapatero: un Derecho Penal humanista (coords.: de Vicente/Gómez Iniesta/Martín López/Muñoz de Morales Romero/Nieto Martín), vol. I, Madrid, BOE, 2021, pp. 161 ss. Disponible aquí.
- Doval País, Antonio*, El trastorno mental sobrevenido: antecedente, problemas y previsiones del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal. En: Gómez Martín, Víctor/Bolea Bardon, Carolina*/Gallego Soler, José Ignacio*/Hortal Ibarra, Juan Carlos*/Joshi Jubert, Ujala (Dirs.). Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo, t. I, Ed. Boletín Oficial del Estado (BOE), Madrid, 2022, pp. 589-599. Disponible aquí.
- Faraldo Cabana, Patricia*, ¿Es aplicable el reconocimiento mutuo de resoluciones de libertad vigilada a los trabajos en beneficio de la comunidad?, en: El Derecho penal en el siglo XXI: Liber Amicorum en honor al profesor José Miguel Zugaldía Espinar (dir.: Marín de Espinosa Ceballos), Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 211 ss.
- Faraldo Cabana, Patricia*, La agravación de los delitos contra la libertad sexual por ser o haber sido el autor esposo o pareja de la víctima, en: Libro Homenaje al Profesor Luis Arroyo Zapatero: un Derecho Penal humanista (coords.: de Vicente/Gómez Iniesta/Martín López/Muñoz de Morales Romero/Nieto Martín), vol. II, Madrid, BOE, 2021, pp. 1369 ss. Disponible aquí.
- Feijoo Sánchez, Bernardo*, El Derecho penal de la culpabilidad ante el neurodeterminismo. En: Gómez Martín, Víctor/Bolea Bardon, Carolina*/Gallego

Soler, José Ignacio*/Hortal Ibarra, Juan Carlos*/Joshi Jubert, Ujala (Dirs.). Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo, t. I, Ed. Boletín Oficial del Estado (BOE), Madrid, 2022, pp. 601-613. Disponible aquí.

- Feijoo Sánchez, Bernardo*, Imputación objetiva en el Derecho penal económico y de la empresa, Santiago de Chile, E.J. Olejnik, 2021.
- Feijoo Sánchez, Bernardo*, La corrupción pública en actividades económicas internacionales del art.286 ter del Código Penal como delito contra el mercado, Pamplona, Aranzadi, 2021
- Feijoo Sánchez, Bernardo*, La pena en la ley: ¿conminación o comunicación con ciudadanos?, en: Libro Homenaje al Profesor Luis Arroyo Zapatero: un Derecho Penal humanista (coords.: de Vicente/Gómez Iniesta/Martín López/Muñoz de Morales Romero/Nieto Martín), vol. II, Madrid, BOE, 2021, pp. 853 ss. Disponible aquí.
- Fernández Bautista, Silvia*, El cultivo compartido de Cannabis: una cuestión no resuelta. En: Gómez Martín, Víctor/Bolea Bardon, Carolina*/Gallego Soler, José Ignacio*/Hortal Ibarra, Juan Carlos*/Joshi Jubert, Ujala (Dirs.). Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo, t. II, Ed. Boletín Oficial del Estado (BOE), Madrid, 2022, pp. 1125-1134. Disponible aquí.
- Fernández Bautista, Silvia*, Los Clubes Sociales de Cannabis. Antijuridicidad e Imputación Personal, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.



- Fernández Teruelo, Javier Gustavo*/García Amez, Javier*/Fernández-Rivera González, Paz (dirs.). Nuevas formas de prevención y respuesta jurídico-social frente a la violencia de género, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2022.
- Fernández Teruelo, Javier Gustavo*, Clásicas y nuevas conductas fraudulentas ejecutadas en la red y su subsunción en los tipos de estafa y estafa informática contenidos en el Código penal. En: Gómez Martín, Víctor/Bolea Bardon, Carolina*/Gallego Soler, José Ignacio*/Hortal Ibarra, Juan Carlos*/Joshi Jubert, Ujala (Dirs.). Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo, t. II, Ed. Boletín Oficial del Estado (BOE), Madrid, 2022, pp. 1135-1149. Disponible aquí.
- Fernández Teruelo, Javier*/Fonseca Fortes-Furtado, Regina*, Violencia de género: retos pendientes y nuevos desafíos, Pamplona, Aranzadi, 2021.

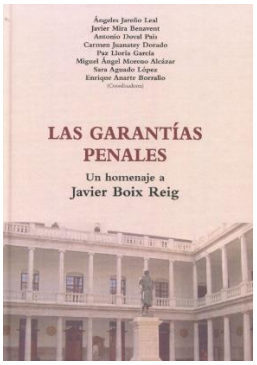
- Figueiredo Dias, Jorge de*/Aires de Sousa, Susana, O objeto da audiência no processo penal português, en: Libro Homenaje al Profesor Luis Arroyo Zapatero: un Derecho Penal humanista (coords.: de Vicente/Gómez Iniesta/Martín López/Muñoz de Morales Romero/Nieto Martín), vol. II, Madrid, BOE, 2021, pp. 1799 ss. Disponible aquí.
- Foffani, Luigi*, El "whistleblowing": un nuevo instrumento en la lucha contra la corrupción: la experiencia italiana en el marco del Derecho europeo. En: Gómez Martín, Víctor/Bolea Bardon, Carolina*/Gallego Soler, José Ignacio*/Hortal Ibarra, Juan Carlos*/Joshi Jubert, Ujala (Dirs.). Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo, t. I, Ed. Boletín Oficial del Estado (BOE), Madrid, 2022, pp. 145-157. Disponible aquí.
- Foffani, Luigi*, Luis Arroyo y la *société internationale de defense sociale*, en: Libro Homenaje al Profesor Luis Arroyo Zapatero: un Derecho Penal humanista (coords.: de Vicente/Gómez Iniesta/Martín López/Muñoz de Morales Romero/Nieto Martín), vol. II, Madrid, BOE, 2021, pp. 873 ss. Disponible aquí.
- Fuente Honrubia, Fernando*/Puente Segura, Leopoldo*, Violencia de género: Aspectos jurídico-penales fundamentales, 2.ª ed., Madrid, CEF, 2021.
- Fuente Honrubia, Fernando* (dir.). Violencia de género: Aspectos penales y civiles, Madrid, Sepin, 2021
- Gallego Soler, José Ignacio*, Investigaciones internas corporativas: de la práctica a la teoría. En: Gómez Martín, Víctor/Bolea Bardon, Carolina*/Gallego Soler, José Ignacio*/Hortal Ibarra, Juan Carlos*/Joshi Jubert, Ujala (Dirs.). Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo, t. II, Ed. Boletín Oficial del Estado (BOE), Madrid, 2022, pp. 1151-1165. Disponible aquí.
- García, Víctor-Hugo*, Auge y ¿caída? Del Derecho Penitenciario Sueco. La Ley Penitenciaria de 1974: surgimiento, aplicación e influencia en España, en: Mata y Martín, Ricardo (dir.)*, Las Prisiones Españolas durante la Transición, Granada, Editorial Comares, 2022, pp. 343-354.
- García Arán, Mercedes*, Punibilidad, procedibilidad y reparacion en la delincuencia económica, en: El Derecho penal en el siglo XXI: Liber Amicorum en honor al profesor José Miguel Zugaldía Espinar (dir.: Marín de Espinosa Ceballos), Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 227 ss.
- García Arán, Mercedes*, Las prerrogativas parlamentarias en el siglo XXI, en: Libro Homenaje al Profesor Luis Arroyo Zapatero: un Derecho Penal humanista (coords.: de Vicente/Gómez Iniesta/Martín López/Muñoz de Morales Romero/Nieto Martín), vol. I, Madrid, BOE, 2021, pp. 229 ss. Disponible aquí.
- García Arán, Mercedes*, Legalidad y seguridad jurídica en el Derecho penal postmoderno, en: Las garantías penales: un homenaje a Javier Boix Reig (coords.:

Jareño Leal*/Mira Benavent/Doval País*/Juanatey Dorado/Lloria García/Moreno Alcázar/Aguado López/Anarte Borrallo), Madrid, Iustel, 2021.

- Garcías Planas, Gabriel*, Algunos aspectos del principio de legalidad y garantías que de él se desprenden, en: Las garantías penales: un homenaje a Javier Boix Reig (coords.: Jareño Leal*/Mira Benavent/Doval País*/Juanatey Dorado/Lloria García/Moreno Alcázar/Aguado López/Anarte Borrallo), Madrid, Iustel, 2021.
- García Rivas, Nicolás*, El «programa penal de la Constitución» de Arroyo Zapatero: una cuestión de principios, en: Libro Homenaje al Profesor Luis Arroyo Zapatero: un Derecho Penal humanista (coords.: de Vicente/Gómez Iniesta/Martín López/Muñoz de Morales Romero/Nieto Martín), vol. I, Madrid, BOE, 2021, pp. 261 ss. Disponible aquí.
- García Rivas, Nicolás*, Reflexiones sobre la minoría de edad para consentir en el Derecho penal sexual, en: Las garantías penales: un homenaje a Javier Boix Reig (coords.: Jareño Leal*/Mira Benavent/Doval País*/Juanatey Dorado/Lloria García/Moreno Alcázar/Aguado López/Anarte Borrallo), Madrid, Iustel, 2021.
- Gómez Colomer, Juan Luis*, Política criminal, dogmática procesal penal y pragmatismo, en: Libro Homenaje al Profesor Luis Arroyo Zapatero: un Derecho Penal humanista (coords.: de Vicente/Gómez Iniesta/Martín López/Muñoz de Morales Romero/Nieto Martín), vol. II, Madrid, BOE, 2021, pp. 1821 ss. Disponible aquí.
- Gómez Martín, Víctor/Bolea Bardon, Carolina*/Gallego Soler, José Ignacio*/Hortal Ibarra, Juan Carlos*/Joshi Jubert, Ujala (Dirs.). Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo, Ed. Boletín Oficial del Estado (BOE), Madrid, 2022. Disponible aquí.
- Gómez Navajas, Justa*, La perspectiva de género en Derecho penal, en: El Derecho penal en el siglo XXI: Liber Amicorum en honor al profesor José Miguel Zugaldía Espinar (dir.: Marín de Espinosa Ceballos), Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 247 ss.
- González Cussac, José Luis*/Orts Berenguer, Enrique, Compendio de Derecho penal, Parte general, 9.ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.
- González Cussac, José Luis* (Coord.). Derecho penal. Parte especial, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.
- González Cussac, José L.*, La expansión de la categoría de seguridad nacional. En: Gómez Martín, Víctor/Bolea Bardon, Carolina*/Gallego Soler, José Ignacio*/Hortal Ibarra, Juan Carlos*/Joshi Jubert, Ujala (Dirs.). Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo, t. I, Ed. Boletín Oficial del Estado (BOE), Madrid, 2022, pp. 159-168. Disponible aquí.
- González Cussac, José L.*, Modelo legal de doble vía: los dos hechos de conexión, en: El Derecho penal en el siglo XXI: Liber Amicorum en honor al profesor José Miguel Zugaldía Espinar (dir.: Marín de Espinosa Ceballos), Valencia, Tirant lo

Blanch, 2021, pp. 87 ss.

- González Cussac, José L.*, Hacia la construcción de un Derecho penal económico europeo, en: Libro Homenaje al Profesor Luis Arroyo Zapatero: un Derecho Penal humanista (coords.: de Vicente/Gómez Iniesta/Martín López/Muñoz de Morales Romero/Nieto Martín), vol. I, Madrid, BOE, 2021, pp. 311 ss. Disponible aquí.
- Guzmán Dálbora, José Luis*, Demagogia, Derecho penal y corrupción. En: Gómez Martín, Víctor/Bolea Bardon, Carolina*/Gallego Soler, José Ignacio*/Hortal Ibarra, Juan Carlos*/Joshi Jubert, Ujala (Dirs.). Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo, t. I, Ed. Boletín Oficial del Estado (BOE), Madrid, 2022, pp. 159-168. Disponible aquí.
- Hortal Ibarra, Juan Carlos*, ¿Por qué los llaman delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros cuando, siempre, quisieron reforzar el control estatal sobre los flujos migratorios irregulares (art. 318 bis CP)? En: Gómez Martín, Víctor/Bolea Bardon, Carolina*/Gallego Soler, José Ignacio*/Hortal Ibarra, Juan Carlos*/Joshi Jubert, Ujala (Dirs.). Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo, t. II, Ed. Boletín Oficial del Estado (BOE), Madrid, 2022, pp. 1179-1194. Disponible aquí.
- Jareño Leal*/Mira Benavent/Doval País*/Juanatey Dorado/Lloria García/Moreno Alcázar/Aguado López/Anarte Borrallo (coords.), Las garantías penales: un homenaje a Javier Boix Reig, Madrid, Iustel, 2021.



- Leite, Alaor*, Die strafrechtliche Begriffsbildung zwischen Legalitat und Moralitat. Entmoralisierung des Strafrechts als permanente Aufgabe, Goltdammer's Archiv für Strafrecht, 5/2021, pp. 278-282.
- Luzón Cuesta, J.M.*, Compendio de Derecho Penal: Parte General, 26.ª ed. Luzón Cánovas, A./Luzón Cánovas, M. (colabs.), Madrid, Dykinson, 2021.
- Luzón Peña, Diego-Manuel/Díaz y García Conlledo, Miguel (dirs.)/de Vicente Remesal, Javier/Paredes Castañón, José Manuel/Olaizola Nogales, Inés/Trapero Barreales, María A. (coords..), Código Penal y legislación complementaria, 8.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*, Cardona Cardona*, Serrano Suárez*, Ramos Martínez*, Cantillo Arcón*,

Molina Álvarez*, Alemán Aróstegui, Barrientos Pérez*. Madrid, Reus, 2021, 942 pp.

- Martínez-Bujan Pérez, Carlos*, Derecho penal económico y de la empresa. Parte general, 6ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.
- Martínez-Bujan Pérez, Carlos*, El principio de culpabilidad y su fundamento. En: Gómez Martín, Víctor/Bolea Bardon, Carolina*/Gallego Soler, José Ignacio*/Hortal Ibarra, Juan Carlos*/Joshi Jubert, Ujala (Dirs.). Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo, t. I, Ed. Boletín Oficial del Estado (BOE), Madrid, 2022, pp. 713-724. Disponible aquí.
- Martínez-Buján Pérez, Carlos*, El especial elemento subjetivo de la justificación en las causas mutiladas de dos actos: en el ejemplo de la detención practicada por un particular (una nueva visión desde la perspectiva de la concepción significativa), en: El Derecho penal en el siglo XXI: Liber Amicorum en honor al profesor José Miguel Zugaldía Espinar (dir.: Marín de Espinosa Ceballos), Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 267 ss.
- Martínez-Buján Pérez, Carlos*, Elementos subjetivos en la antijuridicidad, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.
- Martínez-Buján Pérez, Carlos*, Algunas observaciones sobre la parte general de la propuesta de eurodelitos, en: Libro Homenaje al Profesor Luis Arroyo Zapatero: un Derecho Penal humanista (coords.: de Vicente/Gómez Iniesta/Martín López/Muñoz de Morales Romero/Nieto Martín), vol. II, Madrid, BOE, 2021, pp. 1579 ss. Disponible aquí.
- Mata y Martín, Ricardo M.* Procesos, condena y ejecución del obispo comunero Antonio de Acuña, en: El Derecho penal en el siglo XXI: Liber Amicorum en honor al profesor José Miguel Zugaldía Espinar (dir.: Marín de Espinosa Ceballos), Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 615 ss.
- Mata y Martín, Ricardo M.* (dir.), Reinserción y prisión, Barcelona, Bosch, 2021.
- Mata y Martín, Ricardo M.*, La pena y su ejecución en el correccionalismo español, en: Libro Homenaje al Profesor Luis Arroyo Zapatero: un Derecho Penal humanista (coords.: de Vicente/Gómez Iniesta/Martín López/Muñoz de Morales Romero/Nieto Martín), vol. II, Madrid, BOE, 2021, pp. 1013 ss. Disponible aquí.
- Mir Puig, Carlos*, Derecho penitenciario. El cumplimiento de la pena privativa de libertad, 5ª ed., Ed. Atelier, Barcelona, 2022
- Mir Puig, Carlos*, El delito de enriquecimiento ilícito o injusto. En: Gómez Martín, Víctor/Bolea Bardon, Carolina*/Gallego Soler, José Ignacio*/Hortal Ibarra, Juan Carlos*/Joshi Jubert, Ujala (Dirs.). Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo, t. II, Ed. Boletín Oficial del Estado (BOE), Madrid, 2022, pp. 1245-1257. Disponible aquí.

- Miró Llinares, Fernando*, El progreso de la dogmática penal (y sus problemas). Aproximación a la estructura de la evolución de la dogmática penal, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.
- Miró Llinares, Fernando*, ¿Revoluciones científicas en el Derecho penal? En: Gómez Martín, Víctor/Bolea Bardon, Carolina*/Gallego Soler, José Ignacio*/Hortal Ibarra, Juan Carlos*/Joshi Jubert, Ujala (Dirs.). Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo, t. I, Ed. Boletín Oficial del Estado (BOE), Madrid, 2022, pp. 725-735. Disponible aquí.
- Miró Llinares, Fernando*, Twitter after Charlie Hebdo and the Paris Bataclan attacks: identifying and measuring the different types of violent speech on the internet, en: Walker, Clive/Llobet Anglí, Mariona/Cancio Meliá, Manuel* (eds.), Precursor Crimes of Terrorism: the Criminalisation of Terrorism Risk in Comparative Perspective, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2021, pp. 113 ss. Más información sobre la obra, aquí.
- Morillas Cueva, Lorenzo*, La complicada distinción entre la imprudencia grave y menos grave en los delitos de homicidio y lesiones. En: Gómez Martín, Víctor/Bolea Bardon, Carolina*/Gallego Soler, José Ignacio*/Hortal Ibarra, Juan Carlos*/Joshi Jubert, Ujala (Dirs.). Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo, t. I, Ed. Boletín Oficial del Estado (BOE), Madrid, 2022, pp. 771-785. Disponible aquí.
- Morillas Cueva, Lorenzo* (dir)./Benítez Ortúzar, Ignacio F.*/Rosal Blasco, Bernardo del*/Olmedo Cardenete, Miguel/Peris Riera, Jaime M./Sáinz-Cantero Caparrós, José Eduardo*, Sistema de Derecho penal: Parte Especial, 4.ª ed., Madrid, Dykinson, 2021.
- Morillas Cueva, Lorenzo*, (dir.). Respuestas jurídicas frente a la corrupción política, Madrid, Dykinson, 2021.
- Morillas Cueva, Lorenzo*, De la concreción conceptual y alcance del concurso de leyes penales, en: El Derecho penal en el siglo XXI: Liber Amicorum en honor al profesor José Miguel Zugaldía Espinar (dir.: Marín de Espinosa Ceballos), Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 267 ss.
- Morillas Cueva, Lorenzo*, La compleja interpretación del término «a sabiendas» en la prevaricación administrativa, en: Libro Homenaje al Profesor Luis Arroyo Zapatero: un Derecho Penal humanista (coords.: de Vicente/Gómez Iniesta/Martín López/Muñoz de Morales Romero/Nieto Martín), vol. II, Madrid, BOE, 2021, pp. 1625 ss. Disponible aquí.
- Muñoz Conde, Francisco*. Teoría general del delito, 5ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.
- Muñoz Conde, Francisco*/López Peregrín, Carmen, Derecho Penal, Parte Especial, 24.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2022.
- Muñoz Conde, Francisco*, Abogados y profesores en los juicios de Nuremberg, en:

Libro Homenaje al Profesor Luis Arroyo Zapatero: un Derecho Penal humanista (coords.: de Vicente/Gómez Iniesta/Martín López/Muñoz de Morales Romero/Nieto Martín), vol. I, Madrid, BOE, 2021, pp. 463 ss. Disponible aquí.

- Muñoz Conde, Francisco*/López Peregrín, Carmen, Derecho Penal, Parte Especial, 23.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.
- Muñoz Conde, Francisco*, La difícil «objetivación» de los elementos subjetivos del delito, en: Las garantías penales: un homenaje a Javier Boix Reig (coords.: Jareño Leal*/Mira Benavent/Doval País*/Juanatey Dorado/Lloria García/Moreno Alcázar/Aguado López/Anarte Borrallo), Madrid, Iustel, 2021.
- Núñez Paz, Miguel Ángel*, Evolución histórica del tratamiento del suicidio en el Derecho penal español hasta el advenimiento de la Segunda República española, en: Libro Homenaje al Profesor Luis Arroyo Zapatero: un Derecho Penal humanista (coords.: de Vicente/Gómez Iniesta/Martín López/Muñoz de Morales Romero/Nieto Martín), vol. II, Madrid, BOE, 2021, pp. 1645 ss. Disponible aquí.
- Oliver Calderón, Guillermo*, Juicio crítico sobre la delación compensada en el Derecho penal chileno. En: Gómez Martín, Víctor/Bolea Bardon, Carolina*/Gallego Soler, José Ignacio*/Hortal Ibarra, Juan Carlos*/Joshi Jubert, Ujala (Dirs.). Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo, t. II, Ed. Boletín Oficial del Estado (BOE), Madrid, 2022, pp. 1289-1303. Disponible aquí.
- Pantaleón Díaz, Marta*. Delito y responsabilidad civil extracontractual. Una dogmática comparada, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2022.
- Pantaleón Díaz, Marta*, Adiós a la esterilización de personas con discapacidad: ¿La echaremos de menos?, Diario La Ley, 9773, 2021.
- Pantaléon Díaz, Marta*/Puente Rodríguez, Leopoldo* (dirs.)/Basso, Gonzalo* (coord.). Casos de la Parte General del Derecho penal hechos por y para los estudiantes, León, Eolas, 2021.
- Pérez Cepeda, Ana Isabel*, Delitos contra la política de control de la inmigración: ayuda a la entrada, tránsito y permanencia de inmigrantes extracomunitarios, en: Libro Homenaje al Profesor Luis Arroyo Zapatero: un Derecho Penal humanista (coords.: de Vicente/Gómez Iniesta/Martín López/Muñoz de Morales Romero/Nieto Martín), vol. II, Madrid, BOE, 2021, pp. 1677 ss. Disponible aquí.
- Pérez del Valle, Carlos*, Sobre las bases del pensamiento de Franz von Liszt, en: El Derecho penal en el siglo XXI: Liber Amicorum en honor al profesor José Miguel Zugaldía Espinar (dir.: Marín de Espinosa Ceballos), Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 333 ss.
- Pérez del Valle, Carlos*, Lecciones de Derecho Penal: Parte General, 5.ª ed., Madrid, Dykinson, 2021.
- Pérez del Valle, Carlos*, Lecciones de Derecho Penal: Parte General, 6.ª ed., Madrid, Dykinson, 2022.

- Portilla Contreras, Guillermo*, La inmigración bajo sospecha en el Derecho penal europeo. En: Gómez Martín, Víctor/Bolea Bardon, Carolina*/Gallego Soler, José Ignacio*/Hortal Ibarra, Juan Carlos*/Joshi Jubert, Ujala (Dirs.). Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo, t. I, Ed. Boletín Oficial del Estado (BOE), Madrid, 2022, pp. 293-303. Disponible aquí.
- Portilla Contreras, Guillermo*, Sobre el fraude de ley que representa la aplicación del tipo privilegiado del artículo 163.4 al funcionario público que practica una detención con conocimiento de su ilegalidad, en: El Derecho penal en el siglo XXI: Liber Amicorum en honor al profesor José Miguel Zugaldía Espinar (dir.: Marín de Espinosa Ceballos), Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 567 ss.
- Portilla Contreras, Guillermo*, Excepcionalidad permanente y Derecho penal, en: Libro Homenaje al Profesor Luis Arroyo Zapatero: un Derecho Penal humanista (coords.: de Vicente/Gómez Iniesta/Martín López/Muñoz de Morales Romero/Nieto Martín), vol. I, Madrid, BOE, 2021, pp. 583 ss. Disponible aquí.
- Pozuelo Pérez, Laura/Rodríguez Horcajo, Daniel*, El papel de la víctima en el Derecho penal, Madrid, BOE, 2021.
- Prieto del Pino, Ana M.ª*, El comiso sin condena o *civil asset forfeiture:* avanzando hacia el pasado, en: Libro Homenaje al Profesor Luis Arroyo Zapatero: un Derecho Penal humanista (coords.: de Vicente/Gómez Iniesta/Martín López/Muñoz de Morales Romero/Nieto Martín), vol. II, Madrid, BOE, 2021, pp. 1103 ss. Disponible aquí.
- Puente Rodríguez, Leopoldo*, La peligrosidad del imputable y la imputabilidad del peligroso Un estudio sobre las posibles repercusiones jurídicas de las relaciones entre la imputabilidad penal y la peligrosidad criminal, Madrid, Marcial Pons, 2021.
- Queralt Jiménez, Joan Josep*, La corrupción: un enfoque político-criminal. En: Gómez Martín, Víctor/Bolea Bardon, Carolina*/Gallego Soler, José Ignacio*/Hortal Ibarra, Juan Carlos*/Joshi Jubert, Ujala (Dirs.). Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo, t. I, Ed. Boletín Oficial del Estado (BOE), Madrid, 2022, pp. 305-316. Disponible aquí.
- Queralt Jiménez, Joan Josep*, ¿Es reformable el Poder Judicial?, en: Las garantías penales: un homenaje a Javier Boix Reig (coords.: Jareño Leal*/Mira Benavent/Doval País*/Juanatey Dorado/Lloria García/Moreno Alcázar/Aguado López/Anarte Borrallo), Madrid, Iustel, 2021.
- Ragués Vallès, Ramón*, Prisión provisional y riesgo de alteración de pruebas. En: Gómez Martín, Víctor/Bolea Bardon, Carolina*/Gallego Soler, José Ignacio*/Hortal Ibarra, Juan Carlos*/Joshi Jubert, Ujala (Dirs.). Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo, t. II, Ed. Boletín Oficial del Estado (BOE), Madrid, 2022, pp. 1555-1566. Disponible aquí.

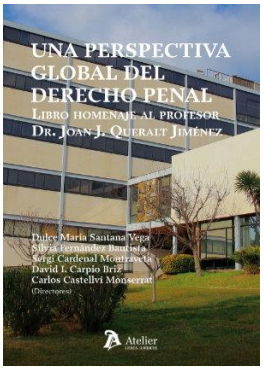
- Rebollo Vargas, Rafael*, La legitimación procesal de la víctima en los delitos socioeconómicos y las acciones colectivas, en: Libro Homenaje al Profesor Luis Arroyo Zapatero: un Derecho Penal humanista (coords.: de Vicente/Gómez Iniesta/Martín López/Muñoz de Morales Romero/Nieto Martín), vol. II, Madrid, BOE, 2021, pp. 1853 ss. Disponible aquí.
- Robles Planas, Ricardo*, Merecimiento, necesidad de pena y punibilidad. En: Gómez Martín, Víctor/Bolea Bardon, Carolina*/Gallego Soler, José Ignacio*/Hortal Ibarra, Juan Carlos*/Joshi Jubert, Ujala (Dirs.). Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo, t. I, Ed. Boletín Oficial del Estado (BOE), Madrid, 2022, pp. 857-868. Disponible aquí.
- Robles Planas, Ricardo*, Materieller Verbrechensbegriff und Verhaltnismassgkeitsgrundsatz, Goltdammer's Archiv für Strafrecht, 5/2021, pp. 288-292.
- Roca de Agapito, Luis* (dir.). Las consecuencias jurídicas del delito. Actualizada a la LO 8/2021, de 4 de junio, 2ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.
- Rodríguez Horcajo, Daniel*, The ends of state punishment and terrorism, en: Walker, Clive/Llobet Anglí, Mariona/Cancio Meliá, Manuel* (eds.), Precursor Crimes of Terrorism: the Criminalisation of Terrorism Risk in Comparative Perspective, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2021, pp. 281 ss. Más información sobre la obra, aquí.
- Rodríguez Ramos, Luis*, Ampliación del marco de los fines de la pena, en: El Derecho penal en el siglo XXI: Liber Amicorum en honor al profesor José Miguel Zugaldía Espinar (dir.: Marín de Espinosa Ceballos), Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 369 ss.
- Romeo Casabona, Carlos M.ª*/Sola Reche, Esteban*/Boldova Pasamar, Miguel Ángel* (Coords.). Derecho penal. Parte especial, 2ª ed., Ed. Comares, Granada, 2022.
- Romeo Casabona, Carlos M.ª*, /Sola Reche, E.* (dirs.), Derecho Penal en casos. Parte General. Introducción jurídica del delito, Granada, Comares, 2021
- Ropero Carrasco, Julia*. Las limitaciones del Derecho penal frente al terrorismo Yihadista Una propuesta de racionalización de la respuesta penal en el marco de un análisis crítico de las políticas de seguridad, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2022.
- Rosal Blasco, Bernardo del* (coord.). Derecho penal de sociedades mercantiles, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2022.
- Rosal Blasco, Bernardo del*, El desconcertante sistema de determinación de la pena para las personas jurídicas en el Código Penal, en: El Derecho penal en el siglo XXI: Liber Amicorum en honor al profesor José Miguel Zugaldía Espinar (dir.: Marín de Espinosa Ceballos), Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 67 ss.
- Rueda Martín, M.ª Ángeles*, Observaciones sobre la relevancia penal de la difusión no autorizada de grabaciones o imágenes íntimas obtenidas con el consentimiento

de la víctima. En: Gómez Martín, Víctor/Bolea Bardon, Carolina*/Gallego Soler, José Ignacio*/Hortal Ibarra, Juan Carlos*/Joshi Jubert, Ujala (Dirs.). Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo, t. II, Ed. Boletín Oficial del Estado (BOE), Madrid, 2022, pp. 1389-1398. Disponible aquí.

- Rueda Martín, M.ª Ángeles*, Obituario. Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Luis Gracia Martín (Zaragoza, 12 de mayo de 1955 – Zaragoza, 16 de octubre de 2020), Revista Penal, 2021-1 (dir. E. A. Donna, Buenos Aires, Rubinzal- Culzoni), pp. 39-50.
- Ruiz Bosch, Sacramento*, La culpabilidad como categoría fundamental del delito, Madrid, Sepin, 2021.
- Salvadori, Iván*, Los diferentes grados de exposición al peligro de un bien jurídico: breves consideraciones sobre los delitos de peligro indirecto. En: Gómez Martín, Víctor/Bolea Bardon, Carolina*/Gallego Soler, José Ignacio*/Hortal Ibarra, Juan Carlos*/Joshi Jubert, Ujala (Dirs.). Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo, t. I, Ed. Boletín Oficial del Estado (BOE), Madrid, 2022, pp. 883-892. Disponible aquí.
- Sánchez Málaga, Armando*, La expansión del Derecho penal en el ámbito de la imputación subjetiva. En: Gómez Martín, Víctor/Bolea Bardon, Carolina*/Gallego Soler, José Ignacio*/Hortal Ibarra, Juan Carlos*/Joshi Jubert, Ujala (Dirs.). Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo, t. I, Ed. Boletín Oficial del Estado (BOE), Madrid, 2022, pp. 893-907. Disponible aquí.
- Sánchez-Ostiz Gutiérrez, Pablo*, El error sobre la capacidad de evitación: entre el dolo y la imprudencia. En: Gómez Martín, Víctor/Bolea Bardon, Carolina*/Gallego Soler, José Ignacio*/Hortal Ibarra, Juan Carlos*/Joshi Jubert, Ujala (Dirs.). Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo, t. I, Ed. Boletín Oficial del Estado (BOE), Madrid, 2022, pp. 909-920. Disponible aquí.
- Sánchez-Ostiz Gutiérrez, Pablo* (dir.). Medio siglo de Derecho penal en España. Del modelo autoritario al del ciudadano constitucional, Granada, Comares, 2021
- Sánchez Lázaro, Fernando Guanarteme*, Hacia una teoría de la comunicación en Derecho penal: a modo de introducción. En: Gómez Martín, Víctor/Bolea Bardon, Carolina*/Gallego Soler, José Ignacio*/Hortal Ibarra, Juan Carlos*/Joshi Jubert, Ujala (Dirs.). Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo, t. I, Ed. Boletín Oficial del Estado (BOE), Madrid, 2022, pp. 337-347. Disponible aquí.
- Santana Vega, Dulce M.*, La renuncia a la prescripción del delito: ¿un instrumento útil de protección del honor? (a propósito del artículo 157.7 del CP italiano). En: Gómez Martín, Víctor/Bolea Bardon, Carolina*/Gallego Soler, José Ignacio*/Hortal Ibarra, Juan Carlos*/Joshi Jubert, Ujala (Dirs.). Un modelo integral

de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo, t. I, Ed. Boletín Oficial del Estado (BOE), Madrid, 2022, pp. 349-362. Disponible aquí.

- Santana Vega, Dulce M.*/Fernández Bautista, Silvia*/Cardenal Montraveta, Sergi*/Carpio Briz, David I.*/Castellvi Monserrat, Carlos* (dirs.). Una perspectiva global del Derecho penal. Libro homenaje al profesor Dr. Joan J. Queralt Jiménez. Ed. Atelier, Barcelona, 2022.



- Schünemann, Bernd*, Wie Claus Roxin in den 60er Jabren des vorigen Jahrhunderts die Strafrechtsdogmatik pragte, Goltdammer's Archiv für Strafrecht, 5/2021, pp. 242-254.
- Silva Sánchez, Jesús María*, El riesgo permitido en Derecho penal económico, Ed. Atelier, Barcelona, 2022.
- Silva Sánchez, Jesús María*, ¿Genera derechos la buena suerte?: sobre el papel del resultado en Derecho penal. En: Gómez Martín, Víctor/Bolea Bardon, Carolina*/Gallego Soler, José Ignacio*/Hortal Ibarra, Juan Carlos*/Joshi Jubert, Ujala (Dirs.). Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo, t. I, Ed. Boletín Oficial del Estado (BOE), Madrid, 2022, pp. 921-931. Disponible aquí.
- Silva Sánchez, Jesús-María*, La dimensión ético-política de la discusión sobre las normas de conducta, en: Libro Homenaje al Profesor Luis Arroyo Zapatero: un Derecho Penal humanista (coords.: de Vicente/Gómez Iniesta/Martín López/Muñoz de Morales Romero/Nieto Martín), vol. I, Madrid, BOE, 2021, pp. 703 ss. Disponible aquí.
- Silva Sánchez, Jesús-María*, Zur Weiterentwicklung der Lehre vom ,,erlaubten Risiko", Goltdammer's Archiv für Strafrecht, 5/2021, pp. 298-302.
- Silva Sánchez, Jesús-María* (dir.)/Ragués i Vallès, Ramón (coord.), Lecciones de Derecho Penal: Parte Especial, 7.ª ed., Barcelona, Atelier, 2021.
- Sola Reche, Esteban*, Omisión e imputación. En: Gómez Martín, Víctor/Bolea Bardon, Carolina*/Gallego Soler, José Ignacio*/Hortal Ibarra, Juan Carlos*/Joshi Jubert, Ujala (Dirs.). Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo, t. I, Ed. Boletín Oficial del Estado (BOE), Madrid, 2022, pp. 933-942. Disponible aquí.

- Vallejo Jiménez, Geovana A.*, Problemas de la responsabilidad penal de los especialistas en psiquiatría, cirugía estética, ortopedia y traumatología: supuestos prácticos, Bogotá, Tirant lo Blanch, 2022 (más información y prólogo, aquí).

- Valmaña Ochaíta, Silvia*, Responsabilidad penal por transmisión de enfermedades contagiosas en tiempos de covid-19, en: Libro Homenaje al Profesor Luis Arroyo Zapatero: un Derecho Penal humanista (coords.: de Vicente/Gómez Iniesta/Martín López/Muñoz de Morales Romero/Nieto Martín), vol. II, Madrid, BOE, 2021, pp. 1775 ss. Disponible aquí.
- Vega Gutiérrez, José-Zamyr*, La política criminal del aborto en Nicaragua: hacia la despenalización del aborto terapéutico, Univ. Centroamericana, PBS De Nicaragua, 2021, pp. 1-110.
- Wolter, Jürgen*, Claus Roxin und Goltdammer's Archiv für Strafrecht (1971-2021), Goltdammer's Archiv für Strafrecht, 5/2021, pp. 298-302.
- Zaffaroni, E. Raúl*. Hacia dónde va el poder punitivo, Ed. Ediciones Jurídicas Olejnik, Santiago de Chile, 2022.
- Zaffaroni, E. Raúl*. Hacia un realismo jurídico penal marginal, Ed. Ediciones Jurídicas Olejnik, Santiago de Chile, 2022.
- Zaffaroni, E. Raúl*/Bailone, M. Debates dogmáticos sobre el Derecho penal actual, Santiago de Chile, E.J. Olejnik, 2021.
- Zaffaroni, E. Raúl*, El penalismo iluminista contra el *mercantilismo monetarista*, en: Libro Homenaje al Profesor Luis Arroyo Zapatero: un Derecho Penal humanista (coords.: de Vicente/Gómez Iniesta/Martín López/Muñoz de Morales Romero/Nieto Martín), vol. I, Madrid, BOE, 2021, pp. 745 ss. Disponible aquí.
- Zúñiga Rodríguez, Laura*, Una propuesta de política criminal integral para cada fenómeno criminal. En: Gómez Martín, Víctor/Bolea Bardon, Carolina*/Gallego Soler, José Ignacio*/Hortal Ibarra, Juan Carlos*/Joshi Jubert, Ujala (Dirs.). Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo, t. I, Ed. Boletín Oficial del Estado (BOE), Madrid, 2022, pp. 379-390. Disponible aquí.
- Zúñiga Rodríguez, Laura*, Las personas jurídicas tienen derecho a ser castigadas penalmente, en: Libro Homenaje al Profesor Luis Arroyo Zapatero: un Derecho

Penal humanista (coords.: de Vicente/Gómez Iniesta/Martín López/Muñoz de Morales Romero/Nieto Martín), vol. I, Madrid, BOE, 2021, pp. 761 ss. Disponible aquí.

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)

- 4 de junio de 2022 – 9 de julio de 2022. Con motivo de la impartición del curso "Concurso de leyes y delitos", organizado por SiLex Formación Jurídica (dir.: Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Díaz y García Conlledo*), tuvieron lugar las siguientes ponencias de patronos de la FICP:
  - Ponencias del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Miguel Díaz y García Conlledo* sobre "Concurso de leyes. Supuestos y criterios de resolución (especialidad, subsidiariedad, consunción, alternatividad)" (4 de junio) y "Supuestos no siempre tratados como concurso de delitos y que deberían serlo: delitos cualificados por el resultado, preterintencionalidad, dolus generalis, aberratio ictus" (18 de junio).
  - Ponencias del Prof. Dr. Víctor Gómez Martín* sobre "Concurso de leyes. Supuestos y criterios de resolución (especialidad, subsidiariedad, consunción, alternatividad)" (11 de junio) y "Concurso real. Tratamiento penológico. Concurso real medial. Tratamiento penológico" (18 de junio).
- 10 de junio de 2022. Ponencia del Prof. Dr. Dr. h.c. Ángel Sanz Morán*, titulada "Hacia una nueva regulación de los concursos de normas y de delitos. Algunas propuestas". Seminario General del Proyecto de Investigación DER2017-86139-P "Hacia una regulación racional de la concurrencia delictiva". Lugar: Facultad de Derecho, Universidad Autónoma de Madrid.
- 17 de junio de 2022. Con motivo de la celebración de la Jornada en homenaje a la Profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo*: un modelo integral de Derecho Penal", organizada por el Área de Derecho Penal de la Univ. de Barcelona y la colaboración de la FICP (dirs.: Profs. Dres. Gómez Martín*, Bolea Bardon, Gallego Soler, Hortal Ibarra y Joshi Jubert), tuvieron lugar en la Facultad de Derecho de la Univ. de Barcelona las siguientes intervenciones de patronos de la FICP:
  - Participación del Prof. Dr. Víctor Gómez Martín* en la mesa de inauguración de la Jornada.
  - Ponencia del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Diego-M. Luzón Peña*, titulada "El Derecho penal entre la protección de los ciudadanos y los límites y garantías".
  - Ponencia del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Miguel Díaz y García Conlledo*, titulada "A vueltas con el dolo".

– Ponencia del Prof. Dr. Dr. h.c. Ángel Sanz Morán*, titulada "Una reforma inaplazable. El nuevo status procesal del inimputable en el anteproyecto de LECRim de 2020".

- 24-25 de junio de 2022. Con motivo de la celebración del I Congreso de Derecho Penal sobre "Derecho Penal y Justicia Social: encuentro de la Asociación del Profesorado de Derecho Penal de las Universidades Españolas (APDP)", organizado por la Univ. del País Vasco/EHU y la Univ. de Deusto, tuvieron lugar en Bilbao las siguientes intervenciones de patronos de la FICP:

  – Participación de la Prof. Dra. Inés Olaizola Nogales* en la mesa sobre "El personal docente e investigador en Derecho Penal ante las administraciones públicas".

  – Participación del Prof. Dr. Dr. h.c. Javier de Vicente Remesal* en la mesa sobre "Asociacionismo e investigaciones vinculadas al Derecho Penal".

La Prof. Dra. Olaizola Nogales* (en el extremo derecho) durante su intervención.

El Prof. Dr. Dr. h.c. de Vicente Remesal* (en el extremo izquierdo) durante su intervención

- 1 de julio de 2022. Ponencia del Prof. Dr. Dr. h.c. Ángel Sanz Morán*, titulada "Las medidas de seguridad: fundamento y principios informadores". Curso: "Las personas con enfermedad mental o discapacidad intelectual en el Derecho Penal: bases, problemas y alternativas", organizado por el Departamento de Derecho Internacional Público y Derecho Penal de la Universidad de Alicante. Lugar: Sede del Ilustre Colegio Provincial de la Abogacía, Alicante, España.
- 7-8 de julio de 2022. Con motivo de la celebración del XXI Seminario Internacional de Filosofía del Derecho y Derecho Penal sobre "Discurso de odio y delitos de odio", organizado por las Áreas de Derecho Penal y de Filosofía del Derecho de la Univ. de León, así como por la FICP (dirs.: Profs. Dres. Dres. h.c. Miguel Díaz y García Conlledo* y Juan Antonio García Amado*), tuvieron lugar en la Facultad de Derecho de la Univ. de León, España, las siguientes intervenciones de miembros del Patronato de la FICP (v. fotos en p. 871):
  - Moderación por el Prof. Dr. Dr. h.c. Juan Antonio García Amado* de la ponencia del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Manuel Atienza.
  - Moderación por el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Luzón Peña* de la ponencia de la Prof. Dra. Rosario de Vicente Martínez.
  - Ponencia del Prof. Dr. Víctor Gómez Martín* sobre "Con renglones (muy) torcidos: una revisión (necesariamente crítica) de las vicisitudes jurisprudenciales de los delitos de odio en España", moderado por la Prof. Dra. Mirentxu Corcoy Bidasolo*.
- 24-26 de agosto de 2022. Con motivo de la celebración del Congreso de Derecho Penal en conmemoración de los 100 años del Código Penal argentino, organizado por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Nacional del Nordeste, Corrientes, Argentina, tuvieron lugar las siguientes intervenciones de patronos de la FICP:
  - Conferencia del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Diego-M. Luzón Peña* (25 de agosto).
  - Conferencia de la Prof. Dra. Mirentxu Corcoy Bidasolo* (26 de agosto).
- 13 de septiembre de 2022. Participación del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Manuel Cancio Meliá* y del Prof. Dr. Enrique Peñaranda Ramos* en la presentación de la obra Demetrio Crespo (dir.)/de la Cuerda Martín/García de la Torre García (coords.), Derecho Penal y Comportamiento Humano. Avances desde la neurociencia y la inteligencia artificial, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022.

  El acto estuvo presidido por la Excma. Sra. Dña. Consuelo Madrigal Martínez-Pereda, Académica de Número de esta Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España y Vicepresidenta de su Sección de Derecho Penal, y en él invertvinieron también el Prof. Dr. Bernardo Feijoo Sánchez, el Prof. Dr. Dr. h.c. Eduardo Demetrio Crespo y el Excmo. Sr. Rector Magfco. de la Universidad de Castilla-La Mancha, Prof. Dr. D. José Julián Garde López-Brea.

De izq. a dcha., el Prof. Dr. Dr. h.c. Demetrio Crespo, el Prof. Dr. Peñaranda Ramos*, el Excmo. Sr. Rector Magfco. D. José Julián Garde López-Brea, la Excma. Sra. Dña. Consuelo Madrigal Martínez-Pereda y los Profes. Dres. Cancio Meliá* y Feijoo Sánchez

- 15-16 de septiembre de 2022. Con motivo de la celebración del III Congreso Internacional de la FICP, organizado por la FICP y el Área de Derecho Penal de la Univ. de Alcalá (dirs.: Profs. Dres. Dres. h.c. Diego-M. Luzón Peña, Javier de Vicente Remesal y Miguel Díaz y García Conlledo) tuvieron lugar en la Facultad de Derecho de la Univ. de Alcalá, Madrid, España, las siguientes intervenciones de miembros del Patronato de la FICP (v. fotos en pp. 867 s.):
  - Moderación de la mesa 1 por el Prof. Dr. José Manuel Paredes Castañón*.
  - Ponencia de la Prof. Dra. Mirentxu Corcoy Bidasolo*, titulada "¿Siguen vigentes los principios limitadores del Derecho penal?"
  - Ponencia del Prof. Dr. Víctor Gómez Martín*, titulada "Entre las incumbencias, la atipicidad y el sinsentido. Algunas reflexiones sobre la naturaleza jurídica de los modelos de prevención de delitos corporativos"
  - Ponencia del Prof. Dr. Luís Greco* titulada "Reflexiones iniciales sobre el estado de necesidad defensivo".
  - Ponencia de la Prof. Dra. Raquel Roso Cañadillas*, titulada "La punición de la participación imprudente".
  - Moderación de la mesa 3 por la Prof. Dra. Isabel Durán Seco*.
  - Ponencia del Prof. Dr. Juan Oberto Sotomayor Acosta*, titulada "El problema de la imputabilidad disminuida en el Código Penal colombiano".
  - Moderacion de la mesa 4 por la Prof. Dra. Soledad Barber Burusco*.
  - Ponencia del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Manuel Canción Meliá*, titulada "La reforma de los delitos sexuales y la definición del consentimiento".
  - Moderación de la mesa 5 por la Prof. Dra. Leticia Jericó Ojer*.
  - Ponencia del Prof. Dr. Enrique Peñaranda Ramos*, titulada "Hacia una regulación racional de la concurrencia delictiva"

  - Ponencia del Prof. Dr. Dr. h.c. Ángel Sanz Morán*, titulada "El inimputable ante el proceso penal".

- 21 - 23 de septiembre de 2022. Con motivo de la celebración del Congreso Internacional de Derecho Penal y Comportamiento Humano, organizado por el Área de Derecho Penal de la Univ. de Castilla-La Mancha (dirs.: Prof. Dr. Dr. h.c. Eduardo Demetrio Crespo y Prof. Dr. Éric García-López), tuvieron lugar en la Facultad de Ciencias Jurídicas del campus de Toledo las siguientes intervenciones de patronos de la FICP:
  - Ponencia del Prof. Dr. José-Manuel Paredes Castañón*, titulada "Ciencia y cultura en la construcción de los conceptos psicológicos y en su utilización en los procesos de atribución de la responsabilidad penal".
  - Ponencia del Prof. Dr. Luís Greco*, titulada "Neuropredictividad".
- 22 de septiembre de 2022. Participación del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Diego-M. Luzón Peña* en el panel sobre "La dogmática jurídico-penal como mecanismo de contención del abuso del poder penal". Seminario Internacional sobre "Abusos y límites del poder penal en Estados democráticos de Derecho", organizado por la Academia Mexicana de Ciencias Penales (AMCP), conjuntamente con el Centro de Estudios de Política Criminal y Ciencias Penales (CEPOLCRIM), la Fundación "CEPOLCRIM-HANS WELZEL" y otras instituciones académicas afines (dir. Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Moisés Moreno Hernández).
- 10-11 de octubre de 2022. Con motivo del Congreso Internacional de Derecho Penal sobre "¿Demasiado (poco) Derecho Penal? Las respuestas jurídicas frente al delito en las sociedades contemporáneas", organizado por el Área de Derecho Penal de la Univ. Autónoma de Madrid (dirs.: Profs. Dres. Rodríguez Horcajo y Basso) tuvieron lugar en el Centro cultural La Corrala, Madrid, España, las intervenciones de los siguientes miembros del patronato de la FICP:
  - Ponencia del Prof. Dr. Luís Greco*, titulada "Panorámica general sobre el sistema de consecuencias jurídicas del delito".
  - Ponencia de la Prof. Dra. Carmen Pérez-Sauquillo*, titulada "La tensión entre punitivismo y tolerancia social en ámbitos específicos del Derecho penal: delitos sexuales, delitos contra la seguridad vial y justicia transicional".

A la izq., el Prof. Dr. Greco* presenta su ponencia, presentado por el Prof. Dr. Rodríguez Horcajo. A la dcha., la Prof. Dra. Pérez-Sauquillo* (centro) en un momento del debate.

- 14 de octubre de 2022. Webinar del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Diego-M. Luzón Peña* sobre "Teoría y práctica de la imputación objetiva". Evento: Viernes Formativos de la Fiscalía General del Estado, organizados por la Fiscalía General del Estado.
- 25 de octubre de 2022. Conferencia del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Miguel Díaz y García Conlledo* sobre "La expansión del delito de lavado de activos y su dimensión trasnacional". Especialización y Maestría en Derecho Penal de la Univ. EAFIT, Medellín, Colombia.

De izq. a dcha., los Profs. José Alberto Toro, Juan Carlos Álvarez (socio de la FICP) y Miguel Díaz y García Conlledo*.

- 26-28 de octubre de 2022. Conferencia magistral del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Miguel Díaz y García Conlledo*, titulada "La dogmática jurídicopenal como límite a la arbitrariedad e instrumento garantístico". IV Congreso Internacional "Teoría del delito y sistemas acusatorios: homenaje al maestro Nódier Agudelo Betancur", organizado por el Centro de Estudios Socio Jurídicos Latinoamericanos (CESJUL). Lugar: Hotel Four Points, Medellín, Colombia.
- 27 de octubre de 2022. Ponencia de la Prof. Dra. Leticia Jericó Ojer* sobre "Tratamiento de los whistleblowers en la práctica judicial". Congreso Internacional sobre "Medios para la persecución y represión de la corrupción", organizado por el Departamento de Derecho Penal, Procesal e Historia del Derecho de la Univ. Carlos III de Madrid (dirs.: Profs. Dres. Jacobo Dopico Gómez-Aller y Ana Garrocho Salcedo), Lugar: Salón de Grados del Campus de Puerta de Toledo, Madrid, España.
- 11 de noviembre de 2022. Ponencia de la Prof. Dra. Carmen Pérez-Sauquillo Muñoz* sobre "La dimensión penal del VIH". Jornadas de formación IN-CLINIC 2022, organizadas por el grupo de investigación Discapacidad, enfermedad crónica y accesibilidad a los derechos (DECADE). Lugar: Facultad de Derecho de la Univ. de Alcalá, Madrid, España.
- 16-18 de noviembre de 2022. Con motivo de las 44.ª Jornadas Internacionales de Derecho Penal, sobre "Lo vivo y lo muerto del pensamiento de Alfonso Reyes Echandía", organizadas por la Univ. Externado de Colombia, tuvieron lugar en la

Facultad de Derecho de la Univ. Externado de Colombia, Bogotá, Colombia, las siguientes intervenciones de patronos de la FICP:

– Ponencia del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Miguel Díaz y Gracía Conlledo*, titulada "Responsabilidad de las personas jurídicas".

– Ponencia de la Prof. Dra. Mirentxu Corcoy Bidasolo*, titulada "Antijuridicidad material como límite a la expansión y administrativización del Derecho penal".

– Ponencia del Prof. Dr. Enrique Peñaranda Ramos*, titulada "¿Unidad o pluralidad de hechos en caso de producción de una pluralidad de resultados mediante una sola acción?".

– Ponencia del Prof. Dr. Luís Greco*, titulada "La perspectiva del penalista. Un dialogo con las teorías de la pena de Alfonso Reyes Echandía".

El Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Díaz y García Conlledo* durante la impartición de su ponencia y el debate posterior a la misma.

El Prof. Dr. Luís Greco* imparte su ponencia y contesta a las preguntas de los panelistas. Abajo a la izq., acompañado de la Prof. Dra. Escobar Vélez, socia de la FICP.

- 19 de noviembre de 2022. Participación de las Profs. Dras. María A. Trapero Barreales* e Isabel Durán Seco* en el taller "Stop a las violencias sexuales... también desde el derecho penal", organizado por el grupo de investigación de Derecho Penal de la Univ. de León y la FICP, en el marco de la Semana de la Ciencia en Castilla y León (dir.: Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Miguel Díaz y García Conlledo*). Lugar: Salón de Grados de la Facultad de Derecho, Univ. de León, León, España.

- 21 de noviembre de 2022. Ponencia del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Miguel Díaz y García Conlledo* sobre "La llamada responsabilidad penal de las personas jurídicas. ¿Es el sistema español un buen modelo para Colombia?". Presentación del Libro Homenaje a Alfonso Reyes Echandía, organizada por la Universidad de Ibagué, Colombia. Lugar: Auditorio Central, Unibagué.

El Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Díaz y García Conlledo* imparte su ponencia en la presentación del LH-Reyes Echandía

- 23 – 25 de noviembre de 2022. Con motivo de la celebración del Seminario permanente de metodología docente activa. Experiencia comparada, sobre "El Derecho penal en la prevención y castigo de las violencias sexuales", organizado por el grupo de investigación de Derecho Penal de la Univ. de León y la FICP, en el marco de la Semana de la Ciencia en Castilla y León (dir.: Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Miguel Díaz y García Conlledo*), tuvieron lugar en la Facultad de Derecho de la Univ. de León, León, España, las siguientes intervenciones de patronos de la FICP:

  – Ponencia de la Prof. Dra. María A. Trapero Barreales*, titulada "Aproximación al concepto de violencia sexual".

– Ponencia de la Prof. Dra. Isabel Durán Seco*, titulada "El delito de difusión y redifusión inconsentidas de imágenes obtenidas con el consentimiento de la víctima".

– Ponencia del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Miguel Díaz y García Conlledo*, titulada "Reflexiones finales sobre el papel del Derecho Penal en la prevención y castigo de las violencias sexuales".

b) Socios (con asterisco los socios)

- 1 de junio de 2022. Ponencia del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Francisco Muñoz Conde* sobre "Últimas reformas en el Código Penal". Seminarios de Derecho Penal, organizados por el Departamento de Derecho Penal, Procesal e Historia del Derecho de la Univ. Carlos III de Madrid. Moderación: Prof. Dr. Jacobo Dopico Gómez-Aller*. Lugar: Madrid, España. La ponencia fue grabada y está disponible aquí.

El Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Muñoz Conde* imparte su ponencia, presentado por el Prof. Dr. Dopico*.

- 2 -3 de junio de 2022. Participación de D. Víctor-Hugo García* en el evento Stockholm +50, en representación del International Youth and Student Movement for the United Nations, organización con sede en la Confederación Suiza. El evento contó con la presencia del Secretario General de la ONU, António Guterres, la Primera Ministra sueca Magdalena Andersson, del exprimer ministro de Suecia y actual asesor de las Naciones Unidas, Stefan Löfven y, del Reino de España, la Vicepresidenta Tercera Teresa Ribera Rodríguez. Se abordaron temas generales como el rol del Derecho Internacional Público en el debate por la conservación del medio ambiente y, si bien no prosperó, se propuso la discusión de la tipificación del llamado "ecocidio" a nivel internacional. Lugar: Estocolmo, Suecia.

- 14 de junio de 2022. Ponencia de la Prof. Dra. Marta Pantaléon Díaz* sobre "Delito y responsabilidad civil extracontractual: una dogmática comparada". Seminario de la Sección de Derecho Penal de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España (dir. Prof. Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo). Lugar: Real Acdemia de Jurisprudencia y Legislación, c/ Marqués de Cubas, 15, 28014 – Madrid, España.

- 17 de junio de 2022. Con motivo de la celebración de la Jornada en homenaje a la Profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo: un modelo integral de Derecho Penal", organizada por el Área de Derecho Penal de la Univ. de Barcelona y la colaboración de la FICP (dirs.: Profs. Dres. Gómez Martín, Bolea Bardon*, Gallego Soler*,

Hortal Ibarra* y Joshi Jubert), tuvieron lugar en la Facultad de Derecho de la Univ. de Barcelona las siguientes intervenciones de socios de la FICP:

– Participación del Prof. Dr. Juan Carlos Hortal Ibarra* en la mesa de inauguración de la Jornada.

– Ponencia del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Jesús-María Silva Sánchez*, titulada "¿Genera derechos la buena suerte? Sobre el papel del resultado en Derecho Penal".

– Ponencia del Prof. Dr. José Luis Guzmán Dálbora*, titulada "Demagogia, Derecho penal y corrupción".

– Ponencia del Prof. Dr. Dr. h.c. Eduardo Demetrio Crespo*, titulada "Sedaciones paliativas y responsabilidad penal".

- 24 – 25 de junio de 2022. Con motivo de la celebración del I Congreso de Derecho Penal sobre "Derecho Penal y Justicia Social: encuentro de la Asociación del Profesorado de Derecho Penal de las Universidades Españolas (APDP)", organizado por la Univ. del País Vasco/EHU y la Univ. de Deusto, tuvieron lugar en Bilbao, País Vasco, las siguientes intervenciones de socios de la FICP:

  – Participación del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Jesús-M.ª Silva Sánchez* y de la Prof. Dra. M.ª Luisa Maqueda Abreu* en la mesa sobre "Finalidad y legitimación del Derecho Penal: ¿instrumento de justicia social?".

  – Participación del Prof. Dr. Fernando Miró Llinares* en la mesa sobre "Asociacionismo e investigaciones vinculadas al Derecho Penal".

  – Moderación por la Prof. Dra. Demelsa Benito Sánchez* de la mesa sobre "El Derecho penal español en el contexto europeo e internacional".

  – Participación de los Profs. Dres. Ana Isabel Pérez Cepeda* y Javier Fernández-Teruelo* en la mesa sobre "Las nuevas formas de delincuencia: organizaciones, transnacionalidad, virtualidad digital".

De izq. a dcha., los Profs. Dres. Díez Ripollés, Pozuelo, Maqueda* y Silva*.

- 30 de junio de 2022. Ponencia del Prof. Dr. Leopoldo Puente Rodríguez*, titulada "Discapacidad intelectual e imputabilidad: una relación complicada". Curso: "Las personas con enfermedad mental o discapacidad intelectual en el Derecho Penal: bases, problemas y alternativas", organizado por el Departamento de Derecho Internacional Público y Derecho Penal de la Universidad de Alicante. Lugar: Sede del Ilustre Colegio Provincial de la Abogacía, Alicante, España.
- 9 de julio de 2022. Ponencia del Prof. Dr. Alfredo Alpaca Pérez*, titulada "Problemas del concurso en la jurisprudencia peruana". Curso "Concurso de leyes y delitos", organizado por SiLex Formación Jurídica (dir.: Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Díaz y García Conlledo*). Lugar: curso online.
- 12 de julio de 2022. Clausura del Seminario Internacional sobre "Derecho penal y comportamiento adolescente" por el Prof. Dr. Dr. h.c. Eduardo Demetrio Crespo*. Evento organizado por el Área de Derecho Penal de la Univ. de Castilla-La Mancha (dirs.: Profs. Dres. Bernardo Feijoo Sánchez* y José Ángel Marinaro). Lugar: seminario online
- 24-26 de agosto de 2022. Con motivo de la celebración del Congreso de Derecho Penal en conmemoración de los 100 años del Código Penal argentino, organizado por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Nacional del Nordeste, Corrientes, Argentina, tuvieron lugar las siguientes intervenciones de socios de la FICP:
  - Participación del Prof. Dr. Marcelo Lerman* en el panel sobre "Delitos de peligro"
  - Conferencia del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. E. Raúl Zaffaroni*
  - Participación de la Prof. Dra. Lorena Varela* en el panel sobre "Reformas de la parte especial del código penal".
- 13 de septiembre de 2022. Con motivo de la presentación de la obra Demetrio Crespo* (dir.)/de la Cuerda Martín/García de la Torre García (coords.), Derecho Penal y Comportamiento Humano. Avances desde la neurociencia y la inteligencia artificial, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, tuvieron lugar en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España, Madrid, las siguientes intervenciones de socios de la FICP:
  - Ponencia del Prof. Dr. Demetrio Crespo* sobre "El Derecho penal ante el desafío neurotecnológico y algorítmico".
  - Participación del Prof. Dr. Bernardo Feijoo Sánchez*

  El acto estuvo presidido por la Excma. Sra. Dña. Consuelo Madrigal Martínez-Pereda, Académica de Número de esta Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España y Vicepresidenta de su Sección de Derecho Penal, y en él invertvinieron también el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Manuel Cancio Meliá y el Prof. Dr. Enrique Peñaranda Ramos, así como el Excmo. Sr. Rector Magfco. de la Universidad de Castilla-La Mancha, Prof. Dr. D. José Julián Garde López-Brea.

El Prof. Dr. Dr. h.c. Demetrio Crespo* imparte su ponencia. Junto a él, de izq. a dcha., el Prof. Dr. Peñaranda Ramos, el Excmo. Sr. Rector Magfco. D. José Julián Garde López-Brea, la Excma. Sra. Dña. Consuelo Madrigal Martínez-Pereda y los Profes. Dres. Cancio Meliá y Feijoo Sánchez*

- 15 y 16 de septiembre de 2022. Con motivo de la celebración del III Congreso Internacional de la FICP, organizado por la FICP y el Área de Derecho Penal de la Univ. de Alcalá (dirs.: Profs. Dres. Dres. h.c. Diego-M. Luzón Peña, Javier de Vicente Remesal y Miguel Díaz y García Conlledo) tuvieron lugar en la Facultad de Derecho de la Univ. de Alcalá, Madrid, España, las siguientes intervenciones de miembros del Patronato de la FICP (v. fotos en pp. 867 ss.):
  - Ponencia del Prof. Dr. Luigi Foffani*, titulada "¿Hacia un Derecho penal económico europeo de los Derechos humanos?".
  - Ponencia del Prof. Dr. Carlos Martínez-Buján*, titulada "Un nuevo sistema penal: la concepción significativa de la acción".
  - Moderación de la mesa 2 por la Prof. Dra. Marta García Mosquera*.
  - Ponencia del Prof. Dr. Germán Aller Maisonnave*, titulada "El autoritarismo penal en el Siglo XXI".
  - Ponencia del Prof. Dr. Juárez Tavares*, titulada "La cuestión de racionalidad de la culpabilidad".
  - Ponencia del Prof. Dr. José Luis Guzmán Dálbora*, titulada "Noción, contenido e importancia del sistema invisible del delito".
  - Ponencia del Prof. Dr. Juan Luis Modolell González*, titulada "El bien jurídico-penal como valor constitucionalmente reconocido".
  - Ponencia del Prof. Dr. Javier Augusto De Luca*, titulada "Derecho penal y Derecho de los pueblos originarios o indígenas".
  - Ponencia del Prof. Dr. Julio Armaza*, titulada "Multiculturalidad y Derecho penal".
  - Ponencia del Prof. Dr. Maximiliano Rusconi*, titulada "Problemas dogmáticos y procesales de la instigación (inducción)".

- Ponencia del Prof. Dr. Dr. h.c. Moisés Moreno Hernández*, titulada "Algunos problemas y retos de la ciencia penal ante los desencuentros de la política criminal en México".
- Ponencia del Prof. Dr. Jaime Náquira Riveros*, titulada "¿Se debe incluir la 'motivación' como elemento integrante del dolo?".
- Ponencia del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. E. Raúl Zaffaroni*, titulada "Derecho penal integrado y desintegrado".
- Ponencia de la Prof. Dra. M.ª Fernada da Palma Pereira*, titulada "Conflicto o contribución de la Inteligencia Artificial ante la teoría general de la infracción criminal".
- Ponencia del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Bernd Schünemann*, titulada "El concepto unitario del autor en Derecho penal. Una crítica a un monstruo dogmático".
- Ponencia del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Lorenzo Morillas Cueva*, titulada "Política criminal y corrupción privada".
- Ponencia del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Lorenzo Morillas Cueva*, titulada "Política criminal y corrupción privada".
- Moderación de la mesa 6 por el Prof. Dr. Manuel Lozano-Higuero Pinto*.
- Ponencia del Prof. Dr. Andrea Castaldo*, titulada "The noise (el rumor). El desafío de la A.I. (inteligencia artificial) entre predicción y manipulación de la realidad".
- Ponencia del Prof. Dr. Javier Boix Reig*, titulada "Crisis del proceso penal por delito fiscal".
- Ponencia de clausura del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Francisco Muñoz Conde*, titulada "La objetivación de los elementos subjetivos de la teoría del delito".

▪ 16 – 17 de septiembre de 2022. Con motivo de la celebración del Seminario de Investigación "Modernidad y transformación del Derecho penal", organizado por el Departamento de Derecho Penal, Filosofía del Derecho, Filosofía Moral y Filosofía de la Universidad de Jaén y el Dipartimento di Scienze Giuridiche dell`Università degli studi di Firenze, en el marco del "Acuerdo de colaboración Cultural y Científica entre la Universidad degli studi di Firenze y la Universidad de Jaén, así como el Doctorado en Derecho de la Universidad de Jaén (España) y el Dottorato di Ricerca in Scienze Giuridiche dell'Università di Firenze (Italia) (dirs.: Profs. Dres. Ignacio Benítez Ortúzar* y Roberto Bartoli), tuvieron lugar en el Palacio de Jabalquinto, Baeza, Jaén, España, las siguientes intervenciones de socios de la FICP:

- Ponencia del Prof. Dr. Guillermo Portilla Contreras* sobre "Imprudencia", moderado por la Prof. Dra. Fátima Pérez Ferrer*.
- Moderación de la segunda sesión por la Prof. Dra. Josefa Muñoz Ruiz*.

  - Ponencia de la Prof. Dra. M.ª José Cruz Blanca*, titulada "Derecho penal sexual: ¿hacia una nueva normativa?"
  - Ponencia del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Lorenzo Morillas Cueva*, titulada "Responsabilidad de los órganos colectivos".
  - Presentación de las conclusiones por el Prof. Dr. Ignacio Benítez Ortúzar*.

- 19 – 23 de septiembre de 2022. Con motivo de la celebración del Seminario Internacional sobre "Abusos y límites del poder penal en Estados democráticos de Derecho", organizado por la Academia Mexicana de Ciencias Penales (AMCP), conjuntamente con el Centro de Estudios de Política Criminal y Ciencias Penales (CEPOLCRIM), la Fundación "CEPOLCRIM-HANS WELZEL" y otras instituciones académicas afines (dir. Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Moisés Moreno Hernández*), tuvieron lugar las siguientes intervenciones de socios de la FICP:
  - Participación de los Profs. Dres. Dres. h.c. Bernd Schünemann* y Moisés Moreno Hernández* en el panel sobre "La dogmática jurídico-penal como mecanismo de contención del abuso del poder penal".
  - Participación de los Profs. Dres. Alicia Azzolini B.*, Roberto A. Ochoa Romero*, José-Zamyr Vega Gutiérrez* y Manuel Vidaurri Arechiga* en el panel sobre "Los límites del poder penal en el ejercicio de la función legislativa en materia penal" (lunes 19 de septiembre)
  - Participación de la Prof. Dra. María Elena Leguízamo F.* en el panel sobre "Mecanismos de control del abuso del poder penal" (jueves 22 de septiembre).
- 21 de septiembre de 2022. Ponencia del Prof. Dr. Ricardo Mata y Martín*, titulada "La creación de la modalidad de acceso al tercer grado y el sistema de individualización científica". VII Congreso Nacional Penitenciario Legionense sobre "Pasado, presente y futuro de la prisión en España", organizado por el Área de Derecho Penal de la Univ. de León, conjuntamente con la Agrupación de Cuerpos de la Administración de Instituciones Penitenciarias (Acaip), la Fundación Sociedad y Justicia y la FICP (dir.: Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Miguel Díaz y García Conlledo). Lugar: Salón de Grados de la Facultad de Derecho, Univ. de León. León, España.
- 21 - 23 de septiembre de 2022. Con motivo de la celebración del Congreso Internacional de Derecho Penal y Comportamiento Humano, organizado por el Área de Derecho Penal de la Univ. de Castilla-La Mancha (dirs.: Prof. Dr. Dr. h.c. Eduardo Demetrio Crespo* y Prof. Dr. Éric García-López), tuvieron lugar en la Facultad de Ciencias Jurídicas del campus de Toledo las siguientes intervenciones de socios de la FICP:
  - Participación del Prof. Dr. Dr. h.c. Eduardo Demetrio Crespo* en la presentación de los resultados sobre el eje temático "Derecho penal y avances científicos: Desafíos epistémicos", y moderación de la mesa correspondiente.

  - Ponencia del Prof. Dr. Fernando Guanarteme Sánchez Lázaro*, titulada "Sobre la norma de conducta como acto de comunicación"
  - Ponencia del Prof. Dr. José Carlos Porciúncula*, titulada "Teoría de la mente extendida y nemo tenetur".
  - Ponencia de la Prof. Dra. Marta María Aguilar Cárceles*, titulada "Modus operandi cerebral".
  - Ponencia del Prof. Dr. Dino Carlos Caro Coria*, titulada "Compliance, Neurociencias e Inteligencia Artificial".

- 29 y 30 de septiembre de 2022. Con motivo del Seminario Internacional en Homenaje al Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Ignacio Berdugo Gómez de la Torre*, titulado "Decían ayer, decimos hoy, dirán mañana" y organizado por el Área de Derecho Penal de la Univ. de Salamanca, tuvieron lugar en el edificio histórico de la Univ. de Salamanca, Salamanca, España, las siguientes intervenciones de socios de la FICP, además de la del homenajeado:
  - Participación de los Profs. Dres. Dres. h.c. mult. Miguel Ángel Núñez Paz* y Eduardo Demetrio Crespo*, así como de la Prof. Dra. Demelsa Benito Sánchez* en la mesa "El banquillo del XV del León: los discípulos".
  - Participación de los Profs. Dres. Dino Carlos Caro Coria* y Laura Zúñiga Rodríguez* (moderadora) y de la Dra. M.ª José Lescano* en la mesa "Alma mater: América Latina en Salamanca".
  - Participación de los Profs. Dres. Luigi Foffani* y Ana E. Liberatore Bechara* en la mesa "Por qué y cómo se castiga: las garantías".

    Participación del Prof. Dr. Guillermo Portilla Contreras* en la mesa "Qué se castiga: delitos en un marco constitucional".
  - Participación de los Profs. Dres. Dres. h.c. mult. Francisco Muñoz Conde* y Luis Arroyo Zapatero*, así como de la Prof. Dra. Ana I. Pérez Cepeda* (moderadora) en la mesa "Al capitán del equipo: Liber discipulorum et amicorum".
- 7 de octubre de 2022. Intervención del Prof. Dr. Javier De Luca* en el panel sobre "Inteligencia artificial, derecho penal, derecho procesal penal y la derivación de los límites impuestos por la libertad de expresión" (07 de octubre). II Congreso Internacional sobre "Red internacional sobre libertad de expresión. Algoritmos, inteligencia artificial y estado de derecho. ¿Es justo vigilar a la mass media y a la social media?", organizado por la Facultad de Derecho de la UNED con la participación de la Universidad de Buenos Aires, Argentina. Lugar: Salón de Actos de la Organización de Estados Iberoamericanos, Madrid.
- 10-11 de octubre de 2022. Con motivo de la celebración del Congreso Internacional de Derecho Penal sobre "¿Demasiado (poco) Derecho Penal? Las respuestas jurídicas frente al delito en las sociedades contemporáneas", organizado por el Área de Derecho Penal de la Univ. Autónoma de Madrid (dirs.: Profs. Dres. Rodríguez

Horcajo* y Basso*), tuvieron lugar en el Centro Cultural La Corrala, Madrid, las siguientes intervenciones de socios de la FICP:

– Participación del Prof. Dr. Gonzalo J. Basso* en la mesa sobre "El Derecho penal más intenso: las penas privativas de libertad de larga duración".

– Participación del Prof. Dr. Daniel Rodríguez Horcajo* en la mesa sobre "Prevención del delito y alternativas a la prisión".

– Participación del Prof. Dr. Leopoldo Puente Rodríguez* en la mesa sobre "La peligrosidad criminal como elemento disonante en el Derecho penal del hecho".

– Participación de los Profs. Dres. Mario Maraver Gómez*, Marta Pantaleón Díaz* y Carlos Castellví Montserrat* en la mesa sobre "El Derecho sancionador más allá de las penas y medidas de seguridad".

Arriba, de izq. a der.: los Profs. Dres. Basso*, Rodríguez Horcajo* y Greco; los Profs. Puente* y Bravo. Abajo, de izq. a dcha.: los Profs. Rodríguez Horcajo, Varona y Mínguez; los Profs. Castellví*, Pantaleón* y Maraver*. Abajo: Prof. Dr. Leopoldo Puente* y Sra. Andrea Bravo.

▪ 13 y 14 de octubre de 2022. Con motivo de la celebración del Congreso Internacional sobre "Derecho penal, trata, inmigración, vulnerabilidad y distribución de la riqueza en la sociedad tecnológica", organizado por las Áreas de Derecho Penal de la Univ. de Cantabria y la Univ. de Granada (dir.: Prof. Dra. de la Cuesta Aguado; coord..: Profs. Dres. Dipse, Pomares, Mar Moya* y Gutiérrez Castañeda) tendrán lugar en Santander las siguientes intervenciones de socios de la FICP:

– Participación de la Prof. Dra. M.ª José Cruz Blanca* en la mesa sobre "Intervención penal y vulnerabilidad".

– Participación del Prof. Dr. Ignacio Benítez Ortúzar* en la mesa sobre "Delitos económicos y redistribución de la pobreza".

– Moderación por el Prof. Dr. Francisco Javier Álvarez García* de la mesa sobre “Derecho penal, inmigración y trata de personas”.

- 26 de octubre de 2022. Ponencia del Prof. Dr. José-Zamyr Vega Gutiérrez* sobre “Aspectos esenciales de la violencia de género. Reflexiones en torno a la tutela penal y administrativa de la mujer frente a la violencia machista”. Evento organizado por la Asociación de Jóvenes Abogados Mexiquenses, quienes realizaron la actividad en colaboración con el Tribunal de Justicia Administrativa del Estado de México Lugar: Tribunal de Justicia Administrativa del Estado de México.

El Prof. Dr. Vega* durante la impartición de su ponencia

- 26-28 de octubre de 2022. Con motivo de la celebración del IV Congreso Internacional "Teoría del delito y sistemas acusatorios: homenaje al maestro Nódier Agudelo Betancur", organizado por el Centro de Estudios Socio Jurídicos Latinoamericanos (CESJUL), tuvieron lugar en el Hotel Four Points, Medellín, Colombia, las siguientes intervenciones de socios de la FICP:

  – Conferencia magistral del Prof. Dr. Dr. h.c. Eugenio Zaffaroni*, titulada “¿Realismo o idealismo penal?”.

  – Conferencia magistral del Prof. Dr. Dr. h.c. Maximiliano Rusconi*, titulada “La evolución de la teoría del delito y su relación con la evolución procesal”.

  – Ponencia del Prof. Francisco Bernate Ochoa*, titulada “Retos y desafíos de la investigación y educación legal en Colombia”.

  – Ponencia del Prof. Diego Araque Moreno*, titulada “La omisión en el Código Penal colombiano”.

  – Ponencia de la Prof. Nadia Espina*, titulada “Culpabilidad por vulnerabilidad”.

- 27 de octubre de 2022. Con motivo de la celebración del Congreso Internacional sobre “Medios para la persecución y represión de la corrupción”, organizado por el Departamento de Derecho Penal, Procesal e Historia del Derecho de la Univ. Carlos

III de Madrid (dirs.: Profs. Dres. Jacobo Dopico Gómez-Aller y Ana Garrocho Salcedo), tuvieron lugar en el Salón de Grados del Campus de Puerta de Toledo, Madrid, España, las siguientes intervenciones de socios de la FICP:

- Ponencia del Prof. Dr. Ramón Ragués Vallès*, titulada "Whistleblowing: denuncia interna y denuncia externa".
- Ponencia del Prof. Dr. Luigi Foffani* sobre "La Directiva Europea sobre whistleblowers".
- Ponencia de la Prof. Dra. Ana M.ª Prieto del Pino*, titulada "Comiso del producto del delito vs. derechos fundamentales: una mirada al lado oscuro".
- Comunicación del Prof. Dr. Juan Carlos Sandoval*, titulada "La lucha contra las ganancias de la corrupción política a través de la participación a título lucrativo: ¿una relación de oportunidad?".
- Comunicación del Prof. Dr. Carlos Castellví Montserrat*, titulada "¿Tengo derecho al contenido de un soborno? Sobre la legitimidad del decomiso ampliado, sin condena y de terceros".
- Ponencia del Prof. Dr. Jacobo Dopico Gómez-Aller* sobre "Cómo desactivar el potencial preventivo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: vías legislativas e interpretativas".
- Comunicación de la Prof. Dra. Regina Helena Fonseca Fortes-Furtado*, titulada "La Norma UNE-ISO 37301: ¿potencial instrumento contra el compliance cosmético?"
- Comunicación de los Profs. Dres. Natalia Torres Cadavid* y Virxilio Rodríguez Vázquez*, titulada "Los programas de cumplimiento frente a los principios del Derecho penal, una misión imposible".

- 16-18 de noviembre de 2022. Con motivo de las 44.ª Jornadas Internacionales de Derecho Penal sobre "Lo vivo y lo muerto del pensamiento de Alfonso Reyes Echandía", organizadas por la Univ. Externado de Colombia, tuvieron lugar en la Facultad de Derecho de la Univ. Externado de Colombia, Bogotá, Colombia, las siguientes intervenciones de socios de la FICP:
  - Ponencia del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Jesús M.ª Silva Sánchez*, titulada "Metadogmática" (17 de noviembre).
  - Ponencia del Prof. Dr. Bernarno Feijoo Sánchez*, titulada "Sobre el fundamento material de la culpabilidad" (18 de noviembre).
  - Ponencia de la Prof. Dra. Susana Escobar Vélez*, titulada "Algunas razones dogmáticas y político-criminales en contra de la responsabilidad penal de las personas jurídicas".

De izq. a dcha., los Profs. Dres. Luís Greco (patrono de la FICP), Susana Escobar Vélez*, Carmen Eloísa Ruiz y Hernán Orozco.

- 19 de noviembre de 2022. Participación de la Prof. Dra. Marta Zubiaur González* y de los Profs. Luis Miguel Ramos Martínez*, Stephania Serrano Suárez*, Juan Carlos Cantillo Arcón*, Deisy Janeth Barrientos Pérez* y José Antonio Martínez Rodríguez en el taller "Stop a las violencias sexuales... también desde el derecho penal", organizado por el grupo de investigación de Derecho Penal de la Univ. de León y la FICP, en el marco de la Semana de la Ciencia en Castilla y León (dir.: Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Miguel Díaz y García Conlledo*). Lugar: Salón de Grados de la Facultad de Derecho, Univ. de León, León, España.
- 21 de noviembre de 2022. Con motivo de la presentación del Libro Homenaje a Alfonso Reyes Echandía, organizada por la Universidad de Ibagué, Colombia, tuvieron lugar en el Auditorio Central, Unibagué, las siguientes intervenciones de socios de la FICP:
  - Ponencia de la Prof. Dra. Susana Escobar Vélez*, titulada "Algunas razones dogmáticas y político-criminales en contra de la responsabilidad penal de las personas jurídicas".
  - Ponencia del Prof. Dr. Marcelo Lerman y del Prof. Dr. Leandro Días, titulada "El estado de necesidad en la obra de Reyes Echandía".

La Prof. Dra. Escobar Vélez* imparte su ponencia en el evento.

- 23 – 25 de noviembre de 2022. Con motivo de la celebración del Seminario permanente de metodología docente activa. Experiencia comparada, sobre "El Derecho penal en la prevención y castigo de las violencias sexuales", organizado por el grupo de investigación de Derecho Penal de la Univ. de León y la FICP, en el marco de la Semana de la Ciencia en Castilla y León (dir.: Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Miguel Díaz y García Conlledo), tuvieron lugar en la Facultad de Derecho de la Univ. de León, León, España, las siguientes intervenciones de socios de la FICP:
  - Ponencia del Prof. Juan Carlos Cantillo Arcón* sobre "El delito de agresión sexua".
  - Ponencia de la Prof. Deisy Janeth Barrientos Pérez* sobre "El delito de violación".
  - Ponencia del Prof. Luis Miguel Ramos Martínez* sobre "El delito de trata de seres humanos con fines de explotación sexual".
  - Ponencia del Prof. Jesús Antonio González-Boado Alonso* sobre "El papel del abogado defensor en el proceso por un delito de violación".
  - Ponencia del Ilmo. Sr. D. Ignacio Rafols Pérez* sobre "El papel del juez en el proceso por un delito de violación".
  - Ponencia de la Prof. Stephania Serrano Suárez* sobre "El delito de feminicidio sexual".
  - Ponencia del Sr. Juan Antonio Martínez Rodríguez* sobre "El delito de mutilación genital femenina".
  - Ponencia de la Prof. Marta Zubiaur González* sobre "Las agresiones sexuales en el ámbito deportivo".
- 14 de diciembre de 2022. Con motivo de la celebración de Seminario "Prostitución y derechos: un debate jurídico y filosófico", organizado por el Departamento de Derecho Penal, Procesal e Historia del Derecho de la Univ. Carlos III de Madrid (coords.: Profs. Dres. Francisco Javier Álvarez García* y Alejandra Pastrana Sánchez*), tuvieron lugar en el Campus UC3M Puerta de Toledo, Madrid, las siguientes intervenciones de socios de la FICP (disponibles en vídeo aquí):
  - Moderación por el Prof. Dr. Francisco Javier Álvarez García* de la ponencia del Prof. Dr. Esteban Pérez Alonso.
  - Moderación por la Prof. Dra. Alejandra Pastrana Sánchez* de la mesa sobre "La cuestión jurídica".
  - Ponencia de la Prof. Dra. M.ª Luisa Maqueda Abreu* sobre "Género, feminismo y prostitución".

Arriba: los Profs. Dres. Pastrana Sánchez* (en el centro de la primera foto) y Álvarez García (a la izq. de la segunda foto) presentan a los ponentes de sus mesas. Abajo: la Prof. Dra. Maqueda Abreu* imparte su ponencia.

(ii) Organización de seminarios, congresos y otros proyectos:

- **Máster online de Argumentación Jurídica. 3.ª ed. 2022**

  19 de enero de 2022 – Septiembre de 2023. Organizado por la Universidad de León (España) y Tirant lo Blanch. Director: Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Juan Antonio García Amado*. Más información y programa disponibles aquí.

- **Curso "Concurso de leyes y de delitos"**

  4 de junio – 9 de julio de 2022. Curso organizado por SiLex Formación Jurídica. Director: Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Miguel Díaz y García Conlledo*. 26 horas. Sábados de 16:00 a 20:00 (hora de España), de 09:00 a 13:00 (hora de CDMX). Lugar: curso online. Programa e inscripciones disponibles aquí.

- **Jornada en homenaje a la Profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo: un modelo integral de Derecho penal**

  17 de junio de 2022. Evento organizado por el Área de Derecho Penal de la Univ. de Barcelona, con la colaboración de la FICP. Directores académicos: Profs. Dres. Gómez Martín*, Bolea Bardon*, Gallego Soler*, Hortal Ibarra* y Joshi Jubert. Lugar: Facultad de Derecho, Univ. de Barcelona, Barcelona, España. El programa está disponible en nuestra web www.ficp.es en la sección de Eventos anteriores.

- **I Congreso de Derecho Penal**

  24 – 25 de junio de 2022. Sobre "Derecho Penal y Justicia Social: encuentro de la Asociación del Profesorado de Derecho Penal de las Universidades Españolas (APDP)". Evento organizado por la Univ. del País Vasco/EHU y la Univ. de Deusto. Directores: Profs. Dres. Norberto J. de la Mata y Demelsa Benito Sánchez*. Lugar: Bilbao, País Vasco, España. El programa se encuentra disponible en nuestra web www.ficp.es en la sección de Noticias de los socios.

- **XXI Seminario Internacional de Filosofía del Derecho y Derecho Penal**

  7 ─ 8 de julio de 2022. Sobre "Delitos de odio". Evento organizado por las Áreas de Derecho Penal y Filosofía del Derecho de la Univ. de León, Castilla y León (España), conjuntamente con la FICP. Directores: Profs. Dres. Dres. h.c. Miguel Díaz y García Conlledo* y Juan Antonio García Amado*. Lugar: Facultad de Derecho, Univ. de León, León, España. En los próximos meses se ofrecerá más información sobre el programa.

- **Seminario Internacional sobre "Derecho penal y comportamiento adolescente"**

  12 de julio de 2022. Evento organizado por el Área de Derecho Penal de la Univ. de Castilla-La Mancha. Directores: Profs. Dres. Bernardo Feijoo Sánchez* y José Ángel Marinaro. Lugar: seminario online. El programa se encuentra disponible en nuestra web www.ficp.es en la sección de Noticias de los socios.

- **III Congreso Internacional de la FICP**

  15 - 16 de septiembre de 2022. Sobre "Problemas y retos de las ciencias penales". Directores: Profs. Dres. Dres. h.c. Diego-M. Luzón Peña*, Javier de Vicente Remesal* y Miguel Díaz y García Conlledo*. Coordinadores: Profs. Dres. Raquel Roso Cañadillas*, José-Zamyr Vega Gutiérrez* y Carmen Pérez-Sauquillo Muñoz*. Evento organizado por la FICP, con la coordinación del Área de Derecho Penal de la Univ. de Alcalá. Lugar: Facultad de Derecho, Univ. de Alcalá, Madrid, España.

  Los **enlaces de los vídeos de cada una de las sesiones** son los siguientes**:** (i) jueves 15 de septiembre, sesión de mañana: aquí; (ii) jueves 15 de septiembre, sesión de tarde: aquí; (iii) viernes 16 de septiembre: aquí. Las Actas del III Congreso Internacional de la FICP, con el programa y cartel, los vídeos de las sesiones y los archivos con las ponencias y comunicaciones se encuentran disponibles en la sección de Actas de Congresos y Seminarios.

- **Acto en homenaje al Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Luzón Peña*. Entrega solemne, aplazada por la pandemia desde abril de 2020, del Libro-Homenaje al Profesor Diego-M. Luzón Peña* con motivo de su 70.º aniversario, de su Festgabe alemana en la revista GA y del número de Libertas en su homenaje**

  16 de septiembre de 2022. Acto de entrega solemne al Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Luzón Peña* de su Libro-Homenaje, así como de dos números monográficos de revisas en su honor: Freundesgabe für Diego-M. Luzón Peña* en el n.º 4/2020 de la revista alemana Goltdammer's Archiv für Strafrecht (GA) y del n.º 9, 2020 de la revista Libertas. Directores: Profs. Dres. Dres. h.c. Javier de Vicente Remesal* y Miguel Díaz y García Conlledo*, Profs. Dres. José Manuel Paredes Castañón*, Inés Olaizola Nogales*, María A. Trapero Barreales*, Raquel Roso Cañadillas* y Jaime A. Lombana Villalba*. El evento se retransmitió en directo y está disponible en el siguiente enlace. Lugar: Salón de Actos del Rectorado de la Univ. de Alcalá, Madrid, España.

- **Seminario de Investigación "Modernidad y transformación del Derecho penal"**

  16 – 17 de septiembre de 2022. Seminario organizado por el Departamento de Derecho Penal, Filosofía del Derecho, Filosofía Moral y Filosofía de la Universidad de Jaén y el Dipartimento di Scienze Giuridiche dell`Università degli studi di Firenze, en el marco del "Acuerdo de colaboración Cultural y Científica entre la Universidad degli studi di Firenze y la Universidad de Jaén, así como el Doctorado en Derecho de la Universidad de Jaén (España) y el Dottorato di Ricerca in Scienze Giuridiche dell'Università di Firenze (Italia). Directores: Profs. Dres. Ignacio Benítez Ortúzar* y Roberto Bartoli. Lugar: Palacio de Jabalquinto, Baeza, Jaén, España. El programa se encuentra disponible en nuestra web www.ficp.es en la sección de Noticias de los socios.

- **VII Congreso Nacional Penitenciario Legionense**

  20-21 de septiembre de 2022. Sobre "Pasado, presente y futuro de la prisión en España". Evento organizado por el Área de Derecho Penal de la Univ. de León, conjuntamente con la Agrupación de Cuerpos de la Administración de Instituciones Penitenciarias (Acaip), la Fundación Sociedad y Justicia y la FICP. Director: Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Miguel Díaz y García Conlledo*. Lugar: Salón de Grados de la Facultad de Derecho, Univ. de León. León, España. El programa está disponible en nuestra web www.ficp.es en la sección de Eventos anteriores.

- **Seminario internacional "Derecho penal económico y principio del hecho"**

  21 de septiembre de 2022. Seminario del proyecto "responsabilidad penal por el hecho y estado Democrático. Una investigación sobre la legitimidad de la Criminalización de ideas y caracteres" (FACTUM, RTI 2018-097727-B-100). Director: Prof. Dr. Víctor Gómez Martín*. Lugar: Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona, Barcelona, Cataluña, España.

- **Seminario internacional "Responsabilidad penal por el hecho y Estado democrático"**

  de septiembre de 2022. Seminario final del proyecto "responsabilidad penal por el hecho y estado Democrático. Una investigación sobre la legitimidad de la Criminalización de ideas y caracteres" (FACTUM, RTI 2018-097727-B-100). Director: Prof. Dr. Víctor Gómez Martín*. Lugar: Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona, Barcelona, Cataluña, España.

- **Congreso Internacional de Derecho Penal y Comportamiento Humano**

  21 - 23 de septiembre de 2022. Evento organizado por el Área de Derecho Penal de la Univ. de Castilla-La Mancha. Directores: Prof. Dr. Dr. h.c. Eduardo Demetrio Crespo* y Prof. Dr. Éric García-López. Lugar: Facultad de Ciencias Jurídicas del campus de Toledo, Castilla-La Mancha, España. El programa se encuentra disponible en nuestra web www.ficp.es en la sección de Noticias de los socios.

- **Seminario Internacional sobre "Abusos y límites del poder penal en Estados democráticos de Derecho"**

  19 - 23 de septiembre de 2022. Evento organizado por la Academia Mexicana de Ciencias Penales (AMCP), conjuntamente con el Centro de Estudios de Política Criminal y Ciencias Penales (CEPOLCRIM), la Fundación "CEPOLCRIM-HANS WELZEL" y otras instituciones académicas afines. Director: Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Moisés Moreno Hernández*. Lugar: Facultad de Derecho, UNAM, Ciudad universitaria, Ciudad de México. El programa se encuentra disponible en nuestra web www.ficp.es en la sección de Noticias de los socios.

- **Curso Cine y Derecho**

  4 de octubre de 2022 – 7 de junio de 2023. Universidad de la Experiencia de la Univ. de Barcelona. Directores: Profs. Dres. Bueno, Hortal Ibarra* y Gómez Martín*. Lugar: Facultad de Derecho, Univ. de Barcelona, Barcelona, Cataluña, España.

- **Congreso Internacional de Derecho Penal sobre "¿Demasiado (poco) Derecho Penal? Las respuestas jurídicas frente al delito en las sociedades contemporáneas"**

  10 – 11 de octubre de 2022. Evento organizado por el Área de Derecho Penal de la Univ. Autónoma de Madrid. Directores: Profs. Dres. Rodríguez Horcajo* y Basso*. Lugar: Centro Cultural La Corrala, Madrid, España. El programa está disponible en nuestra web www.ficp.es en la sección de Noticias de los socios.

- **Congreso Internacional sobre "Medios para la persecución y represión de la corrupción"**

  27 de octubre de 2022. Evento organizado por el Departamento de Derecho Penal, Procesal e Historia del Derecho de la Univ. Carlos III de Madrid. Directores: Profs. Dres. Jacobo Dopico Gómez-Aller* y Ana Garrocho Salcedo). Lugar: Salón de Grados del Campus de Puerta de Toledo, Madrid, España. El programa está disponible en nuestra web www.ficp.es en la sección de Eventos anteriores.

- **Taller "Stop a las violencias sexuales... También desde el Derecho penal"**

  14-18 de noviembre de 2022. Evento organizado por el grupo de investigación de Derecho Penal de la Univ. de León y la FICP, en el marco de la Semana de la Ciencia en Castilla y León. Dirección: Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Miguel Díaz y García Conlledo*. Lugar: Salón de Grados de la Facultad de Derecho, Univ. de León, León, España. El cartel del taller se encuentra disponible en nuestra sección de Eventos anteriores.

- **Seminario permanente de metodología docente activa. Experiencia comparada. León, noviembre de 2022**

  23-25 de noviembre de 2022. Sobre "**El Derecho penal en la prevención y castigo de las violencias sexuales**". Evento organizado por el grupo de investigación de Derecho Penal de la Univ. de León y la FICP, en el marco de la Semana de la

Ciencia en Castilla y León. Dirección: Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Miguel Díaz y García Conlledo (Catedrático de Derecho Penal de la Univ. de León y patrono fundador de la FICP). Lugar: Salón de Grados de la Facultad de Derecho, Univ. de León, León, España. El programa está disponible en nuestra web www.ficp.es en la sección de Eventos anteriores.

- **Premio Internacional "Dr. José Luis Díez Ripollés"**

  La Universidad de Málaga, con la colaboración del Área de Derecho penal y la Sección de Málaga del Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología, ha convocado la primera edición del Premio Internacional "Dr. José Luis Díez Ripollés".

  La convocatoria de este certamen tiene como objetivo incentivar la investigación en ciencias jurídicas y sociales premiando con 3000€ y la publicación con la editorial Tirant Lo Blanch al mejor trabajo de derecho, criminología o política criminal, disciplinas en las que el profesor Díez Ripollés ha basado su trayectoria académica.

  La información ampliada sobre este premio se encuentra disponible en las páginas web del Área de Derecho Penal y del Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología, ambas de libre acceso. Asimismo, se ha habilitado una dirección de correo electrónico (premioripolles@uma.es) para resolver dudas que pudieran surgir respecto a esta convocatoria.

- **Seminario "Prostitución y derechos: un debate jurídico y filosófico"**

  14 de diciembre de 2022. Evento organizado por el Departamento de Derecho Penal, Procesal e Historia del Derecho de la Univ. Carlos III de Madrid. Organización: Profs. Dres. Francisco Javier Álvarez García* y Alejandra Pastrana Sánchez*. Lugar: Salón de Grados, Campus UC3M Puerta de Toledo, Madrid. España. El programa está disponible en nuestra web www.ficp.es en la sección de Noticias de los socios.

- **Jornadas internacionales "Nuevos retos para el sistema de justicia penal"**

  15 y 16 de diciembre de 2022. Evento organizado por el centro CRIMINA. Director: Prof. Dr. Fernando Miró Llinares*. Esta jornada abordó diversos temas como victimización y cibercrimen, el contexto de las redes sociales y los medios de comunicación ante determinados discursos sobre política criminal, así como inteligencia artificial y sus implicaciones en el ámbito judicial y penitenciario. Lugar: diversos emplazamientos de la la Universidad Miguel Hernández de Elche, Elche, Alicante, España.

- **Concurso "Derecho penal en 3 minutos**

  Desde el proyecto de innovación docente "Derecho penal in a Nutshell (PEANUT)" (Código de Proyecto D_005.22_INN – Coordinadores: Profs. Ana Belén Valverde Cano* y Gonzalo Basso* – Convocatoria Innova -UAM-) ha sido convocado el concurso "Derecho penal en 3 minutos", con la finalidad de fomentar la

aproximación a la investigación y divulgación científicas por parte de estudiantes (se requiere ser estudiante o haberlo sido el curso pasado –de grado, de máster o de doctorado–). El objeto del concurso consiste en presentar un tema específico de Derecho penal de manera atractiva y original en un tiempo limitado de 3 (tres) minutos. Los trabajos recibidos hasta el 31 de diciembre y em la forma indicada en la convocatoria serán evaluados y los que resulten seleccionados serán objeto de divulgación por diversas vías (publicación en un libro colectivo/grabación de podcasts). Además, se repartirán premios por un valor total de hasta 350 euros entre los mejores trabajos.